



OSSERVATORIO SULLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE N. 1/2015

1. CONDANNA E PENA CONFERMATE IN APPELLO PER LUBANGA

Il 1 dicembre 2014 la Camera d'appello della Corte Penale Internazionale (Cpi) si è pronunciata, con due distinte sentenze, sulla colpevolezza e sulla pena nel caso del congolese Thomas Lubanga Dyilo (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06 A 5*; *Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6*). Entrambe le pronunce hanno confermato le risultanze del processo di primo grado, rispettivamente riconoscendo in via definitiva Lubanga – ex presidente dell'Unione dei Patrioti Congolesi (UPC) e comandante in capo del suo braccio armato, la Forza Patriottica per la Liberazione del Congo (FPLC) – co-autore dei crimini di guerra di reclutamento e arruolamento di fanciulli minori di 15 anni e loro impiego per un'attiva partecipazione alle ostilità ex art. 8(2)(e)(vii) dello Statuto di Roma e condannandolo a quattordici anni di reclusione (v. *Trial Chamber I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842*; *Trial Chamber I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012, ICC-01/04-01/06-2901*). Lubanga si è reso responsabile di tali crimini nell'ambito del conflitto armato interno che, tra il settembre 2002 e l'agosto 2003, vide contrapposti l'UPC/FPLC ad altri gruppi armati per il controllo della regione dell'Ituri (v. *Trial Chamber I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, cit., parr. 67-91*).

Con le due sentenze in esame si conclude il primo processo d'appello instaurato dinanzi alla Cpi. Il caso *Lubanga* è, del resto, il primo giunto a processo dinanzi alla Corte e rientra nell'ambito della prima situazione deferita al Procuratore da uno Stato parte, quella riguardante la Repubblica Democratica del Congo. Tali caratteristiche sembrerebbero sufficienti a considerare le odierne sentenze storiche, similmente a quanto accaduto rispetto alle prime sentenze d'appello del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, i cui passaggi centrali costituiscono dei capisaldi del diritto internazionale penale. Al contrario, deve purtroppo sottolinearsi come il contributo allo sviluppo del diritto internazionale penale di entrambe appaia timido e come certe scelte siano particolarmente controverse, tanto da convincere il giudice Anita Ušacka – come si vedrà – a scrivere una severa

opinione dissenziente alla sentenza sulla colpevolezza (*Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, 1 December 2014, ICC-01/04-01/06-3121-Anx2*).

Quanto a quest'ultima, le principali statuizioni della Camera d'appello riguardano: il diritto dell'imputato ad essere informato delle accuse; il concorso di persone nel crimine; il crimine di reclutamento di bambini soldato; e quello di impiego degli stessi per un'attiva partecipazione alle ostilità.

Circa il diritto dell'imputato ad essere informato delle accuse elevate a proprio carico, i giudici richiamano, innanzitutto, la giurisprudenza dei Tribunali per il Ruanda e per la ex Jugoslavia, che individua «*different levels of specificity required of the charges depending on the form of individual criminal responsibility charged*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, 1 December 2014, cit., par. 122). Essi chiariscono, quindi, che quando, come nel caso di specie, l'imputato è accusato non di aver commesso direttamente il crimine, ma di aver preso parte ad un piano comune la cui realizzazione ha comportato il crimine, il diritto dell'imputato ad essere informato delle accuse, così da poter preparare la propria difesa, è rispettato quando egli venga informato circa: (i) la condotta incriminata, inclusi i contorni del piano comune e della sua esecuzione e il contributo personale prestato; (ii) l'elemento psicologico attribuito; e (iii) l'identità di ogni presunto co-autore (ivi, par. 3, 123).

Riguardo al concorso di persone nel crimine, la Camera d'appello afferma che è co-autore di un crimine *ex art. 25(3)(a)* dello Statuto colui che, all'interno di un piano comune, abbia ricoperto un ruolo di controllo sul crimine tale da avere contribuito in maniera essenziale alla sua realizzazione. In sostanza, deve trattarsi di un individuo che aveva il potere di impedire la commissione del crimine (ivi, par. 7, 473). Con una tale statuizione viene definitivamente respinta la tesi di una certa dottrina secondo la quale il modello di co-autoria elaborato dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, noto come *joint criminal enterprise*, doveva essere assunto dalla Cpi (ivi, par. 472. In proposito v. E. AMATI E M. COSTI, *Autoria e forme di compartecipazione criminosa*, in E. AMATI ET AL., *Introduzione al diritto penale internazionale*, II edizione 2010, pp. 118-129). La Camera d'appello ha aderito, invece, alla teoria elaborata dal giurista tedesco Roxin negli anni Sessanta e denominata «*control theory of co-perpetration*» (C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, VIII edizione 2006, pp. 60-82. Contro l'applicazione della teoria di Roxin da parte della Cpi, v. K. J. HELLER, *Lubanga Decision Roundtable: More on Co-Perpetration*, in *Opinio Juris*, March 16, 2012). Questa, diversamente dalla nozione di *joint criminal enterprise* elaborata dai Tribunali *ad hoc*, richiede l'essenzialità del contributo dell'imputato alla commissione del crimine ai fini della sua responsabilità (v. al riguardo J. D. OHLIN, *Assessing the Control-Theory*, in *Leid. Jour. Int. Law*, 2013, p. 741).

