

Associazione di studi storici Olokaustos

Centro Interdipartimentale di ricerca sui diritti dell'uomo
(CIRDU)

Bianchi B., "Lo stupro come strumento del genocidio. Ricerche e dibattiti recenti"

Cermel M., "Porrajmos, un olocausto dimenticato?"

De Martis G., "La Convenzione del 1948: debolezze e ambiguità"

De Vido S., "La mens rea del crimine di genocidio: dalla Convenzione del '48 alla prassi delle corti e tribunali internazionali"

Ferrari A., "Armenia: immagini e questioni di un genocidio culturale"

Forlati S., "L'obbligo di prevenire il genocidio: caratteristiche e limiti"

Goisis G., "Malgrado Auschwitz; la tragica attualità del genocidio"

Leimdsor B., - "Genocide and persecution on the ground of sexual orientation: definitions and questions concerning international protection"

Lotto A., " Il genocidio nella rivista DEP: questioni e prospettive di ricerca"

Pinton S., "Applicazione retroattiva della Convenzione del 1948?" (paper dagli SU)

Zagato L., " Il ritorno del genocidio culturale nel diritto internazionale: osservazioni introduttive"

Zanlorenzi S., "Portare a termine il lavoro dei Tribunali penali internazionali per la ex-Yugoslavia e per il Ruanda. la posizione di Amnesty international"

**GENOCIDIO
CRIMINE
IMPUNITO?**

WORKSHOP 27 GENNAIO 2011 - 9.30 - 17.00 - AULA BARATTO - CA 'FOSCARI -
DORSODURO - 3246 - VENEZIA

Partecipano:

Amnesty International - Venezia

Deportate Esuli Profughe (DEP)

Fondazione Venezia per la ricerca sulla pace

PORRAJMOS. UN OLOCAUSTO DIMENTICATO ?

Maurizio Cermel - Università Ca' Foscari di Venezia

Segretario Generale della *Fondazione Venezia per la Ricerca sulla Pace*

Porrajmos in lingua *romani* significa divoramento.

Rom e Sinti indicano con questa parola lo sterminio del loro popolo nei lager nazisti tra il 1940 e il 1945; un equivalente di ciò che significa *shoa* per il popolo ebraico. Si calcola che tra i 500.000 e un milione di Rom e Sinti siano morti nei campi di sterminio.

Non ci sono dati precisi da confrontare con i sei milioni di ebrei europei uccisi, ma è certo che ai Rom e Sinti erano dedicate sezioni speciali all'interno dei campi.

A differenza della *shoa*, però, il *porrajmos* del popolo Rom e Sinti è stato per lungo tempo ignorato dall'opinione pubblica.

Ciò è dovuto, a mio avviso, al fatto che la persecuzione di Rom e Sinti è stata, e continua a essere, una persecuzione "normale", accettata da gran parte dei cittadini. L'odio nei confronti dei Rom non ha avuto bisogno di essere alimentato, com'è avvenuto per l'antisemitismo, da una predicazione di cui la Chiesa cattolica è stata per lungo tempo la principale protagonista. La diffidenza nei confronti di Rom e Sinti è istintiva e i pregiudizi sono sempre gli stessi attraverso i secoli: sono sporchi, ladri, rubano i bambini. Soprattutto parlano tra loro una lingua incomprensibile, vivono chiusi all'interno delle loro comunità e hanno contatti sporadici con i *gagé*, i non Rom.

Un'altra causa della disattenzione verso il *porrajmos* è legata alla capacità di trasmettere la memoria di sé.

Il popolo ebraico è il popolo della memoria. La cultura e la religione ebraica sono una continua rivisitazione della propria storia, consegnata, dal Pentateuco in poi, a un imponente *corpus* di testi a carattere religioso, giuridico, storico e letterario. Inevitabilmente alcuni tra i sopravvissuti alla *shoa* hanno sentito la necessità di parlarne, di farla conoscere, di descriverne

l'orrore, mentre intellettuali ebrei e non ebrei s'interrogano ancora oggi sulle ragioni di uno sterminio perseguito con meticoloso accanimento. La letteratura su questo tema è ormai immensa ed è, per così dire, patrimonio dell'umanità: Primo Levi, per fare il nome di un sopravvissuto italiano, è noto in tutto il mondo.

Per queste ragioni il termine olocausto, per lungo tempo, è stato legato quasi esclusivamente allo sterminio degli ebrei europei¹.

Lo sterminio del popolo dei Rom e Sinti, invece, è stato a lungo ignorato; il termine *porrajmos* solo di recente è stato avvicinato alla *shoa*.

Per quale ragione?

Innanzitutto perché Rom e Sinti non hanno memorie scritte: la narrazione del loro "divoramento" è stata affidata alla tradizione orale, il loro dolore si esprime attraverso il canto e la musica.

In secondo luogo il *porrajmos* è stato dimenticato a causa dell'isolamento in cui ancora oggi vivono Rom e Sinti, circondati da diffidenza, disprezzo, xenofobia.

Il popolo ebraico ha combattuto a lungo contro il pregiudizio antisemita che, nel XX secolo, si è manifestato in tutta l'Europa continentale in varie forme, non solo nella Germania di Hitler e nell'Italia fascista. Oggi chi si dichiara esplicitamente antisemita appartiene a una minoranza, giustamente emarginata dalla maggioranza dei cittadini che si richiama al rispetto dei diritti delle persone e al principio di eguaglianza tra le persone.

Al contrario appare debole la condanna morale mossa nei confronti di quanti, anche da posizioni istituzionali elevate, esprimono sentimenti dichiaratamente razzisti e xenofobi nei

¹ Sul significato e l'utilizzazione del termine olocausto, cfr. Anna-Vera Sullam Calimani, *I nomi dello sterminio*, Torino, 2001.

confronti di Rom e Sinti, in contrasto con la Costituzione e con la legge², invocando una legislazione di isolamento, espulsione, negazione di diritti elementari (scuola, salute, casa, lavoro) che spettano a tutti i cittadini e, in generale, a tutte le persone.

Ecco dunque due popoli, quello ebraico e quello dei Rom e Sinti, uniti da una tragedia comune ma separati, per così dire, dalla diversa considerazione di cui sono oggetto da parte degli altri, cioè di chi non è ebreo né Rom.

In realtà senza la tenacia con cui gli ebrei ricordano e hanno fatto conoscere la *shoa*, non ci sarebbe oggi neanche la possibilità di conoscere il *porrajmos* e di riflettere sul destino del popolo Rom, che ricorda molto quello del popolo ebraico.

Ciò che insegna la strategia della memoria, coltivata dal popolo ebraico in rapporto a quanto è accaduto settanta anni fa nel cuore della “civile” Europa, è che oggi non è più possibile dimenticare, perché è impossibile cancellare le tracce dei misfatti compiuti. Di questo erano consapevoli i criminali nazisti, che camuffavano il loro intento dietro definizioni neutre, sbiadite, come “soluzione finale”, e alla fine cercarono di far saltare le camere a gas, i forni crematori, distruggere gli archivi meticolosamente aggiornati, prima di abbandonare i campi.

Inglese, americani e russi, colsero subito l'importanza di conservare i segni e le testimonianze quando entrarono nei campi: bisognava conservare la memoria perché c'era il rischio che nessuno credesse a tanto orrore. Senza i filmati girati dalle unità cinematografiche americane e inglesi, sarebbe più facile oggi negare ciò che è realmente accaduto. Senza l'iniziativa dei comandanti americani a Buchenwald, Mauthausen e Flossenbürg, che costrinsero gli abitanti delle vicine cittadine (tra le quali Weimar, la città di Goethe e di Schiller, a pochi chilometri da Buchenwald) a entrare nei campi per vedere quanto il loro Führer aveva voluto, il processo di

² La legge 25 giugno 1993 n. 205 (c.d. legge Mancino) “contro la discriminazione, odio o violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi”, è stata recentemente applicata nei confronti di un consigliere comunale di Padova, Vittorio Aliprandi, condannato per le frasi offensive verso i Rom pubblicate su Facebook. L'attuale sindaco di Verona Flavio Tosi, esponente di spicco della *Lega Nord*, è stato condannato per violazione della legge Mancino nei confronti di membri dell'etnia Rom; la Cassazione ha confermato la pena in via definitiva l'11 luglio 2009.

autocoscienza collettiva del popolo tedesco non si sarebbe forse avviato, emarginando i gruppi neonazisti che oggi, non a caso, sono particolarmente presenti nella parte orientale della Germania, ex RDT.

Possiamo dire che anche in Italia questo processo di consapevolezza critica si è compiuto? Personalmente ho i miei dubbi. Certo, l'opportunità politica ha insegnato a molti che è meglio non manifestare sentimenti antisemiti, coltivati soprattutto da persone che, fino a qualche tempo fa, si ispiravano esplicitamente al fascismo, entrate a fare parte, in questi anni, della maggioranza di governo³. In alcuni casi, però, questi sentimenti emergono con forza, non più trattenuti dalla prudenza.

Si può ricordare l'intervento del giorno 30 settembre 2010 nell'aula del Senato⁴ di Giuseppe Ciarrapico contro Gianfranco Fini, accusato di aver tradito Berlusconi e, prima ancora, di avere espresso una chiara condanna del fascismo e delle leggi razziali del 1938. Il senatore del PdL Giuseppe Ciarrapico – editore di testi legati alle posizioni del neo-fascismo - invitò Fini e i suoi a presentarsi in Parlamento indossando la *kippah*, il copricapo ebraico, perché, egli affermò, “chi ha tradito una volta tradisce sempre”. Il tradimento è associato da Ciarrapico al popolo ebraico che, secondo la tradizionale predicazione antisemita della Chiesa cattolica solo da pochi anni abbandonata, avrebbe “tradito Gesù” e lo avrebbe “ucciso”.

Parole del genere in qualunque parlamento democratico, in particolare quello tedesco, avrebbero suscitato l'immediata e forte reazione di tutta l'aula. Al Senato, invece, forse per la sorpresa, non c'è stata nessuna reazione immediata, mentre attorno a Ciarrapico, applaudito

³ Si pensi in particolare alle posizioni del MSI, poi divenuto *Alleanza Nazionale*, prima della fusione nel PdL. Alcuni esponenti di AN, guidati da Francesco Storace – dissociandosi dal ripudio del fascismo compiuto dall'allora segretario di AN Gianfranco Fini – hanno dato vita a *La Destra*, partito che sostiene, con la *Legge Nord*, la politica degli sgomberi forzati e dell'allontanamento di Rom e Sinti. Il 15 aprile 2011 un esponente de *La Destra* è entrato a far parte del governo Berlusconi.

⁴ Cfr. Senato della Repubblica, Legislatura 16^a - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 431 del 30/09/2010, reperibile in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/507119.pdf>.

dai suoi colleghi del PdL alla fine dell'intervento, si possono cogliere nei filmati cenni di assenso e perfino qualche sorriso compiaciuto.

Questo episodio è rivelatore di una mentalità ancora radicata in una parte della società italiana (e, purtroppo, nei suoi rappresentanti politici) nella quale, evidentemente, il processo critico nei confronti del fascismo e dell'ideologia razzista è stato sostituito da una rimozione della memoria storica, attribuendo la responsabilità della *shoa* esclusivamente ai tedeschi.

Questo episodio ci consente anche di capire perché nello stesso Parlamento italiano, in altre occasioni, dichiarazioni xenofobe nei confronti di Rom e Sinti siano state fatte nell'indifferenza generale. Il 29 settembre 1998, il deputato Pezzoli di AN, presentando la sua proposta di legge di legge (C. n. 5625) "Norme per vietare l'ingresso e il transito dei nomadi nel territorio della Repubblica nonché per controllare e limitare gli insediamenti esistenti", tralasciando il fuorviante termine di nomadi, utilizza quello più antico e denigratorio, affermando: "La società degli zingari...ammette lo schiavismo e ne fa il principale mezzo di sussistenza: si acquistano e si vendono bambini, li si rapisce per poi gettarli nelle immonde attività che costituiscono l'unico criterio economico di questo popolo".

Questa affermazione gratuita di un deputato della Repubblica riprende antichi stereotipi e rappresenta molto bene un'accusa infondata che da secoli è mossa nei confronti di Rom e Sinti, priva di qualsiasi riscontro ma utile a sollecitare paura e disprezzo nei loro confronti. Un'accusa molto simile a quella, altrettanto priva di fondamento, mossa per secoli contro gli ebrei di rapire e uccidere bambini cristiani per compiere sacrifici rituali.

A questa si aggiungono altre dichiarazioni più recenti e atti ufficiali di ministri, sindaci, consiglieri regionali che trattano la condizione dei Rom come un "problema". Il termine evoca memorie tragiche e di nuovo avvicina il popolo dei Rom e Sinti a quello ebraico: nell'Europa degli anni '30 e '40 del secolo scorso, per risolvere il "problema ebraico" il nazismo ideò una "soluzione finale" che, alla fine, accomunò Rom ed ebrei, *shoa* e *porrajmos*.

La condizione di Rom e Sinti oggi, in Italia e in molti altri Paesi, ricorda quella degli ebrei in Germania e in Italia prima della seconda guerra mondiale, perseguitati per la loro origine etnica, per il loro modo di essere e di vivere, per i pregiudizi artificialmente coltivati, non per responsabilità personali.

Non siamo certo ritornati ai campi di concentramento, ma dobbiamo ricordare che il primo tentativo di risolvere il “problema ebraico” e quello dei Rom fu affidato alla negazione della condizione di cittadini e alla proposta di espulsione di massa degli ebrei tedeschi in Madagascar.

Ebbene il governo italiano nel 2008 (DPCM 21/05/2008) ha dichiarato lo “stato di emergenza” in relazione agli insediamenti di comunità nomadi (come sono prudentemente definiti Rom e Sinti in linguaggio burocratico, per evitare le censure di Unione europea e Consiglio d'Europa) nel territorio di Campania, Lazio e Lombardia. Tra gli interventi previsti per superare questo pretestuoso stato di emergenza vi era anche (Ordinanze Pres. Cons. Min. n.3676, n.3677, n.3678 del 30/05/2008, art. 1, co.2, lett.c.) “l'identificazione delle persone anche minori di età e dei nuclei familiari ... attraverso rilievi segnaletici”.

Insomma una schedatura di massa assolutamente illecita di cittadini italiani e dell'Ue che è stata oggetto di una risoluzione molto critica del Parlamento europeo contro l'Italia, votata all'unanimità il 10 luglio 2008⁵.

Allo stesso modo sono state criticate dalla Vicepresidente della Commissione europea Viviane Reding le misure prese dal Presidente francese Sarkozy nei confronti di Rom e Sinti provenienti dalla Romania e dalla Bulgaria, schedati ed espulsi in massa dalla Francia durante

⁵ Reperibile in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?language=IT&type=TA&reference=20080710&secondRef=TOC>, dove si può leggere che il Parlamento europeo “...esorta le autorità italiane ad astenersi dal procedere alla raccolta delle impronte digitali dei rom, inclusi i minori, e dall'utilizzare le impronte digitali già raccolte, in attesa dell'imminente valutazione delle misure previste annunciata dalla Commissione, in quanto ciò costituirebbe chiaramente un atto di discriminazione diretta fondata sulla razza e sull'origine etnica, vietato dall'articolo 14 della CEDU, e per di più un atto di discriminazione tra i cittadini dell'Unione Europea di origine rom e gli altri cittadini, ai quali non viene richiesto di sottoporsi a tali procedure”.

l'estate 2010. Espulsi non per aver commesso individualmente dei reati, ma in quanto appartenenti a quell'etnia e, soprattutto, per dare soddisfazione a una parte della popolazione, sobillata da movimenti politici xenofobi come il *Front National* di Le Pen che insidia a destra la popolarità in declino di Sarkozy.

In quell'occasione è stato ricordato che gran parte dei Rom, cittadini francesi, avviati dai tedeschi ai campi di sterminio erano stati facilmente rastrellati dalla polizia francese grazie al *carnet de voyage*, un documento rilasciato dall'autorità amministrativa in cui erano indicati i trasferimenti, la composizione di ogni nucleo familiare e il contrassegno speciale di cui doveva essere dotato ogni veicolo⁶. Anche in Italia la polizia fascista aveva schedato, oltre agli ebrei, Rom e Sinti facilitando il compito dei nazisti. Ciò spiega perché ancora oggi sia difficile conoscere il numero esatto nell'Ue di Rom e Sinti che, giustamente, rifiutano un censimento etnico.

Non dimentichiamo, inoltre, che prima di essere avviati ai campi di sterminio ebrei, Rom, omosessuali, erano stati sistematicamente indicati all'opinione pubblica come pericolosi parassiti sociali, privati della loro dignità di esseri umani. Questa politica di disumanizzazione ha consentito poi ai carnefici di schiacciare le loro vittime con la stessa indifferenza con cui, nel modo occidentale, si schiaccia un insetto fastidioso.

Si corre il rischio di arrivare a una nuova *shoa*, a un nuovo *porrajmos*? Penso proprio di no. In Europa si sono ormai costituite delle solide democrazie, dotate di Costituzioni che garantiscono i diritti della persona umana, della sua dignità, richiamando i solenni atti internazionali sottoscritti da tutti i Paesi a tutela dei diritti umani, a partire dal 1948. L'Ue e il

⁶ Il governo francese ha respinto sdegnato tale richiamo all'azione del governo collaborazionista di Vichy. Tuttavia il Parlamento Europeo ha votato il 9 settembre 2010 una risoluzione sulla situazione dei Rom e la libertà di circolazione nell'Ue - <http://www.europarl.europa.eu> - in cui si può leggere che "... sottolinea che le espulsioni di massa sono proibite dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che dette misure violano i trattati e il diritto dell'Unione europea, dal momento che rappresentano una discriminazione razziale ed etnica nonché una violazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare liberamente nell'UE".

Consiglio d'Europa vigilano assiduamente, pronti a condannare, come abbiamo visto, ogni atto di discriminazione.

Eppure non possiamo non tenere conto dei segnali che ci dimostrano quanto fragile sia questa tutela. Le violazioni dei diritti umani si sono susseguite in questi ultimi anni, con diversa intensità, in molte parti del mondo. Possiamo scordare la pulizia etnica nella ex - Jugoslavia tra il 1990 e il 2000, gli assassinii di massa perpetrati in Cile e in Argentina negli anni '70 del secolo scorso? E, per venire a tempi più vicini a noi, come vogliamo classificare le torture compiute in questi anni nelle carceri irachene, afgane, a Guantanamo, o quelle praticate in molti luoghi di detenzione (anche in Italia) dove l'abuso e la violenza sadica sono attuati al riparo di un'apparente legittimità⁷ ?

Ecco perché incessantemente bisogna ricordare, non dimenticare e schierarsi sempre dalla parte dei più deboli, quelli contro i quali si muove una campagna d'odio priva di senso, che ha già portato ad attacchi contro gli insediamenti di Rom e di altra povera gente che spesso con loro non ha nulla a che fare, se non la condivisione di una condizione di miseria. Né possiamo ignorare le ordinanze di sindaci che dispongono lo sgombero e l'abbattimento dei campi nomadi, il diniego di fornire di servizi minimi adeguati (acqua, allacciamento alla rete elettrica), il rifiuto di assegnare a Rom e Sinti, cittadini italiani, gli alloggi popolari cui hanno diritto. La distruzione di campi abusivi a Roma e Milano, in tempi recenti, è stata condotta con particolare brutalità, utilizzando la massima visibilità mediatica per comunicare a un certo elettorato l'intransigenza dei sindaci promotori dell'iniziativa. Gli sgomberi forzati sono molto onerosi e non risolvono la questione, ma creano le condizioni perché si formino nuovi insediamenti, perpetuando la condizione di nomadismo indotto e artificiale cui molti Rom e Sinti sono costretti.

⁷ Cfr. sull'argomento, *La tortura nel nuovo millennio, la reazione del diritto*, a cura di L. Zagato e S. Pinton, Padova, 2010.

Le soluzioni più razionali ed economicamente meno costose degli sgomberi – come la realizzazione del Villaggio Sinti di via Vallenari a Mestre, o la legislazione della Regione Toscana che si segnala per la lungimiranza⁸ – non mancano, ma sono meno redditizie dal punto di vista elettorale.

In questo momento in Italia e in Europa i più deboli, contro i quali alcuni suscitano odio al fine di ottenere consenso politico, sono i Rom e i Sinti e tutti gli emarginati che a loro sono spesso assimilati; ma domani potrebbe essere il caso di qualsiasi altro gruppo etnico, dimenticando che diritti, doveri e responsabilità sono riferiti soltanto alle singole persone.

Questo presupposto vale per le vittime, ma anche per i carnefici.

Simon Wiesental, implacabile cacciatore di criminali nazisti, ha seguito le loro tracce, ha ricostruito tutti gli assassini, uno per uno, ha saputo attribuire a ciascuno le proprie responsabilità. Seguendo questo metodo ci ha anche insegnato che non basta essere tedeschi per essere nazisti, né basta essere stati iscritti al partito nazista per essere automaticamente dei criminali psicopatici, come dimostra il caso di Schindler, oppure che essere italiani e fascisti come Giorgio Perlasca, non impedisce di schierarsi dalla parte del bene contro il male. I “volenterosi carnefici di Hitler”⁹ non erano solo tedeschi, ma anche polacchi ucraini, italiani, ungheresi, croati, ecc., a dimostrazione del fatto che gli stereotipi non possono essere riferiti a intere popolazioni, né per le vittime né per i carnefici: ci sono soltanto persone capaci di scegliere.

La natura dell’uomo è intrisa di violenza ed è sufficiente un’occasione qualsiasi per trasformare uomini normali in carnefici; è questa ambiguità della condizione umana che ci obbliga a combattere con maggior forza, affinché i diritti fondamentali delle persone siano rispettati, comunque e dovunque.

⁸ Sia consentito rinviare, sul punto, a M. Cermel, *Rom e Sinti, cittadini senza patria?*, in *Le minoranze etnico - linguistiche in Europa tra stato nazionale e cittadinanza democratica*, a cura di ID, Padova, 2009.

⁹ Cfr. D.J.Goldhagen, *I volenterosi carnefici di Hitler*, trad. it. Milano, 1997, che ritiene insita nell’intera società tedesca, prima del 1945, un forte antisemitismo e la propensione a eliminare gli ebrei.

L'esempio dei due giusti citati prima, Schindler e Perlasca, deve essere un monito per tutti.

Non basta condannare il fanatismo xenofobo che si manifesta intorno a noi: bisogna agire contro di esso, denunciarlo con forza, soprattutto quando si manifesta nelle istituzioni, violando i principi fondamentali della Costituzione.

