

IL CRIMINE DI USO DI SCUDI UMANI NEL DIRITTO PENALE INTERNAZIONALE

Struttura, elementi e rapporti con altri crimini internazionali

di Dario Rossi D'Ambrosio (*)

Abstract. *Nel presente elaborato, l'autore si propone di affrontare il crimine di uso di scudi umani da una prospettiva prettamente penalistica. Nelle pagine che seguono, si compie dapprima una breve ricognizione storica dell'uso di scudi umani, facendo cenno ai processi giuridici e metagiuridici al centro dei quali l'uso di scudi umani si pone. Si passerà poi alla definizione giuridica del crimine così come formulata nello Statuto della Corte Penale Internazionale, analizzandone tutti gli elementi costitutivi. Nella terza sezione si riprenderanno i concetti fondamentali del concorso di reati, applicabili nell'ambito del diritto penale internazionale, per poi abbozzare una trama di rapporti fra il crimine di uso di scudi umani e altri crimini internazionali, quali, ad esempio, il trasferimento forzato della popolazione civile e la cattura di ostaggi. In conclusione, l'analisi qui effettuata fornirà uno strumento utile, ma senz'altro non esaustivo, ai fini della lettura di un crimine di guerra che presenta certamente centralità mediatica, valenza politica e fluidità giuridica, attraverso le quali i Giudici dovranno districarsi nella futura applicazione del diritto penale internazionale.*

SOMMARIO: 1. Il fenomeno degli scudi umani nella storia e ai giorni nostri – 2. Struttura ed elementi del crimine di «utilizzare la presenza di un civile o altra persona protetta per rendere determinati punti, zone o forze militari immuni da operazioni militari» (art. 8 (2)(b)(xxiii) dello Statuto della Corte Penale Internazionale) – 2.1. La nozione giuridica – 2.2. L'offesa – 2.3 Gli elementi costitutivi del crimine – 2.3.1. La condotta – 2.3.2. Nesso di causalità ed evento – 2.3.3. L'elemento soggettivo – 3. Rapporti del crimine di uso di scudi umani con altre figure criminose – 3.1. Il concorso di reati nel diritto penale internazionale – 3.2. Il trasferimento forzato della popolazione civile – 3.3. La cattura di ostaggi – 3.4. Il trattamento inumano, il trattamento crudele e gli oltraggi alla dignità della persona – 4. Conclusioni.

* L'autore vorrebbe esprimere gratitudine e stima al Prof. Mauro Catenacci e al Dr. Stefano Mancini. I loro insegnamenti hanno portato alla stesura della tesi di laurea che ha costituito la base per l'elaborazione del presente contributo.

1. Il fenomeno degli scudi umani nella storia e ai giorni nostri.

L'uso di scudi umani è una pratica risalente nel tempo. Si ha, per esempio, una testimonianza dell'uso di tale tattica da parte della tribù Quaysī contro gli Arabi nell'anno 824, durante l'assedio di una città. Secondo alcune fonti, donne e bambini vennero utilizzati come scudi umani al fine di evitare che la città fosse attaccata¹. Altre antiche testimonianze di tale tattica militare si hanno con riguardo, ad esempio, alle modalità di conduzione delle ostilità da parte dei Mongoli nel tredicesimo secolo. Infatti, secondo alcuni studi, essi avrebbero utilizzato come scudi umani sia i civili di città conquistate in precedenza nei successivi assedi, sia i prigionieri di guerra catturati durante le operazioni militari stesse². L'obiettivo o comunque il risultato era quello per l'appunto di fornire una protezione fisica ai propri soldati, lasciando che gli avversari uccidessero, al posto dei soldati, le persone usate come scudi.

Altri esempi della pratica si possono riscontrare in alcuni episodi della guerra civile americana (1861-1865), nei quali alcuni religiosi furono fatti salire a bordo di convogli ferroviari, per evitare che questi fossero attaccati³. Anche nella guerra franco-prussiana (1870-1871) si è registrato l'uso di scudi umani, così come nella prima e nella seconda guerra mondiale⁴.

Nei conflitti contemporanei, non essendo più usuali le battaglie campali, appare frequente e quasi inevitabile la situazione nella quale gli obiettivi militari si trovino vicini a beni di carattere civile o beni altrimenti protetti da norme di diritto internazionale umanitario. Ad esempio, frequentemente gli ospedali militari sono situati all'interno di basi militari, così come i quartieri generali militari sono spesso situati in zone abitate.

Il fenomeno avviene con frequenza anche nel caso di conflitti interni agli Stati, nei quali spesso una delle parti in conflitto non possiede edifici adibiti a scopi militari, ma gli obiettivi militari sono i combattenti, i quali sono bersagli mobili, che spesso si trovano negli stessi luoghi in cui si trova la popolazione civile. Negli ultimi decenni vi è stato un moltiplicarsi di episodi di utilizzo di scudi umani, ad esempio nella guerra di Corea⁵ e nella guerra del Vietnam⁶. Fra gli esempi possono essere inoltre citati

¹ H. N. KENNEDY, *The Prophet and The Age of The Caliphates: The Islamic Near East from The Sixth to The Eleventh Century*, Harlow, 2004, 154; P. PURTON, *A History of The Early Medieval Siege, c. 450-1200*, Woodbridge, 2009, 95.

² P. PURTON, *A History of The Late Medieval Siege, 1200-1500*, Woodbridge, 2010, pp. 2, 106.

³ P. FUSCO, *Legal Status of The Human Shields*, www.studiperlapace.it, 2003, 4.

⁴ A. KRAMER, *Combatants and Noncombatants: Atrocities, Massacres and War Crimes* in J. HORNE (a cura di), *A Companion to World War I*, Chichester, 2012, 190; THE UNITED NATIONS WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals, Volume XII The German High Command Case*, Londra, 1949, 43.

⁵ C. D. BOOTH, *Prosecuting The 'Fog of War?': Examining The Legal Implications of An Alleged Massacre of South Korean Civilians by U.S. Forces During The Opening Days of The Korean War in The Village of No Gun Ri*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 33 N. 4, 2000.

⁶ C. M. BAILLIET, *Security: A Multidisciplinary Normative Approach*, Leiden, 2009, 105; G. D. SOLIS, *The Law of Armed Conflict*, Cambridge, 2010, 320. H. M. STUR, *Beyond Combat: Women and Gender in the Vietnam War Era*, Cambridge, 2011, 233; T. REED, J. CUMMINGS, *Compromised: Clinton, Bush and the CIA*, New York, 1994, 21.

episodi accaduti nell'ambito dei conflitti russo-ceceno⁷. Altre denunce dell'uso di scudi umani riguardano episodi avvenuti in Libia nel 2011⁸. Nel 2012, vi sono state ulteriori segnalazioni da parte di organizzazioni non governative sull'uso di scudi umani durante alcune operazioni militari del 2011 da parte dell'esercito birmano e da parte del gruppo separatista delle Tigri *Tamil* in Sri Lanka, durante i conflitti interni ai rispettivi Paesi⁹. L'uso di scudi umani è stato riscontrato in conflitti ancora più recenti, come gli attacchi contro la striscia di Gaza nel 2008-2009¹⁰ e nel 2014¹¹ o il conflitto siriano ancora in corso, durante il quale si afferma in un rapporto del Segretario Generale delle Nazioni Unite che siano stati utilizzati bambini come scudi umani¹².

Storicamente sembra che i motivi che spingono all'uso di scudi umani abbiano seguito un percorso evolutivo. Il motivo che sembra essere il primo in ordine logico, come accennato in precedenza, si rinviene nell'utilità di proteggersi fisicamente dagli attacchi nemici, sfruttando il corpo altrui. In secondo luogo, con l'evoluzione del diritto internazionale umanitario uno dei motivi consiste nello sfruttamento del principio di distinzione e di proporzionalità, per mettere in difficoltà il nemico fino ad impedirne le operazioni militari. Secondo alcuni Autori, lo sfruttamento di tali principi a fini militari è aumentato di pari passo con l'aumentare dei c.d. conflitti asimmetrici. In tali conflitti, infatti, la parte più debole ha difficoltà a proteggere gli obiettivi militari con mezzi convenzionali di difesa e per questo sfrutterebbe la popolazione civile al fine di neutralizzare la superiorità tecnologica e/o numerica del nemico¹³. Tuttavia, quest'ultima chiave di lettura dell'uso di scudi umani secondo cui vi sarebbe una sorta di automatismo per cui è sempre o comunque il più delle volte la "parte debole" del conflitto a fare uso di scudi umani, potrebbe rivelarsi non del tutto accurata e semplicistica. Come accennato sopra infatti, vi sono casi in cui la parte belligerante numericamente e tecnologicamente più avanzata fa uso di scudi umani. Ultimamente in dottrina vi sono anche tentativi di erosione del principio di proporzionalità e della negazione dello *status* di protezione proprio dei civili durante i conflitti armati, come avviene in dottrina¹⁴ e in alcuni recenti manuali militari¹⁵. Alcuni Autori suggeriscono che il fine sarebbe di mantenere una superiorità morale anche quando di fatto si

⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 1997*, www.hrw.org, dal quale sembra verosimile affermare che l'uso di scudi umani sia stato effettuato sia dall'esercito russo che dalle forze armate cecene. Si tratta della prima guerra cecena, combattuta fra il 1994 e il 1996.

⁸ PHYSICIANS FOR HUMAN RIGHTS, *Witness to War Crimes: Evidence from Misrata, Libya*, www.physiciansforhumanrights.org, 2011, 19 ss.

⁹ HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2012*, www.hrw.org, 2012, 300, 388.

¹⁰ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of the United Nations Fact Finding Mission on the Gaza Conflict*, *Human Rights Council*, A/HRC/12/48, 2009, § 1032 ss.

¹¹ UN HUMAN RIGHTS COUNCIL, *Report of The Detailed Findings of The Independent Commission of Inquiry Established Pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, A/HRC/29/CRP.4, 2015, § 320 ss.

¹² UN GENERAL ASSEMBLY-UN SECURITY COUNCIL, *Report of the Secretary General – Children and Armed Conflict*, A/66/782-S/2012/261, 2012, § 119 ss.

¹³ A. RUBINSTEIN, Y. ROZNAI, *Human Shields in Modern Armed Conflicts: The Need for A Proportionate Proportionality*, *Stanford Law and Policy Review*, Vol. 22 N. 1, 2011, 95.

¹⁴ A. RUBINSTEIN, Y. ROZNAI, *Human Shields*, cit..

¹⁵ Ad es., US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Law of War Manual*, www.dod.mil, 2015, § 5.12.3, 5.12.3.3.

attaccano dei civili, attraverso «*the introduction of a legal technology that shields the strong from potential accusations of having committed war crimes*»¹⁶. Questi tentativi sembrano essere strettamente collegati a un processo mediatico che coinvolge tutte le parti in conflitto, sia chi sfrutta i civili come scudi umani, sia chi attacca gli obiettivi militari nonostante la presenza nelle vicinanze di persone protette usate come scudi umani. Si produrrebbe, infatti, un effetto mediatico negativo a sfavore della parte belligerante che nei suoi attacchi non risparmia le vite dei civili, a prescindere dalle precauzioni prese da parte dell'attaccante e della legalità stessa dell'attacco¹⁷. Questo aspetto mediatico dalle molteplici sfaccettature sembrerebbe essere una delle ragioni che hanno portato all'aumento dell'uso di scudi umani nei conflitti armati attuali, sui quali inevitabilmente inciderebbero l'esistenza di mezzi di comunicazione di massa e la facilità di diffusione di immagini attraverso la rete e fuori dai canali ufficiali e organizzati¹⁸. Simili processi mediatici hanno contribuito altresì, secondo alcuni Autori, alla nascita del fenomeno degli scudi umani volontari, argomento che merita trattazione separata per le complicate e profonde implicazioni giuridiche e politiche che da esso derivano¹⁹.