Per quanto riguarda il crimine di reclutamento (*conscriptio*) di bambini soldato *ex art. 8(ii)(e)(viii)* dello Statuto, i giudici statuiscano che l'elemento della costrizione in esso insito sia provato laddove il reclutamento avvenga attraverso «*a legal obligation, brute force, threat of force, or psychological pressure amounting to coercion*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, cit., par. 278). Nonostante ciò – i giudici aggiungono – non è necessario che si dimostri che il fanciullo sia entrato a far parte della forza o del gruppo armato contro il proprio volere (ivi, par. 4, 301).

Passando infine a considerare il crimine di utilizzo di fanciulli per una attiva partecipazione alle ostilità, la Camera d'appello pone fine al dibattito interpretativo sul significato dell'espressione «attiva partecipazione alle ostilità». Si sono invero per diverso tempo contrapposte due interpretazioni di tale nozione. Secondo un'interpretazione, essa

andrebbe ricollegata a quella di “diretta” partecipazione alle ostilità propria del diritto internazionale umanitario (v. al riguardo *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, in *Int. Rev. Red Cr.*, 2008, p. 966), per cui sarebbe colpevole del crimine *ex art.* 8(2)(e)(vii) dello Statuto solo chi facesse partecipare fanciulli minori di 15 anni alle ostilità in modo “diretto”, ovvero assegnandogli attività in grado di provocare un danno alle capacità o attività militari del nemico. Secondo una diversa interpretazione, invece, la nozione di attiva partecipazione alle ostilità andrebbe intesa in senso ampio, in modo da qualificare quali persone offese dal crimine sia i fanciulli che prendano parte direttamente alla ostilità sia quelli che vi partecipino indirettamente (sul punto v. N. WAGNER, *A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in Lubanga*, in *Criminal Law Forum*, 2013, pp. 165-180). In questo senso si era espressa anche la Camera di primo grado nel caso in esame (*Trial Chamber I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, cit., parr. 627-628).

Tra i motivi d'appello Lubanga invocava un errore di diritto che sarebbe stato commesso dalla Camera di primo grado nell'interpretare appunto la nozione di attiva partecipazione alle ostilità nel quadro dell'art. 8(2)(e)(vii) dello Statuto come comprensiva sia dei casi di partecipazione diretta che di quelli di partecipazione indiretta alle ostilità. Secondo l'appellante, una tale interpretazione sarebbe contraria al diritto internazionale dei conflitti armati, applicabile nel caso di specie *ex art.* 21(1)(b) dello Statuto, il quale non distinguerebbe tra partecipazione “attiva” e partecipazione “diretta” alle ostilità, ma userebbe i due termini come sinonimi, come dimostrato dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, il quale nella versione inglese usa l'espressione «*persons taking no active part in the hostilities*», mentre in quella francese «*personnes qui ne participent pas directement aux hostilités*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, cit., par. 318. Sulla questione v. F. KALSHOVEN e L. ZEGVELD, *Constraints on the Waging of War: An Introduction to International Humanitarian Law*, Cambridge, 2012, p. 102; N. URBAN, *Direct and Active Participation in Hostilities: the Unintended Consequences of the ICC's Decision in Lubanga*, in *EJIL:Talk!*, April 11, 2012).

La Camera d'appello rigetta l'argomentazione di Lubanga, osservando che «*the term 'participate actively in hostilities' in article 8 (2) (e) (vii) of the Statute does not have to be given the same interpretation as the terms active or direct participation in the context of the principle of distinction between combatants and civilians, as set out, in particular, in Common Article 3 of the Geneva Conventions*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, cit., par. 324). Ciò in quanto l'art. 8(2)(e)(vii) dello Statuto persegue uno scopo diverso dall'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra: mentre il secondo stabilisce che un civile *perde* il proprio status di persona protetta, quando partecipi attivamente alle ostilità; il secondo persegue l'obiettivo di *proteggere* i fanciulli così che non siano fatti partecipare attivamente alle ostilità (ivi, par. 324). Conclude la Camera d'appello: «*The provisions of international humanitarian law do not establish that the phrase "participate actively in armed hostilities" should be interpreted so as to only refer to forms of direct participation in armed hostilities, as understood in the context of the principle of distinction and Common Article 3 of the Geneva Conventions*» (ivi, par. 328).