LA MENS REA DEL CRIMINE DI GENOCIDIO: DALLA CONVENZIONE DEL 1948 ALLA PRASSI DELLE CORTI INTERNAZIONALI

1. Introduzione. La *mens rea* del crimine di genocidio nella convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (New York, 1948). - 2. *Dolus specialis (specific intent)* nel determinare la responsabilità individuale per crimini di genocidio nella prassi recente dei tribunali internazionali penali. - 3. (segue) e la responsabilità per complicità in genocidio. - 4. La responsabilità dello Stato per atti di genocidio. Il caso *Bosnia Erzegovina c. Serbia*. - 5. Serve dimostrare lo “*specific intent*” dello Stato? Il dolo specifico nel caso di una politica genocidaria statale. - 6. (segue) e nelle ipotesi in cui atti di genocidio siano commessi da organi *de facto* o “*under control*” dello Stato. - 7. (segue) Lo Stato “complice”. - 8. Conclusioni.

1. La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, adottata a New York il 9 dicembre 1948 ed entrata in vigore il 12 gennaio 1951¹, definisce il genocidio al suo articolo II:

“Per genocidio si intende ciascuno degli atti seguenti, commessi con l'intenzione di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, come tale: a) uccisione di membri del gruppo; b) lesioni gravi all'integrità fisica o mentale di membri del gruppo; c) sottoposizione deliberata del gruppo a condizioni di vita intese a provocare la sua distruzione fisica, totale o parziale; d) misure miranti a impedire nascite all'interno del gruppo; e) trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro”.

In questa sede, ci si propone di analizzare brevemente la *mens rea*, l'elemento soggettivo del crimine di genocidio. In particolare, ci si soffermerà sull'espressione “con l'intenzione di distruggere in tutto o in parte un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso” (in inglese: “with intent to to destroy...”), che individua il *dolus specialis*³. Attraverso alcune sentenze del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e del Tribunale internazionale per il Rwanda, si vuole indicare come i giudici abbiano concepito il dolo specifico nell'accertare la responsabilità penale individuale “oltre ogni ragionevole dubbio”.

¹ United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277. Testo integrale nella versione ufficiale: http://treaties.un.org/doc/Treaties/1951/01/19510112%2008-12%20PM/Ch_IV_1p.pdf. La Convenzione è stata ratificata da 141 Stati. L'Italia ne è parte dal 4 giugno 1952. Sulla definizione di genocidio, si veda ad esempio P. Boghossian, *The Concept of Genocide*, in *Journal of Genocide Research*, 2010, pp. 69-80, W.A. Schabas, *Commentary on Paul Boghossian, 'The concept of genocide'*, in *Journal of Genocide Research*, 2010, pp. 91-99.

² Uno dei primi commenti alla convenzione in G. A. Finch, *The Genocide Convention*, in *AJIL*, 1949, pp. 732-738.

³ In questa sede si utilizzeranno le espressioni “*dolus specialis*”, “*specific intent*” e “dolo specifico” come equivalenti.

Più complesso è, al contrario, affermare che lo Stato sia responsabile per crimini di genocidio. Ratificando la Convenzione, uno Stato si è impegnato sul piano internazionale ad adottare tutte le misure necessarie a prevenire e a punire il crimine di genocidio⁴. La Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del caso *Bosnia c. Serbia*, del 26 febbraio 2007, afferma si possa ricavare dalla convenzione anche un divieto per lo Stato di commettere atti di genocidio. Ma se è vero, nelle parole dei giudici del tribunale di Norimberga, che “*crimes against International law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of International law be enforced*”⁵, come individuare il *dolus specialis* nell’azione dello Stato? O meglio, è necessario verificare l’esistenza di un intento specifico? Va ricordato che la responsabilità individuale per crimini di genocidio, di natura penale, deve rimanere sempre ben distinta dalla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali: proprio questa distinzione sarà utile ai fini dell’analisi che si intende svolgere.

2. Il crimine di genocidio richiede una *mens rea* rafforzata, il *dolus specialis*. Lo “specific intent”, nella nota espressione inglese, come affermato dal Tribunale internazionale per il Rwanda⁶, è “required as a constituent element of certain offences and demands that the perpetrator have the clear intent to cause the offence charged. According to this meaning, special intent is the key element of an international offence, which offence is characterized by a psychological relationship between the physical result and the mental state of the perpetrator”⁷.

⁴ Art. I della Convenzione.

⁵ Per accedere a tutti gli atti dei processi davanti al tribunale militare internazionale di Norimberga http://nuremberg.law.harvard.edu/php/docs_swi.php?DI=1&text=overview

⁶ Vedi ad esempio, ICTR, *Prosecutor c. Kambanda*, Trial Chamber, case n. 97-23-S, 4 settembre 1998, par. 16 (si parlava di “special intent”), Trial Chamber, *Prosecutor c. Akayesu*, caso n. 96-4-T, 2 settembre 1998, par. 498 (“specific intent”), *Prosecutor c. Kayishema & Ruzindana*, Trial Chamber, case n. 95-1-T, 21 maggio 1999, par. 91 (“specific genocidal intent”), ICTY, *Prosecutor c. Jesilić*, Appeals Chamber, case n. 95-10-A, 5 luglio 2001, par. 46 (“the specific intent requires that the perpetrator seeks to achieve the destruction, in whole or in part, of a National, ethnical, racial or religious group, as such”).

⁷ ICTR, *Akayesu*, cit., par. 518. Cfr. D. M. Amann, *Prosecutor v. Akayesu*, in *AJIL*, 1999, pp. 195-199. Va pertanto accertato un particolare stato psicologico del perpeatore del reato che intende con la sua condotta ottenere un obiettivo specifico che va oltre il risultato materiale della condotta stessa. Cfr. Picotti L., *Il dolo specifico. Un’indagine sugli “elementi finalistici” delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 501, A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, pp. 361-362, “il dolo è generico quando basta che sia voluto il fatto descritto nella norma incriminatrice; è specifico quando la legge esige che il soggetto abbia agito per un fine particolare, la cui realizzazione non è necessaria per l’esistenza del reato, e cioè per un fine che sta al di là e, quindi, fuori, dal fatto

I giudici dei tribunali penali internazionali, come è logico nel corso di un procedimento penale, devono dunque provare “beyond reasonable doubt”, che una persona abbia commesso atti, ad esempio l’uccisione di membri del gruppo, non solo con l’obiettivo di uccidere, ma anche con lo scopo specifico di distruggere un gruppo etnico, nazionale, razziale o religioso in tutto o in parte. “It is not sufficient that the perpetrator simply knew that the underlying crime would inevitably or likely result in the destruction of the group. The destruction, in whole or in part, must be the aim of the underlying crime(s)”⁸.

Per provare l’esistenza del dolo specifico, il tribunale per il Rwanda stabilisce, ad esempio, nel caso *Akayesu*, dopo aver precisato che lo *specific intent* è un fattore mentale “difficult, even impossibile, to determine”⁹, che “the intent underlying an act can be inferred from a number of facts. The Chamber is of the opinion that it is possible to infer the genocidal intention that presided over the commission of a particular act, *inter alia*, from all acts or utterances of the accused, or from the general context in which other culpable acts were perpetrated systematically against the same group, regardless of whether such other acts were committed by the same perpetrator or even by other perpetrators”¹⁰. Le prove dimostravano che l’accusato, il “borgomastro”, sindaco di *Taba* che deteneva il controllo esclusivo della polizia municipale, “made speeches calling, more or less explicitly, for the commission of genocide”.

Anche lo stupro e la violenza sessuale, costituenti “infliction of serious bodily and mental harm on the victims and are even, according to the Chamber, one of the worst ways of inflict harm on the victim as he or she suffers both bodily and mental harm”, andavano considerati tra gli elementi atti a sostenere l’esistenza di un dolo specifico; ciò in quanto tali forme di violenza erano “an integral part of the process of destruction, specifically

che costituisce reato”. V. anche W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2009, p. 260.

⁸ ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor c. Blagojević*, case no. 02-60-T, 17 gennaio 2005, par. 656.

⁹ ICTR, *Akayesu*, *cit.*, par. 523. Per un’analisi di tutti i principali casi esaminati dal Tribunale penale internazionale per il Rwanda fino al 2002, C. Aptel, *The Intent to Commit Genocide in the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, in *Criminal Law Forum*, 2002, pp.273-291.

¹⁰ ICTR, *Akayesu*, *cit.*, par. 728.

targeting Tutsi women and specifically contributing to their destruction and to the destruction of the Tutsi group as a whole¹¹”.

Nel più recente caso *Popović et altri*, deciso dalla *Trial Chamber* del Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia il 10 giugno 2010, relativo ai fatti di Srebrenica commessi da appartenenti al *Main Staff* delle forze armate della Repubblica Srpska, VRS, guidate dal comandante Mladić, il tribunale specifica che “[T]he scale and nature of the murder operation, the targeting of the victims, the systematic and organized manner in which it was carried out, and the plain intention to eliminate every Bosnian Muslim male who was captured or surrendered proves beyond reasonable doubt that members of the Bosnian Serb Forces, including members of the VRS Main Staff and Security Branch, intended to destroy the Muslims of Eastern Bosnia as a group”¹². Anche il trasferimento forzato della popolazione, benché di per sé non costituisca un atto di genocidio ai sensi dell’articolo II della Convenzione (lo è, al contrario, il trasferimento di fanciulli¹³), viene considerato tra gli “other culpable acts systematically directed against the same group”, quindi è ulteriore prova della volontà di distruggere il gruppo in quanto tale¹⁴.

Il genocidio comporta la distruzione del gruppo in termini fisici e biologici, ma, nondimeno, elementi riconducibili alla “pulizia etnica” sotto il profilo sociale e culturale possono essere presi in considerazione nell’accertare l’esistenza del dolo specifico nel compimento di atti di genocidio¹⁵. Non pare invece necessario, secondo la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, a differenza di quanto sostenuto da illustre dottrina, provare l’esistenza di un piano o di una politica genocidaria¹⁶.

¹¹ ICTR, *Akayesu, cit.*, par. 731. Cfr. C. Eboe-Osuji, *Rape as genocide: some questions arising*, in *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 251-273.

¹² ICTY, *Trial Chamber, Popović et altri*, case n. IT-05-88-T, 10 giugno 2010, par. 856.

¹³ Si veda L. Zagato, in questo sito.

¹⁴ ICTY, *Popović, cit.*, par. 862. La definizione di gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso in quanto tale è un elemento altrettanto essenziale dell’intento specifico. “[A] group is defined by particular positive characteristics—national, ethnical, racial or religious—and not the lack of them” (ICTY, *Trial Chamber, Prosecutor c. Popović, cit.*, par. 809, che richiama espressamente la sentenza della Corte internazionale di giustizia, *Bosnia c. Serbia, cit.*, par. 193. La *Trial Chamber* dell’ICTY specifica che si tratta di una parte del gruppo dei *Bosnian Muslims* ad essere colpita, cioè i Musulmani della parte orientale della Bosnia). Secondo la definizione fornita dalla convenzione, il genocidio si compie anche se il gruppo è colpito “in parte”, purché “the portion targeted must be a substantial part of the group because it must be significant enough to have an impact on the group as a whole” (*Krstić Appeal Judgment*, par. 8. Così anche ICTY, *Popović, cit.*, par. 831).

¹⁵ Ad esempio si veda ICTY, *Popović et altri, cit.*, par. 822.

¹⁶ In dottrina, cfr. W. A. Schabas, *Genocide, cit.*, p. 248, il quale ritiene si debba provare l’esistenza di un piano genocidario. Tuttavia, il Tribunale internazionale per l'ex Jugoslavia va

3. Diversa, chiaramente, è la *mens rea* quando l'accusa è di complicità in genocidio. Sul punto, la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali non è lineare, benché i giudici siano concordi sul fatto che i complici non debbano necessariamente “condividere” l'intento genocidario.

In alcune sentenze si è accertato che il complice fosse consapevole o dell'intento criminale del perpetratore o quantomeno del rischio altamente probabile che il perpetratore potesse essere implicato in una condotta criminale¹⁷. Così, in *Akayesu*, il complice “knowingly aided and abetted in the commission of such a murder while he knew or *had reason to know* that the principal was acting with genocidal intent¹⁸”.

Al contrario, altri giudici ritengono sia necessaria, ai fini dell'accertamento del crimine di complicità in genocidio, la conoscenza dell'intento genocidario da parte del principale perpetratore. Ad esempio, in *Blagojević*, il Tribunale penale per l'ex Jugoslavia afferma che “[F]or aiding and abetting, it is not required that the aider and abettor shared the *mens rea* required for the crime; it is sufficient that the aider and abettor had knowledge that his or her own acts assisted in the commission of the specific crime by the principal offender. The aider and abettor must also be aware of the “essential elements” of the crime committed by the principal offender, including the state of mind of the principal offender¹⁹”.

Sulla stessa linea, il 17 novembre 2009 la *Trial Chamber* del Tribunale penale internazionale per il Rwanda condanna *Michel Bagaragaza*, direttore generale dell'ufficio governativo che controllava l'industria del tè, a otto anni di reclusione per complicità in genocidio, in quanto aveva contribuito con una “substantial assistance to the killings of more than one thousand members of the Tutsi ethnic group with the knowledge of the planners’ and principal

nel senso opposto, come emerge da ultimo nel recentissimo caso ICTR, *Popović et altri*, *cit.*, par. 830, citando lo studio del Prof. Schabas, specifica: “the Trial Chamber finds that a plan or policy is not a legal ingredient of the crime of genocide [...] However, the Trial Chamber considers the existence of a plan or policy can be an important factor in inferring genocidal intent. When the acts and conduct of an accused are carried out in accordance with an existing plan or policy to commit genocide they become evidence relevant to the accused’s knowledge of the plan; such knowledge constitutes further evidence supporting an inference of intent”.

¹⁷ A sostegno di questa tesi, A. Cassese, *On the Use*, *cit.*, p. 883. V. anche H.G. Van der Wilt, *Genocide, complicità in genocide and International v. Domestic Jurisdiction*, in *JICJ*, 2006, pp. 239-257, in part. p. 247.

¹⁸ *Akayesu*, *cit.*, par. 541, corsivo aggiunto. V. anche in questo senso, ICTY, Trial Chamber, *Prosecutor c. Furundžija*, case no. IT-95-17/1, 10 dicembre 1998, par. 247. Corte speciale per la Sierra Leone, Trial Chamber, *Brima et altri*, case no. SCSL-04-16-T, 20 giugno 2007, par. 776.

¹⁹ ICTY, *Blagojević*, *cit.*, par. 727.

perpetrators' genocidal intent²⁰". Il complice non deve condividere lo scopo di commettere il genocidio, ma avere "knowledge", cioè conoscenza, essere consapevole che il principale perpetratore del crimine abbia lo scopo di commettere genocidio. Nel caso di specie, lo stesso *Bagaragaza* aveva ammesso di aver incontrato i perpetratori del genocidio e di essere venuto a conoscenza che avrebbero organizzato e condotto attacchi contro i membri del gruppo etnico *Tutsi* alla Kesho Hill e alla cattedrale di Nyundo. Inoltre, l'accusato aveva autorizzato che veicoli e carburante fossero utilizzati per il trasporto dei membri della *Interahamwe* (organizzazione paramilitare dell'etnia *Hutu*) per gli attacchi²¹. La Corte precisa che "complicity in genocide by aiding and abetting requires knowledge of the *mens rea* of the specific genocidal intent of the principal perpetrators, while the other forms of complicity may require proof that the accomplice shared the specific intent²²".

Recentemente, nel caso *Popović*, la *Trial Chamber* del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia stabilisce che "with respect to specific-intent crimes such as genocide and persecution, the accused needs to know that the person or persons in the joint criminal enterprise possessed the genocidal or discriminatory intent²³". Il Tribunale sembra voler distinguere la complicità in caso di "specific-intent crime" dalle altre ipotesi: per il genocidio, o per la persecuzione, è necessario che il complice conosca l'intento genocidario o discriminatorio dei perpetratori.

Nondimeno, la sfumatura è molto sottile e il confine tra il conoscere l'intento genocidario e l'essere consapevoli del rischio che sia commesso genocidio alquanto labile. Talvolta, conoscere l'intento genocidario del principale perpetratore potrebbe ad esempio voler dire sapere che in una data area c'è il rischio che possano essere commessi vari crimini, tra cui quello di genocidio, perché ci sono degli elementi che fanno chiaramente pensare –

²⁰ ICTR, Trial Chamber, *Prosecutor c. Bagaragaza*, case n. ICTR-05-86-S, 17 settembre 2009, par. 26. Sottolineatura aggiunta.

²¹ ICTR, *Bagaragaza*, cit., par. 25.

²² ICTR, *Bagaragaza*, cit., par. 23. Non c'è modo di soffermarsi oltre sul punto. Tuttavia, va detto che i tribunali hanno spesso distinto l'"aiding and abetting" da altre forme di complicità quali l'istigazione che richiedevano la condivisione del dolo speciale. Schabas critica l'approccio adottato dai tribunali internazionali, ritenendo che distinguere tra diverse forme di complicità che richiedono o meno lo *specific intent* (l'"aiding and abetting" non lo richiederebbe, ma l'istigazione sì) sia privo di spiegazioni. "A knowledge-based approach based upon a State policy or plan obviates the rationale for such arcane distinction", (*ivi*, p. 353). V. anche H. Vest, *A Structure-Based Concept of Genocidal Intent*, in *JICJ*, 2007, pp. 781-797.

²³ *Popović*, cit., par. 1017.

anche perché magari sollevati sul piano internazionale - ad una campagna per la distruzione di un gruppo etnico razziale o religioso.

Sulla necessità di provare solo il dolo eventuale o la conoscenza dell'intento genocidario dei perpetratori, la dottrina è divisa²⁴.

Il ruolo dei giudici è a questo punto fondamentale nella ricostruzione dei fatti e in un'indagine caso per caso per provare *oltre ogni ragionevole dubbio* la complicità in genocidio²⁵.

La ricerca dello *specific intent*, già complessa nel diritto penale, è ancora più difficile qualora ci si chieda se atti di genocidio siano commessi dagli Stati.

4. Può uno Stato commettere genocidio? La questione è stata puntualmente analizzata dalla Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del caso *Bosnia-Erzegovina c. Serbia*²⁶.

²⁴ Più in generale si veda W. A. Schabas, *Genocide, cit.*, p. 351-353. L'autore ricorda la discussione tra studiosi i quali ritengono che il *genocidal intent* debba essere *purpose-based* e studiosi che prediligono l'approccio *knowledge-based* (a favore di quest'ultimo, secondo il quale il dolo specifico può consistere anche soltanto nel fatto che il reo sia a conoscenza dell'esistenza di una campagna genocidaria, v. A. K. Greenawalt, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Approach*, in *Columbia Law Review*, 1999, pp. 2259-2294, e C. Kress, *The Darfur Report and Genocidal Intent*, in *JICJ*, 2005, pp. 562-578, in part. p. 567).

²⁵ Anche lo standard di prova varia conseguentemente. Ad esempio, non è necessario che lo standard di prova dell'intento specifico sia "beyond reasonable doubt" nel caso in cui si spicchi un mandato d'arresto internazionale per crimine di genocidio, come precisato dalla Camera d'Appello della Corte penale internazionale nei confronti di *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, presidente del Sudan dal 1993. La *Pre-Trial Chamber* non inseriva il genocidio tra i capi di accusa in quanto l'esistenza di un intento genocidario non era "the only reasonable conclusion drawn from the evidence". La Camera d'appello ribadiva che per inserire il genocidio tra i capi di accusa era sufficiente provare ci fossero "reasonable grounds to believe" che l'imputato avesse commesso genocidio e rimetteva la decisione alla *Pre-Trial Chamber* (ICC, Appeals Chamber, *Prosecutor c. Al Bashir*, case no. ICC-02/05-01/09-T-1, 2 febbraio 2010). Quest'ultima, il 12 luglio 2010 emette mandato d'arresto contro Al Bashir anche per crimini di genocidio: villaggi abitati dalle etnie Fur, Masalit e Zaghawa erano stati colpiti dalla campagna messa in atto per contrastare l'insurrezione con uccisioni, stupri, trasferimento forzato della popolazione e inquinamento dei pozzi. Il ruolo di *Al Bashir*, secondo la *Pre-Trial Chamber*, non era solo di coordinare, ma aveva anche il compito di controllare l'apparato militare della Repubblica del Sudan, quindi i giudici ritengono sussistano "reasonable grounds to believe" che questi avesse gito con "dolus specialis to destroy in part the Fur, Masalit and Zaghawa ethnic groups" ICC, Pre-Trial Chamber, *Secondo mandato d'arresto per Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-95, 12 luglio 2010.

²⁶ Per un'analisi dei vari aspetti della sentenza, si veda, tra gli altri, W.A. Schabas, *Whither genocide? The International Court of Justice finally pronounces*, in *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 183-192; A. Cassese, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *JICJ*, 2007, pp. 875-887, A. B. Loewenstein e S.A. Kostas, *Divergent Approaches to Determining Responsibility for Genocide*, in *JICJ*, 2007, pp. 839-857, A. Gattini, *Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment*, in *JICJ*, 2007, pp. 889-904; M. Arcari, *L'attribuzione allo Stato di atti di genocidio nella sentenza della corte internazionale di giustizia nel caso Bosnia-Erzegovina c. Serbia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, pp. 565-578, M. Frulli, *Un passo avanti e due indietro: responsabilità individuale e responsabilità statale nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Bosnia-Erzegovina c. Serbia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, pp. 579-593, A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, in *EJIL*, 2007, pp. 649-668, M. Milanović, *State Responsibility for Genocide: a Follow-Up*, in *EJIL*, 2007, pp. 669-694, A. Gattini, *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment*, in

Il punto di partenza dal quale necessariamente ci si deve muovere è l'affermazione della Corte dell'Aja secondo la quale, in base alla convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, uno Stato abbia assunto l'obbligo di non commettere esso stesso genocidio. Tale obbligo deriverebbe, nel ragionamento dei giudici dell'Aja, dall'obbligo di prevenire il genocidio. Nelle parole della Corte: "It must be observed at the outset that such an obligation is not expressly imposed by the actual terms of the Convention. [...] Under Article I the States parties are bound to prevent such an act, which it describes as "a crime under international law", being committed. The Article does not *expressis verbis* require States to refrain from themselves committing genocide. However, in the view of the Court, taking into account the established purpose of the Convention, the effect of Article I is to prohibit States from themselves committing genocide".

Due sono gli elementi a sostegno di tale tesi: il primo è che il genocidio sia definito "a crime under international law" dall'articolo I della Convenzione, quindi la Corte sostiene che "by agreeing to such a categorization, the States parties must logically be undertaking not to commit the act so described". Il secondo è che risulterebbe "paradoxical if States were thus under an obligation to prevent, so far as within their power, commission of genocide by persons over whom they have a certain influence, but were not forbidden to commit such acts through their own organs, or persons over whom they have such firm control that their conduct is attributable to the State concerned under international law. In short, the obligation to prevent genocide necessarily implies the prohibition of the commission of genocide"²⁷.

