



Diacronie
Studi di Storia Contemporanea

45, 1/2021
Odio e nemico nella storia

La storia nei tribunali internazionali sui crimini di guerra

Richard Ashby WILSON

traduzione di Jacopo BASSI

Per citare questo articolo:

WILSON, Richard Ashby, «La storia nei tribunali internazionali sui crimini di guerra», *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea : Odio e nemico nella storia*, 45, 1/2021, 29/03/2021,

URL: < http://www.studistorici.com/2021/03/29/wilson_numero_45/ >

Diacronie Studi di Storia Contemporanea → <http://www.diacronie.it>

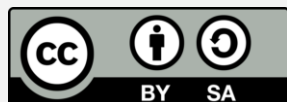
ISSN 2038-0925

Rivista storica online. Uscita trimestrale.

redazione.diacronie@studistorici.com

Comitato di direzione: Naor Ben-Yehoyada – João Fábio Bertonha – Christopher Denis-Delacour – Maximiliano Fuentes Codera – Tiago Luís Gil – Anders Granås Kjølsvædt – Deborah Paci – Mateus Henrique de Faria Pereira – Spyridon Ploumidis – Wilko Graf Von Hardenberg

Comitato di redazione: Jacopo Bassi – Roberta Biasillo – Luca Bufarale – Luca G. Manenti – Andreza Maynard – Fausto Pietrancosta – Elisa Tizzoni – Matteo Tomasoni – Luca Zuccolo



Diritti: gli articoli di *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea* sono pubblicati sotto licenza Creative Commons 3.0. Possono essere riprodotti e modificati a patto di indicare eventuali modifiche dei contenuti, di riconoscere la paternità dell'opera e di condividerla allo stesso modo. La citazione di estratti è comunque sempre autorizzata, nei limiti previsti dalla legge.

6/ La storia nei tribunali internazionali sui crimini di guerra *

Richard Ashby WILSON

traduzione di Jacopo BASSI

ABSTRACT: Perché i tribunali penali internazionali scrivono storie delle origini e delle cause dei conflitti armati? Sulla base di ricerche empiriche originali e dello studio delle strategie perseguite da giudici, pubblici ministeri, avvocati della difesa e periti in tre tribunali penali internazionali, il saggio qui proposto si sofferma su come il diritto e la storia si combinino nelle aule di tribunale. La testimonianza storica è ora parte integrante dei processi internazionali: i pubblici ministeri e la difesa usano le ricostruzioni del contesto per perseguire decisamente obiettivi legali. Nel processo a Slobodan Milošević, l'accusa ha cercato di dimostrare l'intenzione di commettere un genocidio facendo riferimento a un'attitudine di lunga data, alimentata in un contesto nazionalista. Da parte sua, la difesa ha fatto ricorso a periti esperti di storia per indebolire le accuse che individuavano maggiori profili di responsabilità per gli accusati e per mitigare la sentenza rappresentando i crimini alla stregua di rappresaglie. Sebbene le metodologie giuridiche per arrivare alla conoscenza siano distinte da quelle proprie della storiografia, nei processi internazionali esse sono interrelate: questa è per noi una sfida a ripensare le relazioni tra diritto e storia.

ABSTRACT: Why do international criminal tribunals write histories of the origins and causes of armed conflicts? Based on original empirical research with judges, prosecutors, defense attorneys and expert witnesses in three international criminal tribunals, the article seeks to understand how law and history are combined in the courtroom. Historical testimony is now an integral part of international trials, with prosecutors and defense teams using background testimony to pursue decidedly legal objectives. In the Slobodan Milošević trial, the prosecution sought to demonstrate special intent to commit genocide by reference to a long-standing animus, nurtured within a nationalist mindset. For their part, the defense called historical witnesses to undermine charges of superior responsibility, and to mitigate the sentence by representing crimes as reprisals. Although legal ways of knowing are distinct from those of history, the two are effectively combined in international trials in a way that challenges us to rethink the relationship between law and history.

1. Nient'altro che la legge?

Now, in a country of laws, the whole law
and nothing but the law must prevail¹.

Tzvetan Todorov

* L'articolo viene proposto in traduzione italiana nell'ambito dell'accordo di collaborazione scientifica tra le riviste «Diacronie» e «Revista de Teoria da História» (<https://www.revistas.ufg.br/teoria/>).

