



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**I criteri di imputazione nello Statuto della Corte
Penale Internazionale. Un'analisi del caso *Lubanga***

Relatore:

Prof.ssa Emanuela Fronza

Laureanda:

Sara Barbese

Anno Accademico 2014/2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**I criteri di imputazione nello Statuto della Corte
Penale Internazionale. Un'analisi del caso *Lubanga***

Relatore:

Prof.ssa Emanuela Fronza

Laureanda:

Sara Barbesi

Lubanga – Corte Penale Internazionale – Coscrizione, arruolamento
e utilizzo – Bambini soldato – Co-autoria

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

I criteri di imputazione nello Statuto della Corte Penale Internazionale. Un'analisi del caso *Lubanga*

Capitolo I	7
Il conflitto nella Repubblica Democratica del Congo e il caso <i>Lubanga</i>	
1. Premesse di carattere storico. La Repubblica Democratica del Congo: dalla decolonizzazione alla Seconda Guerra del Congo	7
1.1 La RDC: il periodo coloniale e l'indipendenza	7
1.2 La presidenza di Mobutu	13
1.3 La prima guerra del Congo	16
1.4 La seconda guerra del Congo	20
2. Il conflitto in Ituri (1999 – 2007)	24
3. Thomas Lubanga Dyilo e il procedimento penale a suo carico	30
Capitolo II	35
Il crimine di guerra di “coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nei conflitti armati”. Gli articoli 8(2)(b)(xxvi) e 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma	
1. Introduzione	35
2. I crimini di guerra: premesse di carattere generale e struttura della norma	39
3. Il conflitto armato e il nesso con la condotta criminosa	44

3.1 L'esistenza di un conflitto armato (il c.d. <i>contextual element</i>)	44
3.2 Il nesso fra la condotta criminosa e il conflitto armato	51
3.3 La <i>mens rea</i>	54
3.4 L'esistenza di un conflitto armato in Ituri, la sua qualificazione giuridica e la teoria dell' <i>overall control</i> nel caso <i>Lubanga</i>	57
3.4.1 Le determinazioni delle parti e la qualificazione del conflitto da parte della Camera Preliminare	58
3.4.2 La qualificazione del conflitto nella Sentenza di Primo Grado	62
3.4.3 Gli accertamenti fattuali della Camera di Prima Istanza	65
4. Il crimine di "coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità"	68
4.1 Introduzione	68
4.2 Le condotte	71
4.2.1 Considerazioni generali	71
4.2.2 La coscrizione	75
4.2.3 L'arruolamento	77
4.2.4 L'utilizzo dei bambini e la loro partecipazione attiva alle ostilità	80
4.3 L'elemento soggettivo	86
Capitolo III	91
La responsabilità penale individuale nel caso <i>Lubanga</i>. La co-autoria nell'interpretazione della Corte Penale Internazionale	
1. Introduzione	91
2. L'articolo 25(3)(a) dello Statuto di Roma: tre forme di responsabilità penale individuale	92
2.1 Considerazioni generali	92

2.2 Modello unitario o differenziato?	94
2.3 L' autoria	100
2.4 La c.d. co-autoria	101
2.5 L'autoria mediata	106
3. La teoria del " <i>control over the crime</i> " e il caso <i>Lubanga</i>	108
3.1 Roxin, la teoria del dominio sull'atto e gli approcci della giurisprudenza penale internazionale	108
3.2 L'accordo o il piano comune	115
3.3 Il contributo essenziale e coordinato	121
3.4 Gli accertamenti della Corte Penale Internazionale nel caso <i>Lubanga</i>	123
4. L'opinione dissenziente del giudice Fulford ed altre critiche	126
5. L'articolo 30 dello Statuto di Roma e la co-autoria	131
5.1 L'analisi dell'articolo 30	131
5.1.1 Gli elementi oggettivi (articolo 30(1))	131
5.1.2 La volontà (articolo 30(2))	132
5.1.3 La conoscenza (articolo 30(3))	133
5.2 Il dolo nella Sentenza <i>Lubanga</i>	135
6. Conclusioni	139
Capitolo IV	141
La sentenza della Camera d'Appello: implicazioni e considerazioni conclusive	
1. Introduzione	141
2. Il crimine di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità: precisazioni della Camera d'Appello	142

3. La co-autoria nel giudizio d'Appello	147
4. Conclusioni	151
Bibliografia	157

Capitolo I

IL CONFLITTO NELLA REPUBBLICA DEMOCRATICA DEL CONGO E IL CASO *LUBANGA*

SOMMARIO: 1. Premesse di carattere storico. La Repubblica Democratica del Congo: dalla decolonizzazione alla Seconda Guerra del Congo. – 1.1 La RDC: il periodo coloniale e l'indipendenza. – 1.2 La presidenza di Mobutu. – 1.3 La prima guerra del Congo. – 1.4 La seconda guerra del Congo. 2. Il conflitto in Ituri (1999 – 2007). 3. Thomas Lubanga Dyilo e il procedimento penale a suo carico.

I fatti rilevanti ai fini dell'analisi della sentenza della Corte penale internazionale riguardante Thomas Lubanga Dyilo si sono svolti all'interno del territorio della Repubblica Democratica del Congo, in particolare nella regione di Ituri. Vista la complessità del contesto storico e politico entro cui si collocano i fatti imputati a Lubanga, è opportuno soffermarsi, senza pretese di completezza, sulle principali vicende storiche che hanno caratterizzato questa regione dell'Africa negli ultimi secoli.

1. Premesse di carattere storico. La Repubblica Democratica del Congo: dalla decolonizzazione alla Seconda Guerra del Congo.

1.1 La RDC: il periodo coloniale e l'indipendenza

La Repubblica Democratica del Congo (anche nota come Congo-Kinshasa, Congo Belga, Congo-Léopoldville, Zaire) è uno Stato dell'Africa Centrale, che si

estende dall'Oceano Atlantico ad ovest alle pianure ad est, dove confina con Uganda, Ruanda, Burundi e Tanzania; il suo territorio coincide per la maggior parte con il bacino del fiume Congo.¹

Se guardiamo alla storia dell'Africa centrale, notiamo che il Regno del Congo dominò l'intera regione a partire dal 1482 fino al 1550 circa.

Il centro del potere politico era a M'banza-Kongo, dove risiedeva il re (Mwene Kongo o 'Signore del Congo') e attorno a cui ruotavano tutte le province. Tra il 1561 e il 1576 il Regno attraversò un periodo di rivolte e invasioni dall'est che culminarono nella distruzione di M'banza-Kongo, prima di essere respinte anche grazie all'aiuto del Portogallo.²

Il Regno sopravvisse poi sia ad una guerra civile, che caratterizzò il XVI secolo, sia al contatto con gli Europei, passando a tempi alterni dalla sfera di influenza del Portogallo a quella dei Paesi Bassi e viceversa. La fine del Regno fu formalizzata dalla Conferenza di Berlino del 1884-1885, durante la quale la regione venne assegnata al re del Belgio Leopoldo II,³ dando vita così allo Stato Libero del Congo. In questo periodo il sovrano belga governò il paese sfruttandone le risorse, in un clima di grande violenza verso la popolazione locale, fino al 1908, quando diventò ufficialmente una delle colonie belghe.

Il Congo assumerà negli anni successivi il tragico ruolo di fulcro ed epicentro di tutte le vicende sociopolitiche del continente africano.⁴

¹ Enciclopedia Treccani. 10 giugno 2015. <http://www.treccani.it/enciclopedia/repubblica-democratica-del-congo/>. Si veda cartina pagina 3.

² Deibert M., *The Democratic Republic of Congo. Between hope and despair*, London, Zed Books, 2013, cit. pag. 26-27.

³ Enciclopedia Treccani. 10 giugno 2015. <http://www.treccani.it/enciclopedia/repubblica-democratica-del-congo/>.

⁴ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi. Le parole per conoscere*. Roma, Editori Riuniti, 2004, cit. pag. 23.

Nel 1916 i belgi adottarono un sistema di governo indiretto, agevolato anche da una struttura politica piramidale già presente. Il sistema coloniale si basava dunque sul mantenimento e il consolidamento degli organi politico-amministrativi e dell'organizzazione economica locali,⁵ insieme ad un grande sfruttamento delle materie prime del paese e della popolazione, costretta ai lavori forzati. Nel periodo della colonizzazione gli africani erano considerati come cittadini di seconda classe, e non potevano dunque aspirare a posizioni di rilievo all'interno della società, come quelle di deputati, medici, avvocati o giudici.⁶

Molti storici dell'Africa ritengono che il processo di decolonizzazione sia stato notevolmente accelerato a causa della Seconda Guerra Mondiale.⁷ Gli europei furono più inclini a garantire i diritti fondamentali e la partecipazione politica alle popolazioni locali, ed in particolare a quella del Congo, che svolse un ruolo decisivo nel conflitto mondiale rispetto alle altre colonie. Sul fronte militare la *Force Publique* congolese reclutò nuove forze armate per assistere gli Alleati in battaglia⁸ e, allo stesso tempo, la ricchezza di materie prime del territorio costrinse la popolazione africana al lavoro forzato, per garantire grandi quantità di rifornimenti, materiale strategico ed armi agli europei.⁹ I veterani di guerra della *Force Publique*, ritornati in Congo, divennero la spinta motrice per l'inizio del processo di emancipazione coloniale e per la formazione di una nuova società civile.¹⁰

Nel periodo tra il 1945 e il 1956 vi furono diversi cambiamenti nella scena politica e nel Congo belga nacque il c.d. nazionalismo etnico.¹¹ In questo clima

⁵ Carbone C., *Burundi Congo Rwanda: storia contemporanea di nazioni etnie stati*. Roma, Gangemi, 2000, cit. pag. 34.

⁶ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, In *Greenwood Histories of the Modern Nations*. Westport, Conn : Greenwood. 2002, cit. pag. 98.

⁷ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 98.

⁸ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 98.

⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 99.

¹⁰ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 101.

¹¹ Per una definizione di nazionalismo africano si veda Bellucci S., *Storia delle guerre africane: dalla fine del colonialismo al neoliberalismo globale*, Roma, Carocci Editore, 2006, cit. pag. 17: "In Africa, il concetto di nazionalismo è sostanzialmente diverso da quello europeo. Il termine 'nazionalismo' è penetrato con il colonialismo ed è stato usato dalle stesse potenze coloniali con riferimento alle colonie. Siccome l'espressione è entrata nel linguaggio della lotta per l'indipendenza, l'etimologia stessa della parola è mutata. Il nazionalismo, che in Africa nasce prima della nazione, è praticamente diventato il sinonimo di anticolonialismo. Gli stessi attivisti anticoloniali si consideravano dei nazionalisti. Mentre

si palesava l'esigenza di creare un'élite congolese istruita che fosse in grado di sostituire i belgi che svolgevano ruoli politici, amministrativi e militari.¹² Questo però non si tradusse immediatamente nella creazione di nuovi partiti ma sfociò nella nascita di diverse organizzazioni che favorivano l'incontro di gruppi etnici nei centri urbani del paese, anche come risultato della massiccia migrazione del dopoguerra dalle campagne alle città.¹³ Una delle più importanti tra queste organizzazioni fu l'ABAKO (*Association des Bakongo pour l'Unification, la Conservation, le Perfectionnement et l'Expansion de la Langue Kikongo*) fondata nel 1950 da Edmond Nzeza Nlandu.¹⁴

Altra figura decisiva che guiderà il paese verso l'indipendenza sarà Patrice Lumumba, che nel 1958 creò il *Movement National Congolais* (MNC), con l'obiettivo di denunciare il colonialismo e battersi per un Congo unito e libero dalla dominazione.¹⁵

Fino al gennaio del 1959 la città di Leopoldville fu teatro di proteste e rivolte, causate anche da sovrappopolazione e disoccupazione che avevano aumentato notevolmente la povertà.¹⁶ Le autorità belghe decisero così di indire nuove elezioni a suffragio universale, per condurre il Congo verso l'indipendenza, senza però definirne con certezza i tempi.¹⁷

Lumumba fu una figura centrale nel processo verso l'indipendenza. Arrestato per ben due volte dalle autorità belghe, egli fu scarcerato proprio per poter partecipare alla Tavola rotonda di Bruxelles dove si discussero tempi e modalità della decolonizzazione.¹⁸ Il suo obiettivo fu raggiunto il 30 giugno 1960 quando il Congo divenne una Repubblica indipendente con Lumumba nel ruolo di Primo Ministro e Joseph Kasavubu Capo di Stato. I due però non

nell'Europa del Novecento il nazionalismo iniziava a coincidere con qualcosa di essenzialmente negativo, fino a diventare un elemento fondamentale dei fascismi, in Africa il termine assumeva tutti altri connotati, funzionali al patriottismo insito nella lotta per il riscatto dei neri. Nel post-indipendenza, il nazionalismo inizia a porre dei problemi pratici per la politica africana, perché non si saprà più con precisione a che cosa riferirlo, se agli Stati-nazione oppure alle culture o alle etnie(...). Per cui, oggi, la controversia sul nazionalismo in Africa ruota attorno alla natura dello Stato, 'nazionale' o 'multinazionale'."

¹² Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 107.

¹³ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 103.

¹⁴ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 104.

¹⁵ CICR Missione tra i fronti. 10 giugno 2015. <http://cicr.rsi.ch/it/unabhaengigkeit>.

¹⁶ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 111.

¹⁷ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 112.

¹⁸ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 104

condividavano lo stesso progetto per il futuro del paese: mentre Lumumba aspirava a creare un forte governo centralizzato per un Congo unito, Kasavubu avrebbe voluto ricreare l'antico Regno del Congo.¹⁹

Dopo una settimana dall'indipendenza iniziarono i disordini nel paese. La *Force Publique* protestava contro i comandanti militari belgi che continuavano a controllare l'esercito.²⁰ Il comandante capo General Émile Janssens lamentava la fine del dominio coloniale e continuò a comportarsi come se la dichiarazione d'indipendenza non fosse mai avvenuta. In risposta, le truppe congolese si ribellarono, dando inizio ad una protratta crisi politica e militare non destinata a risolversi per via diplomatica poiché, dopo l'invio da parte del Belgio delle sue truppe, gli episodi di violenza aumentarono.

Lumumba destituì il Generale Janssen, nominando Victor Lundula capo dell'esercito, Joseph-Désiré Mobutu Capo di Stato maggiore e trasformando la *Force Publique* nell'*Armata Nazionale Congolese* (ANC).²¹ Quest'atto diede luogo a un esodo di massa degli europei. L'11 luglio, le navi da guerra belghe aprirono il fuoco contro il porto di Matadi, con il pretesto di proteggere i loro connazionali, che in realtà erano già stati evacuati e, lo stesso giorno, il distretto minerario del Katanga dichiarò la sua indipendenza sotto la guida di Moïse Tschombé, ricevendo immediatamente il sostegno belga.²²

Lumumba si rivolse alle Nazioni Unite per ottenere il ritiro delle truppe belghe, minacciando altrimenti di chiedere appoggio all'Unione Sovietica. La sua richiesta fu accolta ma il Belgio continuò a fornire assistenza al Katanga.²³ Era ormai chiaro a Lumumba come l'ONU non avesse alcuna intenzione di frustrare gli obiettivi neocoloniali europei. Egli decise dunque di rivolgersi all'Unione Sovietica, perdendo così definitivamente il sostegno degli Stati Uniti.

¹⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 113.

²⁰ CICR Missione tra i fronti. 10 giugno 2015. <http://cicr.rsi.ch/it/unabhaengigkeit>. Come è stato fatto notare, le forze armate rimanevano ancora l'istituzione meno "africanizzata": cfr. Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 117.

²¹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo : From Decolonization to Dictatorship*, New York : Algora Pub. 2005, cit. pag. 23.

²² <http://cicr.rsi.ch/it/unabhaengigkeit>

²³ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 122.

In seguito, quando fu assassinato, si ipotizzò un omicidio da parte della CIA su commissione del Presidente Eisenhower, che avrebbe dato l'ordine durante il Consiglio di Sicurezza Nazionale a Washington.²⁴

1.2 La presidenza di Mobutu

Il 14 settembre 1960 Mobutu assunse il potere con il suo primo colpo di stato militare.

La morte di Lumumba non aveva arrestato il caos che regnava in Congo e, già agli inizi del 1961, Mobutu e i suoi alleati controllavano la parte occidentale del paese,²⁵ con Kisavubu presidente e città capitale Leopoldville.²⁶ Allo stesso tempo vi erano altre tre fazioni rivali: quella nella città di Stanleyville con Gizenga, supportato dall'Unione Sovietica come successore di Lumumba; quella di Moise Thombe a Elistabethville; e le truppe di Albert Kalonji a sud della provincia del Kasai.²⁷

Il Parlamento, nell'agosto del '61, scelse Cyrille Adoula con l'obiettivo di formare un nuovo governo.²⁸ Le rivolte e gli scontri armati però non si placarono e nemmeno l'intervento delle Nazioni Unite riuscì a risolvere la situazione. Nella crisi politica e nel vuoto di potere che regnerà negli anni successivi spicca la figura di Mobutu, che si assumerà il compito di ripristinare l'ordine e difendere l'integrità territoriale. Nel novembre del 1965, Mobutu si autoproclama capo dello Stato dando inizio alla Seconda Repubblica²⁹ e ad una tirannia destinata a durare ben tre decenni anche grazie al supporto degli Stati Uniti, che vedevano nel suo regime l'unico modo per evitare lo scatenarsi di una guerra civile.³⁰

²⁴ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 126.

²⁵ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 41.

²⁶ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 127.

²⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 30.

²⁸ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 127-128.

²⁹ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 25.

³⁰ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 131.

Egli era appoggiato dall'esercito e, negli anni successivi, iniziò ad essere riconosciuto anche da altri stati africani e molti stati dell'Europa occidentale.³¹ Quella di Mobutu fu una vera e propria dittatura: tolse ogni potere legislativo al Parlamento, emanando un decreto presidenziale che gli conferiva "pieni poteri" in qualsiasi campo d'azione, e represses qualsiasi forma di opposizione politica compiendo atti di grande violenza e pubbliche esecuzioni, governando in un clima di terrore al solo scopo di mantenere il potere.³² Nel 1967 annunciò la creazione del suo nuovo partito politico, il *Mouvement Populaire de la Révolution* (MPR), e tutti gli altri partiti, incluso il MNC di Lumumba, furono banditi.³³

Durante il suo governo iniziò una serie di campagne politiche per "decolonizzare" il paese, affermando la sua forte ideologia nazionalista e, per prima cosa, modificò il nome della Repubblica Democratica del Congo con quello di Zaire; inoltre Leopoldville, la capitale, fu rinominata Kinshasa.³⁴

Dal punto di vista economico, il controllo delle risorse minerarie e delle industrie era sempre rimasto in mano ai paesi occidentali che avevano sostenuto Mobutu e non Lumumba, perché il primo avrebbe garantito loro una grossa influenza sull'economia del paese. Una volta consolidato il suo potere però Mobutu cercò di alterare questo equilibrio, per poter soddisfare i bisogni del suo regime.³⁵ Dimostrò tuttavia la sua totale incapacità di organizzare un sistema statale in grado di fornire i servizi essenziali al paese.³⁶ La manovra economica che diede il via al processo che portò il Congo alla rovina fu il trasferimento di tutte le ex compagnie coloniali sotto il controllo statale.³⁷ Inoltre iniziò un'opera di esproprio di tutte le piantagioni, le medie e piccole aziende e i possedimenti di proprietà di imprenditori e investitori stranieri.³⁸ Coloro che beneficiarono di queste operazioni (il c. d. "patrimonialismo") non furono i soggetti economici ma bensì gli appartenenti alla sua cerchia politica, che non avevano alcuna esperienza nella gestione di queste imprese.³⁹ Il paese

³¹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 134.

³² Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 135.

³³ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 137.

³⁴ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 142.

³⁵ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 144.

³⁶ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 48.

³⁷ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 144.

³⁸ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 145.

³⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 145.

entrò in una lunga fase di decadenza economica con effetti devastanti per la popolazione. Mentre l'inflazione aumentava e l'evasione fiscale si diffondeva, divennero sempre più frequenti episodi di corruzione e nepotismo che avrebbero portato il Congo alla miseria.⁴⁰

Mobutu manteneva il controllo del paese solo grazie alla forza militare e al culto della personalità, caratteristico del suo regime dittatoriale.⁴¹ Nonostante questo clima, la società civile si mobilitò organizzandosi in modo volontario e indipendente e creando associazioni per tutelare gli interessi del popolo.⁴²

Verso la metà degli anni settanta l'economia era in fase di totale recessione ma il governo non sembrava per nulla intenzionato ad attuare delle riforme per invertirne la tendenza.⁴³ Inoltre la situazione fu notevolmente aggravata anche dal coinvolgimento del paese nella guerra civile della confinante Angola. Tra il 1977 e il 1979 la provincia di Shaba (ex Katanga) subì due invasioni da parte del FNLC, il *Fronte Nazionale per la Liberazione del Congo*, che entrò nel paese dall'Angola ma fu respinto dal FAZ (*Forces Armées Zairoises*), l'armata di Mobutu.⁴⁴ Questo contribuì ad erodere ulteriormente la legittimità del regime congolese.

A partire dal 1990 gli Stati Uniti e il Fondo Monetario Internazionale (FMI) sospesero definitivamente i prestiti allo Zaire,⁴⁵ e questo accelerò notevolmente la disfatta di Mobutu. Egli partì per una campagna di due mesi allo scopo di intraprendere un "dialogo diretto con il popolo";⁴⁶ poi, nel mese di aprile, dichiarò l'inizio della Terza Repubblica⁴⁷ e abolì il divieto di formare nuovi partiti politici⁴⁸, concedendo la transizione verso una democrazia.⁴⁹

Nell'agosto del '92, sulla scia delle decisioni prese durante la *Conférence Nationale Souveraine* (CNS), s'instaurò un governo di transizione con Étienne Tshisekedi Primo Ministro.⁵⁰ Con una mossa preventiva Mobutu

⁴⁰ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 146.

⁴¹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 147.

⁴² Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 147.

⁴³ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 149.

⁴⁴ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 41.

⁴⁵ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 61.

⁴⁶ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 62.

⁴⁷ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 52.

⁴⁸ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 154.

⁴⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 156.

⁵⁰ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 157.

nominò governatore del Katanga una figura controversa, Kyungu wa Kumwanza, il quale, subito dopo il suo insediamento, annunciò che non avrebbe riconosciuto un governo guidato da Tshisekedi,⁵¹ vanificando l'intervento della CNS.

Nell'anno successivo episodi di violenza e rivolte, sia all'interno delle città sia fra i diversi gruppi etnici, divennero sempre più frequenti,⁵² creando una situazione nel paese totalmente incontrollabile e portando la popolazione a perdere ogni fiducia nelle istituzioni. Vi erano dunque tutti i presupposti per lo scatenarsi di un'altra guerra.

1.3 La prima guerra del Congo

Quello che favorì l'insorgere di un nuovo conflitto, che avrebbe poi coinvolto anche altri stati africani, furono le drammatiche vicende verificatesi nel vicino stato del Ruanda. Questo territorio, prima della spartizione coloniale, era popolato prevalentemente da due diversi gruppi etnici: gli Hutu (85%) e i Tutsi (14%). Dalla fondazione del Regno del Ruanda, la società fu sempre caratterizzata dal dominio di una componente etnica, quella dei tutsi, sull'altra.⁵³ I primi si presentavano come una casta che deteneva il potere e il cui dominio non fu intaccato dalla colonizzazione tedesca, che, al contrario, lo sfruttò a proprio vantaggio.⁵⁴ Furono poi i belgi, a partire dal 1916, che accentuarono ancora di più il contrasto fra le due etnie, legittimando i Tutsi alla detenzione delle redini del potere,⁵⁵ radicando nella collettività l'idea di una loro superiorità rispetto agli Hutu e creando un vero e proprio sistema di classificazione per distinguere i due gruppi.⁵⁶

⁵¹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 157.

⁵² Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 54.

⁵³ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 19.

⁵⁴ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 20.

⁵⁵ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 20.

⁵⁶ Haskin, Jeanne M., *The Tragic State of the Congo : From Decolonization to Dictatorship*, New York : Algora Pub. 2005, p. 73. "When the Belgians took over the country, they established an ethnic classification system that distinguished the Tutsis from the Hutus by their more "European" features. Identification cards were issued to concretize the system, with the main differences

Alla fine degli anni cinquanta anche il Ruanda fu travolto dalle spinte anticoloniali e indipendentiste che caratterizzavano il panorama politico,⁵⁷ e si andò formando una nuova coscienza hutu che rivendicava la condivisione del potere.⁵⁸ I belgi decisero di appoggiare la maggioranza rimuovendo il Re e sostituendo i funzionari tutsi con dei nuovi candidati hutu.⁵⁹ Questi eventi scatenarono i primi scontri, portando alla morte di migliaia di tutsi e alla fuga degli stessi verso gli stati confinanti.⁶⁰

La situazione precipitò quando anche il nuovo capo di stato Gregoire Kayibanda incitò alla violenza contro i tutsi e in migliaia furono costretti a fuggire dal paese.⁶¹ Nel 1973 il potere passò nelle mani di un comandante dell'esercito, il generale Juvenal Habyarimana, con un colpo di stato militare.⁶²

Le violenze tra i due gruppi aumentarono all'inizio del 1990 e, nell'ottobre dello stesso anno, il Ruanda subì un attacco da parte del *Fronte Patriottico Ruandese* (FPR), nato in Uganda, dove circa 4.000 rifugiati si erano uniti alla *National Resistance Army* (NRA).⁶³ L'invasione del FPR fu un fallimento poiché la Francia e lo Zaire inviarono le loro forze armate a protezione di Habyarimana.⁶⁴

L'evento che scatenò l'inizio del genocidio dei tutsi ad opera degli hutu fu l'uccisione di Habyarimana, il 6 aprile 1994, da parte del FPR.⁶⁵ Il genocidio avrebbe cambiato il volto non solo del Ruanda ma di tutta l'Africa, scatenando un conflitto su scala continentale che si sarebbe rivelato ancora più letale del genocidio stesso.⁶⁶ Si parla di due milioni di ruandesi fuggiti in Zaire, Burundi e

being that they served as a passport to education and jobs within the civil service for those who were fortunate enough to be classified as Tutsis. The Hutus, even though they were numerically superior to the Tutsis, had no choice but to accept these arrangements. They were also brutally treated within a system of forced labor that the Belgians implemented (albeit not nearly as badly as in the Congo) in order to speed the construction of railways; beatings and whippings were common. As a result, thousands of Hutus fled the country into nearby Tanzania".

⁵⁷ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 20.

⁵⁸ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 73.

⁵⁹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 74.

⁶⁰ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 74.

⁶¹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 74.

⁶² Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 74.

⁶³ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 75.

⁶⁴ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 75.

⁶⁵ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 63.

⁶⁶ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 63.

Tanzania; di questi, quasi 50.000 morirono per colpa della fame e delle epidemie che si diffondevano negli accampamenti in Zaire.⁶⁷

La prima guerra del Congo iniziò a causa dell'alleanza tra Mobutu e gli Hutu. Questi ultimi, con la complicità del governo dello Zaire, condussero violente incursioni nelle zone periferiche del Kivu, dove i tutsi (lì conosciuti come Banyamulenge) avevano vissuto per generazioni. Gli Hutu furono responsabili di uccisioni di massa e violenze, in particolare nella regione del Masisi, dove morirono decine di migliaia di tutsi.⁶⁸ Nell'ottobre del 1996, il governatore del Kivu meridionale diede ai tutsi l'ultimatum per lasciare il paese. Sostenuti dal governo ruandese, i Banyamulenge, organizzarono la propria milizia armata occupando poi la città di Uvira, capoluogo di provincia, senza incontrare resistenza da parte della FAZ.⁶⁹ Questo fu dovuto al fatto che Mobutu aveva lasciato la capitale per seguire dei trattamenti medici in Europa, creando un vuoto di potere a Kinshasa e favorendo così l'insorgere di numerosi gruppi militari,⁷⁰ che trovarono un leader comune nella figura di Laurent-Désiré Kabila⁷¹ e si unirono nell'*Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo-Zaire* (AFDL),⁷² appoggiata dal Ruanda e dall'Uganda. La coalizione, invadendo i campi profughi, voleva condurre gli hutu in Ruanda affinché fossero processati per i loro crimini. Tra novembre 1996 e gennaio 1997 molti rifugiati scapparono in Ruanda, altri riuscirono a fuggire nelle province a nord e sud del Kivu, mentre a migliaia furono uccisi.⁷³

Mobutu, tornato dalla Svizzera, non riuscì a mettere fine alle rappresaglie dei ribelli. Egli tentò invano di convincere i tutsi ruandesi a separarsi dall'AFDL, promettendo loro la piena cittadinanza in Zaire, ma ormai il declino del suo regno era imminente.⁷⁴ Nell'aprile del 1997 molte truppe governative

⁶⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 77.

⁶⁸ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 78.

⁶⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 159.

⁷⁰ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 78: "The first group was represented by the Congolese Tutsi and was led by Deogratias Bugera. The second was a group of Lumumbists led by Kisase Ngandu. The third was a Marxist guerrilla group led by Laurent Kabila. And the fourth group was led by Anselme Masasu, a former Rwandan soldier."

⁷¹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 159-160.

⁷² Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 55.

⁷³ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 57.

⁷⁴ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 79.

lasciarono le armi per unirsi all'AFDL ed offrirono il loro sostegno nell'avanzata su Lumbumbash,⁷⁵ mentre anche a Kinshasa i ribelli trovarono l'appoggio dell'opposizione politica.⁷⁶

Sotto l'influenza di Nelson Mandela si cercarono di negoziare i termini per un accordo tra Kabila e Mobutu.⁷⁷ I due s'incontrarono in acque internazionali ma nulla si riuscì a fare per fermare il movimento ribelle, fermamente intenzionato a continuare la sua azione.⁷⁸ Mobutu decise così di fuggire in Marocco, dove morì nel mese di settembre.⁷⁹

Le azioni militari dell'AFDL continuarono. L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati stima che, alla fine dei combattimenti, il numero dei dispersi sia stato di circa 246.000, e che circa 200.000 sia il numero dei rifugiati hutu uccisi dalle forze dell'AFDL e dai suoi alleati ruandesi e ugandesi.⁸⁰

Kabila di lì a poco entrò trionfante, scortato dai bambini soldato (*i kadogo*), nella capitale Kinshasa ormai priva dei simboli del potere di Mobutu.⁸¹ Lo Zaire fu rinominato Repubblica Democratica del Congo, segnando così la fine della guerra e dando inizio ad una nuova era politica.

Kabila tuttavia non si rivelò più democratico del vecchio leader Mobutu. Egli, infatti, sospese immediatamente l'attività politica di tutti i partiti e si assunse il potere di legiferare mediante decreto finché non si fosse adottata una nuova costituzione.⁸²

La comunità internazionale aveva assistito inerte alle atroci violenze commesse in Congo e Ruanda, e Kabila aveva sempre impedito ogni indagine sui massacri compiuti.⁸³ Con la fine della prima guerra del Congo però, le violazioni dei diritti umani non si fermarono, e quando le truppe dell'AFDL conquistarono la capitale, la loro unica priorità fu di riportare l'ordine,

⁷⁵ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 79.

⁷⁶ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 79.

⁷⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 81.

⁷⁸ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 81.

⁷⁹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 81.

⁸⁰ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 38.

⁸¹ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 39.

⁸² Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 61.

⁸³ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 62.

affidandosi ai *Kadogo*, un gruppo di giovani soldati reclutati durante la marcia dalla provincia del Kivu a Kinshasa.⁸⁴

La seconda guerra del Congo sarebbe scoppiata di lì a poco.

1.4 La seconda guerra del Congo

Questo nuovo conflitto, vista la quantità di stati coinvolti, venne anche rinominato “prima guerra mondiale africana” e vi parteciparono ben otto nazioni (Congo, Angola, Ruanda, Uganda, Zimbabwe, Namibia, Burundi, Ciad), oltre ai diversi gruppi ribelli.⁸⁵

Essendoci già da qualche tempo, all'interno delle FAC, tensione tra soldati di origine tutsi e di altre etnie congolese, bastò l'annuncio di Kabila con la richiesta a tutti i ruandesi di abbandonare il paese, per scatenare una serie di rivolte.⁸⁶ I tutsi furono perseguitati, uccisi, arrestati e persino pubblicamente linciati.⁸⁷ Contemporaneamente due delle più grandi forze armate si ammutinarono forti dell'appoggio del Ruanda, che insieme all'Uganda stava creando dei gruppi militari anti-Kabila.⁸⁸ Nacque così il *Rassemblement Congolais pour la Democratie* (RCD).⁸⁹

Meno di un mese dopo l'inizio degli scontri, diverse città, tra cui Matadi, Kisangani, Goma, e Bukavu, caddero sotto la dominazione del RCD, mentre Kabila si ritirò a Lubumbashi, senza l'intenzione di arrendersi e accusando l'Occidente di complottare contro di lui.⁹⁰ L'Angola e lo Zimbabwe, intervenendo nel conflitto per ragioni sia economiche sia politiche, offrirono a Kabila la loro assistenza militare, schierandosi a fianco delle truppe governative del Congo.⁹¹

Il RCD iniziò a vacillare a causa di divisioni interne che misero in crisi l'unità del movimento; infatti, i membri congolese non-Tutsi lamentavano il

⁸⁴ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 165-166.

⁸⁵ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 120.

⁸⁶ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 87.

⁸⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 87.

⁸⁸ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 87.

⁸⁹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 169.

⁹⁰ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 169.

⁹¹ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 169-170.

fatto che i Bayamulege occupassero la maggior parte delle cariche politiche. Si crearono così due fazioni: la prima, il RCD/Kisangani, guidata da Wamba dia Wamba (poi identificata con il nome di RDC/ML, *Rassemblement Congolais pour la Démocratie/Mouvement de Libération*), aveva il supporto del Ruanda; mentre il RDC/Goma guidato da Emile Ilunga, ottenne l'appoggio dell'Uganda.⁹² Questa divisione favorì la nascita di un nuovo movimento ribelle capeggiato da Jean-Pierre Bemba, il *Mouvement pour la Libération du Congo* (MLC), operante nella provincia dell'Equatore.⁹³

Nell'agosto 1999, le forze ruandesi (*Rwandan Patriotic Army* - RPA) e l'esercito ugandese (*Uganda People's Defence Force* - UPDF) si scontrarono per ottenere il controllo di Kisangani, territorio ricco di diamanti. I combattimenti continuarono, causando la morte di diverse centinaia di civili congolesi, fino alla ritirata da parte dei due eserciti nel giugno del 2000.⁹⁴

L'intervento delle Nazioni Unite arrivò solo nel settembre del 1999, quando il Consiglio di Sicurezza approvò la Risoluzione 1279 per la creazione della *Mission de l'Organisation des Nations Unies en République Démocratique du Congo* (MONUC), il cui mandato sarebbe stato quello di promuovere e monitorare un accordo di cessate il fuoco, di contribuire al realizzarsi di nuove elezioni e di assicurare la protezione dei civili.⁹⁵

Dopo circa tre settimane di negoziati, Repubblica Democratica del Congo, Zimbabwe, Namibia, Angola, Rwanda, e Uganda firmarono un accordo di cessate il fuoco, nel luglio del 1990 a Lusaka, capitale dello Zambia, il quale prevedeva essenzialmente il ritiro delle truppe, il rispetto della sovranità del Congo e dei suoi attuali confini, e l'intervento di una forza di pace dell'ONU, che ne assicurasse l'attuazione.⁹⁶ Questo sancì l'inizio di un dialogo diretto tra il governo ed i tre principali gruppi ribelli, ovvero il RDC/ML, il RDC/Goma e il

⁹² Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 170.

⁹³ Bemba è stato rinviato a giudizio con le accuse di crimini contro l'umanità e crimini di guerra commessi nella Repubblica Centrafricana. Il processo è iniziato il 22 novembre 2010 e il 12 e 13 novembre 2014 si è chiuso il dibattito. Egli si trova in stato di detenzione presso la Corte Penale Internazionale, in attesa della sentenza della Camera di Prima Istanza. Si veda ICC Bemba case information sheet. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BembaEng.pdf>. (18 luglio 2015).

⁹⁴ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 170.

⁹⁵ Deibert M., *The Democratic Republic of Congo*, cit. pag. 72.

⁹⁶ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 171.

MLC;⁹⁷ purtroppo però tutte le parti fallirono nel rispettare le condizioni stabilite e la situazione di stallo si protrasse fino all'anno successivo.⁹⁸

All'inizio del 2000 si rafforzò il mandato del MONUC cui la RDC assicurò piena libertà di movimento sul territorio congolese, ancora teatro di scontri e violenze.⁹⁹ Nell'aprile dello stesso anno si raggiunse l'Accordo di Kampala che prevedeva la completa cessazione delle ostilità e il ritiro delle truppe da entrambi i fronti,¹⁰⁰ tuttavia, non vi furono progressi nel rispetto di quest'accordo e si impedì al MONUC di attuare il suo mandato in modo efficace.¹⁰¹

Quando Kabila fu assassinato,¹⁰² al suo posto subentrò il figlio Joseph, il quale partì subito per un tour diplomatico nelle città di Washington, Parigi e Bruxelles, mostrandosi deciso ad attuare l'accordo di Lusaka.¹⁰³ Kabila junior fu incoraggiato dagli Stati Uniti ad iniziare i negoziati di pace con l'Uganda e il Ruanda che si concluderanno poi nel 2002;¹⁰⁴ egli s'impegnò per la riconciliazione nazionale e il dialogo inter-congolese in conformità dei termini dell'Accordo di Lusaka.¹⁰⁵

Nel 2002, grazie all'accordo bilaterale con il Ruanda, iniziò il disarmo e il ritiro delle truppe dal territorio congolese.¹⁰⁶ In seguito anche Angola, Zimbabwe

⁹⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 94.

⁹⁸ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 172.

⁹⁹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 117.

¹⁰⁰ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 118.

¹⁰¹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 119.

¹⁰² Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 172: "Exactly how and why Kabila was killed remains disputed. According to the official story, some elements within his troops held grudges against Kabila for not properly rewarding them after he seized power and for his authoritarian methods. Feeling increasingly disgruntled, they plotted to assassinate him. On January 16, 2001, one of his personal bodyguards, Rachidi Kasereka, gunned him down as he sat in the presidential palace in Kinshasa."

¹⁰³ Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, cit. pag. 176.

¹⁰⁴ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 49.

¹⁰⁵ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 124: "In accordance with the terms of the Lusaka Accord, which provided for an Inter-Congolese Dialogue that would include the opposition to Kabila and be geared toward national reconciliation, Joseph Kabila had affirmed his commitment to the Inter-Congolese Dialogue, publishing a statement dated May 4, 2001, in which he declared that he was committed to the following: • The sovereignty and territorial integrity of the DRC. • The inclusion of the government, RCD, MLC, and the political opposition and representatives from civil society to participate in the Inter-Congolese Dialogue. • The freedom of the Congolese parties in all the provinces to elect their representatives to the Inter-Congolese Dialogue in a just and equitable manner, as witnessed and verified by an independent authority."

¹⁰⁶ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 126.

e Burundi decisero per il ritiro delle loro forze armate, mentre l'Uganda firmò un accordo bilaterale.¹⁰⁷

Questi accordi separati aprirono la strada per il dialogo inter-congolese che avverrà a Sun City, Sudafrica, con la partecipazione dei principali leader congolese.¹⁰⁸ Le fazioni politiche, che erano state in lotta, concordarono nel prevedere un governo di transizione di due anni e l'organizzazione di elezioni amministrative, politiche e presidenziali nel 2005.¹⁰⁹

Il 17 dicembre 2002 si firmò l'Accordo globale e inclusivo per la pace in Congo che prevedeva: la deposizione delle armi; la creazione di istituzioni transitorie che avrebbero portato ad elezioni trasparenti; la tutela dei diritti umani; Joseph Kabila nel ruolo di presidente e comandante delle forze armate; la nomina di quattro vicepresidenti, di cui tre dei principali gruppi ribelli (RCD-Goma e MLC).¹¹⁰

I ribelli acconsentirono a partecipare al governo di transizione a condizione che fosse garantita loro l'amnistia per i reati commessi durante la guerra; fu così emanato un decreto legge che tuttavia non ammetteva l'applicazione dell'amnistia nei casi di genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità.¹¹¹ A partire da questo momento, la situazione si stabilizzò nelle regioni centro-occidentali ma a sud del Katanga e nell'Equateur permane tuttora uno stato di instabilità politica; nelle regioni orientali dell'Ituri e del Kivu, dove si sta configurando una vera e propria crisi umanitaria, le ostilità non sono cessate e continuano a essere commesse gravissime violazioni dei diritti umani a danno dei civili.¹¹²

¹⁰⁷ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 126-127.

¹⁰⁸ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 49.

¹⁰⁹ Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi*, cit. pag. 50.

