

Note a margine della prima sentenza della Corte penale internazionale (*Procuratore c. Thomas Lubanga Dyilo*)

Claudia Pividori*

Introduzione

Con un verdetto di colpevolezza apposto al termine di quasi 700 pagine di sentenza¹, il 14 marzo 2012 la Camera di primo grado (I sezione) ha messo la parola fine al primo processo della storia della Corte penale internazionale (CPI). In tale data si è infatti concluso il procedimento penale a carico del congolese Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06), prima e unica condanna ottenuta nel corso dei nove anni di mandato del primo Procuratore della CPI, Luis Moreno-Ocampo (2003-2012). Ritenuto colpevole di crimini di guerra per aver reclutato e arruolato bambini di età inferiore ai 15 anni e per averli obbligati a partecipare attivamente alle ostilità che hanno avuto luogo nella Repubblica Democratica del Congo (RDC) dal 1 settembre 2002 al 13 agosto 2003 Lubanga è stato condannato a 14 anni di detenzione². Lungo e maestoso per complessità e quantità di controversie collegate ad aspetti procedurali e sostanziali, il processo Lubanga rimarrà famoso negli annali di diritto internazionale penale per aver costituito il primo e più comprensivo test a cui la Corte penale internazionale e il suo meccanismo di funzionamento siano stati sottoposti. Questioni attinenti alla sfera della responsabilità penale individuale (forme di partecipazione e *mens rea*) e alla natura del conflitto armato affiancate a specifiche questioni procedurali quali la partecipazione delle vittime al procedimento o il regime della raccolta e comunicazione delle prove hanno fatto sì che a partire dal 6 giugno 2007, data nella quale il fascicolo del caso è stato trasmesso alla Camera di primo grado, la Camera abbia reso 275 tra decisioni e ordini scritti e 347 decisioni orali. La notorietà e la rilevanza in termini di orientamenti giurisprudenziali del processo Lubanga non potranno tuttavia che essere offuscate da alcuni dubbi circa le garanzie di giusto processo ricevute dall'imputato in ragione di, da un lato, alcune irregolarità

* *Dottore magistrale in Istituzioni e politiche dei diritti umani e della pace presso l'Università di Padova. Dottoranda in Ordine internazionale e diritti umani presso l'Università La Sapienza di Roma.*

¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012.

² *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, 10 July 2012. Dalla pena complessiva vanno però detratti i 6 anni di detenzione preventiva già scontati da Lubanga.

procedurali collegate alla mancata comunicazione di elementi di prova a scarico da parte dell'Ufficio del Procuratore al collegio difensivo, dall'altro, l'utilizzo da parte del Procuratore dei cosiddetti «intermediari» quali soggetti attuatori dell'attività investigativa nel territorio della Repubblica Democratica del Congo. Infine, affianco agli aspetti giuridici collegati alle vicende processuali, il caso Lubanga emerge anche in relazione a considerazioni di più ampio respiro connesse alla politica di selezione dei casi adottata dal Procuratore e all'attuazione del principio di complementarità, elemento fondamentale nell'architettura istituzionale della Corte penale internazionale e fulcro di quel sistema di giustizia internazionale penale globale che gli artefici della Corte avevano l'ambizione di creare.

Obiettivo del presente contributo, lungi dal voler fornire un resoconto completo ed esauriente della complessa storia processuale di cui è stato protagonista Thomas Lubanga Dyilo, è quello di soffermarsi su alcune questioni di particolare interesse emerse in relazione al caso a partire dall'apertura delle indagini fino alla decisione sulle riparazioni destinate alle vittime.

La prima parte dell'articolo è destinata ad affrontare alcuni aspetti di carattere sistemico collegati alla sfera della complementarità e alla politica di selezione dei casi dell'Ufficio del Procuratore. Alcune riflessioni sulla politica dei *self-referral* e sui parametri di ammissibilità elaborati dalla Camera preliminare nella decisione relativa all'emissione del mandato di arresto completeranno il quadro introduttivo prima di passare all'esame di altri due aspetti che hanno caratterizzato la storia processuale di Lubanga: l'impiego degli intermediari e la partecipazione delle vittime. L'ultima parte del contributo entrerà nel merito di alcune questioni di diritto sostanziale emerse nel corso del procedimento quali la natura del conflitto armato nel contesto del quale il crimine di cui è stato condannato Lubanga ha avuto luogo e alcuni degli elementi costitutivi del crimine di riferimento.