La Corte internazionale di giustizia introduce il concetto di "duality of responsibility", quindi di responsabilità penale individuale che può coesistere per un medesimo genocidio con la responsabilità dello Stato, e che quest'ultima possa essere verificata a prescindere dal previo accertamento da parte di un tribunale competente della responsabilità di singoli individui.²⁸

Nel dispositivo della sentenza, poi, la Corte precisa che la commissione di un atto di genocidio da parte degli Stati è un'azione che avviene "through their own organs, or persons over whom they have such firm control". In altri termini, la Corte riconduce l'indagine sulla responsabilità per crimine di

EJIL, 2007, pp. 695-713, S. Forlati, *Violazione dell'obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell'affare Bosnia-Erzegovina c. Serbia*, in *RDI*, 2007, pp. 425-430.

²⁷ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, *cit.*, par. 166.

²⁸ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, *cit.*, par. 172 e 182.

genocidio alla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali descritta dal Progetto di articoli del 2001 elaborato dalla Commissione di diritto internazionale (*Progetto CDI*)²⁹, che prevede appunto la responsabilità dello Stato per atti dei propri organi.

La Corte dell'Aja desume l'obbligo di non commettere atti di genocidio dall'obbligo di prevenzione contenuto nella convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio. Come affermato dalla dottrina, tale obbligo sarebbe, al contrario, ricavabile dal diritto internazionale consuetudinario: "It evolved from the emergence in contemporary International law of a set of international obligations of fundamental importance for the whole international community that constitute the so-called *jus cogens*. This customary rule on the obligation of States not to engage in genocide attracted, as it were, many elements of the definition of genocide enshrined in the 1948 Convention, but remained independent of that Convention"³⁰.

Se, dunque, esiste, sia che esso sia ricavato dalla convenzione, sia che sia ricavato dal diritto internazionale consuetudinario, un obbligo di non commettere atti di genocidio, come verificare lo *specific intent* dello Stato? O, in altri termini, è necessario accertare che le azioni dello Stato siano state compiute con lo scopo di distruggere in tutto o in parte un gruppo etnico razziale o religioso?

5. Nella sentenza *Bosnia-Erzegovina c. Serbia*, la Corte internazionale di giustizia afferma – basandosi principalmente sulla ricostruzione dei fatti e le conclusioni raggiunte nel corso dei procedimenti davanti al Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia³¹ – che le forze VRS della Repubblica

²⁹ *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

³⁰ P. Gaeta, *On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?*, in *EJIL*, 2007, pp. 631-648, in part. p. 642. V. anche A. Cassese, *On the Use of Criminal Law Notions... cit.*, p. 878-879. L'autrice sottolinea che la Corte non giustifica il perché di una considerevole estensione degli obblighi degli Stati contraenti, ma fa un semplice riferimento all'oggetto e allo scopo della convenzione.

³¹ V. ad esempio *Blagojević, cit.*, par. 677: "The Trial Chamber finds that the Bosnian Serb forces not only knew that the combination of the killings of the men with the forcible transfer of the women, children and elderly, would inevitably result in the physical disappearance of the Bosnian Muslim population of Srebrenica, but clearly intended through these acts to physically destroy this group".

*Srpska*³² avessero compiuto atti di genocidio a Srebrenica, con l'intento specifico di distruggere i Bosniaci musulmani³³.

Prima di procedere alla verifica dell'imputabilità di azioni di una forza paramilitare serbo-bosniaca allo Stato serbo, la Corte sottolinea, negando la tesi della Bosnia secondo la quale il genocidio era stato commesso non solo nell'enclave di Srebrenica, che "the Applicant has not established the existence of that intent [the necessary specific intent (*dolus specialis*)] on the part of the Respondent, either on the basis of a concerted plan, or on the basis that the events reviewed above reveal a consistent pattern of conduct which could only point to the existence of such intent"³⁴.

I giudici internazionali parlano di "intent" dello Stato. Quindi, alla domanda se si possa accertare l'"intento specifico" dello Stato, potrebbe essere possibile rispondere, come pare lasci intuire la Corte, che il dolo specifico dello Stato è limitato all'ipotesi in cui sia dimostrabile un piano statale nella commissione del crimine contro un gruppo protetto. In questo senso, il Prof. Schabas sottolinea che, se da un lato la nozione di "intent" non sembra essere adeguata all'accertamento della responsabilità dello Stato, d'altro lato "the better approach may be to examine State intent from the standpoint of State policy, which is much more logical to apply"³⁵.

Secondo altra parte della dottrina, l'esistenza di un "piano" o comunque di un "pattern of violence" non richiederebbe la verifica dell'intento specifico dello Stato e neppure dei vertici militari dell'esercito, o, più in generale, degli individui-organo dello Stato. In altri termini, "there would be no need to demonstrate that the state as such – or one or more of its officials – harboured a genocidal intent in the criminal sense. This is a requirement that only

³² "The Armed Forces in 1995 consisted of two components, the Army of the Republika Srpska ("VRS") and the MUP Forces ("together Bosnian Serb Forces")", in ICTY, *Popović, cit.*, par. 102.

³³ "[T]he Court concludes that the acts committed at Srebrenica falling within Article II (a) and (b) of the Convention were committed with the specific intent to destroy in part the group of the Muslims of Bosnia and Herzegovina as such; and accordingly that these were acts of genocide, committed by members of the VRS in and around Srebrenica from about 13 July 1995". ICJ, *Bosnia c. Serbia, cit.*, par. 297.

³⁴ ICJ, *Bosnia c. Serbia, cit.*, par. 376. Sottolineatura aggiunta.

³⁵ W. A. Schabas, *Genocide in International Law, cit.*, p. 518. Si veda anche quanto affermato dalla commissione interamericana per i diritti umani sul caso del Guatemala. Nel 1982, durante la guerra civile guatemalteca, truppe governative massacrarono centinaia di persone nel villaggio Plan de Sanchez. Le vittime appartenevano alla popolazione Maya. La Commissione, nel suo rapporto affermava che il massacro era stato condotto "within the framework of a genocidal policy of the Guatemala State carried out with the intention of totally and partially destroying the Maya indigenous people". V. Case of *Plan de Sanchez Massacre c. Guatemala, Judgment (Merits)*, 29 aprile 2004, par. 3. Sottolineatura aggiunta.

pertains to the criminal liability of individuals. Absent direct evidence of the existence of a genocidal policy, it would be only necessary to prove that, because of the overall pattern of violence, the ultimate goal of the policy of the State cannot but be that of destroying the group as such³⁶”.

L'accertamento dell'”intenzione” dello Stato potrebbe passare per il tramite di un processo di deduzione dell'intento genocidario dall'insieme delle condotte poste in essere dai suoi organi e da altre circostanze di fatto, senza che sia necessario che tutti gli individui-organo che abbiano commesso dei crimini riconducibili all'elemento oggettivo del genocidio abbiano condiviso l'intento genocidario³⁷.

Quindi, laddove ci siano prove - benché sia piuttosto difficile ricostruirle, a meno che non ci siano chiare evidenze, - che esisteva un piano o, quantomeno, uno schema di violenza da parte dello Stato che non poteva avere altre conseguenze che il genocidio, lo Stato dovrebbe ritenersi responsabile per la commissione di atti di genocidio.

La Corte internazionale di giustizia ritiene che da parte della Serbia non ci sia stato uno schema di violenza statale nei termini sopraesposti.

6. La Corte internazionale di giustizia si chiede poi se i fatti di Srebrenica di quel tragico luglio 1995, gli unici accertati come genocidio, possano essere attribuiti alla Serbia. In altri termini, i giudici devono chiarire se le VRS, forze bosniache serbe, siano organi *de jure, de facto* o *under control* dello Stato. Il ragionamento della Corte si fonda sul *Progetto CDI* e sulla nozione di “controllo effettivo”. Il ragionamento segue dunque l'accertamento della

³⁶ P. Gaeta, *On What Conditions.*, cit., p. 643. Sul fatto che l'intento genocidario non possa accertarsi con riferimento allo Stato, si veda anche M. Milanović, *State Responsibility for Genocide*, in *EJIL*, 2006, pp. 553-604, in part. p. 568: “In the opinion of this author, the answer to the question of how genocidal intent is to be attributed to a state is a very simple one: one does not have to”.

³⁷ A. Caligiuri, *La questione dell'accertamento del dolus specialis dello Stato nella commissione di un genocidio alla luce di una recente sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 439-447, in part. p. 443-444. Per questo non pare condivisibile quanto espresso dalla Commissione per il Darfur, *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*, 25 gennaio 2005. “The Commission concludes that the Government of Sudan has not pursued a policy of genocide” (par. 518). http://www.un.org/News/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf. La Commissione ha ritenuto di dover accertare che il governo sudanese, o meglio, “the central government authorities”, avesse l'intento specifico di distruggere il gruppo in quanto tale. Tuttavia, la Commissione precisa che “one should not rule out the possibility that in some instances single individuals, including government officials, may entertain a genocidal intent” (*ivi*, par. 520). In base al diritto internazionale, l'azione di un organo dello Stato è attribuibile allo Stato stesso ed implica la sua responsabilità internazionale, anche se si tratta di un'azione singola e il governo centrale non aveva intenzione di distruggere il gruppo.

responsabilità internazionale per atti illeciti internazionali senza che sia necessario dimostrare lo *specific intent* da parte dello Stato³⁸.

Brevemente, la Corte sviluppa tre punti:

a. Al momento della commissione del genocidio a Srebrenica, erano le Vrs organo *de jure* della Serbia³⁹? La Corte risponde negativamente, “since none of them had the status of organ of that State under its internal law”⁴⁰. Il fatto che gli stipendi degli appartenenti a tali forze fossero pagati tramite l’amministrazione serba, non dimostra automaticamente che esse fossero inserite all’interno della struttura organizzativa dello Stato serbo.

b. Si può ritenere che le Vrs fossero organi *de facto*? In altri termini, è possibile dimostrare che tali forze fossero sotto “completa dipendenza” dello Stato serbo al momento dei fatti di Srebrenica? I giudici della Corte affermano che “in July 1995, neither the Republika Srpska nor the VRS could be regarded as mere instruments through which the FRY was acting, and as lacking any real autonomy. While the political, military and logistical relations between the federal authorities in Belgrade and the authorities in Pale, between the Yugoslav army and the VRS, had been strong and close in previous years [...] they were, at least at the relevant time, not such that the Bosnian Serbs’ political and military organizations should be equated with organs of the FRY”⁴¹. Mancava dunque un legame stretto al punto da determinare una dipendenza totale di tali forze paramilitari rispetto all’esercito serbo.

c. Le Vrs erano infine da ritenersi “under control” dello Stato⁴²? Per rispondere a questo quesito la Corte internazionale di giustizia richiama la sua precedente giurisprudenza nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*⁴³: “For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in

³⁸ Ai sensi dell’articolo 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali: “Sussiste un atto internazionalmente illecito di uno Stato quando un comportamento consistente in un’azione o in un’omissione: a) può essere attribuito allo Stato alla stregua del diritto internazionale; e b) costituisce una violazione di un obbligo internazionale dello Stato”.

³⁹ Art. 4 progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato.

⁴⁰ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 386.

⁴¹ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 394.

⁴² Articolo 8 del Progetto di articoli. Secondo il commentario al progetto, “[s]uch conduct will be attributable to the State only if it directed or controlled the specific operation and the conduct complained of was an integral part of that operation” (Progetto con commentario, cit., p. 47). La Commissione di diritto internazionale spiega poi che “[i]n any event it is a matter for appreciation in each case whether particular conduct was or was not carried out under the control of a State, to such an extent that the conduct controlled should be attributed to it” (p. 48).

⁴³ ICJ, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, *Nicaragua c. Stati Uniti*, 27 giugno 1986, in *Rec. 1986*, p. 14.

principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed”⁴⁴. La Corte prosegue nel suo ragionamento criticando il criterio dell’*overall control* utilizzato dal Tribunale penale per l’ex Jugoslavia, *Appeals chamber*, nel caso *Tadić*⁴⁵. La Corte dell’Aja ritiene che un simile criterio debba limitarsi all’ipotesi in cui vada accertata l’internazionalità del conflitto. In un caso in cui si intenda invece attribuire le azioni di un’entità allo Stato, “the “overall control” test is unsuitable, for it stretches too far, almost to breaking point, the connection which must exist between the conduct of a State’s organs and its international responsibility”⁴⁶. Il Tribunale internazionale per l’ex Jugoslavia, invece, identificava due diversi gradi di controllo: per gli atti compiuti da singoli individui l’attribuzione del loro comportamento allo Stato può avvenire solo se questi abbia esercitato un effettivo controllo su ogni singola operazione⁴⁷; al contrario, per gli atti compiuti da gruppi strutturati e organizzati gerarchicamente, come può essere una fazione paramilitare, è sufficiente un *overall control*, che consiste sia nel sostegno finanziario sia nell’aiuto alla pianificazione della sua attività militare⁴⁸.

La Corte internazionale di giustizia, come si è avuto modo di analizzare brevemente, non accerta l’esistenza del dolo specifico dello Stato, bensì verifica che sia possibile attribuire determinate azioni di genocidio compiute da forze paramilitari allo Stato: solo in quest’ultima ipotesi sussisterebbe la responsabilità internazionale di quest’ultimo.

Se uno Stato non è responsabile in crimini di genocidio, può essere ritenuto complice?

7. Una volta affermato che non erano attribuibili alla Serbia gli atti di genocidio compiuti dalle *Bosnian Serb Forces* a Srebrenica, la Corte, nella sentenza in esame, passa ad interrogarsi sulla possibilità che la Serbia fosse “complice”. La Corte internazionale di giustizia rileva in primo luogo che

⁴⁴ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, *cit.*, par. 399.

⁴⁵ ICTY, Appeals Chamber, case no. IT-94-1-A., *Prosecutor c. Tadić*, 15 luglio 1999.

⁴⁶ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, *cit.*, par. 406.

⁴⁷ ICTY, *Tadić*, *cit.*, par. 120.

⁴⁸ ICTY, *Tadić*, *cit.*, par. 131. A sostegno del ragionamento del tribunale, A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić tests*, *cit.*, p. 662. “The Appeals Chamber’s approach was methodologically quite appropriate”. L’autore sostiene che se lo Stato non solo finanzia ma anche coordina l’attività e ha un impatto nella pianificazione e nell’organizzazione delle attività del gruppo, la singola azione, benché non specificatamente coordinata dallo Stato, sarà a questi attribuita. Diversa la posizione di M. Milanović, *State Responsibility*, *cit.*, p. 588.

“although “complicity”, as such, is not a notion which exists in the current terminology of the law of international responsibility, it is similar to a category found among the customary rules constituting the law of State responsibility, that of the “aid or assistance” furnished by one State for the commission of a wrongful act by another State”⁴⁹.

Essa quindi pone sullo stesso piano la categoria della complicità nella commissione di crimini da parte degli individui con l’aiuto e l’assistenza (di cui all’articolo 16 *Progetto CDI*). Conseguentemente, per accertare la responsabilità della Serbia per complicità in genocidio, i giudici devono accertare se organi dello Stato convenuto, o persone che agiscano sotto il suo effettivo controllo, abbiano fornito “aiuto o assistenza” nella commissione del genocidio di Srebrenica.

In secondo luogo, la Corte definisce la *mens rea* nell’ipotesi di complicità: in un modo piuttosto generico, i giudici prima pongono la questione (ma non rispondono) sul se il complice debba “condividere” lo *specific intent* dei principali perpetratori, poi affermano che “there is no doubt that the conduct of an organ or a person furnishing aid or assistance to a perpetrator of the crime of genocide cannot be treated as complicity in genocide unless at the least that organ or person acted knowingly, that is to say, in particular, was aware of the specific intent (*dolus specialis*) of the principal perpetrator⁵⁰”. In questo senso i giudici dell’Aja si allineano alla giurisprudenza dei tribunali penali internazionali che indicano la necessità di accertare che il complice sia consapevole dell’intento genocidario di chi commette genocidio.

I giudici, al termine dell’analisi condotta sulla base delle prove presentate dalla Bosnia Erzegovina, non sono convinti e non riescono a provare oltre ogni ragionevole dubbio che la Serbia fosse chiaramente consapevole che il genocidio si stesse compiendo o fosse sul punto di compiersi, “in other words that not only were massacres about to be carried out or already under way, but that their perpetrators had the specific intent characterizing genocide, namely, the intent to destroy, in whole or in part, a human group, as such”⁵¹. Dal ragionamento condotto, appare chiaro che la

⁴⁹ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 419.

⁵⁰ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 421.

⁵¹ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 422.

Corte combini – secondo taluni autori con qualche possibile obiezione⁵² - categorie proprie del diritto penale e del diritto della responsabilità degli Stati.

Ci si potrebbe chiedere tuttavia se la Corte poteva, così come nella parte relativa all'attribuzione del comportamento delle forze VRS alla Serbia, inquadrare l'analisi nell'ambito del diritto della responsabilità degli Stati, senza sconfinare in categorie proprie del diritto penale.

E' la stessa Corte, peraltro, a richiamare l'articolo 16 *Progetto CDI*, benché esso riguardi ipotesi di aiuto ed assistenza di uno Stato verso un altro Stato e non di uno Stato verso gruppi o persone private. Sempre la Corte precisa, a tale proposito, che “[A]lthough this provision, because it concerns a situation characterized by a relationship between two States, is not directly relevant to the present case, it nevertheless merits consideration⁵³”.

Alcuni autori evidenziano come nelle ipotesi di complicità dello Stato, se davvero la Corte volesse applicare categorie di diritto penale, andrebbe accertato solo il *dolus eventualis*, dunque l'elevata probabilità che un determinato crimine si compia⁵⁴. Tuttavia, in questo caso si potrebbe finire con il sovrapporre la complicità alla violazione dell'obbligo di prevenzione⁵⁵, non essendo pertinente alla luce della giurisprudenza la mera distinzione tra la complicità intesa come “azione” e la seconda come omissione⁵⁶.

Piuttosto, la Corte internazionale di giustizia avrebbe potuto continuare nel ragionamento iniziato invocando l'articolo 16 del *Progetto CDI*, in base al quale si deve dimostrare che lo Stato conosca le “circumstances in which its aid and assistance is intended to be used”. Secondo il commentario della Commissione di diritto internazionale, sono tre i “confini” entro i quali procedere all'accertamento della responsabilità dello Stato per aiuto e assistenza: “First, the relevant State organ or agency providing aid or assistance must be aware of the circumstances making the conduct of the assisted State internationally wrongful; secondly, the aid or assistance must be given with a view to facilitating the commission of that act, and must actually do so; and thirdly, the completed act must be such that it would have been

⁵² In questo senso A. Cassese, *On the Use of Criminal Law*, cit., p. 882 ss.

⁵³ ICJ, *Bosnia c. Serbia*, cit., par. 420.

⁵⁴ In questo senso A. Cassese, *On the Use of Criminal Law Notions...*, cit., p.

⁵⁵ Sulla violazione dell'obbligo di prevenzione si veda S. Forlati in questo sito.

⁵⁶ In questo senso, tra gli altri, ICTY, *Popović*, cit., par. 1019: “ the Appeals Chamber has consistently found that, in the circumstances of a given case, the *actus reus* of aiding and abetting may be perpetrated through an omission”.

wrongful had it been committed by the assisting State itself". In questo senso, si supera il requisito che è proprio del diritto penale, cioè della conoscenza dell'intento genocidario dei perpetratori del crimine. I giudici dovrebbero dimostrare, in base alle prove a disposizione, secondo un criterio forse dunque più "flessibile", che lo Stato conoscesse, al momento della commissione del genocidio, "le circostanze". Seguendo questo ragionamento si potrebbero tenere ben distinte – come pare fosse nell'intento della Corte nella prima parte della sentenza *Bosnia c. Serbia* - le categorie proprie del diritto penale da quelle del diritto della responsabilità degli Stati⁵⁷.

8. Il filo rosso dello *specific intent* ha accompagnato l'analisi di alcuni casi sottoposti all'attenzione dei tribunali penali internazionali per l'ex Jugoslavia e il Rwanda e della Corte internazionale di giustizia. Intento specifico significa intenzione di distruggere un gruppo etnico, razziale, nazionale o religioso, come previsto dalla Convenzione contro il genocidio.

Nei casi di responsabilità penale individuale, i tribunali per l'ex Jugoslavia e il Rwanda devono accertare oltre ogni ragionevole dubbio se l'accusato abbia commesso atti di genocidio con l'intenzione specifica di distruggere un gruppo etnico, razziale, nazionale o religioso. L'intento può essere anche dedotto da alcuni elementi che descrivono un complesso schema di violenza o da atti che di per sé non costituirebbero crimine di genocidio, ma che letti nel complesso delle azioni compiute dal singolo tendono a confermare l'esistenza dell'intento specifico.

Diverso è il caso di genocidio commesso dallo Stato. La responsabilità penale individuale deve infatti rimanere ben distinta dalla responsabilità dello Stato per atti illeciti internazionali. Lo *specific intent* rileva ai fini

⁵⁷ Non pare opportuno in questa sede chiedersi se la Serbia potesse dunque essere ritenuta responsabile di complicità in genocidio. Ci si limita a citare la posizione assunta da uno dei giudici, convinto della responsabilità della Serbia per genocidio e, a maggior ragione, per complicità in genocidio. Nella sua *dissenting opinion*, il giudice A. Mahiou afferma infatti: "Must one have acted only "at the critical time", [...], to be an accomplice to genocide? Is it really possible to massacre over 7,000 persons in an improvised or spontaneous way, without some degree of advance preparation and planning? In view of the closeness and regularity of the contacts between the authorities of the FRY and those of the Republika Srpska—especially the human contacts through high-ranking officers of the FRY's army serving in the VRS — can we really regard as indisputable the lack of knowledge of such a project on the part of the authorities of the FRY? Among other evidence accumulated regarding the knowledge of the respondent State's leadership of the intent of the perpetrators of the massacres, does not the testimony of General Wesley Clark, [...], constitute a sufficiently convincing element indicating that President Milošević was very aware of what was about to happen in Srebrenica? And indeed the Court recognizes that he was, since it is on that basis that it establishes the violation of the obligation of prevention provided for by the Convention. Without such knowledge, the violation of that obligation could not be established" (par. 127 *opinion*).

dell'accertamento della commissione da parte dello Stato di un crimine di genocidio solo nell'ipotesi dell'esistenza di uno schema di condotta o una politica di uccisioni di massa, come pare suggerire la Corte internazionale di giustizia nella sentenza *Bosnia c. Serbia*. Se manca un "piano dello Stato", è opportuno procedere utilizzando gli strumenti forniti dal Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato: violazione di una norma di diritto internazionale e attribuzione del comportamento allo Stato. E' il ragionamento del resto condotto dalla stessa Corte internazionale di giustizia. L'ipotesi di rendere più flessibili i criteri di attribuzione della responsabilità allo Stato nell'ipotesi di crimine di genocidio non ha trovato riscontro a oggi nella giurisprudenza della Corte e nemmeno nella dottrina⁵⁸.

Anche per quanto riguarda la complicità, vanno distinte le ipotesi di responsabilità individuale dalla responsabilità dello Stato. Nel caso di individui "complici" in genocidio, è condivisibile quanto affermato anche recentemente dai Tribunali penali internazionali per il Rwanda e l'ex Jugoslavia: l'imputato è colpevole di complicità in genocidio se conosce l'intento genocidario dei perpetratori.