2. Struttura ed elementi del crimine di «utilizzare la presenza di un civile o altra persona protetta per rendere determinati punti, zone o forze militari immuni da operazioni militari» (art. 8 (2)(b)(xxiii) dello Statuto della Corte Penale Internazionale).

2.1 La nozione giuridica.

Il crimine di «*[u]tilizing the presence of a civilian or other protected person to render certain points, areas or military forces immune from military operations*» è contenuto nel secondo paragrafo dell'art. 8 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (ICC St.) alla lettera (b), numero (xxiii)²⁰. Gli Autori in genere distinguono fra scudi umani

¹⁶ N. GORDON, N. PERUGINI, *Human Shields: The Weapon of The Strong*, www.justsecurity.org, 2015.

¹⁷ M. SCHMITT, *Essays on Law and War at the Fault Lines*, L'Aia, 2012, 551-552.

¹⁸ B. BARGU, *Human Shields*, *Contemporary Political Theory*, Vol. 12, 2015, 282.

¹⁹ Per quanto riguarda il tema degli scudi umani volontari, per un iniziale approfondimento sia consentito rimandare a N. MELZER, *Interpretive Guidance on The Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, Ginevra, 2009; M. SCHMITT, *Deconstructing Direct Participation in Hostilities: The Constitutive Elements*, *NYU Journal of International Law*, Vol. 42, 2009; N. MELZER, *Keeping The Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of The ICRC's Interpretive Guidance on The Notion of Direct Participation in Hostilities*, *NYU Journal of International Law*, Vol. 42, 2009. Per una chiave di lettura critica e un'analisi delle profonde implicazioni politiche del fenomeno degli scudi umani, v. B. BARGU, *Human Shields*, cit. e J. BUTLER, *Human Shields*, *London Review of International Law*, Vol. 3 N. 2, 2015.

²⁰ La formulazione della norma dell'ICC St. ricalca quella contenuta all'art. 6 (b)(xxiii) della UN TRANSITIONAL ADMINISTRATION IN EAST TIMOR, *Regulation 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*, UNTAET/REG/2000/15, 2000.

involontari e volontari, oltre che fra scudi umani di attacco e di difesa, a seconda che questi siano utilizzati a protezione di obiettivi delle forze che si difendono oppure a difesa delle forze che attaccano²¹.

La pratica dell'uso di scudi umani era già vietata dall'art. 28 della Quarta Convenzione di Ginevra (GC IV) e dall'art. 51 (7) del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra (APGC I). Preme far notare che la pratica dell'uso di scudi umani non sia sanzionata espressamente con un'incriminazione nell'ambito dei conflitti armati di carattere non internazionale né alla lettera c) né alla lettera e) dell'art. 8 dell'ICC St., restando confinata, in quanto tale, al pur rilevante ambito dei conflitti armati internazionali. Seppur non sia una soluzione pienamente soddisfacente, nella presente sezione si darà conto di come sia possibile inquadrare la pratica dell'uso di scudi umani nelle maglie normative di altre fattispecie tipiche previste anche nell'ambito dei conflitti armati non internazionali.

Per quanto riguarda la configurazione del crimine, più precisamente, negli *Elements of Crimes* (EC) si specifica che è necessaria la sussistenza di un elemento oggettivo, in primo luogo, e di un elemento soggettivo, in secondo luogo²². L'elemento oggettivo consiste nel comportamento da parte dell'autore, il quale «*moved or otherwise took advantage of the location of one or more civilians or other persons protected under the international law of armed conflict*»²³. Per quanto concerne invece l'elemento soggettivo, è richiesto, quale elemento costitutivo della figura criminosa l'intenzione «*to shield a military objective from attack or shield, favour or impede military operations*»²⁴. Inoltre, gli EC descrivono altri due elementi necessari per la sussistenza del crimine. Si tratta di due elementi previsti per tutte le fattispecie dei crimini di guerra, ossia il fatto che «*[t]he conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict*» (il c.d. *war link*)²⁵ e il fatto che l'autore fosse a conoscenza delle circostanze fattuali che

²¹ M. PEDRAZZI, *Using Human Shields as A War Crime*, in F. POCAR, M. PEDRAZZI, M. FRULLI (a cura di), *War Crimes and the Conduct of Hostilities*, Northampton, 2013, 99.

²² Gli EC sembrano quindi seguire quella che in ambito italiano viene denominata la c.d. teoria bipartita, v. fra gli altri F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2007, 101 ss. Per una breve rassegna riguardo alla concezione bipartita del reato, v. anche M. DONINI, [L'eredità di Bricola e il Costituzionalismo Penale come Metodo. Radici Nazionali e Sviluppi Sovranazionali](#), in *questa Rivista*, 2010, 9.

²³ Art. 8 (2)(b)(xxiii) EC.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Art. 8 EC. Il nesso con il conflitto armato è ciò che permette di distinguere un crimine ordinario soggetto alla legge nazionale (ad es. un omicidio o uno stupro) da un crimine di guerra. La condotta deve essere stata posta in essere in connessione col conflitto armato. La connessione non consiste semplicemente in una coincidenza temporale dell'atto con il conflitto, ma si deve trattare di un collegamento geografico o personale o di altro genere, in ogni caso oggettivo, M. COTTIER, *War Crimes*, in O. TRIFFTERER, *Commentary on The Rome Statute of the International Criminal Court*, München-Oxford-Baden-Baden, 2008, 293 e A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2008, 49 il quale critica una sentenza della Corte d'Assise di S. Maria Capua Vetere del 1994 che non riconobbe la qualificazione di crimini di guerra a determinati atti poiché diede rilevanza al fatto che tali comportamenti fossero stati posti in essere per «intolleranza ed odio». Lo stesso Autore nota come i motivi soggettivi non abbiano nessuna rilevanza ai fini della qualificazione di un atto come crimine di guerra o crimine comune. Altri Autori parlano di «functional relationship (“nexus”) to the armed conflict», G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, L'Aia, 2009, 373-376. Per quanto riguarda infine la giurisprudenza dell'ICC, v. ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor*

hanno comportato l'esistenza del conflitto armato²⁶.

Tale definizione della pratica dell'uso di scudi umani, sembra essere frutto di una sintesi di diverse norme di diritto internazionale umanitario, come ad esempio l'art. 19 (2) GC I sul posizionamento di stabilimenti e formazioni sanitarie, l'art. 23 GC III sull'uso dei prigionieri di guerra, l'art. 28 GC IV a tutela delle persone protette, l'art. 12 (4) APGC I sulla protezione delle unità sanitarie e, più degli altri, l'art. 51 (7) APGC I sulla protezione della popolazione civile²⁷.

Alcuni Autori riconoscono come nel diritto internazionale umanitario la norma che bandisce l'uso di scudi umani sia divenuta una norma di tipo consuetudinario, sia nell'ambito dei conflitti armati internazionali, sia nell'ambito dei conflitti armati non internazionali²⁸. Altri Autori ritengono invece la norma applicabile anche nei conflitti armati non internazionali in virtù di un'interpretazione sistematica di altre rilevanti norme di diritto internazionale umanitario che porterebbero alla proibizione dell'uso di scudi umani anche nei conflitti armati non internazionali²⁹. Tuttavia, contrariamente a questa uniformità presente nel diritto internazionale umanitario consuetudinario, in diritto penale internazionale, e in particolare nell'ICC St., la stessa condotta non costituisce crimine di guerra nei conflitti armati non internazionali, ma solo in quelli internazionali. Questa lacuna, come si è osservato in dottrina, non sembra avere evidenti giustificazioni, tanto più se si considera che l'evoluzione del diritto internazionale umanitario consuetudinario si orienta nella direzione di equiparare la situazione nei due tipi di conflitti armati³⁰. Alcuni Autori sostengono però che una

*vs Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06, 29 gennaio 2007, § 287-288, che ha ripreso la definizione di nesso elaborata dal Tribunale Penale Internazionale per l'Ex-Jugoslavia (ICTY) e dal Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (ICTR) in Kunarac e Akayesu, i giudici hanno fatto proprio il criterio in base al quale vi debba essere un nesso chiaro e sufficiente, ossia uno stretto legame con le ostilità (O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal – Sources, incriminations, responsabilité*, Paris, 2012, 214, il quale parla del “criterio del «lien étroit»»). Da ultimo, occorre citare ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on The Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008, § 380, dove l'ICC specifica che affinché la condotta criminale possa dirsi legata al conflitto non è necessario che questo sia la ragione ultima dell'atto criminale né questo deve essere stato posto in essere nel mezzo della battaglia. Infine, conviene qui rammentare che l'ICC St. non contiene nessuna definizione di conflitto armato, ma la giurisprudenza della Corte si è riferita ai principi di diritto dei conflitti armati e alla giurisprudenza precedente, in particolare dell'ICTY, in materia. Per un approfondimento di questa tematica sia consentito rimandare a A. CULLEN, *The Characterization of Armed Conflict in The Jurisprudence of The ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law and Practice of The International Criminal Court*, Oxford, 2015, 764 ss.**

²⁶ Gli EC prevedono espressamente che l'autore deve essere a conoscenza delle circostanze fattuali dalle quali l'esistenza del conflitto armato può essere dedotta, ma non che l'autore abbia compiuto una valutazione di tipo giuridico sulla sussistenza o meno di un conflitto o sia a conoscenza delle circostanze che hanno determinato il carattere internazionale o non-internazionale del conflitto, G. WERLE, *Principles*, cit., 376.

²⁷ V. anche R. ARNOLD in O. TRIFFTERER, *Commentary*, cit., 454 ss. e G. WERLE, *Principles*, cit., 454.

²⁸ J. M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, Cambridge, 2005, 337 ss.

²⁹ M. PEDRAZZI, *Using Human Shields*, cit., 103.

³⁰ G. WERLE, *Principles*, cit., 455. L'Autore fa notare come sia la giurisprudenza dell'ICTY sia il Codice tedesco dei crimini contro il diritto internazionale considerino l'uso di scudi umani un crimine anche nei conflitti armati non internazionali. Sulla convergenza del diritto applicabile ai conflitti armati

norma consuetudinaria di tale tenore sia almeno in via di formazione, se non già stabilita in diritto penale internazionale³¹.

La norma di cui all'art. 8 (b)(xxiii) si basa sul principio di distinzione fra obiettivi militari e non militari e la sua funzione è sia quella di garantire protezione ai civili e alle altre persone protette³², sia quella di impedire che la protezione assicurata alle persone protette venga utilizzata a scopi militari³³. In altre parole, la norma è posta al fine di evitare l'abuso di norme basilari, che vietano gli attacchi alla popolazione e ai beni civili³⁴.

