

ATTUALITÀ

PAOLA SCEVI

Crimini perpetrati contro migranti e rifugiati in Libia e giustizia penale internazionale. Una riflessione sui meccanismi di risposta

La grave situazione in atto in Libia, ove migranti e rifugiati continuano ad essere sistematicamente sottoposti a detenzione arbitraria e torture in luoghi di detenzione, ufficiali e non ufficiali, nei quali sono diffusi anche la violenza sessuale, il rapimento per riscatto, l'estorsione, il lavoro forzato e le esecuzioni illegittime, impone una approfondita riflessione in ordine alla possibilità di qualificare tali crimini quali crimini contro l'umanità, di competenza della Corte penale internazionale.

Dopo una analisi dei profili presupposti all'intervento della Corte, con specifico riguardo agli atti di violenza contro migranti e rifugiati in Libia, la riflessione si concentra sull'effettività, quale condizione necessaria affinché la giustizia penale internazionale possa arrivare a ridurre significativamente lo iato fra enunciazione ed attuazione, che a tutt'oggi permane uno degli aspetti più critici del discorso sui diritti umani.

Crimes against migrants and refugees in Libya and international criminal justice. A research on response mechanisms

The serious situation in Libya, where migrants and refugees continue to be systematically subjected to arbitrary detention and torture in official and unofficial places of detention, where sexual violence, kidnapping for ransom, extortion, forced labor and illegitimate executions are also widespread, requires a thorough reflection on the possibility of classifying these crimes as crimes against humanity, under the jurisdiction of the International Criminal Court.

After an analysis of the profiles required for the intervention of the Court, with specific regard to the acts of violence against migrants and refugees in Libya, the reflection focuses on effectiveness, as a necessary condition for international criminal justice to achieve a significant reduction in the gap between statement and implementation, that still remains one of the most critical aspects of the human rights discourse.

SOMMARIO: 1. Il contesto. - 2. Presupposti per l'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale in Libia. - 3. I tratti peculiari dei crimini contro l'umanità nelle gravi forme di violenza perpetrate contro migranti e rifugiati in Libia. - 4. *Che fare?*

1. *Il contesto.* Nel rapporto del 15 gennaio 2020 del Segretario Generale al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sulla situazione in Libia, si evidenzia che migliaia di rifugiati e migranti sono detenuti nei centri di detenzione gestiti dal Dipartimento per la lotta alla migrazione illegale, in capo al Ministero degli Interni, controllati da gruppi armati ed esposti ai combattimenti a Tripoli e dintorni. Migranti e rifugiati continuano ad essere sistematicamente sottoposti a detenzione arbitraria e torture in luoghi di detenzione, ufficiali e non ufficiali, nei quali sono diffusi anche la violenza sessuale, il rapimento per riscatto, l'estorsione, il lavoro forzato e le esecuzioni illegittime. Tali crimini sono perpetrati da funzionari governativi, membri di gruppi armati, milizie,

trafficienti e membri di bande criminali¹.

Ed altresì, nel diciannovesimo rapporto semestrale del 5 maggio 2020 al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite sulla situazione libica della Procuratrice generale della Corte penale internazionale (*International Criminal Court - ICC*) si richiama l'attenzione sulla sottoposizione di migranti e rifugiati a gravi abusi². In particolare, facendo esplicito riferimento all'allarmante numero di persone arbitrariamente trattenute in condizioni disumane nei centri di detenzione delle aree intorno a Tripoli, il rapporto evidenzia le esecuzioni illegittime, la sottoposizione a tortura e lavoro forzato, stupro e altre forme di violenza sessuale, rapimento, estorsione³.

Già l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni aveva reso noto che centinaia di migranti e rifugiati africani in Libia sono comprati e venduti nel mercato degli schiavi, per poi essere costretti ai lavori forzati e a subire abusi sessuali e che la compravendita degli esseri umani è sempre più diffusa tra i trafficanti libici⁴. In Libia organizzazioni militari o para-militari utilizzano migranti e rifugiati quale fonte di lucro e di finanziamento per le attività legate al conflitto. Traffico e tratta di esseri umani aggravano il clima di impunità in quel Paese⁵ e costituiscono fonti di sostegno anche per gruppi criminali; come efficacemente osservato, questi "approfittano della miseria delle popolazioni subsahariane per vendere uomini e donne come merci, affinché servano come manodopera a bassissimo costo nei vari Paesi dell'Europa sviluppata ovvero - ancor peggio - come veicoli per lo sfruttamento sessuale o per il commercio della droga"⁶.

Anche la sentenza della Corte di Assise di Milano 10 ottobre 2017, caso *Ma-*

¹ United Nations Security Council, *United Nations Support Mission in Libya, Report of the Secretary-General*, 15 gennaio 2020, Groups in vulnerable situations, *Migrants and refugees*, §50 e § 51.

² *Nineteenth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011)*.

³ *Nineteenth Report*, cit., § 28.

⁴ Queste persone, perlopiù provenienti da Senegal, Nigeria e Gambia, nella più parte dei casi sono catturate appena giunte alle coste a nord della Libia - ove tentano l'imbarco alla volta dell'Europa - per essere poi vendute ad un prezzo oscillante tra i 200 ed i 500 dollari, cfr. *Emergenza immigrazione: la Libia, l'Unione Europea e l'Italia*, in *LUISS Osservatorio sulla Sicurezza Internazionale*, online, 8 luglio 2017.

⁵ Il 3 ottobre 2019 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha adottato la Risoluzione 2491, con la quale ha fermamente condannato il traffico di migranti e la tratta di esseri umani nel, attraverso e dal territorio libico e al largo delle coste libiche, che mettono in pericolo la vita di centinaia di migliaia di persone (cfr. punto 6 Preambolo e § 1.).

⁶ M. RONCO, *L'esercizio dei poteri costituzionali in materia di libertà, sicurezza e giustizia e l'obbligo di lealtà nel rapporto tra gli organi dello Stato*, in questa *Rivista online*, 2020, 1,10.

*tammud Osman*⁷, ci ha restituito elementi di consapevolezza in ordine alla natura dei campi di detenzione di migranti e rifugiati, segnatamente quelli di Bani Walid e Sabratha. La sentenza di condanna di un cittadino somalo, componente di un sodalizio criminale a carattere transnazionale che gestiva il traffico di migranti, per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione aggravato dalla morte dei sequestrati, violenza sessuale pluriaggravata, favoreggiamento dell'immigrazione illegale, ha acclarato la natura concentrazionearia dei centri di detenzione di migranti e rifugiati oggetto di esame nella sentenza⁸.