Passando ora alla responsabilità degli Stati, è forse necessario, per provare la complicità dello Stato in genocidio, che questi conoscesse l'intento di commettere genocidio dei principali perpetratori? Si può in altri termini trasferire la categoria propria del diritto penale al diritto della responsabilità degli Stati? Nella sentenza *Bosnia c. Serbia*, la Corte internazionale di giustizia pare sposare questa tesi, tuttavia essa apre, senza approfondire, un altro terreno di studio citando l'articolo 16 del *Progetto CDI*, relativo ai casi di "aiuto e assistenza". Tale articolo potrebbe rilevare, a detta della Corte, anche nelle ipotesi di aiuto e assistenza a singoli individui o gruppi. Seguendo il ragionamento iniziato dalla Corte, pare possibile sostenere che, nelle ipotesi di complicità dello Stato in genocidio, non sia necessario provare che lo Stato conosca l'intento genocidario dei perpetratori, ma le circostanze che rendono la condotta del perpetratore illecita. Ciò significa, in altre parole, "alleggerire", rendere più flessibile il criterio per verificare la complicità dello Stato in genocidio. E, soprattutto, se la Corte vorrà in futuro, con una Sua eminente

⁵⁸ Anche riferendosi all'ipotesi dell'"overall control", per attribuire un'azione di genocidio allo Stato, "the standard of proof for the attribution on the basis of 'instructions or control' must be especially rigorous in order to avoid the risk of false attribution": in questo senso A. Gattini, *Evidentiary.., cit.*, p. 897.

pronuncia, potrà affermare la necessità di tenere distinti i due ambiti, responsabilità penale individuale e responsabilità degli Stati, pur continuando ad utilizzare la precisa ricostruzione dei fatti operata come di consueto dai tribunali penali internazionali.

Dott.ssa Sara De Vido
Assegnista di ricerca
Università Ca' Foscari Venezia

THE LEGAL OBLIGATION TO PREVENT GENOCIDE: *BOSNIA V. SERBIA* AND BEYOND*

1. Introductory Remarks. - 2. The UN Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. - 3. The Customary Nature of the Obligation to Prevent Genocide. 4. Specific Features of the Obligation to Prevent Genocide. - (a) The Obligation to Prevent Genocide as a Rule of *Jus Cogens*? – (b) The Conditions Under which the Obligation Applies. – (c) The Content of the Obligation. 5. Conclusion.

1. *Introductory Remarks.*

A significant shift of focus from repression to prevention of genocide and other mass atrocities has taken place in the last decade: the commitments undertaken in UN framework as regards the so-called "responsibility to protect"¹ and the endorsement of this concept by the Security Council², the appointment of a Special Advisor to the Secretary General on the topic and of another one specifically entrusted with genocide prevention are just some of the efforts made to overcome the "Nurembergian"³ attitude taken in the past at international level. However, it is not always clear how far those commitments are translated into legally binding norms.

Specifically as regards genocide, an undertaking to prevent it is included in Article I of the UN Genocide Convention⁴: the ICJ judgment on the merits of the *Bosnia v. Serbia* case⁵ and, more

*This paper is intended for publication in *Scritti in onore di Giovanni Battaglini* (ed. by G. ARANGIO-RUIZ, F. SALERNO).

¹ On the concept of "responsibility to protect" see, among many others, L. BOISSON DE CHAZOURNES, L. CONDORELLI, "De la 'responsabilité de protéger', ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie, in 110 *Revue générale de droit international Public* (2006), pp. 11-18; P. HILPOLD, "The Duty to Protect and the Reform of the United Nations, a New Step in the Development of International Law?", 10 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* (2006), 35-69; C.C. JOYNER, "The 'Responsibility to Protect': Humanitarian Concern and the Lawfulness of Humanitarian Intervention", 47 *Va.J.Int'l L.* (2006-2007), 693-723; C. STAHN, "Responsibility to Protect – Political Rethoric or Emerging Legal Norm?", in 101 *Am. J. Int'l L.* (2007), 99-120; C. FOCARELLI, "The Responsibility to Protect Doctrine and Humanitarian Intervention", in 13 *Journal of Conflict & Security Law* (2008), 1-23, also for further references.

² Notably in Resolution 1373(2011) concerning the situation in Libya, which, according to the Secretary General, "affirms, clearly and unequivocally, the international community's determination to fulfil its responsibility to protect civilians from violence perpetrated upon them by their own government" (Statement of 17 March 2011, available at <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=5145#>). Whereas Resolution 1973 was adopted with five abstentions, the criticism of the abstaining states related to the choice of allowing recourse to military action: no doubts were cast in the debate as to the need for UN action in order to protect civilians in Libya (see the statements made by Brazil, Germany, India, the Russian Federation and China at the 6498th meeting of the Security Council, 17 March 2011, S/PV.6498). As regards the General Assembly, Resolution 63/308 of 14 September 2009 was adopted by consensus, albeit only after the words expressing appreciation for the 2009 Secretary General's Report on "Implementing the Responsibility to Protect" (A/63/677 of 12 January 2009) were removed from the draft. The debate on the topic was further pursued in the framework of informal interactive dialogues taking place on 9 August 2010 and 12 July 2011 respectively, on the basis of the reports issued by the Secretary General dealing with "Early warning, assessment and the responsibility to protect" (A/64/864 of 14 July 2010) and on "The role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect" (A/65/877 of 27 June 2011).

³ See W.M. REISMAN, "Acting *Before* Victims Become Victims: Preventing and Arresting Mass Murder", in 40 *Case W. Res. J. Int'l L.* (2007-2009), pp. 57-86 at 59, noting that the international community "has preferred to invest its efforts in punishment rather than prevention".

⁴ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Paris, 9 December 1948, in *UNTS*, vol. 78, p. 277. So far, the Convention was ratified by 141 States (see <http://treaties.un.org>, last visited on June 6, 2011).

⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Merits)*, 26 February 2007, in *ICJ Reports 2007*, p. 43.

recently, the judgment of the Hague Court of Appeal in *Mustafic*⁶ emphasized the legally binding nature of that undertaking⁷. Nevertheless, doubts are raised as to the role legal rules may play in preventing genocide⁸, and commentators still hold that “the political sphere [...] is where genocide prevention really belongs”⁹.

This paper aims at clarifying what impact the current legal framework may have on genocide prevention, by analyzing some specific features of the obligation to prevent genocide and elaborating on possible developments in this regard. These issues will be examined in the light of the *Bosnia v. Serbia* judgment, which was the first and, so far, the only opportunity for the International Court of Justice to apply the UN Convention in contentious proceedings on the basis of the compromissory clause included in Article IX¹⁰. The judgment thus shed light on the meaning and scope of some of the substantive obligations stipulated by the Convention, including the obligation to prevent genocide set forth by Article I.

2. The UN Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

First of all, the Court made it clear that the undertaking to prevent genocide has an autonomous role to play in the Convention’s framework. In dealing with Serbia’s contention to the effect that the

⁶ Gerechtshof ‘s Gravenhage, case n. 200.020.173/01, *Mehida Mustafic-Mujic et al. v. De Staat der Nederlanden*, 5 July, 2011, para. 6.2, in http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ljn=BR0132&u_ljn=BR0132. The Hague Court of Appeal thus reversed a judgment of the District Court of the Hague in which responsibility of the Netherlands had been denied essentially on grounds of lack of attribution of the relevant conduct (Judgment of 10 September 2008, case no. 265615/HA ZA 06-167, on which cf. G. GAJA, “Seventh Report on responsibility of international organizations”, Doc. A/CN.4/610 of 27 March 2009, at 11 para. 29).

⁷ As noted by O. BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and to Punish Genocide”, in *The Genocide Convention – A Commentary* (ed. by P. GAETA), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 27-57, at 41, “during the various stages of the Bosnian genocide case, the ICJ has transformed the ‘duty to prevent’ into a substantive legal obligation”.

⁸ J. Quigley, *The Genocide Convention – An International Law Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2006, xiv.

⁹ W.A. SCHABAS, “Genocide and the International Court of Justice: Finally, a Duty to Prevent the Crime of Crimes”, in *2 Genocide Studies and Prevention*, 2007, 101-122 at 115-116. A. BARTOLI, T. OGATA and G. STANTON, “Emerging paradigms in genocide prevention”, in *47 Politorbis* (2007), 16-25 at 16, maintain that “Genocide is an highly political act and genocide prevention cannot be but a political response”. Cf. also the dissenting opinion by Judge Ranjeva in *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, para. 6.

¹⁰ The Court dealt with the Genocide Convention in the well known advisory opinion on the *Reservations to the Convention on Genocide* of 28 May 1951, in *ICJ Reports 1951*, p. 15. As regards contentious proceedings, the interpretation of the Convention was at stake in the case concerning the *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan v. India)* (for the application of 11 May 1973 see *Pleadings, Oral Arguments, Documents, Trial of Pakistani Prisoners of War*, 3 ff.) which was however removed from the list upon request of Pakistan (see the Order of 15 December 1973, *ICJ Reports 1973*, 347-348). The ICJ found not to have jurisdiction in a number of cases - namely, the *Case Concerning Armed Activities in the Territory of the Congo (Congo v. Rwanda) Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, 3 February 2006, in *ICJ Reports 2006*, p. 6, and those concerning the *Legality of the Use of Force* Cases, decided upon on 15 December 2004 (*ICJ Reports 2004*, p. 865 for the judgment against Italy); the cases against the United States and Spain were struck off the list on June 2, 1999: see *ICJ Reports 1999*, pp. 916 and 761 respectively. Jurisdiction was affirmed in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)* (see the judgment of 18 November 2008 in *ICJ Reports 2008*, p. 412) but the judgment on the merits is not issued yet.

obligation stipulated by Article I only binds States to punish the perpetrators of genocide, the Court stressed: “The obligation on each contracting State to prevent genocide is both normative and compelling. It is not merged in the duty to punish, nor can it be regarded as simply a component of that duty”¹¹.

Furthermore, the obligation to prevent genocide is broader in scope than the obligation to punish it as set out in under Article VI. In principle, the latter concerns only genocide perpetrated within the territory of a given State Party: as regards other situations the State is only bound to cooperate with the activities of International Criminal Tribunals and Courts to whose jurisdiction it is subject¹². On the other hand, the ICJ read the obligation to prevent genocide as applying not only to activities of non-State actors within the territory of a State Party, but also to genocide that may occur beyond that State’s borders: in Serbia’s case, precisely the omitted prevention of the massacre in Srebrenica (the only act qualified as genocide by the Court¹³) was considered to be in breach of the Convention¹⁴. This reading, which confirms the stance taken by the Court in its 1996 judgment on jurisdiction¹⁵, may well depart from the overall approach taken by the drafters of the Convention¹⁶ but is justified under Articles 31(1) and 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties - especially in the light of the recent developments concerning the responsibility to protect. Indeed, a different interpretation of Article I would have implied the existence of a significant gap in the Convention’s framework.

The Court also made it clear that, “while respecting the United Nations Charter and any decisions that may have been taken by its competent organs”, the States Parties’ obligation to prevent genocide does not cease even when those organs have been called upon to intervene under Article VIII of the Convention¹⁷.

¹¹ *Bosnia v. Serbia*, *supra*, note 5, at 220 para. 427.

¹² *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 226 paras 442 ff.

¹³ See para. 376 of the Judgment. Cf. on the issue J. Quigley, “International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases”, in 40 *Case W. Res. J. Int’l L.* (2007-2009), pp. 243-264.

¹⁴ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, para 438.

¹⁵ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia) (Preliminary Objections)*, 11 July 1996, in *ICJ Reports 1996* 595 ff., at 615-616.

¹⁶ See A. CASSESE, “Taking Stock of the Genocide Convention and Looking Ahead”, in *The UN Genocide Convention*, *supra* note 4, pp. 531-544 at 533; O. BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and to Punish Genocide”, *ibid.* pp. 27-57, at 29 ff.

¹⁷ Para. 427.

3. The Customary Nature of the Obligation to Prevent Genocide.

It may safely be held that, besides being incorporated in the 1948 UN Convention, the obligation to prevent genocide is the object of a customary rule of international law. Several elements corroborate this conclusion. Already in 1951, the International Court of Justice stated that the “principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation”¹⁸. In their joint declaration appended to the *Bosnia v. Serbia* judgment, Judges Shi and Koroma qualified the obligation to prevent genocide set forth by Article I as an “overriding legal imperative”¹⁹.

The idea that the substantive obligations stipulated by the Convention reflect international custom was specifically accepted by Serbia. As is well known, in the last phase of the *Bosnia v. Serbia* case and in other proceedings before the ICJ Serbia maintained not to be bound by the UN Convention as such (and more specifically by Article IX). However, it acknowledged that “all actors in the conflict were at all times bound by the customary international law prohibition of genocide”²⁰, without distinguishing the issue of genocide prevention.

Furthermore, in the well-known passage concerning the responsibility to protect, the 2005 UN World Summit Outcome stated: “Each individual State has the responsibility to protect its population from genocide, war crimes, ethnic cleansing, and crimes against humanity. This responsibility entails the prevention of such crimes (...). We accept that responsibility and will act in accordance with it”²¹. Whereas the term “responsibility” is deliberately ambiguous in this context²², and emphasis is laid on prevention by the territorial State rather than through external pressure²³, the World Summit Outcome confirms the existence of a broad consensus on the customary nature of the obligation to prevent genocide²⁴.

¹⁸ *Supra*, note 10, p. 23.

¹⁹ *ICJ Reports 2007*, at 282 para. 5.

²⁰ See the pleading of V. Djerić, counsel to Serbia, in *Croatia v. Serbia*, hearing of 26 May 2008, CR 2008/9, p. 12, para. 37.

²¹ Res. 60/1 of September 20, 2005, par. 138. Cf. also the Declaration of the Stockholm International Forum 2004 - Preventing Genocide: Threats and Responsibilities, of 28 January 2004.

²² Cf. FOCARELLI, *supra* note 1.

²³ Cf. e.g. the UN Secretary General’s Report on the role of regional and sub-regional arrangements in implementing the responsibility to protect, *supra* note 2, p. 4, para. 10.

²⁴ According to the UN Secretary General, the commitments quoted above are “firmly anchored in well-established principles of international law”: cf. his report on “Implementing the Responsibility to Protect”, *supra* note 2, at 5 para. 3.

As a customary rule, the obligation to prevent genocide binds not only the States Parties to the Convention, but also other States and any other entity endowed with international legal personality - notably, international organizations and their organs, including the United Nations Security Council²⁵. I will further refer to the position of States only for the sake of simplicity.

4. Specific Features of the Obligation to Prevent Genocide.

The obligation to prevent genocide binds States to avoid genocidal behaviours that are not attributable to them (but rather to other States or to non-State actors). In this respect, it should be distinguished from the obligation *not to commit* genocide, which also stems from the UN Convention. *Bosnia v. Serbia* emphasized this distinction: the ICJ did acknowledge that the 1948 Convention binds States not to directly commit genocide, thus dismissing Serbia's allegations to the contrary²⁶ and avoiding what would have been a major shortcoming in the legal framework set up by the Convention²⁷. Nevertheless, Serbia was not held to be in breach of that obligation, since the genocide performed by the Bosnian Serbs in Srebrenica was not attributed to that State²⁸. Nor was the respondent deemed to be an accomplice in genocide, due to lack of evidence as to Serbia's awareness that its assistance to the Bosnian Serbs would be aimed at committing such a crime²⁹. On the other hand, the Court ascertained Serbia's responsibility for not preventing genocide in Srebrenica (as well as for not cooperating with the ICTY).

²⁵ G. GAJA, "Third Report on Responsibility of International Organizations", Doc. A/CN.4/553, at 4 para. 10. Cf. also ID., "The Role of the United Nations in Preventing and Suppressing Genocide", in *The Genocide Convention*, *supra* note 7, 397-406 at 405; BOISSON DE CHAZOURNES, CONDORELLI, *supra* note 1, at 15-16. For a more skeptical reading see W.M. REISMAN, "Acting Before Victims Become Victims", *supra* note 3, at 70. The responsibility of the United Nations for the Srebrenica massacre was alleged in *Mothers of Srebrenica v. Netherlands & United Nations*, decided upon by the Appeal Court in The Hague, Case No. 200.022.151/01, March 30, 2010, in 49 *ILM* (2010), pp. 1021 ff.

²⁶ The Convention does not expressly stipulate such a prohibition: for the Court's reasoning on the issue see *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, 113, paras 166 ff. Serbia's contentions were upheld by some individual judges: see e.g. the joint declaration of judges Shi and Koroma, *ICJ Reports 2007*, 279, para. 1; the separate opinion of judge Owada, *ibid.* at 298, para. 44; the dissenting opinion of Judge Tomka, *ibid.*, 333, para. 41, and 344, para. 61; the declaration of Judge Skotnikov, *ibid.*, 370; the dissenting opinion of Judge Kreca, *ibid.*, 551, para. 126 ff. See further J. Quigley, "International Court of Justice as a Forum for Genocide Cases", *supra* note 13, at 258.

²⁷ Genocide as such is prohibited by a peremptory norm of general international law (on this point see further under (a)): however, the only basis for the Court's jurisdiction in the *Bosnia v. Serbia* case was the compromissory clause included in the Genocide Convention. Therefore, had the Court read Article in a more restrictive way, it could not have assessed Serbia's compliance with the obligation not to commit genocide: cf. *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 104 para. 147.

²⁸ *Ibid.* at 215 para. 415. On this issue see, among others, M. MILANOVIC, "State Responsibility for Genocide: A Follow-Up", in 18 *EJIL* (2007) 669-694 at 673; P. PALCHETTI, *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, 109 ff.; M. SPINEDI, "L'attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina", 90 *Rivista di diritto internazionale* (2007) 417-425; F. SALERNO, "Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana", 92 *Rivista di diritto internazionale* (2009), 921-958 at 951.

²⁹ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, para. 420.

The judgment thus confirms the clear-cut and autonomous nature of the obligation to prevent genocide. However, problems arise in identifying the specific features of this obligation – more specifically, its nature, the conditions under which it applies and its content.

(a) *The Obligation to Prevent Genocide as a Rule of Jus Cogens?*

There can be little doubt that acts of genocide are prohibited by a rule of *jus cogens*. The qualification of genocide as a “crime under international law”, under both Resolution 96(I) of the UN General Assembly³⁰ and the 1948 Convention, conveys this idea. Genocide is specifically qualified as a breach of a peremptory norm in the ILC commentaries to what became Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties³¹ and to Article 40 of the 2001 Draft Articles on State Responsibility³². This approach was shared by several States during the Vienna Conference³³, and by the ICJ itself in the *Congo v. Rwanda* case³⁴. The very inclusion of genocide at the first place in the list of wrongful acts which give rise to a responsibility to protect further confirms this view.

However, the obligation to *prevent* genocide would not seem, as such, to be set forth by a rule of *jus cogens*³⁵. While no specific mention of this problem is to be found in the above-mentioned authorities, emphasis was laid on the incompatibility with *jus cogens* of genocide as such, rather than of omitted prevention. Precisely the lack of focus on the obligation to prevent genocide in the past³⁶, coupled with the difficulties in acknowledging a legal obligation to prevent mass atrocities in general, in the framework of the current debate on the responsibility to protect³⁷, would seem to

³⁰ The Resolution was adopted by unanimous vote on 11 December 1946.

³¹ “Report of the International Law Commission on the work of its eighteenth session”, *ILC Yearbook*, 1966 (II) 248, para. 3.

³² “Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session”, in *ILC Yearbook*, 2001 (II) 113, para. 4, also for further references. It should be recalled that draft Article 19(3)(c) of the Draft Articles on State Responsibility as adopted on first reading, listed genocide among “State crimes”: cf. 2Report of the International Law Commission on the work of its twenty-eighth session², *ILC Yearbook* 1976(II) at 95.

³³ See *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 26 March – 24 May 1968, summary records of the plenary meeting and of the meetings of the Committee of the Whole*, 52nd meeting, paras 15, 31 and 43; 53rd meeting paras 15, 16, 35, 48, and 69; 56th meeting, para. 20.

³⁴ *Supra* note 10 at 32, para. 64.

³⁵ Cf. A. GATTINI, *Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ’s Genocide Judgment*, 18 *EJIL* 2007, p. 695 ff. at 697. For a different stance see BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and to Punish”, *supra* note 7, at 36.

³⁶ Cf. L. KUPER, *The Prevention of Genocide*, New Haven and London, 1985, at 84, 217.

³⁷ Cf. STAHN, “The Responsibility to Protect”, *supra* note 1 at 120.

imply that the obligation we are here discussing, albeit legally binding, is not (yet) part of the peremptory core of the prohibition of genocide.

This view finds further support in the judgment of the Hague Court of Appeal in *Mothers of Srebrenica v. the United Nations*: the Court emphasized that the allegations of the applicants concerned omitted prevention, not genocide *per se* or complicity in genocide, clearly implying that the two situations should be distinguished for the purpose of upholding immunity³⁸. Moreover, it is significant that during the proceedings against Serbia Bosnia requested compensation that would take into account the particularly serious nature of the wrongful acts it attributed to the respondent, but only in connection to the alleged breaches of the obligation *not to commit* genocide. As regards the obligation to prevent genocide, any request for monetary compensation was withdrawn in Bosnia's final submissions. The Court confirmed that financial compensation would not be the appropriate form of reparation for this kind of breach, and awarded satisfaction in the form of "a declaration in the present Judgment that the Respondent has failed to comply with the obligation imposed by the Convention to prevent the crime of genocide"³⁹. This kind of treatment of the issue of reparation is in itself incompatible with the idea that the obligation to prevent be the object of a peremptory norm.

(b) The Conditions under which the Obligation Applies.

As regards the conditions under which the obligation to prevent becomes applicable, according to the Court this obligation, "and the corresponding duty to act, arise at the instant that the State learns of, or should normally have learned of, the existence of a serious risk that genocide will be committed"⁴⁰. Serbia's awareness of such a risk could not be cast in doubt, since already the ICJ Order concerning provisional measures of April 8, 1993, assessed its existence and enjoined Serbia to "take all measures within its power" to prevent genocide from occurring, and more specifically to "ensure that any military, paramilitary or irregular armed units which may be directed or supported

³⁸ *Supra* note 25, para. 5.10.

³⁹ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 234 para. 463. See also the statement of Condorelli, counsel to Bosnia, at the hearing of March 7 2006, CR 2006/11, p. 18: "il va de soi que la gravité pourtant évidente des violations de l'article I se relativise considérablement par rapport à la perpétration par la RFY du crime de génocide lui-même". For a critical appraisal of the ICJ's ruling on reparation see C. TOMUSCHAT, "Reparation in Cases of Genocide", in 5 *Journal of International Criminal Justice* (2007), pp. 905-912; S. FORLATI, "Obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell'affare *Bosnia c. Serbia*", 90 *Rivista di diritto internazionale* (2007) 425- 430.

⁴⁰ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 222 para. 431.

by it, as well as any organizations and persons which may be subject to its control, direction or influence, do not commit any acts of genocide” in Bosnia⁴¹.