1. Complementarità positiva e selezione dei casi

Il principio di complementarità, elemento che permea e guida l'operato della Corte penale internazionale, richiamato sia nel Preambolo che nell'art. 1 dello Statuto, stabilisce con chiarezza che la responsabilità primaria di porre fine all'impunità per i

più gravi crimini internazionali è posta in capo agli Stati. Coerentemente a questo, la Corte ha la possibilità di intervenire solamente qualora nessuna giurisdizione nazionale si sia attivata o, quantunque una di queste lo avesse fatto, solo nel caso in cui i procedimenti attivati celassero l'intento di proteggere l'accusato o fossero impraticabili a causa di una sostanziale incapacità di condurli o portarli a termine (art. 17 dello Statuto).

Nel 2003, ad un solo anno dall'entrata in vigore dello Statuto, nell'ambito di uno studio commissionato dal Procuratore in materia di complementarità³ venne avanzata l'idea secondo la quale la Corte, invece che competere con gli Stati restando passivamente in attesa un fallimento da parte delle giurisdizioni domestiche, avrebbe dovuto trasformarsi in un attore proattivo volto ad incentivare e sostenere indagini e procedimenti interni. Conosciuta come «complementarità positiva», questa posizione concepisce l'esistenza di una relazione di tipo cooperativo e non antagonista tra la Corte e gli Stati da cui può eventualmente derivare anche una divisione del lavoro consensuale tra le diverse giurisdizioni. In consonanza con questo orientamento, sempre nello stesso anno il Procuratore affermava che, avendo gli Stati parti allo Statuto di Roma concordato nel creare un'istituzione a carattere globale rassicurati dalla riaffermazione della loro primaria responsabilità nell'esercizio dell'azione penale nei confronti dei responsabili dei più gravi crimini internazionali, la politica del suo Ufficio sarebbe stata quella di attivare indagini solamente nei casi di manifesta inattività da parte dello Stato coinvolto⁴.

Contrariamente a quanto sopra dichiarato tuttavia, la politica di selezione dei casi del Procuratore nei primi anni di vita della Corte penale internazionale, più che rivelarsi attenta a stimolare procedimenti nazionali, ha in molti casi disincentivato o addirittura comportato l'interruzione di procedimenti in corso a livello interno. A testimonianza di questo, oltre ad aver nel 2006 adottato una politica di incoraggiamento nei confronti di deferimenti volontari da parte di Paesi nel cui territorio potevano essere stati commessi crimini di giurisdizione della Corte (*self-referral*)⁵, il Procuratore ha in più di una circostanza istruito un caso nei confronti di individui già oggetto di indagini a livello nazionale. Paradigmatico in questo senso è proprio il caso di Thomas Lubanga Dyilo. È difatti noto che Lubanga, non solo era in custodia presso le autorità congolese sin dal marzo del 2005, ma vi ci si trovava perché accusato di crimini estrema-

³ International Criminal Court, *Informal Expert Paper: the Principle of Complementarity in Practice*, 2003.

⁴ International Criminal Court, *Policy Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*, 2003, p. 2.

⁵ Office of the Prosecutor, *Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003–June 2006)*, 12 September 2006, p. 7.

mente gravi quali genocidio e crimini contro l'umanità. Nonostante questo, salvo avanzare ragioni connesse ad un imminente rilascio di Lubanga e alla sua conseguente entrata in latitanza, il Procuratore non ha presentato ulteriori motivazioni a sostegno dell'intervento da parte della Corte in una situazione che vedeva un presunto criminale internazionale già assicurato alla giustizia e in procinto di affrontare un procedimento giudiziario nel Paese ove i crimini da lui presumibilmente commessi avevano avuto luogo.