¹ TODOROV, Tzvetan, *The Touvier Affair*, in GOLSAN, Richard J. (org.), *Memory, the Holocaust and French Justice: the Bousquet and Touvier Affairs*, Dartmouth, University Press of New England, 1996, pp. 114-121, pp. 114-115.

Nell'ambito della letteratura che analizza l'intervento del diritto in risposta ai crimini contro l'umanità è condivisa l'opinione secondo cui i tribunali produrrebbero resoconti storici mediocri sulle origini e le cause dei crimini di massa. Questo saggio passa in rassegna i recenti processi penali internazionali e rinviene molte prove a sostegno di una visione critica della capacità del diritto di scrivere la storia. I dibattiti storici emersi nei processi internazionali hanno infatti fornito importanti spunti sui fattori alla base di un conflitto armato. Esaminando da vicino le strategie concrete perseguite dai pubblici ministeri e dagli avvocati della difesa, questo studio cerca di comprendere anzitutto le ragioni che spingono ad avventurarsi nel passato e a distinguere la rilevanza giuridica delle prove storiche.

Un esame sommario dei recenti processi penali internazionali darebbe sostegno a una posizione scettica nei confronti del ruolo della storia nelle aule di tribunale e in nessun'altra occasione l'incompatibilità di queste due attività è stata più evidente che durante il processo – che si è protratto per quattro anni e mezzo – a Slobodan Milošević presso il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY). A seguito della morte di Milošević, nel marzo 2006, solo pochi mesi prima che la corte potesse emettere una sentenza, un articolo del quotidiano britannico «Financial Times» individuava l'errore cruciale del Tribunale: «the court confused the need to bring one man to account with the need to produce a clear narrative of war crimes and atrocities for the history books»².

Gli osservatori hanno criticato l'eccessivo interesse del pubblico ministero per la storia e l'incapacità dei giudici nel porre un freno alle dichiarazioni di Milošević, «interminable forays into Ottoman history, Balkans ethnology, (and) World War Two Croatian fascism»³. Si è sostenuto che la strategia del procuratore Geoffrey Nice di presentare una vasta mole di materiale storico sia andata a tutto vantaggio degli accusati. Utilizzando l'aula della corte internazionale come palcoscenico, il presidente deposto apprezzò «the opportunity to present his version of history, which is his main goal in this trial. It is not about proving real facts, but-as it has always been-about reinterpreting history», come osservò una giornalista esperta di questioni balcaniche⁴.

Il personale del tribunale era a tal punto sconfortato dal fatto che il processo a Milošević avesse avuto un esito così inconcludente, da portare alcuni a riflettere sulla decisione dell'accusa

² PEEL, Quentin, «Lessons for prosecutors of war crimes trials», in *Financial Times*, 13 marzo 2006.

³ WARRELL, Helen, ANDERSON, Janet, «Hague Court's Record Under Scrutiny», in *Institute for War and Peace Reporting Tribunal Update*, 444, Part 2, 17 marzo 2006, URL: <http://www.iwpr.net/?p=tri&s=f&o=260408&apc_state=henitri0d79598b179f1bec4e34352b5115c0a7> [consultato il 5 novembre 2017].

⁴ Slavenka Drakulić cit. in TOŠIĆ, Jelena, *Transparent Broadcast? The Reception of Milošević's Trial in Serbia*, in DEMBOUR, Marie-Bénédicte, KELLEY, Tobias (org.), *Paths to International Justice: Social and Legal Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 83-95, p. 89.

di dare tanto spazio all'argomentazione storica. Un membro dell'accusa di Milošević, il procuratore capo del processo Dan Saxon si domandava:

Are we furthering the purposes of the Tribunal when we allow him [Milošević] to go on long historical tirades? The purpose of a criminal trial is to get at the truth about the crimes and produce a fair and reasoned judgment about the guilt or innocence of the accused and get some finality... so the victims can get closure. Historians can keep reinterpreting, but we only get one chance⁵.

Al di là della necessità pratica di accelerare i processi, in questa discussione sono in gioco alcuni principi giuridici fondamentali. Insieme all'impegno quasi costante nei confronti dell'idea dello Stato di diritto, la concezione minimalista "legge e nient'altro che la legge" propria dei processi penali è uno dei pochi assiomi legali in grado di raccogliere un ampio sostegno in tutto lo spettro politico e giuridico⁶.