However, in other contexts it may not be easy to forecast whether genocide is about to happen: even situations in which risk factors unequivocally exist could bring about consequences that are not as serious as genocide (or other mass atrocities), or develop in more positive ways notwithstanding lack of preventive action by a given State or international organization⁴². It is therefore not surprising that the current debate focuses on establishment of efficient early warning mechanisms, which would not allow to justify omitted prevention by relying (in good or bad faith) on allegations of ignorance. In Secretary General Ban Ki Moon’s words, “Getting the right assessment — both of the situation on the ground and of the policy options available to the United Nations and its regional and subregional partners — is essential for the effective, credible and sustainable implementation of the responsibility to protect”⁴³.

Hopefully, it will be possible to overcome the practical and political hindrances to the setting up of such mechanisms⁴⁴, and of other institutional arrangements specifically aimed at genocide prevention. This could be done both along the lines of those created to complement Article 3 of the European Convention on Human Rights 1950 or the 1984 UN Convention against torture⁴⁵ and at different levels - for instance, entrusting institutions and organizations with specific expertise in the field of genocide and mass atrocities with mediation or early warning tasks, be in the UN framework

⁴¹ *ICJ Reports 1993*, at 24 para. 52. Cf. also the Order of 13 September 1993, *ibid.* at 349-350. See further Security Council Resolution 819 of April 16, 1993. In any case, the behavior of Serb authorities, especially President Milosevic, showed awareness of the risk that genocide might occur in Srebrenica: see *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 224 paras 436-438.

⁴² Cf. T.R. GURR, “Options for the Prevention and Mitigation of Genocide: Strategies and Examples for Policy-Makers”, in 47 *Politorbis* (2/2009), 47-50 at 47.

⁴³ “Early warning, assessment and the responsibility to protect”, *supra* note 2, at 8 para. 19. Early warning is specifically mentioned both in the Stockholm Declaration and in para. 138 of the World Summit Outcome. The efforts of the Office of Secretary General’s Special Adviser on Genocide Prevention, whose functions in this respect are specifically supported by the latter document, are focusing on the identification of relevant risk factors, case studies and other forms of risk assessment. See Office of the Special Adviser on the Prevention of Genocide (OSAPG), *Analysis Framework*, in http://www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/osapg_analysis_framework.pdf (last visited on June 10, 2011). Cf. also Woocher, *Developing a Strategy, Methods and Tools for Genocide Early Warning – Prepared for the Office of the Special Adviser to the UN Secretary-General on the Prevention of Genocide*, 26 September 2006, in www.un.org.

⁴⁴ See again Woocher, *supra* note 43, at 6.

⁴⁵ See respectively the European Convention on the Prevention of Torture of 26 November 1987 and the Optional Protocol to the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, New York, 18 December 2002. Cf. in this respect the speech delivered by the UN Secretary General Kofi Annan at the Stockholm International Forum on 26 January 2004, Press Release SG/SM/9126.

or elsewhere⁴⁶. From the conceptual point of view, however, more problems arise as to the second condition laid down by the Court, namely that the State should have at its disposal “means likely to have a deterrent effect on those suspected of preparing genocide, or reasonably suspected of harbouring specific intent”⁴⁷.

It would seem that here, as in other parts of the judgment⁴⁸, the Court seeks to limit the consequences of extending the scope *ratione loci* of Article 1 beyond the areas falling under the jurisdiction of States Parties. Still, if read literally, as a precondition for the obligation to act, this element implies a qualification of the scope *ratione personae* of Article 1 of the Convention which does not find any basis either in its wording or in the object and purpose of the convention – since it broadens the opportunities to justify inaction⁴⁹. Besides, it would appear to contradict another statement of the Court, according to which, for the purpose of assessing responsibility, “it is irrelevant whether the State whose responsibility is in issue claims, or even proves, that even if it had employed all means reasonably at its disposal, they would not have sufficed to prevent the commission of genocide. As well as being generally difficult to prove, this is irrelevant to the breach of the obligation of conduct in question, the more so since the possibility remains that the combined efforts of several States, each complying with its obligation to prevent, might have achieved the result averting the commission of genocide - which the efforts of only one State were insufficient to produce”⁵⁰.

A more convincing construction, apparently adopted by the ICJ in its 1993 Order on provisional measures⁵¹, implies that the obligation to prevent applies *exclusively* on the basis of risk awareness,

⁴⁶ Early warning is one of the activities envisaged by the Foundation for the International Prevention of Genocide and Mass Atrocities, which was set up in October 2011 under the auspices of the Hungarian Government: see <http://www.genocideprevention.eu/Activities.html>.

⁴⁷ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 222 para 431.

⁴⁸ See *infra* under (c).

⁴⁹ Cf. however BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and to Punish”, *supra* note 7, at 39.

⁵⁰ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 221 para. 430. See further BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and to Punish”, *supra* note 7, at 42.

⁵¹ Order of April 8 1993 *supra* note 41, at 23 para. 45: “in the view of the Court, in the circumstances brought to its attention and outlined above in which there is a grave risk of acts of genocide being committed, Yugoslavia and Bosnia-Herzegovina, whether or not any such acts in the past may be legally imputable to them, are under a clear obligation to do all in their power to prevent the commission of any such acts in the future”. Cf. also *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 223 para. 432, in which only risk awareness is mentioned as a precondition for the obligation to prevent genocide to arise, and Judge Lauterpacht’s Separate Opinion appended to the Order on Provisional Measures of 13 September 1993, *ICJ Reports 1993*, at 441-442.

whereas the actual capacity to influence prospective *genocidaires* becomes of relevance only for the purpose of identifying the activities that should be pursued in order to fulfil that obligation. This is another problematic aspect of the obligation to prevent genocide.

(c) The Content of the Obligation.

A common feature of all obligations of prevention is that they are usually understood as “best efforts obligations, requiring States to take all reasonable or necessary measures to prevent a given event from occurring, but without warranting that the event will not occur”⁵². The ICJ confirmed that this is the correct reading of the obligation set forth by Article I of the Genocide Convention. According to the Court, “it is clear that the obligation in question is one of conduct and not one of result, in the sense that a State cannot be under an obligation to succeed, whatever the circumstances, in preventing the commission of genocide: the obligation of States parties is rather to employ all means reasonably available to them, so as to prevent genocide so far as possible”⁵³.

The approach followed by the ILC and by the Court implies that the actual commission of genocide is a precondition of responsibility for omitted prevention⁵⁴. If genocide occurs, States’ preventive conduct is assessed on a test of due diligence, the critical issue being the identification of the means that are “reasonably available” to each of them. In the ICJ’s words, the intensity of the action required depends on the actual capacity of a State to “influence effectively the action of the persons likely to commit, or already committing, genocide. This capacity itself depends, among other things, on the geographical distance of the State concerned from the scene of the events, and on the strength of the political links, as well as links of all other kinds, between the authorities of that State and the main actors in the events”⁵⁵. Therefore, there is a structural impossibility to identify once

⁵² Cf. commentary to Article 14, par. 3, of the Draft Articles on State Responsibility (*ILC Report on the Work of its Fifty-Third Session, ILC Yearbook*, 2001, vol. II, at 62 para. 14).

⁵³ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 1, para. 430. The wording “obligation of conduct” is here explicitly used as identifying not obligations of specific performance, as suggested by ILC Special Rapporteur Ago in his classification of internationally wrongful acts, but rather an obligation of means, along the lines of the approach later followed Special Rapporteur Crawford during the second reading of the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (see respectively “Sixth report on State responsibility”, doc. A/CN.4/302 and Add.1, 2 & 3, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1977, vol. II(1) at 5 ff., and “Second report on State responsibility”, doc. A/CN.4/49, at 25 para. 57. On the issue see P.M. DUPUY, “Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago’s Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility”, 10 *EJIL* (1999), p. 366 ff. at 377.

⁵⁴ Cf. also R. AGO, “Seventh Report on State Responsibility”, in *Yearbook of the Int. Law Commission*, 1978, I, Part I, pp. 31-60 at 33 ff. For a critical stance on this construction, specifically as regards genocide prevention, see GATTINI, “The Genocide Judgment”, *supra* note 35, at 702.

⁵⁵ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 221 para. 430. The same approach to positive obligations was taken by other international courts or monitoring bodies: for the position of the ECHR see, e.g. *Ilascu v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, 8 July 2004, para. 333.

and for all what behaviours would abide by the obligation of prevention. Still, this does not mean that compliance is left only to the good will and to the assessment of political opportunity of States and international organizations. While the relevance of those factors cannot be underestimated, the issue is also regulated by legal standards - which, however, need to be developed further.

As regards positive obligations in the field of human rights, the task of a more precise identification of their content, beyond the general “reasonableness” test accepted also by the ICJ, is usually performed by the judicial or quasi-judicial bodies that monitor compliance with the relevant treaties; their case-law is of guidance for future action by the Contracting Parties. An apt example concerns the right to the highest attainable standard of health, set forth by Article 12 of the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: according to General Comment n. 14, even in developing countries public health and healthcare facilities have to “include the underlying determinants of health, such as safe and potable drinking water and adequate sanitation facilities, hospitals, clinics and other health-related buildings, trained medical and professional personnel receiving domestically competitive salaries, and essential drugs, as defined by the WHO Action Programme on Essential Drugs”⁵⁶; respect for the principle of non discrimination is also required⁵⁷. With reference to positive obligations stemming from the right to life, the European Court of Human Rights held Article 2 ECHR to be breached if the national authorities omit to do “all that could reasonably be expected of them to avoid a *real* and *immediate* risk to life of which they have or ought to have knowledge”⁵⁸. In specific contexts, this legal standard may be developed further, also by reference to soft-law sources - such as the United Nations Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials in cases where risks for life originate directly

⁵⁶ General Comment n. 14(2000), of 11 August 2000, E/C.12/2000/4, p. 4, para. 12(a).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 4, para. 12(b), and p. 6, paras 18 ff.

⁵⁸ *Osman v. United Kingdom* (Application No. 87/1997/871/1083), Grand Chamber, 28 October 2008, para. 115. Emphasis added.

from police activity⁵⁹. In other instances, as in the case of enforced disappearances⁶⁰ or torture⁶¹, positive obligations identified as being part of the due diligence standard may be subsequently transposed in international agreements, thus becoming autonomous obligations of specific performance.

The Genocide Convention entrusts only the ICJ with the function of interpreting the Convention and assessing compliance with its provisions: admittedly, *Bosnia v. Serbia* did not go very far in clarifying what Serbia should have done in order to comply with its obligation to prevent genocide⁶². Still, some indications can be drawn from the judgment. First of all, while distinguishing between the obligation to prevent and the obligation to punish genocide, the ICJ nevertheless acknowledged that “one of the most effective ways of preventing criminal acts, in general, is to provide penalties for persons committing such acts, and to impose those penalties effectively on those who commit the acts one is trying to prevent”⁶³. The setting up of effective repression mechanisms that avoid impunity for the perpetrators can thus be seen also as a way to abide by the obligation to prevent. Nevertheless, especially in the light of the gravity and the scale of genocide, an approach based only on repression is by no means satisfactory⁶⁴.

A second, more general indication, concerns the need to act “within the limits permitted by international law”⁶⁵. The current debate concerning the responsibility to protect focuses on the precise identification of those limits, and more specifically on the legality of humanitarian intervention beyond the framework of Chapter VII of the Charter. As is well known, it is not likely

⁵⁹ See for instance European Court of Human Rights, Grand Chamber, *Giuliani and Gaggio v. Italy*, Application no. 23458/02, judgment of 24 March 2011, para. 154. The Principles were adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held in Havana (Cuba) from 27 August to 7 September 1990.

⁶⁰ Cf. A. ANNONI, “La responsabilità internazionale dello Stato per sparizioni forzate”, in 88 *Rivista di Diritto internazionale* (2005), 667-702 at 693; G. VENTURINI, “Tortura e sparizioni forzate”, in *La tortura nel nuovo millennio – La reazione del diritto* (ed. by L. ZAGATO, S. PINTON), Padova, 2010, 35-48 at 47.

⁶¹ Similar developments occurred as regards torture; see R. PISILLO-MAZZESCHI, “Responsabilité de l’Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l’homme”, 333 *Recueil des Cours* (2008), pp. 177-506 at 314, 323, 345 ff.; A. MARCHESI, “La proibizione della tortura all’inizio del nuovo millennio”, *ibid.*, 3-33 at 22 ff. Cf. also the instruments quoted *supra*, note 45.

⁶² Cf. the critical remarks of Judges Shi and Koroma in their joint declaration, *supra* note 19, para. 6.

⁶³ Para. 426. Cf. J. Quigley, *The Genocide Convention – An International Law Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 282.

⁶⁴ Cf. REISMAN, “Acting Before Victims Become Victims”, *supra* note 17, at 40.

⁶⁵ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 221, para.430.

that a broad consensus will be met soon on this very complex⁶⁶ and critical⁶⁷ issue: since the problem did not arise under the circumstances of the case, it is not surprising that the Court did not take a stance on it.

On the other hand, taking into account the traditional reluctance shown by States and international organizations, including the United Nations, to take up their responsibility in genocide prevention, shifting the focus from armed reaction to other ways and means through which this aim may be effectively pursued could prove productive⁶⁸. In this perspective, an effort could have been done to specify the *minimum* content of the legal obligation to prevent genocide, along the lines of the developments recalled above as regards other kinds of positive obligations. The ICJ actually followed an opposite path: while ascertaining that Serbia had not taken any steps whatsoever to avoid genocide⁶⁹ - a finding that, in itself, can hardly be open to criticism –, it also stressed that, as a matter of principle, “for a State to be held responsible for breaching its obligation of prevention, it does not need to be proven that the State concerned definitely had the power to prevent the genocide; it is sufficient that it had the means to do so and that it *manifestly refrained* from using them”⁷⁰. It may be asked why only flagrant breaches of obligations to prevent genocide would give rise to responsibility. No similar statement is to be found in other international judgments dealing with similar issues: for instance, in *Congo v. Uganda*⁷¹ the ICJ assessed that Ugandan forces “took no action” to prevent ethnic conflict in the Ituri region, failed to prevent the recruitment of child soldiers in areas under its control and, more generally, “did not take measures” to ensure respect for human rights and international humanitarian law in the occupied territories⁷². However, nowhere in the judgment did the ICJ state or imply that Uganda’s responsibility was met only because that State’s omissions were manifest. In *Osman*, the European Court of Human Rights specifically

⁶⁶See FOCARELLI, “The Responsibility to Protect”, *supra* note 1; J.E. MENDEZ, *Remarks on Intervention*, in 40 *Case W. Res. J. Int’l L.* (2007-2009), 87-96 at 88.

⁶⁷ See JOYNER, “The Responsibility to Protect”, *supra* note 1; BEN-NAFTALI, “The Obligations to Prevent and Punish”, *supra* note 6, at 44.

⁶⁸ See again MENDEZ, *Remarks on Intervention*, *supra* note 66, at 89. Cf. also Secretary General Kofi Annan’s Action Plan to Prevent Genocide, SG/SM/9197 of 7 April 2004.

⁶⁹ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 225, para. 438.

⁷⁰ *Ibid.* (emphasis added).

⁷¹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Congo v. Uganda)*, December 19, 2005, *ICJ Reports 2005*, p. 168 ss.

⁷² *Ibid.*, pp. 240-241, paras 209-2011. As regards omitted prevention of looting and exploitation of natural resources by private parties in the same region, the Court assessed: “rather than preventing the illegal traffic in natural resources, including diamonds, high-ranking members of the UPDF facilitated such activities”: *ibid.*, p. 253, para. 248.

rejected a this kind of interpretation, which was supported by the United Kingdom as regards the positive obligations stemming from the right to life. In the ECtHR's words, applying a standard of "gross negligence or wilful disregard" in that context would be "incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that Article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein, including Article 2"⁷³.

The different treatment of this issue in *Bosnia v. Serbia* does not seem to depend on a parallelism with the high standard of proof that the ICJ set as regards genocidal acts in themselves: that standard was justified in the light of the egregious nature of the crime⁷⁴ while, for the reasons set out above, a breach of the obligation of prevention is not perceived to be as serious as genocide itself. The reason of such an approach could rather lie in some specific features of the obligation to prevent genocide, that the Court hinted at when stressing that it did not "purport to establish a general jurisprudence applicable to all cases where a treaty instrument, or other binding legal norm, includes an obligation for States to prevent certain acts"⁷⁵. One of those specificities lies in the very broad territorial scope of the obligation which, as recalled, binds States also with regard to situations occurring outside their jurisdiction – whereas this is not usually the case in the field of human rights⁷⁶. Furthermore, while the scale of genocide (which affects groups, not individuals, and is thus easier to foresee in advance) facilitates, in some respects, preventive action, the complexity of situations of risk amplifies the discretion left to those who intend to take such action. Setting a high threshold for assessing responsibility allows to ensure that any such finding rests on a firm legal basis and cannot be criticized as being politically biased.

5. Conclusion.

The obligation to prevent genocide is legally compelling both under the 1948 UN Convention and customary international law. As all obligations of due diligence, it does not pre-determine the behaviour required in order to abide by it. While the task of specifying the content of positive

⁷³ *Osman v. United Kingdom*, *supra* note 56, para 115.

⁷⁴ *Bosnia v. Serbia*, *supra* note 5, at 130 para. 210. Cf. W.A. SCHABAS, "What is Genocide? What are the Gaps in the Convention? How to Prevent Genocide?", in 47 *Politorbis*, (2/2009), pp. 33-46 at 44.

⁷⁵ Para. 429.

⁷⁶ As regards humanitarian law, it is well known that Common Article 1 binds States Parties to "respect and ensure respect" for the Geneva Conventions of 1949. This implies an obligation for Contracting parties to seek compliance by other States with the relevant standards (cf. ICRC, Commentary to common Article 1, available at <http://www.icrc.org>). Such an obligation is deemed to exist also as regards customary humanitarian law (cf. J.-M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, 3rd ed., Cambridge, 2009, p. 509).

obligations in the field of human rights is usually performed by judicial or quasi-judicial bodies entrusted with the task of monitoring compliance with the relevant treaties, the peculiarities pertaining to the obligation to prevent genocide have led the ICJ not to follow the same approach as regards the interpretation of Article I of the Genocide Convention. Whereas the Court did give some indications as to the way in which the obligation to prevent genocide should be implemented, it also stressed that only manifest breaches of that obligation could give rise to international responsibility. For the time being, only egregious omissions would seem to qualify as such.

Nevertheless, the development of legal standards for genocide prevention could be pursued in other ways. The UN Convention could be usefully complemented by specific instruments - including soft law ones, such as guidelines – concerning not only the highly controversial issue of humanitarian intervention. More specifically, by identifying of a set of behaviours that have to be followed, as a minimum, in order to prevent genocide, instruments of this kind would limit discretion in reacting to genocidal risks. Non compliance with the indications included therein would amount to a manifest breach of the obligation to prevent genocide and give rise to responsibility even if the omission was not as blatant as in Serbia's case. Reaching consensus on such standards could be a challenge for the next decade – and a good test for the commitments undertaken in the framework of the responsibility to protect.

Il ritorno del 'genocidio culturale' nel diritto internazionale: osservazioni introduttive.

(prof. Lauso Zagato,
Università Ca' Foscari)

I Introduzione

1. Il genocidio culturale ha costituito uno dei temi maggiormente dibattuti a livello internazionale nel periodo immediatamente successivo alla seconda guerra mondiale, di pari passo con lo sviluppo dei lavori per la Convenzione contro il genocidio. Sull'inserimento o meno di tale nozione nel testo convenzionale si è anzi consumata la battaglia più dura tra le delegazioni degli Stati, conclusasi con la formale esclusione di ogni accenno al 'genocidio culturale' dal testo definitivo.

Il tema è tornato d'attualità nella situazione creatasi dopo la caduta del muro di Berlino, con risultati ancora una volta deludenti – o quanto meno non compiutamente soddisfacenti – per i sostenitori della necessità di inserire tra i crimini più gravi puniti dal diritto internazionale penale il reato di genocidio culturale. Ma .. la partita è davvero chiusa, come pur sembra concludere autorevole dottrina¹? A giudizio di chi scrive, per i motivi che verranno spiegati, non è così.

L'intervento che segue è stato presentato al seminario tenuto a Ca' Foscari (Venezia) il 27 gennaio 2011, in occasione della giornata della memoria; si tratta quindi, nello spirito del seminario, di osservazioni introduttive in vista di una scadenza di approfondimento a livello scientifico più alta. Dopo aver richiamato le fasi dei lavori ed il clima in cui è maturata la scelta di escludere il genocidio culturale dal testo definitivo della Convenzione (II), si concentrerà l'attenzione sugli sviluppi avvenuti con i conflitti dell'ultimo ventennio, e sul ritorno del genocidio culturale nella nuova situazione; un particolare ruolo giocano al riguardo le pronunce del Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, senza dimenticare l'intervento della Corte internazionale di giustizia. Andranno discussi altresì l'inserimento nello Statuto della Corte penale internazionale del reato di persecuzione per ragioni culturali, e la Dichiarazione dei diritti dei popoli indigeni (III). Nell'ultima parte si porrà in risalto

¹¹ SCHABAS A, *Genocide in International Law*, II ed., Cambridge University Press, 2009, *passim*. V. anche, in termini critici, SCOVAZZI T., *Bilan de recherches de la section de langue française du centre d'étude et de recherche de l'Académie*, in NAFZIGER J., SCOVAZZI T. (eds.), *The Cultural Heritage of Mankind/Le patrimoine culturel de l'Humanité*, The Hague, 2005, pp. 166-169.

l'incomprimibilità della nozione di genocidio culturale, sempre risorgente (purtroppo) nella sua originalità. Con quali indicazioni, si proverà allora a stabilire (IV).

II. L'esclusione del genocidio culturale dal testo definitivo della Convenzione del 1948

2. Seguire la vicenda contrastata della cancellazione del genocidio culturale dalla Convenzione del 1948 significa fare i conti con il lato oscuro di quella che è considerata la fase eroica delle Nazioni Unite.