Queste evidenze impongono una approfondita riflessione in ordine alla possibilità di qualificare tali crimini quali crimini contro l'umanità⁹, di competenza della Corte penale internazionale¹⁰, nella consapevolezza che ove la fun-

⁷ Corte di Assise di Milano, sentenza 10 ottobre 2017 (dep. 1° dicembre 2017), *Matammud Osman*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁸ *Matammud Osman* e i gestori dei centri di detenzione, tutte guardie libiche armate, privavano migranti e rifugiati della libertà recludendoli nei campi, organizzati per concentrarli in molte centinaia, in condizioni di deprivazione estrema e di violenza massiva. Allo scopo di rendere più persuasiva la richiesta di denaro ai loro familiari ed altresì quale metodo strutturale dell'istituzione concentrazionearia, li sottoponevano a privazioni di cibo e cure mediche, a reiterate percosse con bastoni, spranghe e cavi, a torture con plastica fusa o scariche elettriche o a forzata disidratazione. Le donne, tra cui molte fanciulle, venivano sottoposte a ripetute violenze sessuali, legate e percosse, e venivano provocate loro, in diversi casi, gravi lesioni in relazione alla pregressa infibulazione. La pronuncia della Corte di Assise, in una parte concernente i fatti che hanno visto coinvolta una delle vittime, evidenzia con cruda eloquenza il trattamento riservato a migranti e rifugiati ad opera dei pubblici ufficiali libici: in un campo «era rimasta per circa un mese fino a quando era intervenuta la Polizia libica che aveva arrestato tutti, sia i migranti sia i guardiani. Era rimasta in prigione per tre mesi e qui era stata picchiata e violentata da una decina di poliziotti» (§ 2.2.6).

⁹ Sui crimini contro l'umanità v., in generale, M. CHERIF BASSIUNI, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, 2014; M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA, L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, Paris, 2018.

¹⁰ Sulla Corte penale internazionale, che costituisce la prima vera giurisdizione mondiale sovranazionale, v. M. CHERIF BASSIUNI, *The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History*, New York, 1999; A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002; O. TRIFFTERER, K. AMBOS, (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2016. E v., altresì, M. DELMAS-MARTY, *The ICC as a Work in Progress for a World in Process*, in M. M. DEGUZMAN, D. M. AMANN, (a cura di), *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, Oxford, 2018, 257 ss. Come noto, il 17 luglio 1998, a Roma, è stato approvato da una Conferenza internazionale lo Statuto della ICC (da qui l'espressione *Statuto di Roma*). Al riguardo va dedicato un breve cenno al profilo della legalità, rilevando che lo Statuto di Roma ha comportato in proposito una notevole evoluzione, giacché oggi le norme del diritto penale internazionale sono in grado di rispondere alle esigenze di chiarezza e conoscibilità proprie delle disposizioni penali. Quanto al modello di legalità recepito nello Statuto di Roma, si è posta la questione se sia da considerarsi strettamente penalistico (sul punto v., in particolare, M. CATENACCI, *'Legalità' e 'tipicità' del reato nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Milano, 2003, 187 ss.), ovvero sia un ibrido, cioè al contempo penalistico e internazionalistico (cfr. G. FIANDACA, *Spunti di riflessione su diritti umani e diritto penale nell'orizzonte sovranazionale*, in *Diritti umani e*

zione di prevenzione generale sia debole, come, ad oggi, nel diritto penale internazionale, l'essenza del «penale» si fonda sulla sua effettiva capacità di produrre giustizia. È proprio sul terreno dell'effettività che dobbiamo inoltrarci per tener fede all'idea dei diritti umani e contribuire così a garantire, laddove necessario, adeguata protezione giuridica.

2. Presupposti per l'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale in Libia. Al riguardo, e in via preliminare, occorre analizzare i profili presupposti all'intervento della Corte.

La giurisdizione della Corte penale internazionale non si sostituisce né si sovrappone a quella delle giurisdizioni nazionali. Lo Statuto di Roma accoglie infatti il principio di *complementarità*¹¹, in virtù del quale la Corte può intervenire solamente quando gli Stati competenti siano *unwilling* (non vogliano) o *unable* (non possano) svolgere effettivamente le indagini o l'azione penale.

La complementarità della Corte penale internazionale verso le giurisdizioni

diritto internazionale, 2007, 1, 74). Va osservato che la giustizia penale internazionale sussume la propria essenza dall'universalismo dei valori umani assunti a oggetto di protezione. Quanto alle finalità di tutela, alla giustizia penale internazionale spetta sanzionare le più gravi violazioni a livello internazionale: i diritti umani assurgono a beni giuridici oggetto di protezione penale. Sulla giustizia penale internazionale v.: A. CASSESE, M. DELMAS-MARTY, (a cura di), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, 2002; A. CASSESE, M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005; S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, Bologna, 2005; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna, 2005; M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT ABDELGAWAD, (a cura di), *Les sources du droit international pénal*, Paris, 2005; G. FIANDACA, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in F. PALAZZO, R. BARTOLI, (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011, 97 ss.; G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, Oxford, 2014; R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA (a cura di), *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014*, Trento 2015; E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016; M. CHERIF BASSIOUNI, *Human Rights and International Criminal Justice in the Twenty-First Century*, in M. M. DEGUZMAN, D. M. AMANN, (a cura di), *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, cit., 3 ss.; F. LATTANZI, *Dal trattato di Versailles allo Statuto di Roma*, in *Dir. pen. cont.-Riv Trim.*, 2018, 4, 305 ss.

¹¹ In argomento v.: B. S. BROWN, *Primacy or Complementarity. Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals*, in *Yale Journal of International Law*, 1998, 23, 383 ss., e spec. 423 ss.; J. T. HOLMES, *The Principle of Complementarity*, in R. S. LEE, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, London-Boston, 1999, 41 ss.; ID., *Complementarity: National Courts vs. the ICC*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., 667 ss.; M.M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, 2008, Leiden-Boston; J.K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, 2008; J. STIGEN, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity*, Leiden, 2008.

penali nazionali è affermata al par. 10 del Preambolo e all'art. 1 dello Statuto, ed è disciplinata compiutamente agli artt. 15, 17, 18 e 19 ICC St. Si statuisce che la Corte non può esercitare la propria giurisdizione su di un caso allorché sullo stesso siano in corso indagini o procedimenti penali da parte di uno Stato che ha giurisdizione su di esso, ovvero le autorità dello Stato abbiano debitamente condotto indagini sul caso e abbiano deciso di non procedere penalmente nei confronti della persona interessata, a meno che tale Stato non abbia la volontà o la capacità di indagare e svolgere l'azione penale in modo genuino (art. 17, 1, (a) e (b) ICC St); la Corte altresì non può esercitare la propria giurisdizione su persone che, per gli stessi fatti, siano già state processate - sempre che il processo si sia svolto in modo indipendente o imparziale (artt. 17, 1, (c) e 20, 3, ICC St) - nonché ove il fatto non sia di gravità sufficiente a giustificare ulteriori azioni da parte della Corte (art. 17, 1, (d) ICC St).