¹¹⁰ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 131: "RCD-Goma was given responsibility for security and defense, while the MLC was granted authority over the economy and finance."

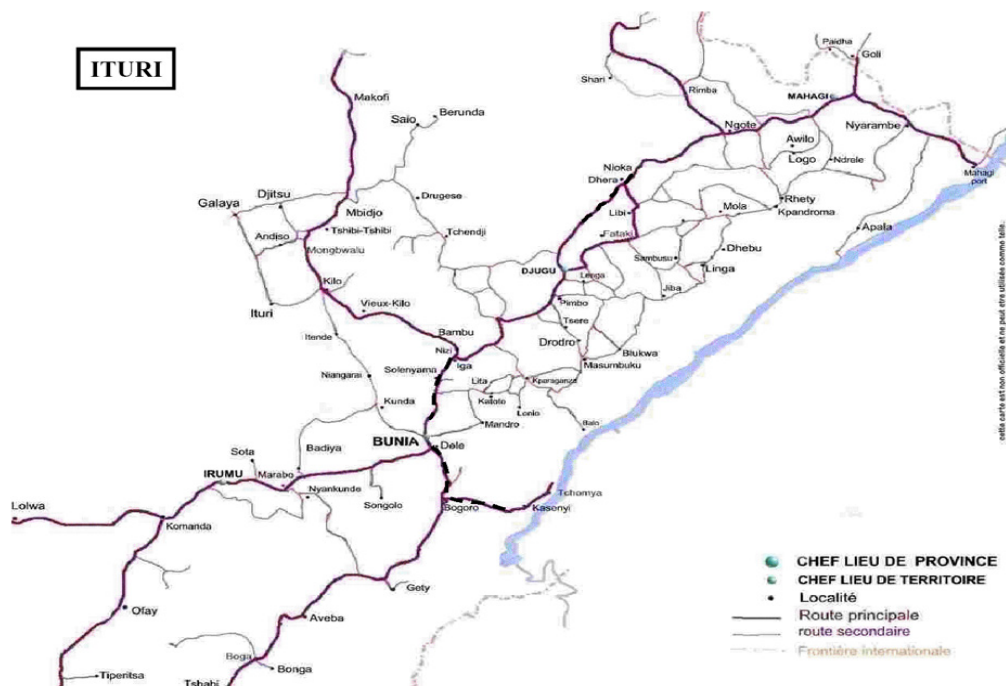
¹¹¹ Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo*, cit. pag. 132.

¹¹² Fei V., Aggiornamento situazione Repubblica Democratica del Congo, Centro Universitario di ricerca per la pace, l'analisi e la mediazione dei conflitti, 21 novembre 2008, disponibile su <http://www.cirpac.it/cooperazione-internazionale/aggiornamento-situazione-repubblica-democratica-del-congo-2008-valentina-fei/>, p. 10.

2. Il conflitto in Ituri (1999 – 2007)

All'interno dell'ampio scenario della guerra continentale africana si colloca anche il conflitto nella regione nord-orientale dell'Ituri, che ha tra i suoi principali attori Thomas Lubanga Dyilo.

L'Ituri è un distretto nella Provincia Orientale della Repubblica Democratica del Congo, confina a nord con il Sudan e ad est con l'Uganda, ed ha una popolazione tra i 3,5 e i 5 milioni di persone, di cui quasi 100.000 risiedono a Bunia, la capitale.¹¹³ Sul territorio sono presenti ben venti differenti gruppi etnici, di cui i più importanti sono gli Hema, gli Alur, i Bira, i Lendu e i Nigitis.¹¹⁴



¹¹³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, cit. para. 1.

¹¹⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 1.

Nonostante sia certamente corretto affermare che il conflitto non avrebbe avuto una tale portata senza l'intervento di forze armate straniere nelle due guerre del Congo, non bisogna trascurare il fatto che lo scontro fra due dei principali gruppi etnici sia frutto anche di fattori politici, culturali, sociali ed economici, propri di questa realtà locale.¹¹⁵ Lo scoppio delle violenze in Ituri è il risultato dello sfruttamento, da parte degli attori locali e regionali, di un conflitto interno, nato per ottenere l'accesso alla terra ed al potere, sia economico sia politico.¹¹⁶

L'abbondanza di risorse naturali, tra cui oro e legname, ha fatto dell'Ituri un fulcro per gli scambi transnazionali, e una fonte di guadagno per le società minerarie e i signori della guerra. Le forze armate protagoniste degli scontri, tra il 1999 e il 2007, hanno combattuto brutalmente per ottenere il controllo del territorio e delle sue ricchezze, inserendosi in un mercato globale per potersi accaparrare armi e denaro.¹¹⁷

L'Ituri è caratterizzato dalla presenza di due gruppi etnici, Hema e Lendu, che presentano delle suddivisioni interne: gli Hema del sud, conosciuti anche come *Banyoro*; quelli del nord, i Gegere, che si sono maggiormente integrati con i Lendu parlando anche la loro lingua; ed infine i Lendu del sud, detti anche Ngiti o Lendu-Bindi.¹¹⁸ Le differenze tra le due etnie si riscontrano, oltre che nella lingua, anche nell'organizzazione sociale: i Lendu vivono in diversi clan dislocati nel territorio, mentre gli Hema hanno sempre avuto una solida struttura sociale e un'autorità centralizzata, e si sono quindi affermati come etnia dominate sia dal punto di vista economico che politico.¹¹⁹

Fin dall'epoca coloniale, i belgi dovettero affrontare il problema di come imporre il loro dominio sulla popolazione locale. Essi decisero di privare il re

¹¹⁵ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri: the emergence of a new political complex?*, African Affairs; July 2004, Vol. 103 Issue 412, pag. 385-412, cit. pag. 388.

¹¹⁶ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 387.

¹¹⁷ Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace: Ituri, Democratic Republic of Congo*, African Affairs, January 2010, Vol. 109 Issue 434, pag. 23-50, cit. pag. 25.

¹¹⁸ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 388.

¹¹⁹ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 388.

Hema dei suoi poteri e di raggruppare le comunità etniche locali in centri amministrativi separati, concedendo ai Lendu di autogovernarsi.¹²⁰

Gli Hema usufruirono dell'accesso prioritario all'istruzione, all'amministrazione e al commercio; ma la loro supremazia si rafforzò nel 1973, quando Mobutu trasferì nelle mani delle famiglie più potenti la proprietà di quasi ogni piantagione ex coloniale e tenuta,¹²¹ contribuendo così all'impoverimento dei Lendu.¹²²

Durante il processo di democratizzazione, iniziato da Mobutu nel 1990, i politici locali cominciarono a sfruttare i contrasti etnici per cercare di acquisire maggior potere; l'appartenenza etnica iniziò ad aver un ruolo ancor più decisivo al fine di salvaguardare i propri privilegi, e si andò legittimando l'uso della violenza solo sulla base della distinzione tra etnie.¹²³ Se gli scontri di questo periodo furono sempre risolti attraverso l'amministrazione tradizionale e le forme di mediazione locali, non fu così dopo la fine del regime di Mobutu, quando, in seguito alla rivolta dell'AFDL guidata da Kabila, in Ituri iniziarono ad operare diverse milizie, fomentando l'odio e il risentimento tra Hema e Lendu.¹²⁴ Da qui in poi il conflitto assunse una portata diversa e risentì soprattutto delle influenze dei paesi che intervennero, sulla base di motivazioni principalmente economiche.

I primi episodi violenti si verificarono nel giugno del 2000 quando i proprietari terrieri Hema si appropriarono delle terre occupate dalle famiglie Lendu, corrompendo le autorità locali per registrare la proprietà dei terreni a loro favore ed utilizzando i nuovi documenti di proprietà per sfrattare gli abitanti.¹²⁵ I Lendu reagirono così all'attacco, dovendo però fronteggiare i gruppi armati Hema, già ben organizzati.¹²⁶

Mentre cresceva l'incompetenza del governo centrale congolese guidato da Mobutu, aumentava la possibilità per i ricchi signori locali di sfuggire al controllo da parte dell'amministrazione centralizzata e di aumentare il loro

¹²⁰ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 389.

¹²¹ Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace*, cit. pag. 8.

¹²² Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 390.

¹²³ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 390.

¹²⁴ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 391.

¹²⁵ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 391-392.

¹²⁶ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 392.

potere, innescando una competizione per la gestione del commercio dell'oro e di altre materie prime.¹²⁷ Lo scontro interno diventò più intenso già dopo l'estromissione di Mobutu dal ruolo di presidente, per mano dell'AFDL di Laurent-Désiré Kabila, nel maggio 1997, che contribuì, infatti, alla successiva crisi politica ed economica del Congo orientale.¹²⁸

In una situazione di agguerrita lotta tra gruppi politici, l'Ituri divenne un obiettivo per chi aspirava alla conquista del potere e si andarono formando delle fazioni rivali all'interno della RCD. Il Professor Wamba dia Wamba fondò il *RCD-Mouvement de Libération* (RCD-ML) e di lì a poco scoppiò una lotta interna per accaparrarsi il controllo dell'Ituri tra Wamba John Tibasiima e Mbusa Nyamwisi, entrambi amministratori del RCD-ML.¹²⁹

Nonostante l'Uganda cercasse ancora di controllare il corso degli eventi, dopo la fusione del RCD-ML con il *Mouvement de Libération du Congo* (MLC) di Jean-Pierre Bemba, nell'ottobre 2000, una serie di scontri tra i due gruppi costrinse Bemba a ritirarsi dall'Ituri, lasciando la zona nelle mani del RCD-ML. Il 21 novembre del 2000, Mbusa Nyamwisi assunse il ruolo di Wamba come presidente della RCD- ML, concedendo a Tibasiima di ricoprire la carica di vicepresidente.¹³⁰ Nyamwisi avrebbe supportato la milizia dei Lendu, dirigendosi inevitabilmente verso lo scontro con i gruppi Gegere (Hema), che avevano iniziato ad operare in modo indipendente a Bunia.¹³¹

In Ituri, un nuovo trio Gegere, composto da John Tibasiima, Adèle Lotsove (un ex amministratore del governo Kabila), e suo nipote, Thomas Lubanga, ottenne, grazie alla sua agenda politica, l'appoggio di sostenitori esterni, tra cui l'Uganda. Nel luglio del 2002 venne fondato un nuovo movimento ribelle: l'*Union des Patriotes Congolais* (UPC) di Thomas Lubanga, che riuscì solo in un mese a conquistare la capitale.¹³² Il movimento aveva anche un'ala militarizzata, le *Forces Patriotiques pour la libération du Congo* (FPLC).

¹²⁷ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 393.

¹²⁸ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 394.

¹²⁹ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 395.

¹³⁰ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 395.

¹³¹ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 396.

¹³² Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 396.

Supportato dagli intellettuali Gegere, Lubanga propose l'eliminazione dei gruppi Lendu e Ngiti (considerati "non-originari") in modo da porre fine per sempre al conflitto etnico.¹³³

I Lendu formarono il FNI (*Fronte nationaliste et Integrationiste*), guidato da Floribert Njabu; i Ngiti crearono la milizia FRPI (*Forza de Resistance Patriotique d'Ituri*); mentre gli Hema del sud aderirono all'UPC.¹³⁴

La popolazione Lendu che risiedeva a Bunia fu costretta a fuggire e gli scontri armati si moltiplicarono, causando la morte di migliaia di civili.¹³⁵ Alla fine del 2002, l'UPC cominciò progressivamente a dissociarsi dall'Uganda, accusata di avere mire colonialiste, ed entrò in trattative con il Ruanda. Nel gennaio 2003, questi negoziati portano ad un accordo di cooperazione militare ed economica tra l'UPC e RCD-Goma (alleati congolese del Ruanda). All'inizio del 2003, l'Uganda, allo scopo di contrastare la crescente influenza ruandese in Ituri, offrì il suo sostegno a due nuovi movimenti ribelli: il PUSIC (*Partito per l'Unità e la Salvaguardia dell'Integrità in Congo*) capeggiato da Kahwa Mandro, e le FAPC (*Forze Armées pour le Congo*) di Jérôme Kakwavu Bukandu, un comandante tutsi proveniente dal Kivu.¹³⁶ Lubanga giustificò il suo accordo militare con il Ruanda e il RCD-Goma, sostenendo di voler fermare i gruppi armati sostenuti dal governo di Kinshasa, responsabili della devastazione del Congo orientale. Egli volle inoltre essere integrato nei processi di pace di Sun City e Pretoria, avanzando anche la richiesta, mai accettata, che l'Ituri fosse riconosciuto come una provincia separata. Nel frattempo, continuò a bloccare le operazioni della *Commissione di pacificazione delle Nazioni Unite per l'Ituri* (PCI), impedendo anche al MONUC di svolgere la sua azione, con l'intento di vedere soddisfatte le richieste dei Gegere.¹³⁷

Nonostante la Seconda Guerra del Congo fu ufficialmente dichiarata conclusa nel 2003, negli anni a venire il conflitto non si placò, mietendo ancora numerose vittime.

¹³³ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 397.

¹³⁴ Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace*, cit. pag. 429.

¹³⁵ Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace*, cit. pag. 28.

¹³⁶ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 397-398.

¹³⁷ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 398-399.

Un fattore determinante per l'escalation della crisi in Ituri, fu il ruolo svolto dalle *Ugandan People's Defence Forces* (UPDF), accusate di aver istigato faide politiche tra i leader dei ribelli congolese e di aver alimentato la lotta armata tra le milizie Hema e Lendu. Gli ufficiali dell'UPDF si schierarono indifferentemente da entrambe le parti del conflitto, fornendo loro le armi e le munizioni necessarie, con l'unico scopo di garantirsi il commercio dell'oro, dei diamanti e delle altre risorse preziose.¹³⁸ Le comunità Gegere e Hema erano protette dall'UPC e dall'UPDF, che operavano quasi come delle "guardie private" a tutela dei forti interessi economici legati al commercio.¹³⁹

L'Uganda, sempre più sotto pressione internazionale per il ritiro delle sue truppe dall'Ituri, decise, nell'aprile 2003, di lasciare il paese alla protezione militare del MONUC.¹⁴⁰

Negli anni successivi iniziò la demilitarizzazione, con il programma di *Disarmament, Demobilisation and Reintegration* (DDR), che tuttavia fu attuato con difficoltà, poiché non c'erano valide alternative di sostentamento per chi decideva di consegnare le armi; ed inoltre si verificarono nuove iniziative per riprendere la "pulizia etnica" a Djugu, dove i Lendu cercarono di "ripulire" la città dai gruppi Hema.¹⁴¹ Gli episodi di violenza, soprattutto nei confronti dei civili, continueranno fino al 2007.

Per le atrocità commesse, tre ex leader delle milizie - Thomas Lubanga (UPC), Mathieu Ngudjolo (FNI / FRPI), e Germain Katanga (FRPI) - hanno dovuto affrontare un procedimento davanti alla Corte Penale Internazionale.¹⁴² Thomas Lubanga è stato trasferito in detenzione alla Corte penale internazionale nel marzo 2006, ed è stato poi emesso un altro mandato d'arresto per il comandante Hema, Bosco Ntaganda. Più di recente, il ruandese Hutu, leader della milizia FDLR, Callixte Mbarushimana, è stato arrestato in Francia

¹³⁸ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 400-401 e pag. 403-404: "In Ituri, UPDF soldiers co-operated with local farmers to exploit the enormous gold deposits in Kilo Moto, a gold mining area covering almost the entire province. That this was a lucrative enterprise was clearly illustrated by Uganda's gold exports during the Ugandan military intervention in Zaire: in 1996-7, Uganda exported US\$110 million of gold, as compared with \$35 million in 1995-6 and \$12.44 in 1994-5.

¹³⁹ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 408.

¹⁴⁰ Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri*, cit. pag. 409.

¹⁴¹ Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace*, cit. pag. 439.

¹⁴² Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace*, cit. pag. 30.

ed estradato alla Corte nel gennaio 2011.¹⁴³

Si ritiene che il conflitto in Ituri abbia causato almeno 50.000 morti e centinaia di migliaia di civili sfollati.

Oggi nella regione persiste un basso livello di violenza, in parte a causa delle operazioni dei gruppi armati stranieri nella provincia, mentre le tensioni permangono tra Hema e Lendu nonostante gli sforzi per promuovere la pace e la riconciliazione tra i due gruppi.¹⁴⁴

3. *Thomas Lubanga Dyilo e il procedimento penale a suo carico*

Thomas Lubanga Dyilo è nato il 29 dicembre 1960 a Jiba, nel territorio del Djugu, provincia dell'Ituri, nella Repubblica Democratica del Congo, ed appartiene all'etnia Hema (Gegere).¹⁴⁵ E' sposato con la Signora Matchosi ed è padre di sei figli.¹⁴⁶

Dopo aver completato gli studi presso l'Università di Kisangani, dove ha conseguito una laurea in Psicologia, Lubanga ha ricoperto la posizione di assistente presso l'Università di Cepromad tra il 1990 e il 1994. Nello stesso periodo ha intrapreso alcune attività lucrative in diversi settori, come l'agricoltura o il commercio d'oro. Dal 1986 fino al 1997 si ritiene sia stato a capo di un'organizzazione chiamata "Votura". Inoltre, alla fine del 1999, intraprese la carriera politica e poco dopo fu eletto membro dell'Assemblea del distretto dell'Ituri.¹⁴⁷ Il 15 settembre 2000 fondò l'*Union des Patriotes Congolais* (UPC), firmandone lo statuto, e formando anche una milizia, le *Forces Patriotiques pour*

¹⁴³ International justice monitor. 10 giugno 2015. <http://www.ijmonitor.org/germain-katanga-and-mathieu-ngudjolo-chui-background/>.

¹⁴⁴ International justice monitor. 10 giugno 2015. <http://www.ijmonitor.org/germain-katanga-and-mathieu-ngudjolo-chui-background/>.

¹⁴⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 5.

¹⁴⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 5.

¹⁴⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 5-6.

la *Liberation du Congo* (FPLC), grazie alle quale nel 2002 conquistò Bunia, la capitale dell'Ituri.¹⁴⁸

All'inizio del settembre 2002 l'UPC fu rinominato *Union des Patriotes Congolais/Reconciliation et Paix* (UPC/RP) e Lubanga ne divenne il presidente, oltre ad essere Comandante Capo delle FPLC.¹⁴⁹

IL 23 giugno 2004 sono iniziate le indagini, su richiesta del governo della Repubblica Democratica del Congo,¹⁵⁰ focalizzate sul conflitto nella regione dell'Ituri,¹⁵¹ che hanno portato all'emissione di un mandato d'arresto per Thomas Lubanga Dyilo il 10 febbraio 2006, da parte della Corte Penale Internazionale.¹⁵² Il 16 e il 17 marzo 2006 Lubanga viene arrestato e trasferito nel centro di detenzione della Corte presso L'Aja.¹⁵³

Nell'atto di imputazione, emesso il 28 agosto 2006, il Procuratore ha accusato Lubanga di aver commesso il crimine di arruolamento o utilizzo di minori degli anni quindici durante la conduzione delle ostilità, previsto all'articolo 8 (2)(e)(vii) dello Statuto di Roma,¹⁵⁴ in qualità di coautore, in un arco temporale che si estende dal 1 luglio 2002 al 31 dicembre 2003.¹⁵⁵ Inoltre l'accusa ha ritenuto che il crimine fosse stato commesso nel contesto di un conflitto armato a carattere non internazionale.¹⁵⁶

Il processo è iniziato formalmente nel 2009 ed è terminato nel 2014 con la prima sentenza della Corte d'Appello della Corte Penale Internazionale che ha

¹⁴⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 7.

¹⁴⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 8.

¹⁵⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, cit. para. 125.

¹⁵¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 136.

¹⁵² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Warrant of arrest, Pre Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 February 2006.

¹⁵³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 16.

¹⁵⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 9.

¹⁵⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 20.

¹⁵⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges,, cit. para. 9.

sostanzialmente confermato la sentenza di condanna della Camera di Prima Istanza del 14 marzo 2012.¹⁵⁷

Il processo a Lubanga è stato interrotto per ben due volte a causa di violazioni, da parte dell'accusa, delle norme sul giusto processo. L'Ufficio del Procuratore si è rifiutato in due occasioni di rivelare il contenuto di alcune prove alla difesa di Lubanga: nel 2008 la Camera di Prima Istanza ha imposto una sospensione del procedimento, avendo constatato un uso scorretto dell'articolo 54(3)(e)¹⁵⁸ dello Statuto da parte del Procuratore, che non aveva rivelato una serie di prove a discarico dell'imputato; e nel 2010 si è deciso per una seconda sospensione a causa di una ulteriore violazione delle regole del giusto processo da parte dell'accusa, che questa volta non rivelava il nome degli intermediari utilizzati per raccogliere le testimonianze durante le indagini.¹⁵⁹

La Camera di Prima Istanza ha concluso che l'UPC/ FPLC, come gruppo armato organizzato, è rimasto coinvolto in un conflitto interno contro *l'Armée Populaire Congolaise* (APC) e altre milizie Lendu, compresa la *Forza de Résistance Patriotique en Ituri* (FRPI); tra il settembre 2002 e l'agosto 2013 l'UPC/FPLC ha reclutato molti giovani, tra cui bambini di età inferiore a quindici anni, sia su base volontaria che con l'uso della forza, trasferendoli nel suo quartier generale a Bunia o nei campi di addestramento militare a Rwampara, Mandro e Mongbwalu. Questi accertamenti si basano per lo più su prove testimoniali e prove video, che rivelano anche le condizioni in cui si trovavano i bambini e i duri trattamenti cui erano sottoposti.¹⁶⁰ Le stesse considerazioni saranno poi confermate dalla Camera d'Appello.¹⁶¹

¹⁵⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement.

¹⁵⁸ Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 54(3)(e): "*il Procuratore può: e) impegnarsi a non divulgare, in nessuna fase della procedura, i documenti o informazioni che il Procuratore ha ottenuto in via confidenziale al solo scopo di ottenere nuovi elementi di prova, a meno che l'informatore non consenta alla loro divulgazione.*"

¹⁵⁹ International justice monitor. 10 giugno 2015. <http://www.ijmonitor.org/thomas-lubanga-timeline/>.

¹⁶⁰ ICC Lubanga case information sheet. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf> (10 giugno 2015).

¹⁶¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Appeal Chamber, n. ICC ICC-01/04-01/06 A 5, 1 December 2014.

Nei capitoli successivi si analizzano gli elementi del crimine di guerra di cui all'articolo 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma e la forma di imputazione della responsabilità prevista all'articolo 25(3)(a), ovvero la cd. co-autoria, così come interpretati dalla Corte Penale Internazionale nella sentenza *Lubanga*.

Capitolo II

IL CRIMINE DI GUERRA DI “COSCRIZIONE, ARRUOLAMENTO ED UTILIZZO DI BAMBINI NEI CONFLITTI ARMATI”. GLI ARTICOLI 8(2)(b)(xxvi) E 8(2)(e)(vii) DELLO STATUTO DI ROMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. I crimini di guerra: premesse di carattere generale e struttura della norma. 3. Il conflitto armato e il nesso con la condotta. – 3.1 L’esistenza di un conflitto armato (il c.d. *contextual element*) – 3.2 Il nesso fra la condotta e il conflitto armato. – 3.3 La *mens rea*. – 3.4 L’esistenza di un conflitto armato in Ituri, la sua qualificazione giuridica e la teoria dell’*overall control*. – 3.4.1 Le determinazioni delle parti e la qualificazione del conflitto da parte della Camera Preliminare. - 3.4.2 La qualificazione del conflitto nella Sentenza di Primo Grado. - 3.4.3 Gli accertamenti fattuali della Camera di Prima Istanza. 4. Il crimine di “coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità”. – 4.1 Introduzione. – 4.2 Le condotte. 4.2.1 Considerazioni generali 4.2.2 La coscrizione. 4.2.3 L’arruolamento. 4.2.4 L’utilizzo dei bambini e la loro partecipazione attiva alle ostilità. – 4.3 L’elemento soggettivo.

1. Introduzione

Thomas Lubanga Dyilo è stato processato davanti alla Corte Penale Internazionale (CPI) con l’accusa di aver commesso il crimine di cui all’articolo 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma.

Il 29 gennaio 2007 la Prima Camera Preliminare ha emesso la Decisione di conferma delle accuse, stabilendo che vi fossero sufficienti elementi per ritenere

che: “Thomas Lubanga Dyilo is responsible, as a co-perpetrator, for the charges of enlisting and coscripting children under the age of fifteen years into the FPLC and using them to participate actively in hostilities within the meaning of articles 8(2)(e)(vii) and 25(3)(a) of the Statute from early september 2002 to 2 june 2003”.¹⁶²

Nonostante il Procuratore abbia imputato a Lubanga solo il crimine di cui all’articolo 8(2)(e)(vii),¹⁶³ le stesse accuse furono formulate dalla Camera Preliminare anche in relazione all’articolo 8(2)(b)(xxvi).¹⁶⁴ La differenza tra le due previsioni normative sta nella qualificazione del conflitto armato come a carattere internazionale o non-internazionale, mentre la condotta incriminata rimane la stessa.¹⁶⁵

Il Procuratore ha limitato le accuse solamente al crimine di reclutamento ed utilizzo di bambini soldato, lasciando scoperte e dunque impunte diverse condotte che avrebbero potuto costituire altri crimini di guerra o crimini contro l’umanità.¹⁶⁶ La dottrina si è interrogata sulle ragioni di questa scelta, per certi versi anche criticata,¹⁶⁷ e si è ritenuto che l’Ufficio del Procuratore abbia

¹⁶² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, cit. para. 156-157.

¹⁶³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 9.

¹⁶⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 156-157.

¹⁶⁵ Vi è un’ulteriore differenza, per quanto riguarda l’actus reus, fra le due previsioni: ex articolo 8(2)(b)(xxvi) il reclutamento deve avvenire nelle forze armate nazionali, mentre secondo la disciplina dell’articolo 8(2)(e)(vii) è sufficiente che l’arruolamento sia all’interno di gruppi o forze armate. Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 8.2(b)(xxvi): “(...) Coscripting or enlisting children under the age of fifteen years into the national armed forces or using them to participate actively in hostilities.”; articolo 8.2(e)(vii) : “(...)Coscripting or enlisting children under the age of fifteen years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities.” Si veda anche Ambos K., *Treatise on international criminal law*, volume II, Oxford : Oxford university press, 2013-2014, pag. 180; e Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, *International Criminal Law Review* 12 (2012), p. 115–153, pag. 131-132.

¹⁶⁶ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment*, *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), pag. 945-969, cit. pag. 946.

¹⁶⁷ Shabas W. A., *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, pag. 731-761, cit. pag. 741: “It is difficult to reconcile the prosecutorial discourse about gravity with the decision to proceed against Lubanga. The arrest took place within days of issuance of the statement in which the Prosecutor said wilful killing of civilians by British troops in Iraq was not sufficiently serious enough to warrant further investigation. He contrasted this with the ‘thousands’ of deaths in the DRC, yet then proceeded in a case of recruiting child soldiers in which allegations of homicide were not even made. The Prosecutor was comparing apples with oranges.”, e cit. pag. 744: “The impression remains that in the Lubanga case, the exercise of

preferito concentrare l'attenzione sulle condotte per le quali vi era una più solida base probatoria che avrebbe permesso di mantenere forti le accuse e di ottenere una condanna definitiva nel più breve tempo possibile, anche nell'ottica del principio di economia processuale.¹⁶⁸

Nel caso specifico si può inoltre affermare che la selezione operata dall'accusa trovi le sue ragioni nel principio di complementarità.¹⁶⁹ Infatti, quando la CPI emanò il mandato d'arresto per Thomas Lubanga,¹⁷⁰ egli si trovava già in stato di detenzione a Kinshasa con l'accusa di crimini internazionali mossa dalle autorità della RDC, e questo non avrebbe permesso un procedimento penale simultaneo con i medesimi capi d'imputazione.¹⁷¹ In questo modo il Procuratore assicurò l'inizio del processo davanti alla CPI nonostante fosse stato intrapreso un parallelo procedimento penale sotto la giurisdizione nazionale.¹⁷²

Ad oggi si può comunque affermare che il processo ha presentato diverse difficoltà probatorie, soprattutto riguardo la prova dell'età dei bambini e l'accertamento del nesso tra le azioni di Lubanga e il reclutamento, oltre che alla prova rispetto alla *mens rea* dell'imputato.¹⁷³

La sentenza *Lubanga* affronta uno degli aspetti più terribili delle guerre

prosecutorial discretion had more to do with the fact that this was an accused who was accessible to a Court starved for trial work rather than any compelling analysis based upon either gravity or complementarity."

744.

¹⁶⁸ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 946.; McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 156.

¹⁶⁹ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 946.

¹⁷⁰ Il 10 Febbraio 2006. Per una più completa descrizione dei fatti si veda Capitolo I para. 3.

¹⁷¹ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 947: "(...)Lubanga was already in custody in Kinshasa, facing domestic charges for international crimes including the above mentioned attack on UN peacekeepers." Si veda ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, Annex I, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 February 2006, cit. para. 33: "On 19 March 2005, Thomas Lubanga Dyilo was arrested and detained by the DRC authorities together with other leaders of Ituri-based military groups. The warrant of arrest, dated 19 March 2005, issued by the competent examining magistrate in the DRC, anche the provisional detention of Thoomas Lubanga Dyilo are legally based on charges of genocide pursuant to Article 164 of DRC Military Criminal Code and crimes against humanity pursuant to Articles 166 and 169 of the same code. On 29 March 2005, the DRC authorities issued another arrest warrant against Thomas Lubanga Dyilo, alleging crimes of murder, illegal detention and torture."

¹⁷² Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 947.

¹⁷³ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 159.

africane, ignorato per anni dalla comunità internazionale, ovvero le atroci violenze fisiche e psicologiche cui migliaia di bambini sono stati e vengono ancor oggi sottoposti all'interno dei campi di addestramento militare e dei gruppi armati.

L'uso dei bambini soldato nei conflitti è un fenomeno relativamente nuovo nello scenario delle "guerre moderne". Essi, infatti, tradizionalmente sono considerati non-combattenti, figure innocenti e bisognose di tutela rispetto agli orrori della guerra.¹⁷⁴ Nonostante una parte di essi sia reclutata su base volontaria,¹⁷⁵ giocano comunque un ruolo fondamentale le azioni di reclutamento forzato (coscrizione) e rapimento, e rimane quindi la coercizione il mezzo più utilizzato per far sì che i bambini diventino soldati.¹⁷⁶

Un aspetto che favorisce ancor più questo fenomeno è l'assenza di certificati e documenti di nascita ufficiali, rendendo in concreto impossibile stabilire con certezza l'età delle persone reclutate. Si consideri poi come tali soggetti siano naturalmente più vulnerabili e impotenti dinanzi a pratiche intimidatorie e violente.¹⁷⁷

E' di immediata comprensione dunque l'importanza delle normative internazionali che si preoccupa di tutelare questa categoria, criminalizzando quelle condotte che ne mettono a rischio l'incolumità.

Nei prossimi paragrafi si individuano gli elementi del crimine di coscrizione, arruolamento ed utilizzo dei bambini soldato, così come interpretati dalla Corte Penale Internazionale nella Decisione di Conferma delle Accuse e nella Sentenza di Primo Grado del caso *Lubanga*, alla luce della normativa penale internazionale, della legge umanitaria internazionale e della giurisprudenza già presente in materia.

¹⁷⁴ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 5.

¹⁷⁵ Si veda infra paragrafo 4 (Capitolo II), per distinzione normativa operata dallo Statuto di Roma rispetto ai fenomeni di coscrizione e arruolamento.

¹⁷⁶ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 6.

¹⁷⁷ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 6-7.

2. I crimini di guerra: premesse di carattere generale e struttura della norma.

Prima di analizzare gli elementi (oggettivo e soggettivo) del crimine in questione, è opportuno contestualizzare la relativa disciplina collocandola all'interno della normativa penale internazionale.

Il crimine di "coscrizione, arruolamento o utilizzo di bambini soldato" fa parte della più ampia categoria dei crimini di guerra, ossia delle violazioni della legge umanitaria internazionale criminalizzate dalla legge internazionale;¹⁷⁸ questi rientrano nei quattro c.d. "core crimes" elencati nell'articolo 5(1) dello Statuto di Roma,¹⁷⁹ e sono disciplinati all'articolo 8.

Essendo parte del diritto penale internazionale, la normativa dei crimini di guerra ricade nella categoria delle norme di *jus cogens*, previsioni generali e perentorie del diritto internazionale che sono definite dalla Convenzione di Vienna del 1969 come "norme accettate e riconosciute dagli Stati di tutta la comunità internazionale come inderogabili e suscettibili di modifica solo ad opera di norma generale di diritto internazionale avente la stessa natura".¹⁸⁰

Una condotta potrà costituire crimine di guerra solo se: i) violi la legge umanitaria internazionale, e ii) sia stata criminalizzata da un trattato o dalla legge consuetudinaria internazionale.¹⁸¹

Il progetto dello Statuto del 1993 proposto dalla *Commissione del Diritto Internazionale* (ILC) includeva i crimini di guerra, non dandone tuttavia alcuna definizione.¹⁸² Già durante le prime negoziazioni si concordò nel ritenere che il termine "crimini di guerra" fosse sufficientemente generico da poter

¹⁷⁸ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court : observers' notes, article by article*, seconda edizione, München : Beck [etc.], 2008, cit. pag. 283.

¹⁷⁹ Oltre al genocidio, ai crimini contro l'umanità e al crimine di aggressione. Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 5(1): "The jurisdiction of the Court shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole. The Court has jurisdiction in accordance with this Statute with respect to the following crimes: a) the crime of genocide; b) Crimes against humanity; c) War crimes; d) The crime of aggression."

¹⁸⁰ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, Den Haag : TMC Asser press ; Berlin ; Heidelberg : Springer, 2014, cit. pag. 46.

¹⁸¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 283.

¹⁸² Lee Roy S., *The International criminal court : elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational publishers, 2001, cit. pag. 109.

raggruppare tutte le norme applicabili nell'ambito dei conflitti armati e che fosse necessario inserirlo nello Statuto, dandone una precisa definizione, nel rispetto del principio di legalità.¹⁸³

Si noti come il concetto di crimine di guerra sia un concetto dinamico, poiché tutta la relativa disciplina penale si basa su violazioni della legge umanitaria internazionale, la quale, indicando quali sono le condotte proibite in caso di conflitto armato, ne costituisce la fonte primaria.¹⁸⁴

La legge umanitaria internazionale si è estesa e modificata per più di un secolo¹⁸⁵ ed ha avuto sempre come obiettivo quello di limitare gli effetti negativi dei conflitti armati, vincolando ogni stato a rispettarne le regole.¹⁸⁶ Le sue disposizioni si applicano automaticamente ad ogni situazione di conflitto armato, indipendentemente da come le parti coinvolte lo qualificano o da quali ragioni esse invocano per legittimare l'uso della forza.¹⁸⁷

L'uso della forza militare è considerato legittimo se esercitato nel rispetto di determinate condizioni e, in tempo di guerra, alcune previsioni di legge, normalmente alla base di una società umana e civile, come ad esempio il divieto di uccidere, sono sospese; questo garantisce a coloro che partecipano ai combattimenti di non essere perseguiti né alla luce della normativa nazionale né di quella internazionale.¹⁸⁸

In tempo di guerra però non vi è un totale vuoto normativo: vi sono, infatti, degli strumenti giuridici che provvedono a dettare delle peculiari disposizioni volte a garantire che in una situazione di conflitto armato non si agisca in completa assenza di una normativa.¹⁸⁹

La legge umanitaria internazionale ha origini molto antiche ma nel XIX secolo è stata codificata attraverso la stesura di più Convenzioni. A tal proposito si parla di "Diritto di Ginevra" indicando l'insieme delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e dei due Protocolli Addizionali del 1977;

¹⁸³ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 109.

¹⁸⁴ Cassese A., Gaeta P., Jones John R.W.D., advisory board Eser A. ... [et al.], *The Rome statute of the International criminal court : a commentary*, volume II, Oxford, New York, N.Y.: Oxford university press, 2002, cit. pag. 381.

¹⁸⁵ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 109.

¹⁸⁶ Werle G., Jessberger F., in cooperation with Julia Geneuss ... [et al.], *Principles of international criminal law*, terza edizione, Oxford : Oxford university press, 2014, cit. pag. 399-400.

¹⁸⁷ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 290.

¹⁸⁸ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 392.

¹⁸⁹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 392.

mentre si parla del c.d. “Diritto dell’Aja” con riferimento alle Convenzioni dell’Aja del 1899 e del 1907.¹⁹⁰

Il “Diritto di Ginevra” (*ius in bello*) prevede la protezione dei civili e di coloro che non partecipano più attivamente alle ostilità; in particolare dei feriti, dei malati, dei naufraghi, dei prigionieri di guerra, di qualsiasi altra persona detenuta, internata o privata della libertà personale nel contesto di un conflitto armato, e delle popolazioni dei territori occupati.¹⁹¹ Oltre alle Convenzioni e ai Protocolli, questa branca del diritto umanitario internazionale ha tra le sue fonti la legge consuetudinaria internazionale, che è di particolare rilevanza nell’ambito dei conflitti armati interni.¹⁹²

Il c.d. “Diritto dell’Aja” (*ius ad bellum*) si occupa invece della protezione dei soldati e di vietare l’utilizzo di mezzi o strumenti di guerra che possano risultare particolarmente pericolosi o dannosi, stabilendo quali obiettivi militari siano target legittimi e quali non lo siano¹⁹³.

Lo Statuto della CPI ha codificato i crimini di guerra prevedendo delle sanzioni penali per “gravi violazioni” delle Convenzioni di Ginevra, dei Protocolli Addizionali e della legge consuetudinaria internazionale nell’ambito di un conflitto armato sia a carattere internazionale sia a carattere non internazionale.

Si noti come, affinché una condotta realizzata nel contesto di un conflitto armato sia punibile, non è sufficiente che si sia verificata all’interno di una guerra di aggressione (in violazione dello *ius ad bellum*); al contrario, si richiede un’autonoma violazione dello *ius in bello*.¹⁹⁴ Allo stesso tempo però una guerra “legittima”(che non violi il Diritto dell’Aja) non esenta le parti avversarie dal rispetto dello *ius in bello*.¹⁹⁵

Gli interessi tutelati dai crimini di guerra sono la pace e la sicurezza mondiali, insieme al diritto alla vita, alla libertà, e alla proprietà privata di tutte le persone coinvolte nel conflitto.

¹⁹⁰ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 395-396.

¹⁹¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 284.

¹⁹² Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 284; si veda anche pag 285 : “ *The Geneva law branch of IHL also protect property in the hands of an adversary and particularly protects the population, property and pre-existing order of an occupied territory*”.

¹⁹³ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 396.

¹⁹⁴ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 118.

¹⁹⁵ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 118.

La norma che elenca e definisce tali crimini, nello Statuto di Roma, è l'articolo 8, che contiene una lunga lista di condotte punibili, comprensiva di ben cinquantuno diverse previsioni.¹⁹⁶

Nel progetto iniziale dello Statuto del 1994 non erano contemplati i casi in cui il conflitto armato fosse interno, e, solo dopo l'inserimento della previsione nello Statuto del Tribunale *ad hoc* per il Ruanda,¹⁹⁷ si stabilì un certo parallelismo con le norme applicabili nei casi di un conflitto armato internazionale,¹⁹⁸ concordando per l'adozione della stessa dicitura rispetto ai crimini corrispondenti.¹⁹⁹

L'articolo 8 ha una struttura complessa. Al primo comma si stabilisce che la Corte ha giurisdizione sui crimini di guerra "in particolare" se commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini commessi su larga scala.²⁰⁰ La dottrina è concorde nel considerare il termine "in particolare" come una chiara indicazione del fatto che un unico o isolato crimine di guerra non sia completamente escluso dall'esercizio del potere giurisdizionale, lasciando, in questi casi, alla discrezione del Procuratore la scelta rispetto all'esercizio dell'azione penale.²⁰¹

L'applicazione della norma dunque non si ritiene preclusa nel caso in cui si verifichi la commissione di un solo crimine di guerra, o questo non sia parte di un piano o di un disegno politico più ampio, e si rimette al Procuratore la decisione sull'esercizio della giurisdizione da parte della Corte.

La norma poi, al comma secondo, si suddivide in quattro sottoparagrafi: gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (comma 2 lettera (a)) e altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno

¹⁹⁶ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 110.

¹⁹⁷ Si veda lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, articolo 4: "Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II. International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977 (...)"

¹⁹⁸ Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*, Oxford [etc.]: Oxford university press, 2010, cit. pag. 196-197.

¹⁹⁹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 289.

²⁰⁰ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 118.