Il testo ispiratore di Lemkin², per partire da quello, prevedeva la figura del genocidio culturale. Più esattamente, individuava “the existence of techniques of genocide in various fields”, distinguendo così diversi profili del crimine “including political, social, cultural, economical, biological, physical, religious and moral genocide” (pp. 89-90). Non tutti i passaggi dell'autore erano chiarissimi: per ‘cultural genocide’ Lemkin non intende lo sterminio fisico di un gruppo politico, della cui afferenza alla nozione di genocidio sembra anzi dubitare, quanto piuttosto “an attack on the life of the captive people or group in the political field by the destruction of the institutions of self-government and the imposition of the occupying Power’s “patterns of administration, and through colonization” (pp. xi-xii). L'ipotesi è modellata sull'esempio della c.d. nazificazione del continente europeo durante la seconda guerra mondiale: sembra allora appartenere, a buon diritto, all'ipotesi di genocidio culturale, nel senso ampio del termine (v. oltre, IV). Piuttosto, Lemkin coglie con straordinaria sensibilità il vero nodo della questione: l'interrelazione cioè tra genocidio e protezione dell'identità delle minoranze, protezione vanamente prevista dai Trattati che avevano posto fine alla prima guerra mondiale, ma destinata a riproporsi con forza in un fine- (e immediato dopo-) guerra caratterizzati da rese dei conti drammatiche, mentre già iniziava l'epoca della decolonizzazione³. Si spiega allora la proposta di Lemkin “of incorporating a definition of genocide in the Hague Conventions, and of a new multilateral Treaty

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

³ L'inizio della saga delle guerre di liberazione nazionale ebbe luogo nei primi mesi del 1946, con il bombardamento a tradimento da parte della flotta francese dei porti di Hanoi ed Haiphong (Nord Vietnam), mentre erano in corso trattative di pace a Ginevra. La guerra d'Indocina rappresenta dunque l'autentico *convitato di pietra* nelle trattative per la Convenzione del 1948.

aiming at protecting ‘national, religious or racial minority groups’ from, inter alia, genocidal practices” (p.93)⁴.

3. Il progetto iniziale (*The Secretariat Draft*), steso ad opera della *Secretariat’s Human Rights Division*⁵. risentiva della impostazione di Lemkin (lui stesso uno dei tre esperti consultati dalla *Human Rights Division*). L’art. I par. II del Progetto distingue gli atti di genocidio in tre categorie, la terza delle quali (dopo il genocidio fisico e quello biologico) è dedicata, pur senza nominarlo, al genocidio culturale. Il par. II punto 3, in particolare, fa riferimento – lettere da *a*) a *d*) – a “destroying the specific characteristics of the group”. Ciò potrà avvenire tramite “forcible transfer of the children to another human group”, by “forced and systematic exile of persons representing the culture of a group”, by the “prohibition of the use of the national language even in private intercourse”, by the “systematic destruction of the books printed in the national language, or of religious works or prohibition of new publications”. Soprattutto, la lett. *e*) definisce atti di genocidio come “systematic destruction of historical or religious monuments or their diversion to alien uses, destruction or dispersion of documents and objects of historical, artistic or religious value and of objects used in religious worship”.

Tale definizione venne duramente criticata dagli altri due esperti, a detta dei quali si era in presenza di un indebito allargamento della nozione, che aveva l’effetto di riportare alla luce, sotto il manto dell’espressione genocidio, la tutela delle minoranze prevista dalla Società delle Nazioni attraverso il sistema, rivelatosi fallimentare, dei c.d. *Minorities Rights Treaties*⁶. In tal modo, Henry Donnedieu de Vabres e Vespasian Pella tracciavano la strada per le ambigue prese di posizione assunte da molte delegazioni nella fase successiva delle trattative, in testa la francese e la statunitense: il genocidio culturale costituiva una indebita estensione della nozione di genocidio, e

⁴ Lemkin fa riferimento alla IV Convenzione su leggi e usi della guerra terrestre, il cui art. 46 richiede che le Potenze occupanti rispettino “onore e diritti delle famiglie, la vita delle persone e la proprietà privata, così come le convinzioni e le pratiche religiose” ma, a giudizio dello studioso, è silenzioso “regarding the preservation of the integrity of a people” (p. 90). Sulle Convenzioni dell’Aja del 1907 v. FRIEDMAN L. (ed.), *The Law of war: Documented History*, III ed., Dordrecht, *passim*, a GREPPI E., VENTURINI G. (a cura di), *Codice di diritto internazionale umanitario*, Torino, 2003, pp. 3-11.

⁵ SCHABAS A., pp. 60 ss.

⁶ UN Doc. E/447, p. 27. I *Minority Rights Treaties* sono Trattati conclusi dopo la fine della prima guerra mondiale, dedicati alla protezione dei gruppi umani vulnerabili. V. il Trattato di pace concluso da Stati Uniti d’America, Impero Britannico, Francia, Italia, Giappone, da un lato e Polonia dall’altro lato, 1919, Treaty Series 8, il cui art. 2 stabilisce: “Poland undertakes to assure full and complete protection of life and liberty to all inhabitants of Poland without distinctions of birth, nationality, language, race or religion”. Trattati contenenti disposizioni di analogo tenore vennero conclusi con Romania e Cecoslovacchia. Sul punto, con particolare attenzione alla libertà di religione, ZAGATO L., *Diritto internazionale e fenomeno religioso: note in margine al nuovo incontro tra antichi compagni di strada*, in *Ragion Pratica*, 2007, pp. 145-158, at 157-158.

si riferiva piuttosto alla ben diversa questione della protezione delle minoranze. Affrontare tali problemi era compito della sotto-commissione sulla prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze, non di chi si doveva occupare di redigere la Convenzione contro il genocidio. E comunque, restava sempre la Commissione sui diritti umani, che stava lavorando al progetto di Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo..

Si apriva, dopo l'estate '47, una fase di stallo, per por fine alla quale l'AG approvava il 21 novembre 1947 la Risoluzione 180 (II). Questa invitava il Comitato Economico e Sociale a farsi carico del proseguimento dei lavori. L'ECOSOC creava, all'inizio del 1948, il *Comitato ad Hoc*, che si riunì in aprile e maggio, preparando un nuovo progetto (*Ad Hoc Committee Draft*) accompagnato da un Commentario.

L'art. 3 del nuovo Progetto recava, sotto la rubrica "genocidio culturale", la seguente definizione: "any deliberate act committed with the intent to destroy the language, religion or culture of a national, racial or religious group on grounds of the national or racial origin or the religious belief of its members". Tra tali atti rientravano "prohibiting the use of the language of the group in daily intercourse or in schools" e "destroying or preventing the use of libraries, museums, schools, historical monuments, place of worship or other cultural institutions and objects of the group". L'inclusione del genocidio culturale fu decisa con un voto a maggioranza: l'opposizione da parte di SU e Francia (quest'ultima in termini sfumati) dovette soccombere di fronte a una variegata coalizione costituita da Urss, Polonia, Cina, Venezuela e Libano. Piuttosto, la decisione di dedicare al genocidio culturale una disposizione *ad hoc* fu presa proprio su richiesta degli SU e della Francia, per facilitare i governi che intendessero apporre riserva su questo specifico punto della futura Convenzione.

4. La situazione mutò radicalmente nel corso della terza sessione dell'AG, dove il progetto preparato dal *Comitato ad Hoc* venne dibattuto in seno al sesto Comitato. In tale sede un certo numero di Stati – in particolare Belgio, Cile, Nuova Zelanda, RU, Sud Africa, – cercò di rovesciare la situazione, con il ricorso ad argomenti dilatori: si chiedeva di rinviare ancora il testo all'ECOSOC, oppure alla Commissione dei diritti umani, o anche alla neonata Commissione di diritto internazionale. Belgio e Repubblica Dominicana si spinsero a proporre all'AG di ritornare sulle sue precedenti decisioni, adottando una semplice Dichiarazione al posto di una Convenzione. Tali tentativi vennero sopraffatti da una larga maggioranza, guidata con decisione dagli Stati Uniti;

va da sé che in questa situazione il “genocidio culturale” diventava la vittima designata nelle trattative conclusive

Non si trattava più solo di Francia⁷ e US, chiari fin dall’inizio nella volontà di limitare l’oggetto della Convenzione al genocidio fisico e biologico, e raggiunti ora da India, Perù, Olanda, Svezia, Regno Unito. L’elemento nuovo consisteva nel fatto che anche vari Stati fino ad allora favorevoli a mantenere il reato di genocidio culturale, giudicavano troppo ampio l’ambito di applicazione dell’art. III, chiedendone una limitazione (Egitto, Filippine, Pakistan, Venezuela). La ragione del cambio di atteggiamento era espressa con chiarezza dalle Filippine: il nuovo progetto poteva essere interpretato come teso a privare i governi del diritto a integrare i differenti elementi di cui si componevano in un tutto omogeneo. Ed invero, il testo dell’Art. III (versione del *Comitato ad Hoc*) creava problemi a molti Stati in relazione alle minoranze nazionali, ai popoli indigeni, agli immigrati. Il risultato fu il collasso dello schieramento a favore del mantenimento della nozione di genocidio culturale, e l’esclusione di questa figura di reato dal testo definitivo. In tale rovesciamento giocò un ruolo importante il Brasile, che plaudì alla decisione con rara chiarezza: alcuni gruppo minoritari avrebbero potuto usare il genocidio culturale come una scusa per opporsi a forme di “perfect normal assimilation” nei nuovi Paesi⁸. Una volta portato alla luce il vero problema – quello del labile confine tra assimilazione “perfettamente normale” (?) e assimilazione forzata delle minoranze (e delle comunità indigene) – la ritirata dei Paesi di nuova indipendenza già favorevoli al mantenimento della nozione di “genocidio culturale” si trasformava in fuga precipitosa.

Ambiguità ed ipocrisia di comportamenti delle varie delegazioni sono, anche a tanti decenni di distanza, choccati. La maggioranza stabilì che la questione poteva essere meglio affrontata nella Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo, cui stava lavorando un altro Comitato (il terzo). Ma i due strumenti vennero presentati all’AG praticamente allo stesso momento, e votati a un giorno di distanza; tutti i membri del sesto Comitato erano a conoscenza da tempo, al momento in cui avevano preso la posizione ora indicata, che il terzo Comitato aveva deciso di non fare menzione dei diritti delle minoranze e dei popoli indigeni (altro che genocidio culturale!) nel testo della Dichiarazione.

⁷ La posizione della Francia era adamantina: “to include cultural genocide invites the risk of political interference in the domestic affairs of the States, and in respect of questions which, in fact, are connected with the protection of minorities”

⁸ Quanto alla posizione del SudAfrica, è istruttivo riportare la posizione ufficiale del governo di quel Paese; questo insiste sul pericolo latente nelle previsioni dell’art. III “where primitive or backward groups were concerned”.

Ancora due osservazioni. Il testo finale ripresenta all'art. II (e) quel crimine di “trasferimento forzato dei bambini appartenenti ad un gruppo ad un altro gruppo” che, nel progetto del *Comitato ad Hoc* (ma già in quello del Segretariato), costituiva invece una delle ipotesi di genocidio culturale di cui all'art. III (e). In certo senso, si tratta dell'ultima traccia lasciata dal lungo dibattito precedente. Ancora, nessun richiamo è fatto, nei progetti e nel testo finale, alla c.d. pulizia etnica (*ethnic cleansing*). Dato lo stretto rapporto di questa con il genocidio culturale, una spiegazione è dovuta. Il fatto è che la tradizione di trasferimento delle popolazioni da un'area all'altra, spesso con lo scopo di rendere etnicamente (e culturalmente) omogenea la prima, aveva una lunga tradizione in diritto internazionale. Soprattutto, era stato esercitato anche da membri delle NU alla conclusione della guerra, ed era in corso in Palestina ai danni della popolazione arabo-palestinese proprio mentre i lavori per la Convenzione erano in corso⁹. Solo più tardi nel XX secolo i trasferimenti forzati di popolazione sarebbero stati giudicati una grave lesione dei diritti umani; in ogni caso, con poche eccezioni¹⁰, la pulizia etnica non è mai stata considerata, *per se*, genocidio. Nella sentenza *Bosnia c. Serbia*¹¹ la Corte internazionale di giustizia stabilisce (par. 190) che, per essere considerata genocidio, la pulizia etnica deve ricadere in una delle categorie vietate dall'art. II della Convenzione. In altre parole, deve esservi un chiaro intento “to destroy- in whole or in part - the group object of the ethnic cleansing”. *Per se*, la distruzione non costituisce una “automatic consequence of the displacement”.

III. *Sviluppi successivi*

5. Si deve prendere atto del silenzio degli strumenti di diritto internazionale elaborati nei primi anni del secondo dopoguerra, sulla protezione delle minoranze e dei popoli indigeni. Ciò è del resto in linea con il permanere in auge, nel periodo iniziale di vita del sistema delle NU, di forme anche radicali di assimilazionismo, come dimostrato dalla Convenzione OIL n. 107 del 1957¹².

⁹ In dottrina, BALLADORE PALLIERI G., *Les transferts internationaux de population*, in *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1952, pp. 138-199. A giudizio dello studioso, il diritto internazionale non si oppone alla decisione degli Stati di provvedere a trasferimenti di popolazione (pp. 142-143). La posizione di questo autore è condivisa dalla maggior parte della dottrina del tempo.

¹⁰ In particolare, la Risoluzione dell'Assemblea generale del Dicembre 1992 – *The Situation in Bosnia Herzegovina*, UN Doc. A/RES/47/121 – definisce “forma di genocidio” la politica della pulizia etnica.

¹¹ I:C.J., *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007.

¹² *Convention 107 Concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries*, 26 June 1957.

Il vuoto avrebbe cominciato ad essere colmato dal Patto sui diritti civili e politici¹³, in particolare dall'art. 1 (comune ai due Patti) sull'autodeterminazione, il cui par. 1 definisce il diritto all'autodeterminazione come quel diritto in base al quale i popoli "decidono liberamente del loro statuto politico e perseguono liberamente il loro sviluppo economico, sociale e culturale". Tale disposizione va letta in rapporto a quanto disposto dall'art. 27 in base al quale, "in quegli Stati in cui esistono minoranze etniche, religiose o linguistiche, gli individui appartenenti a tali minoranze non possono essere private del diritto di avere una vita culturale propria, di professare e praticare la propria religione o di usare la propria lingua, in comune con gli altri membri del proprio gruppo". Anche se il Comitato dei diritti dell'uomo ha a suo tempo deciso (Rapporto del 1991, Doc. A/46/40, par. 684) di non accettare comunicazioni individuali concernenti il diritto di autodeterminazione se non nei limiti in cui vi fosse riscontrabile anche una violazione dei diritti individuali garantiti dagli artt. 25 (diritto di partecipazione alla vita pubblica) e 27, appare ricostruibile, alla luce dei Commenti generali¹⁴ e delle stesse Costatazioni¹⁵ svolte da tale organo, degli sviluppi della prassi internazionale (culminata nella Dichiarazione del 2007 sui diritti dei popoli indigeni: v. oltre), l'esistenza di un diritto, per sua natura collettivo, all'autodeterminazione interna¹⁶. Da tale principio deriva in capo agli Stati un preciso "obbligo di protezione della specifica identità dei popoli"¹⁷, comunità, gruppi, che convivono al loro interno.

Sul fronte del diritto umanitario, il vuoto esistente in materia di protezione del patrimonio culturale e di punizione dei crimini compiuti contro di esso nel corso di conflitti armati, poco e mal riempito dalla Convenzione dell'Aja del 1954¹⁸, sarebbe stato almeno parzialmente colmato nel secondo

¹³ *Covenant on Civil and Political Rights*, adopted by the UN GA on December 16, 1966, in force at international level since March 23, 1976.

¹⁴ V. Human Rights Committee *General Comment* n. 23, para. 5 e 6.

¹⁵ V. in particolare le Costatazioni: *Grand Chief Donald Marshall v. Canada*; *Lubicon Lake Band v. Canada* (Communication n. 167/1984); *Croes v. Paesi Bassi* (Communication n. 164/1984).

¹⁶ ARANGIO-RUIZ G., *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia Giuridica*, IV, 1988, Roma, Treccani; CASSESE A., *Self-Determination Revisited*, in AA.VV., *El Derecho International en un Mundo en Transformacion. Liber Amicorum E. Jimenez de Arechaga*, vol. I, 1994, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 229-240; PALMISANO L., *L'autodeterminazione interna nel sistema dei Patti sui diritti dell'uomo*, *Rivista di diritto internazionale*, 1996, pp. 365-413; ID., *Nazioni Unite e autodeterminazione interna*, Milano, Giuffrè, 1997; SALERNO F., *La dimensione collettiva e le forme di autogoverno nella tutela internazionale delle minoranze*, in CERMEL M. (a cura di), *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa*, Padova, Cedam, 2009, pp. 207-227. V. anche FODELLA A., *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in PINESCHI L.(ed.), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁷ ZAGATO L., *Tutela dell'identità e del patrimonio culturale dei popoli indigeni. Sviluppi recenti nel diritto internazionale*, in CIMINELLI M.L. (a cura di), *La negoziazione delle appartenenze*, Milano, Franco Angeli, 2006, pp. 35-65, in part. p. 48.

¹⁸ *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague, 14 May 1954.

Protocollo del 1999¹⁹. Al cap. IV, questo presenta un articolato sistema di punizione degli individui autori di crimini contro il patrimonio culturale, si tratti di conflitti aventi o meno carattere internazionale²⁰.

6. Il richiamo al diritto umanitario impone di confrontarsi con la giurisprudenza del Tribunale penale per i crimini commessi nella ex-Yugoslavia. Il Tribunale ha ben chiara la chiusura della Convenzione del 1948 alla presa in esame del genocidio culturale; agisce peraltro in una situazione in cui la distruzione deliberata del patrimonio culturale dell'avversario acquista un nuovo significato politico-culturale o, se vogliamo, si caratterizza per una precisa progettualità distruttiva dell'identità culturale della Parte avversa²¹. Di qua allora, da parte di quel Tribunale, la necessità di un recupero parziale della nozione di genocidio culturale, visto come elemento dimostrativo della *mens rea* nella concatenazione di comportamenti e fatti culminanti nella distruzione fisica o biologica dell'avversario, cioè nel genocidio²². La giurisprudenza del Tribunale sviluppa cioè una interpretazione evolutiva del crimine di genocidio che vede nel genocidio culturale, soprattutto ove si accompagni a fenomeni di pulizia etnica, una evidenza dell'intento genocidario in senso proprio²³.

Tale tendenza evolutiva viene fatta propria dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Bosnia v. Serbia*. L'atteggiamento di quei giudici è peraltro assai cauto; per un verso essi approvano l'interpretazione evolutiva del Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia, nei limiti in cui “where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well”, e quindi confermano che l'attacco all'identità culturale può costituire indizio della volontà di distruzione fisica del gruppo. Per l'altro

¹⁹ *Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, The Hague, 26 March 1999.

²⁰ ZAGATO L., *La protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato all'alba del secondo Protocollo 1999*, Torino, Giappichelli, 2007; ID., *La protezione dei beni culturali nei conflitti armati: il rapporto tra diritto generale e accordo nel solco del secondo Protocollo 1999*, in AA.VV. Alberico Gentili. *La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008.

²¹ “The destruction of historic records, monuments and memories serves .. the purpose of suppressing all that bears witness that the threatened people were ever living in the area”: *Resolution on Information as an Instrument for Protection against War Damages to the Cultural Heritage*, Swedish Central Board of National Antiquities, Swedish National Commission for UNESCO and ICOMOS, Stockholm, Sweden, 10 June 1994.

²² *Prosecutor v- Krstic*, Case N. IT-98-33, Trial Chamber, Judgment of 2 August 2001. See also: *Prosecutor v. Karadzic et al*, Case N. IT-95-18-R. 61 and *Prosecutor v. Blagojevic*, Case N. IT-02-60-T, Judgment of 17 January 2005.

²³ Sul ruolo giocato dalla giurisprudenza del Tribunale in relazione alla punizione dei gravi crimini contro i beni culturali, v. MERON T., *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *Museum International*, 2005, pp. 41-59.

verso, la Corte sembra preoccupata soprattutto di limitare ulteriori possibili sviluppi di tale interpretazione evolutiva, ricordando con durezza che non solo ai fini della Convenzione, ma anche nel diritto consuetudinario, malgrado ogni recente evoluzione, il genocidio è limitato alla distruzione fisica o biologica di un gruppo (par. 344).

Peraltro, sia pure in una nota di paragrafo della pronuncia *Krajisnik*, il Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia riesce davvero, per una volta, ad andare oltre i limiti della sua interpretazione, cogliendo un punto decisivo, che merita di essere riportato nella sua completezza (par. 1701): “It is not accurate to speak of ‘the group’ as being amenable to physical or biological destruction. Its members are, of course, physical or biological beings, but the bonds among its members, as well as such aspects of the group as its members’ culture and beliefs are neither physical nor biological. Hence the Genocide Convention’s ‘intent to destroy’ the group cannot sensibly be regarded as reducible to an intent to destroy the group physically or biologically”²⁴. Non si può far colpa al Tribunale, sottoposto com’è a forti condizionamenti, di non essere andato oltre; anche così, il suo *obiter dictum* è di grande aiuto all’interprete sulla via della comprensione del nocciolo del problema.

7. Il lavoro del Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia produce peraltro anche effetti concreti, evidenti dal confronto tra l’art. 5 lett. h) del suo Statuto e l’art. 7 lett. h) dello Statuto della Corte penale internazionale²⁵. Entrambi sono dedicati alla definizione di quella particolare fattispecie del crimine contro l’umanità che è la persecuzione ma mentre il primo si limita alla tradizionale nozione di “persecuzione per motivi politici, razziali, religiosi”, il secondo inserisce, tra le cause possibili della “persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità”, e a condizione che si tratti di atti “commessi nell’ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell’attacco”, quelle fondate su “ragioni di ordine culturale”. Quali effetti concreti produca un tale allargamento potrebbe risultare dall’opera del Tribunale misto per i crimini commessi in Cambogia durante il periodo dei Khmer Rossi, dal

²⁴ *Prosecutor v. Krajisnik*, Case N. IT-00-39-T, Judgment of 27 September 2006, par. 854.

²⁵ *Statute of the International Criminal Court*, Rome 17 July 1998, in vigore a livello internazionale dal 1 luglio 2002.

momento che tale Tribunale è chiamato ad applicare l'art. 7 dello Statuto della Corte Penale Internazionale nella sua interezza²⁶.

L'espressione "genocidio culturale" ricompare, negli anni '90, all'art. 7 del Progetto sulla tutela dei popoli indigeni²⁷. Dopo aver dedicato l'art. 6 al divieto di genocidio dei popoli indigeni nel senso della Convenzione del 1948, con l'art. 7 tale progetto enuncia il diritto collettivo e individuale dei popoli indigeni "not to be subject to ethnocide and cultural genocide", identificando le forme tipiche in cui tale fenomeno può aver luogo; tra queste in particolare, oltre allo spossamento di terre e risorse: "any action which has the aim or the effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or identities; any form of assimilation or integration by other cultures or ways of life imposed on them by legislative, administrative or other measures". E' ben vero che l'espressione 'genocidio culturale' sparisce dalla Dichiarazione dell'Assemblea generale del 2007²⁸, ma per essere sostituita, con identici contenuti, dal divieto, mai stabilito prima in forma tanto solenne, di forme di "forced assimilation or destruction of their culture".

8. La Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni costituisce occasione per soffermare l'attenzione sulla giurisprudenza recente della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, particolarmente interessante ai nostri fini. Il riferimento è alla sentenza del 2004 sulla strage di oltre duecento appartenenti all'etnia maya achì da parte di reparti dell'esercito guatemalteco, avvenuta a Plan de Sanchez il 18 luglio 1982²⁹. In una pubblica udienza del 2004 lo Stato del Guatemala si riconosceva responsabile della violazione di diversi obblighi posti dalla Convenzione americana,

²⁶ Art. 9 del *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, Phnom Penh 16 June 2003. Sui Tribunali ibridi v.: DICKINSON L., *The Promise of Hybrid Court*, in *American Journal of International Law*, 2003, pp. 295-310; RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, III ed., Torino, Giappichelli, pp. 281 ss.; WARBRICK C., *The Cambodian Extraordinary Chambers. A Dangerous precedent for International Justice?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, pp. 227-245.