Tuttavia, ad di là dell'apparente unanimità delle opinioni si può trovare una varietà di punti di vista e giustificazioni, alcune delle quali sono compatibili e altre no. Osservando con maggiore attenzione, sembrano esserci due grandi scuole di pensiero che sostengono come i tribunali siano luoghi inappropriati per individuare le origini e le cause dei crimini di massa. *In primis* la dottrina del legalismo liberale afferma che il sistema giudiziario non dovrebbe assolutamente tentare di scrivere la storia per timore di compromettere la procedura giudiziaria. In secondo luogo, gli studiosi di sociologia del diritto hanno affermato che, anche qualora i tribunali portassero avanti un'indagine storica, sarebbero destinati a fallire a causa delle limitazioni intrinseche al processo legale. Costoro fanno riferimento agli studi giuridici critici, al realismo giuridico e alla critica letteraria piuttosto che al pensiero liberaldemocratico. Prenderò in esame separatamente ciascuna di queste tradizioni intellettuali.

Il legalismo liberale afferma che l'unica funzione di un processo penale è quella di determinare se i presunti crimini si siano verificati e, in questo caso, se l'imputato possa essere ritenuto penalmente responsabile per questi⁷. Una delle figure più influenti ad avere sostenuto questa posizione è Hannah Arendt⁸, che nel suo libro *Eichmann in Jerusalem: a report on the banality of evil* ha sostenuto come la funzione principale di un tribunale penale sia quella di amministrare la

⁵ Intervista dell'autore, maggio 2006.

⁶ Brian Tamanaha scrive che nel contesto di profonda incertezza successivo alla conclusione della Guerra fredda, è emersa l'opinione diffusa «traversing all fault lines [...] that the 'rule of law' is good for everyone». TAMANAHA, Brian, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 1.

⁷ Gary Bass usa il termine «legalism» per descrivere l'approccio liberale al diritto internazionale. BASS, Gary Jonathan, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000, pp. 7-8.

⁸ ARENDT, Hannah, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, Feltrinelli, 1964, p. 13.

giustizia, intesa come determinazione della colpevolezza o dell'innocenza di un individuo⁹. Un tribunale non dovrebbe tentare di affrontare questioni più ampie, addentrandosi sulle ragioni per cui si è verificato un conflitto tra determinati popoli in un contesto e in un periodo specifico, né tantomeno dovrebbe esprimere un giudizio su interpretazioni storiche che configgono fra loro: così facendo si minerebbe tanto la correttezza della procedura quanto il giusto processo e, con essi, la credibilità del sistema legale. L'austero legalismo della Arendt nacque come reazione a quelli che riteneva che fossero gli sforzi palesi del governo israeliano per sfruttare il processo del 1961 contro il burocrate nazista Adolf Eichmann per portare avanti un programma di Nation-building. Arendt osservava che «era la storia, almeno per quel che riguardava l'accusa [...] al centro del processo»¹⁰. Citava il primo ministro David Ben-Gurion, affermando: «In questo storico processo, al banco degli imputati non siede un individuo, e neppure il solo regime nazista, bensì l'antisemitismo nel corso di tutta la storia»¹¹. Le dichiarazioni di Ben-Gurion vennero riprese nel discorso di apertura del pubblico ministero Gideon Hausner, che inquadrava le azioni di Eichmann all'interno di una narrazione storica dell'antisemitismo che si dipanava attraverso i secoli, dai faraoni egiziani alla Germania moderna¹².

Hannah Arendt si opponeva alle digressioni dell'accusa, definendole «cattiva storiografia e retorica a buon mercato»¹³; il fatto che Hausner avesse interpretato i crimini di Eichmann come «contro il popolo ebraico» dissuadeva dal considerarli come «contro l'umanità» in termini generali. Descrivendo l'Olocausto come l'ultima epifania del lungo corso dell'antisemitismo, il pubblico ministero tralasciava di mettere in luce il carattere distintivo dell'Olocausto e dell'eliminazione su scala industriale degli ebrei nell'Europa occidentale; trascurava inoltre la nuova tipologia di criminale che era emersa: un amministratore burocratico che commetteva un genocidio con un semplice tratto di penna¹⁴. Arendt lodava gli sforzi del presidente del tribunale Moshe Landau per evitare la spettacolarizzazione del processo, indirizzati ad attenersi ai normali procedimenti giudiziari, argomentando come l'entità delle atrocità ovviasse alla necessità di drammatizzare ulteriormente gli eventi¹⁵. Le questioni storiche, la coscienza e la moralità, insisteva, non erano giuridicamente «rilevanti»¹⁶. Inoltre, l'obbligo di fare giustizia precludeva qualsiasi tentativo di rispondere a interrogativi storici di più ampio respiro facendo riferimento alle azioni di Eichmann,