Dunque, i giudici d'appello interpretano in senso ampio l'espressione «attiva partecipazione alle ostilità», come la Camera di primo grado. Si discostano tuttavia da quest'ultima riguardo al criterio da applicare per stabilire quando un ruolo “indiretto” del fanciullo configuri una sua attiva partecipazione alle ostilità. Secondo la Camera di primo grado, un bambino deve considerarsi partecipante attivo alle ostilità, ogni qual volta il suo

ruolo indiretto di supporto ai combattenti lo esponga ad un reale pericolo quale «*potential targets*» (*Trial Chamber I, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, cit., par. 627). La Camera d'appello non accoglie tale criterio e afferma che, per stabilire se un bambino partecipi attivamente alle ostilità, si deve considerare il nesso fra l'attività posta in essere dal fanciullo e le ostilità in cui è coinvolta la forza o il gruppo armato di cui il responsabile del crimine fa parte, osservando che «*[a]lthough the extent to which the child was exposed to risk (...) may well be an indicator of the existence of a sufficiently close relationship between the activity of the child and the hostilities, an assessment of such risk cannot replace an assessment of the relationship itself*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, cit., par. 333). Il criterio del nesso tra l'attività svolta dal fanciullo e le ostilità è, secondo alcuni, certamente migliore del precedente, poiché garantisce una maggiore «*real-world workability*» (C. HARWOOD, *A Matter of Distinction. Part II: Participation of Children in Hostilities following the Lubanga Appeal Judgment, in Spreading the Jam*, December 19, 2014), e – ci si permette di aggiungere – maggiormente giustificabile in punta di diritto. Non pare invero che il criterio del «*potential targets*» trovi alcun fondamento nello Statuto di Roma né nei lavori preparatori. L'attuale criterio al contrario pare *prima facie* rispondere, come osservato dalla Camera d'appello, al tenore letterale della norma e sembra inoltre confermato dai lavori preparatori dello Statuto (*Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Addendum, 14 April 1998, A/CONF.183/2/Add.1*, p. 21, nota 12). Resta tuttavia un punto da chiarire: quali attività possono dirsi essere collegate con le ostilità? La Camera d'appello non ritiene opportuno dare al riguardo indicazioni in astratto, data la «*rapidly changing face of warfare in the modern worlds*», e afferma che alla suddetta domanda può risponderci solo «*on a case-by-case basis*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his Conviction*, cit., par. 335).

Come anticipato, il giudice Anita Ušacka ha preso le distanze dalla sentenza sulla colpevolezza in commento, allegandovi una dura opinione dissenziente. Tale dissenso attiene in particolare a due statuizioni della Camera d'appello. Anzitutto, Ušacka non ha ritenuto di convenire con la maggioranza circa il rispetto del diritto alla difesa di Lubanga, a causa – a suo parere – dell'eccessiva laconicità e scarsa precisione delle accuse mossegli «*contaminating the evidentiary process and ultimately rupturing the fairness of the trial*» (*Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka*, cit., par. 3). In secondo luogo, essa ha aspramente contestato il criterio impiegato sia dalla Camera di primo grado che da quella d'appello per ritenere verificato al di là di ogni ragionevole dubbio che le persone offese fossero in effetti minori di 15 anni al momento della commissione del crimine, ovvero che il loro aspetto fisico suggerisse un'età «*relatively close to the age of 15*». Secondo la giudice, un tale criterio non soddisferebbe i canoni di convincimento propri del giudizio penale di condanna (ivi, parr. 44, 46).

Per quanto concerne infine la sentenza sulla pena nei confronti di Lubanga, la Camera d'appello respinge sia i motivi d'appello sollevati da quest'ultimo che quelli proposti dall'accusa, confermando la condanna a 14 anni di reclusione. In generale, l'atteggiamento dei giudici d'appello qualificato in apertura del presente commento come timido trova nella sentenza sulla pena la sua massima espressione. Chi si aspettava che la Camera d'appello fornisse indicazioni sui criteri che devono guidare i giudici di primo grado nel determinare pene proporzionate ai crimini commessi o quantomeno sulle finalità che le pene comminate devono perseguire, così da garantire l'uniformità di trattamento dei condannati, non può che rimanere deluso. Si deve rammentare come il sistema delle pene

delineato nello Statuto di Roma sia particolarmente scarno: non ne vengono definite le finalità, non si stabilisce un sistema edittale tipico degli ordinamenti di *civil law*, ma neppure si prevede che il precedente assuma rilevanza come negli ordinamenti di *common law*. Le uniche norme rilevanti sono l'art. 78 dello Statuto e la regola 145 del Regolamento di procedura e di prova, che si limitano a fare un elenco di fattori da considerare ai fini della valutazione della gravità del crimine e del grado di colpevolezza del reo. Sarebbe dunque più che opportuna un'opera chiarificatrice e integratrice della Cpi nella sua giurisprudenza.