L'approccio del Procuratore, combinato con un'interpretazione particolarmente stringente dei parametri di ammissibilità da parte della Camera preliminare (v. *infra*), è risultato forse un po' troppo intrusivo rispetto alle competenze della giustizia penale dello Stato rimettente e probabilmente anche controproducente rispetto all'idea stessa di complementarità positiva. Il fatto poi che la Repubblica Democratica del Congo fosse oltremodo lieta di «cedere» alla Corte penale internazionale un certo numero di indagini e procedimenti considerati troppo onerosi da affrontare a livello interno ha fatto emergere con forza il rischio di manipolazione a cui la Corte è soggetta e la conseguente necessità che il Procuratore agisca e si relazioni in maniera strategica con gli Stati. Solo concentrando le sue scarse risorse (finanziarie e umane) nei casi con nessuna possibilità di essere affrontati a livello domestico e, per quanto possibile, facendo pendere l'onere della lotta all'impunità sulle autorità statali, la Corte penale internazionale potrà assolvere al ruolo che lo Statuto di Roma le ha assegnato⁶. In conclusione, sebbene comprensibile per un'istituzione che a quattro anni dalla sua nascita cercava disperatamente un battesimo di fuoco e un criminale internazionale da processare, la scelta del Procuratore di perseguire Lubanga per il crimine di arruolamento e reclutamento di fanciulli di età inferiore ai quindici anni e per il loro impiego attivo nelle ostilità lascia qualche perplessità in relazione alla sua consonanza con il principio di complementarità ovvero con quel principio che assegna agli Stati la primaria responsabilità di combattere l'impunità e che ne dovrebbe al contempo incoraggiare e sostenere l'iniziativa.

⁶ C. Pividori, *The International Criminal Court in a Multi-level Governance System of International Criminal Justice*, in L. Bekemans (ed.), *Intercultural Dialogue and Multi-level Governance in Europe. A Human Rights Based Approach*, Brussels, P.I.E. Peter Lang, pp. 307-321.

1.1. La selezione dei capi di accusa

Nel campo del diritto internazionale penale, i crimini connessi all'arruolamento/coscrizione e all'impiego di minori di 15 anni

in un conflitto armato non hanno mai assunto una grande rilevanza in termini di imputazioni e condanne⁷. Come conseguenza di ciò il significato simbolico dell'esito del processo a carico di Thomas Lubanga Dyilo, sia per le vittime sia per i carnefici di questo brutale crimine, non può essere sottovalutato.

D'altro canto però, la scelta del Procuratore di accusare Lubanga del solo crimine di arruolamento e reclutamento di fanciulli di età inferiore ai quindici anni nel contesto di un conflitto a carattere non internazionale (art. 8(2)(e)(vii)), se apprezzabile per la sua importanza e significatività in termini di contrasto alla purtroppo ancora troppo diffusa pratica di impiegare minori nei conflitti armati, è a tratti apparsa opportunistica e solo tenuamente collegata alla volontà di dare rilievo a questo particolare crimine. Nello specifico, se si pensa che lo stesso Procuratore in occasione di una dichiarazione resa nel 2003 di fronte all'Assemblea degli Stati parti della CPI aveva definito il conflitto nella DRC come «the most devastating to civilians since the Second World War»⁸, le cui conseguenze dirette e indirette avevano provocato tra i 2,5 e i 3,3 milioni di morti, la decisione di escludere tutte le altre numerose manifestazioni di violenza perpetrate dal gruppo armato di cui Lubanga era stato uno dei leader è apparsa quantomeno discutibile. Furono quindi principalmente ragioni connesse alla necessità di istruire in tempi rapidi un processo, selezionando al massimo e in numero e in complessità i capi di accusa, che spinsero il Procuratore a optare per l'imputazione con le maggiori probabilità di successo, tralasciando di includere imputazioni per fatti altrettanto gravi ma probabilmente più complessi.

Questo tipo di approccio, pragmatico ma al tempo stesso minimalista ovvero privo dell'ambizione di ricostruire attraverso un procedimento giudiziario la verità storica di un intero Paese, è stato oggetto di molte critiche da parte di gruppi di vittime e associazioni non governative ma ha senza dubbio avuto il merito di privilegiare la concretezza di una condanna piuttosto che l'illusione di poter garantire una giustizia a 360°. D'altro canto tuttavia, peccando di una certa astoricità e cogliendo un aspetto estremamente limitato e circoscritto del conflitto armato, l'azione del Procuratore non ha impattato in maniera profonda nelle comunità interessate⁹. Il divario da colmare tra giustizia internazionale penale resa e percepita è rimasto ancora una volta molto ampio.

⁷ K. Ambos, *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, in «International Criminal Law Review», vol. 12, n. 2, 2012, pp. 115-153.

⁸ International Criminal Court, *Second Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court: Report of the Prosecutor of the ICC, Mr Luis Moreno-Ocampo*, 8 September 2003, p. 3.

⁹ Women's Initiatives for Gender Justice, *Legal Eye on the ICC*, May-June-August 2012.