⁹ Per un interessante approfondimento sul pensiero di Arendt sui diritti umani, cfr.: PAREKH, Serena, «A meaningful place in the world: Hannah Arendt on the nature of human rights», in *Journal of Human Rights*, 3, 1/2004, pp. 41-54.

¹⁰ ARENDT, Hannah, *op. cit.*, p. 27.

¹¹ *Ibidem.*

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem*, pp. 291-292.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 12, 237.

¹⁶ *Ibidem*, p. 99.

La giustizia vuole che l'imputato sia processato, difeso e giudicato, e che tutte le altre questioni, anche se più importanti ("come è potuto accadere?," "perché è accaduto?," "perché gli ebrei?," "perché i tedeschi?," "quale è stato il ruolo delle altre nazioni? [...] siano lasciate da parte"¹⁷.

Per Hannah Arendt, lo scopo del processo non doveva essere che quello di valutare la colpevolezza o l'innocenza di un uomo, Adolf Eichmann. Stempiato, con un tic nervoso, la vista affievolita e la dentatura irregolare, Eichmann non corrispondeva a una figura potentemente malefica, a un Hitler o a uno Stalin. Era, piuttosto, un funzionario diligente e acritico, guidato solo dalla volontà di fare carriera all'interno della burocrazia nazista. Nonostante la sua banalità, «[...] giustizia vuole che ci si occupi soltanto di Adolf Eichmann»¹⁸. La corte deve dispensare giustizia per un individuo e non tentare di scrivere una storia complessiva dell'Olocausto, per quanto allettante possa risultare:

Lo scopo di un processo è rendere giustizia e basta; qualunque altro scopo, anche il più nobile ("fare un quadro del regime hitleriano che resti nella storia," come disse l'avvocato Robert G. Storey illustrando le presunte finalità superiori del processo di Norimberga), non può che pregiudicare quello che è il compito essenziale della legge: soppesare le accuse mosse all'imputato, per render giustizia e comminare la giusta pena¹⁹.

Arendt giungeva alla conclusione che la pedagogia nazionalista aveva sminuito il perseguimento della giustizia e portato a violazioni del giusto processo²⁰. Alla difesa di Eichmann venne impedito di convocare testimoni e non fu possibile interrogare alcuni testimoni dell'accusa. Le condizioni non erano paritarie, poiché non era previsto che la difesa potesse contare sull'aiuto di assistenti qualificati, come era avvenuto per l'accusa. Le disparità tra le risorse della difesa e quelle dell'accusa si dimostrarono ancor più evidenti rispetto ai processi di Norimberga di quindici anni prima.

Dopo il processo Eichmann la dottrina "giustizia e nulla più" è riemersa a più riprese nei processi che trattavano dell'Olocausto, mentre alcune voci sollecitavano i tribunali ad adottare un approccio minimalista, evitando commenti moralistici e interpretazioni storiche²¹. Tzvetan

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸ *Ibidem*, p. 13.

¹⁹ *Ibidem*, p. 260

²⁰ *Ibidem*, p. 216.

²¹ Sui processi riguardanti l'Olocausto in Francia, cfr: DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment: making law and history in the trials of the Holocaust*, New Haven, Yale University Press, 2001, pp. 185-196, 207-210; EVANS, Richard J., «History, Memory and the Law: the Historian and Expert Witness», in *History and Theory*,

Todorov²² ha criticato il modo in cui i processi riguardanti l'Olocausto in Francia sono stati sommersi dalle prese di posizione inerenti la storia della Seconda Guerra Mondiale, la Resistenza, il collaborazionismo e l'identità nazionale francese. Todorov ha sostenuto che i processi a Paul Touvier succedutisi negli anni Ottanta e Novanta abbiano sacrificato la giustizia sull'altare delle considerazioni politiche e si è opposto al parere dei giudici nell'ambito del processo a Klaus Barbie: «what is especially worth criticizing [...] is not that they wrote bad history, it's that they wrote history at all, instead of being content to apply the law equitably and universally»²³.