Il significato da attribuire alle espressioni *unwillingness* e *inability* è specificato dall'art. 17 (2) e (3) dello Statuto della Corte. In esso si afferma che uno Stato dimostra una "mancanza di volontà" ove le autorità nazionali abbiano condotto il procedimento allo scopo di proteggere l'interessato dalla responsabilità penale per i crimini internazionali di competenza della Corte di cui all'art. 5 ICC St (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e aggressione); si sia verificato un ritardo ingiustificato nel procedimento, incompatibile con l'intenzione di assicurare l'interessato alla giustizia; il procedimento non sia stato condotto in modo indipendente o imparziale o sia stato svolto in modo tale da renderlo incompatibile con il fine di assicurare l'interessato alla giustizia (art. 17, 2, ICC St). In ordine all'incapacità, l'art. 17 (3), ICC St statuisce che essa si verifichi allorché, a cagione del collasso totale o sostanziale, o dell'indisponibilità del proprio sistema giudiziario, ovvero perché non dispone di una legislazione adeguata, uno Stato non sia in grado di arrestare l'accusato o di ottenere la sua consegna da parte delle autorità o degli organi che lo hanno in custodia, nonché di ottenere le prove e le testimonianze necessarie, o di svolgere il procedimento penale¹². Questa previsione si riferisce a quelle situazioni in cui lo Stato si trovi ancora in una fase di crisi a seguito di un conflitto, così come attualmente in Libia, ove i crimini perpetrati, di cui sono vittime in particolare migranti e rifugiati, nascono da orrori laceranti.

¹² Viene effettuato sia un sindacato sul diritto nazionale in quel momento, sia una valutazione di come la disposizione interna possa essere effettivamente applicata a quel caso concreto, disvelandosi o meno adeguata allo Statuto. Al riguardo v. il caso *Al Senussi*, ICC-01/11-01/11- 466, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, PTC, 11 ottobre 2013; v. altresì il caso *Saif Al-Islam Gheddafi*, ICC-01/11-01/11- 344, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gheddafi*, PTC, 31 maggio 2013.

L'ampiezza che caratterizza gli indici in questione lascia alla Corte un apprezzabile margine di manovra in ordine ai criteri da utilizzare; è possibile ipotizzare un intervento della Corte, ai sensi dell'art. 17, 2, (a) ICC St, in caso di processo farsa, costruito per obnubilare le responsabilità dell'imputato, mentre il "ritardo ingiustificato" incompatibile con il fine di assicurare l'interessato alla giustizia, di cui all'art. 17, 2, (b) ICC St, appare di difficile determinazione.

Considerato nell'insieme, il sistema di complementarità della Corte penale internazionale, dunque, evidenzia che la giurisdizione della Corte è subordinata alle giurisdizioni penali dei singoli Stati, a meno che essi non vogliano o non possano svolgere genuinamente le indagini o l'azione penale, e il caso sia di gravità sufficiente a giustificare l'intervento da parte della Corte (art. 17, 1, (d) ICC St).

Quanto alla *gravità*, criterio cui si riferiscono i prf. 4 e 5 del Preambolo nonché gli artt. 1, 5, 17 (1) (d), 53 (1) (c) ICC St, essa viene in considerazione per individuare le situazioni meritevoli di trattazione fra quelle rientranti nella giurisdizione della Corte, nonché per concentrare le indagini e l'esercizio dell'azione penale da parte della Corte sugli autori dei più gravi crimini internazionali¹³ - per quanto qui di interesse, leader e membri di gruppi armati o di milizie, trafficanti e membri di bande criminali, cui sono addebitabili gli atti di violenza contro migranti e rifugiati in Libia sottoposti a detenzione arbitraria, trattamenti crudeli e torture in luoghi di detenzione, ufficiali e non ufficiali, violenza sessuale, rapimento per riscatto, lavoro forzato, esecuzioni illegittime.

La complementarità opera qualunque sia stata la modalità di attivazione della giurisdizione della Corte. Essa può essere attivata da uno Stato parte (artt. 13 (a) e 14 ICC St), o dal Procuratore presso la Corte, che abbia avviato

¹³ Al riguardo va notato che lo Statuto della Corte, mentre prevede espressamente che rientrano nella competenza della Corte stessa i *most serious crimes*, non afferma che le indagini e l'esercizio dell'azione penale debbano concentrarsi solamente sui *most serious perpetrators*; cfr., ICC, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-169, *Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58"*, 13 luglio 2006, § 79, ove si afferma che "[...] the Preamble to the Rome Statute mentions "most serious crimes" but not "most serious perpetrators". The Preamble to the Statute in paragraphs five and six respectively states "perpetrators" and "those responsible for international crimes". The reference in paragraph five of the Preamble to "perpetrators" is not prefixed by the delineation "most serious" or "most responsible". Such language does not appear elsewhere in the Statute in relation to the category of perpetrators. Had the drafters of the Statute intended to limit its application to only the most senior leaders suspected of being most responsible they could have done so expressly". Va ricordato che, diversamente, lo Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga, all'articolo 1, affermava che il Tribunale era competente a giudicare e punire i "grandi criminali".

un'indagine *proprio motu*, dopo aver ottenuto dalla Camera Preliminare l'autorizzazione ad iniziare le indagini (artt. 13 (c) e 15 ICC St), o dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite che segnala al Procuratore una situazione nella quale appare che uno o più crimini - rientranti nella giurisdizione della Corte - siano stati commessi" (art. 13 (b) ICC St).

Se l'iniziativa è di uno Stato parte o del Procuratore, la Corte può esercitare la propria giurisdizione solo se la sua competenza è stata accettata dallo Stato nel cui territorio è stato commesso il crimine, o dallo Stato di nazionalità dell'accusato. Lo Stato che diviene parte dello Statuto accetta, in virtù di tale atto, la competenza della Corte sui crimini internazionali di cui all'art. 5 ICC St (art. 12 ICC St).

Tali condizioni non sono richieste ove l'iniziativa sia del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, il quale ha il potere di decidere, con effetti obbligatori per gli Stati, qualunque azione necessaria per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, ciò che circomprensive anche l'adozione di misure mirate a reprimere gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani commesse nel corso di conflitti. Segnatamente, il Consiglio di sicurezza può, attraverso una risoluzione vincolante per tutti gli Stati membri dell'ONU, legittimare l'esercizio della giurisdizione della Corte penale internazionale anche nel territorio di Stati non parte dello Statuto di Roma. Così è avvenuto con la Risoluzione 1970 (2011)¹⁴, mediante la quale il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha segnalato la situazione in Libia - che non è uno Stato parte dello Statuto di Roma - al Procuratore della Corte penale internazionale, cui è stato chiesto di intraprendere azioni in ordine ai presunti crimini commessi nel Paese a partire dal 15 febbraio 2011 (§ 4 e § 7). La Corte può pertanto esercitare la propria giurisdizione sui gravi crimini internazionali ricompresi nello Statuto di Roma, commessi in Libia o da cittadini libici, a partire da tale data¹⁵.