²⁷ *Draft United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Report of the Working Group for Indigenous Peoples, adopted by the Commission on Human Rights, sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 45° session, 26 August 1994. See ZAGATO L. *Tutela dell'identità...*, cit. pp. 46 ss.

²⁸ *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, adopted by the General Assembly 12 September 2007 (A/61/L67). V. ERRICO S., *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 167 ss.; ZAGATO L., *La protezione dell'identità culturale dei popoli indigeni come oggetto di una norma di diritto internazionale generale?*, 2011 (in corso di pubblicazione); ID., *Il ruolo della lingua nella costruzione (mantenimento e sviluppo) delle identità culturali. Riflessioni alla luce dei nuovi strumenti UNESCO*, in CERMEL M. (a cura di), *Le minoranze etnico-linguistiche...*, cit. pp. 229-254; ZAMBRANO V., *La Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *La Comunità internazionale*, 2009, pp. 55-80.

²⁹ Inter-American Court of Human Rights, *Massacre de Plan de Sanchez v. Guatemala*, 29 April 2004 (merito) e 19 November 2004 (riparazioni), Series C, n. 105 and 116 (2004). V. SCOVAZZI T., *Bilan des Recherches...*, pp. 161-166. V. anche: Inter-American Court of Human Rights, 17 June 2005, *Comunidad Indigena Yakye Axa v. Paraguay*, (Ser. C), n. 142 (2005) and Inter-American Court of Human Rights, 15 June 2005, *Comunidad Moiwana v. Suriname* -, Series C n. 124. (2005).

compresi la libertà di religione (art. 12) e la libertà di pensiero e di espressione (art. 13). La Corte, nella pronuncia sulle riparazioni sostanziali dovute dal Guatemala, poneva l'accento sulla violazione dei diritti culturali degli individui, ma soprattutto sulla rottura dell'identità culturale della comunità. Le vittime appartengono, dice il Tribunale, alla comunità linguistica achì del popolo maya, e sono dotate di forme di organizzazione comunitaria propria. "Tienen su propias estructuras sociales, económicas y culturales... las tradiciones, ritos y costumbres tienen un lugar esencial en su vida comunitaria..la transmisión de la cultura y del reconocimiento es un rol asignado a los ancianos y las mujeres". Orbene, proprio con il massacro di vecchi e donne la trasmissione della lingua, della cultura e delle tradizioni alle nuove generazioni ha subito un duro colpo e originato un vuoto culturale, aggravato dalla rigidità del controllo delle autorità militari che ha impedito nell'immediato ed in seguito lo svolgimento delle cerimonie e dei riti della cultura maya. In altre parole è stato duramente colpito un bene collettivo, cioè la cultura (*rectius*, l'identità culturale) maya. Di qua, in relazione agli obblighi di riparazione imposti allo Stato, quello, *inter alia*, di sviluppare tra le comunità achì della zona lo studio e la diffusione della propria lingua, utilizzando anche la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala, e di fornire tali comunità di personale scolastico bilingue, nella scuola sia primaria che secondaria. Infine, lo Stato deve fare un atto pubblico di riconoscimento della propria responsabilità in una solenne cerimonia a Plan de Sanchez, garantendone la diffusione bilingue. La specificità del genocidio culturale trova, per il tramite di tale sentenza, non solo riconoscimento indiretto, ma anche la prima formale applicazione sul piano delle misure riparatorie.

IV. Il ritorno del genocidio culturale

9. Pur nella loro contraddittorietà, i dati emergenti dalla recente prassi internazionale consentono di stabilire alcuni punti fermi. La Convenzione del 1948 non ignora, ma esclude espressamente il genocidio culturale. Su questo non possono esservi dubbi; né si vede come una interpretazione evolutiva possa forzare ad un tempo il dato testuale e quello della volontà degli estensori dello strumento. Da questo punto di vista, la stessa prassi del Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia dà rilievo all'aspetto culturale sotto il profilo soggettivo, come elemento cioè di appoggio, accompagnamento, conferma, dell'intento genocidario. In nessun modo lo strumento del 1948 lascia spazio alla specificità materiale del reato di genocidio culturale. Non basta a modificare questo giudizio la curiosa permanenza, nel testo convenzionale, della disposizione sul trasferimento

forzato di bambini da una comunità all'altra, che afferirebbe logicamente all'ipotesi di genocidio culturale. D'altro canto, lo stesso inserimento delle motivazioni di ordine culturale tra quelle che qualificano il reato di persecuzione (una delle figure di cui si sostanzia il crimine contro l'umanità), per quanto da salutare con assoluto favore, rimane nell'ordine delle motivazioni subietive; in certo senso costituisce il risultato più alto della prassi giudiziaria in discorso.

10. Ma il genocidio culturale non esiste solo nell'ordine delle motivazioni soggettive, al contrario è un fenomeno specifico, materiale. Dopo aver attraversato 'sottotraccia' la seconda metà del secolo scorso è ri-esploso in tutta la sua forza nell'ultimo periodo, sovrapponendosi ed intrecciandosi con il fenomeno della pulizia etnica. Occasionalmente – un *obiter dictum* del Tribunale per i crimini nella ex-Yugoslavia, con maggiore continuità la giurisprudenza recente della Corte interamericana – le Corti internazionali siano giunte a coglierne la natura. Soprattutto il gioco di rimandi tra progetto e testo definitivo della Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni ci fornisce *per verbis* la spiegazione del nocciolo del fenomeno: anche formalmente la disposizione sul diritto a non essere oggetto di genocidio culturale del primo strumento si muta in diritto a non subire l'assimilazione forzata del testo definitivo. Proprio di questo fin dall'inizio si era parlato, come si è visto nel veloce riattraversamento compiuto del cammino che ha portato all'adozione della Convenzione. Al genocidio culturale va ricondotta anche quella nozione di 'genocidio politico' cara a Lemkin e poi sparita senza lasciare traccia: ma la nazificazione del nord Europa occupato (per il resto del continente i nazisti avevano altre idee ..) che altro era se non genocidio culturale, assimilazione forzata nei termini più radicali?

Se volessimo usare la tragica vicenda del popolo rom come esempio³⁰, diremmo che tale popolo ha sofferto a suo tempo un genocidio vero e proprio, ed ancora ora è oggetto in varie aree d'Europa di persecuzione, certo (anche) per motivi culturali. In che cosa consisterebbe allora, di diverso, un genocidio culturale dei rom? Per esempio, in un tentativo – su scala e con continuità sufficientemente ampia – di sedentarizzazione/deportazione forzata, accompagnata da congrui sforzi disidentificanti, in particolare per quanto riguarda la rottura del tessuto inter-generazionale³¹. Tentativi abortiti del genere si sono avuti nel secondo dopoguerra, su e giù per l'Europa, ma mai –

³⁰ V. CERMEL M., *Rom e Sinti, cittadini senza patria?*, in ID. (ed.), *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa ...*, pp. 129-164.

³¹ Facciamo naturalmente riferimento a fenomeni che si devono dare tutti insieme, e su larga scala; nessuna contraddizione dunque con la legittima aspirazione di molte famiglie rom a porre fine ai trasferimenti continui imposti da politiche scriteriate, oltre che razziste. E comunque proprio il fallimento delle attuali politiche di spostamenti sfrenati di queste popolazioni in atto in varie parti d'Europa, rende plausibile – continuando la deriva razzista in atto - una successiva inaugurazione di esperimenti di deportazione, nei termini qui, per così dire, delineati.

almeno finora: ci sono brutti segnali all'orizzonte .. - con la continuità, per intenderci, del “kill the indian in the child”³² di canadese memoria.

11. Dobbiamo chiederci: esiste una norma di diritto internazionale generale che vieta il genocidio culturale? E' incerto che una tale norma si possa ricostruire, anche dall'evoluzione più recente del diritto internazionale e dalla sempre maggiore attenzione che questo dedica alla tutela dei popoli indigeni. Ove si propenda per il sì, trattasi comunque di norma di origine diversa dai precetti contenuti nella Convenzione del 1948³³. Ciò senza sottovalutare in alcun modo – anzi nella piena convinzione che dal loro lavorare in profondità potranno derivare significativi frutti decisivi nel senso auspicato – il ruolo delle due Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005³⁴. Soprattutto, non esiste, allo stato attuale di sviluppo del diritto internazionale, una norma che punisca il genocidio culturale come grave crimine internazionale degli individui; che sancisca cioè il carattere criminale del comportamento di quegli individui-organismi che conducono operazioni di assimilazione forzata di gruppi e minorità. Ciò, beninteso, qualora il dipanarsi di tali progetti non sia accompagnato da atti di violenza e di costruzione qualificabili per se come genocidio, o come persecuzione.

Fino a questo punto i risultati raggiunti parrebbero pienamente in linea con lo spirito del Seminario di studi in cui il presente intervento si inquadra: porre in evidenza i limiti della Convenzione del 1948, in una logica affatto congrua alla possibile apertura di una campagna di sensibilizzazione sulla necessità di rimettervi mano. E tuttavia, proprio sotto il profilo che si è esaminato esiste un

³² La necessità di porre fine alla tragedia della politica di assimilazione forzata - “kill the Indian in the child” è stato per lungo tempo lo slogan del progetto educativo (*sic!*) perseguito a livello governativo – è stata indicata a chiare lettere per la prima volta solo nel *Final Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, del 1996, a conclusione di una inchiesta cominciata nel 1991. Tale documento ha finalmente riconosciuto la specificità dei popoli c.d. indigeni: “they are political and cultural groups with values and lifeways distinct from these of other Canadians”: Royal Commission on Aboriginal Peoples, *People to People, Nation to Nation*, Ottawa, 1996. Sull'evoluzione della politica del governo canadese nei confronti delle popolazioni indigene (Prime Nazioni), v.: BENEDICT C.G., *The Status and Rights of Indigenous Peoples in Canada*, in *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1999, pp. 405-442; BIRD J., LAND L., MACADAM M. (eds.), *Nation to Nation. Aboriginal Sovereignty and the Future of Canada*, Toronto, 2002; ELLIOTT D., *Law and Aboriginal Peoples in Canada*, 3th ed., New York, 1997; MASON A., *The Rights of Indigenous Peoples in Lands once Part of the Old Dominions of the Crown*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, pp. 812-830; MAZZA M., *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, CEDAM, 2004.

³³ V. in questo senso SALERNO F., *Diritto internazionale*, CEDAM, Padova 2006. L'autore sottolinea opportunamente la centralità della “sottrazione alla minoranza linguistica” degli strumenti “indispensabili per preservare la propria identità culturale”. L'autore ascrive alla nozione di genocidio culturale anche la pulizia etnica, che pare oggi venire individuata tramite il reato di persecuzione (quando l'*ethnic cleansing* non nasconda, o comunque non provochi o si trasformi in genocidio secondo la Convenzione del 1948).

³⁴ *Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*, Paris, 17 October 2003, e *Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions*, Paris, ... October 2005. V. ZAGATO L. (a cura di), *Le identità culturali nei nuovi strumenti UNESCO*, Padova, CEDAM, 2008.

ostacolo non indifferente. La Convenzione del 1948 prevede l'obbligo per gli Stati parte di introdurre nel loro ordinamento il crimine di genocidio e di punirlo con sanzioni efficaci; inteso però come crimine contro gli individui; certo su larga scala, ma comunque ai danni di una serie data di individui. Con il genocidio culturale siamo in presenza della lesione di un bene collettivo per definizione, costituito dal legame identitario di un gruppo/comunità; la distruzione che va punita è allora quella del diritto collettivo all'identità/diversità culturale. Si apre a questo punto la questione della relazione tra diritti individuali e diritti collettivi³⁵, con le conseguenze sul rapporto tra punizione dei crimini a danno degli uni e, rispettivamente, degli altri. In questa logica, qui appena accennata, non risulta affatto scontato, a mio avviso, ritenere che uno strumento quale la Convenzione del 1948 sia suscettibile di modifiche tanto radicali come quelle che si renderebbero necessarie, e che non vadano piuttosto messi in azione strumenti più attuali, in linea del resto con quel *culture mainstreaming* che è il connotato forte dello scorcio iniziale di secolo XXI ³⁶.

³⁵ Sull'argomento, ZAGATO L., *Intangible Cultural Heritage and Human Rights*, 2011, di prossima pubblicazione.

³⁶ Per una riflessione sulla nozione di *culture mainstreaming* ZAGATO L. *La problematica costruzione di un'identità culturale europea. Un quadro più favorevole dopo Lisbona?*, in VECCO M. e ZAGATO L. (a cura di), *Le culture dell'Europa, l'Europa della cultura*, Milano, 2011, di prossima pubblicazione.

L'operato dei Tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia ed il Rwanda. Una valutazione degli obiettivi e dei limiti, in rapporto alla Convenzione per la Prevenzione e Repressione del Delitto di Genocidio.

Silvia ZANLORENZI, Amnesty International Venezia

Questo testo presenta una sintesi integrata ed aggiornata con dati recenti, del contributo dato dal gruppo veneziano di Amnesty International ai lavori del *workshop* del 27 gennaio 2011 *Genocidio, crimine impunito?*. Trattandosi soltanto della fase iniziale di un coinvolgimento che, nel futuro svolgimento del progetto, si auspica continuativo, si è deciso per quell'occasione di partecipare presentando il documento fino ad allora più recente, sul tema che l'associazione aveva prodotto, pur in formula ampliata ed approfondita: diffuso il 26 novembre 2010, il breve rapporto di 12 pagine è comparso nel sito web della Sezione italiana il successivo 21 dicembre.

Il titolo, *Portare a termine i lavori dei Tribunali penali internazionali per la ex Jugoslavia e il Rwanda*, mette l'attenzione sullo scopo specifico di valutare l'effettivo operato dei due più importanti organi giudiziari creati per fare chiarezza sulle gravissime violazioni di diritti umani commesse in Rwanda tra l'aprile e il luglio 1994, e durante la guerra dei Balcani occorsa nel medesimo decennio. Nel primo caso, l'organizzazione del genocidio voluta dal gruppo *utu* contro quello dei *tutsi*, fece da detonatore ad un ferocia omicida che portò a quasi un milione di morti nel giro di quei soli tre mesi, ed all'attuazione degli stupri di massa, anch'essi parte pianificata del vero e proprio annientamento di un'etnia, violenze commesse spesso in pubblico con la benedizione e la partecipazione di alcuni elementi dell'amministrazione politica, dell'esercito ed anche di *leaders* religiosi. Il caso jugoslavo, è proseguito per un intero decennio, con un conflitto iniziato nell'oggi fieramente europea Slovenia, fino a coinvolgere praticamente tutti gli stati della penisola, concludendo definitivamente il processo di sgretolamento nazionale nel 2006 con la Dichiarazione d'indipendenza del Montenegro, già divenuto Stato membro dell'ONU. Alcuni episodi particolarmente gravi, sono a tutt'oggi riconosciuti e indicati come "genocidi o "azioni di pulizia etnica": secondo le date, il primo, cruento massacro di quella guerra, si verificò nel corso dell'assedio di Vukovar (25 agosto-18 novembre 1991), nella Slavonia occidentale, ai confini con l'Ungheria, a conclusione del quale la città venne rasa al suolo; il caso più tragico, che proprio come "genocidio" è riconosciuto, è quello di Srebrenica, avvenuto nel luglio 1995, durante il quale venne messo a morte un numero che a seconda delle fonti, varia dalle 8.000 alle 10.000 vittime¹. L'area dove sorge la città è posta nella Bosnia sud-orientale, al limite del confine con la Serbia, e resta attualmente sotto tutela della Nazioni Unite, a seguito dei più recenti tentativi da parte dell'*enclave*

¹ A marzo 2010, per tramite del test del DNA, ne risultavano identificate poco più di 6000.

tradizionalmente musulmana di dichiarare l'indipendenza dalla Repubblica Srpska², avendo ancora nel 2007, trovato la ferma opposizione da parte dei membri del consiglio comunale di origine serba. Oggetto di recentissimo dibattito in patria, e pure nel corso delle sessioni autunnali del 2010 del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (ICTY) ³, è stata la figura del generale croato Ante Gotovina: la questione è tornata alla ribalta in occasione del quindicesimo anniversario dell'Operazione Tempesta, svoltasi tra il 3 e il 7 agosto 1995, e che tra i civili serbi provocò l'esodo forzato di quasi duecentocinquantamila persone, e la morte di più di tremila. A tutt'oggi in Croazia viene invece ricordata come "festa nazionale", e considerata l'atto di definitiva liberazione del suolo croato dagli usurpatori serbi, riconoscendo dunque al capo supremo dell'offensiva Gotovina il valore di "eroe nazionale"⁴. Pianificata ai danni dell'Esercito serbo e delle milizie bosgnacche ribelli della Regione Autonoma della Bosnia occidentale, nella Krajina⁵, a ridosso della costa dalmata, l'area fu obiettivo dell'esercito croato, alleato all'Armata della Repubblica di Bosnia-Erzegovina⁶, e alla NATO, il quale concluse l'azione distruggendo le proprietà abbandonate dai profughi in fuga.

Come già accennato, a questa fase del progetto si è in grado presentare la valutazione di Amnesty International sui lavori svolti fino ad oggi dai due Tribunali, che hanno operato secondo i riferimenti giudiziari previsti dalla Convenzione adottata dall'Assemblea della Nazioni Unite il 9 dicembre 1948, e anche di riferire quale impatto la posizione presa dall'associazione in quel rapporto, ha avuto molto di recente; solo dunque in una fase più avanzata verranno indicati quali aspetti del testo necessitino a nostro avviso, di revisioni e modifiche per contribuire a ri-formulare un *corpus* legislativo più attuale ed efficace, inerente il delitto di genocidio. Il documento apre con un riferimento ai limiti cronologici ed operativi che negli ultimi sei anni, a partire dalla creazione dei due Tribunali (quello rwandese creato nel novembre 1994, quello per i Balcani iniziò ad operare solo poco tempo dopo dallo scoppio della guerra nel 1993), venivano stabiliti nelle riunioni semestrali del

² Si tratta della Repubblica Serba di Bosnia-Erzegovina, ossia l'entità amministrativa dei Serbi di Bosnia: occupa circa il 49% del territorio e ne ospita il 40% circa della popolazione, che corrisponde a 1,4 milioni di abitanti, di cui 1,1 milioni serbi. Con capitale Banja Luka, iniziò a definirsi nelle rivendicazioni serbe, già dal 1991, per finire ad essere riconosciuta ufficialmente dagli Accordi di Dayton del novembre del 1995.

³ <http://www.icty.org/sid/10447>.

⁴ Una fonte interessante a questo proposito, nella quale sono chiarite anche le posizioni governative croate sui fatti di guerra dell'agosto 1995, al sito web *Passaggio a Sud Est. La realtà politica dell'Europa Sud Orientale dai Balcani alla Turchia* <http://pasudest.blogspot.com/2010/08/loperazione-tempesta-quindici-anni-dopo.html>

⁵ Esistita tra il 1991 e il 1995, si trattava della struttura amministrativa in cui si erano organizzati i Bosniaci musulmani della zona.

⁶ L' Armata della Repubblica di Bosnia-Erzegovina era la forza militare della Repubblica di Bosnia-Erzegovina creata dal governo bosniaco nel 1992 in seguito allo scoppio della Guerra in Bosnia.

Consiglio di Sicurezza dell'ONU:” *Dopo oltre 16 anni dall'istituzione dei due tribunali ad hoc in risposta alle terrificanti violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario commesse nei due conflitti, il Consiglio di Sicurezza preme affinché completino il loro lavoro. Tale pressione aumenterà inevitabilmente quest'anno, poiché nella risoluzione 1503 (2003) il Consiglio aveva raccomandato che sia l'Icty che l'Ictr completassero i loro iter giudiziari entro la fine del 2010 – termine rivelatosi poi irrealistico.*”⁷. Si ritiene utile chiarire cosa abbia portato alla valutazione di “irrealistico”, e questo avviene conoscendo il contenuto della risoluzione 1503: votata il 28 agosto 2003, ribadiva i limiti cronologici entro cui concludere i processi, e il criterio di cooperazione con i tribunali locali presenti sui territori dei due conflitti⁸. Si prevedeva che le indagini di entrambi dovessero venir concluse entro il 2004, i processi entro il 2008 e tutti i lavori entro il 2010, concentrandosi soprattutto sull'incriminazione dei *leaders* di più alto livello, mentre tribunali locali nazionali avrebbero lavorato ad individuare e catturare i cosiddetti “pesci piccoli”. In realtà, notizie di diversa fonte, non citate nel testo amnistyano, portano chiarezza definitiva sul perché sia stato necessario prorogare ulteriormente i termini dei lavori. La cattura di Radovan Karadzic nell'agosto 2008 a Belgrado, è il caso più eclatante, portato davanti ai giudici dell'Aja, di colui che è unanimemente indicato come il principale responsabile del genocidio di Srebrenica: se si considera che il suo processo inizierà nel 2012, con un appello stabilito per il 2014, si capisce perché appaiano inadeguati persino i più recenti termini cronologici che l'ICTY sia era dato, avendo deciso la conclusione di tutti i processi per metà 2011, e di tutti gli appelli entro il 2013. E a dirla tutta, non sembra neppure si possa parlare di “conclusioni”: come è il caso di Ratko Mladic, generale braccio destro di Karadzic a Srebrenica, latitante dal 1996, restano ancora in libertà molti criminali balcanici, forse in numero non del tutto inferiore a quelli già assicurati alla giustizia. L'attenzione di Amnesty International prosegue a tutt'oggi anche su questa questione: di seguito, si allega quanto riportato dall'associazione in un'altra pubblicazione, ossia nel Rapporto annuale 2010, alla voce “Sistema giudiziario-crimini di guerra”, proprio sulla Croazia:

“Le autorità hanno continuato a non indagare sui crimini di guerra commessi durante la guerra del 1991-1995 da membri dell'esercito e della polizia croati contro i serbo-croati e le altre minoranze. La mancanza di volontà politica si è rivelata ancora una volta uno dei principali ostacoli nell'affrontare questi casi. Il quotidiano *Jutarnji List* ha dimostrato la sproporzione del numero di azioni giudiziarie avviate contro serbo-croati pubblicando, a settembre, un'intervista in cui il ministro della Giustizia ha dichiarato che solo il 2 per cento dei casi oggetto di procedimenti da parte della magistratura croata erano contro persone di etnia croata, a fronte di un 98 per cento di processi contro serbo-croati e appartenenti ad altre minoranze. Il ministro ha affermato che ciò era

⁷ Il seguente link segnala la traduzione italiana

<http://www.amnesty.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/4314> mentre l'originale inglese si trova al <http://www.amnesty.org/en/library/info/REG01/005/2010/en>

⁸ Un facile riferimento viene dalla versione inglese di Wikipedia http://en.wikipedia.org/wiki/United_Nations_Security_Council_Resolution_1503

comprensibile, dal momento che, nella sua opinione, i serbo-croati avevano commesso più crimini di guerra dei croati.