La connessione con il principio di proporzionalità appare altresì evidente, nel senso che la parte belligerante che attacca un obiettivo militare, nel momento in cui si trova di fronte a obiettivi che siano riparati da scudi umani, dovrà valutare i benefici militari in rapporto ai danni collaterali che prognosticamente conseguirebbero all'attacco, danni collaterali fra cui rientrerebbero la perdita di vita o le lesioni arrecate ai civili o persone protette utilizzate come scudi umani³⁵. In questo contesto è infatti utile rammentare che tali soggetti continuano a godere della protezione loro propria, di civili o di persone protette, e che l'uso di scudi umani da parte di una delle parti in conflitto non libera l'altra dalle obbligazioni del diritto internazionale umanitario³⁶.

internazionali e di quello applicabile ai conflitti armati non-internazionali, v. ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on The Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2 ottobre 1995, § 97. V. anche ICRC, *Customary IHL, Rule 97*, disponibile all'indirizzo: https://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule97, dove si raccolgono diverse previsioni di diritto nazionale che non stabiliscono una distinzione fra conflitti armati internazionali e conflitti armati non-internazionali.

³¹ M. PEDRAZZI, *Using Human Shields*, cit., 114.

³² In dottrina, alcuni Autori ritengono che si tratti proprio di un «corollario» della norma di diritto internazionale umanitario dei conflitti armati che proibisce gli attacchi alla popolazione o a beni civili, A. CASSESE, P. GAETA, J. R. D. W. JONES, *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, New York, 2002, 402.

³³ Alcuni Autori, infatti, inseriscono la norma fra i crimini di guerra sull'uso di metodi di guerra proibiti, G. WERLE, *Principles*, cit., 454.

³⁴ Artt. 51(2), 52-56, 85(3) APGC I.

³⁵ Per un approfondimento, v. E. DAVID, *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, 2008, 290 ss. Può accadere che gli scudi umani siano prigionieri di guerra della stessa parte belligerante che compie l'attacco militare. Un esempio significativo di tale pratica può essere rinvenuto nello *Student Case* del 1946, nel quale l'imputato fu condannato per aver ordinato di utilizzare prigionieri di guerra britannici per fare da scudo alle truppe tedesche ed il risultato fu l'uccisione di sei prigionieri britannici da parte dei loro connazionali, v. UN WAR CRIMES COMMISSION, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. IV, London, 1948, 118 ss.

³⁶ L'art. 51 (7) APGC I prevede espressamente che «[a]ny violation of these prohibitions shall not release the Parties to the conflict from their legal obligations with respect to the civilian population and civilians, including the obligation to take the precautionary measures provided for in Article 57» e l'art. 57 a sua volta prevede le «[p]recautions in attack», v. anche G. WERLE, *Principles*, cit., 454. Un'opinione decisamente minoritaria in dottrina sostiene che l'attuale quadro normativo di diritto internazionale umanitario porterebbe a risultati paradossali, poiché attraverso l'uso di scudi umani una delle parti belligeranti può fornire, seppur attraverso una pratica illecita, protezione ad alcuni obiettivi militari, mentre l'altra parte rimarrebbe ingiustamente legata dalle regole che le impedirebbero di attaccare quegli obiettivi militari nelle vicinanze dei quali gli scudi umani sono utilizzati. Pertanto gli stessi Autori propongono praticamente la

2.2 L'offesa.

La norma che prevede il crimine di guerra in questione è diretta espressione del principio di distinzione e la tutela è rivolta verso beni primari, quali la vita, la dignità e l'incolumità della persona³⁷. La norma è quindi orientata alla protezione di una pluralità di beni giuridici: non solo la vita, la dignità e l'incolumità delle persone protette usate come scudi umani³⁸, ma anche, in via preventiva, la corretta conduzione delle ostilità e la coerenza stessa del sistema delle norme che regolano la conduzione delle ostilità³⁹.

Se si considerano come beni protetti dalla norma la vita e l'incolumità delle

disapplicazione del principio di proporzionalità argomentando che in tal modo si porterebbe alla riduzione dei casi di uso di scudi umani, poiché l'altra parte non avrebbe più motivo di utilizzare civili o altre persone protette per impedire attacchi altrui. A. RUBINSTEIN, Y. ROZNAI, *Human Shields*, cit. Quest'argomento non può essere condiviso poiché coloro che sono utilizzati come scudi umani perderebbero in pratica il loro *status* di civili e persone protette senza partecipare direttamente alle ostilità. Contro l'interpretazione di A. RUBINSTEIN, Y. ROZNAI, v. anche M. N. SCHMITT, *Essays*, cit., 196 ss. Quest'ultimo Autore sostiene che non sia possibile neanche allentare (*relax*) la portata del principio di proporzionalità nel caso di uso di scudi umani, altrimenti si aprirebbe la strada ad un'applicazione più morbida della regola sui danni collaterali a molti altri casi (l'Autore parla in particolare del pericolo di una «*normative slippery slope*»). Inoltre, l'argomento citato che preme per una disapplicazione, o comunque un'applicazione più debole del principio di proporzionalità, sembra non tenere in considerazione che l'uso di scudi umani si basa non soltanto sullo sfruttamento illecito di norme di diritto internazionale umanitario, ma, come accennato nel presente elaborato, anche sullo sfruttamento dei civili o persone protette a fini mediatici, oltre che in alcuni casi a fini di protezione fisica. Pertanto, l'argomento che la parte belligerante che fa uso di scudi umani interromperebbe tale pratica se sapesse che le norme di diritto internazionale umanitario ne permettono l'attacco, non sembra condivisibile. Infatti quest'argomento si basa sulla falsa e rischiosa idea che in tutti i casi in cui una delle parti faccia uso di scudi umani, essa ponga in essere tale pratica perché è certa che l'altra parte non attaccherà l'obiettivo circondato dagli scudi umani, nel rispetto dei principi di diritto internazionale umanitario. Come sembra chiaro da più fonti, invece, in molti casi l'uso di scudi umani avviene perché si sa che la parte che sferra l'attacco teme le conseguenze mediatiche dello stesso, M. N. SCHMITT, *Essays*, 551-552. Tali conseguenze a livello mediatico si realizzerebbero comunque, a prescindere dall'applicazione piena, applicazione "debole" o disapplicazione del principio di proporzionalità al caso concreto.

³⁷ G. ACQUAVIVA, *La Repressione dei Crimini di Guerra*, Milano, 2014, 273 ss.

³⁸ In linea con tale impostazione appare essere la giurisprudenza dell'ICTY, ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić, Judgement*, 29 luglio 2004, § 576 ss., 647 ss.; ICTY, *The Prosecutor vs Karadžić, Mladić, Indictment*, 24 luglio 1995, § 48. L'ICTY fa infatti rientrare nel crimine di *outrages upon personal dignity* o *inhuman treatment* o *cruel treatment* l'uso di scudi umani, non essendo espressamente previsto il crimine all'interno dello Statuto del Tribunale. Nelle appena citate decisioni, in conformità con la relativa definizione del crimine di *inhuman treatment*, l'ICTY subordina l'incriminazione e la punizione della pratica dell'uso di scudi umani alla sofferenza delle vittime, v. ICTY TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić, Judgement*, IT-95-14-T, 3 marzo 2000, § 717 ss.

³⁹ Si fa notare infatti come nei casi di uso di scudi umani l'attaccante si troverebbe in una posizione in cui dovrebbe scegliere fra un attacco potenzialmente illegale perché colpirebbe dei civili e la rinuncia a un vantaggio militare che risulterebbe dall'attacco, H-P. GASSER & K. DÖRMANN, *Protection of The Civilian Population*, in D. FLECK, *The Handbook of International Humanitarian Law*, Oxford, 2013.

persone, il crimine si consuma anche nel caso in cui non accada alcun danno effettivo alla vita o all'incolumità stesse, poiché l'offesa avverrebbe sotto forma di messa in pericolo di tali beni. Pertanto, in questo caso, sembra che si possa correttamente definire il crimine in questione come crimine di pericolo, in particolare crimine di pericolo astratto⁴⁰. Secondo l'impostazione del Tribunale Penale Internazionale per l'Ex-Jugoslavia (ICTY), tuttavia, la violazione del relativo statuto avverrebbe soltanto laddove sia provato un «*serious mental or physical suffering or injury*» necessario alla configurazione del crimine di «*inhuman*» o «*cruel treatment*»⁴¹. Pertanto, seguendo questa impostazione, il crimine potrebbe essere qualificato come di danno giacché si dovrebbe realizzare la lesione del bene giuridico tutelato attraverso l'inflizione della sofferenza fisica o mentale. Nel sistema dello Statuto di Roma, attraverso la tipizzazione del crimine di uso di scudi umani, non è invece necessaria la realizzazione della sofferenza fisica o mentale affinché il crimine venga ad esistenza.

Per quanto riguarda la tutela del bene giuridico della corretta conduzione delle ostilità, il crimine appare essere nato con lo scopo di evitare che, durante le ostilità, si adottino comportamenti che innalzino eccessivamente il livello dello scontro e portino a situazioni nelle quali anche i più basilari principi e garanzie del diritto internazionale umanitario rischiano di non essere rispettati. Quanto a questa particolare funzione, il crimine potrebbe essere messo sullo stesso piano, ad esempio, del «*war crime of denying quarter*»⁴², che sembra avere la struttura di crimine ostativo, in quanto non colpisce condotte offensive di un bene, bensì mira a prevenire il realizzarsi di azioni pericolose o lesive. La differenza fra questo crimine ostativo “puro” e il crimine sull'uso di scudi umani sembra consistere nel fatto che in quest'ultimo vi sarebbe un comportamento lesivo almeno della dignità della persona, poiché quest'ultima è utilizzata come mero strumento a fini strategico-militari.

In conclusione, il crimine oggetto della presente trattazione sembra proteggere una pluralità di beni giuridici: la vita, la dignità e l'incolumità delle persone e, da un punto di vista sistematico e con un'inclinazione più preventiva, la corretta conduzione delle ostilità⁴³.

⁴⁰ ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić*, cit., § 654, nel quale si afferma che «*[u]sing protected detainees as human shields constitutes a violation of the provisions of the Geneva Conventions regardless of whether those human shields were actually attacked or harmed. Indeed, the prohibition is designed to protect detainees from being exposed to the risk of harm, and not only to the harm itself*». In particolare sembra che il crimine in questione possa essere configurato più precisamente come crimine di pericolo astratto, in quanto il pericolo non è elemento tipico, ma è insito nella condotta stessa, F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 201 ss.

⁴¹ Per un approfondimento del tema dell'*inhuman and cruel treatment*, v. ICTY TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Delalić et Al. ('Čelebići case')*, *Judgement*, IT-96-21-T, 16 novembre 1998, § 512-544; ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić*, cit., § 669 fa riferimento alla dignità umana come bene giuridico protetto dalla relativa norma di diritto internazionale umanitario. Tuttavia in tale caso il tribunale *ad hoc* ha dovuto verificare che si fosse realizzato il *mental or physical harm* necessario alla configurazione del crimine di *inhuman* o *cruel treatment*.

⁴² Artt. 8 (2)(b)(xii) e 8 (2)(e)(x) ICC St.