2. «Self-referral» e questioni di ammissibilità («inaction scenario»)

Come per i casi collegati all'Uganda e alla Repubblica Centrafricana, i procedimenti relativi alla situazione della Repubblica Democratica del Congo (DRC) traggono origine dalla decisione dei rispettivi governi di questi Paesi di sottoporre al Procuratore della Corte penale internazionale la situazione del proprio territorio (*self-referral*). Possibilità esercitata, anche se non espressamente prevista, ai sensi dell'art. 14 dello Statuto di Roma, la pratica dell'auto-deferimento da parte di uno Stato è stata da più parti criticata in quanto foriera del rischio di vedere la Corte sommersa di casi scomodi ma perfettamente gestibili a livello domestico nonché per la sua incoerenza con il principio di complementarità¹⁰.

Nel caso in esame, divenuta parte della Corte penale internazionale l'11 aprile 2002, la Repubblica Democratica del Congo nell'aprile del 2004 chiese al Procuratore di aprire un'indagine in merito alla possibilità che uno o più crimini di competenza della Corte fossero stati commessi nel territorio congolese tra l'11 aprile 2002 e il 3 marzo 2004. Principale ragione addotta per giustificare tale richiesta, la supposta incapacità del sistema giudiziario locale di indagare e perseguire i presunti responsabili. Interessatosi alla DRC già nel 2003, Luis Moreno-Ocampo, posto di fronte alla possibilità di occuparsi di un caso privo di rischi connessi alla giurisdizione (le cosiddette *uncontested jurisdictions*) e certo di poter fruire della piena collaborazione del governo congolese, il 21 luglio 2004 annunciò l'apertura di un'indagine sui crimini di competenza della Corte presumibilmente commessi nella regione dell'Ituri, territorio sconvolto dalle ostilità tra il 1999 al 2003. Dopo due anni di indagini, il 13 gennaio del 2006 il Procuratore presentò una richiesta di mandato di arresto per Thomas Lubanga Dyilo, fondatore e leader dell'*Union des Patriotes Congolais* (UPC) e della sua ala armata, la *Force patriotique pour la liberation du Congo*. Accusato da Moreno-Ocampo del crimine di reclutamento e arruolamento di fanciulli di età inferiori ai 15 anni e il loro impiego attivo nelle ostilità ai sensi dell'art. 8(2)(e)(vii) dello Statuto, al momento dell'apertura delle indagini Lubanga, come già ricordato, si trovava già in custodia delle autorità congolesi perché sospettato di aver commesso atti di genocidio e crimini contro l'umanità.

¹⁰ W. Schabas, *Complementarity in Practice: Some Uncomplimentary Thoughts*, in «Criminal Law Forum», no. 19, 2009, pp. 5-33.

Particolarmente rilevante in merito a quest'ultimo punto e significativa per tutta la successiva giurisprudenza della Corte in relazione ai parametri di ammissibilità contenuti nell'art. 17 dello Statuto, è la decisione della Camera preliminare adottata sulla richiesta del Procuratore di mandato di arresto per Lubanga¹¹. Secondo l'analisi condotta dalla Camera infatti, la prima questione da considerare per valutare l'ammissibilità di un caso è l'esistenza a livello domestico di indagini o procedimenti relativi allo stesso caso sviluppato dal Procuratore ovvero procedimenti che interessino lo stesso individuo per gli stessi rilievi per i quali questi è soggetto a indagine da parte della Corte penale internazionale (*same person/same conduct*). Nel caso in esame, essendo le accuse del Procuratore nei confronti di Lubanga relative al solo crimine di reclutamento di minori e del loro impiego nel conflitto armato, fattispecie non presenti negli atti di accusa delle autorità congolese, la Camera preliminare non poté che ravvisare l'assenza di attività da parte della DRC (*inaction scenario*) per quello specifico crimine (*conduct*) dichiarando di conseguenza il caso ammissibile.

Appare evidente che, sebbene non in contraddizione con le disposizioni statutarie e il testo dell'articolo 17, l'interpretazione giuridica data dalla Camera preliminare secondo la quale una situazione di inattività dello Stato rende *ipso facto* un caso ammissibile di fronte alla Corte penale internazionale rischia di apparire in contraddizione con il ruolo di istanza giudiziaria complementare voluto in origine per la CPI. Non potendo prendere in considerazione le ragioni che portano uno Stato a scegliere di non agire nei confronti di un individuo o, al contrario, di agire contro di lui solo per determinati crimini, la Corte rischia di venire manipolata non solo da comportamenti opportunistici di Stati in grado di esercitare l'azione penale (sembra questo essere il caso della DRC) ma anche da scelte prosecutoriali quantomeno discutibili.