²⁰¹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 119.; Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 200.; Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 299 e ss.

del quadro consolidato del diritto internazionale (comma 2 lettera (b)), in situazioni di conflitti armati internazionali; mentre, in ipotesi di conflitto armato a carattere non-internazionale, gravi violazioni dell'articolo 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (comma 2 lettera (c)), e altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili, all'interno del quadro consolidato del diritto internazionale (comma 2 lettera (e)).²⁰²

Si noti come la norma non preveda, diversamente dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*,²⁰³ una formula aperta, ma, al contrario, contenga una lista esaustiva di condotte punibili.²⁰⁴

Oltre alla lista dei crimini per ogni sottoparagrafo, alle lettere (d) e (f) si collocano rispettivamente le soglie di applicazione per le lettere (c) e (e), inserite con l'intento di fornire delle indicazioni per la definizione, particolarmente problematica, di conflitto armato interno.²⁰⁵

I crimini di guerra sono reati c.d. comuni: potranno dunque essere commessi da chiunque, dal personale militare e dalla popolazione civile, non essendo richiesta dalla norma alcuna caratteristica soggettiva in capo all'autore.²⁰⁶

In sintesi si può affermare che affinché una specifica condotta costituisca crimine di guerra i seguenti requisiti debbano essere soddisfatti: i) l'esistenza di un conflitto armato; ii) il nesso tra la condotta realizzata e tale conflitto; iii) la violazione di una specifica previsione normativa della legge umanitaria internazionale; iv) la criminalizzazione di tale violazione da parte della legge internazionale; v) il realizzarsi di una condotta che soddisfi gli elementi richiesti dalla norma incriminatrice.²⁰⁷

Nel prossimo paragrafo si affronterà l'analisi del c.d. "contextual element", ovvero dell'esistenza di un conflitto armato, requisito primario e necessario ai fini dell'integrazione delle fattispecie di crimini di guerra.

²⁰² Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 120. Si veda inoltre l'articolo 8 Statuto di Roma.

²⁰³ Si veda l'articolo 4 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda e l'articolo 3 dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia.

²⁰⁴ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 120.

²⁰⁵ Si veda *infra* paragrafo 3 (Capitolo II).

²⁰⁶ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 145.

²⁰⁷ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 283.

3. Il conflitto armato e il nesso con la condotta criminosa

Affinché una delle condotte contenute nell'articolo 8 dello Statuto di Roma si possa qualificare come crimine di guerra è necessario che "si verifichi nel contesto di o sia associata ad un conflitto armato",²⁰⁸ che potrà essere internazionale o interno.²⁰⁹ In aggiunta, oltre al requisito della commissione del crimine nell'ambito di un conflitto armato, sarà necessario anche dimostrare l'esistenza di nesso tra la condotta e il conflitto.²¹⁰

3.1 L'esistenza di un conflitto armato (il c. d. *contextual element*)

Una definizione positiva di "conflitto armato" non è presente nelle fonti del diritto internazionale, ma vi sono solamente alcuni riferimenti o indicazioni.²¹¹

Questo non ha reso semplice l'attività degli interpreti, in particolare nell'individuare gli elementi che, fuori dai casi di "guerra dichiarata", determinassero una situazione di conflitto armato.

Una definizione cui oggi fa riferimento unanime tutta la giurisprudenza penale internazionale, quando si trova a dover giudicare di un crimine di guerra, è quella fornita dal Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia nella nota sentenza *Tadić*:

70. [...] *an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.*²¹²

²⁰⁸ Dörmann K., with contributions by Doswald-Beck L. and Kolb R., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University press, 2003, cit. pag. 375 e 470; *Elements of Crimes*, elemento 4 comune a tutti i crimini di guerra (articolo 8).

²⁰⁹ *Elements of Crimes*, articolo 8. Tale requisito è richiesto per tutte le condotte.

²¹⁰ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 948.

²¹¹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 122-123.

²¹² ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, n. IT-94-1-AR72, 2 October 1995, par. 70.

Si potrà parlare dunque di conflitto armato quando si ricorra all'uso della forza armata tra Stati, o nel caso di scontri violenti protratti tra le autorità governative e gruppi armati organizzati o tra i gruppi stessi, nel territorio di uno Stato.²¹³

Quello che rileva non è la qualificazione formale del conflitto, o il fatto che vi sia stata una dichiarazione di guerra, ma solamente l'impiego della forza armata da parte di una delle parti coinvolte.²¹⁴

Altri fattori determinanti per l'individuazione del conflitto armato, solo a carattere interno, sono l'intensità e gli effetti dannosi che gli scontri o gli attacchi hanno provocato.²¹⁵

Le parti del conflitto sono, sia nel caso di un conflitto armato internazionale fra due o più Stati, sia nell'ipotesi di un conflitto interno, le forze armate governative o i gruppi armati dissidenti sia statali sia non statali.²¹⁶

Si ritiene però necessario distinguere, secondo la legge umanitaria internazionale, fra conflitti armati a carattere internazionale e conflitti armati interni.

I primi sono definiti all'articolo 2 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949 in cui si stabilisce che le Convenzioni *"si applicano a tutti i casi di guerra dichiarata o ad ogni altro conflitto armato che possa instaurarsi fra due o più Stati, anche se lo stato di guerra non è riconosciuto da una delle parti. Le Convenzioni si applicano anche a tutti i casi di occupazione totale o parziale del territorio di uno Stato, anche se l'occupazione è avvenuta senza alcuna resistenza armata"*.²¹⁷

In questi casi non rileva la durata delle ostilità né l'intensità o la gravità delle violenze commesse. Inoltre, secondo il I Protocollo Addizionale, sono

²¹³ Si veda infra paragrafo 3.4 (Capitolo II) per l'utilizzo di questa definizione da parte della Camera di primo grado nella sentenza *Lubanga*.

²¹⁴ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 123-124 : " (...) *The concept is flexible enough to encompass a single drone strike or a cyber attack.*"

²¹⁵ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 124.

²¹⁶ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 124.

²¹⁷ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 291.; si veda inoltre l'articolo 2 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949: *"In addition to the provisions which shall be implemented in peacetime, the present Convention shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them. The Convention shall also apply to all cases of partial or total occupation of the territory of a High Contracting Party, even if the said occupation meets with no armed resistance."*

qualificabili come internazionali anche i conflitti in cui un popolo combatte contro la dominazione coloniale, l'occupazione straniera e i regimi razzisti, esercitando il proprio diritto all'autodeterminazione.²¹⁸

I conflitti fra gruppi statali e non-statali, o solo fra gruppi non-statali, ma in cui altri Stati, pur non essendo militarmente attivi, offrono il loro supporto alle fazioni belligeranti, ad esempio offrendo loro armi, potranno essere considerati a carattere internazionale.²¹⁹ Tuttavia questo sarà possibile solo nell'ipotesi in cui le azioni poste in essere da una delle parti coinvolte nella guerra civile possano essere attribuite allo Stato che ha offerto il suo supporto, agendo così indirettamente per mezzo del gruppo armato.²²⁰

Tali considerazioni hanno portato la giurisprudenza ad interrogarsi sui fattori che rendano una condotta di uno o più individui ascrivibile ad uno Stato, nell'ipotesi in cui essi non agiscano (*de jure*) come organi o autorità governative ma siano solamente *de facto* associati ad esso.²²¹ Anche su questo punto si è pronunciato il Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia nella sentenza *Tadić*, con cui la Camera d'Appello ha sviluppato la teoria dell'*overall control*, stabilendo i criteri per cui l'intervento indiretto di uno stato che fornisce supporto ad uno o più gruppi coinvolti in una guerra civile interna possa "internazionalizzare" il conflitto.²²²

La seconda tipologia di conflitti armati è rappresentata da quelli a carattere non-internazionale.

Le guerre civili tradizionalmente sono sempre state considerate materia di interesse nazionale, di competenza quindi della giurisdizione interna, in cui era proibito un intervento da parte della legge internazionale.²²³ Tuttavia, con la previsione dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, si crearono per la prima volta delle norme applicabili anche a queste situazioni,²²⁴ quando si ritenga che assumano una portata tale da suscitare l'interesse della

²¹⁸ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 413-414.

²¹⁹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 414

²²⁰ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 414.

²²¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 414.

²²² Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 414.; si veda infra paragrafo 3.4 (Capitolo II).

²²³ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 406.

²²⁴ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 406.

comunità internazionale, in modo da giustificare quindi la violazione della sovranità statale.²²⁵ All'articolo 3 si aggiunge anche il testo del II Protocollo Addizionale del 1977.²²⁶

Come già accennato, la possibilità che i crimini di guerra rilevassero anche nel contesto di un conflitto interno non venne subito riconosciuta; ma, solo dopo l'inserimento dell'articolo 4 nello Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, si fecero i primi passi in questa direzione.²²⁷

Decisiva fu ancora una volta la sentenza d'appello del caso *Tadic*,²²⁸ principalmente per due ordini di ragioni. In primo luogo il Tribunale stabilì che determinate previsioni del diritto umanitario internazionale si dovessero estendere, secondo la legge consuetudinaria internazionale, anche ai conflitti interni.²²⁹ Questo poiché quelle condotte considerate inumane, e proibite nei conflitti internazionali, non possono di certo considerarsi legittime se compiute nel contesto di una guerra civile.²³⁰ In secondo luogo la Camera d'Appello ha ritenuto che le violazioni della legge umanitaria internazionale applicabile ai conflitti interni possano avere una rilevanza penale, secondo la legge consuetudinaria internazionale, perché sarebbe irragionevole prevedere una disciplina differente a seconda del tipo di conflitto armato.²³¹

Lo Statuto della CPI ha seguito l'orientamento dei Tribunali ad *hoc* inserendo, come abbiamo visto in precedenza, i paragrafi (c) ed (e), in cui si criminalizzano rispettivamente le violazioni dell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e altre gravi violazioni della legge consuetudinaria che si basano principalmente sulle disposizioni contenute nel II Protocollo Addizionale.²³²

Si può oggi affermare che lo Statuto di Roma garantisca una tutela nel caso di conflitto interno per gran parte assimilabile alla protezione prevista in ipotesi

²²⁵ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 417

²²⁶ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 406.

²²⁷ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 406.

²²⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, cit. para 120 e ss. e para 126.

²²⁹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 407.

²³⁰ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 407.

²³¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 407.

²³² Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 408.

di conflitto armato internazionale.²³³

Il concetto di conflitto armato non-internazionale ha creato non pochi problemi definitivi poiché non esistono chiare e precise indicazioni nelle previsioni della legge umanitaria internazionale.

Schematizzando si possono individuare tre diverse soglie minime indicative dell'esistenza di un conflitto armato non-internazionale: l'articolo 3 comune alle Convenzioni e applicabile all'articolo 8(2)(c) dello Statuto di Roma; l'articolo 8(2)(f); l'articolo 1 del II Protocollo Addizionale.²³⁴

Secondo una prima definizione (articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra) si richiede che le ostilità avvengano tra autorità governative e gruppi armati, o tra due o più gruppi armati.²³⁵ Questo indica come le parti debbano raggiungere un livello minimo di organizzazione (avere una struttura interna ed essere in grado di condurre operazioni militari), anche se questo non è esplicitamente richiesto dalla norma.²³⁶

Altra soglia applicabile è quella contenuta nell'articolo 8(2)(f), seconda parte, in cui si richiede che il conflitto si svolga nel territorio di uno stato e sia "protratto".²³⁷ Secondo Werle tale requisito non sarebbe da considerarsi solo come meramente temporale ma avrebbe una valenza anche quantitativa, riferendosi all'intensità delle ostilità.²³⁸ Ambos inoltre afferma come il criterio temporale debba applicarsi restrittivamente e non si potrà a ragion di logica pretendere che le operazioni militari continuino ininterrottamente per un lasso temporale molto lungo, ma solo per un certo periodo,²³⁹ che inevitabilmente si valuterà caso per caso.

E' importante notare che, qualora i criteri appena descritti, ossia il grado di organizzazione dei gruppi armati e l'intensità delle ostilità, siano soddisfatti, il

²³³ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 408: "In summary, it may be said that violation of international humanitarian law applicable to non-international armed conflict can entail criminal liability under customary international law. However, the scope of criminal conduct in non-international armed conflict is to some extent narrower than in international conflict because not all rules of international humanitarian law apply to non-international armed conflict."

²³⁴ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 291.

²³⁵ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 417.

²³⁶ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 291.

²³⁷ Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 8(2)(f): "(...) It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups".

²³⁸ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 418.

²³⁹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 133.

conflitto, purchè di natura interna, potrà coinvolgere gli interessi della comunità internazionale, giustificando quindi un'interferenza della stessa rispetto alla sovranità nazionale.²⁴⁰ Si potranno di conseguenza ritenere applicabili le disposizioni di cui all'articolo 8(2) lettere (c) e (e) dello Statuto di Roma.²⁴¹ Per questa ragione, autorevole dottrina è concorde nel ritenere applicabile la soglia di cui all'articolo 8(2)(f) anche al sottoparagrafo (c) e non solo al sottoparagrafo (e) (nonostante la differente formulazione dei sottoparagrafi (d) e (f))²⁴², in modo tale da assicurare una definizione uniforme di conflitto armato non-internazionale secondo lo Statuto di Roma.²⁴³

Ultima, ma non per importanza, rimane la soglia contenuta all'articolo 1 del II Protocollo Addizionale, che fissa dei criteri più restrittivi, affermando che la norma sarà applicabile solo "ai conflitti armati non-internazionali che abbiano luogo nel territorio di uno Stato, fra le forze armate statali e gruppi dissidenti o altri gruppi armati organizzati che, sotto la guida di un comando responsabile, esercitino il controllo su una parte del territorio tale per cui siano di in grado di intraprendere protratte e coordinate operazioni militari."²⁴⁴

Al contrario di quanto previsto nell'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, il Protocollo Addizionale richiede che una delle parti del conflitto sia un'autorità governativa, che i gruppi armati organizzati siano sotto la guida di

²⁴⁰ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 419.

²⁴¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 419.

²⁴² Si veda Statuto CPI, articolo 8(2)(d): "Paragraph 2(c) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar nature.", articolo 8(2)(f): "Paragraph 2(e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups."

²⁴³ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 419; Cullen A., *The definition of non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An analysis of the threshold of application contained in Article 8(2)(f)*, *Journal of Conflict and Security Law* (2007), 12 (3), 419-445, in particolare pag. 443: "It follows by rule of logic in the use of this determiner, that the 'serious violations of article 3 common to the four Geneva Conventions' listed in Article 8(2)(c) form a subset of 'serious violations of the laws and customs applicable to armed conflicts not of an international character.' If a plain reading of these clauses is adhered to, the use of 'other' would imply the same material field of application for Article 8(2)(e) as for 8(2)(c)."; Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 205-206; Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 133.

²⁴⁴ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 292.

un comando responsabile ed esercitino un controllo territoriale. Si ritiene però che questi criteri più restrittivi siano stati deliberatamente esclusi dallo Statuto della CPI, dove i tre requisiti del Protocollo addizionale sono stati sostituiti solo dalla richiesta che gli scontri armati siano “protratti”.²⁴⁵ Anche la giurisprudenza ha tendenzialmente escluso l’applicazione del criterio del controllo territoriale, in particolare il Tribunale per l’ex Jugoslavia nel caso *Tadic*²⁴⁶ e la CPI nella sentenza *Lubanga*.^{247,248}

Infine è opportuno menzionare la definizione negativa di conflitto interno contenuta nello Statuto di Roma alle lettere (d) ed (f) dell’articolo 8(2),²⁴⁹ che riproduce il linguaggio dell’articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e non è motivo di interpretazione controversa.²⁵⁰ Si afferma che gli articoli 8(2)(c) ed (e) si applichino ai “conflitti armati a carattere non internazionale e quindi non alle situazioni di disordini e tensioni interni, come rivolte, atti di violenza isolati e sporadici o altre azioni della stessa natura”.²⁵¹

Gli Elementi dei Crimini considerano le soglie di cui alle lettere (d) ed (f) “limitazioni” e specificano che non sono elementi del crimine.²⁵²

E’ possibile, come si vedrà nel dettaglio per la sentenza *Lubanga*, che conflitti di diversa natura possano verificarsi simultaneamente all’interno dello stesso territorio. In tali situazioni di conflitto armato “misto” sarà necessario, ai fini dell’accertamento della responsabilità penale per crimini di guerra ex articolo 8 dello Statuto di Roma, chiarire a quale conflitto si debba associare la condotta criminosa attribuita all’imputato (sempre che tale nesso sussista), e di che natura sia (internazionale o interna) il conflitto stesso.²⁵³

²⁴⁵ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 292.

²⁴⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, Trial Chamber, n. IT-94-1-T, 7 May 1997, cit. para. 561-576.

²⁴⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para 233; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 march 2012, cit. para.536.

²⁴⁸ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 128.

²⁴⁹ Si veda nota n. 75.

²⁵⁰ Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary*, p. 204.; si veda articolo 1(2) II Protocollo Addizionale 1977.

²⁵¹ Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 204.

²⁵² Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 15.

²⁵³ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 132.

3.2 Il nesso fra la condotta criminosa e il conflitto armato

Stabilita l'esistenza di un conflitto armato e determinata la sua qualificazione giuridica, sarà necessario accertare l'esistenza di un nesso tra la condotta incriminata e il conflitto stesso, e dunque la relazione tra il crimine e il c.d. "elemento di contesto" (*contextual element*).²⁵⁴

L'importanza di tale accertamento risiede nel fatto che esso permette di distinguere i crimini di guerra dagli altri crimini internazionali da una parte, e i reati comuni punibili in sede nazionale, commessi a prescindere dall'esistenza di un conflitto armato, dall'altra.²⁵⁵ L'esistenza di questo collegamento è inoltre espressione dell'illiceità della condotta e della colpevolezza dell'autore.²⁵⁶

Dottrina e giurisprudenza appaiono concordi nel darne un'ampia interpretazione.²⁵⁷ Questo però non significa che basterà accertare l'esistenza di un conflitto armato per ritenere soddisfatto il requisito del nesso. In primo luogo si dovrà accertare se il reato si è consumato durante un effettivo scontro armato fra le parti avverse, come ad esempio durante un combattimento o l'assalto ad una città; e, in secondo luogo, sarà anche sufficiente che il crimine si sia verificato all'indomani di uno scontro, fino a che non siano concluse le attività militari, e che lo stesso sia stato commesso per alimentare o trarre vantaggio dalla situazione di conflitto.²⁵⁸

²⁵⁴ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 140.

²⁵⁵ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 141.

²⁵⁶ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 141.

²⁵⁷ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 141.

²⁵⁸ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 293; Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 207-208; ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, Trial Chamber, cit. para 572-573; ICTY, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, Trial Chamber, n. IT-96-21-T, 16 November 1998, cit. para 193; ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, Appeals Chamber, n. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, 12 June 2002, para 57, e para 58-60: "What ultimately distinguishes a war crime from a purely domestic offence is that a war crime is shaped by or dependent upon the environment – the armed conflict – in which it is committed. (...) the existence of an armed conflict must, at a minimum, have played a substantial part in the perpetrator's ability to commit it (the crime), his decision to commit it, the manner in which it was committed or the purpose for which it was committed. (...) the Trial Chamber may take into account the following factors: the fact that the perpetrator is a combatant, the fact that the victim is a non-combatant, the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act maybe said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as a part of or in the context of the perpetrators official duties."

La relazione funzionale tra la condotta e il conflitto armato dovrà in ogni caso essere determinata in modo oggettivo sulla base di un'analisi del caso concreto.²⁵⁹ Inoltre, mentre si richiede che il conflitto armato faciliti la commissione del crimine, la condotta illecita non dovrà essa stessa avere un effetto tangibile sulla guerra in corso, poiché non è richiesta una relazione di tipo causale tra il crimine e il conflitto armato.²⁶⁰

La CPI ha adottato l'orientamento della giurisprudenza del Tribunale per l'ex Jugoslavia nelle sue recenti decisioni, in particolare anche nella sentenza *Lubanga*,²⁶¹ e la giurisprudenza della Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL) nel caso *Taylor*.²⁶²

Si vedrà poi, riguardo all'elemento soggettivo, qual è la natura giuridica del requisito del nesso e se le componenti del dolo (volontà e rappresentazione, *intent and knowledge*) debbano sussistere anche in relazione a questo aspetto.²⁶³

Con riferimento al crimine di "coscrizione, arruolamento o utilizzo di bambini soldato" ci si è chiesti, in particolare nell'ambito del caso *Lubanga*, se tali condotte (nello specifico il reclutamento) possano essere commesse in tempo di pace o prima dell'inizio delle ostilità, senza un nesso in senso stretto con il conflitto armato, e rimanere comunque punibili.²⁶⁴

La Camera di Prima Istanza della CPI ha trascurato la questione, semplicemente affermando che è sufficiente dimostrare l'esistenza di una connessione tra le condotte e il conflitto armato;²⁶⁵ e, nonostante la giurisprudenza recente dei tribunali internazionali abbia dato un certo peso al requisito del nesso, la CPI non ha seguito questa tendenza, perdendo la possibilità di fare chiarezza su diverse questioni.²⁶⁶

E' evidente che il reato di "coscrizione e arruolamento" possa realizzarsi

²⁵⁹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 423; Cassese A., *The Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 389.

²⁶⁰ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 143.

²⁶¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 287.

²⁶² SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, Trial Chamber II, n. SCSL-03-01-T, 18 May 2012, cit. para 567.

²⁶³ Si veda infra paragrafo 3.3 (Capitolo II).

²⁶⁴ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 966 e ss.

²⁶⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 571.

²⁶⁶ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 967.

solo nel contesto di un conflitto armato; tuttavia, è di altrettanta evidenza il fatto che bambini minori di quindici anni possano essere coscritti o arruolati anche in assenza di una guerra.²⁶⁷

Parte della dottrina è del parere che la natura di queste particolari condotte le renda punibili a prescindere dall'esistenza, al momento della loro commissione, di un conflitto armato, e che gli elementi del crimine furono formulati senza tenere in considerazione la peculiarità di questo reato.²⁶⁸

Cottier rileva come la norma perderebbe la sua piena efficacia se non si ammettesse la punibilità di tali condotte anche in tempo di pace, rimanendo queste comunque cariche di disvalore penale anche se commesse in tempo di pace.²⁶⁹ Secondo questo approccio dunque in caso di imputazione ai sensi degli articoli 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii) il Procuratore non avrebbe l'onere probatorio rispetto all'esistenza di un conflitto armato, essendo sufficiente dimostrare che l'imputato abbia posto in essere le condotte con il relativo elemento soggettivo richiesto.

Di parere contrario rimane chi ritiene che permettere il reclutamento in tempo di pace non renderà la coscrizione legittima al momento dello scatenarsi del conflitto, e il mantenimento dei bambini nelle forze armate, anche una volta cessate le ostilità, sarà considerato equivalente alla coscrizione e all'arruolamento, in virtù del fatto che, come si vedrà, la consumazione del reato perdura fino a che il minore di quindici anni non avrà lasciato la forza o il gruppo armato, o non avrà raggiunto l'età di quindici anni.²⁷⁰

Rendere punibili i crimini di guerra anche in tempo di pace non sembra conciliarsi con il diritto penale internazionale e il diritto umanitario internazionale, che richiedono sempre la presenza di un conflitto armato, e potrebbe inoltre portare a ritenere applicabili in tempo di pace anche altre norme sui crimini di guerra, andando a minare l'intera disciplina penale internazionale in materia.²⁷¹

²⁶⁷ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 967.

²⁶⁸ Cottier in Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470 e 474.

²⁶⁹ Cottier in Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 474.

²⁷⁰ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 967-968.

²⁷¹ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 968: "Assume, by way of example, that a soldier tortures a civilian during peacetime. Absent an armed conflict to which this torture would be linked, the crime would have to be punished by ordinary criminal law. If the torture is considered to be part of a widespread or systematic attack, it may constitute a crime against humanity."

Una soluzione più auspicabile sarebbe quella di criminalizzare le condotte all'interno della normativa penale nazionale.²⁷²

3.3 La *mens rea*

Nell'introduzione ai crimini di guerra contenuta negli Elementi dei Crimini si stabilisce che, in riferimento agli ultimi due elementi elencati per ogni crimine di guerra:²⁷³

- “- There is no requirement for a legal evaluation by the perpetrator as to the existence of an armed conflict or its character as international or non-international;*
- In that context there is no requirement for awareness by the perpetrator of the facts that established the character of the conflict as international or non-international;*
- There is only a requirement for the awareness of the factual circumstances that established the existence of an armed conflict that is implicit in the terms “took place in the context of and was associated with”.²⁷⁴*

Queste indicazioni si aggiungono al testo dell'articolo 30 dello Statuto dove si richiede la presenza del dolo generico, ovvero gli elementi di volontà e rappresentazione (intent and knowledge), in capo all'autore del reato.²⁷⁵

²⁷² Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 968 : “Nonetheless, there might be occasions when recruitment (enlisting or conscription) could be linked to a future-armed conflict ç one could think of the case of child recruitment by a commander who is planning to start a civil war with the recruited troops.”

²⁷³ Si vedano gli Elementi del Crimine, elementi 4 e 5 comuni ai crimini di guerra: “4. *The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict (international or non-international).* 5. *The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.*”

²⁷⁴ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 15.

²⁷⁵ Si veda Statuto CPI, Articolo 30, Mental element: “1. *Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.* 2. *For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events.* 3. *For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.*”

Gli Elementi del Crimine si soffermano però proprio sull'elemento di "contesto", che è qui di interesse,²⁷⁶ e stabiliscono che non sia necessario accertare in capo all'autore del crimine la conoscenza dell'esistenza di un conflitto armato o della sua caratterizzazione legale, o la consapevolezza delle circostanze fattuali il virtù della quali il conflitto sia da considerare a carattere interno o internazionale. Si richiede solamente che egli sia stato a conoscenza, al momento della commissione del crimine, dell'esistenza delle circostanze fattuali che hanno determinato l'esistenza di un conflitto armato.

Prima di comprendere meglio tali indicazioni, è opportuno chiarire quale sia la natura giuridica dell'elemento di "contesto". Durante i lavori preparatori ci si è chiesti se la *mens rea* debba riguardare anche l'esistenza del conflitto armato e il nesso fra la condotta e quest'ultimo e in che termini sia opportuno formularla.²⁷⁷

Da una parte, alcuni Stati lo ritenevano un mero "criterio di giurisdizione" che non richiedeva alcuna *mens rea* da parte dell'autore, perché le prove dell'esistenza di un conflitto armato e della sua associazione con la condotta incriminata sarebbero derivate dall'applicazione di un esame oggettivo.²⁷⁸

Secondo l'approccio contrario (c.d. soggettivo) l'elemento del conflitto armato è qualificato come una "circostanza", secondo il significato dell'articolo 30(3) dello Statuto della CPI,²⁷⁹ per cui l'autore deve essere a conoscenza della sua esistenza.²⁸⁰ Le ragioni di tale orientamento stanno nella necessità di distinguere i crimini di guerra da altre condotte punibili secondo la normativa nazionale, ed inoltre si riteneva potesse generare ingiustizia la condanna di un soggetto come "criminale di guerra", non avendo avuto egli stesso almeno una minima conoscenza dell'esistenza del conflitto.²⁸¹ Ambos ritiene più convincente quest'ultimo orientamento interpretativo, specialmente perché più rispettoso del principio di colpevolezza.²⁸²

Si noti come, sulla base dell'articolo 30 dello Statuto, la conoscenza sarebbe

²⁷⁶ Si veda infra paragrafo 4 (Capitolo II).

²⁷⁷ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 121.

²⁷⁸ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 121.

²⁷⁹ Si veda nota n. 99.

²⁸⁰ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 143.

²⁸¹ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 121.

²⁸² Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 143.

normalmente stata richiesta rispetto all'esistenza del conflitto armato,²⁸³ e come questa interpretazione sia in linea anche con gli Elementi dei Crimini.²⁸⁴

Tuttavia un'applicazione letterale della norma potrebbe portare a ritenere che l'autore non debba solamente essere a conoscenza del conflitto, ma anche della sua natura giuridica.²⁸⁵ Questo non fu considerato accettabile sulla base del fatto che nel caso concreto molto spesso la linea di demarcazione tra conflitti a carattere internazionale e interno è molto labile ed incerta.²⁸⁶

L'introduzione agli Elementi dei Crimini chiarisce quindi come non sia necessaria alcuna valutazione giuridica da parte dell'autore rispetto alla qualificazione del conflitto e nemmeno rispetto all'esistenza dello stesso; questo perché si considera come egli non possa avere una conoscenza della dottrina giuridica o dei criteri adottati dal diritto internazionale per distinguere i conflitti interni dai meri disordini interi o dalle rivolte sporadiche e locali, o dai conflitti internazionali.²⁸⁷

In secondo luogo nell'Introduzione si afferma che l'autore non debba essere a conoscenza nemmeno delle circostanze fattuali che stabiliscano la qualificazione giuridica del conflitto.²⁸⁸

Si richiede solamente che il soggetto sia stato a conoscenza delle circostanze fattuali per cui si possa affermare che la condotta incriminata si sia verificata nell'ambito di un conflitto armato o sia connessa a quest'ultimo.²⁸⁹ Questo significa che il Procuratore non dovrà procurarsi nessuna ulteriore prova rispetto alla conoscenza dell'imputato sulle circostanze fattuali, oltre a quelle relative all'esistenza di un conflitto armato.²⁹⁰

Questa linea interpretativa è stata adottata anche dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* a partire dal giudizio d'appello del caso *Kordic*.²⁹¹

In sintesi si può dunque affermare che l'esistenza di un conflitto armato

²⁸³ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 121.

²⁸⁴ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 144.

²⁸⁵ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 121-122.

²⁸⁶ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 122.

²⁸⁷ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 122.

²⁸⁸ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 122.

²⁸⁹ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 123.

²⁹⁰ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 123.

²⁹¹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 144; ICTY, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Judgement, Appeals Chamber, n. IT-45-19/2-A, 17 December 2004, cit. para. 311. Si veda infra paragrafo 3.4 (Capitolo II) sulle determinazioni della CPI nella sentenza *Lubanga*.

non solo sia una condizione oggettiva per la configurazione dei crimini di guerra, oltre che ad un requisito per l'esercizio della giurisdizione della CPI, ma rappresenti anche un elemento soggettivo, che debba riflettersi nella mente dell'autore.²⁹²

Di particolare interesse può risultare la considerazione di Werle secondo cui, se la condotta in questione costituisce crimine di guerra solo nell'ambito di un conflitto armato internazionale, il principio della responsabilità penale individuale richiede che l'autore, al momento della commissione, sia stato a conoscenza del carattere internazionale del conflitto.²⁹³

Questo pare condivisibile poiché se l'autore agisse nell'erronea convinzione che il conflitto sia a carattere non-internazionale, si negherebbe l'elemento soggettivo richiesto, come stabilito dall'articolo 32(1) dello Statuto di Roma,²⁹⁴ portando dunque all'esclusione di una possibile responsabilità penale per mancanza dei requisiti di volontà e rappresentazione disciplinati all'articolo 30.

Nel paragrafo seguente si analizzano le determinazioni della Camera Preliminare di Prima Istanza e della Camera di Prima Istanza della CPI sul caso *Lubanga*, a proposito dell'esistenza di un conflitto armato durante il periodo di imputazione e della sua natura legale.

3.4 L'esistenza di un conflitto armato in Ituri, la sua qualificazione giuridica e la teoria dell'*overall control* nel caso *Lubanga*.

La prima questione giuridica, affrontata dalla Camera di Prima Istanza (Trial Chamber I), riguarda la classificazione legale del conflitto in Ituri, durante il quale si ritiene si siano verificate le condotte incriminate, nel periodo tra il settembre 2002 e l'agosto 2003.

²⁹² Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 425.

²⁹³ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 426.

²⁹⁴ Si veda lo Statuto della CPI, articolo 32: "*Mistake of fact or mistake of law. 1. A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.*"

Quest'aspetto è rilevante poiché, come già accennato, Lubanga è stato imputato inizialmente, dalla Prima Camera Preliminare, sia rispetto al reato di cui all'articolo 8.2(e)(vii) sia in relazione alla disposizione normativa 8(2)(b)(xxvi).²⁹⁵

3.4.1 Le determinazioni delle parti e la qualificazione del conflitto da parte della Camera Preliminare

Secondo il Procuratore è indubbia l'esistenza di un conflitto armato di portata significativa, che si è protratto, nella regione dell'Ituri, per diversi anni.²⁹⁶ Egli basa le sue considerazioni sulla giurisprudenza precedente della stessa Camera Preliminare e del Tribunale per l'ex Jugoslavia, nell'affermare che si può parlare di conflitto a carattere internazionale ogni qual volta vi sia l'uso della forza armata fra due o più Stati.²⁹⁷ Si avrà invece un conflitto a carattere non-internazionale quando non vi sia l'utilizzo della forza armata tra stati, la violenza raggiunga un certo grado d'intensità, e ci sia il coinvolgimento di gruppi armati organizzati con la capacità di darsi una disciplina interna e di pianificare e intraprendere operazioni militari.²⁹⁸ Inoltre, il Procuratore richiama la disposizione normativa 8.2(f) dello Statuto di Roma, che prevede che il conflitto sia protratto nel tempo, e dunque non si ritiene siano sufficienti sporadici episodi di violenza o semplici rivolte locali.²⁹⁹

L'accusa sostiene che i suddetti gruppi armati organizzati, nel caso specifico, siano l'UPC/FPLC, il RCD-ML, il FNI e il FRPI, i quali sono rimasti coinvolti in un conflitto a carattere non-internazionale, per il controllo della regione dell'Ituri nel periodo in questione.³⁰⁰

Nonostante si possa pur affermare che l'Uganda abbia occupato militarmente alcune aree del territorio dell'Ituri, non vi sono abbastanza prove

²⁹⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 157-158.

²⁹⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 505.

²⁹⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 506.

²⁹⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 506.

²⁹⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 506.

³⁰⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 507-508-509.

per ritenere che vi sia stata un'occupazione di tutto il territorio di Bunia.³⁰¹ In aggiunta, si afferma che l'intervento dell'Uganda non dimostri l'esistenza di un conflitto fra due Stati e non sia pertanto sufficiente a provarne l'internazionalità.³⁰²

Secondo il procuratore infine, anche se si ritenesse che il conflitto abbia avuto carattere internazionale, questo rimarrebbe comunque parallelo e simultaneo a quello non-internazionale che ha coinvolto i gruppi ribelli.³⁰³

La difesa argomenta per la qualificazione del conflitto come a carattere internazionale in modo tale da far cadere le accuse ex articolo 8.2(e)(vii), secondo le quali, Lubanga avrebbe arruolato ed utilizzato bambini soldato all'interno di un conflitto fra gruppi ribelli armati nella regione dell'Ituri.

L'esclusione dai capi d'accusa del crimine di cui all'articolo 8.2(e)(vii) avrebbe comportato un diverso, e per certi versi più gravoso, onere probatorio per l'accusa. Questo perché se il reato avvenisse nel contesto di un conflitto internazionale bisognerebbe dimostrare che gli scontri abbiano coinvolto due o più Stati; inoltre, in riferimento alla condotta, nella norma si parla di reclutamento nelle "forze armate nazionali"³⁰⁴ a differenza dell'articolo 8(2)(e)(vii) in cui si richiede che la coscrizione e l'arruolamento avvengano all'interno di "gruppi o forze armate".³⁰⁵

Si è ipotizzato che l'Ufficio del Procuratore abbia deciso di limitare le accuse alle condotte commesse durante un conflitto interno anche per motivi politici, probabilmente influenzato dal desiderio di mantenersi in buoni rapporti con il governo ugandese.³⁰⁶

La difesa fa riferimento all'articolo 8(2)(f) dello Statuto in cui si stabilisce che per l'applicazione dell'articolo 8(2)(e) è necessario che il conflitto armato sia protratto nel tempo e non si tratti di "sommosse o atti di violenza isolati e sporadici ed altri atti analoghi", e dunque che la violenza debba raggiungere un certo

³⁰¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 510.

³⁰² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 511.

³⁰³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 511.

³⁰⁴ Si veda Statuto CPI, articolo 8(2)(b)(xxvi).

³⁰⁵ Per un'analisi più completa si veda il paragrafo 4 del presente capitolo (Capitolo II).

³⁰⁶ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 160: "(...) given the on-going investigation into the situation in northern Uganda which have resulted in the issuing of arrest warrants for five leaders of LRA, all as yet un-apprehended."

grado di intensità.³⁰⁷ La difesa ritiene che i conflitti armati a carattere non-internazionale siano quelli che hanno luogo nel territorio di uno Stato dove si verifica uno scontro protratto tra il governo e gruppi armati organizzati, o tra i gruppi armati stessi.³⁰⁸ Secondo la difesa inoltre, il Procuratore non ha dimostrato che il FRPI, il PUSIC, il FNI, il FAPC siano gruppi armati organizzati stando ai criteri della legge umanitaria internazionale, infatti non è stato provato che vi fosse qualcuno al comando o che gli stessi esercitassero il controllo su una parte del territorio.³⁰⁹

La difesa ritiene, in conclusione, che tra il settembre 2002 e il giugno 2003 il conflitto in Ituri fosse a carattere internazionale; e, nonostante si siano verificati atti di violenza a partire dal mese di maggio 2003, questi devono considerarsi come sporadici e non attribuibili a gruppi armati organizzati e devono essere trattati solamente come disturbi e tensioni interne.³¹⁰

Nella Decisione di conferma delle accuse la Camera Preliminare (Pre-Trial Chamber I), esaminando il coinvolgimento del Ruanda nel conflitto, ha concluso che non vi fossero sufficienti elementi per ritenere provato un suo intervento diretto o indiretto nelle ostilità.³¹¹ Inoltre, avendo al contrario confermato il coinvolgimento dell'Uganda, la Camera ha ritenuto che il conflitto abbia assunto un carattere internazionale da luglio 2002 a giugno 2003, quando le truppe ugandesi sono state ritirate dal territorio; per poi rimanere a carattere non-internazionale fino all'agosto 2003, con il coinvolgimento solo dei gruppi armati ribelli.³¹²

In linea con queste determinazioni ha deciso di confermare le accuse sia ex articolo 8(2)(b)(xxvi) sia ex articolo 8(2)(e)(vii), nonostante il Procuratore avesse ritenuto il crimine come commesso nel contesto di un conflitto armato non-internazionale.³¹³

La Camera Preliminare è tuttavia parsa ambigua quando ha qualificato l'UPC sia come "forza armata nazionale", secondo il significato dell'articolo 8(2)(b)(xxvi), sia come "gruppo o forza armata", secondo il significato

³⁰⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 512.

³⁰⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 512.

³⁰⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 514.

³¹⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 516.

³¹¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 523.

³¹² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 524-525.

³¹³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 525.

dell'articolo 8(2)(e)(vii).³¹⁴ Per affermare ciò ha dovuto concludere che il termine "forze armate nazionali" ricomprenda anche i gruppi armati non statali che assumano un ruolo attivo durante un conflitto armato a carattere internazionale.³¹⁵ La Camera, ritenendo altrimenti frustrato lo scopo della norma,³¹⁶ ha operato qualche acrobazia linguistica ed ha stabilito che il significato ordinario del termine "nazionali" non dovesse essere necessariamente inteso come "forze statali", espressione dell'autorità governativa.³¹⁷ Di conseguenza, le FPLC ricadrebbero nella definizione di "forze armate nazionali".³¹⁸

Tale decisione appare tuttavia un tentativo di applicazione estensiva del dato linguistico contenuto nell'articolo 8(2)(xxvi).³¹⁹

Ambos a tal proposito osserva come i giudizi del Tribunale per l'ex Jugoslavia, invocati dalla Camera Preliminare a sostegno di questa linea interpretativa, si occupino di stabilire se il termine "nazionale" possa essere inteso come "etnico" o come "appartenente alla fazione avversaria", secondo il significato dell'articolo 4(1) della quarta Convenzione di Ginevra, e dunque in un contesto totalmente diverso dal caso in questione; sarebbe perciò alquanto

³¹⁴ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 163.

³¹⁵ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 163.

³¹⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 282: "In fact, in the basis of basic humanitarian considerations and common sense, it would be absurd that Thomas Lubanga Dyilo could incur criminal responsibility for the crime of enlisting or coscripting(...) only in the context of an internal armed conflict solely because FPLC, as an armed force, could not be described as a "national armed force" within the meaning of article 8(2)(b)(xxvi) of the Statute. This would be tantamount to admitting that the perpetrator of such a crime could escape prosecution simply because his or her acts were committed in the context of an international armed conflict. The drafters of the Statute wanted to include under article 8(...) a larger array of criminal conduct committed in the context of an international armed conflict."

³¹⁷ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 163; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 277.

³¹⁸ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 163: "(...) there is a provision to this position in the travaux préparatoires of the Protocol, which provides that non-governmental forces may only be involved in international conflicts in three quite specific situations: fighting colonial domination, alien occupation or racist regimes. In the absence of one of these exceptions, when a people or armed group 'takes up arms against authorities which it contests', 'such a situation is not considered to be international'. As the relevant conflict in the DRC did not fall within the scope of any of these three situations, the reasoning of the Pre-Trial Chamber thus deviated from established international humanitarian law."