⁴³ Alcuni Autori citano un'azione militare consistente nel far infiltrare alcuni appartenenti alle forze speciali dell'esercito nel mezzo di una folla di prigionieri di guerra. Questa pratica, come prosegue lo scritto citato, portò l'esercito avversario a vedere con sempre più diffidenza, se non proprio come minacce,

2.3 Gli elementi costitutivi del crimine.

Gli EC seguono quindi la concezione bipartita del reato, in base alla quale il reato è costituito da un elemento oggettivo, che comprende la condotta, il nesso di causalità e l'evento, ed un elemento soggettivo, che consiste nella volontà riprovevole dell'autore.

2.3.1 La condotta.

La condotta incriminata consiste, come specificato dagli EC, nel «*moved or otherwise took advantage of the location of one or more civilians or other persons protected under the international law of armed conflict*»⁴⁴. Sotto il profilo della condotta, l'ampia formulazione «*otherwise took advantage of the location*» contenuta nell'art. 8 (b)(xxiii) abbraccia le ipotesi in cui le operazioni militari, e pertanto gli obiettivi militari, siano spostate in luoghi vicini a persone o beni protetti e tutte le ipotesi in cui sia utilizzata in qualsiasi modo la presenza o il movimento di civili o di persone protette al fine di rendere alcuni obiettivi immuni da attacchi. Ciò significa che lo sfruttamento, a fini di protezione, dei movimenti anche volontari delle persone protette è sufficiente a configurare l'elemento oggettivo⁴⁵. Un esempio di sfruttamento di movimento volontario della popolazione può essere il caso della fuga della popolazione da una zona colpita dal conflitto e l'uso da parte dei militari del treno o altri mezzi usati dalla popolazione per fuggire. L'aspetto che sembra rilevante in queste ipotesi è proprio il significato da attribuire al termine *advantage*, in quanto esso sembrerebbe essere una parte essenziale dell'elemento oggettivo del crimine. Mentre nell'azione di muovere o spostare descritta dal verbo *to move* non è previsto un vantaggio che si deve ottenere, nel caso del verbo *to take advantage*, il raggiungimento del vantaggio sembra essere un elemento imprescindibile della condotta. Il termine *advantage* è da intendersi come vantaggio militare legato alla strategia complessiva della guerra, come già accade

i civili e i prigionieri di guerra stessi. In questo caso la finalità preventiva dell'incriminazione appare con più chiarezza, perché si vorrebbero evitare situazioni in cui neanche il principio di distinzione verrebbe più rispettato, C. D. BOOTH, *Prosecuting The 'Fog of War?': Examining The Legal Implications of An Alleged Massacre of South Korean Civilians by U.S. Forces during The Opening Days of The Korean War in The Village of No Gun Ri*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 33 N. 4, 2000.

⁴⁴ Art. 8 (2)(b)(xxiii) EC. Benché a differenza dell'art. 8 (2)(a) non sia fatto esplicito riferimento a «*persons or property protected under the relevant Geneva Conventions*», ma rispetto al crimine in esame, nello Statuto il riferimento sia a «*civilian or other protected person*» e negli EC a «*one or more civilians or other persons protected under the international law of armed conflict*», si ritiene che lo *status* di protezione derivi comunque dalle GC stesse, G. WERLE, *Principles*, cit., 454. Si rammenta che le persone protette dal diritto internazionale dei conflitti armati sono i civili, i combattenti feriti, malati, naufraghi, i prigionieri di guerra e tutte le persone *hors de combat*.

⁴⁵ Fra gli altri, v. G. WERLE, *Principles*, cit., 455.

nell'ambito di altre norme di diritto internazionale umanitario, e non un mero vantaggio tattico⁴⁶.

Infine, è utile rammentare che il crimine di cui all'art. 8 (2)(b)(xxiii) sussisterebbe solo laddove l'obiettivo sia effettivamente un obiettivo militare. Se non fosse così, ossia nel caso in cui oggetto delle operazioni militari dalle quali ci si difende siano degli obiettivi non militari, non sarebbe configurabile il crimine di uso di scudi umani⁴⁷.

2.3.2 Nesso di causalità ed evento.

Molti crimini di diritto penale internazionale richiedono, oltre alla condotta criminale, anche una *consequence* specifica che scaturisca dalla condotta⁴⁸. Con il termine *consequence* si fa riferimento a quello che nel linguaggio giuridico italiano viene chiamato evento. Al di là degli annosi dibattiti sulle concezioni dell'evento all'interno

⁴⁶ Non ultima la norma contenuta nell'art. 52 (2) APGC I.

⁴⁷ Questo dato sembra essere implicito nell'art. 8 (2)(b)(xxiii) dell'ICC St., negli EC ed in diverse opere, fra le quali R. ARNOLD in O. TRIFFTERER, *Commentary*, cit., 454 ss., Y. DINSTEIN, *The conduct of hostilities under the law of international armed conflict*, Cambridge, 2010, 152 ss. Per quanto riguarda la fondamentale definizione di ciò che può essere considerato un obiettivo militare, è necessario rammentare che né nelle GC del 1929, né in quelle del 1949 era presente una definizione di obiettivo militare, sebbene molte norme fondamentali si basassero proprio sulla distinzione fra obiettivi militari e beni civili. Benché gli Stati fossero d'accordo sulla regola in base alla quale gli attacchi potessero essere rivolti solo ad obiettivi militari, la norma poteva considerarsi parzialmente vuota di contenuto, poiché non esisteva una definizione precisa di ciò che potesse essere considerato obiettivo militare. Una lenta evoluzione, attraverso le previsioni della Convenzione de l'Aia del 1954 sulla protezione dei beni culturali (art. 8), delle *Draft Rules for The Limitation of The Dangers Incurred by The Civilian Population in Time of War* del 1956 (art. 7) e del *Draft Protocol* (art. 47), ha portato all'attuale formulazione dell'art. 52 APGC I. Tale articolo stabilisce che costituiscono obiettivi militari i «beni che per loro natura, ubicazione, destinazione o impiego forniscono un effettivo contributo all'azione militare e la cui distruzione totale o parziale, cattura o neutralizzazione offrono, nelle circostanze del momento, un vantaggio militare preciso». Come sottolineato da J. PICTET, *Commentary on The Additional Protocol of June 1977 to The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Ginevra, 1987, 634, il termine "obiettivo" va inteso in senso materiale, come punto visibile e tangibile e non nel suo significato di scopo o fine di un'operazione militare. Per quanto riguarda la «natura», il riferimento appare essere a tutti i beni utilizzati in modo diretto dalle forze armate, come, ad esempio, le armi, i trasporti, i depositi. Per il concetto di «ubicazione» si fa riferimento a tutti quei beni che non hanno una funzione militare a causa della loro natura, ma per la loro posizione, come, ad esempio, potrebbe essere il caso di un ponte o di un'altra costruzione, importante da un punto di vista strategico. Per quanto concerne il criterio della «destinazione» (*purpose*), si fa riferimento al futuro impiego di un bene, mentre per il criterio dell'«impiego» si fa riferimento all'uso attuale del bene. Pertanto, un obiettivo militare non è tale per un suo carattere intrinseco, ma per l'uso che ne fanno le parti belligeranti. Persino i beni protetti, i quali non potrebbero essere utilizzati per fini militari, nel caso in cui lo siano, potrebbero diventare obiettivi militari, art. 56 (2) APGC I. M. SASSÖLL, A. A. BOUVIER, *How Does Law Protect in War?*, Vol. I, Geneva, 2006, 201. A questo punto, sembra opportuno accennare brevemente al terzo paragrafo dell'art. 52 APGC I, il quale stabilisce che «[i]n case of doubt whether an object which is normally dedicated to civilian purposes, such as a place of worship, a house or other dwelling or a school, is being used to make an effective contribution to military action, it shall be presumed not to be so used».

⁴⁸ G. WERLE, *Principles*, cit., 144.

della dottrina italiana⁴⁹, al termine *consequence* in generale si potrebbe dare il significato di evento in senso naturalistico, in quanto non sempre i crimini di diritto internazionale vedono l'evento come elemento costitutivo. Pertanto, sarebbe possibile nell'ambito dei crimini presenti nell'ICC St., distinguere fra reati di pura condotta e reati di evento. Negli uni si richiede la semplice azione od omissione (come è il caso, ad esempio, del crimine sull'uso di scudi umani o del crimine della presa di ostaggi), negli altri si richiede invece che dall'azione od omissione scaturisca un effetto considerato come evento in senso giuridico. Nello Statuto dell'ICC l'evento è elevato a elemento costitutivo soltanto per alcuni crimini e, in questi casi, vi deve essere anche una copertura psicologica dell'evento⁵⁰. Laddove si tratti di reati di evento, dovrà essere accertato il nesso di causalità fra condotta ed evento. All'interno dello Statuto dell'ICC, il nesso di causalità non viene considerato un elemento in sé, bensì assume importanza quando è l'evento ad assumerne⁵¹. In dottrina si ritiene che l'accertamento del nesso causale sia implicitamente richiesto in base alla definizione del crimine come pure in base ad una lettura dell'art. 30 ICC St., il quale richiede la copertura psicologica sia dell'evento sia del nesso di causalità⁵². Per quanto concerne il crimine di uso di scudi umani non sembra esistere un elemento costitutivo che possa essere definito evento, in quanto non è necessario che dalla condotta derivino determinate conseguenze affinché questa sia ritenuta criminale. Pertanto non sarà richiesto l'accertamento dell'effettivo verificarsi di eventi particolari e, come logica conseguenza, non troverà applicazione neanche la lettera b) del secondo paragrafo dell'art. 30 dello Statuto, ossia la norma sulla copertura psicologica dell'evento.

2.3.3 L'elemento soggettivo.

La norma cardine alla quale fare riferimento è naturalmente l'art. 30 dell'ICC St., il quale richiede, ai fini della responsabilità penale internazionale, che gli elementi materiali siano compiuti con rappresentazione e volontà (*intent and knowledge*), se non sia previsto altrimenti. Questo corrisponderebbe ad una forma di dolo ad elevata

⁴⁹ Per un approfondimento sul tema sia permesso rinviare a F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 131 ss.

⁵⁰ In effetti, l'art. 30 ICC St. prevede che «*in relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events*», ossia che rispetto all'evento sia necessario, per declinarlo nel linguaggio proprio del nostro ordinamento, o il dolo intenzionale (*means to cause*) o il dolo diretto (*is aware that it will occur in the ordinary course of events*), D. FRANZIN, *L'Elemento Soggettivo nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto*, cit., 157.

⁵¹ G. WERLE, *Principles*, cit., 145

⁵² G. WERLE, *Principles*, cit., 145; G.-J. KNOOPS, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Leiden, 2008, 3 ss. Un caso, nel quale il nesso causale è esplicitamente considerato un elemento costitutivo di fattispecie, può essere quello dell'art. 7 (1)(k) sugli «*[o]ther inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health*», nell'ambito dei quali evidentemente il requisito del nesso di causalità ricopre primaria importanza.

intensità, assimilabile al dolo intenzionale di matrice italiana⁵³, come è stato anche recentemente confermato dalla recente giurisprudenza della Corte Penale Internazionale (ICC)⁵⁴.