Se tuttavia non esiste alcuna interpretazione giuridica del principio di complementarità in grado di assicurare la Corte dal rischio che alcuni Stati la utilizzino per «esternalizzare» casi scomodi da gestire a livello domestico, come non vi è alcun potere coercitivo a disposizione della Corte per poter obbligare uno Stato che si astiene ad agire in conformità allo Statuto, rimane un dovere del Procuratore perseguire una politica di selezione dei casi attenta e intelligente volta ad incoraggiare procedimenti

¹¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant for arrest, art. 58.*

interni e diretta a quei casi la cui possibilità di essere altrimenti trattati sia estremamente esigua.

3. L'uso degli intermediari

Una questione particolarmente interessante e delicata che ha impegnato le risorse della Camera di primo grado per una parte significativa del processo Lubanga riguarda l'impiego dal parte del Procuratore di «intermediari» locali per lo svolgimento in loco di attività di indagine.

Divenuti essenziali a causa delle difficili condizioni sul terreno dovute a problemi di sicurezza e diffidenza nei confronti degli investigatori della Corte, gli intermediari avevano assunto fin da subito un ruolo di assoluta preminenza nella ricerca e selezione dei testimoni chiamati a deporre dal Procuratore contro Thomas Lubanga Dyilo. I primi problemi connessi al loro operato tuttavia emersero già nel 2009 quando il collegio difensivo di Lubanga sollevò alcuni dubbi circa delle sospette irregolarità nella loro condotta nonché vere e proprie accuse di subornazione di testimone e induzione alla falsa testimonianza. In modo particolare, dopo che un testimone ritrattò la propria dichiarazione sostenendo di essere stato istruito da un intermediario, la Camera di primo grado fu obbligata ad impiegare molto tempo e risorse nel verificare l'attendibilità delle dichiarazioni rese dai testimoni dell'accusa e nel valutare l'impatto che alcune dichiarazioni mendaci o inattendibili potevano avere avuto sul diritto dell'imputato ad avere un processo equo e rapido. In tale contesto, non solo numerose testimonianze vennero escluse perché false o inattendibili ma il processo fu anche sospeso per tre mesi perché il Procuratore si rifiutava di rivelare alla Difesa l'identità di uno degli intermediari coinvolti in episodi di persuasione, induzione o assistenza a testimoni allo scopo di rendere falsa testimonianza (crimini contro l'amministrazione della giustizia perseguibili ai sensi dell'art. 70 dello Statuto di Roma).

A tale riguardo è interessante notare come, nelle ben 130 pagine che la sentenza finale dedica alla questione degli intermediari¹², la Camera di primo grado abbia manifestato un forte disappunto rispetto alla scelta del Procuratore di delegare a tali soggetti le proprie responsabilità investigative e abbia inoltre imputato alla negligenza dell'Ufficio del Procuratore nel supervisionare

¹² *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, 14 March 2012, pp. 90-220.

il lavoro degli intermediari la responsabilità per la conseguente perdita di credibilità di molti dei testimoni.

4. Partecipazione delle vittime

Tratto innovativo dello Statuto di Roma e dell'impianto processuale della Corte penale internazionale è il generoso trattamento in termini di partecipazione accordato alle vittime dei crimini oggetto di indagine. L'art. 68(3) dello Statuto difatti prevede che, qualora siano coinvolti gli interessi personali delle vittime, la Corte possa accordare loro (attraverso un proprio legale rappresentante) non solo la possibilità di partecipare al procedimento ma anche di presentare elementi di prova, mozioni e interrogare testimoni. Unico limite da non valicare, il diritto all'imputato ad un processo rapido ed equo.