¹⁴ *Resolution 1970 (2011), Adopted by the Security Council at its 6491st meeting*, 26 febbraio 2011.

¹⁵ Il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha deferito la situazione libica alla ICC condannando la violenza e l'uso della forza contro i civili, deplorando la grave e sistematica violazione dei diritti umani. La Pre-Trial Chamber ha riscontrato che un conflitto armato non di carattere internazionale è in corso, almeno dall'inizio di marzo 2011, sul territorio libico tra forze governative e diversi gruppi armati organizzati, nonché tra i vari gruppi armati. Tre i mandati di arresto rispettivamente per Muammar Mohammed Abu Minyar Gheddafi, Saif Al-Islam Gheddafi e Abdullah Al-Senussi: il mandato di arresto contro Muammar Mohammed Abu Minyar Gheddafi è stato ritirato, il 22 novembre 2011, a causa della sua morte; il procedimento contro Abdullah Al-Senussi si è concluso il 24 luglio 2014 quando l'Appeals Chamber ha confermato una decisione della Pre-Trial Chamber che ha dichiarato il caso irricevibile dinanzi all'ICC; il mandato di arresto per Saif Al-Islam Gheddafi è stato emesso il 27 giugno 2011 (attualmente egli non si trova sotto la custodia della Corte) e il 9 marzo 2020, l'Appeals Chamber

3. *I tratti peculiari dei crimini contro l'umanità nelle gravi forme di violenza perpetrate contro migranti e rifugiati in Libia.* Come visto, migranti e rifugiati in Libia continuano regolarmente ad essere sottoposti a detenzione arbitraria, uccisioni illegali, sparizioni forzate, torture, violenza sessuale e di genere, rapimenti per riscatto, estorsione e lavoro forzato¹⁶ e considerando che gli attacchi diffusi e sistematici in atto nel Paese contro i migranti, i rifugiati e la popolazione civile, possono essere qualificati quali crimini contro l'umanità¹⁷ si rende necessaria una analisi dei loro tratti peculiari.

La Corte penale internazionale, come noto, è competente *ratione materiae*, per i crimini internazionali di cui all'art. 5 ICC St (genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e aggressione), *ratione temporis* (art. 11 ICC St), per quelli commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto, ossia il 1° luglio 2002, e *ratione loci*, per quelli commessi nel territorio di uno Stato parte o che ha accettato la competenza della Corte rispetto ad un determinato crimine o da cittadini di uno Stato parte (art. 12 ICC St), o in caso di remissione da parte del Consiglio di Sicurezza dell'ONU.

In particolare, i crimini contro l'umanità costituiscono crimini particolarmente spregevoli e abietti, poiché ledono il diritto alla vita, a non essere torturati, alla libertà, alla dignità e ancor più perché ledono l'umanità quale valore consustanziale ad ogni persona¹⁸. L'essenza dei crimini contro l'umanità poggia sull'assunto che taluni principi, consustanziali al valore della dignità umana, sono così essenziali per l'esistenza di ogni individuo e per la vita dell'umanità, che nessuno Stato può violarli¹⁹.

Costituisce crimine contro l'umanità uno degli atti ricompresi nell'articolo 7 ICC St, perseguibile solamente se commesso, in attuazione o in esecuzione

ha confermato all'unanimità l'ammissibilità del caso. Due i mandati d'arresto nei confronti di Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli (il primo del 15 agosto 2017, il secondo del 4 luglio 2018), che rimangono ineseguiti.

¹⁶ *Nineteenth Report*, cit., § 28.

¹⁷ Sul punto v. *Resolution 1970 (2011), Adopted by the Security Council at its 6491st meeting*, cit., *Preambolo* punto 6.

¹⁸ Al riguardo va richiamato quanto affermato dall'ICTY, caso *Erdemović*, IT-96-22-T, *Trial Judgment*, 29 novembre 1996, § 28: "Crimes against humanity are serious acts of violence which harm human beings by striking what is most essential to them: their life, liberty, physical welfare, health, and or dignity. They are inhumane acts that by their extent and gravity go beyond the limits tolerable to the international community, which must perforce demand their punishment. But crimes against humanity also transcend the individual because when the individual is assaulted, humanity comes under attack and is negated. It is therefore the concept of humanity as victim which essentially characterises crimes against humanity".

¹⁹ S. ZAPPALÀ, *La giustizia penale internazionale*, cit., 30.

del disegno politico di uno Stato o di una organizzazione, nell'ambito di un esteso o sistematico attacco contro popolazioni civili, e con la consapevolezza dell'attacco. Non si tratta dunque di eventi sporadici o isolati²⁰, bensì di eventi che sono parte di una politica governativa, ovvero di una prassi estesa o sistematica²¹ di atrocità contro la popolazione civile, perseguita, tollerata, accettata²² da un governo, o da un'autorità di fatto o organizzazione²³.

Occorre, pertanto, che il singolo atto rappresenti un anello di una catena di crimini dello stesso tipo o sia parte della successione di atti mediante i quali siffatti crimini sono stati perpetrati²⁴ (attacco esteso), ovvero che sia posto in

²⁰ Cfr. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 334.

²¹ Come ha chiaramente affermato la ICC nel caso *Katanga e Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the confirmation of charges*, 30 settembre 2008, § 394: "The expression "widespread or systematic" in article 7(1) of the Statute excludes random or isolated acts of violence. Furthermore, the adjective "widespread" connotes the large-scale nature of the attack and the number of targeted persons, whereas the adjective "systematic" refers to the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence".

²² Sul punto v. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 345. Al riguardo va evidenziato che l'ICC nel caso *Samoei Ruto, Kiprono Kosgej e Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-373, *Decision on the confirmation of charges*, 23 gennaio 2012, ha affermato che: "The implementation of a policy can consist of a deliberate failure to take action, which is consciously aimed at encouraging such attack" (§ 210).