³¹⁹ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 164.

discutibile la scelta di applicare tali considerazioni nell'ambito della sentenza *Lubanga* e dell'articolo 8(2)(b)(xxvi).³²⁰

Werle osserva inoltre come l'approccio della Camera Preliminare possa essere persuasivo nel risultato, sollevando tuttavia diversi dubbi rispetto al principio di legalità.³²¹

3.4.2 La qualificazione del conflitto nella Sentenza di Primo Grado

Essendo le condotte incriminate le medesime, la Camera di Prima Istanza si è trovata a dover fare chiarezza sulla questione.

La Corte, rilevando come né le Convenzioni di Ginevra né i Protocolli Addizionali diano un'esplicita definizione di conflitto armato, fa riferimento a quella esplicitata dalla Camera d'Appello del Tribunale per l'ex Jugoslavia, il 2 ottobre 1995, con la sentenza *Tadić*.³²²³²³

Essa prosegue dando una definizione di conflitto armato non-internazionale così come si può ricavare dal testo dell'articolo 8(2)(f) dello Statuto, in cui si stabilisce che i conflitti a carattere non-internazionale hanno luogo nel territorio di uno stato quando vi siano scontri armati protratti fra le autorità governative e gruppi armati organizzati o fra i gruppi stessi, e dunque non si considerano situazioni di rivolte locali o atti di violenza isolati e sporadici.³²⁴ In questo modo non segue la definizione più restrittiva contenuta nell'articolo 1 del secondo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra,³²⁵ ma ritiene necessario solamente che i gruppi abbiano un sufficiente

³²⁰ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 118.

³²¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 465.

³²² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 533.

³²³ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, cit. par. 70; si veda supra paragrafo 3.1 (Capitolo II).

³²⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 534.

³²⁵ Vedi II Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra, articolo 1: "Il presente Protocollo, che sviluppa e completa l'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 senza modificarne le condizioni attuali di applicazione, si applicherà a tutti i conflitti armati che non rientrano nell'art. 1 del Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali (Protocollo I), e che si svolgono sul territorio di un'Alta Parte contraente fra le sue forze armate e forze armate dissidenti o gruppi armati organizzati che,

grado di organizzazione, tale per cui possano intraprendere protratti atti di violenza armata.³²⁶

Viene anche indicata una lista non esaustiva di fattori da considerare per stabilire se si tratti di un gruppo armato organizzato, come ad esempio la gerarchia e la struttura di potere interna, l'equipaggiamento militare, la capacità di pianificare azioni di guerra.³²⁷

La Corte rileva l'importanza di stabilire l'intensità del conflitto, non ritenendo sufficienti sporadici e isolati episodi di violenza, e a questo scopo richiama alcuni criteri individuati dal Tribunale per l'ex Jugoslavia, quali ad esempio la gravità degli attacchi, il potenziale incremento degli scontri armati, la loro diffusione e durata.³²⁸

Per quanto riguarda la definizione di conflitto armato internazionale il richiamo è all'articolo 2 delle Convenzioni di Ginevra del 1949.

La Corte sostiene come sia largamente condiviso che quando uno Stato entri in conflitto con un gruppo armato non statale, situato nel territorio di un paese confinante e sotto il controllo della propria autorità governativa, lo scontro ricada nella definizione di conflitto armato internazionale.³²⁹ Tuttavia si precisa come, se il gruppo armato non agisca nel nome e per conto di uno Stato, il conflitto non possa più essere considerato a carattere internazionale, in mancanza di un effettivo scontro fra due paesi.³³⁰

Di particolare rilievo è il riconoscimento del fatto che un conflitto armato, nato come interno, possa, a determinate condizioni, assumere carattere internazionale. Questo potrà avvenire nelle ipotesi in cui, nell'ambito di scontri fra gruppi armati non statali e autorità governative, intervenga un altro Stato, sia inviando le proprie truppe nel territorio in questione (c.d. intervento

sotto la condotta di un comando responsabile, esercitano, su una parte del suo territorio, un controllo tale da permettere loro di condurre operazioni militari prolungate e concertate, e di applicare il presente Protocollo. 2. Il presente Protocollo non si applicherà alle situazioni di tensioni interne, di disordini interni, come le sommosse, gli atti isolati e sporadici di violenza ed altri atti analoghi, che non sono considerati come conflitti armati.

³²⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 536.

³²⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 537.

³²⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 538.

³²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 541.

³³⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 541.

diretto), sia supportando uno dei gruppi belligeranti (c.d. intervento indiretto)³³¹.

Riguardo all'ipotesi di intervento indiretto, ci si interroga però su quale sia il grado di coinvolgimento necessario, da parte di uno Stato straniero, affinché il gruppo armato sia considerato agire per conto di esso.³³²

Per stabilire se un gruppo sia sotto il controllo di un'autorità statale, la Camera di Prima Istanza ritiene applicabile il test dell' "*overall control*", coniato dal Tribunale per l'ex Jugoslavia nel caso *Tadić*.³³³

L'ICTY distingue due diverse situazioni: la prima si verifica quando singoli individui o gruppi non organizzati siano assunti da uno Stato che fornisca loro istruzioni o approvi a posteriori le loro azioni, potendo essi agire *de facto* come organi statali (*effective control*);³³⁴ la seconda prevede invece che vi sia già un gruppo organizzato con una propria struttura gerarchica e che questo non riceva precise istruzioni dall'autorità governativa, ma sia supportato da essa mediante finanziamenti, rifornimenti di armi o equipaggiamenti, e in generale gli venga fornita assistenza per "organizzare, pianificare e coordinare" le sue operazioni. In quest'ultimo caso si parla di "*overall control*", e lo Stato sarà responsabile degli atti *ultra vires* compiuti dal gruppo.³³⁵

Altro requisito per determinare l'esistenza di un conflitto armato a carattere internazionale è "l'occupazione militare". La Prima Camera Preliminare ha stabilito che:

"a territory is considered to be occupied when it is actually placed under the authority of the hostile army, and the occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised".³³⁶

³³¹ Lubanga, Public Judgement, TC I, ICC-01/04-01/06, cit. para. 541. Tale principio era stato già riconosciuto dalla Camera Preliminare di Prima Istanza nello stesso caso, si veda ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 209.

³³² Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 949.

³³³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 541.

³³⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, n. IT-94-1-AR72, 15 July 1999, cit. para. 114.

³³⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, cit. para. 137 e 145.

³³⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 212.

Nel giudizio di primo grado la Corte concorda con quest'approccio.³³⁷

Altro aspetto da considerare è l'interpretazione data dalla Corte dell'articolo 8(2) lettera (f) dello Statuto. Molti si sono interrogati sulla soglia che questa norma stabilisce in riferimento alla definizione di conflitto armato a carattere non-internazionale;³³⁸ la disposizione pare infatti prevedere dei requisiti meno restrittivi rispetto a quelli richiesti dall'articolo 1 del Protocollo Addizionale II alle Convenzioni di Ginevra.

Come si è osservato,³³⁹ nel progetto iniziale dello Statuto (*International Law Commission* 1994) non era prevista una giurisdizione della CPI sui conflitti non-internazionali, e vi erano posizioni differenti sulla questione.³⁴⁰ Alcuni ritenevano che un'eventuale giurisdizione della Corte anche in situazioni di ostilità interne sarebbe andata a minare il principio di complementarità, mentre altri argomentavano che escludere i conflitti non-internazionali sarebbe stato inaccettabile perché avrebbe creato un vuoto rispetto alla protezione che la Corte voleva garantire, ritenendo inoltre che gli scontri interni fossero tra i più frequenti e cruenti.³⁴¹

La Corte concorda con la dottrina³⁴² nel ritenere che l'articolo 8(2)(f) richieda solamente che il conflitto sia protratto e avvenga fra gruppi armati organizzati, non includendo quindi i requisiti del II Protocollo Addizionale, ossia il "controllo territoriale" e il "comando responsabile".³⁴³

3.4.3 Gli accertamenti fattuali della Camera di Prima Istanza

Nella sentenza di primo grado si ritiene che le prove dimostrino al di là di ogni ragionevole dubbio che il gruppo armato UPC/FPLC abbia partecipato ad

³³⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 542.

³³⁸ Si veda supra paragrafo 3.1 (Capitolo II), pag. 13.

³³⁹ Si veda supra paragrafo 3.1 (Capitolo II).

³⁴⁰ Cullen A., *The definition of non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An analysis of the threshold of application contained in Article 8(2)(f)*, *Journal of Conflict and Security Law* (2007), 12 (3), 419-445, cit. pag. 420-421.

³⁴¹ Cullen A., *The definition of non-international armed conflict in the Rome Statute*, cit. pag. 422 e 425-426.

³⁴² Si veda supra paragrafo 3.1 (Capitolo II).

³⁴³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 536.

un conflitto che si è protratto per diverso tempo, e dunque che gli scontri in cui è rimasto coinvolto siano avvenuti nel contesto di un conflitto armato. Affinché quest'ultimo sia qualificato, è necessario analizzare il ruolo svolto nelle ostilità dagli Stati confinanti con la Repubblica Democratica del Congo.³⁴⁴

Si ammette la possibilità che scontri di diversa natura si siano verificati nello stesso periodo e nello stesso territorio; dunque si ritiene fondamentale individuare nel contesto di quale conflitto si siano consumati i crimini in questione.³⁴⁵

La domanda rilevante sarà se i gruppi armati coinvolti abbiano agito secondo i criteri dell'“*overall control*” ovvero abbiano condotto le loro operazioni senza l'influenza di un'autorità governativa che abbia agito mediante le loro truppe.³⁴⁶

La Corte ha vagliato tutte le prove e gli elementi sottoposti al suo giudizio riguardanti il ruolo della Repubblica Democratica del Congo, dell'Uganda e del Ruanda. Durante il periodo rilevante per le accuse (da settembre 2002 fino al 13 agosto 2003) l'UPC/FPLC ha combattuto principalmente contro i gruppi RCD-ML/APC, sostenuti dalla RDC, contro le milizie Lendu, ma anche contro le forze ugandesi, nel marzo 2003 a Bunia.³⁴⁷

La Camera conclude che non ci siano elementi sufficienti per dimostrare l'esercizio di un “*overall control*” dell'Uganda o del Ruanda sull'UPC/FPLC.

Si ritiene che il conflitto in cui quest'ultimo è rimasto coinvolto sia stato caratterizzato da protratta violenza fra gruppi armati organizzati che hanno mantenuto la loro autonomia e indipendenza da ogni autorità governativa, non rappresentando quindi alcun organo statale, ed hanno inoltre occupato militarmente alcune zone del territorio dell'Ituri.³⁴⁸ Questo conferma la non-internazionalità degli scontri.

La Camera di primo grado non ha escluso però la possibilità dell'esistenza,

³⁴⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 550.

³⁴⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 551.

³⁴⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 552: “*In accordance with the test set out above, to determine whether the UPC/FPLC was a party to an international armed conflict in Ituri, the relevant inquiry is whether between September 2002 and 13 August 2003, the UPC/FPLC, the APC and the FRPI were used as agents or “proxies” for fighting between two or more states (namely Uganda, Rwanda, or the DRC).*”

³⁴⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 561.

³⁴⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 564.

al momento dei fatti, di un conflitto armato internazionale concorrente, tra l'Uganda e la Repubblica Democratica del Congo, come dimostra la presenza di truppe ugandesi nella regione Ituri, durante l'occupazione di alcune zone di Bunia, tra cui l'aeroporto.³⁴⁹

Ambos non si mostra del tutto convinto delle conclusioni raggiunte dalla Corte, che non ha confermato le determinazioni della Camera Preliminare; egli rileva una difficoltà condivisibile nell'analizzare il quadro fattuale così come presentato nella sentenza, e non pare soddisfatto di come la Corte abbia ragionato. Mentre di sicuro non vi sono prove per ritenere il test dell'*overall control* soddisfatto, pare invece che vi siano elementi che dimostrino come la RDC abbia supportato l'APC e che inizialmente l'Uganda e poi il Ruanda abbiano sostenuto l'UPC/FPLC. Inoltre si noti come dopo il ritiro ufficiale delle truppe ugandesi dall'Ituri, il conflitto sia continuato e il coinvolgimento né dell'Uganda, né tantomeno del Ruanda sia terminato definitivamente.³⁵⁰

In conclusione, vi è stata dunque, durante il giudizio di primo grado, una riqualificazione del conflitto come solamente a carattere interno, e l'articolo 8(2)(b)(xxvi) è stato escluso dal quadro processuale.³⁵¹ Di conseguenza la Camera di Primo Grado non ha avuto la necessità di commentare la definizione espansiva della Camera Preliminare rispetto al concetto di "forze armate nazionali."³⁵²

Il giudice Odio Benito non è concorde con la maggioranza sulla questione, ritenendo in particolare che la Camera avrebbe dovuto determinare i confini del termine "nazionali" poiché la difesa ha argomentato per una qualificazione internazionale del conflitto.³⁵³ Inoltre ha osservato come il crimine possa essere commesso da ogni tipo di gruppo o forza armata, indipendentemente dalla natura del conflitto armato.³⁵⁴

³⁴⁹ Mariniello T., *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: the first judgement*, cit. pag. 140.

³⁵⁰ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal*, p. 131.

³⁵¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 566 e 568.

³⁵² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 568; McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 189.

³⁵³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*, cit. para. 12.

³⁵⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*, cit. para. 14.

4. Il crimine di “coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità”

4.1 Introduzione

Lo Statuto di Roma del 1998 è stato il primo trattato internazionale ad includere “l’arruolamento, la coscrizione e l’utilizzo dei bambini nelle ostilità” come crimine di guerra, con l’introduzione degli articoli 8(2)(b)(xxvi) e 8(2)(e)(vii), in violazione dei quali si incorre in una responsabilità penale individuale.³⁵⁵

Cottier considera questo reato un crimine di guerra inusuale, per cui autore e vittime possono appartenere alla stessa fazione, rilevando come la sua disciplina deva dai principi generali della legge umanitaria internazionale e del diritto dei crimini di guerra, che tipicamente regola gli atti compiuti a danno degli avversari.³⁵⁶

Prima dell’introduzione del crimine nello Statuto di Roma, il fenomeno dei bambini soldato era stato soggetto alla limitata protezione del diritto umanitario internazionale con l’adozione nel 1977 dei Protocolli Addizionali (I e II) alle Convenzioni di Ginevra.³⁵⁷

E’ opportuno far riferimento all’articolo 77(2) del I Protocollo Addizionale in cui si afferma che:

*“The Parties to the conflict shall take all feasible measures in order that children who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities and, in particular, they shall refrain from recruiting them into their armed forces”*³⁵⁸

³⁵⁵ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, 11 Chinese Journal of International Law (2012), pag. 657–688, cit. pag. 658.

³⁵⁶ Cottier M. in Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470: “However, the wording of the provision in no way excludes its application to the use, enlistment or conscription of children belonging to another party to the conflict or indeed of any other child. It would not make sense to protect children belonging to the same party to the conflict but not those not belonging to that party.”

³⁵⁷ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 658.

³⁵⁸ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 376.

Una formulazione simile si può ritrovare inoltre nell'articolo 38, commi secondo e terzo, della Convenzione ONU sui Diritti dell'Infanzia in cui si afferma:

"States Parties shall take all feasible measures to ensure that persons who have not attained the age of fifteen years do not take a direct part in hostilities.

*State Parties shall refrain from recruiting any person who has not attained the age of fifteen years into their armed forces."*³⁵⁹

Con riferimento alle situazioni di conflitto armato non-internazionale, l'articolo 4(3)(c) del II Protocollo Addizionale proibisce la condotta di chi "permette" ai minori di quindici anni di "prendere parte alle ostilità".³⁶⁰

Queste previsioni indicano come già prima della criminalizzazione della condotta di reclutamento di bambini, nello Statuto della CPI, i minori di quindici anni fossero ritenuti meritevoli di tutela, soprattutto nel caso in cui si trovassero coinvolti in un conflitto armato. Si riteneva quindi fondamentale che gli Stati coinvolti nelle ostilità adottassero tutte le misure necessarie per evitare che tali soggetti, particolarmente indifesi e vulnerabili, fossero coinvolti direttamente nel conflitto o reclutati nelle forze armate.

I bambini rappresentano dei soggetti facilmente manipolabili, a rischio di essere sfruttati ed utilizzati come "carne da macello", e, oltre al pericolo per la loro incolumità fisica, il loro coinvolgimento nelle ostilità compromette la fase di crescita ed educazione, generando gravi traumi e un'enorme difficoltà rispetto ad una futura reintegrazione sociale.³⁶¹

Essendo poi il loro comportamento difficile da prevedere, rappresentano anche una fonte di pericolo per le persone protette dalla legge umanitaria

³⁵⁹ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 376-377.

³⁶⁰ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 467.

³⁶¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 467; anche cit. pag. 467: "In addition, the international Labour Organization Convention No. 182 of 17 June 1999 concerning the Prohibition and Immediate Action for the elimination of the worst forms of child labour requires State parties to prohibit the worst forms of child labour, 'including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict'. The 1990 African Charter in the Rights and Welfare of the Child provides in paragraph 2 of its article 22 (...) that State Parties 'shall take all necessary measures to ensure that no child shall take part in hostilities and refrain in particular, from recruiting any child.'"

internazionale, compresi i civili, gli operatori umanitari o la categoria degli *hors de combat*.³⁶²

Nonostante ciò, l'inserimento della previsione nello Statuto di Roma fu oggetto di intenso dibattito poiché, pur riconoscendone l'importanza, le condotte in questione non erano mai state criminalizzate prima.³⁶³

Alcuni delegati ritenevano che fosse inappropriato includere tale crimine, sostenendo che la materia in questione riguardasse principalmente l'ambito diritti umani, e ci fu un lungo dibattito in relazione al livello di partecipazione richiesto e anche alle attività che avrebbero dovuto essere proibite.³⁶⁴

Altri sollevarono rimostranze rispetto alla previsione della soglia di quindici anni, chiedendo che fosse innalzata a diciotto anni. La proposta fu respinta argomentando che non vi fossero le basi per questo innalzamento nella legge consuetudinaria internazionale.³⁶⁵

Prima dell'inizio del processo *Lubanga* lo Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone ha riprodotto testualmente l'articolo 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma, introducendo l'articolo 4(c), rubricato "Altre gravi violazioni della legge umanitaria internazionale".³⁶⁶

La Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL), nata da un accordo tra il governo e le Nazioni Unite nel gennaio 2002, già nel 2009 aveva concluso tre procedimenti penali (primo grado e appello) riguardanti ben otto imputati e le loro fazioni rivali, le *Civil Defence Forces* (CDF), il *Revolutionary United Front* (RUF) e l'*Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC), che si scontrarono durante una guerra civile decennale (dal 1991 al 2002).³⁶⁷ Una sentenza definitiva è stata

³⁶² Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 467.

³⁶³ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 205.

³⁶⁴ Lee Roy S., *The International criminal court*, cit. pag. 205.

³⁶⁵ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 468.

³⁶⁶ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 658; si veda anche lo Statuto della Corte Speciale per la Sierra Leone, articolo 4: "Other serious violations of international humanitarian law. The Special Court shall have the power to prosecute persons who committed the following serious violations of international humanitarian law: (...) (c) Conscripting or enlisting children under the age of 15 years into armed forces or groups or using them to participate actively in hostilities."

³⁶⁷ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 659.

raggiunta poi per Charles Taylor, dopo la condanna in primo grado, il 26 settembre 2013.³⁶⁸

In ognuno di questi casi i capi d'imputazione prevedevano una responsabilità ex articolo 4(c) dello Statuto della SCSL. Essendo quindi la giurisprudenza di questa Corte molto corposa in materia di coscrizione, arruolamento e utilizzo di bambini nei conflitti armati, la CPI ha potuto farvi riferimento nel giudicare anche il caso *Lubanga*.

Si vedrà nei prossimi paragrafi quale interpretazione è stata adottata a proposito delle condotte incriminate e del relativo elemento soggettivo.

4.2 Le condotte

4.2.1 Considerazioni generali

Il crimine di "coscrizione, arruolamento o utilizzo di bambini minori di quindici anni nelle ostilità" è un reato di condotta che si consuma quindi con il realizzarsi di una delle azioni descritte dagli articoli 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii), senza la necessità che si verifichi alcun evento specifico.

Si tratta inoltre di un reato c.d. permanente, la cui consumazione si ritiene protratta fino a che il soggetto minore di quindici anni rimane all'interno della forza o del gruppo armato, o non raggiunge l'età prescritta.³⁶⁹

E' di estrema importanza notare come le tre condotte disciplinate debbano considerarsi alternative (visto l'utilizzo di "o"); sarà quindi sufficiente, per far nascere la responsabilità penale in capo all'autore, che egli ne realizzi anche solo una delle tre.

A tal proposito si noti come alcuni studiosi ritengano che in realtà le condotte descritte siano due: la coscrizione o l'arruolamento, e l'utilizzo.³⁷⁰ Al

³⁶⁸ SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, Trial Chamber II, n. SCSL-03-01-T, 18 May 2012; SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Appeal Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-03-01-A, 26 September 2013.

³⁶⁹ Shabas A. W, *The International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 254.

contrario, la Camera di Prima Istanza nella sentenza *Lubanga*, ha ritenuto le tre alternative descritte nell'articolo 8(2)(e)(vii) come tre crimini distinti ed indipendenti l'uno dall'altro,³⁷¹ pronunciandosi separatamente per ogni condotta nella sentenza di condanna.³⁷²

Anche la SCSL pare seguire questa linea interpretativa. Essa ha infatti affermato che le tre condotte sono distinte l'una dall'altra e che la responsabilità derivante dalla realizzazione di una di queste non preclude la possibilità che sorga una responsabilità anche per le altre.³⁷³

Nonostante ciò, la giurisprudenza ha voluto comunque sottolineare come si possano verificare casi in cui le condotte si sovrappongano, se ad esempio l'arruolamento o la coscrizione si realizzino solo in virtù di un utilizzo successivo.³⁷⁴

La finalità dell'utilizzo però non è un requisito delle condotte di "reclutamento", come si è preoccupata di stabilire la CPI nella sentenza *Lubanga*,³⁷⁵ e dunque, a prescindere da un successivo impiego dei bambini soldato nelle ostilità, la coscrizione o l'arruolamento sono puniti.

Viceversa, l'utilizzo di minori di quindici anni nella partecipazione attiva alle ostilità, anche se non precedentemente reclutati in gruppi o forze armate, è fonte di una responsabilità penale in capo all'autore.

Altra area di possibile sovrapposizione è tra la coscrizione e l'arruolamento perché spesso, come si vedrà, il requisito del consenso o la mancanza di questo non sono di facile determinazione e, come ha anche ribadito la CPI nella sentenza *Lubanga*, esso non rappresenta comunque una valida difesa.³⁷⁶

³⁷⁰ Cottier in Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470; Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments*, *Journal of International Criminal Justice* 8 (2010), pag. 1009-1034, cit. pag. 1011-1012: "Recruitment (which can comprise of conscription or enlistment) is of an entirely different nature to use. Conscription and enlistment go to the manner in which the child became associated with armed forces or the armed group; ude relates to the way in which the child was utilized."

³⁷¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 609.

³⁷² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, cit. para. 98.

³⁷³ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 673-674.

³⁷⁴ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 674.

³⁷⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 609 e 620.

³⁷⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 617-618.

La questione della distinzione tra i concetti di “coscrizione” e “arruolamento” è stata brevemente esaminata dalla Camera Preliminare nel caso *Lubanga*, che ha definito i termini come “reclutamento forzato o coscrizione”, e “reclutamento volontario o arruolamento”, rilevando inoltre che non vi fosse alcuna differenza rispetto alla responsabilità penale.³⁷⁷ Questo garantisce la piena efficacia al II Protocollo Addizionale, il quale indica in modo specifico che “il divieto di reclutamento proibisce anche l’arruolamento (volontario)”.³⁷⁸

In ogni caso la differenziazione delle condotte rimane e potrà essere valutata dai giudici in sede di determinazione della pena.

Entrambe le previsioni degli articoli 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii) coprono le medesime condotte di “coscrizione, arruolamento o utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità”, ma differiscono in riferimento alle forze armate in cui i minori di quindici anni non possono essere reclutati. Gli attori c.d. non-statali (gruppi armati) sono infatti inclusi solamente nel paragrafo (e)(vii). Di conseguenza si può affermare che l’ambito di punibilità nel caso di conflitti a carattere interno sia più ampio rispetto all’ipotesi di conflitti internazionali.³⁷⁹

La Camera di Prima Istanza della CPI non si è pronunciata sulla questione, lasciando così aperta la strada a numerose critiche della dottrina.³⁸⁰

Se da una parte è importante il rispetto del principio di legalità, dall’altra pare ingiustificabile che il reclutamento all’interno di gruppi armati sia permesso solo per il fatto che il conflitto in cui essi sono coinvolti sia di natura internazionale.³⁸¹ Si auspica una futura pronuncia della giurisprudenza sulla questione, che rimane ancora irrisolta.³⁸²

Né lo Statuto della CPI né gli Elementi dei Crimini danno una definizione di “coscrizione, arruolamento e utilizzo” e la CPI nella sentenza *Lubanga* ha dunque fatto riferimento alla giurisprudenza della SCLS, notando come

³⁷⁷ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 164.

³⁷⁸ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 164.

³⁷⁹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 163.

³⁸⁰ Vedi supra paragrafo 3.1 (Capitolo II), in particolare pag. 20 e ss.

³⁸¹ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 958; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*, cit. para. 14.

³⁸² Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 958.

l'articolo 4(c) dello Statuto della SCSL sia la fedele riproduzione del testo dello Statuto di Roma, e sia quindi evidentemente caratterizzato dalla stessa *ratio legis*.³⁸³

E' necessario, prima di analizzare ogni condotta singolarmente, fornire alcune precisazioni terminologiche.

Mentre l'articolo 77(2) del I Protocollo addizionale contiene il termine "*recruiting*" (reclutamento),³⁸⁴ gli articoli 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii) dello Statuto di Roma utilizzano i termini "*conscripting or enlisting*" (coscrizione o arruolamento).

All'inizio della Conferenza di Roma, le proposte per un eventuale articolo 8(2)(b)(xxvi) includevano solo il termine "*recruiting*", tuttavia un piccolo gruppo di delegati, tra cui gli Stati Uniti, si preoccupò del fatto che questo potesse essere inteso come comprensivo anche delle "campagne di reclutamento" rivolte ai minori di quindici anni, nonostante queste ultime non fossero finalizzate all'immediato inserimento dei bambini nel programma di addestramento al servizio militare.³⁸⁵ Si preferì quindi utilizzare i termini "*conscripting or enlisting*".³⁸⁶

Nei paragrafi successivi si farà riferimento al reato di "*conscripting*" con il termine "coscrizione", mentre verrà utilizzato il termine "arruolamento" per l'ipotesi in cui il reclutamento avvenga senza mezzi di tipo coercitivo ("*enlisting*").

Per quanto riguarda gli Elementi dei Crimini, sia nel caso dell'articolo 8(2)(b)(xxvi) sia per l'articolo 8(2)(e)(vii), vengono richiesti i seguenti elementi:

1. *The perpetrator conscripted or enlisted on or more persons into the national armed forces (or an armed force or group) or used one or more persons to participate actively in hostilities.*
2. *Such person or persons were under the age of 15 years.*

³⁸³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 600 e 603.

³⁸⁴ Vedi supra pag. 33, paragrafo 4.1 (Capitolo II).

³⁸⁵ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 472.

³⁸⁶ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 473.

3. *The perpetrator knew or should have known that such person or persons were under the age of 15 years.*³⁸⁷

Questo implica che sia sufficiente il reclutamento anche di un'unica persona affinché il crimine si consideri consumato ed inoltre è necessario che questa sia di età inferiore a quindici anni.

Per quanto riguarda la *mens rea*, è prevista una deviazione rispetto al normale standard del dolo generico previsto dall'articolo 30 dello Statuto di Roma, infatti si richiede che l'autore fosse a conoscenza o che egli avrebbe dovuto sapere ("*should have known*") della minore età (al di sotto dei quindici anni) del soggetto reclutato.

4.2.2 *La coscrizione*

Il crimine di coscrizione (insieme all'arruolamento) può essere considerato anche come un corollario del reato di utilizzo nella partecipazione attiva alle ostilità, se si considera che molto spesso nel caso concreto i minori di quindici anni sono incorporati nelle unità militari e, una volta addestrati al combattimento, diventano veri e propri soldati, passibili di essere impiegati nei conflitti armati, anche su larga scala, sopperendo alla necessità di forze armate da parte di gruppi, forze e milizie.³⁸⁸

Non essendoci alcuna definizione della condotta di coscrizione, la dottrina fa unanime riferimento al significato ordinario del termine con cui si indicano varie azioni che vanno dall'imposizione dell'obbligo a prestare servizio militare, al reclutamento coercitivo, o all'inserimento forzato nelle forze armate.³⁸⁹

³⁸⁷ Si vedano gli Elementi del Crimine, elementi 1, 2 e 3 comuni agli articoli 8(2)(b)(xxvi) sia per l'articolo 8(2)(e)(vii) dello Statuto della CPI.

³⁸⁸ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 472.

³⁸⁹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 472; Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 377: "(...) 'to conscript' means 'to compel to military service by conscription; to enlist compulsorily'; the term 'conscription' is defined as 'enrolment or enlistment(of soldiers)'".

Già si è visto come la differenza fra i paragrafi (b)(xxvi) e (e)(vii) del secondo comma dell'articolo 8 dello Statuto di Roma sia il contesto del conflitto armato, rispettivamente a carattere internazionale e interno, e la previsione, nel caso di conflitto armato internazionale, della coscrizione all'interno delle "forze armate nazionali", non richiesta nel caso di conflitto interno, dove si ritiene sufficiente l'esistenza di gruppi o forze armate.³⁹⁰

La coscrizione comporta l'uso della forza, della coercizione, e dunque la mancanza di un consenso da parte del soggetto reclutato.

Si ritiene che questo non ricomprenda solo atti di natura fisica, come ad esempio rapimenti, ma riguardi anche un eventuale imposizione dalla legge, ad esempio nel caso in cui il governo richieda che i cittadini prestino servizio militare obbligatorio al di sotto dell'età di quindici anni.³⁹¹

E' interessante la pronuncia della Camera di Prima Istanza della SCSL nel caso RUF, dove si è affermato che sia il rapimento che l'addestramento militare forzato non siano comunque da soli sufficienti a costituire il crimine di coscrizione.³⁹²

Si è notato come la Camera di Prima Istanza nella sentenza *Lubanga* abbia fallito nel delineare i contorni precisi delle due condotte, che in realtà risultano sovrapponibili e che potrebbero ricadere entrambe sotto il termine di "reclutamento", indipendentemente dalla loro modalità di realizzazione;³⁹³ questo anche in virtù delle altre previsioni internazionali dove compare solamente il termine "*recruitment*".³⁹⁴

³⁹⁰ Si veda supra p. 25, paragrafo 3.4 (Capitolo II).

³⁹¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 464-465.

³⁹² Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 667; SCSL, *The Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Judgment, Trial Chamber, n. SCSL-04-15-T, 2 March 2009 (RUF Trial Judgment), cit. para. 1695.

³⁹³ Si veda nel paragrafo successivo come la dottrina si sia interrogata sulla possibilità o meno per un soggetto minore di quindici anni di esprimere un consenso rispetto ad una pratica di reclutamento, perché se la soluzione fosse in senso negativo, la distinzione fra le due condotte perderebbe di significato, rilevando solamente in sede di determinazione della pena.

³⁹⁴ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 677; si veda anche a titolo esemplificativo il Protocollo Opzionale alla Convenzione sui Diritti dell'infanzia, articolo 4: "*Armed groups that are distinct from the armed forces of a State should not, under any cir- cumstances, recruit or use in hostilities persons under the age of 18 years*".

4.2.3 L'arruolamento

L'arruolamento, come seconda condotta incriminata nell'articolo 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii), consiste in un reclutamento di tipo volontario, che presuppone quindi una volontà in capo al soggetto minore di quindici anni di entrare a far parte di un gruppo o di una forza armata.

Come indicato uniformemente dalla giurisprudenza della CPI e della SCSL, è punibile anche la condotta di chi accetti l'inserimento di minori di quindici anni nei propri corpi armati.³⁹⁵

Si è stabilito inoltre che non sarà necessaria una formale procedura di arruolamento, specialmente se questo non avvenga all'interno di un'organizzazione militare convenzionale;³⁹⁶ di conseguenza è inclusa qualsiasi procedura od azione rivolta all'accettazione di bambini all'interno di una milizia, ricomprendendo anche l'impiego di minori nelle operazioni militari.³⁹⁷

Il principio secondo cui l'arruolamento possa essere informale e dunque costituito anche dall'impiego del minore nelle ostilità, è stato anche affermato dal giudice Justice Winter nel ritenere che sarà sufficiente accertare la promozione o l'accettazione dell'inserimento di un bambino in un gruppo o in una forza armata.³⁹⁸

Nell'ipotesi in cui vi siano elementi per dimostrare sia "l'arruolamento" che "l'utilizzo", pare ragionevole ritenere che il primo verrà assorbito dal secondo.³⁹⁹

La questione di maggior interesse e sicuramente tra le più dibattute riguarda la possibilità che un soggetto minore di quindici anni possa

³⁹⁵ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 666; SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, cit. para. 442.; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 607-608.

³⁹⁶ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 666.

³⁹⁷ SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, cit. para. 442.

³⁹⁸ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 666; SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-04-14-A, 28 May 2008, (CDF Appeal Judgment), *Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice Renate Winter*, cit. para. 9 e 13.

³⁹⁹ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 667.

effettivamente dare un valido consenso rispetto all'arruolamento in un corpo militare. Questo perché la definizione del concetto di "volontarietà" permette di distinguere il reclutamento volontario dalla coscrizione, condotte che altrimenti sarebbero completamente sovrapponibili.

La giurisprudenza rileva come la prova del consenso non rappresenti comunque una valida difesa nel caso di coscrizione,⁴⁰⁰ e si ritiene che la distinzione possa rilevare solo ai fini della determinazione della pena, in particolare constatando che l'arruolamento debba ritenersi meno grave rispetto alla coscrizione o all'utilizzo.⁴⁰¹

Molti studiosi sono del parere che, nonostante possa sembrare che talvolta i bambini scelgano di prestare servizio militare, questa decisione in realtà non sia presa liberamente, essendo essi facilmente influenzabili da diversi fattori culturali, sociali, economici o politici.⁴⁰²

Il termine "reclutamento volontario" dunque è ritenuto errato poiché la partecipazione di bambini a gruppi o forze armate coinvolge sempre una qualche forma di "pressione" e di "manipolazione" della loro volontà; o semplicemente essi spesso sono mossi dalla necessità di sentirsi protetti o di provvedere al loro sostentamento quotidiano.⁴⁰³

Nel caso *Lubanga* si afferma che da un punto di vista psicologico i bambini non possano dare un consenso c.d. "informato" quando entrano a far parte di un corpo armato, poiché hanno una comprensione limitata delle conseguenze delle loro scelte sia a breve che a lungo termine; inoltre non controllano o comprendono a pieno le strutture in cui si trovano e le attività di cui si occupano.⁴⁰⁴

La CPI ha osservato come lo Statuto si prefigga di proteggere la categoria particolarmente vulnerabile dei bambini, anche nel caso in cui questi non siano informati o non abbiano alternative di sopravvivenza, considerando però che la

⁴⁰⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 617.

⁴⁰¹ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 675-676.

⁴⁰² Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 675-676.

⁴⁰³ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 676.

⁴⁰⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 610.

natura volontaria del reclutamento possa rilevare in sede di determinazione della pena o nella fase riparatoria.⁴⁰⁵

La Camera di Prima Istanza sembra dunque non ritenere di grande rilevanza pratica la distinzione tra coscrizione e arruolamento, nonostante abbia confermato il rapporto di alternatività e indipendenza fra le tre condotte, pronunciandosi poi separatamente per ognuna di esse.

Il giudice Odio Benito, in disaccordo con il parere della maggioranza, ha ritenuto errata la decisione di differenziare le pronunce per ogni condotta, considerando che i crimini di arruolamento, coscrizione e utilizzo riguardavano un unico piano comune realizzato da Thomas Lubanga Dyilo e dai suoi concorrenti.⁴⁰⁶ Il danno causato alle vittime e alle loro famiglie è di estrema gravità, indipendentemente dalla natura (volontaria o forzata) del reclutamento, ed inoltre la “scala” sul disvalore delle condotte è considerata un mero costrutto artificiale della CPI.

Alcuni interpreti rimangono del parere che vi siano comunque buone ragioni per mantenere una distinzione, che, seppur di difficile accertamento pratico, potrà, di fronte ad uno specifico quadro fattuale, portare ad una pena ridotta nel caso di arruolamento, e ad una sentenza più severa nel caso di utilizzo nella partecipazione attiva alle ostilità.⁴⁰⁷

La CPI nota come, nonostante la valutazione legale del consenso di un bambino possa essere difficile, la possibilità che, per esempio un quattordicenne, esprima un consenso genuino e consapevole non può certo essere esclusa. Tali questioni dovranno essere valutate sulla base del caso concreto.⁴⁰⁸

Rimane il fatto che nella sentenza *Lubanga* non vi siano le basi fattuali per poter applicare una “scala di gravità” delle condotte; quando insieme all’arruolamento e alla coscrizione si verificano anche rapimenti di bambini, seguiti dal prolungato utilizzo degli stessi nella partecipazione attiva alle

⁴⁰⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 617.

⁴⁰⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*, cit. para. 25.

⁴⁰⁷ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 679.

⁴⁰⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 610-618.

ostilità, la distinzione tra le condotte tende a svanire, ed una pronuncia comprensiva di tutte le violazioni sembrerebbe più appropriata.⁴⁰⁹

In sintesi si può affermare come in linea teorica la coscrizione sia quindi caratterizzata dall'assenza del consenso, mentre la presenza di una volontarietà denoti l'arruolamento.⁴¹⁰ Dal punto di vista applicativo però il ragionamento della CPI è in linea con quello della Corte Speciale per la Sierra Leone, e rileva come la differenziazione dei termini coscrizione e arruolamento sia sostanzialmente irrilevante, ed ogni distinzione tra le due condotte artificiosa.⁴¹¹

Ogni atto che comporti l'accettazione di un minore di quindici anni all'interno di un corpo armato costituisce quindi crimine di guerra.⁴¹²

In conclusione si può affermare che le condotte di coscrizione ed arruolamento coprono tutte le modalità di reclutamento offrendo una protezione totale ai bambini. Ambos rileva però che forme derivate di integrazione in un gruppo armato, come ad esempio la nascita all'interno di questo, non siano coperte dalla norma penale, in quanto non si può affermare che costituiscano vero e proprio "reclutamento".⁴¹³

4.2.4 L'utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità

La terza condotta, criminalizzata agli articoli 8(2)(b)(xxvi) e (e)(vii) dello Statuto di Roma, è "l'utilizzo di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità".

E' importante chiarire subito che le previsioni non criminalizzano la condotta del bambino che partecipi attivamente al conflitto armato, ma il reato consiste nell'"utilizzo" di questa partecipazione.⁴¹⁴

⁴⁰⁹ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 679.

⁴¹⁰ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 957.

⁴¹¹ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 165.

⁴¹² McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 186.

⁴¹³ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 181.

⁴¹⁴ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 471.

Inoltre, non è necessario nemmeno che il minore di quindici anni sia forzato a partecipare alle ostilità; tuttavia, nel caso in cui egli sia istigato con atti o parole ad impugnare le armi per affrontare un combattimento, il crimine sarà punibile ai sensi dell'articolo 8.⁴¹⁵

L'attuale formulazione della norma fu introdotta nell'incontro del Comitato Preparatorio tra il marzo e l'aprile del 1998.⁴¹⁶

Riguardo a questo crimine è importante far riferimento ai lavori preparatori, durante i quali diversi delegati vollero includere una specificazione, in aggiunta al testo adottato, riguardo il significato del termine "utilizzo nella partecipazione attiva alle ostilità".⁴¹⁷

La nota stabilisce che:

"The words 'using' and 'participate' have been adopted in order to cover both direct participation in combat and also active participation in military activities linked to combat such as scouting, spying, sabotage and the use of children as decoys, couriers or at military checkpoints. It would not cover activities clearly unrelated to the hostilities such as food deliveries to an airbase or the use of domestic staff in an officer's married accomodation. However, use of children in a direct support function such as acting as bearers to take supplies to the front line, or activities at the front line itself, would be included in the terminology."