Nella sentenza in esame, invece, la Camera d'appello si spende piuttosto a riconoscere ai giudici di prime cure «*broad discretion*» nel determinare la pena e a spiegare come il proprio ruolo si limiti a verificare che questa non sia sproporzionata rispetto al crimine commesso. Ora, se è innegabile che qualsiasi giudice esercita un margine di discrezionalità nel comminare la pena, è anche vero che questi utilizza dei parametri stabiliti per legge o quantomeno è guidato da precedenti decisioni. In un sistema, quale quello della Cpi, che non offre o offre dei parametri solo limitatamente utili, come possono i giudici d'appello verificare se una pena comminata in primo grado sia proporzionata rispetto al crimine commesso?

La Camera d'appello, peraltro, chiarisce che procederà ad emendare la pena comminata dalla Camera di primo grado solo quando la relativa determinazione si basi su una erronea interpretazione delle norme o dei fatti rilevanti oppure la pena sia «*so unreasonable as to constitute an abuse of discretion*» (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the Appeals of the Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo against the "Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute"*, cit., par. 3, 44). Nel caso di specie, i giudici di secondo grado respingono il ricorso del Procuratore riguardo all'inadeguatezza per difetto della pena inflitta a Lubanga. Secondo il Procuratore, la Camera di primo grado non avrebbe tenuto nella dovuta considerazione la gravità dei crimini commessi, non valutando adeguatamente alcuni fattori indicati dalla regola 145(1)(c) del Regolamento di procedura e di prova, tra cui il danno causato alle vittime e il grado di partecipazione di Lubanga ai crimini, così irrogando una pena sproporzionata. Nel rigettare tale motivo d'appello, la Camera d'appello ammette che «*certain aspects*» relativi alla prova della gravità dei crimini non siano stati espressamente affrontati nella sentenza di primo grado sulla pena, ma afferma che, assente un abuso di discrezionalità da parte dei giudici di prime cure, la pena comminata non possa valutarsi come irragionevole (ivi, par. 72-73).

Per quanto riguarda infine l'esecuzione della pena, va segnalato che, dedotto il periodo già trascorso in detenzione, Lubanga deve ancora scontare cinque anni in carcere. In forza dell'articolo 103(1)(a) dello Statuto di Roma, la condanna irrogata dalla Cpi deve essere eseguita nelle strutture carcerarie di uno Stato da questa designato all'interno di una lista di Stati che abbiano indicato la propria disponibilità ad accettare condannati. Ed è questa questione più spinosa di quanto non possa sembrare (v. in proposito R. MULGREW, *Towards the Development of the International Penal System*, Cambridge, 2013). Ad oggi solo otto Stati (Austria, Belgio, Colombia, Danimarca, Finlandia, Mali, Serbia e Gran Bretagna) hanno concluso accordi bilaterali con la Cpi a tali fini, mentre altri otto hanno consentito ad ospitare solo condannati che abbiano la nazionalità dello Stato accettante (Andorra, Repubblica Ceca, Honduras, Liechtenstein, Lituania, Repubblica Slovacca, Spagna e Svizzera). Lubanga, che nel momento in cui si scrive è ancora recluso nel Centro di detenzione de L'Aja, potrà dunque scontare la pena residua solo in uno dei summenzionati primi otto Stati. Come si può notare, l'unico Paese di tutto il continente africano che abbia prestato il proprio consenso ad ospitare condannati è il Mali: ciò va a scapito di Lubanga e

dell'unico altro condannato in via definitiva, il connazionale Germain Katanga, visto che la Cpi dovrebbe considerare, nel designare lo Stato ospitante, circostanze geografiche, culturali e familiari che non rendano la detenzione troppo onerosa per il condannato.

Ad ogni modo, è probabile che una decisione in tal senso nei confronti di Lubanga non tardi ad essere adottata, dato che il 3 marzo 2015 la Camera d'appello, pronunciandosi sull'appello contro la decisione della Camera di primo grado sui principi e le procedure da applicare alle riparazioni nei confronti delle vittime, ha posto la parola fine alla vicenda che lo riguarda (*Appeals Chamber, Prosecutor v. Lubanga, Judgment on the appeals against the "Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations" of 7 August 2012 with Amended order for reparations (Annex A) and public annexes 1 and 2, 3 March 2015, ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3*).

ALICE RICCARDI