Come ci si potrebbe aspettare, molti membri dei tribunali penali internazionali sposano la dottrina del legalismo liberale. Anche se giustificano i loro punti di vista, generalmente sostengono un approccio probatorio basato sui crimini commessi per determinare la responsabilità penale individuale. Nelle mie interviste questa opinione era più evidente tra gli esperti di diritto provenienti da una tradizione giuridica di common law anglosassone rispetto a quelli dei sistemi di diritto civile. L'australiano Gideon Boas, ex consigliere legale senior della Camera dell'ICTY nel processo contro Slobodan Milošević, scriveva: «A criminal trial should be a forensic process involving determination of the criminal responsibility of an individual or individuals, and not a truth commission»²⁴. Nel corso di un'intervista, Daryl Mundis, ex procuratore capo statunitense dell'ICTY, osservava: «Historical evidence is not a significant part of the case proving that individual X committed crime Y. I may lead it in a trial, but only as background to give the judges a bearing on the context»²⁵. Un altro procuratore dell'ICTY offriva una valutazione netta della natura potenzialmente pregiudiziale delle prove storiche: «History largely gives legitimacy to the Prosecutor and condemns the accused. A criminal trial must be a forensic process. Those shadows which history seeks to illuminate should not play any part in a serious criminal trial»²⁶.

Un gran numero di avvocati della difesa che si presentano davanti ai tribunali penali internazionali condividono queste considerazioni. A seguito dell'assoluzione del suo cliente Momčilo Krajišnik dall'accusa di genocidio da parte dell'ICTY, l'avvocato difensore Nicholas Stewart commentò: «It's not a truth commission, it's a criminal trial. The prosecution has to

41, 3/2002, pp. 326-345; GOLSAN, Richard J. (org.), *The Papon Affair: memory and justice on trial*, New York, Routledge, 2000; GOLSAN, Richard J., *History and the "Duty to Memory" in Postwar France: the pitfalls of an ethic of remembrance*, in MARCHITELLO, Howard (org.), *What Happens to History: the renewal of ethics in contemporary thought*, New York, Routledge, 2000, pp. 23-39; WIEVIORKA, Annette, *France and Trials for Crimes Against Humanity*, in SARAT, Austin, DOUGLAS, Lawrence, UMPHREY MERRILL, Martha (org.), *Lives in the Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002, pp. 215-231; WOOD, Nancy, *Vectors of Memory: legacies of trauma in Postwar Europe*, Oxford, Berg, 1999, pp. 113-142.

²² TODOROV, Tzvetan, *op. cit.*

²³ *Ibidem*, p. 120.

²⁴ BOAS, Gideon, *The Milošević Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Criminal Proceedings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 276.

²⁵ Intervista dell'autore, giugno 2006.

²⁶ Commento scritto, ICTY survey 2009.

prove the case [...] beyond reasonable doubt»²⁷. Beth Lyons, avvocato difensore presso l'ICTR, difendeva anche una forma rigorosa di legalismo: «The court can only do a limited job to judge, based on the evidence, whether the prosecution has proved, beyond a reasonable doubt, that the accused person is guilty of the charges in the indictment. If a court goes beyond that, it treads dangerously and leaves the door open for the prosecution to politicize the proceedings»²⁸.

2. La pochezza dei resoconti legali dei genocidi

Law is likely to discredit itself when it presumes to impose any answer to an interpretive question over which reasonable historians differ²⁹.

Mark Osiel

Mentre il legalismo liberale sostiene che è inappropriato per un tribunale scrivere il resoconto storico di un conflitto, orientamenti più recenti nell'ambito del diritto e della ricerca sociale si spingono oltre nel dichiarare che i tribunali falliranno inevitabilmente in questo compito se proveranno a farlo. Una serie di elementi strettamente legati è alla base di questa critica della conoscenza giuridica e ne presento di seguito quattro categorie: la teoria dell'incompatibilità, il punto di vista per cui «la legge è stupida», la Partiality Thesis e la prospettiva per cui il diritto sarebbe terribilmente noioso. Mentre la maggior parte di questi approcci sono compatibili e sovrapponibili, altri si escludono mutualmente³⁰.

2.1. Teoria dell'incompatibilità

For the historian, it can be disconcerting to see carefully researched historical material ripped out of its context by clever lawyers and used as a bludgeon to beat the other side³¹.