²³ Secondo la giurisprudenza della ICC l'"organizzazione" deve possedere "le risorse, i mezzi e la capacità sufficienti" al compimento di atti di cui all'articolo 7, par. 2, lettera a), dello Statuto. La Corte ha evidenziato come non si possa escludere in alcun modo che un attacco contro una popolazione civile possa essere condotto da un gruppo o un'organizzazione, indipendentemente dalla sua natura statale o privata (ICC, *Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, *Judgment pursuant to article 74 of the Statute*, TC, 7 marzo 2014, § 1119). Al riguardo, v. altresì, ICC, *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09-19, *Decision pursuant to article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya*, 31 marzo 2010, § 90, ove si afferma che: "the associative element, and its inherently aggravating effects, could eventually be satisfied by 'purely' private criminal organizations, thus not finding sufficient reasons for distinguishing the gravity of patterns of conduct directed by 'territorial' entities or by private groups, given the latter's acquired capacity to infringe basic human rights". Secondo la Corte, la determinazione in ordine alla qualificazione di un determinato gruppo come 'organizzazione', ai sensi dello Statuto, deve essere fatta caso per caso, prendendo in considerazione una serie di elementi, tra i quali: "(i) whether the group is under a responsible command, or has an established hierarchy; (ii) whether the group possesses, in fact, the means to carry out a widespread or systematic attack against a civilian population; (iii) whether the group exercises control over part of the territory of a State; (iv) whether the group has criminal activities against the civilian population as a primary purpose; (v) whether the group articulates, explicitly or implicitly, an intention to attack a civilian population; (vi) whether the group is part of a larger group, which fulfils some or all of the above-mentioned criteria. It is important to clarify that, while these considerations may assist the Chamber in its determination, they do not constitute a rigid legal definition, and do not need to be exhaustively fulfilled" (§ 93). Così anche ICC, *Samoei Ruto, Kiprono Kosgej e Arap Sang*, cit., § 185.

²⁴ Atti della stessa natura ma isolati possono rappresentare gravi violazioni dei diritti umani oppure costituire, in relazione alle circostanze, crimini di guerra, ma non hanno i requisiti per essere qualificati come crimini contro l'umanità. È pur vero che un soggetto può essere colpevole di crimini contro l'umanità, ancorché commetta solamente uno degli atti ricompresi nell'articolo 7 ICC St, anche soltanto

essere in attuazione o in esecuzione di un disegno politico²⁵, o di un piano predisposto o indotto da un'autorità statale, o da un'autorità di fatto, ovvero da un'organizzazione politica (attacco sistematico)²⁶. Tali atti possono essere puniti sia se commessi in tempo di pace che di guerra: non rileva la sussistenza di un nesso tra essi ed un conflitto armato²⁷. Vi può essere ricompresa qualunque forma di vessazione contro la popolazione civile²⁸.

Le vittime possono essere civili²⁹ o, nel caso di crimini perpetrati nel corso di

contro un numero circoscritto di civili, purché questi atti siano parte di un modello, unitario e coerente, di comportamenti illeciti perpetrati da un gruppo di soggetti collegati all'autore del crimine.

²⁵ Sul c.d. "policy element" v. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 340 ss.; v., altresì, M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, cit., 364 s. L'ICC nel caso *Katanga*, cit., ha affermato che essendo infrequente che il policy element si inveri in un progetto o piano predefinito, nella più parte dei casi se ne dovrà dedurre la sussistenza a posteriori sulla scorta della valutazione di circostanze quali la ripetizione di atti secondo una stessa sequenza, o l'esistenza di preparativi o mobilitazioni collettive orchestrate e coordinate da quello Stato od organizzazione (cfr. § 1109). V., altresì, ICC, *Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, *Decision on the confirmation of charges*, 15 giugno 2009, § 81, ove si afferma che: "The policy need not be formalised. Indeed, an attack which is planned, directed or organized - as opposed to spontaneous or isolated acts of violence - will satisfy this criterion". I Tribunali *ad hoc* avevano considerato di dedurre la sussistenza da circostanze quali: il contesto storico e politico generale nel quale si inseriscono gli atti criminali; l'istituzione e l'implementazione di strutture politiche autonome a qualsiasi livello in un determinato territorio; la propaganda politica; l'istituzione e l'attuazione di strutture militari autonome; la mobilitazione delle forze armate; offensive militari ripetute temporalmente e geograficamente coordinate; collegamenti tra la gerarchia militare e la struttura politica e il suo programma politico; l'adozione di misure discriminatorie nei confronti di una "etnia"; la portata degli atti di violenza perpetrati, segnatamente, omicidi, stupri, detenzione arbitraria, espulsioni, distruzione di proprietà non militari, in particolare i siti sacri (cfr. ICTY, *Blaskić*, IT-95-14-T, *Trial Judgment*, 3 marzo 2000, § 204).

²⁶ Come specificato dai giudici della ICC, quanto all'accertamento del nesso, occorre considerare caratteristiche, obiettivi, natura o conseguenze dell'atto. V. al riguardo ICC, *Bemba Gombo*, cit., § 86. Così anche ICTR, *Semanza*, ICTR-97-20-T, *Trial Judgment*, 15 maggio 2003, § 326.

²⁷ Il differente significato attribuito al termine "attacco" nell'ambito dei crimini contro l'umanità rispetto all'ambito dei crimini di guerra è efficacemente posto in rilievo dall'ICTY nel caso *Kunarac e altri*: "The term "attack" in the context of a crime against humanity carries a slightly different meaning than in the laws of war. In the context of a crime against humanity, "attack" is not limited to the conduct of hostilities. It may also encompass situations of mistreatment of persons taking no active part in hostilities, such as someone in detention. However, both terms are based on a similar assumption, namely that war should be a matter between armed forces or armed groups and that the civilian population cannot be a legitimate target" (ICTY, *Kunarac e altri*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, *Trial Judgment*, 22 febbraio 2001, § 416).

²⁸ Cfr., G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 337 s.; al riguardo, v. ICTY, *Kunarac e altri*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, *Appeals Judgment*, 12 giugno 2002, § 86: "the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population".

²⁹ Come specificato nell'articolo 7 dello Statuto, gli atti ivi ricompresi devono essere diretti contro "qualsiasi popolazione civile" per costituire crimini contro l'umanità; può trattarsi dunque sia di civili della stessa nazionalità dell'autore del crimine, sia di cittadini apolidi o di diversa nazionalità. Secondo la giurisprudenza della ICC ciò che rileva è che la popolazione civile costituisca l'obiettivo principale

un conflitto armato, persone che non partecipano - o hanno cessato di partecipare - al conflitto³⁰.