Nel corso del processo Lubanga, la Corte ha autorizzato a partecipare in qualità di vittime ben 129 persone, di cui 34 donne e 95 uomini. A causa di timori legati alla propria sicurezza tuttavia, 106 tra queste hanno preferito rimanere nell'anonimato, condizione che ne ha limitato in parte il diritto di partecipazione. Per quanto riguarda la qualificazione del termine «vittima», è interessante notare che la Camera di primo grado ha adottato un'interpretazione considerevolmente ampia ritenendo di ricomprendervi tutti coloro «who has experienced personal harm, individually or collectively with others, directly or indirectly, in a variety of different ways such as physical or mental injury, emotional suffering or economic loss»¹³. Secondo l'approccio adottato dalla Camera sono quindi vittime non solamente i bambini soldato ma anche le loro famiglie e le comunità di appartenenza mentre non vi ricadono le vittime delle violenze perpetrate dai bambini stessi durante la loro vita di soldati. Essendo inoltre necessario dimostrare un nesso causale tra il crimine e il pregiudizio subito¹⁴ non sono stati ammessi a partecipare in qualità di vittime tutti coloro che avevano subito un danno contestuale ad un crimine non incluso tra le imputazioni, a dimostrazione ancora una volta dell'impatto della discrezionalità del Procuratore nel selezionare i capi di accusa (v. *supra*)¹⁵.

Infine, questione intimamente collegata alla partecipazione delle vittime appare essere quella relativa alle riparazioni. Come è ben noto, la Corte penale internazionale è la prima istanza

¹³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, pp. 10 ss.

¹⁴ Regola 85 del Regolamento di Procedura e di Prova.

¹⁵ K. Ambos, *The First Judgment of the International Criminal Court...*, cit.

giudiziaria internazionale a prevedere nel proprio Statuto una disposizione (art. 75) che le conferisce la possibilità di stabilire direttamente riparazioni a favore delle vittime. Il 7 agosto 2012, a seguito della sentenza di determinazione della condanna, la Camera di primo grado ha adottato la prima decisione in materia¹⁶, stabilendo i principi da seguire per l'assegnazione delle riparazioni e incaricando il Fondo di garanzia delle vittime (istituito ai sensi dell'art. 79 dello Statuto di Roma) della gestione pratica e dell'implementazione del relativo programma.

5. Natura del conflitto armato

La caratterizzazione giuridica del conflitto armato che ha investito la regione dell'Ituri nel periodo di rilevanza per le accuse mosse a Lubanga (settembre 2002 - agosto 2003) è stata fin dalle prime fasi del procedimento perlomeno controversa. La difficoltà nel valutare gli elementi di fatto utili a determinare la situazione sul terreno era infatti particolarmente complicata dai rapporti non chiari tra le parti in conflitto congolese (Governo e gruppi armati) e gli altri due Paesi in maniera più o meno diretta coinvolti nelle ostilità (Rwanda e Uganda).

La prima a doversi esprimere in merito è stata la Camera preliminare la quale, nella decisione di conferma delle accuse, aveva stabilito che i fatti del caso fossero avvenuti nel contesto di un conflitto armato internazionale fino al 2 giugno 2003, data del ritiro delle truppe ugandesi dal territorio dell'Ituri, per poi collocarsi in un conflitto a carattere interno (fino alla fine del 2003). Secondo il ragionamento della Camera preliminare, il coinvolgimento e la presenza di Uganda e Rwanda nel territorio della DRC avevano, almeno per un certo periodo, internazionalizzato il conflitto armato interno in corso nel Paese.

Di parere diverso si è dimostrata invece essere la Camera di primo grado la quale, servendosi dell'art. 55 delle regole della Corte, ha cambiato la caratterizzazione giuridica dei fatti determinando che il conflitto nel contesto del quale i presunti crimini erano stati commessi fosse stato di carattere non-internazionale per tutto il periodo considerato. Sottolineando giustamente la possibilità che in uno stesso territorio possano verificarsi anche più conflitti armati di diversa natura giuridica, la Camera ha determinato che la presenza di Uganda e Rwanda nel territorio

¹⁶ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, ICC-01/04-01/06-2904, 7 August 2012.

della DRC non avesse influenzato il carattere non internazionale del conflitto al quale il gruppo armato guidato da Lubanga aveva partecipato. Conseguenza diretta di questa determinazione, raggiunta escludendo l'eventualità che uno o più degli Paesi coinvolti esercitasse un «overall control» su uno dei gruppi armati tale da rendere quegli stessi gruppi equiparabili ad agenti dello Stato, è stata la derubricazione di uno dei due capi di accusa originariamente presentati dal Procuratore. L'accusa basata ai sensi art. 8(2)(b)(xxvi) infatti, sempre relativa al crimine di reclutamento e impiego di minori di 15 anni ma applicabile ai soli conflitti di carattere internazionale, non aveva più ragion d'essere.