Richard Evans

Il primo approccio, che definisco “teoria dell'incompatibilità”, pone l'accento sul *modus*

²⁷ TOSH, Caroline, «Does Krajisnik Sentence Set Dangerous Precedent?», in *IWPR Tribunal Update*, 479, 1 dicembre 2006.

²⁸ Intervista dell'autore, luglio 2009.

²⁹ OSIEL, Mark, *Mass Atrocity, Collective Memory and the Law*, New Brunswick (NJ), Transaction, 2000, p. 119.

³⁰ Mentre la Partiality Thesis dichiara che la legge semplifica eccessivamente, questo contraddice la critica mossa dal “Just Plain Boring” secondo cui i tribunali sarebbero eccessivamente concentrati sui dettagli e i tecnicismi. Il più delle volte, tuttavia, queste posizioni si rafforzano a vicenda. Ad esempio, la Partiality Thesis e la posizione «La legge è stupida» sottolineano entrambe come i metodi di ricerca del tutto peculiari del diritto possano condurre a un'immagine distorta e miope degli eventi.

³¹ EVANS, Richard, *op. cit.*, p. 330.

operandi differente tra la storia e il diritto³². Lo storico Richard Evans³³ individua profonde incompatibilità tra l'approccio legale e quello storico nei confronti delle prove: mentre gli standard probatori del diritto penale sono «beyond reasonable doubt», gli storici si occupano del «the broader frame of probabilities»³⁴. Inoltre, gli storici di rado chiedono di interrogare l'autore di un documento per verificarne la veridicità. Si potrebbe aggiungere che il sistema legale angloamericano si caratterizza per essere basato sul contraddittorio e che i periti sono spesso soggetti a un controinterrogatorio, mentre l'analisi storica procede attraverso la discussione accademica e, almeno in linea di principio, la revisione fra pari. L'epistemologia del diritto è positivista e realista, richiede prove definite e verificabili che sono generalmente prodotte con metodi scientifici, facendo ricorso alla scienza forense; la storia è invece più pluralista e interpretativa sia nei metodi sia nelle conclusioni. I tribunali spesso sposano una versione tra quelle possibili, mentre gli storici possono integrare gli elementi di resoconti differenti. Questi ultimi spesso riconoscono come le verità storiche siano provvisorie e le prove e le conclusioni fornite non siano sempre verificabili o prive di ambiguità. Gli storici collocano le azioni dei singoli all'interno dei contesti sociali e culturali considerando questa come una cosa ovvia, mentre i tribunali si occupano del contesto solo nella misura in cui questo può influire su questioni che riguardano la colpa o l'innocenza. Stabilire la responsabilità penale, lo scopo principale dei processi penali, è secondo Richard Evans «entirely alien»³⁵ a ciò che fanno gli storici. I tribunali si occupano di questioni inappellabili, che consentiranno loro di provare le imputazioni contenute nell'atto di accusa, e se la soglia probatoria richiesta non viene soddisfatta il tribunale deve assolvere. Gli storici, del resto, sono svincolati da questi obblighi e possono permettersi di dimostrare una maggior apertura all'indeterminatezza e a un approccio sistemico alla causalità e alla responsabilità.

Per effetto della particolarità del contesto giudiziario, molti storici si sono mostrati diffidenti nei confronti della possibilità di essere coinvolti in processi penali che comportassero genocidi. Henry Rousso, allora direttore dell'Istituto di storia contemporanea di Parigi, scongiurò il presidente della Corte d'assise di Bordeaux di esonerarlo dal chiamarlo a testimoniare come perito nel processo a Maurice Papon tenutosi nel 1997:

³² Cfr.: OSIEL, Mark, *op. cit.*; MINOW, Martha, *Between Vengeance and Forgiveness: facing history after genocide and mass Violence*, Boston (Mass), Beacon Press, 1998. Sui differenti obiettivi di storici e sistema giudiziario, cfr.: BORNEMAN, John, *Settling Accounts: Violence, justice and accountability in postsocialist Europe*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 103.

³³ Evans è Regius Professor di Storia Moderna all'Università di Cambridge. Ha testimoniato in qualità di esperto per conto della difesa di Deborah Lipstadt nel processo per diffamazione intentato nel 2000 in Gran Bretagna dal negazionista dell'Olocausto David Irving.

³⁴ EVANS, Richards, *op. cit.*, p. 330.