Sono rimaste lettera morta le misure individuate dal governo per affrontare il problema dell'impunità per i crimini di guerra. Nel 2009 è stato istruito soltanto un caso dinanzi a una delle camere speciali per i crimini di guerra istituite in quattro tribunali di contea a Zagabria, Osijek, Rijeka e Spalato. Le camere speciali furono create nel 2003 allo scopo di giudicare i crimini di guerra al di fuori delle comunità in cui erano stati commessi, una misura con cui si auspicava di diminuire la probabile pressione sui testimoni e di ridurre la faziosità.

*Nel mese di maggio, il tribunale della contea di Zagabria ha concluso il processo contro Branimir Glavaš e altre cinque persone. Branimir Glavaš, accusato di non aver impedito ai suoi subalterni di arrestare, maltrattare e uccidere civili, nella sua veste di capo militare locale, e di aver preso parte direttamente ad alcuni di tali crimini, è stato condannato a 10 anni di reclusione. Gli altri cinque sono stati condannati a pene detentive variabili da cinque a otto anni, perché ritenuti colpevoli di arresti illegali, torture e uccisioni di civili serbo-croati, avvenuti a Osijek nel 1991.

Poco dopo la sentenza, Branimir Glavaš, titolare di passaporto bosniaco, è fuggito in Bosnia ed Erzegovina e vi è rimasto. Le autorità croate non sono riuscite a ottenerne l'extradizione in quanto tra i due paesi non era in vigore alcun accordo di estradizione.

*A novembre è iniziato il processo di appello davanti alla Corte suprema per il verdetto di primo grado nella causa contro due generali dell'esercito croato, Mirko Norac e Rahim Ademi. Nel 2008, il tribunale della contea di Zagabria prosciolsse Rahim Ademi da ogni accusa, pur giudicando Mirko Norac colpevole di alcuni dei reati ascrittigli e condannandolo a sette anni di carcere. Gli imputati erano entrambi accusati di crimini di guerra, tra cui omicidi, trattamento disumano, saccheggio e distruzione ingiustificata di proprietà ai danni di civili serbo-croati e prigionieri di guerra, durante le operazioni militari del 1993.

Il piano d'azione per il perseguimento dei crimini di guerra non è stato in grado di affrontare il problema dei pregiudizi etnici nella magistratura. Esso prevedeva che i procuratori locali selezionassero casi prioritari da trattare. In seguito al piano, nella zona di Sisak, dove circa 100 serbo-croati furono uccisi o scomparvero all'inizio della guerra, nessuno dei casi selezionati come prioritari ha riguardato vittime serbo-croate; in tutti i sette casi prioritari le vittime erano di etnia croata. Ciò non ha fatto altro che aumentare la faziosità etnica e accrescere l'impunità per i crimini commessi da membri dell'esercito e della polizia croati.

Nel mese di marzo, il Comitato delle Nazioni Unite per l'eliminazione della discriminazione razziale (Cerd) ha espresso preoccupazione per le segnalazioni di discriminazione su base etnica nel perseguimento dei casi di crimini di guerra e ha raccomandato alla Croazia di indagare e perseguire efficacemente tutti i crimini di guerra, a prescindere dall'appartenenza etnica delle vittime e dei perpetratori.

A ottobre, l'Hrc ha espresso preoccupazione per l'impunità di cui godono i responsabili di crimini di guerra, incluso il fatto che molti rimangono irrisolti e che la selezione dei casi è stata diretta in modo sproporzionato contro i serbo-croati. Il Consiglio ha stabilito il termine di un anno perché le autorità croate pongano in essere queste e altre raccomandazioni.

Sempre in ottobre, nel suo rapporto sui progressi nella Croazia, anche la Commissione europea ha

osservato che è perdurato il problema dell'impunità per i crimini di guerra, soprattutto quando le vittime erano serbe o i perpetratori appartenevano all'esercito croato. Il rapporto ha sottolineato che molti crimini erano ancora impuniti a causa della combinazione di vari fattori, tra cui l'intimidazione dei testimoni e la riluttanza delle forze di polizia e dei pubblici ministeri a perseguire tali casi.

L'anno si conclude con un impatto forte sulle autorità giudiziarie croate: nel dicembre 2010, il comunicato stampa comparso nel sito web ufficiale di Amnesty International in data 9 dicembre⁹, ed alla cui pagina veniva allegata la pubblicazione del rapporto *Behind a wall of silence. Prosecution of war crimes in Croatia*¹⁰, ha portato nel giro di meno di ventiquattr'ore, alla cattura di Tomislav Mercep¹¹. La prima notizia per il nuovo anno 2011 risale 7 marzo scorso¹² portando all'attenzione la più recente posizione dell'associazione sul problema dell'impunità in Croazia ("Amnesty International ha accolto positivamente un rapporto della Commissione europea in cui vengono richieste, in tempi brevi, alcune riforme al sistema giudiziario croato che portino a un più alto livello di rispetto dei diritti umani nel paese. La Commissione ha dichiarato che la Croazia deve dimostrare in modo convincente l'intenzione di porre fine all'impunità per i crimini di guerra avvenuti sul suo territorio."), senza tralasciarne implicazioni politiche di ben più ampia portata, in relazione all'attuale assetto istituzionale europeo ("Amnesty International ha invitato la Commissione a mantenere ferma la sua posizione sul fatto che i crimini di guerra devono essere perseguiti nella ex Jugoslavia e ha esortato tutti gli stati membri a garantire che l'impunità per questi crimini venga affrontata adeguatamente nel quadro del processo di adesione all'Ue.").

⁹ <http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/report/croatia-urged-speed-war-crimes-prosecutions-2010-12-09>

¹⁰ <http://www.amnesty.org/en/library/asset/EUR64/003/2010/en/81544213-9880-4a5e-acea-d5269d0bc8ad/eur640032010en.pdf>

¹¹ La figura e il ruolo di Mercep nei conflitti balcanici appare controversa, in realtà rilevante quanto a coinvolgimento e responsabilità: nato a Vukovar, ingegnere, già dagli inizi degli anni Novanta, assumeva ruoli nell'amministrazione locale, dedicandosi anche ad un attivismo finalizzato a propaganda nazionalista di preparazione ad un potenziale conflitto. Ritenuto responsabile della confisca di molti beni di proprietà di cittadini di origine serba residenti proprio nella sua città d'origine, venne brevemente incarcerato a seguito di un suo coinvolgimento in attività di smercio illegale di armi ma liberato solo una settimana prima della battaglia di Vukovar. Di lì a poco la sua carriera proseguiva come funzionario presso il Ministero degli Interni croato, fino alla sua nomina nel 1993, a membro dell'Assemblea provinciale al Sabor (parlamento croato), nelle file del partito HDZ (*Hrvatska demokratska zajednica*, Unione Democratica Croata), fondato e allora guidato da Franjo Tudman. Già nel 2003, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, citava la possibilità di un capo d'accusa nei suoi confronti, a seguito di interrogatori con altri militari croati coinvolti nel conflitto, finché nel 2006 diveniva sempre più insistente la voce, riportata dai giornali, che l'imputazione nei suoi confronti a seguito dell'attività del ICTY, potesse venir emessa dall'autorità giudiziarie croate. Il contributo dato dalla pubblicazione del rapporto di AI, è stato dunque determinante per giungere alla sua cattura. <http://www.amnesty.it/Croazia-deve-accelerare-procedimenti-per-crimini-di-guerra>

¹² <http://www.amnesty.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/4580>

Nel frattempo, in questo stesso arco di tempo, il riscontro è giunto anche dalle Nazioni Unite: in data 22 dicembre il Consiglio di Sicurezza ha approvato la risoluzione 1966, a seguito della quale il lavoro dei due Tribunali verrà coadiuvato da una struttura denominata *International Residual Mechanism for Criminal Tribunals*. Secondo le disposizioni della risoluzione, il Segretario generale dovrà presentare entro il 30 luglio 2011 il testo normativo inerente le procedure giuridiche della nuova Struttura, che inizierà ad esser operativa del 1 luglio 2012 per il Rwanda, e dal 1 luglio 2013 per l'ex-Jugoslavia, con il 2014 indicato come nuova, definitiva scadenza massima per la conclusione definitiva dei lavori.

L'analisi di altri, ulteriori punti nel testo della risoluzione, evidenzia come sia sotteso l'intento di affrontare lacune segnalate nel breve rapporto di Amnesty del novembre 2010. Se il lavoro dei due Tribunali, nel corso degli anni, ha suscitato forte l'impressione di esser proseguito in maniera non sempre organica rispetto alle priorità via via definite, e soprattutto di aver comportato spese spesso neppure sostenibili quanto al pagamento del personale¹³, non a caso il nuovo organismo è stato concepito per essere "piccolo, temporaneo ed efficiente, le cui funzioni e persino dimensioni, dovranno via via nel tempo diminuire, con un numero minimo di addetti allo staff, commisurato alle sue funzioni ridotte". Se secondo la risoluzione 1503 le competenze dei due Tribunali penali internazionali, erano definite rispetto a quelle dei tribunali nazionali, relativamente al calibro del criminale perseguito (quelli di maggior responsabilità come Radovan Karadzic, consegnati alle strutture ONU, e quelli di minor rilevanza come Tomislav Mercep, in mano ad un tribunale croato), spetterà alla Struttura internazionale, "perseguire i responsabili di più alto grado indicati dai Tribunali, e che siano stati arrestati al completamento della chiusura dei lavori", questione anche quest'ultima sollevata nel rapporto Amnesty ("Sia i rapporti dei tribunali sia la relazione 2009 del Segretario generale che illustra le opzioni per gli altri organi giudiziari, purtroppo non riescono a spiegare che cosa succederebbe se una delle persone attualmente in libertà fosse arrestata nei prossimi anni mentre Icty e Ictr sono occupati a perseguire i loro casi, e se processi rimanenti potrebbero essere istituiti o meno. Amnesty International ritiene che questo punto dovrebbe essere risolto prontamente per assicurare che non vi siano lacune nella disponibilità di giurisdizione competente né ritardi nel condurre gli imputati a giudizio."); infine la nuova *authority* giudiziaria potrà condurre azioni legali anche a carico di coloro che interferiscano con il corretto proseguo della giustizia, misura che pare esser finalizzata alle pressioni politiche che tanto limitano l'azione giudiziaria, tanto chiaramente emerso nel caso croato, ma che pure quello serbo conferma ("I progressi nelle indagini e nel perseguimento dei crimini di guerra continuano a soffrire della

¹³ "Amnesty International si oppone alle richieste di alcuni membri del Consiglio di sicurezza affinché il futuro lavoro dell'Icty e dell'Ictr sia finanziato con contributi volontari. La decisione di finanziare attraverso contributi volontari altre corti internazionali – tra cui la Corte speciale per i crimini di guerra presso la Corte di stato della Bosnia-Erzegovina, il Tribunale speciale per la Sierra Leone e le Corti straordinarie presso i tribunali della Cambogia - hanno minato il lavoro dei giudici, che hanno dovuto operare in un continuo stato di crisi finanziaria causata dalla mancanza di contributi costanti da parte degli stati. In alcuni casi, questi tribunali hanno dovuto fare passi indietro nell'espletamento delle loro funzioni principali. Questo sistema difettoso non deve essere applicato in futuro all'Icty e all'Ictr, ai processi loro rimasti e a qualsiasi altro tribunale penale internazionale o internazionalizzato."

carezza di finanziamento e sostegno politico adeguato per la Sezione speciale per i crimini di guerra presso la Corte distrettuale di Belgrado (Wcc) e per l'Ufficio del procuratore per i crimini di guerra (Owcp). Solo due corti hanno giurisdizione sui crimini di guerra e solo sette pubblici ministeri sono disponibili per condurre le indagini.”).

Relativamente al Tribunale penale per il Rwanda, Amnesty segnalava “che, invece di perseguire tutti i casi rimanenti, la procura dell'Ictr sta cercando di trasferire in Rwanda fino a otto dei casi in cui gli imputati sono ancora latitanti. Sottolinea inoltre che, in numerose occasioni, i giudici hanno respinto la domanda del procuratore, ai sensi dell'articolo 11 bis¹⁴, di trasferire i casi in Rwanda. Problemi con la giustizia nazionale rwandese, in particolare riguardo alla protezione dei testimoni e all'indisponibilità di quelli della difesa, dovuta ai limiti nella libertà di espressione, indicano come gli ostacoli al trasferimento dei processi possano essere difficili da superare nel breve periodo. Il procuratore ha fatto tre domande di trasferimento a novembre 2010, fra cui quelle per due sospettati ancora in libertà. Se le camere decidessero di trasferire casi di persone sospettate e ancora a piede libero in Rwanda, occorrerebbe che i sospettati, al loro arresto, conservassero il diritto di contestare la decisione di cui all'articolo 11 bis davanti all'Ictr o a qualsiasi processo rimanente.¹⁵”. La Struttura internazionale dunque non avrà “il potere di emanare nuove imputazioni, ma proseguirà a seguire le debite revisioni dei processi, sopravvedere all'applicazione delle pene, o deciderne per la potenziale commutazione. (...) A tutti gli Stati, soprattutto quelli dove si sospetta sia presente un alto numero di latitanti, viene richiesto di intensificare la cooperazione con i Tribunali e la Struttura internazionale per assicurarne l'arresto o consegna”. Secondo Amnesty, tanto il Rwanda quanto l'area balcanica, ponevano l'urgenza sulla questione della cooperazione tra tribunali, e sulle difficoltà sorte a seguito di differenze e/o inadeguatezze dei sistemi giuridici nazionali (“Amnesty International deplora che la relazione di giugno della Procura di stato facesse perno sul trasferimento di casi in Rwanda, indicando così che l'ufficio non è più alla ricerca di opportunità in altre giurisdizioni nazionali, anche se molti stati nel mondo hanno tribunali abilitati a trattare argomenti come il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità. Sebbene l'organizzazione abbia notato che un certo numero di tentativi di perseguire i casi dell'Ictr in altri paesi siano stati ostacolati dall'inadeguatezza della legislazione di quegli stessi paesi che si erano resi

¹⁴ Si tratta di un articolo aggiunto nel corso di una serie di sedute del giugno 1995, alle REP (*Rules of Evidence and Procedure*), il *corpus* di procedura giuridica dell'Ictr, secondo cui il procuratore ha diritto alla richiesta di trasferimento dei casi di livello inferiore, alla giurisdizione nazionale rwandese.

¹⁵ L'articolo <http://jurist.org/dataline/2010/07/rwanda-peter-erlinders-detention.php> segnalava cinque casi, il rapporto Amnesty ne include alcuni in più, ma interessa conoscere le motivazioni addotte ai rifiuti ricevuti dal procuratore del Ictr Hassn Bubacar Jallow: l'appropriatezza e applicabilità della pena per genocidio, l'efficacia della protezione per la difesa dei testimoni, e l'opportunità per gli stessi di rientrare in Rwanda per testimoniare, senza tralasciare dispute di origine razziale che potrebbero influenzare l'imparzialità dei processi.

disponibili a occuparsene, sarebbe prudente continuare a esplorare quest'alternativa alla luce del fatto che l'Ictr appare incerto sul trasferire i suoi casi in Rwanda. (...)

Considerando l'orribile livello raggiunto dai crimini commessi in Bosnia-Erzegovina (BiH) durante la guerra del 1992-1995, solo un numero molto limitato di essi è stato perseguito in tribunale sino ad oggi. La strategia di Stato per il lavoro sui casi di crimini di guerra, adottata a dicembre 2008, è stata un buon passo in avanti nella lotta all'impunità, ma è rimasta sulla carta. Amnesty International teme che, in Bosnia-Erzegovina, il quadro legale di riferimento per perseguire i crimini di diritto internazionale sia allo stato dei fatti inadeguato. Il perseguimento dei crimini di diritto internazionale, attualmente, ha luogo principalmente presso la sezione Crimini di guerra della Corte di stato della Bosnia-Erzegovina (Wcc) e nei tribunali distrettuali della Federazione Bosnia-Erzegovina (FBiH) e della Repubblica Srpska (RS). Un numero limitato di azioni penali ha luogo nel distretto di Brcko¹⁶. Vi sono, tuttavia, significative differenze nella legislazione applicata dalle diverse giurisdizioni. Mentre alla Wcc si applica il codice penale della BiH adottato nel 2003, i giudici distrettuali continuano ad applicare il codice penale della ex Repubblica socialista di Jugoslavia (Sfry), che non è in linea con le norme vigenti sul perseguimento di crimini di diritto internazionale. I difetti del codice penale della Sfry includono la mancanza di un riconoscimento esplicito della responsabilità del comando, la mancanza di una definizione di crimini contro l'umanità, e l'incapacità di definire adeguatamente i reati di violenza sessuale commessi durante la guerra.

Il codice penale della Bosnia-Erzegovina del 2003 affronta molti di questi difetti, ma non riesce a definire i reati di violenza sessuale in modo conforme alle norme internazionali in materia. In particolare, l'obbligo di uso della forza o la minaccia di uso della forza come elemento della definizione di violenza sessuale nel contesto di una guerra è in contraddizione con la giurisprudenza dell'Icty e con la definizione di questi crimini nel diritto internazionale.”.

Il caso del Kosovo infine, può aver ispirato quei passi della risoluzione 1966 che alludono all'importanza di un facile accesso agli atti dei passati processi: a dare resoconto su questo punto, è lo stesso Segretario generale, che ha sì confermato precedenti disposizioni secondo cui una più facile logistica, richieda che gli archivi non vengano trasferiti e resi invece facilmente consultabili, ma al quale viene anche richiesto dal Consiglio di Sicurezza, di definire un sistema di accesso e di sicurezza informativa per gli archivi dei due Tribunali e della Struttura internazionale. Amnesty International aveva segnalato come “In Kosovo, date le circostanze storiche e la conseguente mancanza di cooperazione tra le autorità serbe e quelle locali, i processi per crimini di guerra sono stati condotti da giudici e pubblici ministeri internazionali, inizialmente sotto il controllo della missione temporanea delle Nazioni Unite (Unmik) e, dal dicembre 2008, dalla polizia guidata dall'Ue e dalla missione di

¹⁶ Il Distretto di Brčko è un'unità amministrativa autonoma sotto la sovranità della Bosnia-Erzegovina. Si trova nella parte nord-est del Paese, e formalmente fa parte di entrambe le entità bosniache: la Federazione e la Repubblica Serba. Fu costituito ufficialmente l'8 marzo 2000, un anno dopo un processo di arbitraggio per violazione degli Accordi di pace di Dayton; rimane sotto la supervisione della comunità internazionale, nel quale dopo la guerra l'Unione Europea ha mantenuto una presenza diplomatica di peacekeeping. Ha circa 80.000 abitanti e la sua sede si trova nella città di Brčko

giustizia Eulex. Relativamente scarsi sono i progressi compiuti dall'Eulex nel perseguimento dei crimini di guerra, nonostante l'accesso ad atti che non erano stati messi a disposizione di Unmik, compreso materiale d'archivio dell'Icty"; il testo della risoluzione richiede la cooperazione con i paese dell'ex Jugoslavia e con il Rwanda, e con gli organismi preposti, "per facilitare l'istituzione di centri di informazione e documentazione, permettendo la consultazione dei documenti pubblici dei due Tribunali e della Struttura internazionale, anche tramite consultazione dei rispettivi siti web."

Il testo della risoluzione del dicembre 2010, si chiude proprio con una valutazione sul lavoro del Icty, che risulta aver incriminato 161 persone, e completato procedimenti contro 125 delle stesse, restando solo due accusati in stato di latitanza, Ratko Mladic, e Goran Hadzic, ma la situazione serbo-kosovara ha visto un ulteriore sviluppo lo scorso 23 febbraio, la condanna all'Aja, dell'ex generale di polizia Valstimir Đorđević, all'epoca Assistente del Ministro presso il Ministero serbo degli Interni e capo del suo Dipartimento di Pubblica Sicurezza, a 27 anni di carcere per crimini di guerra e contro l'umanità commessi nel 1999. Accusato nel 2003, Đorđević non è stato arrestato fino al 2007 in Montenegro, con un processo iniziato nel 2009 e conclusosi nel luglio 2010. Altri cinque funzionari serbi di alto grado, attivi in strutture politiche, militari e di polizia, coinvolti nei medesimi crimini tra i quali Nikola Šainović, allora Vice Primo Ministro, e Sreten Lukić, capo dello staff di polizia del Kosovo, erano già stati accusati nel febbraio 2009, per un'operazione congiunta di deportazione e trasferimento forzato di almeno 200.000 Albanesi kosovari provenienti da 13 diversi comuni nella lista d'imputazione. Đorđević, in particolare, oggi sessantaduenne, era stato accusato dell'omicidio di 724 cittadini kosovari di etnia albanese, la maggior parte civili disarmati, e di operazioni di copertura e rimozione fino in Serbia, di almeno 900 cadaveri.

Il Tribunale speciale internazionale per il Rwanda è stato invece l'unico ad aver condannato un criminale all'ergastolo per genocidio, caso che risulta addirittura essere il primo, ossia l'unico, al mondo dal 1948. Si tratta di Jean Kambanda, già Direttore delle Banche Popolari del Rwanda tra il 1989 e il 1994, e primo ministro *ad interim* dal 9 aprile 1994, solo due giorni dopo l'attentato contro l'aereo presidenziale di Habyarimana, fatto che diede il via a quei tragici tre mesi di sangue e violenza. Arrestato a Nairobi nel luglio 1997, accusato di partecipazione diretta al genocidio, e di non aver fatto nulla per fermarlo, confessò di aver distribuito armi e munizioni alle autorità prefettuali di Butare e Gitarama, due centri in direzione sud-ovest dalla capitale Kigali, consapevole che sarebbero state usate per massacrare i civili. Nel corso del processo, l'imputato riconobbe la sussistenza del genocidio e la premeditazione del massacro, finendo ad esser condannato nel settembre 1998 con tutti e cinque i capi d'imputazione stabiliti dall'art. III della Convenzione del 1948.

Quanto dunque sottolineato, ossia il fatto che Kambanda resti a tutt'oggi l'unico condannato con il massimo della pena per chi abbia commesso genocidio, unico non

solo per questo caso e questo Paese, ma pure per tutta la metà del XX secolo, il più violento che la storia ricordi, lascia già di per sé intendere il perché il testo della Convenzione, necessita certamente di una forte revisione. Sono stati proprio testimoni rwandesi a farci notare, a questo proposito, un'ulteriore lacuna da non sottovalutare: il caso Kambanda, quello di un criminale che confessando si è aggiudicato il massimo della pena, ha reso altri potenziali "pentiti" definitivamente riluttanti a non collaborare ed ammettere fino in fondo, tutte le loro responsabilità.