Tra i crimini contro l'umanità ricompresi nell'articolo 7 ICC St (omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione o trasferimento forzato della popolazione, imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale, tortura, stupro e schiavitù sessuale, persecuzione politica, razziale, nazionale, etnica, culturale, religiosa o per ragioni di genere sessuale, sparizione forzata di persone, apartheid, nonché altri gravi atti inumani), con specifico riferimento ai crimini perpetrati in Libia contro i migranti ed i rifugiati, rivestono particolare interesse: *omicidio*, quando l'autore uccide o causa la morte di una o più persone³¹, mediante azione od omissione³²; *sterminio*, vale a dire l'uccisione

dell'attacco (ICC, *Bemba Gombo*, cit., § 76). Al riguardo, v. altresì ICC, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., § 399, ove si afferma che: "the term "civilian population" within the meaning of article 7 of the Statute affords rights and protections to "any civilian population" regardless of their nationality, ethnicity or other distinguishing feature".

³⁰ L'ICC nel caso *Bemba Gombo*, cit., ha sostenuto che: "the term "civilians" or "civilian population" is not defined in the Statute. However, according to the well-established principle of international humanitarian law, "[t]he civilian population (...) comprises all persons who are civilians as opposed to members of armed forces and other legitimate combatants" (§ 78). La presenza all'interno di una popolazione civile di membri di gruppi di resistenza armata, o ex combattenti, che hanno depono le armi, in quanto tale, non altera la sua natura civile; v. al riguardo ICTY, *Mrksić e altri*, IT-95-13/1-T, *Trial Judgment*, 27 settembre 2007, § 442: "The term "civilian population" must be interpreted broadly and refers to a population that is predominantly civilian in nature. A population may qualify as "civilian" even if non-civilians are among it, as long as it is predominantly civilian. The presence within a population of members of armed resistance groups, or former combatants, who have laid down their arms, does not as such alter its civilian nature. This jurisprudence is in line with Article 50(3) of Additional Protocol I ("Definition of civilians and civilian population"), which states that "[t]he presence within the civilian population of individuals who do not come within the definition of civilians does not deprive the population of its civilian character".

³¹ V., al riguardo, ICC, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., "The objective element of the crime against humanity of murder as provided in article 7 (1) (a) of the Statute and the Elements of Crimes occurs when the perpetrator kills or causes the death of one or more persons", (§ 421).

³² V. quanto affermato dall'ICC, caso *Bemba Gombo*, cit., § 132: "As recognised by the Court's jurisprudence, for the act of murder to be committed the victim has to be dead and the death must result from the act of murder. The act itself may be committed by action or omission. The Chamber stresses that the death of the victim can be inferred from factual circumstances, and that the Prosecutor must prove the causal link between the act of murder and the victim's death"; v., altresì, ICTY, *Blaskić*, IT-95-14-T, *Trial Judgment*, cit., §§ 153, 181, 217. L'ICTR, caso *Semanza*, cit., ha osservato che il requisito secondo cui l'agente deve aver avuto conoscenza dell'esistenza dell'attacco contro la popolazione civile e la consapevolezza che i suoi atti ne facessero parte, suggerisce generalmente che l'omicidio era stato pianificato in anticipo. I giudici hanno rilevato che l'agente non deve aver premeditato l'omicidio di un particolare individuo; per i crimini contro l'umanità è sufficiente che l'agente abbia premeditato di uccidere civili con la consapevolezza che il suo atto criminale era parte di un attacco, esteso o sistematico, contro la popolazione civile, come specificato nel § 339: "the Chamber considers that it is premeditated murder (assassinat) that constitutes a crime against humanity in Article 3(a) of the Statute. Preme-

di massa o su larga scala, ovvero la sottoposizione intenzionale di persone a condizioni di vita mirate a causare la distruzione di parte della popolazione³³, come inibire l'accesso a cibo, acqua e medicinali³⁴; *riduzione in schiavitù*, da intendersi come l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà ed espressamente ricondotta anche alla tratta di persone, in particolare di donne e bambini a fini di sfruttamento sessuale, dall'art. 7 prf. 2, lettera c)³⁵; *detenzione* o altra grave forma di privazione della

dition requires that, at a minimum, the accused held a deliberate plan to kill prior to the act causing death, rather than forming the intention simultaneously with the act. The prior intention need not be held for very long; a cool moment of reflection is sufficient. The Chamber observes that the requirement that the accused must have known that his acts formed part of a wider attack on the civilian population generally suggests that the murder was pre-planned. The Chamber emphasises that the accused need not have premeditated the murder of a particular individual; for crimes against humanity it is sufficient that the accused had a premeditated intention to murder civilians as part of the widespread or systematic attack on discriminatory grounds”.

³³ Cf. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 350 ss.; M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, cit., 365 ss.

³⁴ Affinché si integri la fattispecie tipica del crimine di sterminio, secondo la giurisprudenza dell'ICTR, è necessario che l'imputato o il suo subordinato abbiano partecipato all'uccisione di determinate persone descritte ovvero identificate per nome, che l'azione o l'omissione sia antiggiuridica e dolosa, che l'azione o l'omissione sia parte di un attacco, esteso o sistematico, e che l'attacco sia diretto contro la popolazione civile. Tra i casi v.: ICTR, *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgment*, 2 settembre 1998, § 591: “Extermination is a crime which by its very nature is directed against a group of individuals. Extermination differs from murder in that it requires an element of mass destruction which is not required for murder”, nonché § 592: “the essential elements of extermination as the following: 1. the accused or his subordinate participated in the killing of certain named or described persons; 2. the act or omission was unlawful and intentional; 3. the unlawful act or omission must be part of a widespread or systematic attack; 4. the attack must be against the civilian population; 5. the attack must be on discriminatory grounds, namely: national, political, ethnic, racial, or religious grounds”; v. anche ICTR, *Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *Trial Judgment*, 6 dicembre 1999, §§ 82-84, nonché ICTR, *Musema*, ICTR-96-13-A, *Trial Judgment*, 27 gennaio 2000, §§ 217-219. In modo più compiuto, i giudici dell'ICTY, nel caso *Krstić*, IT-98-33-T, *Judgment*, 2 agosto 2001, hanno affermato che affinché si integri il crimine di sterminio, oltre ai requisiti generali previsti per i crimini contro l'umanità, deve essere provato che una determinata popolazione è stata scelta quale preciso obiettivo e che i suoi appartenenti sono stati uccisi ovvero sottoposti a condizioni di vita dirette a causare la distruzione di una parte numericamente significativa della popolazione (§ 503). I giudici dell'ICTY hanno inoltre precisato come non sia necessario che le vittime siano state discriminate per motivi politici, sociali o religiosi (§ 499).