³⁵ *Ibidem*, p. 330.

In my soul and conscience, I believe that an historian cannot serve as a “witness”, and that his expertise is poorly suited to the rules and objectives of a judicial proceedings [...]. The discourse and argumentation of the trial [...] are certainly not of the same nature as those of the university³⁶.

James Sadkovich afferma che, entrando nella Camera giudicante dell’ICTY all’Aia, gli studiosi cessano di essere storici o scienziati sociali e diventano venditori ambulanti di «false history» e «advocates, coached and questioned by the prosecution and defense»³⁷.

Questa critica del diritto penale è preziosa per comprendere la ragione per cui la storia è spesso fraintesa e usata in modo improprio nelle aule dei tribunali penali internazionali. Tuttavia vale anche la pena di considerare come la legge e la storia possano a volte condividere metodi e scopi simili. In termini più ampi, entrambe si soffermano sui dettagli del particolare dal momento che considerano le implicazioni generali del caso in questione; entrambe soppesano le prove e soppesano con attenzione il loro valore; entrambi valutano attentamente le fonti, distinguono tra documenti primari e secondari e spesso danno maggior peso ai primi; entrambe fanno ricorso a testimonianze oculari e cercano prove documentali per corroborare le loro tesi. Idealmente, entrambe mostrano di essere sensibili al contesto in cui vengono compiute le azioni individuali oltre che all’ambiente sociale in cui agisce il singolo e al contesto storico. Infine, entrambe si basano su narrazioni d’insieme per organizzare singoli fatti, rappresentazioni visive e altri tipi di prove in un insieme coerente.

2.2. L’eccezionalismo legale o «la legge è stupida»

Mentre gli storici hanno spesso evidenziato l’unicità delle metodologie storiche, una prospettiva complementare richiama l’attenzione sulle peculiarità dei metodi di conoscenza legali. Come scrivono Sarat, Douglas e Humphrey Merrill, «inside the courtroom, law’s ways of knowing seem strange, out of touch, disconnected from the usual ways in which people acquire information or make decisions»³⁸. Il divario tra l’esperienza quotidiana e la norma attraverso cui si esprime la conoscenza in ambito giuridico è stata fonte di discussione per secoli. Charles Dickens ha offerto una feroce satira del rifiuto del buon senso da parte della legge in una scena di *Oliver Twist*; il personaggio di Mr. Bumble, dopo che gli è stato detto che la legge inglese presume che una moglie agisca sotto il controllo del marito, dà sfogo alla sua frustrazione affermando che «Se la legge presume questo [...] la legge è stupida... è idiota»³⁹.

³⁶ Cfr. lettera al presidente della Corte d’assise di Bordeaux. GOLSAN, Richard J. (org.), *The Papon Affair*, cit., p. 194.

³⁷ SADKOVICH, James, «Argument, Persuasion and Anecdote: the usefulness of history to understanding conflict», in *Polemos*, 1-2/2002, pp. 33-49, p. 40.

³⁸ SARAT, Austin, DOUGLAS, Lawrence, UMPHREY MERRILL, Martha, *op. cit.*, p. 2.

³⁹ DICKENS, Charles, *Le avventure di Oliver Twist*, Milano, Mondadori, 2012.

Le peculiari convenzioni della legge, le categorie speciali e le regole eccezionali spingono i tribunali a leggere gli eventi storici attraverso un prisma controintuitivo, con l'effetto di produrre ogni tipo di conseguenza involontaria e risultati assurdi. Per fornire un esempio, Richard Golsan deride la «*reductio ad absurdum of the law itself*»⁴⁰ nella sua analisi dei processi a Paul Touvier, al collaborazionista di Vichy.

A causa dei termini di prescrizione relativi all'omicidio ai sensi della legge francese, l'accusa doveva dimostrare che i crimini di Touvier costituissero crimini contro l'umanità, non semplicemente omicidi. Tuttavia, per essere considerati come tali, dovevano soddisfare un criterio piuttosto insolito. Nel precedente processo a Klaus Barbie, la Corte di cassazione aveva stabilito che una condanna per crimini di guerra e/o crimini contro l'umanità potesse essere confermata solo nei confronti di un individuo che agiva per conto di uno Stato che esercitava un'«egemonia ideologica»⁴¹. Nel 1992, la Corte d'Appello di Parigi deliberò che Touvier era al servizio del regime di Vichy in tempo di guerra, ma che Vichy non esercitava una politica di egemonia ideologica autonoma perché dipendeva dal governo nazionalsocialista tedesco⁴². Quello di Vichy venne ritenuto come un regime fantoccio, *summa* incoerente di «animosità politiche» e «buone intenzioni». Eppure molti studiosi di storia della Francia hanno sostenuto che il regime di Vichy perseguisse un proprio coerente progetto ideologico antisemita e che i suoi funzionari partecipassero attivamente allo sterminio sistematico degli ebrei⁴³.