Negli EC il secondo elemento del crimine in questione richiede che «*the perpetrator intended to shield a military objective from attack or shield, favour or impede military operations*». La locuzione “spia” *intended to* inclina tutta la condotta in una direzione teleologica configurando un dolo specifico. Questo elemento pertanto richiede che la condotta sia finalisticamente orientata, ma il conseguimento di tale fine ulteriore non deve necessariamente sostanziarsi nel fatto materiale tipico.

Il requisito del dolo specifico, come è stato fatto notare, restringe il campo della responsabilità criminale e non è sempre facile da provare, in quanto nei conflitti armati contemporanei il mescolarsi di obiettivi militari con beni o persone civili o protette sembra essere all'ordine del giorno⁵⁵. Per questo motivo appare arduo provare una specifica intenzione di realizzare una situazione che spesso già esiste nello stato delle cose. Seguendo un'autorevole impostazione dottrinale italiana, bisognerebbe classificare il dolo specifico di questo crimine o come dolo specifico di ulteriore offesa o come dolo specifico differenziale, nel senso che, al di là dell'intenzione specifica, il comportamento è già offensivo, ma la particolare intenzione che caratterizza la condotta la rende ancora più offensiva o almeno parimenti offensiva rispetto ad altra condotta criminosa (ad esempio quando si realizza il crimine di presa di ostaggi)⁵⁶.

⁵³ D. FRANZIN, *L'elemento*, cit., 156, il quale fa riferimento alla locuzione contenuta nel secondo paragrafo dello stesso articolo «*a person has intent where: (a) in relation to conduct, means to engage in the conduct*». Nello stesso senso, M. E. BADAR & S. PORRO, *Rethinking The Mental Elements in The Jurisprudence of The ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law*, cit., 649-668, i quali, anche in base alla recente giurisprudenza dell'ICC, espressamente escludono la possibilità di ricomprendere il *dolus directus of first degree* e il *dolus eventualis* nel campo di applicazione dell'art. 30 ICC St., facendo riferimento anche alla locuzione «*in relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events*» e dando risalto all'utilizzo del termine *will*, piuttosto che *may* o *might*. Non mancano tuttavia autorevoli voci in dottrina e giurisprudenza che ritengono che il *dolus eventualis* e addirittura la *recklessness* possano rientrare nel campo di applicazione dell'art. 30 ICC St., v. ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on The Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/06, 29 gennaio 2007, § 352 ss.; ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on The Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008, § 251; F. MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1 Issue 1, 2003.

⁵⁴ ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of The Rome Statute on The Charges of The Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 15 giugno 2009, § 363 e 369; ICC TRIAL CHAMBER, *Judgment Pursuant to Article 74 of The Statute*, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014, § 776; ICC APPEALS CHAMBER, *Judgment on The Appeals of The Prosecutor and Mr Thomas Lubanga Dyilo Against The "Decision on Sentence Pursuant to Article 76 of The Statute"*, ICC-01/04-01/06 A 4 A 6, 1 dicembre 2014, § 447.

⁵⁵ G. WERLE, *Principles*, cit., 455.

⁵⁶ In particolare, l'impostazione dottrinale seguita è quella di F. MANTOVANI, *Diritto*, cit., 213, il quale distingue, all'interno dei reati a dolo specifico, i reati a dolo specifico di offesa, nei quali l'offesa è meramente intenzionale, i reati a dolo specifico di ulteriore offesa, nei quali si ha un'offesa aggiuntiva intenzionale rispetto all'offesa oggettiva che già sussiste e i reati a dolo specifico differenziale, la cui funzione è di differenziare più condotte che hanno lo stesso grado di offensività.

Per un'esegesi del testo, riguardante in particolare l'elemento soggettivo, occorre fare riferimento ai termini contenuti negli EC «*to shield*», «*favour*» e «*impede*». Per quanto riguarda il verbo *to shield*, occorre evidenziare come questi si riferisce tanto all'obiettivo militare quanto alle operazioni militari. La volontà quindi deve consistere nell'intenzione di proteggere da attacchi un obiettivo militare od operazioni militari in generale tramite l'uso di persone civili o persone protette. I verbi *to favour* e *to impede* sembrano riferirsi a concetti dinamici e quindi alle operazioni militari più che agli obiettivi militari. Il termine *to favour* si riferisce alle proprie operazioni militari, mentre il termine *to impede* a quelle altrui.

Conviene qui evidenziare ancora una volta che il dolo specifico necessario per la sussistenza del crimine è l'elemento che caratterizza in modo determinante il crimine, nel senso che, a fronte di una descrizione dell'elemento oggettivo tramite una formulazione ampia, in grado di comprendere comportamenti molto vari che potrebbero includere condotte criminali corrispondenti anche ad altre fattispecie tipiche, il punto cruciale in sede di prova dovrebbe essere proprio il dolo specifico di fattispecie, in assenza del quale evidentemente non potrebbe configurarsi il crimine di cui all'art. 8 (2)(b)(xxiii).

3. Rapporti del crimine di uso di scudi umani con altre figure criminose.

3.1 Il concorso di reati nel diritto penale internazionale.

Prima di procedere all'analisi dei rapporti che intercorrono tra il crimine di uso di scudi umani e altre figure criminose previste nel diritto internazionale, è opportuno premettere alcuni brevi cenni all'istituto del concorso di reati in diritto penale internazionale.

In alcuni casi lo stesso fatto potrebbe integrare gli estremi di più fattispecie di crimini internazionali. Le condotte che costituiscono crimini di guerra possono infatti allo stesso tempo soddisfare i requisiti previsti per la configurazione di altri crimini di guerra, così come per la configurazione del genocidio o di crimini contro l'umanità⁵⁷. Questo è consentito anche dal fatto che non è possibile, al momento, stabilire una gerarchia fra i crimini internazionali⁵⁸.

⁵⁷ ICC TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga, Judgement*, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014, § 1696; v. anche ECCC APPEALS CHAMBER, *Appeal Judgment – The Prosecutor v. Kaing Guev Eav alias 'Duch'*, 001/18-07-2007-ECCC/SC, 3 febbraio 2012, § 286. In particolare, tale giudizio richiama G. METTRAUX, *International Crimes and The Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2006, 315.

⁵⁸ Alcuni Autori hanno avanzato tale proposta, R. MAY, M. WIERDA, *Is There A Hierarchy of Crimes in International Law?*, in L. C. VOHRAH ET AL. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, L'Aia, 2003, 532 ss.; A. M. DANNER, *Constructing a Hierarchy of Crimes in International Criminal Law Sentencing*, Virginia Law Review, Vol. 87 N. 3, 2001; W. A. SCHABAS, *Genocide in International Law, The Crimes of Crimes*, Cambridge, 2000. Tuttavia, l'ICTY ha costantemente rigettato tale impostazione, v. fra gli altri, per quanto riguarda i rapporti fra crimini contro l'umanità e crimini di

La teoria del concorso di crimini investe da un lato il problema dell'unicità della condotta, affrontando quindi un aspetto del fatto tipico; dall'altro lambisce il problema delle conseguenze punitive del crimine, poiché un rilevante aspetto pratico del concorso di reati risiede proprio nel suo trattamento sanzionatorio⁵⁹. Come riconosciuto in dottrina, il concorso di crimini in diritto penale internazionale è un ambito dove finora ha prevalso un «*primitive pragmatism*» rispetto allo sviluppo di una teoria coerente e intelligibile⁶⁰.

Nel concorso di crimini rientrano diverse ipotesi. La prima è quella in cui la condotta dell'autore, sebbene apparentemente inquadrabile in diverse fattispecie tipiche, configuri tecnicamente soltanto una di esse (c.d. concorso apparente di norme). La seconda è quella in cui un'unica condotta realizzi concretamente diversi crimini (concorso formale di reati). La terza ipotesi consiste, invece, nel caso in cui attraverso più condotte vengano individuati come attribuibili allo stesso soggetto più crimini in tempi e luoghi diversi (concorso materiale di reati)⁶¹. È opportuno rammentare che, com'è stato rilevato in dottrina, l'ICC St. sembra essere carente rispetto alla distinzione fra concorso materiale e concorso formale⁶².

Il nodo problematico è la distinzione fra concorso formale di crimini e concorso apparente di norme nel diritto penale internazionale.

L'unico dato normativo al quale si può fare riferimento nello Statuto dell'ICC è l'art. 78 (3), il quale recita «*[w]hen a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period*

guerra, ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement in Sentencing Appeals*, 26 gennaio 2000, § 69; ICTY TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić*, cit., § 797-9.

⁵⁹ R. MAZZON, *Il Concorso di Reati e Il Concorso di Persone nel Reato*, Padova, 2011, 677. Nel diritto penale internazionale non appare essere stato regolato in modo sufficientemente chiaro l'aspetto della determinazione della pena in caso di pluralità di crimini. Nell'art. 78 (3) ICC St. sono fissate alcune regole, in base alle quali deve essere pronunciata una sentenza per ogni crimine ed infine una sentenza unitaria complessiva per la pluralità dei crimini (la pena della reclusione deve essere compresa fra un minimo corrispondente alla pena massima applicata per un singolo crimine e un massimo di 30 anni o dell'ergastolo). Tuttavia non sarebbe ancora del tutto cristallino il procedimento attraverso cui la pena sarebbe determinata in concreto. Infatti, come osservato da alcuni Autori, con riferimento alla determinazione della pena al giudice sarebbero concessi ampi margini di discrezionalità, D. PIVA, *Sanzioni e Ne Bis In Idem nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto*, cit., 238 ss. V. anche S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. D. W. JONES, *The Rome statute*, cit., 494. Gli ultimi giudizi dell'ICC nei casi *Lubanga* e *Katanga* non aiuterebbero a comprendere a pieno il processo che determina l'irrogazione della pena in concreto. Secondo alcuni Autori, questa apparente oscurità è dovuta all'assenza della confusione riguardante il fine della pena in diritto internazionale e quale sia il contenuto esatto del principio di proporzionalità della pena, M. M. DEGUZMAN, *Proportionate Sentencing at the ICC*, in C. STAHN (a cura di), *The Law*, cit., 932-935.

⁶⁰ C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 842.

⁶¹ In quest'ultimo caso ogni singolo crimine dovrebbe essere di per sé punibile, poiché le condotte sono ritenute autonome. Per un approfondimento delle diverse situazioni di concorso con riferimento al diritto penale internazionale e la corrispondenza alle relative categorie derivanti dalle tradizioni giuridiche occidentali, sia consentito rimandare a C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 842 ss.

⁶² D. PIVA, *Sanzioni e ne bis in idem nello Statuto della corte penale internazionale*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto*, cit., 238.

of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b)». Tale previsione normativa darebbe per presupposto il fatto che un soggetto possa essere condannato per più crimini, senza tuttavia chiarire quali siano i casi in cui via sia «*more than one crime*»⁶³. Nel caso, ad esempio, in cui siano state poste in essere più azioni giuridicamente autonome, vi dovrebbero essere più imputazioni a cui eventualmente seguirebbero più condanne. Tuttavia, ciò che in questa sede interessa maggiormente è il caso in cui una pluralità di atti singoli configuri un'unica condotta da un punto di vista giuridico.

Il tema rileva nelle diverse fasi d'imputazione (*charging*), condanna (*conviction*) e determinazione della pena (*sentencing*).