³⁵ La definizione è stata elaborata dalla giurisprudenza concernente i crimini commessi durante la Seconda guerra mondiale, segnatamente dal Tribunale militare internazionale di Norimberga, nei casi *Milch* (Tribunale militare internazionale di Norimberga, *Milch Erhard*, 17 aprile 1947, in *Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals under Control Council Law n.10*, Washington DC, US Government Printing Office, 1950, vol. II, 773 ss.) e *Pohl et al.* (Tribunale militare internazionale di Norimberga, *Pohl et al.*, 3 novembre 1947, in *Trials of War Criminals Before the Nurnberg Military Tribunals*, cit., vol. V, 970), poi perfezionata dall'ICTY, nel caso *Kunarac et al.* e cristallizzata nello Statuto della Corte penale internazionale. Va ricordato che con la sentenza *Kunarac et al.*, la Camera di prima istanza del Tribunale *ad hoc* ha proposto un insieme di elementi che concorrono alla definizione di tale crimine. I giudici hanno affermato che tra gli indici della riduzione in schiavitù vanno ricompresi

libertà in violazione delle norme fondamentali del diritto internazionale³⁶; *tortura* ossia l'infliggere intenzionalmente grave dolore o sofferenza fisica o mentale, ad una persona di cui l'imputato abbia la custodia o il controllo³⁷; *violenza sessuale*, in cui sono circompresi stupro, schiavitù sessuale, prostituzione coatta, gravidanza forzata, sterilizzazione forzata o qualsiasi altra forma di violenza sessuale di gravità comparabile³⁸.

gli elementi della proprietà e del controllo; il consenso o il libero arbitrio della vittima è assente, a cagione dell'uso di violenza, minaccia, inganno, abuso della sua condizione di vulnerabilità, del trovarsi essa in condizione di detenzione o prigionia. Altri indici di riduzione in schiavitù sono costituiti dall'imposizione forzata di lavoro o prestazioni professionali o dallo sfruttamento della vittima; cfr. ICTY, *Kumarac' e altri*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, *Trial Judgment*, cit., §§ 515-543. In argomento v. M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, cit., 379 ss.

³⁶ Il primo giudice internazionale che ha definito l'imprigionamento è stato l'ICTY, nel caso *Kordic' e Cerkez*, IT-95-14/2-T, *Trial Judgment*, 26 febbraio 2001. Per il Tribunale, perché possa costituire crimine contro l'umanità, l'imprigionamento deve essere inteso quale detenzione arbitraria ossia quale privazione della libertà di un individuo, senza il rispetto delle garanzie e dei principi del giusto processo, e deve essere parte di un attacco esteso o sistematico diretto contro una popolazione civile (§ 302). La detenzione di civili deve essere considerata arbitraria ove: "civilians have been detained in contravention of Article 42 of Geneva Convention IV, i.e., they are detained without reasonable grounds to believe that the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary; the procedural safeguards required by Article 43 of Geneva Convention IV are not complied with in respect of detained civilians, even where initial detention may have been justified; and they occur as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population" (§ 303).

³⁷ Non vi rientrano il dolore o la sofferenza derivanti da sanzioni legittime. L'ICC nel caso *Bemba Gombo*, cit., ha sostenuto che: "as to the objective element, the *actus reus*, the Chamber is of the view that, although there is no definition of the severity threshold as a legal requirement of the crime of torture, it is constantly accepted in applicable treaties and jurisprudence that an important degree of pain and suffering has to be reached in order for a criminal act to amount to an act of torture" (§ 193). L'ICTY, dapprima nel caso *Kumarac' e altri*, e poi in quello *Kvočka et al.*, muovendo dalla premessa che occorre scerverare tra la definizione di tortura secondo le norme internazionali sui diritti umani e quella secondo il diritto penale internazionale (e il diritto umanitario), ha affermato che la presenza di un funzionario statale o di qualsiasi altra persona dotata di autorità nel procedimento di tortura non sia necessaria affinché possa configurarsi tale crimine; cfr., ICTY, *Kumarac' e altri*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, *Trial Judgment*, cit., § 496 e ICTY, *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T 2, *Trial Judgment*, 2 novembre 2001, §§137-141. In argomento v. G. WERLE, F. JESSBERGER, *Principles of International Criminal Law*, cit., 365 s.

³⁸ In relazione allo stupro quale crimine contro l'umanità va ricordato che esso è stato definito per la prima volta nel diritto penale internazionale dall'ICTR, nel caso *Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Judgment*, cit.; nella sentenza si afferma che come la tortura, lo stupro viene utilizzato per scopi quali intimidazione, degrado, umiliazione, discriminazione, punizione, controllo o distruzione di una persona. Come la tortura, lo stupro è una violazione della dignità personale, e in realtà costituisce una tortura quando viene inflitto da o su istigazione di o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale (§ 597). Tale interpretazione è stata poi ripresa ed integrata dall'ICTY, caso *Kumarac' e altri*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, *Trial Judgment*, cit., §§ 441 e ss. e confermata dall'ICC nel caso *Katanga e Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717, *Decision on the confirmation of charges*, cit., §§ 437-439; nella sentenza si afferma che "with regard to the term "coercion", the

L'articolo 7 ICC St stabilisce che i crimini contro l'umanità debbano essere commessi "con la consapevolezza dell'attacco", con ciò indicando chiaramente che l'elemento soggettivo richiesto per i crimini contro l'umanità debba includere la consapevolezza, in capo all'agente, che il suo atto criminale è parte di un attacco, esteso o sistematico, contro la popolazione civile. L'elemento soggettivo tipico dei crimini contro l'umanità non riguarda solamente il dolo richiesto per il singolo reato sottostante (omicidio, sterminio, riduzione in schiavitù, deportazione o trasferimento forzato della popolazione, imprigionamento o altre gravi forme di privazione della libertà personale in violazione di norme fondamentali di diritto internazionale, tortura, stupro e schiavitù sessuale, persecuzione politica, razziale, nazionale, etnica, culturale, religiosa o per ragioni di genere sessuale e altri atti inumani), bensì riguarda il crimine contro l'umanità nel suo insieme. Il disvalore di questi crimini travalica di molto il reato sottostante. Siffatto ulteriore elemento - che costituisce un profilo distintivo dei crimini contro l'umanità rispetto ai crimini di guerra - si sostanzia nella consapevolezza del più ampio contesto entro cui i crimini contro l'umanità si inseriscono, ossia la consapevolezza che questi sono parte di una politica o di una prassi sistematica di atrocità ovvero di abusi commessi in modo esteso e su larga scala.

Per la giurisprudenza della Corte penale internazionale è bastevole la conoscenza, da parte dell'agente, dell'esistenza dell'attacco contro la popolazione civile e la consapevolezza che i suoi atti ne facessero parte³⁹. Non è richiesto che l'autore avesse consapevolezza di tutte le caratteristiche dell'attacco, nei minimi dettagli⁴⁰. Siffatti elementi possono essere dedotti da prove circostanziali, come la posizione occupata dall'accusato nella gerarchia militare, il fatto che abbia assunto un ruolo importante nella campagna criminale nel suo in-

Chamber notes the finding of the ICTR Trial Chamber in *The Prosecutor v. Akayesu* that a coercive environment does not require physical force. Rather, "[t]hreats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or military presence" (§ 440).