Si è argomentato che malgrado la nota non sia contenuta nel testo dello Statuto, potrà comunque fornire utili indicazioni interpretative, essendo parte integrante dei lavori preparatori.⁴¹⁸

La lettera della norma devia dalle previsioni dei trattati applicabili ai conflitti armati internazionali che impediscono la partecipazione "diretta" dei bambini alle ostilità.⁴¹⁹

⁴¹⁵ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 471. Si noti come, eventualmente i comandanti militari che non adottino le misure necessarie per evitare che i bambini siano utilizzati nelle ostilità potranno incorrere anche in una responsabilità ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto della CPI (*command responsibility*).

⁴¹⁶ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470.

⁴¹⁷ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 376.

⁴¹⁸ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 376.

⁴¹⁹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470.

L'articolo 4(3)(c) del II Protocollo Addizionale invece proibisce la partecipazione alle ostilità di persone al di sotto dei quindici anni, escludendo quindi qualsiasi loro utilizzo nei conflitti di carattere interno.⁴²⁰ Di conseguenza la tutela sarà maggiore nei casi di conflitto a carattere non-internazionale rispetto alle ipotesi di conflitto internazionale.⁴²¹

Alla Conferenza di Roma si cercò di rimediare, almeno parzialmente, a questa discrepanza criminalizzando l'utilizzo di bambini nella partecipazione "attiva" alle ostilità in modo tale da allargare la protezione anche nei casi di conflitto internazionale.

L'inserimento del termine "attiva" anziché "diretta" ha creato non pochi problemi interpretativi, e anche le pronunce giurisprudenziali in materia sono state motivo, come vedremo, di una forte critica da parte della dottrina.

La partecipazione attiva ragionevolmente potrebbe spaziare da un'interpretazione molto restrittiva, riguardando solo le attività connesse al combattimento, ad una più estesa definizione, che includa anche ruoli o attività di supporto.⁴²²

Quello che è chiaro e certamente non controverso è l'esclusione delle attività chiaramente non collegate alle ostilità, come il trasporto e la consegna di cibo o il lavoro domestico; tuttavia il termine "attiva" non è considerato dalla giurisprudenza come sinonimo di "diretta".⁴²³

In particolare questo è stato sostenuto dalla Camera di Prima Istanza nella sentenza *Lubanga*. Si è affermato che l'utilizzo dell'espressione "partecipazione attiva" fosse chiaramente volto a includere una più ampia gamma di attività rispetto alla "partecipazione diretta", considerando anche che l'articolo 4(3)(c) del secondo Protocollo Addizionale vieta l'utilizzo dei bambini rispetto a qualsiasi attività.⁴²⁴

Queste considerazioni sono mosse dall'intento di assicurare alla categoria protetta la più ampia tutela possibile e si basano sulla valutazione rispetto al

⁴²⁰ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470.

⁴²¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 470.

⁴²² Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 181.

⁴²³ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 181-182.

⁴²⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 627.

pericolo potenziale cui sono esposti i bambini soldato, spesso indipendente dal preciso ruolo che essi svolgono.⁴²⁵

La Camera ritiene che tutte le possibili attività svolte (di partecipazione diretta o indiretta) abbiano in comune il fatto di rendere il bambino un target potenziale.⁴²⁶

Si tratta di individuare un elemento che permetta di qualificare lo svolgimento di un'attività "indiretta", ossia non strettamente connessa ad azioni di combattimento, come "partecipazione attiva". Tale elemento sarà costituito dal fatto che il supporto fornito dal bambino alle attività di combattimento lo esponga, come target potenziale, ad un pericolo effettivo.⁴²⁷

Una valutazione caso per caso è l'unico modo per individuare, secondo questa linea interpretativa, quali attività nello specifico costituiscano partecipazione attiva.⁴²⁸

La Camera Preliminare ha comunque ritenuto che vi rientrino i casi in cui i bambini siano impiegati come guardie del corpo a salvaguardia dell'incolumità fisica dei comandanti, o debbano sorvegliare obiettivi militari.⁴²⁹

Altre attività che la giurisprudenza valuta come partecipazione attiva sono l'utilizzo dei bambini come ronde armate, spie, scudi umani, o il posizionamento di questi ai posti di blocco.⁴³⁰ Non vi rientreranno invece tutti i lavori strettamente domestici di cucina, lavanderia o pulizia.⁴³¹

Si è notato però come questa distinzione fra attività direttamente collegate ai combattimenti e attività invece non connesse alle ostilità, come ad esempio il lavoro domestico, possa risultare discriminatoria per i soggetti di sesso femminile, garantendo una maggiore tutela ai bambini di sesso maschile, più facilmente utilizzati nei combattimenti e non in attività di cucina o lavanderia.⁴³²

⁴²⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 628.

⁴²⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 628.

⁴²⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 628.

⁴²⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 628.

⁴²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 263: "(...)These activities are indeed related to hostilities in so far as i) the military commanders are in a position to take all the necessary decisions regarding the conduct of hostilities, ii) they have direct impact on the level of logistic resources and on the organisation of operations required by the other party to the conflict whose aim is t attack such military objectives."

⁴³⁰ Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone*, cit. pag. 1018.

⁴³¹ Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone*. cit. pag. 1018.

⁴³² Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone*. cit. pag. 1019.

Nonostante l'interpretazione della CPI sia condivisa anche dalla giurisprudenza della SCSL,⁴³³ parte della dottrina si mostra dubbiosa rispetto al fatto che i bambini coinvolti possano perdere il loro status di *hors de combat*, diventando obiettivi militari legittimi.⁴³⁴

A tal proposito è interessante la posizione di Wagner che ritiene errata l'interpretazione della Corte, nella sentenza *Lubanga*, perché in violazione dell'articolo 21 dello Statuto di Roma⁴³⁵ che impone in primis l'applicazione dello Statuto, degli Elementi dei Crimini e del Regolamento di Procedura e di Prova; e in via secondaria, ove occorra, dei trattati applicabili e dei principi e delle regole di diritto internazionale, ivi compresi i principi consolidati del diritto internazionale dei conflitti armati.⁴³⁶

Di conseguenza l'interpretazione sarebbe dovuta partire dal significato ordinario del termine "partecipazione attiva", che non ha motivo, secondo Wagner, di essere più ampio rispetto a quello di "partecipazione diretta".⁴³⁷

Essa ritiene che non vi sia alcuna differenza fra gli articoli 77(2) del primo Protocollo Addizionale e 4(3)(c) del secondo Protocollo Addizionale, entrambi riferendosi solo alla partecipazione diretta, perché altrimenti i bambini verrebbero privati della loro protezione contro gli attacchi armati, cosa non conforme al diritto umanitario internazionale.⁴³⁸

Si considera poi come dovrebbe essere l'atto stesso di partecipare "direttamente" alle ostilità a rendere l'utilizzo di tale partecipazione punibile, e non essere la conseguenza di forme di partecipazione "indiretta", come il fatto che i bambini siano un target potenziale, a far sorgere la responsabilità

⁴³³ Ad esempio SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, para 444.

⁴³⁴ Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone*. cit. pag. 1019.

⁴³⁵ Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga. Child soldiers and direct participation*, Criminal Law Forum (2013) 24:145–203, Springer 2013, cit. pag. 160.

⁴³⁶ Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities*, cit. pag. 160.

⁴³⁷ Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities*, cit. pag. 160-163.

⁴³⁸ Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities*, cit. pag. 176-179, in particolare pag. 178-179: "Any other reading of 'active' and direct participation in hostilities runs afoul to IHL. (...) it would be discordant with IHL that a lower threshold of protection be afforded to persons having participated actively (i.e., participated indirectly), as opposed to having directly participated in hostilities. Doing so risks victimising children twofold: firstly, by their very use in hostilities, and secondly, by removing their protective status against attack when engaging in what otherwise constitutes mere participation in the war effort(...)."

penale.⁴³⁹

Da notare è come la CPI nella sentenza *Lubanga* abbia omesso di considerare la distinzione fra target “legittimo” e “potenziale” nell’ambito della legge umanitaria internazionale, senza considerare nemmeno l’impatto che questa avrebbe potuto avere sullo scopo della norma o sulla definizione del crimine di guerra.⁴⁴⁰

Altra dottrina rileva come il corretto approccio sia di considerare il termine “partecipazione attiva” nel contesto dei crimini di guerra e dunque nell’ottica dell’interesse tutelato dalle norme in questione.⁴⁴¹ Questo significa che il termine dovrà essere interpretato in maniera più ampia solo quando esso si riferisca all’utilizzo dei bambini soldato come condotta penalmente rilevante, mentre nell’ambito del diritto umanitario internazionale, e quindi dell’articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e del secondo Protocollo Addizionale, dovrebbe prevalere un’interpretazione restrittiva.⁴⁴²

Si è visto nel paragrafo precedente come l’uso di bambini nella partecipazione attiva alle ostilità possa costituire anche una forma, non convenzionale, di arruolamento;⁴⁴³ tale ipotesi dovrà essere comunque valutata in sede di giudizio caso per caso e dovrà riguardare una forma riconosciuta di tale impiego, non potendo ricomprendere ogni tipo di attività,⁴⁴⁴ ma dovendo rientrare nella definizione di partecipazione attiva.⁴⁴⁵

Infine ci si è interrogati sulla possibilità di includere anche le violenze sessuali nella condotta di “utilizzo”.

⁴³⁹ Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities*, cit. pag. 197-198.

⁴⁴⁰ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 683.

⁴⁴¹ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 466.

⁴⁴² Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 466; Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 964: “In the context of the *Lubanga* case, however, it would be ill-advised to consider these terms as synonymous, as they address different forms of protection. In essence, although active participation is also a term used in international humanitarian law, it does not necessarily bear the same meaning in the context of the prohibition of the use of children in hostilities laid down by the Rome Statute.”

⁴⁴³ Si veda supra para. 4.2.3.

⁴⁴⁴ Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 667.

⁴⁴⁵ Per una definizione di “partecipazione attiva alle ostilità” si veda infra para. 4.2.4 (Capitolo II).

Il giudice Odio Benito ha risposto in maniera affermativa nella sua opinione dissenziente alla sentenza *Lubanga*,⁴⁴⁶ in disaccordo quindi con la maggioranza della Camera che non ha affrontato la questione sulla base del fatto che il Procuratore non avesse addotto alcun atto di violenza sessuale nei capi d'accusa.⁴⁴⁷ La questione rimane dunque aperta.⁴⁴⁸

Ambos osserva come far rientrare le violenze sessuali all'interno della condotta di utilizzo non rispetti la lettera della norma, violando sia il principio di legalità sia il divieto di analogia disciplinato all'articolo 22(2) dello Statuto.⁴⁴⁹ Inoltre, le violenze sessuali riguardano un fenomeno che sicuramente ha avuto una rilevanza nel caso concreto, ma i corrispondenti crimini, come ha anche rilevato lo stesso giudice Odio Benito, sono disciplina e già punibili ai sensi degli articoli 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii) e (e)(vi) dello Statuto.⁴⁵⁰

La Camera di Prima Istanza nella sentenza *Lubanga* ha stabilito che i bambini, dopo essere stati coscritti o arruolati, venivano spediti nei campi militari in Ituri ed addestrati dai comandati dell'UPC/FPLC subendo diversi maltrattamenti, tra cui violenze fisiche, privazione della libertà personale, nutrimento inadeguato e stupri.⁴⁵¹

I reati commessi a danno dei bambini soldato fanno parte di quadro più ampio in cui si sono verificati anche crimini contro l'umanità: prevedere un'imputazione anche per queste condotte sarebbe forse stato il modo migliore per evitare che restassero impuniti.⁴⁵²

4.3 L'elemento soggettivo

Veniamo ora all'individuazione dell'elemento soggettivo necessario per far

⁴⁴⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*, cit. para. 15-21.

⁴⁴⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 629-630.

⁴⁴⁸ Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers*, cit. pag. 966.

⁴⁴⁹ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 182, nota a piè di pagina n. 515.

⁴⁵⁰ Ambos K., *Treatise on international criminal law*, cit. pag. 182, nota a piè di pagina n. 515.

⁴⁵¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 32.

⁴⁵² Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, cit. pag. 685.

nascere in capo all'autore una responsabilità penale.

Il normale standard applicabile alle tre condotte è quello descritto all'articolo 30 dello Statuto di Roma, tuttavia una disciplina eccezionale è stata prevista in relazione alla particolare circostanza dell'età.

Durante i lavori preparatori si discusse sul grado di conoscenza che si sarebbe dovuto richiedere riguardo all'età delle persone coscritte, arruolate od utilizzate.⁴⁵³ Parte dei delegati riteneva che non si dovesse prevedere alcuna *mens rea*, così, anche nel caso in cui l'autore del reato non fosse stato a conoscenza dell'età, inferiore ai quindici anni, del bambino, egli sarebbe risultato colpevole.⁴⁵⁴ La maggioranza riteneva comunque che una fedele applicazione dell'articolo 30(3) dello Statuto,⁴⁵⁵ richiedendo in capo al soggetto la conoscenza di una circostanza particolare (l'età della persona), non fosse necessaria.⁴⁵⁶

Come compromesso si decise di inserire l'Elemento numero 3, in cui si afferma che "*The perpetrator knew or should have known that such person or persons were under the age of fifteen years*".

E' sufficiente dunque un livello di conoscenza anche solo potenziale, se si dimostra che l'autore "conosceva o avrebbe dovuto conoscere" l'età della persona coscritta, arruolata o utilizzata nelle ostilità.

La previsione chiaramente devia dall'elemento soggettivo richiesto dall'articolo 30, secondo il quale la conoscenza dell'autore deve riguardare le circostanze, e le conseguenze che si verificheranno secondo l'ordinario corso degli eventi. Mentre, in riferimento alla volontà (*intent*), sarà necessario che l'autore intenda porre in essere le condotte descritte dalla norma, e dunque nel caso specifico, intenda coscrivere, arruolare od utilizzare il minore di quindici anni nelle ostilità.

Affinché sorga una responsabilità penale in capo al soggetto che realizza la condotta tipica, gli elementi della volontà e della conoscenza dovranno essere entrambi verificati, come indicato al primo comma dell'articolo 30 dello

⁴⁵³ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 375.

⁴⁵⁴ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 375.

⁴⁵⁵ Si veda Statuto CPI, articolo 30(3): "*For the purposes of this article, 'knowledge' means awareness that circumstance exist or a consequence will occur in the ordinary course of events. (...)*"

⁴⁵⁶ Dörmann K., *Elements of War Crimes under the Rome Statute*, cit. pag. 375.

Statuto.⁴⁵⁷

L'espressione "salvo diversamente previsto" (*unless otherwise provided*), contenuta nell'incipit dell'articolo 30,⁴⁵⁸ lascia spazio alla previsione di standard di dolo più o meno elevati rispetto al dolo generico, ed è qui che si inserisce lo standard dello "should have known".

Nell'Introduzione generale agli Elementi del crimine, al secondo paragrafo si stabilisce che: "Exception to the article 30 standard, based on the Statute, including applicable law under its relevant provision, are indicated below."

Questa frase riconosce la supremazia dello Statuto, ed indica che le eccezioni possono direttamente o indirettamente derivare da esso, ma riconosce anche che lo Statuto stesso, mediante l'articolo 21, ammette la possibilità di far riferimento ad altre fonti, comprendendo i trattati, i principi generali e gli Elementi.⁴⁵⁹

Nel caso delle condotte riguardanti i bambini soldato, gli Elementi comportano un ampliamento della responsabilità penale, poiché lo standard dell'elemento soggettivo è più basso rispetto a quello previsto nell'articolo 30.⁴⁶⁰

La formulazione "should have know" pare implicare che sia sufficiente che l'autore avrebbe potuto venire a conoscenza dell'età del bambino, ma non abbia adottato le misure necessarie per evitarne l'utilizzo, la coscrizione o l'arruolamento, in particolare nel caso in cui le sembianze fisiche del soggetto non permettessero di escludere con certezza che la sua età fosse inferiore ai quindici anni.⁴⁶¹

La Camera Preliminare nella sentenza *Lubanga* ha osservato come il requisito dello "should have known", da distinguersi rispetto a "must have known", ricada nel concetto di negligenza, infatti, si ritiene soddisfatto quando l'autore: i) al momento della commissione, non sapeva che il soggetto fosse minore di quindici anni; e ii) non possedeva tale informazione, per aver agito in

⁴⁵⁷ Si veda lo Statuto della CPI, articolo 30(1): "Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge."

⁴⁵⁸ Si veda nota n. 295.

⁴⁵⁹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 856.

⁴⁶⁰ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 187.

⁴⁶¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome Statute*, cit. pag. 475.

violazione dello standard di diligenza.⁴⁶²

Si noti come vi sono altri casi in cui si preveda uno standard più basso rispetto all'elemento soggettivo.

Gli Elementi del Crimine in riferimento al reato di "genocidio per trasferimento forzato di bambini", ai sensi dell'articolo 6(e) dello Statuto, prevedono che "*The perpetrator knew, or should have known, that the person or persons were under the age of 18 years*", e dunque la stessa formulazione prevista per le condotte di coscrizioni, arruolamento e utilizzo. Questo è indice del fatto che la ratio di queste previsioni sia quella di espandere la tutela per la categoria dei bambini, meritevole di maggior protezione, e dunque giustifica anche una deviazione rispetto al normale standard del dolo generico.

Nella Decisione sulla Conferma delle Accuse nel caso *Lubanga*, la Camera Preliminare ha fornito un'interpretazione, particolarmente criticata, dell'articolo 30, ritenendo che questo comprenda anche situazioni in cui l'autore sia consapevole del rischio che dalle sue azioni od omissioni possano derivare gli elementi oggettivi del reato ed accetti questa possibilità (c.d. dolo eventuale).⁴⁶³

La dottrina e la giurisprudenza successiva non hanno accolto tale interpretazione che non trova spazio nella lettera dell'articolo 30;⁴⁶⁴ infatti questo non ammette una mera probabilità che determinate conseguenze si verifichino ("*may occur*") ma richiede un livello di probabilità che rasenti la certezza ("*will occur*").⁴⁶⁵

Autorevole dottrina ritiene comunque auspicabile l'inserimento del dolo eventuale all'interno dello Statuto della CPI in particolare per i crimini di guerra (meno gravi rispetto al genocidio o ai crimini contro l'umanità), ritenendo che non vi sia ragione per non prevedere uno standard meno elevato rispetto all'elemento soggettivo.⁴⁶⁶

⁴⁶² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 358.

⁴⁶³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 349 e ss.

⁴⁶⁴ Werle G., *Principles of international criminal law*, cit. pag. 181-182; McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 169-170; Lubanga, Public Judgement, TC I, ICC-01/04-01/06, cit. para. 1011.

⁴⁶⁵ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, cit. pag. 169-170.

⁴⁶⁶ Cassese A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*,

European Journal of International Law, 10:153, 2009, pag. 144-171, cit. pag. 154: *“However, for less serious crimes, such as war crimes, current international law must be taken to allow for recklessness: for example, it is admissible to convict a person who, when shelling a town, takes a high and unjustifiable risk that civilians will be killed — without, however, intending, that they be killed — with the result that the civilians are, in fact, thereby killed.”*

Capitolo III

LA RESPONSABILITÀ PENALE INDIVIDUALE NEL CASO LUBANGA. LA CO-AUTORIA NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE.

SOMMARIO : 1. Introduzione. 2. L'articolo 25(3)(a) dello Statuto di Roma: tre forme di responsabilità penale individuale. – 2.1 Considerazioni generali. – 2.2 Modello unitario o differenziato? – 2.3 L' autoria. – 2.4 La c.d. co-autoria. – 2.5 L'autoria mediata. 3. La teoria del “*control over the crime*” e il caso *Lubanga*. – 3.1 Roxin, la teoria del dominio sull'atto e gli approcci della giurisprudenza penale internazionale. – 3.2 L'accordo o il piano comune. – 3.3 Il contributo essenziale e coordinato. – 3.4 Gli accertamenti della Corte Penale Internazionale nel caso *Lubanga*. 4. L'opinione dissenziente del giudice Fulford e le critiche. 5. L'articolo 30 dello Statuto di Roma e la co-autoria. – 5.1 L'analisi dell'articolo 30. – 5.1.1 Gli elementi oggettivi (articolo 30(1)). – 5.1.2 La volontà (articolo 30(2)). – 5.1.3 La conoscenza (articolo 30(3)). – 5.2 Il dolo nella Sentenza *Lubanga*. 6. Conclusioni

1. Introduzione

La Camera di Prima Istanza della Corte Penale Internazionale (CPI) ha ritenuto Thomas Lubanga Dyilo responsabile come co-autore (articolo 25(3)(a), seconda alternativa) rispetto al crimine di guerra di reclutamento e utilizzo di bambini nelle ostilità, giungendo alla conclusione che:⁴⁶⁷ “*The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri. This*

⁴⁶⁷ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, International Criminal Law Review 12, 2012, pag. 115-153, cit. pag. 138.

resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities."⁴⁶⁸

Dunque la Camera ritiene Lubanga coinvolto, insieme and altri concorrenti, nella realizzazione di un piano comune che prevedeva la formazione di una milizia allo scopo di conquistare il controllo, militare e politico, del territorio dell'Ituri nella Repubblica Democratica del Congo. Tale piano avrebbe portato, "secondo l'ordinario corso degli eventi", alla coscrizione, all'arruolamento e all'utilizzo di bambini minori di quindici anni nelle ostilità.

Vediamo ora come tutti questi elementi, quali il piano comune, il contributo del singolo concorrente e la probabilità di realizzazione del crimine in questione siano stati interpretati dalla dottrina e dalla giurisprudenza penale internazionale, con particolare riguardo alla sentenza *Lubanga*, in cui la CPI ha preso le distanze dalla teoria elaborata dal Tribunale per l'ex Jugoslavia in materia di co-autoria.

E' opportuno però partire dalla lettera della norma, e dunque, nel caso specifico, dall'articolo 25(3) lettera (a) dello Statuto di Roma in cui si descrivono le tre forme di responsabilità attraverso cui un soggetto possa essere condannato a titolo di autore, e non di concorrente.

2. L'articolo 25(3)(a) dello Statuto di Roma: tre forme di responsabilità penale individuale

2.1 Considerazioni generali

L'articolo 25 è situato nella terza sezione dello Statuto di Roma riservata ai principi generali, e regola la responsabilità penale individuale nell'ambito della giurisdizione della Corte Penale Internazionale.

⁴⁶⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, cit. para. 628.

Il primo comma esclude la responsabilità delle persone giuridiche, delle organizzazioni internazionali e degli Stati, mentre il secondo comma, ribadisce il principio della personalità della responsabilità penale.⁴⁶⁹

E' necessario aver ben chiara la struttura dell'articolo 25, il quale regola nel dettaglio le varie forme di commissione e di partecipazione nei crimini internazionali (paragrafo (3) lettere dalla (a) alla (e)) e il tentativo (paragrafo (3) lettera (f)).

In generale si può affermare che esso contenga un'esauritiva e chiara indicazione di tutti i requisiti essenziali della "responsabilità penale individuale", così come la rubrica dell'articolo lascia intendere.

La norma è caratterizzata da una sorta di doppia struttura: da una parte contiene le disposizioni riguardo la giurisdizione della Corte, che sono di natura processuale; dall'altra, fornisce precise indicazioni sui crimini e i requisiti generali di attribuzione delle responsabilità, che sono di natura sostanziale.⁴⁷⁰

Un soggetto è penalmente responsabile e dunque punibile per aver commesso un reato di competenza della Corte, se la sua condotta ricalca una delle modalità descritte dal terzo paragrafo dell'articolo 25.

In particolare la lettera (a) si riferisce a tre forme di autoria come forme di responsabilità principale, prevedendo la commissione a titolo individuale, insieme ad un'altra persona (c.d. co-autoria), o tramite un'altra persona.

Le lettere (b) e (c) prevedono delle forme di complicità, considerate di responsabilità secondaria, che possono essere sintetizzate con i termini di "incoraggiamento" e "assistenza". Il primo riguarda la condotta di colui che solleciti o induca alla perpetrazione del reato; mentre l'assistenza è disciplinata nella lettera (c) che prevede anche la responsabilità per *aiding and abetting*.

⁴⁶⁹ Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 25: "1. *The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.* 2. *A person who commits a crime within the jurisdiction of the Court shall be individually responsible and liable for punishment in accordance with this statute. (...).*"

⁴⁷⁰ Cassese A., Gaeta P., R. W. D. Jones R., *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*, volume I, Oxford University Press, 2002, cit. pag. 769.

Le lettere (d), (e) ed (f) riguardano rispettivamente il contributo alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione del reato da parte di un gruppo di persone; l'istigazione al genocidio; e il tentativo.⁴⁷¹

Nonostante nella norma venga reiterato il principio del carattere personale della responsabilità penale (art. 25 (2)), sarebbe erroneo interpretarlo in modo restrittivo, e dunque ritenere possibile il sorgere di una responsabilità penale solamente nel caso in cui i crimini vengano commessi da un singolo individuo.⁴⁷²

I crimini internazionali sono invece generalmente connessi all'azione di gruppi organizzati. Si parla a tal proposito di macro-criminalità, volendo esprimere con questo termine non solo la gravità e la dimensione delle conseguenze che essi comportano, ma anche la complessità delle strutture organizzate che stanno alla base di questo tipo di criminalità.⁴⁷³

Da qui l'esigenza del diritto penale in generale, ma ancor più se in ambito internazionale, di far sì che nessuna delle condotte penalmente rilevanti rimanga impunita e, in un contesto in cui vi sono più soggetti coinvolti, i quali offrono ognuno un diverso contributo, è importante che la disciplina sia esaustiva nell'indicare quali elementi oggettivi e soggettivi debbano sussistere in capo all'individuo affinché esso possa essere giudicato come penalmente responsabile.

2.2 Modello unitario o differenziato?

Tradizionalmente possiamo individuare due modelli normativi rispetto alle modalità di partecipazione nel reato.

Il modello unitario prevede che tutti i soggetti che concorrano alla realizzazione di un reato sottostiano alla medesima pena prevista per il reato

⁴⁷¹ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, cit. pag. 145.

⁴⁷² Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, volume V, 2007, p. 941-952, cit. pag. 945.

⁴⁷³ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute*, cit. pag. 944.

stesso, senza operare distinzioni fra modalità di partecipazione. Questo conferisce una grande discrezionalità in capo al giudice che dovrà poi graduare la pena in riferimento alla colpevolezza del soggetto. Sarà dunque in sede di commisurazione della sanzione che si valuterà il diverso ruolo ricoperto dai concorrenti⁴⁷⁴.

Si ritiene che il modello unitario sia espressione del principio per cui si considerano cause di un evento tutte le condizioni che concorrono a produrlo; inoltre anche secondo una prospettiva di politica criminale si ritiene che tale modello nasca per attuare un “generalizzato inasprimento del trattamento sanzionatorio”. Si prevedono cornici edittali comuni all’interno delle quali poi la commisurazione della pena si effettua in riferimento alla pericolosità dei concorrenti.⁴⁷⁵ Il vantaggio di questa impostazione sta nell’evitare di attribuire al legislatore di delineare i limiti inferiori e superiori della punibilità di condotte atipiche lasciando tale compito alla giurisprudenza, preferendo che un’eventuale differenziazione del trattamento sanzionatorio arrivi in sede di commisurazione della pena dove si terrà conto delle circostanze del caso concreto.

Il modello differenziato si prefigge invece di creare una linea di confine tra autorità e complicità, delineando quindi diverse figure oltre a quella dell’autore, come l’istigatore, il più delle volte equiparato all’autore materiale, o il complice, considerato spesso una figura residuale in cui confluiscono tutte le condotte atipiche di agevolazione e assistenza considerate non indispensabili o necessarie, ma semplicemente strumentali o di supporto all’azione degli autori principali.

L’intento di tale modello sta nel voler differenziare il trattamento sanzionatorio individuando due grandi categorie di rei, i principali e gli accessori. Si tipizzano così in via autonoma le varie forme di partecipazione e ciò si ripercuote in una differenza sul piano sanzionatorio.⁴⁷⁶ Tali figure rischiano tuttavia di rimanere vaghe e, nonostante tentino di limitare la discrezionalità del giudice, necessitano comunque di un’attenta attività interpretativa.

⁴⁷⁴ Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2012, cit. pag. 137.

⁴⁷⁵ Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico al codice penale*, cit. pag.140.

⁴⁷⁶ Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico al codice penale*, cit. pag. 137.

La dottrina risulta divisa rispetto alla scelta del modello da attribuire allo Statuto di Roma che non dichiara in modo esplicito se la norma sia costruita in base ad un'impostazione unitaria o differenziata.

Ambos ritiene che il testo dell'articolo 25 confermi la generale tendenza del diritto penale comparato di rifiutare un concetto di perpetrazione puramente unitario, in favore di una qualche forma di differenziazione.⁴⁷⁷ Egli fonda questo convincimento sia su ragioni di principio che pratiche.

L'attribuzione di una responsabilità in capo all'imputato, basata sulla gravità e il peso del suo contributo, salvaguarda i principi del giusto processo meglio della scelta di un trattamento indifferenziato per tutti i soggetti.⁴⁷⁸ Inoltre, secondo l'autore tedesco, tale operazione di valutazione rispetto alla gravità dei diversi contributi dovrà comunque svolgersi in seguito, in sede giudiziaria.⁴⁷⁹ Egli osserva come il terzo paragrafo dell'articolo 25 non preveda espressamente una gerarchia delle modalità di commissione e partecipazione ma implicitamente, ed a livello terminologico, distingua tra i diversi gradi di responsabilità connessi ad ogni modalità di partecipazione.⁴⁸⁰

Si noti come queste considerazioni siano state confermate nella sentenza *Lubanga*, dalla Camera Preliminare che ha distinto: la commissione di un reato in senso stretto, secondo il significato del comma terzo lettera (a) dell'articolo 25; la responsabilità dei superiori ai sensi dell'articolo 28 dello Statuto; ed ogni altra forma di responsabilità accessoria prevista all'articolo 25(3) lettere dalla (b) alla (d).⁴⁸¹

Della stessa opinione pare essere Werle secondo il quale la norma non si limita ad enumerare le varie modalità di partecipazione ma le divide in quattro categorie, andando così ad evidenziare la differenza tra la commissione del crimine, come una fonte indipendente per l'attribuzione della responsabilità penale, ed altre modalità di partecipazione che ricadono in una forma accessoria di responsabilità.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 145-146.

⁴⁷⁸ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 146.

⁴⁷⁹ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 146.

⁴⁸⁰ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 146-147.

⁴⁸¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, cit. para. 320.

⁴⁸² Werle G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, seconda ed., 2009, cit. pag. 169.

Inoltre, in conformità con la legge consuetudinaria internazionale, tutte le modalità accessorie di partecipazione richiedono che il reato si sia effettivamente consumato o abbia raggiunto almeno lo stadio del tentativo.⁴⁸³

Werle afferma che, considerando la natura collettiva dei reati di stampo internazionale, la legge penale internazionale non dovrebbe astenersi dall'attribuire un peso diverso in base alla modalità di partecipazione nella fase di valutazione del grado di responsabilità individuale.⁴⁸⁴

In particolare si individuano tre argomenti a favore del modello differenziato. In primo luogo una lettura letterale e contestualizzata dell'articolo 25, che non si limita a creare una lista delle modalità di partecipazione ma le suddivide in quattro gruppi (lettere dalla (a) alla (d)) , porta a ritenere tale struttura più di una mera indicazione descrittiva.⁴⁸⁵ Questo lo si nota ad esempio nel caso delle forme di autoria, co-autoria e autoria mediata, che terminologicamente parlando, non hanno nulla in comune ma vengono inserite nel medesimo gruppo, sotto la denominazione di "commissione".⁴⁸⁶ Si consideri poi come le lettere (b), (c) e (d) richiedano che il crimine sia stato commesso o almeno tentato, assumendo che la commissione sia l'unica modalità di partecipazione indipendente e non-derivativa.⁴⁸⁷

In secondo luogo si ritiene che un argomento a favore del modello differenziato possa trarsi dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*; in particolare, il Tribunale per l'ex Jugoslavia ha sottolineato spesso come la

⁴⁸³ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 169.

⁴⁸⁴ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 170.

⁴⁸⁵ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, February 9, 2013, Van Sliedregt, E./Vasiliev, S. (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, cit. pag. 11.

⁴⁸⁶ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 11-12: "The fact that Article 25(3) can only be understood with reference to normative criteria becomes even clearer when we take a closer look at 'commission through another person'. The ICC Statute explicitly recognizes the notion of committing a crime through another person who is criminally responsible. It is virtually impossible to define such a concept of 'commission through another person' with reference to descriptive elements alone. In order to distinguish conduct that qualifies as 'commission through another person', we must rely on criteria such as control over the crime, domination of the act, *animus auctoris*, or moral autonomy. (...)The concept of 'commission through another person' is premised on the idea that 'commission' means more than just any kind of criminal liability."

⁴⁸⁷ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 13.

responsabilità per *aiding and abetting* necessiti generalmente di una pena minore rispetto alle forme di commissione come la co-autoria.⁴⁸⁸

In terzo luogo, come già visto, si considera la natura dei crimini internazionali e lo scopo del diritto penale internazionale, che si prefigge di non lasciare impunte condotte ad alto disvalore penale e che si trova a fronteggiare fenomeni su larga scala che coinvolgono un vasto numero di attori, i quali contribuiscono in modo diverso e secondo un diverso livello di gravità.⁴⁸⁹ Differenziare le modalità di partecipazione permette maggiore trasparenza in sede di determinazione della sentenza e inoltre dà maggiori garanzie di imparzialità all'imputato e di prevedibilità rispetto all'esito del processo già nella fase iniziale.⁴⁹⁰

Autorevole dottrina nota come nel volere etichettare lo Statuto di Roma secondo uno dei due modelli, risulti difficile non arrivare ad una conclusione ambigua.⁴⁹¹ Considerando che l'area in questione riguarda fenomeni di macro-criminalità e spesso reati anche supportati da interi apparati statali, appare sicuramente preferibile, per un'effettiva lotta al crimine, giudicare la responsabilità penale di ogni individuo secondo il suo concreto apporto.⁴⁹²

Cassese ritiene che questo scopo sia meglio raggiunto mediante un'impostazione unitaria, dove la responsabilità di ogni individuo non dipende da quella dell'autore principale.⁴⁹³ Tale affermazione è supportata dal fatto che l'articolo 25 non differenzia il trattamento sanzionatorio; la differenziazione sarà possibile in fase di deliberazione della sentenza così come indicato all'articolo 78 dello Statuto.⁴⁹⁴ Al contrario si potrà tuttavia propendere per un

⁴⁸⁸ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 15- 16, si noti come ad esempio nella sentenza *Krstic*, la Camera d'Appello abbia ridotto la pena da 46 a 35 anni di detenzione per il solo fatto che il soggetto fosse considerato responsabile per *aiding and abetting* invece che per partecipazione secondo la teoria della *joint criminal enterprise*, vedi - ICTY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Judgement, Appeals Chamber, n. IT-98-33-A, 19 April 2004, cit. para. 275.

⁴⁸⁹ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 17-18.

⁴⁹⁰ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 19.

⁴⁹¹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 787.

⁴⁹² Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 787-788.

⁴⁹³ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 788.

⁴⁹⁴ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 788; si veda anche lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 78: "*Determination of the sentence. 1. In*

impostazione differenziata sulla base del fatto che il terzo paragrafo dell'articolo 25 distingue in modo sistematico tra la perpetrazione (lettera (a)) ed altre forme di partecipazione (lettere (b) – (e)).⁴⁹⁵

Altra dottrina osserva come la decisione di includere una lista analitica di tutte le tipologie di condotte riguardanti la complicità sia la conseguenza del prevalere del “modello differenziato” nella maggior parte dei sistemi penali nazionali.⁴⁹⁶

Questo, come la ricerca comparata rivela, è sicuramente vero; tuttavia è importante ricordare come la differenza tra i due modelli non dipenda solamente dalla descrizione delle condotte rispetto ai reati che coinvolgono più soggetti (o dalla mancanza di questa), ma anche dal trattamento sanzionatorio che la norma riserva a ciascun partecipe.⁴⁹⁷ Si noti che nei sistemi differenziati la responsabilità del partecipe è accessoria a quella dell'autore principale e di conseguenza se non si accerta la responsabilità di quest'ultimo non sorge nemmeno una responsabilità in capo al primo.⁴⁹⁸

Nessun di questi elementi può essere ritrovato nello Statuto di Roma che non opera alcuna distinzione rispetto al grado di responsabilità da attribuire ad ogni figura di partecipe, né crea diversi trattamenti sanzionatori.⁴⁹⁹

In conclusione si può affermare tuttavia che, invece di una scelta a favore del modello differenziato, connessa ad una rigorosa applicazione del principio di personalità della responsabilità penale, l'analitica descrizione contenuta nell'articolo 25(3) sembri derivare da un altro principio fondamentale del diritto penale, il principio di legalità e la conseguente necessità di un'accurata descrizione delle condotte penalmente rilevanti.⁵⁰⁰

In ultimo si osservi come questo contrasto dottrinale insanabile sembri derivare dalla provenienza dei diversi interpreti, che tendono a rifarsi all'ordinamento nazionale di appartenenza.

determining the sentence, the Court shall, in accordance with Rules of Procedure and Evidence, take into account such factors as the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person. (...).”

⁴⁹⁵ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 788.

⁴⁹⁶ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility*, cit. pag. 948.

⁴⁹⁷ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility*, cit. pag. 948.

⁴⁹⁸ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility*, cit. pag. 948.

⁴⁹⁹ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility*, cit. pag. 948.

⁵⁰⁰ Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility*, cit. pag. 949.

La giurisprudenza della CPI ha però tracciato una chiara distinzione tra le forme di responsabilità primaria, così come descritte nell'articolo 25(3)(a), e le forme di responsabilità secondaria, chiarendo l'importanza di una gerarchia tra le diverse modalità di commissione e partecipazione al reato, anche al fine di individuare un criterio distintivo tra gli autori principali e i partecipi (accessori).⁵⁰¹

Tale approccio è stato definito "normativo" dalla giurisprudenza, ed è su questa concezione che si basa la teoria del "*control over the crime*", che prevede l'esistenza di una gerarchia fra le forme di responsabilità, per cui chi ha maggiore influenza sulla commissione del crimine verrà considerato sopportare una maggiore responsabilità, anche se lui stesso non realizza materialmente gli elementi oggettivi del reato.⁵⁰²

Si vedrà, parlando della teoria del "*control over the crime*", come essa sia frutto di una concezione puramente normativa, in contrasto con un'idea empirico-descrittiva per cui solo l'autore materiale, cioè chi pone in essere la condotta tipica, possa essere considerato come autore principale.⁵⁰³

2.3 L'autoria

La prima modalità attraverso cui un reato può essere commesso è costituita dall'azione di un singolo individuo, il quale, senza l'assistenza o

⁵⁰¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 320; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, cit. para. 998-999: "*The conclusion that principal liability must require more than accessory liability is supported, in the view of the Majority, by the statutory provision on attempt liability (Article 25(3)(f) of the Statute). Only those individuals who attempt "to commit" a crime, as opposed to those who participate in a crime committed by someone else, can be held liable under that provision. The same conclusion is supported by the plain language of Articles 25(3)(b) and (c), which require for secondary liability that the perpetrator at least attempt to commit the crime. As such, secondary liability is dependent on whether the perpetrator acts. Conversely, principal liability, which is closer to the violation of the legal interests protected by the norm, is not the subject of such dependence.(...)*"

⁵⁰² Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, *Leiden Journal of International Law* (2013), 26, pp. 725-746, cit. pag. 740.

⁵⁰³ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 740.

l'influenza di un'altra persona, pone in essere la condotta tipica. In questo caso l'autore del reato sarà considerato "solitario".⁵⁰⁴

In senso più lato, tuttavia, tale ipotesi copre anche il caso in cui ci siano altri soggetti che contribuiscano solo in modo accessorio all'azione dell'autore "principale".⁵⁰⁵

Non ci riferiamo però né alla co-autoria né all'autoria mediata, ma alla combinazione delle ipotesi di perpetrazione del reato da parte di uno o più autori principali, e di partecipazione da parte di altri soggetti che diano un apporto di tipo accessorio.⁵⁰⁶

Quello che permette di qualificare un soggetto come "principale" in questa situazione è che la sua condotta soddisfi tutti gli elementi tipici della fattispecie contenuti nella norma incriminatrice.⁵⁰⁷

Non si trascuri comunque il fatto che il verbo "commettere" di per sé sia sufficientemente ampio da poter ricomprendere altre forme di perpetrazione contenute nella lettera (a) dell'articolo 25, specialmente nel caso in cui esse non vengano esplicitamente menzionate, come negli statuti dei Tribunali *ad hoc*.⁵⁰⁸

2.4 La c.d. co-autoria

Secondo l'articolo 25(3)(a) il reato può essere commesso, oltre che singolarmente, anche insieme ad un'altra persona.

⁵⁰⁴ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 789.