Per quanto riguarda l'ammissibilità di *cumulative charges* per crimini commessi tramite un'unica condotta materiale, nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* vi è stato un andamento ondivago che non sembra possibile riassumere in poche righe⁶⁴. Sia sufficiente qui rammentare che l'ICC sembra permettere *cumulative charges* soltanto laddove sia possibile configurare anche *cumulative convictions*. Nella *Confirmation of Charges* del caso *Bemba Gombo*, infatti, l'ICC ha stabilito che le *cumulative charges* sono permesse soltanto quando ognuna delle previsioni normative, presuntivamente violate da un'unica condotta, necessita di almeno un elemento non contenuto nell'altra previsione normativa (*Čelebići test*)⁶⁵.

Una simile impostazione è seguita nella fase di condanna (*conviction*) unitaria per più crimini commessi tramite un'unica condotta. Nella giurisprudenza dell'ICTY, fattispecie concorrenti, i cui contorni potrebbero sovrapporsi, possono dare luogo a diverse ed autonome condanne soltanto ad alcune condizioni. Condanne multiple possono basarsi soltanto sull'esistenza di più crimini e dalla medesima condotta possono derivare più crimini soltanto qualora ogni previsione normativa abbia un elemento costitutivo non contenuto in un'altra (c.d. *Čelebići test*)⁶⁶. Nel caso in cui ciò

⁶³ G. WERLE, *Diritto*, cit., 247; C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 851.

⁶⁴ La pratica del *cumulative charges* è stata criticata in dottrina, R. MAY, M. WIERDA, *Is there a hierarchy of crimes in international law?* in L. C. VOHRAH ET AL. (a cura di), *Man's*, cit., 511 e 539 ss. Si deve tuttavia far notare come non sempre l'ICTY abbia avallato tale pratica, v. ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor v. Delalić et Al ('Čelebići Case')*, *Judgement*, IT-96-21-A, 20 febbraio 2001, § 412. Per un approfondimento di questa materia, sia consentito rimandare a C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 852-858.

⁶⁵ «[O]nly distinct crimes may justify a cumulative charging approach and, ultimately, be confirmed as charges. This is only possible if each statutory provision allegedly breached in relation to one and the same conduct requires at least one additional material element not contained in the other», ICC Pre-Trial Chamber II, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of The Rome Statute on The Charges of The Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, 15 giugno 2009, § 202. Alcuni Autori sottolineano come poi in realtà la stessa ICC non abbia rispettato questo principio nel medesimo caso, C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 852. V. anche ICC TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga*, *Judgement*, ICC-01/04-01/07, 7 marzo 2014, § 1692 ss.

⁶⁶ ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor vs Delalić*, cit., § 412 ss. Nella giurisprudenza dell'ICTY un elemento è diverso dall'altro qualora richieda una prova diversa rispetto a quella richiesta da un altro elemento, v. anche il c.d. *Blockburger test* elaborato dalla giurisprudenza statunitense, SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Blockburger v. United States*, 284 US 299, 4 gennaio 1932. Per un'applicazione in concreto v. anche ICTY Appeals Chamber, *The Prosecutor vs Blaškić*, cit., § 671.

non si verifichi, il giudice dovrà scegliere quale crimine porti alla condanna e la scelta dovrà basarsi sulla maggiore specificità di una delle previsioni. In questa maniera il fenomeno del concorso apparente di norme verrebbe risolto attraverso il principio di specialità. Tale principio, infatti, secondo alcuni Autori, sarebbe stato a pieno titolo assorbito dall'ordinamento penale internazionale⁶⁷, mentre altri Autori sostengono che lo Statuto di Roma non provveda a fornire dei criteri o *test* certi sui quali fare affidamento per determinare se un individuo possa essere ritenuto autore di una pluralità di crimini o di uno soltanto⁶⁸.

Dunque, per quanto concerne la distinzione fra concorso formale di crimini e concorso apparente di norme, il criterio per risolvere la questione sembra essere, ad oggi, quello del *Čelebići test* sopra richiamato, il quale si basa essenzialmente sulla dimostrazione del fatto che i crimini contengano degli elementi reciprocamente differenti⁶⁹. Tale fenomeno, che nel nostro ordinamento viene denominato della specialità reciproca, si risolverebbe nel concorso formale di crimini. Al contrario, laddove il *test* abbia esito negativo, sarebbe applicato il criterio *lex specialis derogat generali* in favore dell'esistenza del crimine che presenta un elemento di specialità rispetto all'altro, risolvendosi la questione in un concorso apparente di norme.

In un quadro in cui l'ICC sembra utilizzare il criterio di specialità nella forma del *Čelebići test*, non appare del tutto chiaro se gli altri criteri, come quello di consunzione e quello degli interessi tutelati, che sono utilizzati – anche se non in modo pacifico – per risolvere i casi di concorso apparente di norme nei sistemi nazionali⁷⁰, siano stati recepiti anche a livello internazionale⁷¹.

⁶⁷ G. WERLE, *Diritto*, cit., 250.

⁶⁸ S. WALTHER, *Cumulation of Offences*, in CASSESE A., GAETA P., JONES J. R. D. W., *The Rome Statute*, cit., 475 ss.

⁶⁹ In dottrina si sottolinea come il *Čelebići test* non sia tuttavia criterio sufficiente per affrontare esaustivamente tutti i possibili casi di fronte ai quali i giudici si potrebbero trovare, C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 852.

⁷⁰ Ad es., E. M. AMBROSETTI, *Materia Regolata da Più Leggi Penali o da Più Disposizioni della Medesima Legge Penale. Il Principio di Specialità*, in M. RONCO, *La Legge Penale*, Bologna, 2006, 335 ss. Con riferimento anche ad altri ordinamenti giuridici occidentali, v. C.-F. STUCKENBERG, *Multiplicity of Offences: Concursus Delictorum* in H. FISCHER ET AL. (a cura di) *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin, 2001.

⁷¹ ICTY TRIAL CHAMBER, *Judgment in The Prosecutor vs Kupreškić et Al.*, IT-95-16-T, 14 gennaio 2000, §§ 673 ss. Così R. BORSARI, *Diritto Punitivo Sovranazionale come Sistema*, Padova, 2001, 416 ss. L'ICTY, infatti, fa riferimento a quattro criteri, ossia specialità reciproca, specialità, consunzione e interessi tutelati. *Contra*, G. WERLE, *Diritto*, cit., 250. Altri Autori sostengono che i criteri sviluppati in *Kupreškić* siano stati abbandonati in seguito e soltanto il criterio di specialità sia stato applicato. Allo stesso tempo, il medesimo Autore suggerisce che l'ICC ha ancora l'opportunità di riflettere sul punto e abbracciare un'impostazione più inclusiva che le permetterebbe di decidere con più precisione in situazioni nelle quali il criterio di specialità potrebbe non essere adeguato a risolvere tutti i possibili problemi interpretativi, v. C.-F. STUCKENBERG, *Cumulative*, cit., 846-849.

3.2 Il trasferimento forzato della popolazione civile.

Una prima figura criminosa che potrebbe concorrere con quella dell'uso di scudi umani è il trasferimento forzato della popolazione civile, prevista come «grave infrazione delle CG» sia all'art. 8 (2)(a)(vii), nell'ambito dei conflitti internazionali, sia all'art. 8 (2)(e)(viii), per i conflitti armati non internazionali⁷². Quindi, mettendo a fuoco l'elemento oggettivo del crimine di uso di scudi umani, preme osservare che, seppur in maniera parziale, una delle due azioni alternative descritte come comportamento vietato, ossia lo spostamento di civili, potrebbe assurgere a crimine di guerra *per se*.

Procedendo con ordine, l'art. 8 (2)(a)(vii) punisce letteralmente le azioni di «*unlawful deportation or transfer or unlawful confinement*», le quali negli EC sono descritte separatamente agli artt. 8 (2)(a)(vii)-1 e 8 (2)(a)(vii)-2, prevedendo da una parte il crimine di guerra di deportazione e trasferimento illegali e, dall'altra, la detenzione illegale. Affinché si compia il crimine, a livello oggettivo, è sufficiente la deportazione, il trasferimento o la detenzione di una o più persone protette, oltre che l'effettiva sussistenza dello *status* di protezione, la consapevolezza, in capo all'autore, delle circostanze che hanno determinato l'esistenza dello *status* di protezione, nonché la sussistenza del c.d. *war link* e la consapevolezza in capo all'autore delle circostanze fattuali che hanno determinato l'esistenza del conflitto⁷³. Come si fa notare, non sarebbe necessario accertare se la vittima del crimine abbia attraversato un confine statale⁷⁴, poiché, come stabilito dalla giurisprudenza dell'ICTY, la nozione di deportazione indica lo spostamento al di fuori dei confini statali, mentre la nozione di trasferimento descrive lo spostamento all'interno dei confini statali⁷⁵. Inoltre, l'aggettivo *unlawful* lascerebbe pensare che, in presenza di determinate circostanze, la deportazione e la detenzione possano essere permesse, come ad esempio nel caso in cui il trasferimento fosse necessario per la sicurezza della popolazione⁷⁶ oppure nel caso di ragioni imperative di natura militare⁷⁷.

⁷² Sulla natura consuetudinaria del crimine di guerra di deportazione di civili in epoca precedente alle GC, v. T. MERON, *War Crimes Law Comes of Age*, Oxford, 1998, 142 ss.

⁷³ Art. 8 (2)(a)(vii) EC.

⁷⁴ W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court, A Commentary on The Rome Statute*, New York, 2010, 221.

⁷⁵ ICTY TRIAL CHAMBER, *Judgement in The Prosecutor v. Krstić*, IT-98-33-T, 2 agosto 2001, § 521; ICTY TRIAL CHAMBER, *Judgement in The Prosecutor v. Blagojević e Jokić*, 17 gennaio 2005, § 595; v. anche G. WERLE, *Principles*, cit., 410.

⁷⁶ In questo caso il termine *evacuation* sarebbe più adatto a descrivere la fattispecie. Per un approfondimento di questo tema e della differenza fra evacuazioni e trasferimenti e deportazioni, v. D.J. CANTOR, *Does IHL Prohibit The Forced Displacement of Civilians during War?*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 24 N. 4, 843 ss. Così anche le Extraordinary Chambers in The Courts of Cambodia, ECCC TRIAL CHAMBER, *Judgement in The Prosecutor v. Chea and Samphan*, 7 agosto 2014, § 450, dove il trasferimento forzato era considerato nell'ambito della commissione di *other inhuman acts* come crimini contro l'umanità.

⁷⁷ W. A. SCHABAS, *The International*, cit., 221. Nello stesso senso UN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Guiding Principles on Internal Displacement, Report of the Representative of the Secretary-General, Mr Francis M. Deng, Submitted Pursuant to Commission Resolution 1997/39, E/CN.4/1998/53/Add.2*, 11 Feb 1998. Interessante sottolineare come nella giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc* sia previsto che «*displacement is not justifiable where the humanitarian or military situation causing the displacement is itself the result of the accused's own*

Per concludere sul punto, laddove il comportamento di *move* parte della popolazione civile abbia avuto luogo nel contesto di un conflitto armato internazionale e siano presenti anche gli altri presupposti essenziali, sarebbe applicata la norma di cui all'art. 8 (2)(b)(xxiii), ossia il crimine di uso di scudi umani, in virtù del principio di specialità⁷⁸. La specialità della disposizione è determinata da un elemento ulteriore rispetto al semplice spostamento della popolazione civile, consistente in primo luogo nel dolo specifico di «avere l'intenzione di proteggere un obiettivo militare da attacchi o proteggere, favorire o impedire operazioni militari»⁷⁹.