6. Elementi del crimine ex art. 8(2)(e)(vii)

Secondo quanto espresso dai giudici della Corte penale internazionale, il crimine di cui si è macchiato Lubanga è composto da tre distinti atti criminali: la coscrizione, l'arruolamento e l'impiego attivo nelle ostilità di fanciulli di età inferiore ai 15 anni. Per la Camera di primo grado la commissione di anche solo uno di tali atti, in maniera quindi disgiunta dagli altri, è sufficiente per vedersi ascritto il crimine in considerazione. Altra caratteristica del crimine in esame, sempre secondo la Camera, è il suo carattere permanente ovvero continuato nel tempo che si interrompe solo nel momento in cui il fanciullo abbandona il gruppo armato o compie 15 anni.

In connessione agli elementi del crimine previsto ai sensi dell'art. 8(2)(e)(vii), nel corso del processo Lubanga sono emersi due elementi particolarmente interessanti: il primo attiene alla differenza di significato tra «coscrizione» e «arruolamento» e alla possibilità che l'elemento di consenso intrinseco al secondo termine possa avere un'incidenza sulla determinazione della responsabilità penale individuale; il secondo riguarda l'interpretazione della terza condotta ascrivibile al crimine considerato ovvero a che cosa si intenda per «partecipazione attiva» alle ostilità e in particolare se in tale nozione possano ricomprendersi le violenze di natura sessuale subite dai fanciulli nel corso della loro permanenza presso il gruppo armato.

Riguardo al primo e meno dibattuto dei due aspetti, sottolineando l'irrelevanza del consenso da parte del minore di 15 anni

(se mai questo ci possa essere) anche nei casi di arruolamento volontario nei ranghi di un gruppo armato, la Camera di primo grado ha deciso di trattare in modo esattamente identico i due distinti atti criminali non ravvisando differenze di sorta tra l'atto di coscrivere (obbligatoriamente) e quello di arruolare (volontarietà). Escludendo l'eventualità che un minore di 15 anni possa in alcun modo consentire ad arruolarsi in un gruppo armato sulla base del fatto che «it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in armed group or force»¹⁷, la Camera evita quindi che si possa creare un gap di impunità tra forme diverse di reclutamento (obbligatorio o volontario)¹⁸. A questo consegue che il consenso del minore al reclutamento, se può essere tenuto in considerazione al momento della determinazione della pena o in fase di riparazioni, per la Camera di primo grado non può mai costituire un valido motivo per l'esclusione della responsabilità penale¹⁹.

Per quanto riguarda la seconda questione, il profilo dell'analisi risulta essere duplice. Da un lato, si analizzerà come la Camera di primo grado abbia interpretato in maniera generale la locuzione «partecipazione attiva alle ostilità» ai sensi dell'art. 8(2) (e)(vii) dello Statuto di Roma, dall'altro, vedremo come è stata risolta dalla Corte la questione relativa alla possibilità di ricomprendere nel concetto di partecipazione «attiva» gli episodi di violenza sessuale (soprattutto sottoforma di stupro sistematico, schiavitù sessuale e matrimonio forzato) subiti dai minori di 15 anni associati al gruppo armato guidato da Lubanga.

In merito al primo aspetto, i giudici della Camera di primo grado hanno chiarito in primo luogo che il termine «attivo» contenuto nello Statuto di Roma debba intendersi in maniera più ampia rispetto al concetto di partecipazione «diretta» così come intesa nel Protocollo I alle Convenzioni di Ginevra²⁰. Secondo i giudici infatti, possono ricomprendersi nella nozione di partecipazione «attiva» una molteplicità di attività e funzioni, siano queste direttamente o indirettamente collegate alle ostilità vere e proprie. Fattore decisivo per poter determinare se una certa funzione sia classificabile come «partecipazione attiva» è il rischio ad essa connesso a cui diviene soggetto il minore che la pone in essere ovvero il fatto che «[the] support provided by the child to the combatants exposed him or her to real danger by becoming a potential target»²¹. Concludendo il ragionamento sul punto, la

¹⁷ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, para. 613.

¹⁸ K. Ambos, *The First Judgment of the International Criminal Court...*, cit.

¹⁹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, para. 617.

²⁰ *Ibidem*, para. 627.

²¹ *Ibidem*, para. 820.

Camera di primo grado afferma che, essendo il novero di attività a cui vengono assegnati minori molto vasto e variegato, una siffatta valutazione non può che prodursi caso per caso.