⁵⁰⁵ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 789.

⁵⁰⁶ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 789.

⁵⁰⁷ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 789.

⁵⁰⁸ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court : observers' notes, article by article*, seconda edizione, München : Beck [etc.], 2008, cit. pag. 747-748; si veda anche lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, articolo 7(1): "A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime."; allo stesso modo lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, articolo 6(1).

Tale forma di perpetrazione può essere sintetizzata mediante la presenza di due requisiti: per prima cosa è necessario che vi sia più di una persona, e, in secondo luogo, questi soggetti devono agire insieme.⁵⁰⁹

Tuttavia, se bisogna distinguere questa forma di responsabilità dalle altre forme di complicità, il termine “insieme” dovrà essere interpretato dandone un significato qualitativo diverso rispetto ad una mera condotta di assistenza o istigazione.⁵¹⁰

La coautoria non viene inclusa nella categoria della “complicità” ma è considerata come un’autonoma forma di perpetrazione del reato.⁵¹¹

Essa è caratterizzata da una divisione funzionale dei compiti tra i diversi co-autori, i quali dovranno essere almeno due, ed è necessario che ogni soggetto con la propria azione contribuisca alla realizzazione dell’illecito.

Senza la condotta di ognuno dei co-autori la commissione del reato non potrebbe essere possibile⁵¹²; dunque una responsabilità per co-autoria potrà essere attribuita solamente a coloro che abbiano apportato un contributo “essenziale”.⁵¹³

Ci si chiede però a questo punto se sia necessario che ognuno dei soggetti con la sua condotta soddisfi tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato, allo stesso modo dell’autore “solitario”, o, al contrario, se la commissione del reato possa essere interpretata in un senso meno restrittivo in modo tale che il crimine sia il risultato della combinazione dei diversi contributi dei co-autori.

Le soluzioni adottate a livello nazionale saranno diverse a seconda che l’ordinamento sia caratterizzato da un modello unitario o da un modello differenziato.

Nel primo caso, considerando ogni forma di partecipazione alla commissione come perpetrazione, non sarà necessario che ogni contributo abbia un rapporto di mutua funzionalità rispetto agli altri perché ogni soggetto sarà responsabile per la sua personale azione e secondo il suo grado di colpevolezza.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag.789.

⁵¹⁰ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag.789-790.

⁵¹¹ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 149.

⁵¹² Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 149.

⁵¹³ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag.176.

⁵¹⁴ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 790.

Al contrario, secondo un modello differenziato, caratteristico della tradizione di common law, si individuano due figure: il soggetto che realizza la fattispecie criminosa così come descritta dalla norma (*principal in the first degree*); e colui che aiuta l'autore al momento della commissione (*principal in the second degree*).⁵¹⁵ Di conseguenza coloro che offrono il loro contributo in una fase antecedente o successiva alla commissione del reato saranno considerati responsabili accessori,⁵¹⁶ rendendo essenziale la presenza del soggetto al momento dell'esecuzione ai fini della qualificazione della figura del concorrente.

E' opportuno notare come oggi le categorie del "*principal in second degree*" e dell'"*aider and abettor*" siano finite per ricadere un'unica forma di responsabilità, ovvero quella della partecipazione secondaria.⁵¹⁷

Come osserva Werle, essere qualificati come autori principali rappresenta il più alto grado di responsabilità individuale, dunque, entrambi gli elementi oggettivi e soggettivi della co-autoria devono essere costruiti secondo un'interpretazione che sia il più restrittivo possibile.⁵¹⁸

Si potrà attribuire una responsabilità di questo tipo solo se il contributo del soggetto sia stato "essenziale".⁵¹⁹ Azioni di minore importanza o d'incoraggiamento indiretto si qualificano come condotte di "assistenza", punibili ai sensi dell'articolo 25(3)(c), o come "contributo alla commissione di un reato reso da un gruppo" (articolo 25(3)(d)).⁵²⁰

E' opportuno menzionare il Tribunale per l'ex Jugoslavia (ICTY), che adotta una nozione ampia di co-autoria.⁵²¹ Nonostante l'articolo 7(1) dello

⁵¹⁵ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 790-791.

⁵¹⁶ Noto F., *Secondary Liability in International Criminal Law. A Study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, Zurich, Dike, 2013, cit. pag. 7.

⁵¹⁷ Noto F., *Secondary Liability in International Criminal Law*, cit. pag. 7.

⁵¹⁸ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 176.

⁵¹⁹ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 176.

⁵²⁰ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 176.

⁵²¹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 791.

Statuto dell'ICTY non menzioni esplicitamente tale concetto,⁵²² nel caso *Tadić* la Camera d'Appello ha distinto fra co-autoria e mera partecipazione.⁵²³

Si è affermato in particolare che la commissione dei crimini internazionali possa avvenire, oltre che ad opera del singolo individuo, anche attraverso la realizzazione di un piano comune da parte di più soggetti, come fenomeno criminale collettivo.⁵²⁴

Il Tribunale stabilisce che tre sono gli elementi oggettivi necessari rispetto alla co-autoria: i) la presenza di una pluralità di persone; ii) l'esistenza di un piano o di un intento comune (anche estemporaneo), che preveda la commissione di un crimine internazionale; iii) la partecipazione del soggetto al piano o all'azione comune.⁵²⁵

La differenza rispetto alle condotte di mera assistenza (*aiding and abetting*) starà nel fatto che per queste ultime non è richiesta l'esistenza di un piano comune, ed inoltre è sufficiente che il soggetto sia a conoscenza del fatto che l'autore principale stia commettendo un crimine, senza doverne condividere l'elemento soggettivo;⁵²⁶ in aggiunta egli dovrà fornire un contributo che abbia un "effetto sostanziale" sulla commissione, cosa che non è richiesta al co-autore. Pare quindi che la responsabilità per co-autoria si basi principalmente sull'esistenza di un piano comune, mentre la qualità del contributo del singolo sia di minore importanza.⁵²⁷

Per quanto riguarda la *mens rea* è chiaro come, secondo il principio di personalità della responsabilità penale, per poter qualificare un soggetto come autore, sia necessario che egli soddisfi l'elemento soggettivo previsto per il reato in questione. Dunque se per esempio si voglia attribuire una responsabilità per co-autoria rispetto al reato di genocidio, sarà necessario che tutti i soggetti soddisfino il requisito del dolo specifico che tale crimine richiede.

⁵²² Si veda lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per l'ex Jugoslavia, articolo 7(1): "A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime."

⁵²³ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, n. IT-94-1-AR72, 15 July 1999, cit. para. 185-232.

⁵²⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, cit. para. 188, 190-191 e 193.

⁵²⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, cit. para. 227.

⁵²⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, cit. para. 229.

⁵²⁷ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court: a commentary*, cit. pag. 792.

La Camera d'Appello del Tribunale per l'ex Jugoslavia però ha ritenuto attribuibili ai co-autori anche gli eventi che eccedano le previsioni del piano o disegno comune, se questi siano le "naturali e prevedibili conseguenze dell'obiettivo condiviso da tutti partecipi", posto che i co-autori fossero a conoscenza del rischio del verificarsi di eventi che eccedessero il piano e, nonostante ciò, abbiano accettato tale rischio.⁵²⁸

Questa interpretazione ammette quindi la punibilità anche nel caso di dolo eventuale, che non trova invece spazio all'interno dello Statuto di Roma.⁵²⁹

La Corte Penale Internazionale, al contrario del ICTY, nel caso *Lubanga* ha applicato la teoria del c.d "dominio funzionale" o del "controllo sull'atto", conosciuta dalla dottrina tedesca, disapprovando altre interpretazioni,⁵³⁰ e in particolare prendendo le distanze dalla teoria della *Joint Criminal Enterprise* (JCE) adottata dal Tribunale per l'ex Jugoslavia.

In sintesi si può comunque affermare in via generale che per l'attribuzione di una responsabilità per co-autoria devono essere soddisfatti quattro requisiti: (1) la presenza di almeno due soggetti, (2) l'esistenza di un piano comune, (3) l'apporto di un contributo essenziale da parte di ogni co-autore, (4) la condivisione dell'elemento soggettivo richiesto per il reato in questione da parte di tutti i partecipanti.

Questa forma di responsabilità è caratterizzata da una divisione funzionale dei compiti tra i co-autori, ognuno dei quali pone in essere un'azione che contribuirà alla realizzazione del reato.⁵³¹ Il piano comune o l'accordo costituiscono l'elemento su cui si fonda la reciproca attribuzione dei diversi

⁵²⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, cit. para. 204 e 220; Il Tribunale per l'ex Jugoslavia applica la teoria della *Joint Criminal Enterprise*, si veda a tal proposito Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 123-124: " *The Tadić AC distinguished three categories of collective criminality (...) known as the JCE I, II, and III: first, the basic form, where the participants act on the basis of a 'common design' (...) and with 'common intention' (...). Secondly, the systemic form, that is, the so-called 'concentration camp cases' where crimes are committed by members of military or administrative units (...) on the basis of a common plan. Thirdly, the so-called extended JCE where one of the co-perpetrators actually engages in acts, going beyond the common plan, but his or her acts still constitute a foreseeable consequence of the realization of the plan.*"

⁵²⁹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 792; Si analizza nei paragrafi successivi l'applicazione dell'articolo 30 dello Statuto della CPI nel caso di responsabilità per co-autoria, si veda infra para. 5.

⁵³⁰ Ambos K., *Treaties on International Criminal Law*, cit. pag. 150.

⁵³¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 748.

contributi rendendo ogni co-autore responsabile rispetto alla commissione del reato nel suo complesso, anche se la sua azione non soddisfi completamente tutti gli elementi oggettivi richiesti dalla norma incriminatrice.⁵³²

Sull'elemento della "mutua attribuzione" concordano sia dottrina che giurisprudenza, infatti è generalmente condiviso che il soggetto co-autore non debba essere necessariamente presente sulla scena del crimine o partecipare fisicamente o direttamente alla commissione dello stesso, in quanto i contributi materiali degli altri co-autori gli vengono imputati solo sulla base dell'esistenza di un piano comune o di un accordo.⁵³³

2.5 L'autoria mediata

L'autoria mediata è caratterizzata dalla presenza di un autore indiretto, c. d. "mediato" che si serve della persona, che fisicamente commette il reato, utilizzandola come uno strumento.

Considerando che generalmente l'autore materiale è un soggetto innocente, in particolare perché ha agito per errore, o non punibile, ad esempio per la sua minore età, l'autore indiretto utilizzerà la sua maggiore conoscenza o il suo potere per far sì che il reato si realizzi.⁵³⁴

Il testo dello Statuto indica come l'autore mediato sia di conseguenza punibile a prescindere dal fatto che l'altro soggetto sia penalmente responsabile.

L'autore "intermedio" deve essere utilizzato come uno strumento. E' richiesta quindi più di una condotta d'istigazione o di semplice incoraggiamento alla commissione del reato, altrimenti sarebbe difficile distinguere la condotta dell'autore mediato da quelle descritte nelle lettere (b) e (c) dell'articolo 25(3). Tuttavia si ammette qualsiasi forma di strumentalizzazione a condizione che l'autore mediato eserciti un controllo

⁵³² Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 748.

⁵³³ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 142.

⁵³⁴ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 793.

predominante sull'azione dell'esecutore materiale del reato,⁵³⁵e dunque sulla sua volontà.

L'interrogatorio che ci si pone è se l'autoria mediata presupponga sempre che l'autore materiale non sia imputabile, o se, al contrario, possa comunque sussistere una responsabilità anche se quest'ultimo sia totalmente responsabile e dunque punibile.⁵³⁶

Si parla a tal proposito di "*perpetrator behind the perpetrator*", ossia di un autore c.d. indiretto che agisca manovrando le azioni dell'autore materiale c.d. diretto, il quale rimane tuttavia consapevole e pienamente imputabile.⁵³⁷

Questa teoria, elaborata dalla dottrina tedesca, si ritiene applicabile in ambito penale internazionale dove spesso i reati vengono commessi da complessi apparati criminali, organizzati anche in modo gerarchico, dove i soggetti al vertice vengono considerati autori indiretti, poiché dominano la commissione del crimine ma non sono essi stessi materialmente a commettere l'illecito.⁵³⁸ All'interno di un apparato caratterizzato da una struttura gerarchica, colui che ne è a capo sarà considerato responsabile come autore anche per le azioni dei membri a lui subordinati, per mezzo di un'attribuzione verticale.⁵³⁹

Si parlerà di co-autoria indiretta o mediata, derivante da una combinazione tra la seconda e la terza alternativa previste alla lettera (a) dell'articolo 25, nel caso in cui tale attribuzione di responsabilità non avvenga solo verticalmente (dall'autore diretto all'autore indiretto), ma anche orizzontalmente tra i diversi co-autori indiretti.⁵⁴⁰

⁵³⁵ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 794.

⁵³⁶ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 750.

⁵³⁷ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 750; ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/07, 30 September 2008, cit. para. 496: "A concept has developed in legal doctrine that acknowledges the possibility that a person who acts through another may be individually criminally responsible, regardless of whether the executor (the direct perpetrator) is also responsible. This doctrine is based on the early works of Claus Roxin and is identified by the term: 'perpetrator behind the perpetrator' (Täter hinter dem Täter)".

⁵³⁸ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 752.

⁵³⁹ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pag. 971-995, cit. pag. 984.

⁵⁴⁰ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 984-985; si veda anche ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 493: "An individual who has no control over the person through whom the crime would be committed cannot be said to commit the crime by means of that other person. However, if he acts jointly with another individual or one who controls the person used as an instrument or these crimes

Riguardo all'elemento soggettivo, l'autoria mediata richiede che l'imputato soddisfi personalmente tutti gli elementi soggettivi del crimine, incluso il dolo specifico. Inoltre egli dovrà essere a conoscenza delle circostanze fattuali che gli consentano di controllare la commissione del reato mediante un'altra persona.⁵⁴¹

3. La teoria del "control over the crime" e il caso Lubanga.

Di particolare interesse è ora l'analisi della sentenza *Lubanga* in cui, per la prima volta, la Corte Penale Internazionale ha adottato la teoria del "*control over the crime*", specificandone i requisiti oggettivi e soggettivi.

Tale teoria inoltre si discosta da quella della *Joint Criminal Enterprise* (JCE) elaborata dal Tribunale per l'ex Jugoslavia.

3.1 Roxin, la teoria del dominio sull'atto e gli approcci della giurisprudenza penale internazionale

La teoria del "*control over the crime*" elaborata dalla CPI ha le sue origini nella dottrina tedesca, in particolare negli studi di Roxin sulla perpetrazione indiretta attraverso il controllo di una struttura di potere organizzata, parte di una elaborazione teorica più estesa, nata allo scopo di individuare dei criteri distintivi tra contributi principali e accessori alla commissione del reato.⁵⁴²

Egli ha tentato di dimostrare come il criterio che definisce tutte le forme di perpetrazione sia il "dominio sull'atto" (*Tatherrschaft*), ossia il potere di controllare lo svolgersi delle azioni e degli eventi che porteranno alla

can be attributed to him on the basis of mutual attribution."

⁵⁴¹ Werle G., *Principles of International Criminal Law*, seconda ed., cit. pag. 180.

⁵⁴² Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, pag. 191-205, cit. pag. 191.

commissione del crimine, potendo stabilire quando e secondo quale modalità questo si realizzerà.⁵⁴³

Roxin ritiene che di fronte a fenomeni criminali che coinvolgono l'azione di più soggetti l'approccio normativo possa essere di due tipi: considerarli come reati collettivi o come atti individuali.⁵⁴⁴ Egli ritiene tuttavia che nessuno di questi punti di vista, se considerato singolarmente, possa cogliere a pieno il fenomeno nella sua intrinseca illiceità penale.⁵⁴⁵

Di fondamentale importanza sarà distinguere i ruoli all'interno del gruppo criminale,⁵⁴⁶ quindi valutare le singole responsabilità, senza però trascurare il fatto che ogni individuo agisce secondo il ruolo che egli ricopre all'interno della struttura organizzata.⁵⁴⁷

La teoria di Roxin nasce in contrasto all'approccio c.d. soggettivo, che distingue gli autori principali dagli accessori sulla base dell' *animus socii*, cioè sulla base dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice che, se soddisfatto, qualifica immediatamente il soggetto come autore principale.

Questo approccio, secondo Roxin, porta ad una generale incertezza poiché non si può escludere che altri soggetti, quali gli istigatori o coloro che prestano assistenza (*aiders and abettors*), non abbiano comunque interesse al compimento del crimine, e dunque in questo modo l'accertamento della responsabilità è lasciato al potere discrezionale dell'organo giudicante.⁵⁴⁸

Egli giunge dunque alla conclusione che la distinzione fra autori diretti, indiretti o meri partecipi, si possa ottenere solo mediante dei criteri oggettivi. Sarà considerato autore principale colui che può controllare il corso degli eventi e determinarne il realizzarsi; mentre, chi influenza, favorisce (materialmente o moralmente) o provoca la decisione altrui di porre in essere la condotta criminosa sarà qualificato come istigatore o partecipe (*aider and abettor*).⁵⁴⁹

Questo sistema entra in crisi però nel momento in cui ci si trovi davanti ad un fenomeno criminale collettivo, dove le azioni degli autori materiali non sono

⁵⁴³ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 191.

⁵⁴⁴ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 194.

⁵⁴⁵ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 194.

⁵⁴⁶ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 194.

⁵⁴⁷ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 194.

⁵⁴⁸ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 195-196.

⁵⁴⁹ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 196.

quasi mai attribuibili ad una mancanza di consapevolezza o volontà o ad una costrizione, come tipicamente vuole l'autoria mediata.⁵⁵⁰

Dunque è necessario elaborare una nuova teoria normativa che garantisca la punibilità di quei soggetti, al vertice dell'organizzazione, che si servono di altri individui per la realizzazione materiale del reato, ma che ne controllano comunque lo svolgimento.

Roxin individua una terza strada, oltre la coercizione e l'errore dell'autore materiale, per qualificare l'autoria mediata, che chiamerà "controllo fondato su strutture di potere organizzate" (*control based on organized power structures*).⁵⁵¹

Il punto cardine di questa teoria sta nel fatto che l'autore "dietro le scene", colui che pianifica e determina come e quando il crimine debba essere commesso, prevede il realizzarsi del suo disegno criminoso indipendentemente da chi lo realizzerà, basandosi sul fatto che gli eventuali autori materiali siano individui facilmente sostituibili, il cui contributo individuale non è indispensabile ma fungibile, e potrà quindi essere fornito da chiunque.⁵⁵²

La mancanza di una vicinanza all'azione materiale, da parte dell'autore indiretto, è compensata dal crescente grado di controllo che egli ha sull'apparato organizzativo, dovuto alla sua posizione di comando.⁵⁵³

Si noti inoltre come questa forma di autoria mediata possa applicarsi solo nel caso in cui l'organizzazione operi e si formi al di fuori di un contesto legale, altrimenti parleremo di un apparato statale o militare dove si avrà una responsabilità dei comandanti o di altri soggetti in posizione di superiorità che diano ordini illeciti o istighino i subordinati alla commissione di crimini.⁵⁵⁴

Si individuano due manifestazioni tipiche della perpetrazione indiretta

⁵⁵⁰ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 197: "With regard to coercion, it has been shown in examinations of the Nuremberg files that 'not a single case' can be found in which someone was himself shot 'for disobeying an order to shoot'. The worst that could happen was a note in one's personal file, denial of promotion or reassignment. (...)The situation is similar for possible error by the actor. It is not absolutely unimaginable that someone who single-handedly kills defenceless people could be blinded by ideology and fail to recognize the substantive criminality of such behaviour. But as a rule, it is more likely that the direct perpetrator is at best able to suppress his conscience with the thought of the higher responsibility of the person giving the order [Auftraggeber]. A mere error regarding formal illegality, however, such as may be present in some circumstances, does not give the person behind the scenes complete control over the direct perpetrator, who acts with full responsibility in such situations."

⁵⁵¹ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 198.

⁵⁵² Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 198-199.

⁵⁵³ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 200.

⁵⁵⁴ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 202-203.

mediante una struttura di potere organizzata: i) se un soggetto, dotato di poteri statali, commetta un crimine con l'aiuto di individui a lui subordinati; ii) nel caso di organizzazioni segrete, gruppi o associazioni criminali.⁵⁵⁵

La teoria di Roxin è stata trasposta, grazie alla sua grande forza persuasiva, in ambito penale internazionale dalla CPI che l'ha preferita rispetto alla JCE elaborata dal Tribunale per l'ex Jugoslavia, in materia di co-autoria.

La CPI ha adottato la teoria del "*control over the crime*" basandosi proprio sul concetto di dominio sull'atto, e considerando concorrenti solo quei soggetti che siano coinvolti in un piano comune o accordo, e che prestino un contributo "essenziale" alla realizzazione del crimine.

Chiarito il contributo dottrinale di Roxin, si può affermare che la giurisprudenza penale internazionale abbia adottato due approcci differenti per definire la responsabilità dei soggetti che occupino posizioni di alto livello rispetto alla commissione di crimini internazionali.⁵⁵⁶

I Tribunali *ad hoc* hanno fatto un uso estensivo della teoria della *Joint Criminal Enterprise* (JCE), per perseguire individui che ricoprivano posizioni di alto livello, mediante la mutua attribuzione di azioni fra una pluralità di soggetti che agiscano all'interno di un disegno o accordo comune, anche se questi non realizzino l'*actus reus* previsto dalla norma incriminatrice.⁵⁵⁷

L'elaborazione della teoria risale alla sentenza *Tadic*, in cui la Camera d'Appello ne ha individuato tre modalità: la forma base, la forma c.d. sistemica e la forma c.d. estesa.⁵⁵⁸

Tutte e tre le modalità condividono i medesimi elementi oggettivi, ossia la presenza di una pluralità di persone, l'accordo o il piano comune che comporti o involva la commissione di un crimine, e il contributo del singolo al piano comune.⁵⁵⁹ La differenza si individua invece per quanto riguarda la *mens rea*, infatti la forma "base" richiede il dolo generico (volontà e rappresentazione) da parte dei partecipi che dovranno condividere lo scopo della JCE; nella forma

⁵⁵⁵ Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, cit. pag. 203.

⁵⁵⁶ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?*, *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, pag. 159-178, cit. pag. 161.

⁵⁵⁷ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 162.

⁵⁵⁸ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 162.

⁵⁵⁹ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 162.

“sistemica” tutti i partecipanti al “piano di maltrattamento” saranno considerati responsabili se si dimostra che fossero a conoscenza del carattere del piano e che abbiano agito allo scopo di realizzarlo; la forma “estesa” allarga invece il raggio di punibilità considerando responsabili i partecipi anche rispetto ad eventi che si verificano al di fuori dello scopo del piano comune, ma che siano le naturali e prevedibili conseguenze di quest’ultimo.⁵⁶⁰

La CPI ha preso le distanze dalla teoria della JCE per una serie di valide ragioni che coinvolgono sia l’interpretazione dello Statuto di Roma sia i generali principi del diritto penale.

L’articolo 21(1) dello Statuto richiede che la Corte applichi in primo luogo lo Statuto stesso, utilizzando la legge consuetudinaria solo come fonte sussidiaria.⁵⁶¹

Inoltre si noti come il principio della responsabilità penale individuale e il principio di colpevolezza sembrano essere minacciati in particolare dalla terza forma, quella “estesa”, della JCE, per la quale, richiedendo uno standard più basso rispetto all’elemento soggettivo (dolo eventuale), si finirà per attribuire la responsabilità a dei soggetti solo per il fatto che essi abbiano partecipato alla JCE, senza valutare una loro reale consapevolezza o volontà rispetto alla realizzazione del crimine.⁵⁶²

La differenza principale tra le due teorie però risiede anche nella natura del contributo che, come si vedrà nel dettaglio, secondo la teoria del “*control over the crime*” dovrà essere “essenziale”, mentre per la JCE sarà sufficiente qualsiasi contributo.⁵⁶³

Davanti alla CPI il “*control over the crime*” è diventato il criterio determinante per distinguere gli autori principali, e dunque i co-autori, dagli accessori.⁵⁶⁴

La Corte ha affermato che: “(...) *principals to a crime are not limited to those who physically carry out the objective elements of the offence, but also include those*

⁵⁶⁰ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 162-163.

⁵⁶¹ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 166.

⁵⁶² Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 166-167.

⁵⁶³ Liefländer T. R., *The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*, Cambridge Journal of International and Comparative Law (1)1, 2012, pag. 191-212, cit. pag. 203.

⁵⁶⁴ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 168.

who, in spite of being removed from the scene of the crime, control or mastermind its commission because they decide whether and how the offence will be committed."⁵⁶⁵

In questo modo si considerano autori principali, punibili ai sensi dell'articolo 23(3)(a), non solo coloro che fisicamente commettono il reato, ma anche quelli che ne controllano la commissione, decidendo se e come il crimine si realizzerà.⁵⁶⁶

Questo criterio, come osservano i giudici, non si può considerare né puramente oggettivo né puramente soggettivo.⁵⁶⁷

L'articolo 25(3)(a) non prende in considerazione un criterio oggettivo di distinzione perché la nozione di "autoria mediata", specialmente nel caso in cui l'autore materiale non sia penalmente responsabile, non si concilia con l'idea per cui gli autori principali debbano coincidere solamente con coloro che realizzino fisicamente il reato.⁵⁶⁸

Inoltre si è notato come la lettura congiunta dell'articolo 25(3)(a) con l'articolo 25(3)(d), che prevede una forma di responsabilità meno grave,⁵⁶⁹ dimostri che agire con l'intento di favorire l'attività criminale, o essere a conoscenza dello scopo criminoso del gruppo, non sia sufficiente per l'attribuzione di una responsabilità come autore principale, secondo lo Statuto di Roma.⁵⁷⁰ In questo modo anche un approccio puramente soggettivo viene rifiutato; la Corte richiede infatti che vi siano le circostanze fattuali per cui il soggetto possa esercitare un controllo sull'azione criminale, e allo stesso tempo che egli sia a conoscenza di tali circostanze.⁵⁷¹

⁵⁶⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, cit. para 330.

⁵⁶⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 920.

⁵⁶⁷ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 168.

⁵⁶⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 333.

⁵⁶⁹ Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 25(3)(d): "*In any other way contributes to the commission or attempted commission of such a crime by a group of persons acting with a common purpose. Such contribution shall be intentional and shall either: i) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group, where such activity or purpose involves the commission of a crime within the jurisdiction of the Court; or ii) be made in the knowledge of the intention of the group to commit the crime.*"

⁵⁷⁰ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 168; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 334.

⁵⁷¹ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 169.

Rispetto alle considerazioni della Prima Camera Preliminare, nella sentenza *Lubanga*, l'influenza del pensiero di Roxin è evidente, nonostante qualche aggiustamento.

In linea con la teoria di Roxin è possibile stabilire una responsabilità penale parallela, secondo due livelli: il leader, come autore indiretto, detto anche "autore intellettuale"; e il subordinato come autore diretto.⁵⁷² Quest'ultimo rimarrà ancora un attore libero ed indipendente e sarà punibile come l'autore diretto, ma ciò non potrà influire sull'azione dell'"autore intellettuale", che troverà facilmente dei sostituti per la realizzazione del suo disegno criminale.⁵⁷³

Il soggetto in posizione subordinata rispetto all'autore indiretto viene così definito dallo stesso Roxin come un "mero ingranaggio della macchina criminale".⁵⁷⁴

Nella sentenza di primo grado del caso *Lubanga*, la Corte riconosce come la co-autoria sia radicata sulla divisione dei compiti essenziali fra due o più persone e come, nonostante nessuno dei partecipi abbia un controllo generale sulla commissione del reato, l'azione di ognuno sia subordinata al realizzarsi di quella degli altri.⁵⁷⁵ C'è una condivisione del controllo da parte di tutti poiché ognuno dei co-autori ha il potere di impedire la commissione del reato, non adempiendo al suo ruolo.⁵⁷⁶

Sicuramente la teoria del "*control over the crime*" è stata scelta dalla CPI per il forte successo in ambito dottrinale, e per il fatto che risulti conforme al testo dello Statuto. Come vedremo però non è risultata esente da critiche, ed alcune difficoltà sono sorte in fase applicativa rispetto al fatto che il concetto del controllo esercitato da un individuo su un'organizzazione gerarchica, risulti più appropriato se riferito alle strutture di potere create nel contesto della Germania Nazista o Comunista, per cui la teoria è stata originariamente concepita.⁵⁷⁷ Si adatta meno ai crimini commessi nel contesto di strutture di

⁵⁷² Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 170-171.

⁵⁷³ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 171.

⁵⁷⁴ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 171.

⁵⁷⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 922.

⁵⁷⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 922.

⁵⁷⁷ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 171.

potere informali, protagonisti nei conflitti del continente africano.⁵⁷⁸

Altra difficoltà che si è notata, di natura probatoria, sta nel dimostrare che i soggetti “subordinati”, autori diretti, fossero effettivamente sostituibili.⁵⁷⁹

Si vedano ora nel dettaglio gli elementi oggettivi richiesti dalla CPI nel caso *Lubanga* rispetto al “*control over the crime*”, che caratterizzano dunque la responsabilità penale per co-autoria, e come la Corte abbia saputo ovviare alle suddette difficoltà applicative.

3.2 L'accordo o il piano comune

Il primo elemento oggettivo di cui si deve accertare l'esistenza nel caso di un'imputazione per co-autoria, ai sensi dell'articolo 25(3)(a) seconda alternativa, è l'accordo o il piano comune fra più soggetti.

Quello che rimane controverso è la natura di tale piano o accordo, in riferimento al quale ci si è chiesti se debba essere intrinsecamente criminale o meno.⁵⁸⁰

La Camera Preliminare di Prima Istanza nel caso *Lubanga* ha ritenuto sufficiente che il piano comune o l'accordo contenga almeno un elemento criminale, ma non che esso sia complessivamente illecito.⁵⁸¹

Nello specifico essa ha ritenuto sufficiente che i co-autori abbiano concordato: i) di intraprendere un progetto comune allo scopo di raggiungere un obiettivo non necessariamente di natura criminale; e ii) di procedere alla commissione del reato solo al verificarsi di determinate circostanze. Oppure, in alternativa, che: i) siano consapevoli che la realizzazione del piano comune rischi di condurre al verificarsi del reato; e ii) accettino tale rischio.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 171.

⁵⁷⁹ Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise*, cit. pag. 171-172.

⁵⁸⁰ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 139.

⁵⁸¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 344.

⁵⁸² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 344.

La Camera di Prima Istanza si limita ad analizzare la co-autoria, stabilendo in primo luogo che è necessaria la presenza di almeno due soggetti coinvolti nella commissione del crimine,⁵⁸³ e, in secondo luogo, ritenendo fondamentale l'esistenza di un piano o un accordo che dimostri la presenza di un legame fra i partecipi⁵⁸⁴ e che contenga almeno un elemento di criminalità, bastando anche solo un "rischio sufficiente" che il crimine si realizzi, come conseguenza dell'ordinario e naturale svolgersi degli eventi.⁵⁸⁵

Dunque il reato dovrà essere il risultato dello svolgersi del piano comune e non ne è richiesta l'esplicitazione.⁵⁸⁶ La prova di tale elemento criminale si potrà ottenere anche mediante prove circostanziali.⁵⁸⁷

Parte della dottrina ha notato come la lettura combinata degli articoli 25(3)(a) e 30 dello Statuto, nel valutare la natura del piano, necessiti di un ulteriore chiarimento da parte della Corte.⁵⁸⁸

La Camera di Prima Istanza da una parte pretende di stabilire lo scopo statutario del requisito del piano mediante una lettura dell'elemento soggettivo; dall'altra, attraverso la lettura congiunta delle suddette previsioni normative, giunge alla conclusione che la commissione del crimine in questione non debba essere necessariamente lo scopo ultimo dell'accordo fra i partecipi.⁵⁸⁹

Ambos non ritiene fondata tale ultima affermazione e nota come la Corte sia stata piuttosto ambigua, non fornendo ragioni valide per ritenere che la "lettura combinata" (degli articoli 25 e 30) porterebbe ad affermare che il piano comune possa contenere un fine ultimo al di là della mera commissione del reato. Si osserva come, data la duplice struttura oggettivo-soggettiva del requisito del piano, sicuramente la sua interpretazione si dovrà basare anche sull'originaria volontà dei co-autori, tuttavia non è chiaro come il riferimento

⁵⁸³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 980.

⁵⁸⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 981.

⁵⁸⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 984; si veda infra para. 6 (Capitolo III) per l'analisi dell'elemento soggettivo.

⁵⁸⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 988.

⁵⁸⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 988.

⁵⁸⁸ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 140.

⁵⁸⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 985; Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 140.

all'articolo 30 possa dimostrare che l'accordo non debba prevedere necessariamente un fine ultimo di carattere criminale.⁵⁹⁰

Inoltre egli si mostra critico in riferimento al requisito minimo della presenza di almeno un elemento di criminalità, considerando che il piano è ciò che fonda la responsabilità stessa dei partecipi e dunque non dovrebbe essere lecito in modo predominante, ma contenere un effettivo e concreto elemento criminale, altrimenti non vi sarà alcuna condotta o azione, concordata fra i partecipi, che si potrà ritenere mutualmente attribuibile.⁵⁹¹

La giurisprudenza della CPI non pare in ogni caso essere uniforme nell'interpretazione di questo elemento.⁵⁹²

Nella Decisione sulla Conferma delle Accuse nel caso *Katanga and Ngudjolo*, ad esempio, si afferma che il piano comune debba includere la commissione di un crimine.⁵⁹³ Allo stesso modo la Corte si è pronunciata nella Decisione sulla Conferma delle Accuse nel caso *Ruto et al.*;⁵⁹⁴ e la medesima formula è stata utilizzata nel caso *Muthaura et al.*, per cui il piano comune deve prevedere la commissione del reato di cui l'imputato è accusato.⁵⁹⁵

Comunque è interessante notare come, oltre all'articolo 30, la Camera di Prima Istanza nella sentenza *Lubanga* avrebbe potuto considerare un'altra rilevante previsione normativa: l'articolo 25(3)(d),⁵⁹⁶ che prevede la responsabilità di un soggetto che contribuisca alla realizzazione di un crimine commesso da un gruppo di persone.⁵⁹⁷

⁵⁹⁰ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 140.

⁵⁹¹ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 140.

⁵⁹² Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court: The Nature of Co-perpetration's Common Plan and the Classification of the Armed Conflict*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, War Report 2012, Chapter 13, cit. pag. 5.

⁵⁹³ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 5; ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 523.

⁵⁹⁴ ICC, *The Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012, cit. para. 301.

⁵⁹⁵ ICC, *The Prosecutor v. Muthaura et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 January 2012, cit. para. 399.

⁵⁹⁶ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 6.

⁵⁹⁷ Vedi supra nota n. 103.

Nella Decisione sulla Conferma delle Accuse nel caso *Mbarushimana*, la Corte nota come vi sia un legame fra l'articolo 25(3)(a) e l'elemento del piano contenuto nell'articolo 25(3)(d), dove si parla di un gruppo di soggetti che agiscano secondo un scopo comune.⁵⁹⁸ Inoltre la dottrina ha notato come tale collegamento fosse già stato preso in considerazione dalla precedente giurisprudenza della CPI.⁵⁹⁹

Partendo da un'analisi letterale del testo dell'articolo 25(3)(d) si può comprendere la natura del piano comune, questo perché nella norma si afferma che i contributi debbano essere rivolti al supporto dell'attività criminale o dello scopo illecito del gruppo; o essere resi nella consapevolezza delle intenzioni del gruppo di commettere un crimine.⁶⁰⁰ In questo contesto il piano deve essere esso stesso criminale o, in alternativa, deve prevedere la commissione di un crimine; non sarà perciò adeguato ritenere sufficiente, come affermato dalla Camera di prima Istanza nella sentenza *Lubanga*, che la realizzazione di un piano "non-criminale" semplicemente comporti il forte rischio che "secondo l'ordinario corso degli eventi" il crimine verrà commesso.⁶⁰¹

Ci si chiede quindi se l'elemento del piano comune debba essere interpretato diversamente a seconda del caso in cui sia coinvolta una responsabilità per co-autoria, ex articolo 25(3)(a), o una responsabilità accessoria, di agevolazione dell'attività criminale di un gruppo. Se così fosse risulterebbe più facile condannare un soggetto come autore principale rispetto

⁵⁹⁸ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 7; ICC, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011, cit. para. 271.

⁵⁹⁹ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 7; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 334: "(...) In this regard the Chamber notes that by moving away from the concept of co-perpetration embodied in article 25(3)(a), article 25(3)(d) defines the concept of (i) contribution to the commission or attempted commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose, (ii) with the aim of furthering the criminal activity of the group or in the knowledge of the criminal purpose."

⁶⁰⁰ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 7.

⁶⁰¹ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 7.

ad uno secondario, visto che sarà meno difficoltoso dimostrare l'esistenza di un piano comune rispetto ad un piano comune "criminale".⁶⁰²

La Camera Preliminare nella sentenza *Lubanga* fonda il suo ragionamento sul testo dell'articolo 30, per cui si afferma che basti la conoscenza del rischio che il crimine si realizzerà secondo l'ordinario corso degli eventi, ammettendo la possibilità del dolo eventuale.⁶⁰³ Tuttavia la Camera di prima Istanza ha rigettato tale impostazione, che non è supportata dall'articolo 30, ma, nonostante la diversa interpretazione dell'elemento soggettivo, non ha modificato il requisito del piano comune o dell'accordo.⁶⁰⁴

Queste considerazioni hanno avuto un peso in particolare rispetto al caso *Katanga and Ngudjolo*, in cui la Decisione sulla Conferma delle accuse ha seguito l'interpretazione della Prima Camera Preliminare del caso *Lubanga*, e dunque rispetto all'articolo 25(3)(a) ha ritenuto che il piano comune non dovesse essere necessariamente criminale.⁶⁰⁵ Il ragionamento però non si è potuto applicare nel grado di giudizio successivo, poiché la Camera di Seconda Istanza ha modificato la caratterizzazione legale dei fatti e Katanga è risultato essere accusato ai sensi dell'articolo 25(3)(d), dunque non più come autore principale.⁶⁰⁶ Ci si è dovuti relazionare, specialmente dal punto di vista probatorio, con la diversa concezione del piano comune indicata alla lettera (d) del terzo paragrafo dell'articolo 25, il quale deve essere intrinsecamente criminale.⁶⁰⁷

⁶⁰² Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 8.

⁶⁰³ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 8.

⁶⁰⁴ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 8; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, Appeals Chamber, n. ICC-01/04-01/06 A 5, 1 December 2014, para. 441 e ss; si veda infra nel capitolo IV come la Camera d'Appello affronterà la questione, sollevata dalla difesa di Lubanga.

⁶⁰⁵ ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 523.

⁶⁰⁶ ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons, Trial Chamber II, n. ICC-01/04-01/07-3319, 21 November 2012.

⁶⁰⁷ ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons, *Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaer*, para. 43; Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 9.

In ultima istanza si osservi come anche la teoria della JCE richieda l'esistenza del piano comune fra i partecipi, e come la giurisprudenza del Tribunale per l'ex Jugoslavia, a partire dal caso *Tadić*, abbia ritenuto che questo debba essere intrinsecamente criminale o coinvolgere la commissione di un crimine.⁶⁰⁸

Questa giurisprudenza non viene in ogni caso seguita dalla Corte Speciale per la Sierra Leone che continua a ritenere non necessario che il piano in sé risulti penalmente illecito, essendo sufficiente che le azioni compiute per la realizzazione dello scopo comune coinvolgano la realizzazione di condotte criminali.⁶⁰⁹

In conclusione si può affermare che la CPI richieda che vengano soddisfatti due elementi rispetto al requisito del piano comune o dell'accordo: i) il rischio oggettivo che il crimine si realizzerà secondo l'ordinario svolgersi degli eventi ("certezza virtuale"); ii) la consapevolezza da parte dei co-autori dell'esistenza di questo rischio.⁶¹⁰

In realtà il secondo elemento, e dunque la *mens rea*, pare essere sufficiente per dimostrare l'esistenza di una responsabilità, poiché il rischio oggettivo rispetto ad una futura realizzazione del reato sarà rilevante solo nel caso in cui l'imputato credeva che la realizzazione del piano comportasse il compiersi di un crimine ma in realtà non era così.⁶¹¹ In tale ultima ipotesi l'elemento soggettivo potrà ritenersi soddisfatto ma, in mancanza della realizzazione dell'*actus reus*, al soggetto potrà essere imputata un responsabilità solamente per reato tentato.⁶¹²

⁶⁰⁸ ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, n. IT-94-1-AR72, 15 July 1999, cit. para 227.

⁶⁰⁹ Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 10; SCSL, *The Prosecutor v. Brima et al.*, Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-2004-16-A, 22 February 2008, cit. para 84.

⁶¹⁰ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 986.

⁶¹¹ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 986.