Per quanto riguarda i conflitti armati non internazionali, sembra essere punita soltanto l'azione di ordinare il trasferimento della popolazione civile (art. 8 (2)(e)(viii))⁸⁰. Il crimine suddetto ha la sua più diretta origine normativa nell'art. 17 APGC II⁸¹. Dunque, stando alla lettera dell'articolo, nei conflitti armati non internazionali l'azione di trasferimento o deportazione di un singolo individuo appartenente alla popolazione della parte avversa non assurgerebbe espressamente a crimine di guerra⁸². Inoltre, gli EC prevedono espressamente come eccezioni i casi in cui l'ordine sia stato dato per ragioni imperative di natura militare oppure quando l'ordine sia giustificato da ragioni di sicurezza dei civili coinvolti. Rispetto all'art. 8 (2)(e)(viii) bisogna tenere a mente il fatto che il crimine di uso di scudi umani non è previsto nel contesto di conflitti armati non internazionali. Ne consegue che un comportamento come quello di uso di scudi umani, nella forma di trasferimento della popolazione civile vicino ad un obiettivo militare, nell'ambito di un conflitto interno, potrebbe rientrare nella fattispecie di cui all'art. 8 (2)(e)(viii), ma soltanto qualora vi sia stato l'ordine di trasferimento e questo riguardi una parte della popolazione civile e non pochi individui. In questo caso si tratterebbe, tuttavia, di un crimine diverso da quello di uso di scudi umani previsto dall'art. 8 (2)(b)(xxiii), differenziandosi da quest'ultimo in quanto non prevede, come elemento costitutivo, il dolo specifico di voler procurare un riparo ad un obiettivo militare, né si estende a tutte le categorie di persone protette, prendendo in considerazione solamente la popolazione civile. Nel caso, invece, in cui la condotta sia quella di senso opposto, ovvero di posizionare obiettivi militari vicino a civili o persone protette, sembra che non vi sia appiglio normativo per rintracciare una norma incriminatrice nell'ambito dei conflitti armati non internazionali. L'unica disposizione che, in linea con la giurisprudenza dell'ICTY, si potrebbe verosimilmente applicare

unlawful activity», ECCC TRIAL CHAMBER, *Judgement in The Prosecutor v. Chea and Samphan*, 002/19-09-2007/ECCC/TC, 7 agosto 2014, § 450, citando ICTY, *Stakić*, § 287.

⁷⁸ In particolare sembra trattarsi di un caso di "specialità per aggiunta", v. E. M. AMBROSETTI, *Materia*, cit., 338 ss..

⁷⁹ Laddove ammesso, il ricorso al principio di consunzione condurrebbe alla medesima conclusione, poiché il crimine di spostamento della popolazione civile verrebbe assorbito in quello di uso di scudi umani, che in sé esprimerebbe l'intero disvalore del fatto.

⁸⁰ G. WERLE, *Principles*, cit., 411.

⁸¹ L'art. 17 APGC II è più completo, in quanto prevede il divieto rispetto all'ordine di trasferimento, ma dispone anche al secondo paragrafo che «[c]ivilians shall not be compelled to leave their own territory for reasons connected with the conflict».

⁸² G. WERLE, *Principles*, cit., 411.

sarebbe quella più ampia di cui all'art. 8 (2)(c)(ii), ossia «*committing outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment*», della quale si tratterà più approfonditamente nella sezione dedicata⁸³.

3.3 La cattura di ostaggi.

Un secondo crimine internazionale che può facilmente concorrere con l'uso di scudi umani è la cattura di ostaggi. Nella pratica non mancano esempi in cui i crimini di uso di scudi umani e di presa di ostaggi sono avvenuti negli stessi contesti, come ad esempio nel caso *Blaškić*⁸⁴. Non è raro che si passi da un crimine di guerra all'altro in modo molto rapido, in particolare quando le richieste effettuate dai sequestratori non siano soddisfatte oppure circostanze sopravvenute spingano gli stessi a porre in essere comportamenti che configurano il crimine di uso di scudi umani. Nell'ambito dello Statuto dell'ICC, il crimine di presa di ostaggi è contenuto nell'art. 8 (2)(a)(viii), quale grave infrazione delle GC, per i conflitti armati internazionali, mentre esso è contenuto nell'art. 8 (2)(c)(iii), fra le serie violazioni dell'art. 3 comune alle GC, per i conflitti armati non internazionali.

In entrambi i casi, i presupposti per la sussistenza del crimine di presa di ostaggi sono gli stessi⁸⁵. Anche negli EC il crimine è composto dei medesimi elementi, ad eccezione della qualifica della persona offesa, che differisce a seconda che la condotta abbia luogo in un conflitto armato internazionale o in un conflitto armato non internazionale. Specificamente, gli EC all'art. 8 (2)(a)(viii) richiedono che «*[s]uch person or persons were protected under one or more of the Geneva Conventions of 1949*»; all'art. 8 (2)(c)(iii), diversamente, è richiesto che «*[s]uch person or persons were either hors de combat, or were civilians, medical personnel or religious personnel taking no active part in the hostilities*». Si fa notare che, in questo caso, la definizione del crimine nell'ambito dei conflitti armati interni è molto ampia, fino a ricomprendere anche gli ex-combattenti, sorprendentemente più ampia che nel caso dei conflitti armati internazionali⁸⁶. Per il resto, gli EC sono identici e riportano gli stessi elementi costitutivi⁸⁷.

Mentre nella convenzione del 1979 contro la cattura degli ostaggi il compimento dell'azione od omissione richiesta al terzo era una condizione per il rilascio

⁸³ V. *infra*, 3.4 Il trattamento inumano, il trattamento crudele e gli oltraggi alla dignità della persona.

⁸⁴ ICTY Appeals Chamber, *The Prosecutor vs Blaškić, Judgement*, 29 luglio 2004, § 635 ss. e 647 ss.

⁸⁵ Così è anche per l'ICTY, nell'ambito del suo Statuto: ICTY TRIAL CHAMBER, *Judgement in The Prosecutor vs Kordić and Čerkez*, IT-95-14/2-T, 26 febbraio 2001, § 320.

⁸⁶ G. WERLE, *Principles*, cit., 408.

⁸⁷ «1. *The perpetrator seized, detained or otherwise held hostage one or more persons.*

2. *The perpetrator threatened to kill, injure or continue to detain such person or persons.*

3. *The perpetrator intended to compel a State, an international organization, a natural or legal person or a group of persons to act or refrain from acting as an explicit or implicit condition for the safety or the release of such person or persons.*

Questi elementi sono per lo più ispirati alla definizione contenuta all'art. 1 della Convenzione Internazionale sulla Presa di Ostaggi del 1979.

dell'ostaggio, negli EC è una condizione alternativamente richiesta o per il rilascio (*release*) o per l'incolumità (*safety*) della persona tenuta in ostaggio. Inoltre, un altro elemento, che sembra allargare il campo di applicazione della norma dello statuto rispetto alla norma della convenzione è l'espressione «*or otherwise held hostage*».

Da un lato, la giurisprudenza dell'ICTY e parte della dottrina sostengono che la detenzione debba necessariamente essere illegale⁸⁸. Dall'altro, per un'altra parte della dottrina sarebbe invece solamente il dolo specifico di fattispecie a distinguere la cattura di ostaggi dalla semplice privazione della libertà per ragioni di natura amministrativa o giurisdizionale⁸⁹. Appare opportuno qui sottolineare che, come specificato dalla SCSL, una detenzione legale può trasformarsi in presa di ostaggi qualora il dolo specifico di fattispecie venga ad esistenza in un momento successivo all'arresto, durante il periodo di detenzione⁹⁰.

Nell'ambito del crimine della cattura di ostaggi l'espressione fondamentale, che descrive l'elemento oggettivo, sembra essere «*otherwise held hostage*», che, posta la privazione della libertà come condotta principale, aprirebbe la strada anche ad interpretazioni più ampie, che configurerebbero il crimine anche nel caso in cui la cattura non avvenga contro la volontà degli ostaggi, quando questi si trovino comunque nel potere di controllo di coloro che eseguono la cattura⁹¹. Per quanto riguarda il terzo che si vuole costringere ad agire o ad astenersi dall'agire, in dottrina si ritiene che la formula utilizzata negli EC sia esaustiva e non lasci lacune normative⁹². Pertanto, gli elementi del crimine consistono, da un punto di vista oggettivo, nella privazione della libertà e nella minaccia alla vita, all'incolumità o nella minaccia del prolungamento della detenzione e, da un punto di vista soggettivo, nell'intenzione di costringere il terzo ad agire o ad astenersi dall'agire come condizione per la liberazione o la salvezza dell'ostaggio. Ciò che interessa sottolineare è anche il fatto che lo Statuto dell'ICC ritiene criminale la cattura e l'uso delle persone protette come “merce di scambio” a prescindere dalla sorte delle stesse⁹³.

⁸⁸ ICTY TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor vs Karadžić, Decision on Six Preliminary Motions Challenging Jurisdiction*, IT-95-5/18-PT, 28 aprile 2009, § 65, «[I]n light of the above, the Chamber is of the view that unlawful detention is indeed an element of the offence of hostage-taking. The lawfulness of detention does not depend on the circumstances in which any individual comes into the hands of the enemy but rather depends upon the whole circumstances relating to the manner in which, and reasons why, they are held. Thus, the unlawfulness of detention relates to the idea that civilians or those taking no active part in hostilities are taken or held hostage not to ensure their safety or to protect them, but rather to gain an advantage or obtain a concession. Another circumstance that could potentially make a lawful detention unlawful are threats to kill and/or injure these individuals, or the actual use of violence against them». Anche in K. DÖRMANN, *Elements of Crimes under The Rome Statute of The International Criminal Court*, Cambridge, 2002, 126.

⁸⁹ J. M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary*, cit., 336. Per un approfondimento di tale tematica e della rilevanza del momento in cui il dolo specifico viene ad esistere, v. S. SIVAKUMARAN, *War Crimes before The Special Court for Sierra Leone*, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 8 N. 4, 1031-1033.

⁹⁰ SCSL APPEALS CHAMBER, *Judgment in The Prosecutor v. Sesay, Kallon, Gbao (RUF Case)*, SCSL-04-15-A, 26 ottobre 2009, § 597-599.

⁹¹ G. WERLE, *Principles*, cit., 408.

⁹² S. SIVAKUMARAN, *War Crimes*, cit., 1031.

⁹³ S. MANCINI, *I Crimini di Guerra*, in E. MEZZETTI (a cura di), *Diritto*, cit., 435.