³⁹ V. al riguardo: ICC, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., § 401, ove si afferma che: "Finally, in order to constitute a crime against humanity, article 7(1) of the Elements of Crimes requires that the acts were committed with "knowledge of the attack" such that "the perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack against a civilian population"; v., altresì, ICC, *Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest*, 4 marzo 2009, § 87.

⁴⁰ Sul punto, v.: ICC, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., § 401; ICC, *Al Bashir*, cit., § 87. Va rilevato che secondo i Tribunali *ad hoc* è necessaria la consapevolezza da parte dell'autore che una popolazione civile era sotto attacco e che i suoi atti ne facevano parte; al riguardo, v.: ICTY, *Kordić e Cerkez*, IT-95-14/2-A, *Appeals Judgment* 17 dicembre 2004, § 99; ICTY, *Blaškić*, IT-95-14-A, *Appeals Judgment*, 29 luglio 2004, § 124; ICTR, *Semanza*, cit., § 332.

sieme, la sua presenza sulla scena del crimine, il fatto che menziona la superiorità del suo gruppo rispetto a quello nemico, il contesto storico e politico generale in cui sono stati commessi gli atti ⁴¹.

4. *Che fare?*²

La giustizia penale internazionale non può unicamente trarre fondamento dalla legittimazione simbolica ed assiologica, ma esprime il proprio significato solo a condizione della sua effettività, che risulta necessaria per scongiurare il rischio di rappresentare ideologicamente un universalismo inefficace ⁴².

Lo iato fra enunciazione ed attuazione permane uno degli aspetti critici del discorso sui diritti umani. Dei diritti dell'uomo si è parlato e si continua a parlare "molto più di quel che si sia riusciti finora a fare per riconoscerli e proteggerli effettivamente" ⁴³.

La questione dell'effettività pare trovare il suo punto nodale in un paradosso, una circostanza singolare: «gli enti che dovrebbero assicurare il rispetto dei diritti umani sono gli Stati sovrani, e cioè proprio quelli che invece più o meno quotidianamente li calpestano» ⁴⁴, o tollerano consapevolmente atti persecutori, o non mettono in atto idonee misure di protezione - la realtà spaventosa dei crimini perpetrati in Libia, "l'impunità che ne risulta [...] un affronto alle vittime e ai loro familiari" ⁴⁵, come le ultime ferite aperte.

È proprio sul terreno dell'effettività che dobbiamo inoltrarci per tener fede all'idea dei diritti umani e contribuire così a garantire, laddove necessario, adeguata protezione giuridica.

L'osservanza della legge, l'efficacia del *law enforcement* sono la risultante di una serie di elementi. Il dispiegarsi del diritto penale quale tecnica di dissuasione e deterrenza, o quale apporto alla formazione ed al consolidamento di valori, è in sé una questione sempre aperta. E la giustizia penale internazionale, a differenza degli ordinamenti statuali che hanno a disposizione il monopolio della forza ed apparati istituzionali solidi, appare sovente limitata dall'assenza o perlomeno dalla carenza delle condizioni del *law enforcement*. La sua efficacia si disvela ove la Corte penale internazionale arrivi effettivamente ad esercitare la sua funzione di supplenza nei confronti di Stati che

⁴¹ Sul punto, v. ICC, *Katanga e Ngudjolo Chui*, cit., § 402.

⁴² Sul punto v. M. DELMAS-MARTY, *Il diritto penale come etica della mondializzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 5, 8 s.

⁴³ Sono ancora oggi illuminanti le parole di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 67.

⁴⁴ A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁵ *Nineteenth Report*, cit., § 37.

non vogliono o non possano svolgere le indagini o l'azione penale.

Ove la funzione di prevenzione generale sia debole, come, ad oggi, nel diritto penale internazionale, l'essenza del «penale» si fonda sulla sua effettiva capacità di produrre giustizia.

L'apporto della giustizia penale internazionale alla prevenzione generale è strutturalmente limitato, circoscritto alla riaffermazione di valori e di verità fattuali; è privo di deterrenza, si compie nella posizione di precetti e nella capacità di garantire una giusta retribuzione.

La funzionalità preventiva della punizione di un numero limitato di soggetti - prevalentemente in posizione apicale - appare un punto critico. Basti pensare all'esperienza dei processi penali internazionali del secondo dopoguerra, ed alla drammatica evidenza che i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e le atrocità di massa non si sono affatto ridotti rispetto al passato.

Di più, un limite alla efficacia deterrente, legato alle specifiche modalità di funzionamento della Corte penale internazionale, è dato dal fatto che la stessa, senza una efficace cooperazione degli Stati, non ha il potere di agire affinché la minaccia di pene si concretizzi in una effettiva punizione dei colpevoli. Talché un obiettivo di deterrenza, posto che il suo conseguimento dipende da un insieme di fattori che sfuggono al diretto potere di controllo della Corte stessa, risulta obnubilato.

Si evidenzia dunque la prospettiva della retribuzione, ancorché assunta in una accezione larga, che circomprensive la stigmatizzazione simbolica della particolare gravità caratterizzante i crimini contro l'umanità. E il paradigma retributivo, che ha ormai perduto il ruolo dominante rivestito in passato, lo riassume nel contesto dei crimini internazionali, segnatamente con riferimento alle aspettative delle vittime⁴⁶.

I crimini contro l'umanità pongono esigenze verso le quali la forma della giustizia penale costituisce una risposta - ancorché non sufficiente - necessaria, non quale reazione vendicativa, bensì quale affermazione, anche simbolica, del permanente valore e vigore di un *nomos* indispensabile per la vita e la

⁴⁶ Dubbi circa la prospettiva della retribuzione, nel contesto dei crimini internazionali, sono espressi da G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in *Criminalia*, 2007, 46, per il quale "c'è bisogno di un supplemento di riflessione proprio sul possibile significato della pena retributiva nell'ottica specifica della vittima. Siamo sicuri che infliggere sofferenza ai colpevoli di precedenti sofferenze comporti una forma di autentica soddisfazione, in termini psicologici e morali, per quanti rivestono il ruolo di vittime? E siamo sicuri che questa soddisfazione non può essere meglio conseguita attraverso modalità di reazione diverse dalla pena retributiva e a carattere persino extrapunitivo?".

convivenza umana.

Coloro che hanno perpetrato crimini contro l'umanità, devono essere chiamati a risponderne dinnanzi alle istituzioni di giustizia che rappresentano la comunità umana nel suo insieme. Ciò che deve essere perseguito dalla Corte penale internazionale a fronte dei crimini aberranti perpetrati in Libia, in particolare contro migranti e rifugiati.