⁶¹² Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 986; si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 25(3)(f): "Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person's intentions. However, a person who abandons the effort to commit the crime or otherwise prevents the completion of the crime shall not be liable for punishment under this Statute for the attempt to commit that crime if that person completely and voluntarily gave up the criminal purpose."

3.3 Il contributo essenziale e coordinato

Nella Decisione sulla Conferma delle Accuse del caso *Lubanga* la Camera Preliminare individua il secondo elemento, di cui si dovrà dimostrare l'esistenza per attribuire una responsabilità per co-autoria, ossia la prestazione di un contributo "essenziale e coordinato" da parte di tutti i soggetti, che risulti nella realizzazione degli elementi oggettivi del reato.⁶¹³

Si afferma che, se gli elementi oggettivi del crimine siano posti in essere da una pluralità di persone che agiscano per la realizzazione di un piano comune, solamente coloro cui sono stati assegnati dei compiti "essenziali", e che, di conseguenza, hanno il potere di frustrare la commissione del crimine decidendo di non agire, saranno in possesso di un controllo condiviso sulla commissione del reato.⁶¹⁴ La Camera prosegue prendendo le distanze dall'affermazione di Roxin per cui coloro che hanno contribuito al piano in fase preparatoria non potranno essere qualificati come co-autori.⁶¹⁵

Tali considerazioni sono confermate dalla Camera di Prima Istanza che ha stabilito che il crimine deve essere il risultato dell'azione combinata e coordinata di tutti i partecipi (almeno due), che nessuno di essi avrà un controllo generale rispetto all'evento criminoso, e che tale controllo è nelle mani del gruppo, inteso come soggetto collettivo.⁶¹⁶

La Corte ritiene che l'articolo 25(3) differenzi fra responsabilità principale e accessoria, per cui il contributo dei co-autori dovrà essere di maggiore rilevanza rispetto a quello degli altri partecipi, e dunque per questo "essenziale".⁶¹⁷

La valutazione rispetto a tale essenzialità si basa su un'analisi del piano comune e sul ruolo assegnato e svolto dai partecipi, considerando la divisione

⁶¹³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 346.

⁶¹⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 347.

⁶¹⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 348.

⁶¹⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 994.

⁶¹⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 996-999.

dei compiti.⁶¹⁸ Questo giudizio opererà comunque diversamente a seconda del caso concreto e delle relative circostanze fattuali.⁶¹⁹

Non è necessario che l'imputato abbia materialmente realizzato il crimine o che fosse presente al momento della consumazione;⁶²⁰ inoltre non si richiede la dimostrazione di un collegamento diretto o fisico tra il contributo del co-autore e la commissione del reato.⁶²¹

Si è notato come la Corte abbia individuato la caratteristica dell'essenzialità per distinguere la responsabilità dei co-autori da quella dei responsabili accessori (lettere (c) e (d) dell'articolo 25(3)), che pongono in essere condotte di assistenza e agevolazione, e rispetto ai quali si richiede che il contributo abbia un "effetto sostanziale" sulla commissione del crimine.⁶²² Il requisito dell'essenzialità quindi permette una differenziazione tra la figura dell'autore e quella del complice che si basa su un criterio oggettivo, escludendo una distinzione fondata sulla *mens rea*.

E' rilevante inoltre considerare come la Camera di Prima Istanza non abbia definito l'essenzialità come caratterizzata dal potere, nelle mani di ciascuno dei partecipi, di evitare il realizzarsi del reato, come richiesto invece nella Decisione sulla Conferma delle Accuse.⁶²³ Tuttavia nelle conclusioni, in riferimento al caso concreto, ha ritenuto che il piano non si sarebbe realizzato senza il contributo di Lubanga,⁶²⁴ e dunque pare implicitamente fare riferimento alla formula che richiede il "potere di frustrare" la realizzazione del crimine.⁶²⁵

Parte della dottrina rifiuta questa interpretazione poiché il termine "crimine" è considerato ambiguo, potendo riferirsi sia all'effettivo svolgersi degli eventi (come il reato si sia in concreto realizzato); sia ad un'astratta descrizione del reato, come contenuta nella norma incriminatrice.⁶²⁶ Se si considera l'evento criminoso in concreto, qualsiasi contributo potrà deviare il

⁶¹⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1000.

⁶¹⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1001.

⁶²⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1003.

⁶²¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1004.

⁶²² Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 147.

⁶²³ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 987.

⁶²⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1270.

⁶²⁵ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 987.

⁶²⁶ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 987.

suo realizzarsi, poiché in mancanza anche solo dell'apporto di uno dei partecipi esso si realizzerà in modo diverso.⁶²⁷

Al contrario se si considera il reato in astratto, semplicemente guardando agli elementi oggettivi tipizzati dalla norma, tale valutazione non potrà quasi mai effettuarsi poiché nel contesto dei crimini internazionali sarà praticamente impossibile dimostrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, che il resto degli autori avrebbe continuato nella perpetrazione del crimine a prescindere dalla mancanza di uno dei contributi.⁶²⁸ Per di più sarebbe necessario dimostrare per ogni contributo che la mancanza di questo avrebbe impedito la realizzazione del reato.⁶²⁹

Si suggerisce quindi che, nella valutazione dell'essenzialità, si potrebbe considerare quanto la realizzazione del crimine sarebbe risultata più ardua senza l'apporto dell'imputato, anche se questa formula non può essere accettata come criterio prettamente giuridico.⁶³⁰

Altra caratteristica del contributo è la coordinazione rispetto agli altri co-autori che permette di distinguere le partecipazioni accessorie rispetto alle azioni di quei soggetti che effettivamente collaborano alla realizzazione del piano o dell'accordo mossi da una volontà comune.⁶³¹

3.4 Gli accertamenti della Corte Penale Internazionale nel caso *Lubanga*

La Camera di Prima Istanza ha ritenuto Lubanga colpevole come co-autore rispetto al reato di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità, ai sensi degli articoli 25(3)(a) (seconda alternativa) e 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma.⁶³²

⁶²⁷ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 987.

⁶²⁸ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 988: "For example, it would be impossible to prove that, had Lubanga withdrawn from the common plan, the remaining co-perpetrators would not have carried out the elements of the child soldier crime, albeit under slightly different circumstances."

⁶²⁹ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 988.

⁶³⁰ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 988.

⁶³¹ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 988.

⁶³² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1358.

La valutazione dei fatti ha portato la maggioranza dei giudici alla conclusione che:

*“The accused and his co-perpetrators agreed to, and participated in, a common plan to build an army for the purpose of establishing and maintaining political and military control over Ituri. This resulted, in the ordinary course of events, in the conscription and enlistment of boys and girls under the age of 15, and their use to participate actively in hostilities.”*⁶³³

Lubanga ha partecipato, insieme ad altri co-autori, ad un piano comune per formare un’armata allo scopo di ottenere e mantenere il controllo politico e militare della regione dell’Ituri nella Repubblica Democratica del Congo, e tale piano ha portato, secondo l’ordinario corso degli eventi, alla coscrizione, all’arruolamento, e all’utilizzo di bambini minori di quindici anni nelle ostilità. Si è dunque confermato ciò che era già stato accertato dalla Camera Preliminare.

La difesa già in fase di conferma delle accuse aveva lamentato il fatto che l’imputato fosse accusato di co-autoria ma che nessun altra accusa fosse stata mossa nei confronti degli ulteriori presunti co-autori, come il Capo di stato maggiore dell’ *Union des Patriotes Congolais* Floribert Kisembo, definendo tale situazione come un “paradosso giudiziario”.⁶³⁴ Tuttavia la Camera Preliminare ha specificato come la dottrina ritenga che chiunque presti il suo contributo può essere ritenuto penalmente responsabile anche per contributi resi da tutti gli altri, e di conseguenza può essere considerato come l’autore principale rispetto all’intero crimine.⁶³⁵

La Camera Preliminare ha determinato che vi fosse quindi un accordo, tra i membri anziani delle FPLC e Thomas Lubanga, allo scopo di reclutare giovani all’interno delle forze armate, sia accettando arruolamenti volontari, sia

⁶³³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1351.

⁶³⁴ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, Den Haag : TMC Asser press ; Berlin ; Heidelberg : Springer, 2014, cit. pag. 173.

⁶³⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 326.

mediante l'uso della forza, addestrando poi gli stessi con l'obiettivo di utilizzarli nella partecipazione attiva alle ostilità o come guardie del corpo.⁶³⁶

Nonostante il piano non avesse come obiettivo specifico il reclutamento di soggetti minori di quindici anni, esso prevedeva un certo rischio che questi ultimi venissero reclutati e di conseguenza addestrati ed utilizzati come soldati.⁶³⁷

Il ruolo di Lubanga fu essenziale: egli non solo procurò risorse finanziarie, ma svolse anche ispezioni di routine nei campi di addestramento, mantenendosi in costante contatto con gli altri co-autori.⁶³⁸ Egli aveva il controllo generale rispetto alle attività dell'UPC e delle FPLC, tale per cui avrebbe potuto impedire il realizzarsi delle attività di reclutamento di minori. Gli stessi accertamenti vengono confermati dalla Camera di Prima Istanza.⁶³⁹

Si vedrà poi quali siano state le conclusioni rispetto all'elemento soggettivo e come il giudice Fulford si sia mostrato critico nei confronti della teoria del "*control over the crime*".

⁶³⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 337.

⁶³⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 377.

⁶³⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 383.

⁶³⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1107 e ss., in particolare cit. para. 1136: "*It has been proved that by September 2002 at the latest Thomas Lubanga, the President of the UPC/FPLC, had entered into an agreement, and thereafter participated in a common plan, with his co-perpetrators to build an effective army in order to ensure the UPC/FPLC's political and military control over Ituri. This plan resulted in the conscription, enlistment and use of children under the age of 15 to participate actively in hostilities, a consequence which occurred in the ordinary course of events. This conclusion satisfies the common-plan requirement under Article 25(3)(a).*"; e para. 1219: "*The Chamber is persuaded beyond reasonable doubt that the evidence demonstrates that Thomas Lubanga was the ultimate authority within the organisation and he was informed, on a substantive basis, as to the operations carried out by the FPLC officials, including his co-perpetrators Floribert Kisembo and Bosco Ntaganda.*"; e para 1266, 1270-1272.

4. L'opinione dissenziente del giudice Fulford ed altre critiche

Non si può trascurare il fatto che il giudice Fulford si sia trovato in disaccordo con la maggioranza dei giudici della Camera di Prima Istanza ed abbia voluto prendere le distanze dalla teoria del “*control over the crime*” nella sua opinione dissenziente.

Egli ha ritenuto non fosse chiaro il motivo per cui entrambe le Camere abbiano insistito nel voler interpretare l'articolo 25(3)(a) secondo la teoria del “*control over the crime*”, posto che tale interpretazione non si concilia con il testo dello Statuto.⁶⁴⁰ In particolare ha ritenuto che l'espressione “commettere insieme ad un'altra persona” contenga sufficienti elementi per cui ogni altra interpretazione della lettera della norma risulterebbe irrilevante.⁶⁴¹

Egli nota come la Camera Preliminare abbia adottato questa impostazione principalmente per due ragioni: la necessità di distinguere gli autori principali dagli accessori; e la volontà di estendere la responsabilità penale anche nei confronti di quei soggetti che siano assenti dalla scena del crimine al momento della commissione.⁶⁴²

Il primo argomento di Fulford è di carattere letterale, poiché egli ritiene che le considerazioni delle due Camere non siano supportate dal testo dello Statuto. Secondo la sua interpretazione non vi è la necessità di distinguere fra le diverse modalità di partecipazione descritte al terzo comma dell'articolo 25 (lettere dalla (a) alla (d)), poiché queste non sono state concepite come mutualmente esclusive.⁶⁴³ Le condotte di coloro che “commettono, ordinano, sollecitano o inducono” descritte in sottoparagrafi diversi, risultano spesso indistinguibili di fronte al giudizio del caso concreto.⁶⁴⁴

Fulford prosegue criticando la concezione gerarchica delle forme di responsabilità contenute nell'articolo 25(3), questo perché in primo luogo non

⁶⁴⁰ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, p. 191.

⁶⁴¹ McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, p. 191.

⁶⁴² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 5.

⁶⁴³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 7.

⁶⁴⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 7.

ritiene che le condotte descritte nella lettera (b), ossia quelle di chi “ordini, solleciti o induca”, siano da considerare di minore gravità rispetto alla “commissione”; e in secondo luogo, perché non accetta il fatto che le responsabilità di chi agevola o assiste l’autore del reato (lettera (c)) siano maggiori rispetto a quelle di chi supporti la commissione di un reato da parte di un gruppo (lettera (d)).⁶⁴⁵ Con queste affermazioni Fulford sembra ignorare la consapevole decisione di entrambe le Camere di interpretare l’articolo 25(3) secondo il modello differenziato, a discapito di un concetto puramente unitario di perpetrazione.⁶⁴⁶ Questa chiara scelta della Corte rende indispensabile l’elaborazione di un criterio che permetta di distinguere le responsabilità principali da quelle accessorie, evitando sovrapposizioni rispetto alle diverse modalità di partecipazione.⁶⁴⁷ Questo soprattutto per garantire un sistema giudiziario giusto e imparziale che offra all’imputato maggiore certezza e prevedibilità rispetto alla futura sentenza.⁶⁴⁸

Un secondo argomento mosso dal giudice riguarda la possibilità di applicare una teoria, nata in sede nazionale, al contesto dei fenomeni criminali di cui si occupa la CPI.

Fulford nota come la teoria sia nata all’interno dell’ordinamento giuridico formatosi in Germania nel dopoguerra, e, di conseguenza, sarebbe appropriato che la Corte valutasse se le considerazioni politiche alla base di questa dottrina possano applicarsi anche ai crimini sotto la sua giurisdizione, in un contesto estremamente diverso.⁶⁴⁹ In un sistema differenziato come quello tedesco la cornice edittale della pena dipende dalla forma di responsabilità che viene attribuita al soggetto, ma questo non è il caso dello Statuto di Roma, dove la determinazione della pena è lasciata alla discrezione del giudice.⁶⁵⁰

Questo argomento di Fulford non pare molto convincente. E’ certamente evidente come la validità di una teoria non dipenda dalla sua origine geografica

⁶⁴⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 8.

⁶⁴⁶ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 144.

⁶⁴⁷ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 144.

⁶⁴⁸ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 145; Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 979.

⁶⁴⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 10.

⁶⁵⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 11.

o dal suo autore, ma al contrario debba essere valutata in base alla sua applicazione pratica ed alla sua capacità persuasiva che le permetta di poter assurgere a principio generale, e dunque essere adottata anche della CPI ai sensi dell'articolo 21(1) dello Statuto.⁶⁵¹

Il giudice continua osservando che i soggetti non presenti fisicamente al momento della commissione del reato potranno comunque essere puniti ai sensi dell'articolo 25(3) come co-autori, anche senza il supporto di questa teoria.⁶⁵² Egli però non spiega in modo esaustivo le ragioni della sua convinzione, per farlo sicuramente è necessaria una teoria, e di certo il criterio del *"control over the crime"* offre una valida e plausibile soluzione interpretativa.⁶⁵³

Fulford prosegue affermando che, secondo la lettera dell'articolo 25(3)(a), per attribuire una responsabilità da co-autoria sarà necessario dimostrare che due o più soggetti abbiano deciso, mediante un accordo, un piano comune, o secondo una volontà congiunta, di compiere delle azioni coordinate che, secondo l'ordinario corso degli eventi, portino alla commissione di un crimine.⁶⁵⁴

Secondo Fulford il contributo del co-autore non richiede nessun particolare requisito poiché il termine *"commette"* indica semplicemente la necessità di dimostrare un nesso fra la condotta del soggetto e il crimine, senza che il contributo risulti *"essenziale"* alla realizzazione del reato.⁶⁵⁵

Ambos è del parere che la formula utilizzata da Fulford sia troppo ampia, non precisa, e rischi facilmente di poter essere estesa a forme accessorie di responsabilità.⁶⁵⁶ Non pare per di più essere conforme al requisito del *"nesso di causalità"* poiché, da una parte, rifiuta il requisito dell'essenzialità, ma, dall'altra, richiede un generale collegamento causale fra il contributo e il crimine, interpretando erroneamente il carattere *"essenziale"* come indice di

⁶⁵¹ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 143.

⁶⁵² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 12.

⁶⁵³ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 146.

⁶⁵⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 15.

⁶⁵⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 15.

⁶⁵⁶ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 147.

causalità (*condicio sine qua non*), e non considerando il fatto che in realtà esso sia la conseguenza della concezione gerarchica dell'articolo 25(3), e della necessità di distinguere gli autori principali dagli accessori.⁶⁵⁷

In conclusione il giudice osserva come non solo la sua interpretazione sia conforme al testo dello Statuto, ma anche faciliti il lavoro della Corte, che dovrebbe altrimenti compiere una valutazione ipotetica *ex post facto* su come il reato si sarebbe potuto realizzare senza il contributo dell'imputato, analisi molto ardua considerando la complessità e la quantità di soggetti che spesso la commissione dei crimini internazionali comporta.⁶⁵⁸

La posizione del giudice Fulford, molto criticata dalla dottrina, è però condivisa anche dal giudice Van den Wyngaert nella sua opinione concorrente rispetto alla sentenza di assoluzione nel caso *Ngudjolo*, dove si schiera contro la concezione gerarchica dell'articolo 25 e il requisito dell'essenzialità del contributo, affermando che la responsabilità per co-autoria richieda un apporto "diretto" alla realizzazione degli elementi oggettivi del reato.⁶⁵⁹ Si è notato come tale caratterizzazione del contributo manchi di una base normativa, e come non si possa pretendere di trattare allo stesso modo la commissione individuale e quella collettiva di un crimine.⁶⁶⁰ Quest'ultima infatti prevede che la commissione del reato sia il risultato delle condotte di tutti i soggetti, che hanno previsto una suddivisione dei compiti, e quindi di una spartizione del "lavoro" fra tutti i partecipi.⁶⁶¹

Oltre a Fulford, anche qualche commentatore si è mostrato critico su alcuni aspetti della teoria.

Una prima questione sollevata riguarda il carattere dell'"essenzialità" del

⁶⁵⁷ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 147.

⁶⁵⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*, cit. para. 17: "It seems to me to be important to stress that an *ex post facto* assessment as to whether an individual made an essential contribution to war crimes, crimes against humanity or genocide will often be unrealistic and artificial. These crimes frequently involve a large number of perpetrators, including those who have controlling roles. It will largely be a matter of guesswork as to the real consequence for the particular crime if the accused is (hypothetically) removed from the equation, and most particularly it will not be easy to determine whether the offence would have been committed in any event."

⁶⁵⁹ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 726 e 729.

⁶⁶⁰ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 730.

⁶⁶¹ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 730.

contributo, che, come già osservato,⁶⁶² è di difficile determinazione. La sua valutazione potrà operare secondo una prospettiva sia *ex ante* sia *ex post*: nel primo caso l'analisi sarà più semplice ed attendibile, guardando alla fase preparatoria del piano; mentre una valutazione a posteriori risulta più complicata perché coinvolge la formulazione di pensieri ipotetici su come si sarebbero svolti gli eventi in mancanza di uno dei contributi.⁶⁶³ Dunque a seconda della prospettiva si potranno ottenere diversi risultati, il che non è certamente auspicabile.⁶⁶⁴

Altra dottrina ha poi osservato come la posizione di Lubanga si sarebbe meglio potuta qualificare come "co-autoria indiretta" invece che co-autoria diretta in applicazione della teoria del "*control over the crime*",⁶⁶⁵ anche considerando che questa forma di responsabilità è stata adottata dal CPI in diversi casi recenti.⁶⁶⁶

Si è sostenuto che, sulla base degli accertamenti della Camera di Prima Istanza, vi siano ben pochi dubbi sul fatto che Lubanga avrebbe potuto essere condannato come co-autore indiretto; infatti l'UPC/FPLC era una struttura militarmente organizzata, in cui Lubanga è risultato essere al vertice, essendo sia il Comandante Capo sia il suo leader politico. Egli esercitava una forte autorità su tutta l'organizzazione e forniva anche ordini rispetto alle operazioni militari.⁶⁶⁷ Quindi si può affermare che l'UPC/FPLC fosse una struttura di potere gerarchicamente organizzata con al comando Thomas Lubanga; di conseguenza egli avrebbe potuto essere ritenuto responsabile come autore indiretto delle condotte poste in essere dai membri di tale apparato, e, considerando che molti di questi erano co-autori di Lubanga, la co-autoria indiretta non sarebbe stata difficile da dimostrare.⁶⁶⁸

⁶⁶² Si veda supra para. 3.3.

⁶⁶³ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 731.

⁶⁶⁴ Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, cit. pag. 731.

⁶⁶⁵ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 984.

⁶⁶⁶ ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, para. 489; ICC, *The Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges, para. 290.

⁶⁶⁷ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 985.

⁶⁶⁸ Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 985; si veda anche supra para. 2.5.

5. L'articolo 30 dello Statuto di Roma e la co-autoria

5.1 L'analisi dell'articolo 30

L'ultimo aspetto da considerare riguarda l'elemento soggettivo che ogni co-autore dovrà soddisfare per poter essere ritenuto responsabile. Per compiere questa valutazione non si potrà dunque prescindere da un'analisi dell'articolo 30 dello Statuto di Roma.

5.1.1 Gli elementi oggettivi (articolo 30(1))

L'articolo 30(1) dello Statuto recita quanto segue:

“Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge.”

Generalmente un soggetto verrà considerato penalmente responsabile se gli elementi materiali del reato vengono realizzati in presenza di una componente sia volitiva che cognitiva.⁶⁶⁹

Gli “elementi materiali” di un crimine sono gli specifici elementi tipizzati dalla norma incriminatrice, così come indicati negli articoli da 5 a 8 dello Statuto.⁶⁷⁰ Il termine si riferisce ad ogni condotta o azione contenuta nella definizione normativa; ad ogni possibile conseguenza descritta in relazione a tale condotta; ed a qualsiasi circostanza fattuale che caratterizzi la descrizione del reato.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 907.

⁶⁷⁰ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 851.

⁶⁷¹ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 851-852.

La condotta include ogni azione od omissione proibita dalla norma; le conseguenze possono riferirsi sia ad un evento sia alla creazione di uno stato di pericolo; mentre le circostanze sono quegli elementi che qualificano la condotta e le conseguenze,⁶⁷² ossia qualsiasi fatto, qualità o motivo in relazione al soggetto, all'oggetto o a qualsiasi altro elemento del reato.⁶⁷³

L'elemento della volontà dovrà riguardare sia la condotta che le conseguenze, mentre la conoscenza dovrà ricoprire le conseguenze e le circostanze.

5.1.2 La volontà (articolo 30(2))

L'articolo 30, al secondo comma, stabilisce che un soggetto agisce in modo volontario se intende realizzare la condotta e provocarne le conseguenze.

Ciò significa che la condotta dovrà essere il risultato di un'azione volontaria da parte dell'agente, che avrà il desiderio o l'intenzione di porre in essere una determinata azione, nella consapevolezza delle conseguenze di quest'ultima e delle circostanze fattuali in cui egli opera.⁶⁷⁴

E' chiaro quindi come la volontà racchiuda sempre un elemento di consapevolezza, e dunque conoscenza.⁶⁷⁵ Questo certamente non implica una valutazione di tipo giuridico o normativo da parte del soggetto, ma semplicemente che egli sia consapevole dei fatti rilevanti nel contesto della sua azione.⁶⁷⁶

Nel caso in cui la norma incriminatrice richieda che si verifichi un determinato evento affinché il reato si consideri consumato, essa potrà prevedere che l'elemento volitivo copra anche tale conseguenza particolare, in questo caso parleremo di dolo diretto.⁶⁷⁷

⁶⁷² Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 852.

⁶⁷³ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 919.

⁶⁷⁴ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 859.

⁶⁷⁵ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 859.

⁶⁷⁶ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 859.

⁶⁷⁷ Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court*, cit. pag. 860.

Si parla di *dolo diretto di primo grado* (o dolo specifico) quando è necessario che il soggetto agisca con un particolare intento tipizzato dalla norma incriminatrice,⁶⁷⁸ nel caso invece di *dolo diretto di secondo grado* (o semplicemente diretto) l'evento che si realizza non è l'obiettivo dell'agente, il quale tuttavia lo aveva previsto come conseguenza e lo ha comunque accettato per perseguire un fine ulteriore.⁶⁷⁹

Infine l'elemento volitivo diviene ancora meno forte nel caso del *dolo eventuale* per cui il soggetto ha la consapevolezza che vi sia il rischio del verificarsi di determinate conseguenze, in seguito alle sue azioni, ma pur non desiderandone la realizzazione, agisce accettandone il rischio.⁶⁸⁰

In una posizione intermedia tra il dolo e la colpa si trova poi l'istituto inglese della "recklessness", che solo in parte può essere accostata al dolo eventuale,⁶⁸¹ perché in buona sostanza è caratterizzata dall'elemento cognitivo dell'assunzione consapevole di un rischio illecito, mentre l'elemento volitivo è completamente assente.⁶⁸²

Il dolo eventuale però non trova spazio nel testo dello Statuto, che richiede un grado di probabilità molto alto (che rasenti la certezza) rispetto al verificarsi delle conseguenze non intenzionali.⁶⁸³

5.1.3 La conoscenza (articolo 30(3))

L'elemento cognitivo prevede che il soggetto sia a conoscenza delle circostanze fattuali o del fatto che un determinato evento (conseguenza) si realizzerà, secondo l'ordinario corso degli eventi.⁶⁸⁴

⁶⁷⁸ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 906: "(...) as for instance in the case of genocide where the perpetrator plans on killing as many members of the protected ethnic group as possible."

⁶⁷⁹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 906: "(...) as in the case of a war crime, the perpetrator aims at destroying a certain building, while not wishing, however certainly knowing that he cannot reach his military aim without inevitably killing innocent civilians."

⁶⁸⁰ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 906.

⁶⁸¹ Fornasari G., Menghini A., *Percorsi Europei di Diritto Penale*, seconda ed, Cedam, Padova, 2008, cit. pag. 82.

⁶⁸² Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 906.

⁶⁸³ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 933.

In relazione all'elemento cognitivo è importante effettuare una distinzione. Rispetto ai requisiti descrittivi del crimine, la conoscenza si riferisce alle percezioni di tipo sensoriale dell'agente; mentre rispetto agli elementi normativi è sufficiente che l'autore sia consapevole delle circostanze fattuali fondamentali e comprenda il significato della condotta incriminata, descritta mediante criteri normativi.⁶⁸⁵ In principio è irrilevante il fatto che l'agente esegua una corretta valutazione giuridica rispetto alle circostanze fattuali ed alle eventuali conseguenze.⁶⁸⁶

Si noti come la norma richieda che il soggetto sia consapevole che una data conseguenza si realizzerà secondo "l'ordinario corso degli eventi", e come tale requisito cognitivo sia stato previsto principalmente per i reati di evento, anche se non in modo esclusivo.⁶⁸⁷ Di conseguenza, in primo luogo, l'agente deve prevedere consapevolmente che la sua condotta porterà alla realizzazione dell'evento criminoso o di qualsiasi altro effetto definito dalla norma; in secondo luogo, l'espressione "secondo l'ordinario corso degli eventi" riguarda una situazione in cui non vi siano circostanze straordinarie o inaspettate, ma in cui la naturale conseguenza dello svolgersi degli eventi sia il fatto descritto dalla previsione in questione.⁶⁸⁸

Infine il nesso causale tra la condotta e le sue conseguenze non dovrà essere previsto dall'autore nel dettaglio, ma solamente nei suoi aspetti essenziali.⁶⁸⁹

⁶⁸⁴ Si veda lo Statuto della Corte Penale Internazionale, articolo 30(3): " *For the purpose of this article, knowledge means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events.*"

⁶⁸⁵ Werle G., Jessberger F., in cooperation with Julia Geneuss ... [et al.], *Principles of international criminal law*, terza edizione, Oxford : Oxford university press, 2014, cit. pag. 183.

⁶⁸⁶ Werle G., *Principles of international criminal law*, terza edizione, cit. pag. 183; come si è visto infatti per i crimini di guerra nel secondo capitolo, non è necessario per i crimini di guerra che il soggetto qualifichi il conflitto armato come a carattere internazionale o non-internazionale.

⁶⁸⁷ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 917.

⁶⁸⁸ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 917.

⁶⁸⁹ Cassese A., *The Rome Statute of International Criminal Court*, cit. pag. 918.

5.2 Il dolo nella Sentenza *Lubanga*.

E' interessante notare quale sia stato l'elemento soggettivo richiesto dalla CPI rispetto alla responsabilità da co-autoria (secondo la teoria del "*control over the crime*"), e come questo si concili con il reato di "coscrizione, arruolamento e utilizzo di bambini soldato" imputato a Thomas Lubanga.

Partendo dalle determinazioni della Camera Preliminare, essa ha stabilito che, in primo luogo, "l'imputato debba soddisfare gli elementi soggettivi del reato in questione", incluso il dolo specifico o ogni altro peculiare requisito volitivo richiesto dalla norma incriminatrice.⁶⁹⁰

In secondo luogo si richiede che "l'imputato e gli altri co-autori siano tutti consapevoli ed accettino che l'attuazione del piano comune possa portare alla realizzazione degli elementi oggettivi del reato."⁶⁹¹ Questo comporta una mutua conoscenza e accettazione del rischio; e, proprio sulla base di questi elementi soggettivi, si fonderà l'attribuzione reciproca dei contributi dei partecipi.⁶⁹² Si noti come la Camera utilizzi una formulazione verbale ipotetica ("possa") in conseguenza del fatto che essa ritenga che il testo dell'articolo 30 lasci spazio al dolo eventuale.⁶⁹³

In riferimento a quest'ultimo si individuano due scenari.⁶⁹⁴ Un primo caso in cui vi sia un "rischio sostanziale" che il crimine si realizzerà secondo l'ordinario corso degli eventi, in cui la comune accettazione da parte dei co-autori potrà essere dedotta: i) dalla consapevolezza dei co-autori della concreta possibilità che il piano comune possa condurre alla realizzazione del reato; e ii) dalla decisione di realizzare il piano comune nonostante tale consapevolezza.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 349.

⁶⁹¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para 361.

⁶⁹² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 361-362.

⁶⁹³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 353.

⁶⁹⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. pag. 363.

⁶⁹⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para 363.

E un secondo caso in cui, se il rischio del verificarsi del reato è più basso, i partecipi dovranno aver chiaramente o espressamente accettato l'idea che realizzare il piano porterà alla commissione del crimine.⁶⁹⁶

La Camera prosegue affermando che il requisito dello “*should have know*”, previsto dall'articolo 8(2)(e)(vii) rispetto al reato di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità, non debba essere applicato nel caso specifico poiché la teoria del “*control over the crime*” richiede che tutti i soggetti fossero pienamente consapevoli ed avessero accettato la possibilità del verificarsi di tutti gli elementi oggettivi del reato.⁶⁹⁷

In terzo luogo, l'imputato deve “essere a conoscenza delle circostanze fattuali che gli permettano di condividere insieme agli altri co-autori il controllo sulla commissione del reato”.⁶⁹⁸ Questo comporta la consapevolezza dell'imputato che: i) il suo ruolo è essenziale rispetto all'attuazione del piano; e di conseguenza che ii) egli possa impedirne la realizzazione, evitando la commissione del crimine, grazie al suo mancato contributo.⁶⁹⁹

La Camera di Prima Istanza ha confermato molte di queste considerazioni, effettuando però qualche aggiustamento.

Per prima cosa ha rifiutato l'interpretazione dell'articolo 30 che ammette il dolo eventuale. La Camera ha adottato l'interpretazione della Camera Preliminare di Seconda Istanza nel caso *Bemba*⁷⁰⁰, ed ha osservato come l'utilizzo della formula “*will occur*” invece che “*may occur*” nell'articolo 30(2)(b), richieda chiaramente che l'autore possa anticipare con un grado di probabilità elevato che una determinata conseguenza si realizzerà secondo l'ordinario svolgersi degli eventi.⁷⁰¹ Un grado di rischio inferiore non è considerato

⁶⁹⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 364.

⁶⁹⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 365.

⁶⁹⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 366.

⁶⁹⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, cit. para. 367.

⁷⁰⁰ ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009, para. 363-369.

⁷⁰¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1011-1012.

accettabile.⁷⁰² Si è notato comunque come la Camera di Prima Istanza non abbia ben specificato quali siano effettivamente il grado di probabilità o il livello sufficiente di rischio richiesti, e, nonostante si citi la Decisione sulla Conferma delle Accuse nel caso *Bemba*, non si fa riferimento al requisito della “virtuale certezza” del verificarsi del crimine come conseguenza dell’attuazione del piano, lasciando ancora dubbi sulla questione.⁷⁰³

Rispetto al requisito dello “*should have known*” la Camera ritiene superfluo pronunciarsi poiché l’accusa lo ha deliberatamente escluso, ritenendo che la Corte avrebbe dovuto giudicare Lubanga colpevole per il fatto che egli “conoscesse” e non “avrebbe dovuto conoscere” l’età, al di sotto dei quindici anni, dei bambini reclutati e utilizzati nelle ostilità.⁷⁰⁴ Questo perché, come già osservato nella Decisione di Conferma delle Accuse, l’elemento cognitivo richiesto dalla teoria del “*control over the crime*” renderebbe superflua una valutazione ulteriore di questo peculiare elemento soggettivo contenuto nella norma in questione. Autorevole dottrina ritiene tuttavia che la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi sulla questione, in quanto essa non è vincolata dalle determinazioni delle parti, ed inoltre la Camera Preliminare si è espressa in proposito, considerando tale standard come un’ammissibile deviazione rispetto all’articolo 30.⁷⁰⁵

Nella sentenza di primo grado, in riferimento agli altri elementi soggettivi, si confermano le considerazioni della Camera Preliminare.⁷⁰⁶

⁷⁰² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1012.

⁷⁰³ Liefländer T. R., *The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*, cit. pag. 206; Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, cit. pag. 990. Parte della dottrina ritiene comunque lo standard della “certezza virtuale” troppo elevato poiché la sua applicazione condurrebbe a sentenze di assoluzione contrarie al comune senso di giustizia e alla legge umanitaria internazionale. Si veda Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, pag. 990 e ss., in particolare cit. pag. 992: “As has been set out above, the extremely high virtual certainty threshold of Bemba may result in acquittals that will fail to sufficiently address such injustice.¹⁷¹ The minimum mens rea required under Article 30(2) and (3) should therefore be read as requiring the lower threshold of awareness of a high or substantial risk.¹⁷² This interpretation also moves the Article 30 standard closer to the customary international law standard (awareness of a probability or substantial likelihood plus a volitional element),¹⁷³ which may be considered as being, at least to a certain extent, in line with universally accepted concepts of justice.”

⁷⁰⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1015.

⁷⁰⁵ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 151.

⁷⁰⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1018; A proposito dell’elemento soggettivo rispetto alle condotte di “coscrizione, arruolamento e utilizzo” e all’elemento circostanziale dell’esistenza di un conflitto armato si rimanda al secondo capitolo.

La Camera di Prima Istanza ha ritenuto provato che Lubanga fosse a conoscenza dell'attività di reclutamento ed utilizzo di bambini, chiaramente minori di quindici anni; che egli fosse in continuo contatto con i membri più anziani dell'UPC, molti dei quali coinvolti nelle azioni di reclutamento, e che abbia deciso, in modo consapevole e volontario, di attuare il piano comune.⁷⁰⁷

Nel maggio del 2003, egli era a conoscenza del divieto di reclutamento ed utilizzo di bambini soldato poiché la questione era stata ripetutamente sollevata nei suoi incontri con alcuni rappresentanti di Organizzazioni internazionali Non-Governative e con il MONUC.⁷⁰⁸ Inoltre si è dimostrato che l'UPC/FPLC abbia tentato di ostacolare il lavoro delle organizzazioni coinvolte nell'attività di aiuto ai bambini soldato, durante il periodo d'imputazione.⁷⁰⁹

La Camera ritiene infine che, a prescindere dall'attuazione o meno degli ordini di demobilizzazione, bambini minori di quindici anni continuavano ad essere reclutati ed utilizzati dalle FPLC.⁷¹⁰ Lubanga era a conoscenza che il piano per il raggiungimento degli obiettivi militari e politici dell'UPC avrebbe condotto, secondo l'ordinario corso degli eventi, alla realizzazione del crimine.⁷¹¹

Autorevole dottrina nota come il terzo requisito richiesto dalla Camera Preliminare, ovvero la "conoscenza delle circostanze fattuali che riguardano il controllo condiviso dei co-autori sulla commissione del reato", venga citato dalla Camera di Prima Istanza ma infine non applicato.⁷¹² Quest'ultima ha ritenuto necessaria solo la prova: i) che l'imputato abbia inteso realizzare le condotte di cui all'articolo 8(2)(e)(vii) o che egli fosse a conoscenza che la realizzazione del piano avrebbe portato alla commissione del crimine secondo l'ordinario corso degli eventi; e che ii) l'imputato fosse a conoscenza

⁷⁰⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1277-1278: "The accused visited UPC/FPLC training camps, and specifically at the Rwampara camp he gave a morale-boosting speech to recruits who included young children below the age of 15. The Chamber is of the view that the video footage of this event provides compelling evidence on Thomas Lubanga's level of knowledge, which is directly relevant to the mental element of the charges."

⁷⁰⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1290.

⁷⁰⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1290, e cit. para. 1325: "The Chamber heard evidence that before demobilisation finally occurred in October and November 2003 (after the period of the charges),³⁵⁷² there had been "sham" demobilisation attempts by the UPC/FPLC."

⁷¹⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1346.

⁷¹¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1347.

⁷¹² Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 148.

dell'essenzialità del suo contributo.⁷¹³ Ambos, pur concordando con questa impostazione, ritiene che dalle parole della Corte non si evinca in modo chiaro quale parte dell'articolo 30 sia stata applicata.⁷¹⁴ Sicuramente la seconda parte del punto (i) si riferisce all'articolo 30(2)(b) seconda alternativa⁷¹⁵; non è chiaro invece se la prima parte si riferisca a all'articolo 30(2)(a), o (b) prima alternativa, posto che si utilizza la disgiunzione "o", ma il comma secondo dell'articolo 30 prevede che le lettere (a) e (b) si verifichino congiuntamente, riferendosi la prima alla condotta e la seconda alle conseguenze.⁷¹⁶ Inoltre allo stesso modo non è chiaro se l'elemento dell'essenzialità del contributo, rispetto allo standard di conoscenza, possa qualificarsi come circostanza o conseguenza.⁷¹⁷

6. Conclusioni

La prima sentenza della Corte Penale Internazionale è sicuramente di estrema importanza poiché si occupa, per la prima volta, dell'interpretazione di due fra i principali articoli dello Statuto di Roma, ovvero l'articolo 25, che disciplina le forme di responsabilità penale individuale, e l'articolo 30 che riguarda l'elemento soggettivo.

La teoria del "*control over the crime*" utilizzata dalla Corte per identificare gli elementi della co-autoria si è rivelata sicuramente molto persuasiva e efficace. Essa, da una parte, individua un criterio distintivo fra contributi principali e accessori, rilevando l'esistenza di una gerarchia rispetto alle modalità di partecipazione descritte nell'articolo 25(3); e, dall'altra, è molto convincente perché attribuisce un peso maggiore alla responsabilità di quei

⁷¹³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, cit. para. 1013.

⁷¹⁴ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 148.

⁷¹⁵ Si veda articolo 30(2)(b), seconda alternativa: "(...) a person has intent where (...) In relation to a consequence, that person (...) is aware that it will occur in the ordinary course of events."

⁷¹⁶ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 149.

⁷¹⁷ Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court*, cit. pag. 149.

soggetti che hanno un controllo sulla commissione del reato rispetto a coloro che non possiedono tale potere.⁷¹⁸

Il criterio del “controllo” inoltre sembra essere migliore rispetto ad un approccio meramente soggettivo, che rischia di estendersi anche ad individui che offrono un mero contributo accessorio; ed anche rispetto ad un approccio solamente oggettivo, che invece rischia di lasciare impuniti quei soggetti che, seppur non presenti sulla scena del crimine, offrono un contributo fondamentale per la commissione del reato.

La teoria del “*control over the crime*” è sufficientemente completa da includere sia elementi oggettivi che soggettivi, e al contrario della JCE, pare essere compatibile con il testo dello Statuto di Roma.

⁷¹⁸ Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, cit. pag. 26.