Ora, dal punto di vista dell'elemento soggettivo, ciò che differenzia la cattura di ostaggi dall'uso di scudi umani è il dolo specifico di fattispecie, che è completamente diverso nelle due ipotesi. Dal punto di vista oggettivo, invece, la differenza sembrerebbe netta, ma in realtà le formule «*otherwise took advantage from the location*» e «*otherwise held hostage*» potrebbero racchiudere condotte simili in concreto, soprattutto nel caso in cui l'uso di scudi umani avvenga a seguito della privazione della libertà delle persone protette.

Allo stesso modo, non sembra impossibile ritenere che, in ordine inverso, le minacce che sono elemento costitutivo del crimine di cattura di ostaggi, possano avvenire dopo che le persone protette siano state posizionate per essere utilizzate come scudi umani. In conclusione, il dolo specifico di fattispecie è l'elemento che più degli altri sembra utile per distinguere in concreto il crimine di cattura di ostaggi da quello di uso di scudi umani. In questi casi di sovrapposizione si potrebbe avere concorso di crimini, in particolare concorso formale eterogeneo. In casi particolari, fra le due fattispecie potrebbe intercorrere un rapporto di specialità reciproca, basato principalmente sulla diversità del dolo specifico nelle due ipotesi, che darebbe la possibilità di configurare un concorso di crimini⁹⁴. Adottando un criterio differente per la soluzione del concorso di norme, ossia il principio di consunzione, la conclusione alla quale si arriverebbe potrebbe essere la stessa. Nei due differenti casi, infatti, nessuna delle due norme sembra in grado di assorbire il disvalore del comportamento descritto nell'altra, in quanto i beni giuridici protetti sarebbero differenti. Senza pronunce giurisprudenziali in materia non appare, altresì, possibile determinare quale dei due comportamenti sia da ritenere di maggiore gravità. Pertanto, nell'ipotesi in cui gli elementi dei due crimini siano tutti presenti nella condotta, si avrebbe lo stesso risultato anche utilizzando il principio di consunzione per risolvere il concorso di norme: concorso formale eterogeneo.

3.4 Il trattamento inumano, il trattamento crudele e gli oltraggi alla dignità della persona.

Un terzo gruppo di figure criminose rilevanti nell'ambito della disamina dei rapporti fra uso di scudi umani e altri crimini internazionali è costituito da trattamento inumano, trattamento crudele e oltraggi alla dignità della persona. In passato, infatti, l'ICTY ha riconosciuto la pratica di uso di scudi umani come trattamento inumano⁹⁵.

In dottrina si tende a mettere sullo stesso piano le ipotesi di *inhuman* e *cruel treatment*⁹⁶, poiché gli EC descrivono la condotta materiale con le stesse parole, ossia

⁹⁴ Nel caso dell'uso di scudi umani il fine ulteriore della condotta è quello di proteggere un obiettivo militare, mentre nel caso della presa di ostaggi il fine è quello di costringere uno Stato o una persona fisica o legale o un gruppo di persone ad agire o ad astenersi dall'agire.

⁹⁵ Fra gli altri, ICTY APPEALS CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić, Judgement*, 29 luglio 2004, §§ 647 ss. Occorre ricordare che l'uso di scudi umani era già stato affrontato da giudici penali internazionali nei casi *Student* e *High Command*, già citati all'inizio del presente elaborato.

⁹⁶ Artt. 8 (2)(a)(ii) e 8 (2)(c)(i) ICC St.; W. A. SCHABAS, *The International*, cit., 215.

«the perpetrator inflicted severe physical or mental pain or suffering upon one or more persons».

Come suggerito dalla giurisprudenza dell'ICTY, il concetto di *inhuman treatment* comprenderebbe tutti quegli atti che, oltre a causare grande sofferenza o danni gravi a corpo, mente o salute, costituiscono un'aggressione alla dignità personale, nonché tutti quegli atti che contravvengono al principio di umanità⁹⁷. In realtà, nel corso dei lavori preparatori dell'ICC St. ci si è discostati da questa interpretazione, comprendendo gli attacchi alla dignità della persona all'interno del concetto di «*outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment*» e non più nel concetto di *inhuman treatment*⁹⁸. Così anche la giurisprudenza dell'ICC sembra accettare tale distinzione⁹⁹. Ad esempio, la *Pre-Trial Chamber* utilizza come esempi di *outrages* alcuni comportamenti presi dalla giurisprudenza dei Tribunali *ad hoc*, fra i quali anche quello di uso di scudi umani¹⁰⁰.

Per quanto riguarda i rapporti fra il crimine di *outrages upon personal dignity* e quello di uso di scudi umani, è opportuno evidenziare come, a differenza del crimine di uso di scudi umani, quello di *outrages upon personal dignity* è previsto sia alla lettera b) che alla lettera c) dell'articolo 8 dell'ICC St., quindi anche per i conflitti armati interni. Inoltre, come visto al paragrafo 3.4, seguendo la stessa impostazione dei Tribunali *ad hoc*, il crimine di uso di scudi umani sarebbe compreso nel più ampio genere degli oltraggi alla dignità della persona. Il rapporto fra le due fattispecie sarebbe, infatti, di genere a specie. Secondo questa impostazione, ogni volta che sussista il crimine di uso di scudi umani vi sarebbe un concorso apparente di norme, risolvibile con l'applicazione della norma speciale, ossia quella del crimine di uso di scudi umani. Laddove, al contrario, non sussistano tutti gli elementi del crimine di uso di scudi umani nel contesto di un conflitto armato internazionale, ma l'autore abbia, più genericamente, «umiliato, degradato, o altrimenti violato la dignità di una o più persone»¹⁰¹, sembrerebbe possibile applicare il crimine di cui all'art. 8 (b)(xxi). Nel contesto invece di un conflitto interno sembra che l'unica via percorribile per un'eventuale incriminazione internazionale, persino di un comportamento che presenti tutti gli elementi del crimine di uso di scudi umani, sia quello dell'incriminazione più generica per *outrages upon personal dignity* (art. 8 (c)(ii) ICC St).

⁹⁷ ICTY TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor vs Blaškić*, cit., §§ 154-155.

⁹⁸ Artt. 8(b)(xxi) e 8(c)(ii) EC. Gli EC definiscono il crimine di *outrages upon personal dignity* nel seguente modo «1. *The perpetrator humiliated, degraded or otherwise violated the dignity of one or more persons.* 2. *The severity of the humiliation, degradation or other violation was of such degree as to be generally recognized as an outrage upon personal dignity*». K. DÖRMANN, *War Crimes under The Rome Statute of The International Criminal Court, with A Special Focus on The Negotiations on The Elements of Crimes*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 7 N. 1, Leiden, 2003, 371 s..

⁹⁹ ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on The Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008, §§ 365 ss.

¹⁰⁰ ICC PRE-TRIAL CHAMBER, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on The Confirmation of Charges*, ICC-01/04-01/07, 30 settembre 2008, § 371, il quale cita una serie di casi dalla giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR.

¹⁰¹ Artt. 8(b)(xxi), 8(c)(ii) ICC St.

Una particolare ipotesi presa in considerazione da una nota degli EC nel crimine di *outrages upon personal dignity* è quella in base alla quale nel concetto di *person* rientrerebbe anche quello di *dead person*¹⁰². Al riguardo si pone il problema se l'uso dei corpi di persone decedute come scudi umani rientri nella fattispecie di uso di scudi umani oppure in quella di oltraggi alla dignità della persona. In questa particolare ipotesi, non sarebbe applicabile l'art. 8 (2)(b)(xxiii), in quanto appare implicito nella definizione che ne danno gli EC che le vittime del reato siano persone in vita. In più, ragionando *a contrario*, non essendovi una specificazione rispetto alle *dead persons* nella definizione del crimine di uso di scudi umani, come invece avviene per gli oltraggi alla dignità personale, si dovrebbe ritenere che i corpi non più in vita non siano contemplati fra le vittime dirette. Si ritiene pertanto che un comportamento che astrattamente configurerebbe l'uso di scudi umani, posto in essere attraverso l'uso di corpi non in vita, possa rientrare nel più ampio genere degli oltraggi alla dignità della persona.

4. Conclusioni.

La disamina qui condotta in termini penalistici costituisce una risorsa utile per la comprensione del crimine di «utilizzare la presenza di un civile o altra persona protetta per rendere determinati punti, zone o forze militari immuni da operazioni militari». Tuttavia, nei conflitti contemporanei tale crimine di guerra comporta implicazioni di ordine e livello diverso, con rilevanti profili problematici in ragione della sua fluidità e della probabilità che esso si associ o sovrapponga con altri crimini internazionali. Per la sua attualità e dimensione, il fenomeno degli scudi umani, come alcuni altri crimini che ne condividono alcuni elementi, ha sempre più spesso una valenza che trascende l'ambito giuridico per essere sfruttata a livello mediatico e, fra gli altri fattori in conseguenza delle reazioni emotive che suscita, per assurgere a questione di politica internazionale.

Sarebbe quindi riduttivo prendere in considerazione esclusivamente le pur complesse norme di diritto penale internazionale analizzate in precedenza, poiché una piena comprensione della figura criminosa in esame non può prescindere dagli aspetti metagiuridici circostanti il conflitto in cui gli scudi umani sono utilizzati. Tra gli aspetti da prendere in considerazione non ultimo è l'approccio delle parti in conflitto rispetto alle Corti internazionali, cui è demandata l'interpretazione delle rilevanti norme di diritto internazionale.

Sul piano tecnico-giuridico rimane, tuttavia, indispensabile destrutturare analiticamente il crimine dell'uso di scudi umani, pervenendo a una differenziazione dei suoi vari elementi costitutivi, tenendo costantemente a mente il principio di offensività. Ciò richiede che siano definiti, di volta in volta, gli elementi essenziali del crimine in questione, con specifico riferimento a condotta, nesso di causalità, evento ed

¹⁰² Nota 49 EC - «[f]or this crime, "persons" can include dead persons».

elemento soggettivo. Infatti nei casi concreti questi elementi possono presentarsi in forma assai meno univoca che nella loro enunciazione teorica. Come dimostrato, nel quadro normativo di diritto penale internazionale, esiste un reticolato di somiglianze e divergenze fra alcuni dei crimini descritti all'interno dell'ICC St., una fitta trama di rapporti fra figure criminose per le quali la comparazione può contribuire a individuare differenze con altre figure criminose, con lo scopo di fornire una definizione sempre più precisa del crimine di uso di scudi umani.

L'analisi condotta su questo tema porta a concludere che, nonostante l'impegno ermeneutico della letteratura giuridica, sarà opportuno attendere le future pronunce giurisprudenziali da parte di Giudici internazionali, specialmente della Corte Penale Internazionale, per poter constatare, rispetto all'evoluzione contemporanea del crimine di uso di scudi umani, se ed in che misura queste confermino o precisino le interpretazioni proposte in passato in sede giurisprudenziale ed altresì vagliare, alla luce delle future sentenze, le soluzioni comparatistico-interpretative contenute nel presente articolo.

L'attualità e il rilievo mediatico che l'uso di scudi umani riveste nella cronaca e nei dibattiti contemporanei, nonché il complesso quadro normativo e, soprattutto, i controversi fenomeni che coinvolgono le persone protette nei conflitti contemporanei, fanno ritenere che per i Giudici internazionali ci sarà, purtroppo, ancora occasione di affrontare questo crimine e quelli ad esso vicini.