Un primo rilievo critico in relazione all'approccio adottato dalla Camera di primo grado, peraltro a maggioranza visto che il giudice Odio Benito si è discostata sul punto²², è che questo sembra sottovalutare il fatto che in molti casi il minore ha più possibilità di subire violenze da parte di membri del gruppo armato di appartenenza piuttosto che divenire un bersaglio potenziale per le forze nemiche. Nella sua opinione in parte discordante in parte dissenziente, il giudice Odio Benito giustamente sottolinea che «children are protected from child recruitment not only because they can be at risk for being a potential target to the “enemy” but also because they will be at risk from their “own” armed group who has recruited them and will subject these children to brutal trainings, torture and ill-treatment, sexual violence and other activities and living conditions that are incompatible and in violation to these children’s fundamental rights»²³.

Ed è proprio la rilevanza che il fenomeno della violenza sessuale nella vita dei bambini soldato ha assunto nel corso del procedimento, e per il numero di testimonianze e per quantità di informazioni ricevute dalla Corte a questo riguardo, che ha fatto emergere presso la Camera di primo grado un dibattito circa la possibilità di ricomprendere tali episodi tra gli elementi costitutivi del crimine ovvero nella nozione di «partecipazione attiva alle ostilità». Contrariamente a quanto sostenuto dal giudice Odio Benito tuttavia, secondo la quale il fatto che la violenza sessuale fosse «an intrinsic element of the criminal conduct of “use to participate actively in the hostilities”» imponeva alla Corte di considerarla «within the legal concept» del reato previsto ai sensi dell'art. 8(2)(e)(vii), la Camera di primo grado, seppur sollevando la questione generale relativa al significato di «partecipazione attiva alle ostilità» non è nemmeno arrivata a dibattere il punto di specie. Secondo la maggioranza della Camera infatti, «regardless of whether sexual violence may properly be included within the scope of “using [children under the age of 15] to participate actively in hostilities” as a matter of law, because facts relating to sexual violence were not included in the Decision on the Confirmation of Charges, it would be impermissible for the Chamber to base its Decision pursuant to Article 74(2) on the evidence introduced during the trial that is relevant to this

²² Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito appended to the Judgment, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, pp. 1-17.

²³ *Ibidem*, para. 19.

issue»²⁴. In altre parole, visto che la Camera di primo grado deve deliberare sulla colpevolezza dell'imputato basandosi solamente sui fatti e le circostanze descritte nei capi di accusa (che come già precedentemente sottolineato non includono crimini collegati alla violenza sessuale né riferimenti ad essi come elementi costitutivi del crimine di reclutamento), non vi è la possibilità per i giudici di tenere in considerazione le testimonianze relative ad altre questioni.

Sebbene appaia conforme allo Statuto²⁵, la posizione della maggioranza appare comunque insoddisfacente in quanto lascia inesplorata e irrisolta una questione fondamentale relativa al fenomeno della violenza sessuale quale dimensione ed elemento costitutivo di un'altra norma statutaria e manca forse l'occasione, al di là delle circostanze del caso, di sviluppare in maniera comprensiva e *human rights-oriented* la nozione di «partecipazione attiva alle ostilità».

Conclusioni

Con tutta probabilità, più che per i fatti e le circostanze connessi al conflitto e alle atrocità perpetrate nei confronti dei bambini soldato della Repubblica Democratica del Congo, gli studiosi di diritto internazionale penale ricorderanno il caso Lubanga per la lunga serie di tecnicismi giuridici che ne hanno caratterizzato la complessa e talvolta tortuosa storia processuale.

Come si è cercato di dimostrare nel presente articolo tuttavia, il caso Lubanga, primo procedimento portato a termine dinnanzi alla Corte penale internazionale, non ha solamente fatto emergere numerosi aspetti di natura sostanziale (elementi del crimine) e processuale (partecipazione vittime, conduzione indagini) prima di allora mai affrontati dalla Corte. Esso rappresenta anche e soprattutto la sintesi degli aspetti più delicati e controversi in materia di attuazione del principio di complementarità, sia nella sua determinazione giuridica (i parametri di ammissibilità) che nella sua declinazione sistemica (selezione delle situazioni e dei casi), e di alcune debolezze proprie di un'istituzione che stava compiendo i primi passi nella scena internazionale e la cui collocazione nel sistema di giustizia internazionale penale globale era ed è *still in progress*.

²⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, para. 630.

²⁵ Per una posizione contraria v. *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito* appended to the Judgment, cit., p. 6, para. 16.