LA SENTENZA DELLA CAMERA D'APPELLO: IMPLICAZIONI E CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Il crimine di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità: precisazioni della Camera d'Appello. 3. La co-autoria nel giudizio d'Appello. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Thomas Lubanga Dyilo è stato condannato dalla Camera di Prima Istanza a tredici, dodici e quattordici anni di reclusione rispettivamente per i reati di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini minori di quindici anni nella partecipazione attiva alle ostilità, per cui si è poi stabilita una “*joint sentence*” di quattordici anni di detenzione.⁷¹⁹ La Corte ha applicato l'articolo 78(3) dello Statuto secondo cui, nel caso di un soggetto condannato per la commissione di più crimini, la Corte dovrà pronunciarsi separatamente per ogni reato e stabilire poi un periodo totale di detenzione che non potrà mai essere inferiore alla pena più alta stabilita rispetto ai reati commessi, e nemmeno superiore a 30 anni di reclusione. Si è ritenuto che Lubanga abbia mantenuto un atteggiamento collaborativo con la Corte e non sono state individuate circostanze aggravanti che potessero giustificare un pena più elevata.⁷²⁰ La Camera ha inoltre considerato l'ammontare di tempo già speso in privazione della sua libertà

⁷¹⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, cit. para. 98-99.

⁷²⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, cit. para. 97.

personale a partire dall' arresto nel marzo 2006, riducendo dunque il periodo detentivo a otto anni, in applicazione dell'articolo 78(2).⁷²¹

La Camera d'Appello il primo dicembre 2014 ha confermato la condanna della Camera di Prima Istanza.⁷²² Nel giudizio d'Appello la difesa di Lubanga ha sollevato diversi argomenti di natura probatoria (sull'età dei soggetti reclutati) e procedurale, ritenendo violate le regole del giusto processo e gli obblighi statutori imposti al Procuratore.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, è rilevante, ai fini della nostra indagine, verificare quali siano state le determinazioni della Camera d'Appello, in particolare in riferimento al reato imputato a Lubanga, ed alla teoria del "*control over the crime*".

2. Il crimine di coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità: precisazioni della Camera d'Appello

In riferimento al reato di coscrizione la difesa lamenta errori di diritto nella mancata prova dell'uso della forza nei confronti dei soggetti reclutati, e nella decisione di non valutare separatamente le condotte di arruolamento e coscrizione. Inoltre, in riferimento all'utilizzo dei bambini nelle ostilità, la difesa lamenta il fatto che la Camera di Prima Istanza abbia distinto la partecipazione "attiva" da quella "diretta".

Vediamo ora come la Camera d'Appello si sia pronunciata su tali questioni.

Essendo la coercizione l'elemento distintivo fra le condotte di coscrizione ed arruolamento, è necessario accertarne l'esistenza, cosa che, secondo la difesa, la Camera di Prima Istanza ha effettuato erroneamente.⁷²³ Si afferma che le campagne di reclutamento non possano essere considerate come atti coercitivi

⁷²¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, cit. para. 100 e 108.

⁷²² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, Appeals Chamber, n. ICC-01/04-01/06 A 5, 1 December 2014.

⁷²³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 271.

poiché esse sono dirette a convincere la popolazione ad arruolarsi volontariamente, e che di conseguenza l'elemento della costrizione non può ritenersi soddisfatto.⁷²⁴

La Camera d'Appello ritiene che l'elemento della coercizione, necessario ai fini della configurazione del crimine di coscrizione, si stabilisca dimostrando che il soggetto, minore di quindici anni, si sia unito al gruppo armato in virtù di un obbligo giuridico, o a seguito di una violenza, della minaccia dell'uso della forza, o di pressioni psicologiche.⁷²⁵

Questa interpretazione è ritenuta conforme sia alle altre previsioni dello Statuto che contengono lo stesso elemento,⁷²⁶ sia alla giurisprudenza della Corte Speciale della Sierra Leone.⁷²⁷ In particolare nel contesto dei matrimoni forzati nel giudizio d'Appello del caso *RUF* si è stabilito che tale requisito legale sia soddisfatto quando l'imputato costringa un'altra persona alla relazione coniugale mediante "l'uso della forza, la minaccia dell'uso della violenza, la coercizione, o traendo vantaggio da tali circostanze".⁷²⁸

La Camera continua affermando che una valutazione rispetto all'esistenza dell'elemento coercitivo dovrà avvenire caso per caso, considerando la pervasività della violenza, della minaccia o della pressione psicologica.⁷²⁹

La Camera d'Appello rifiuta l'argomento di Lubanga, in primo luogo, riferendosi al fatto che in fase di inserimento dell'articolo 8(2)(e)(vii) nello Statuto si scelse di sostituire il termine "reclutamento" con quelli di "costrizione e arruolamento" proprio per evitare che si criminalizzassero le campagne rivolte alla popolazione, allo scopo di includere nuovi elementi nelle forze armate.⁷³⁰ Questo però non significa che tali campagne di reclutamento non possano, nel caso concreto, coinvolgere anche l'uso della forza.⁷³¹

⁷²⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 273.

⁷²⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 278.

⁷²⁶ Si vedano ad esempio gli Elementi del Crimine, articolo 8(2)(a)(v) rispetto al reato di "obbligo alla prestazione di servizio nella forza armata nemica".

⁷²⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 278.

⁷²⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 281.

⁷²⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 282.

⁷³⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 285.

⁷³¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 286.

La Camera d'Appello conferma gli accertamenti fattuali del giudizio di primo grado dove, sulla base di diverse testimonianze, si è dimostrato che il reclutamento sia avvenuto con l'uso della forza e della minaccia.⁷³²

La Camera di Prima Istanza aveva anche considerato le drammatiche condizioni di vita in cui si trovavano i minori,⁷³³ secondo la Camera d'Appello tuttavia tali elementi non sarebbero da soli sufficienti a dimostrare il livello di coercizione richiesto dal reato di coscrizione.⁷³⁴ Si è affermata al di là di ogni ragionevole dubbio l'esistenza dell'uso della forza da parte dell'UPC/FPLC mediante la prova testimoniale che i bambini venivano rapiti, che i "reclutatori" erano armati e che sia i bambini che le loro famiglie venivano minacciati o aggrediti se non avessero acconsentito all'arruolamento.⁷³⁵

In riferimento al consenso inoltre, la Corte specifica che non è necessario che se ne dimostri la mancanza per provare la coscrizione, perché, ad esempio, nel caso dell'obbligo giuridico il consenso non rileva.⁷³⁶ Inoltre vi sono altri crimini che prevedono un elemento costrittivo non richiedendo la prova che l'autore abbia agito contro la volontà della vittima.⁷³⁷

In relazione alla scelta della Camera di Prima Istanza di trattare congiuntamente le condotte di "coscrizione e arruolamento" la Camera d'Appello rigetta gli argomenti della difesa, pur ritenendo che nella sentenza di primo grado, nonostante la corretta trattazione congiunta delle condotte nel caso in cui queste possano sovrapporsi, la Corte avrebbe dovuto indicare chiaramente quali fossero gli accertamenti alla base dell'uno e dell'altro crimine, compreso l'elemento soggettivo.⁷³⁸ Tale considerazione pare condivisibile anche alla luce del fatto che la Corte abbia deciso di pronunciarsi separatamente sulle tre condotte incriminate, ritenendole reati separati.

⁷³² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 288-292.

⁷³³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 293-294.

⁷³⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 295.

⁷³⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 289-292.

⁷³⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 301.

⁷³⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 302: "the Appeals Chamber notes that SCSL appellate jurisprudence has established that lack of consent (or that the act was against a person's will) is not a necessary element of the crime of conscription. In the RUF Appeal Judgment, the SCSL Appeals Chamber, in finding that the lack of consent was not an element of forced marriage,⁵⁶⁸ held that 'where the Prosecution has proved the legal requirements of the offence [...] consent [...] is not a relevant consideration'".

⁷³⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 311-313.

Con riferimento al crimine di “utilizzo di bambini nelle ostilità” la Camera d’Appello ritiene che l’articolo 8(2)(e)(vii) debba essere interpretato alla luce del diritto internazionale, ed umanitario in particolare.

La maggioranza dei giudici concorda con la difesa di Lubanga sul fatto che secondo l’articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra, la partecipazione “diretta” e quella “attiva” siano termini interscambiabili: questo perché la norma si preoccupa di distinguere i soggetti che godono di una certa protezione, come i civili, da coloro che ne sono esclusi.⁷³⁹ Questa interpretazione però, secondo il parere della Camera d’Appello, non si applica nel contesto dello Statuto di Roma e dei crimini di guerra, in quanto lo scopo della norma in questione è differente.⁷⁴⁰

L’articolo 8(2)(e)(vii) si prefiggere di proteggere i minori di quindici anni dall’essere utilizzati nella partecipazione attiva alle ostilità, tutelando di conseguenza il loro benessere sia fisico che psicologico, e non si riferisce al principio distintivo fra combattenti e non-combattenti; per questo motivo sarà preferibile un’interpretazione che sia conforme allo scopo della norma.⁷⁴¹

La Camera d’Appello richiama così le previsioni della legge umanitaria internazionale, e nello specifico gli articoli 77(2) del I Protocollo Addizionale, e 4(3)(c) del II Protocollo Addizionale che vietano espressamente qualsiasi forma di utilizzo di infra-quindicenni nelle ostilità, a prescindere dal carattere internazionale o interno del conflitto.⁷⁴² Di conseguenza, poiché si ritiene che lo scopo sia la protezione dei bambini, non sarà corretto limitare l’applicazione del termine “attivamente” solo ai casi di partecipazione “diretta”.⁷⁴³

Si noti come la Camera di Prima Istanza, seguendo l’interpretazione della Camera Preliminare, avesse ritenuto decisivo, per qualificare le condotte “indirette” come partecipazione “attiva”, il fatto che il bambino fosse divenuto un “target potenziale” all’interno del conflitto.⁷⁴⁴

La Camera d’Appello ha osservato come né le previsioni dello Statuto né la legge umanitaria internazionale facciano riferimento all’ “esposizione dei

⁷³⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 323.

⁷⁴⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 324.

⁷⁴¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 324.

⁷⁴² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 325.

⁷⁴³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 328.

⁷⁴⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 329-330

bambini ad un pericolo effettivo come target potenziali”, si richiede semplicemente che esista una connessione fra l’attività svolta dal soggetto e il conflitto.⁷⁴⁵ Tuttavia il rischio cui l’infra-quindicenne viene esposto potrà in ogni caso essere un fattore da considerare nella valutazione del rapporto fra l’attività svolta e le ostilità, ma nulla di più.⁷⁴⁶

Si fa riferimento al Commentario del Comitato Internazionale della Croce Rossa ai Protocolli Addizionali rispetto ad una serie di attività che costituirebbero partecipazione “attiva”, quali il recupero e la trasmissione di informazioni, il trasporto di armi o munizioni, la fornitura di approvvigionamenti.⁷⁴⁷ Oltre alla lista di attività contenuta nel Commentario, la valutazione dovrà essere fatta sulla base di un’analisi caso per caso.⁷⁴⁸ Si esclude comunque il lavoro domestico.⁷⁴⁹

La Camera di Prima Istanza ha dunque ritenuto erroneamente l’elemento del “target potenziale” un fattore decisivo, ma ha comunque interpretato in maniera ampia il concetto di “partecipazione attiva”; l’errore interpretativo non ha avuto perciò alcun effetto sugli accertamenti rispetto al caso concreto.⁷⁵⁰

La concezione per cui il termine “partecipazione attiva” debba essere interpretato in virtù dello scopo della norma è di certo condivisibile. Tuttavia, escludere l’elemento del “target potenziale” a favore di un accertamento dell’esistenza di una connessione fra l’attività svolta e il conflitto, lascia spazio ad interpretazioni discrezionali da parte dell’organo giudicante, che potranno quindi differire a seconda del caso concreto, minando all’esigenza di certezza del diritto. Non è chiaro inoltre il motivo dell’esclusione del lavoro domestico dalle possibili attività proibite, considerando anche il fatto che possa risultare discriminatorio rispetto ai soggetti di sesso femminile, più facilmente destinati a tali attività.

⁷⁴⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 333.

⁷⁴⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 333.

⁷⁴⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 334.

⁷⁴⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 335.

⁷⁴⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 339.

⁷⁵⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 340.

3. La co-autoria nel giudizio d'Appello

La Corte d'Appello si trova a dover analizzare anche gli elementi della teoria del “*control over the crime*” poiché la loro interpretazione viene contestata dalla difesa.

Lubanga nota come la Camera di Prima Istanza, ritenendo sufficiente che il piano comune implicasse il rischio che il crimine si sarebbe realizzato secondo l'ordinario corso degli eventi, abbia interpretato erroneamente la natura di questo elemento.⁷⁵¹

La Corte d'Appello conferma come il piano comune, necessario per l'attribuzione di una responsabilità per co-autoria, non debba essere diretto in modo specifico alla commissione del reato, e nota come la Camera di Prima Istanza abbia ritenuto sufficiente un “essenziale elemento di criminalità” (*critical element of criminality*), definendolo attraverso l'articolo 30 dello Statuto.⁷⁵²

La Corte considera l'articolo 30(2)(b) e 30(3) ritenendo che l'espressione “il crimine si realizzerà secondo l'ordinario corso degli eventi” si riferisca chiaramente ad accadimenti futuri di cui non si potrà mai avere la certezza assoluta.⁷⁵³ Il corretto standard di prevedibilità da applicare sarà quello della “certezza virtuale”, come indicato dalla giurisprudenza precedente nella decisione sulla Conferma delle Accuse del caso *Bemba*.⁷⁵⁴

Si nota in particolare come l'articolo 30 non faccia riferimento al termine “rischio”, che viene invece adottato dalla Camera di Prima Istanza, creando una certa confusione, poiché è un termine spesso accostato al dolo eventuale, figura che la stessa Camera ha voluto espressamente escludere.⁷⁵⁵

Nonostante l'utilizzo del termine “rischio”, si ritiene comunque corretta l'interpretazione della Camera di Prima Istanza, la quale ha fornito un'esauritiva spiegazione rispetto al requisito del piano comune ed ha operato un'accurata

⁷⁵¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 438.

⁷⁵² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 446.

⁷⁵³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 447.

⁷⁵⁴ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 447.

⁷⁵⁵ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 449.

valutazione degli accertamenti fattuali e della situazione nel territorio dell'Ituri.⁷⁵⁶

Era sicuramente auspicato un intervento della Camera d'Appello che chiarisse l'interpretazione dell'elemento del piano comune. Il mancato riferimento al requisito della "certezza virtuale" da parte della Camera di Prima Istanza aveva infatti sollevato alcuni dubbi da parte della dottrina,⁷⁵⁷ che sembrano in questo modo essere risolti, poiché vi è un definitivo rifiuto della figura del dolo eventuale e la conferma che il livello di probabilità richiesto debba rasentare la certezza, con l'esclusione quindi di qualsiasi prognosi futura con grado di probabilità inferiore.

Queste considerazioni però sollevano un quesito rispetto ad una possibile forma di responsabilità per "co-autoria indiretta". Ci si chiede infatti se il requisito della "certezza virtuale" possa mai essere soddisfatto nel caso in cui più soggetti, al vertice di una struttura gerarchicamente organizzata, si trovino ad attuare un piano comune, strumentalizzandone i membri (autori diretti). In questa ipotesi sicuramente sarà alquanto improbabile che gli "autori intellettuali" possano prevedere con "virtuale certezza" la commissione del crimine essendo gli autori materiali pienamente imputabili. Inoltre la Camera d'Appello non ha fornito una chiara spiegazione sul perché l'attuazione del piano comune rivolto a conquistare il potere in Ituri abbia avuto come conseguenza "virtualmente certa" il reclutamento di bambini soldato, facendo riferimento solo agli accertamenti fattuali della Camera di Prima Istanza.⁷⁵⁸

Di certo l'elemento soggettivo è uno dei motivi per cui si esclude l'applicazione della teoria della *Joint Criminal Enterprise*, in particolare nella sua forma estesa, per cui si punisce un soggetto per il solo fatto di aver preso parte al piano comune, e di aver quindi accettato il rischio del verificarsi di eventi che eccedano l'accordo stesso.

⁷⁵⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 450-451, e 455: "The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber devoted over 112 paragraphs to the "common plan" and articulated (i) the situation in Ituri prior to the period relevant to the present charges, in particular, the recruitment and training of children under the age of fifteen years that was ongoing under the coordination of the co-perpetrators at that time; (ii) the conception and implementation of the common plan; (iii) the actual "result" of the implementation of the common plan in terms of the recruitment and use of children under the age of fifteen years; and (iv) the awareness of the co-perpetrators that this result would occur and was in fact occurring."

⁷⁵⁷ Si veda para. 5.2, Capitolo III.

⁷⁵⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 455.

La difesa di Lubanga, in secondo luogo, lamenta il mancato riferimento al requisito della “partecipazione diretta e personale” da parte della Camera di Prima Istanza, che ha ritenuto sufficiente la prova dell’“essenzialità” del contributo.⁷⁵⁹ Si ritiene che questo violi gli articoli 21 e 22 dello Statuto, e il principio di legalità, e che una responsabilità ai sensi dell’articolo 25(3)(a) non possa prescindere dalla presenza dell’autore al momento della commissione del reato.⁷⁶⁰

La Camera d’Appello rifiuta questi argomenti ritenendo che l’articolo 25(3)(a) non necessiti che il crimine venga realizzato personalmente e direttamente dall’imputato.⁷⁶¹ La Corte, osservando il testo della norma, nota come vi sia una distinzione tra forme di responsabilità principali ed accessorie,⁷⁶² inoltre, considerando l’autoria mediata, rileva che in questo caso anche il soggetto che non commetta direttamente e personalmente il crimine possa essere qualificato come autore principale.⁷⁶³

E’ evidente che le considerazioni della difesa siano del tutto prive di un fondamento normativo e contrarie alla lettera dello Statuto, dove non si richiede in alcun modo che il reato venga realizzato direttamente dal soggetto affinché egli possa essere considerato l’autore.

La teoria del “*control over the crime*” ha come finalità proprio quella di evitare l’impunità a quei soggetti che, pur esercitando un forte controllo sullo svolgersi degli eventi, non sono presenti sulla scena del crimine, ma il cui contributo è caratterizzato comunque da un forte disvalore penale, tale per cui non potrà di certo essere trascurato in sede di attribuzione della responsabilità.

Sicuramente rimangono ancora dubbi rispetto alla valutazione dell’“essenzialità” e al fatto che bisognerà valutare se il co-autore avesse effettivamente il potere di “frustrare” la commissione del reato, attraverso il suo mancato apporto al piano comune.

Con riferimento al caso concreto, il contributo di Lubanga non è parso poi così essenziale, infatti, non vi sono elementi probatori che dimostrino che egli abbia reclutato minori di quindici anni od utilizzato gli stessi nelle ostilità. Si è

⁷⁵⁹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 438.

⁷⁶⁰ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 456.

⁷⁶¹ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 458 e 460.

⁷⁶² ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 462.

⁷⁶³ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 465.

accertato che egli abbia visitato spesso i campi di addestramento militare, che abbia utilizzato alcuni infra-quindicenni come guardie del corpo e che abbia tenuto dei discorsi di incoraggiamento ai membri dell'UPC/FPLC. Lubanga era riconosciuto come il leader dell'UPC, era in diretto contatto con i suoi membri, e forniva loro risorse finanziarie. D'altra parte non si può trascurare il fatto che la Corte abbia specificato come il contributo possa ritenersi essenziale anche se non fornito durante la fase esecutiva del piano stesso, rilevando anche condotte rese in fase preparatoria.

Di certo il giudizio sull'essenzialità rimane una valutazione ipotetica su come gli eventi si sarebbero svolti senza il contributo di uno dei co-autori, e di conseguenza contiene necessariamente un elemento speculativo.⁷⁶⁴

Il fatto che il reato avrebbe potuto essere commesso in un modo differente da come pianificato dai partecipi non può rendere un contributo "non-essenziale" dal momento che i co-autori fanno affidamento sul loro comune apporto al piano pattuito, e il contributo di ognuno ne è parte essenziale.⁷⁶⁵

La Camera d'Appello infine considera il fatto che la Corte non sia in alcun modo giuridicamente obbligata all'applicazione della teorie elaborate dai Tribunali ad hoc in materia di co-autoria, e che l'approccio normativo, elaborato dalla giurisprudenza nazionale, possa essere liberamente utilizzato, senza violare l'articolo 22 dello Statuto o il principio dell' *in dubio pro reo*.⁷⁶⁶

La Camera ritiene la teoria del "*control over the crime*" la più adatta all'interpretazione dell'articolo 25(3), poiché si basa principalmente su criteri oggettivi anziché su un'impostazione soggettiva, ed inoltre individua un criterio distintivo tra modalità di partecipazione principali e accessorie, di cui la norma ha necessario bisogno.⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ Weigend T., *Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pag. 471-487, cit. pag. 480.

⁷⁶⁵ Weigend T., *Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision*, cit. pag. 480.

⁷⁶⁶ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 471-472.

⁷⁶⁷ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; Appeal Judgment, cit. para. 472.

4. Conclusioni

La sentenza d'Appello pare aver risolto diversi dubbi sollevati dalla dottrina sulla prima sentenza della Corte Penale Internazionale e sicuramente ha dato un'interpretazione del reato in questione conforme allo scopo della norma, privilegiando la particolare tutela dei bambini infra-quindicenni.

Di certo si può affermare che la Corte Penale Internazionale, insieme alla Corte Speciale per la Sierra Leone, abbia contribuito a creare un importante precedente giurisprudenziale rispetto al crimine di guerra di "coscrizione, arruolamento ed utilizzo di bambini nelle ostilità", e che le determinazioni contenute nella sentenza *Lubanga* influenzeranno l'interpretazione degli elementi di questo reato nei casi futuri.

La Decisione sulla Conferma delle Accuse della Camera Preliminare già conteneva diversi elementi di grande interesse a partire dall'ampia interpretazione del concetto di "forze armate nazionali" che ha incluso i gruppi armati non statali, sia nei conflitti interni che in quelli a carattere internazionale.

Altra importante affermazione della Camera Preliminare riguarda invece il chiaro rifiuto di qualsiasi argomento che ritenesse possibile un consenso informato e libero da parte di bambini al di sotto dei quindici anni di età. Tale considerazione ha un'importante conseguenza sull'*actus reus* poiché non sarà il consenso l'elemento determinante per distinguere le condotte di coscrizione e arruolamento bensì la coercizione.

A tal proposito è apprezzabile la precisazione della Camera d'Appello rispetto all'elemento coercitivo, che differenzia la coscrizione dall'arruolamento. Questo poiché la Camera di Prima Istanza non vi si era soffermata, non chiarendo quali fossero gli elementi alla base dell'una o dell'altra condotta, analizzandole congiuntamente, ma pronunciandosi poi separatamente in sede di determinazione della pena. La Camera d'Appello ha dunque chiarito che quando si parla di coercizione si fa riferimento non solo all'uso della forza, ma anche alla minaccia dell'uso della violenza, a pressioni psicologiche o all'imposizione di un obbligo giuridico, non rilevando quindi il consenso dell'infra-quindicenne.

Dure critiche sono state mosse rispetto alla possibilità di imputare a Lubanga anche altri reati come ad esempio la tortura, lo stupro, le mutilazioni e le violenze sessuali, di cui si è avuta testimonianza durante il processo.

Questi elementi sono stati analizzati in sede di determinazione della pena nell'ambito delle circostanze aggravanti ma non sono state valutate dalla Camera di Prima Istanza.⁷⁶⁸

Rispetto al reato di "coscrizione, arruolamento ed utilizzo" la questione che rimane incerta riguarda la lista delle attività che possono rientrare nella definizione di "partecipazione attiva"; nonostante sia chiara una volontà della Corte di fornire un'ampia interpretazione del termine, la necessaria valutazione caso per caso e l'esclusione dell'elemento del "target potenziale" da parte della Camera d'Appello, lasciano sicuramente grande discrezionalità all'organo giudicante.

Inoltre anche sull'interpretazione della *mens rea* vi sono delle lacune interpretative rispetto al criterio dello "*should have known*" su cui la Corte ha deciso di non pronunciarsi poiché si è stabilito che Lubanga avesse piena conoscenza della minore età dei soggetti reclutati. Su questo punto è sicuramente auspicabile un futuro chiarimento da parte della CPI.

Come già osservato invece, è chiara la predilezione della Corte per un'interpretazione differenziata dell'articolo 25 che sembra essere la miglior soluzione nel contesto del diritto penale internazionale dove i crimini vengono commessi spesso su larga scala da un elevato numero di persone i cui contributi devono essere distinti per gravità e colpevolezza, mediante l'attribuzione di responsabilità diverse a seconda del ruolo svolto rispetto alla commissione del reato.

L'articolo 25, da una parte, distingue le modalità di partecipazione, dall'altra, lascia però nelle mani del giudice la determinazione della pena che verrà quindi parametrata in base alle circostanze del caso concreto.

In questo scenario, rispetto alla responsabilità per co-autoria, la teoria del "*control over the crime*" offre dei fondamentali criteri di distinzione fra le responsabilità degli autori principali e di quelli accessori, garantendo che quei soggetti, che spesso ricoprono ruoli di potere, non rimangano impuniti per il

⁷⁶⁸ ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012, para. 57, 59, 74-75, 77-78.

solo fatto di non essere presenti sulla scena del crimine e di non aver personalmente e direttamente commesso il reato.

La teoria del *“control over the crime”* è stata anche ampiamente accolta dalla dottrina proprio per la sua persuasività e capacità di risolvere le difficoltà interpretative che si presentano in relazione alla forma di responsabilità per co-autoria.

Rispetto al requisito dell'essenzialità del contributo dei co-autori, la Camera Preliminare ritiene che il soggetto debba avere il potere di *“frustrare”* la commissione del crimine e la Camera di Prima Istanza, pur non facendone esplicito riferimento, pare applicare tale criterio nel suo giudizio.

Rispetto al requisito della *“frustrazione”* sono state mosse alcune critiche poiché si ritiene che l'operazione mentale per poter effettivamente verificare se il reato si sarebbe commesso anche senza il contributo di uno dei co-autori, possa portare a conclusioni differenti a seconda di come il termine *“crimine”* venga interpretato (in astratto o in concreto). Questo aspetto sicuramente problematico non è stato sollevato dalla difesa di Lubanga e dunque la Camera d'Appello non si è pronunciata a riguardo.

Un aspetto che sarebbe potuto essere valutato diversamente riguarda l'essenzialità del contributo di Lubanga che vista la sua posizione di leader dell'UPC, avrebbe potuto prevenire e dunque evitare che il crimine in questione venisse commesso. Per questa ragione e per il fatto che egli non abbia inciso direttamente nella fase di esecuzione del piano comune, si è ipotizzato che la sua responsabilità sarebbe potuta essere qualificata come *“Responsabilità del superiore gerarchico”*, disciplinata all'articolo 28 dello Statuto di Roma.⁷⁶⁹

L'interpretazione dell'elemento soggettivo, controversa inizialmente per l'inserimento da parte della Camera Preliminare del dolo eventuale, è stata subito chiarita dalla Camera di Prima Istanza, le cui determinazioni sono state confermate nel giudizio d'appello, per cui si ritiene che la lettera dello Statuto non lasci spazio ad uno standard troppo basso come quello del dolo eventuale.

La Camera d'Appello ha inoltre affermato come non sia corretto l'utilizzo del termine *“rischio”*, rispetto al probabile verificarsi del crimine secondo l'ordinario corso degli eventi, ma si debba far riferimento al criterio della *“certezza virtuale”*, già elaborato dalla precedente giurisprudenza.

⁷⁶⁹ Weigend T., *Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision*, cit. pag. 487.

Parte della dottrina, come si è visto, auspica comunque l'inserimento di questa figura nello Statuto, in particolare per i crimini di guerra, dove spesso si compiono delle azioni accettando il rischio della commissione di un reato, pur in mancanza del requisito della "certezza virtuale".⁷⁷⁰

Nello Statuto si ritrovano delle eccezioni rispetto allo standard del dolo generico, come ad esempio il criterio dello "*should have known*" inserito dagli Elementi del Crimine rispetto al crimine di "coscrizione, arruolamento e utilizzo di bambini nelle ostilità", o in riferimento alla *command responsibility*, per cui un soggetto sarà responsabile anche se non pienamente consapevole delle azioni dei subordinati, secondo uno standard di diligenza. E' tuttavia arduo, e non conforme ai generali principi del diritto penale, dedurre da queste eccezioni un principio generale che comprenda il dolo eventuale.

La sentenza d'Appello è stata sicuramente incisiva per diversi aspetti sia con riferimento al reato di cui all'articolo 8(2)(e)(vii), poiché ha contribuito a definire meglio le condotte incriminate, sia rispetto a principi di carattere generale derivati dall'interpretazione degli articoli 25 e 30 dello Statuto.

Diversi elementi rimangono tuttavia ancora controversi, come la definizione del termine "forze armate nazionali", presente solo nel caso in cui il reato di reclutamento si verifichi nel contesto di un conflitto internazionale, che genera evidenti problemi rispetto ad una più ampia area di punibilità se il conflitto viene qualificato come interno; o la definizione di partecipazione "attiva" che lascia spazio ancora ad una grande discrezionalità dell'organo giudicante.

Dal punto di vista sostanziale la teoria del "*control over the crime*" si è dimostrata molto efficace, anche se nello specifico caso concreto alcuni elementi, quali l'essenzialità del contributo o l'effettiva conoscenza da parte dell'imputato della minore età dei bambini, avrebbero forse necessitato di una più solida base probatoria.

Nel complesso la Corte ha mandato un forte messaggio alla comunità internazionale poiché ha chiaramente voluto sottolineare la gravità dei crimini

⁷⁷⁰ Si consideri poi come tale standard di dolo sia già stato previsto da altra giurisprudenza internazionale nell'elaborazione della teoria della *Joint Criminal Enterprise*.

imputati a Lubanga nella prospettiva di tutelare la categoria dei bambini, pur non prevedendo una pena troppo elevata.

Di particolare interesse sarà valutare l'impatto della sentenza *Lubanga* sulle future pronunce della Corte Penale Internazionale.

BIBLIOGRAFIA

Testi citati

- Amann D. M., *Children and the first verdict of the International Criminal Court*, Washington University Global Studies Law Review, vol. 12, 2013, pag. 411-432.
- Ambos K., *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, Martinus Nijhoff Publishers, International Criminal Law Review 12, 2012, pag. 115-153.
- Ambos K., *Treatise on international criminal law*, volume II, Oxford : Oxford university press, 2013-2014.
- Bellucci S., *Storia delle guerre africane: dalla fine del colonialismo al neoliberalismo globale*, Roma, Carocci Editore, 2006.
- Bothe M., War crimes, in A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, 379-424.
- Carbone C., *Burundi Congo Rwanda: storia contemporanea di nazioni etnie stati*. Roma, Gangemi, 2000.
- Cassese A., Gaeta P., Jones John R.W.D., advisory board Eser A. ... [et al.], *The Rome statute of the International criminal court : a commentary*, volume II, Oxford, New York, N.Y.: Oxford university press, 2002.
- Cassese A., *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, 10:153, 2009, pag. 144-171.
- Cullen A., *The definition of non-international armed conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court: An analysis of the threshold of application contained*

in Article 8(2)(f), *Journal of Conflict and Security Law*, 2007, 12 (3), 419-445.

- Deibert M., *The Democratic Republic of Congo. Between hope and despair*, London, Zed Books, 2013.

- Dörmann K., with contributions by Doswald-Beck L. and Kolb R., *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University press, 2003.

- Fei V., *Aggiornamento situazione Repubblica Democratica del Congo*, Centro Universitario di ricerca per la pace, l'analisi e la mediazione dei conflitti, 21 novembre 2008, disponibile su <http://www.cirpac.it/cooperazione-internazionale/aggiornamento-situazione-repubblica-democratica-del-congo-2008-valentina-fei/>.

- Fornasari G., Menghini A., *Percorsi Europei di Diritto Penale*, seconda ed., Cedam, Padova, 2008.

- Gondola Ch. Didier, *The History of Congo*, In *Greenwood Histories of the Modern Nations*. Westport, Conn : Greenwood. 2002.

- Graf R., *The International Criminal Court and Child Soldiers. An Appraisal of the Lubanga Judgment*, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pag. 945-969.

- Haskin Jeanne M., *The Tragic State of the Congo: From Decolonization to Dictatorship*, New York : Algora Pub. 2005.

- Lee Roy S., *The International criminal court : elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley-on-Hudson, N.Y.: Transnational publishers, 2001.

- Jørgensen Nina H. B., *Child Soldiers and the Parameters of International Criminal Law*, 11 *Chinese Journal of International Law* (2012), pag. 657–688.

- Liefländer T. R., *The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?*, Cambridge Journal of International and Comparative Law (1)1, 2012, pag. 191-212.

- Manacorda S. and Meloni C., *Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise: Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?*, Journal of International Criminal Justice 9, 2011, pag. 159-178.

- Mariniello T., *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo: the first judgement of the International Criminal Court's Trial Chamber*, Martinus Nijhoff Publishers, International Human Rights Law Review 1, 2012, p. 137-147.

- McBride J., *The war crime of child soldier recruitment*, Den Haag : TMC Asser press ; Berlin ; Heidelberg : Springer, 2014.

- Militello V., *The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, volume V, 2007, pag. 941-952.

- Noto F., *Secondary Liability in International Criminal law. A Study on Aiding and Abetting or otherwise Assisting the Commission of International Crimes*, Zurich, Dike, 2013.

- Ohlin J. D., Van Sliedregt E., Weigend T., *Assessing the Control-Theory*, Leiden Journal of International Law , 2013, 26, pag. 725–746.

- Pottier J., *Displacement and ethnic reintegration in Ituri, DR Congo: challenges ahead*, The Journal of Modern African Studies, September 2008, Volume 46 Issue 03, pag. 427-450.

- Pottier J., *Representations of ethnicity in the search for peace: Ituri, Democratic Republic of Congo*, African Affairs, January 2010, Vol. 109 Issue 434, pag. 23-50.

- Romano M., Grasso G., *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2012.

- Roxin C., *Crimes as Part of Organized Power Structures*, *Journal of International Criminal Justice* 9, 2011, pag. 191-205.

- Shabas W. A., *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, pag. 731-761.

- Shabas A. W., *The International Criminal Court: a commentary on the Rome Statute*, Oxford [etc.]: Oxford university press, 2010.

- Sivakumaran S., *War Crimes before the Special Court for Sierra Leone. Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments*, *Journal of International Criminal Justice* 8, 2010, pag. 1009-1034.

- Touadi Jean L., *Congo, Ruanda, Burundi. Le parole per conoscere*. Roma, Editori Riuniti, 2004.

- Triffterer O., *Commentary on the Rome statute of the International criminal court : observers' notes, article by article*, seconda edizione , München : Beck [etc.], 2008.

- Ventura M. J., *Two Controversies in the Lubanga Trial Judgment of the International Criminal Court: The Nature of Co-perpetration's Common Plan and the Classification of the Armed Conflict*, *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, War Report 2012*, Chapter 13, copia elettronica disponibile qui: <http://ssrn.com/abstract=2283443>.

- Vlassenroot K., Raeymaekers T., *The politics of rebellion and intervention in Ituri: the emergence of a new political complex?*, *African Affairs*; July 2004, Vol. 103 Issue 412, pag. 385-412.

- Wagner N., *A critical assessment of using children to participate actively in hostilities in Lubanga. Child soldiers and direct participation*, *Criminal Law Forum*

(2013) 24:145–203, Springer 2013.

- Weigend T., *Intent, mistake of law, and co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges*, *Journal of International Criminal Justice*, 6, 2008, pag. 471-487.

- Werle G., Jessberger F., *'Unless Otherwise Provided': Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice* 3, 2005, pag. 35-55.

- Werle G., *Principles of International Criminal Law*, The Hague, TMC Asser Press, seconda ed., 2009.

- Werle G. and Burghardt B., *Establishing Degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*, February 9, 2013, Van Sliedregt, E./Vasiliev, S. (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, disponibile online qui: <http://ssrn.com/abstract=2291596>.

- Werle G., Jessberger F., in cooperation with Julia Geneuss ... [et al.], *Principles of international criminal law*, terza edizione, Oxford : Oxford university press, 2014.

- Wirth S., *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, *Journal of International Criminal Justice* 10, 2012, pag. 971-995.

Siti internet

- ICC. 10 giugno 2015. Lubanga case information sheet. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/LubangaENG.pdf>.

- ICC. 18 luglio 2015. Bemba case information sheet. <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/BembaEng.pdf>.

- Enciclopedia Treccani. 10 giugno 2015.
<http://www.treccani.it/enciclopedia/repubblica-democratica-del-congo/>.
- International justice monitor. 10 giugno 2015.
<http://www.ijmonitor.org/thomas-lubanga-timeline/>.
- International justice monitor. 10 giugno 2015.
<http://www.ijmonitor.org/germain-katanga-and-mathieu-ngudjolo-chui-background/>.
- CICR Missione tra i fronti. 10 giugno 2015.
<http://cicr.rsi.ch/it/unabhaengigkeit>.

Giurisprudenza citata

Corte Penale Internazionale

- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Appeal Chamber, n. ICC-01/04-01/06 A 5, 1 December 2014.
- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Lubanga Sentencing Judgment, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 July 2012.
- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012.
- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, *Separate and dissenting opinion of the Judge Adrian Fulford*.

- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Public Judgement, Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, *Separate and dissenting opinion of the Judge Odio Benito*.

- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007.

- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Warrant of arrest, Pre Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 February 2006.

- ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, Annex I, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/06, 10 February 2006.

- ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/07, 30 September 2008.

- ICC, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges Against the Accused Persons, Trial Chamber II, n. ICC-01/04-01/07-3319, 21 November 2012, *Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaer*.

- ICC, *The Prosecutor v. Ruto et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012.

- ICC, *The Prosecutor v. Muthaura et al.*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 January 2012.

- ICC, *The Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Confirmation of Charges,

Pre-Trial Chamber I, n. ICC-01/04-01/10-465-Red, 16 December 2011.

- ICC, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, n. ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009.

Corte Speciale per la Sierra Leone

- SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-03-01-A, 26 September 2013.

- SCSL, *The Prosecutor v. Taylor*, Judgment, Trial Chamber II, n. SCSL-03-01-T, 18 May 2012.

- SCSL, *The Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Judgment, Trial Chamber, n. SCSL-04-15-T, 2 March 2009 (RUF Trial Judgment).

- SCSL, *The Prosecutor v. Fofana and Kondewa*, Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-04-14-A, 28 May 2008, (CDF Appeal Judgment), *Partially Dissenting Opinion of Honourable Justice Renate Winter*.

- SCSL, *The Prosecutor v. Brima et al.*, Judgment, Appeals Chamber, n. SCSL-2004-16-A, 22 February 2008.

Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia

- ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber Judgement, n. IT-94-1-AR72, 15 July 1999.

- ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Opinion and Judgment, Trial Chamber, n. IT-94-1-T, 7 May 1997.

- ICTY, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, n. IT-94-1-AR72, 2 October 1995.
- ICTY, *The Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgment, Trial Chamber, n. IT-96-21-T, 16 November 1998.
- ICTY, *The Prosecutor v. Kunarac at al.*, Judgement, Appeals Chamber, n. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, 12 June 2002.
- ICTY, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Judgement, Appeals Chamber, n. IT-98-33-A, 19 April 2004.
- ICTY, *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Judgement, Appeals Chamber, n. IT-45-19/2-A, 17 December 2004.

Ringraziamenti

Voglio ringraziare prima di tutto i miei genitori, Cristina e Riccardo, che mi hanno permesso di seguire il mio percorso di studi supportando le mie scelte senza condizionamenti, lasciandomi sempre libera, e assecondando ogni mia passione.

Un ringraziamento speciale va poi a tutta la mia famiglia. Ai miei nonni, Lidia e Flavio, che, se pur distanti, sono sempre stati un grosso punto di riferimento per me, trasmettendomi importanti valori di vita e dimostrandomi costantemente il loro affetto; un grazie sentito va anche ai miei zii Raffaella, Monica, e Giorgio, che mi hanno sempre dato importanti consigli per il mio futuro e si sono dimostrati dei veri amici.

Voglio ringraziare inoltre tutti i miei amici che rappresentano la mia “seconda famiglia” e su cui posso contare incondizionatamente. Cecilia, Anna, Jessica, Leonardo e Davide con cui sono cresciuta e che sono al mio fianco da sempre. Silvia, Angela e Giulia che mi hanno accompagnato fin dall’inizio durante tutti gli anni universitari, vivendo con me ogni piccola gioia e dolore quotidiano, aiutandomi a non perdere mai la mia determinazione. Poi Angelica e Veronica che oltre a condividere con me una grande passione, sono sempre state delle vere amiche. Grazie anche ad Lorenzo, Andrea, Alessandro e Andrea con cui ho condiviso molto dei miei anni all’università.

Infine un grazie alla Professoressa Emanuela Fronza e al Dottor Marco Bortoluzzi che mi hanno seguito con costanza durante tutto l’anno permettendomi di realizzare questo lavoro.