Dal momento che i crimini di Touvier non vennero considerati crimini contro l'umanità – erano infatti caduti in prescrizione – la Corte d'Appello archiviò il caso e Touvier venne rilasciato. Nel successivo processo del 1994, l'accusa travisò le evidenze storiche per affermare che Touvier era un agente tedesco e non al servizio di Vichy, così da legare i suoi crimini a un regime che esercitava «l'egemonia ideologica», come richiesto dal precedente di Barbie. Golsan osserva causticamente: «[n]ow the duty to memory where Vichy's crimes were concerned resulted in encouraging the court to do violence to the very historical realities that the duty to memory was intended to preserve and foreground in the first place»⁴⁴. Poiché i tribunali seguono i principi eccezionali propri della legge piuttosto che quelli dell'indagine storica, possono ridurre le storie complesse per venire incontro a un modello legale imperfetto e, in questo modo, distorcere la storia.

⁴⁰ GOLSAN, Richard J., *History and the "Duty to Memory" in Postwar France*, cit., p. 28.

⁴¹ *Ibidem*, p. 29.

⁴² *Ibidem*, p. 31.

⁴³ Todorov insiste sul fatto che il leader del regime di Vichy, il maresciallo Pétain, fosse comunque un antisemita e che «avesse firmato alcune delle più dure leggi razziali del tempo» e interpreta la deresponsabilizzazione del Regime di Vichy da parte della Corte come un tentativo di salvare l'identità nazionale francese ferita. TODOROV, Tzvetan, *op. cit.*, p. 32. Cfr. anche: MARRUS, Michael, *Nuremberg War Crimes Trial of 1945-6*, Boston, Bedford Press, 1997; MARRUS, Michael, PAXTON, Robert O., *Vichy France and the Jews*, Stanford, Stanford University Press, 1995.

⁴⁴ GOLSAN, Richard J., *History and the "Duty to Memory" in Postwar France*, cit., p. 32.

2.3. La “Partiality Thesis”

Trial ‘truths’ can be partial and can get lost in the morass of juridical and evidentiary detail⁴⁵.

Alexandra Barahona de Brito, Carmen Gonzalez Enriquez, Paloma Aguilar

La “Partiality Thesis” spinge ancora oltre la critica dell’eccezionalismo giuridico per sottolineare come i tribunali possano risultare eccessivamente selettivi e dalle prospettive limitate, riprendendo il famoso asserto dell’antropologo Clifford Geertz secondo cui: «qualunque cosa la legge persegua, questa non è l’intera storia»⁴⁶. Mentre nella dottrina del legalismo liberale, la minima considerazione del diritto nei confronti della storia e del contesto socio-politico è una virtù cardinale, per questi autori si tratta di un errore basilare, che porta i tribunali a trascurare le caratteristiche principali di un conflitto. Elementi della “Partiality Thesis” possono essere identificati negli studi sui processi di Norimberga proposti da storici come Donald Bloxham⁴⁷, Saul Friedländer⁴⁸ e Michael Marrus⁴⁹, che sostengono come il Tribunale militare internazionale non abbia affrontato adeguatamente il più grave fra tutti i crimini nazisti: lo sterminio di massa degli ebrei europei⁵⁰. I processi hanno lasciato una testimonianza storica incompleta e depauperata perché i crimini contro l’umanità risultavano subordinati ai crimini contro la pace e alla cospirazione finalizzata a intraprendere una guerra d’aggressione.

La strategia adottata dai pubblici ministeri di Norimberga era motivata da una logica specificamente giuridica. Poiché non esisteva alcun precedente per condannare imputati criminali di altri Stati per «crimini contro l’umanità» commessi contro la loro stessa popolazione civile, i pubblici ministeri di Norimberga adottarono una strategia prudente in cui i crimini contro l’umanità traevano sostegno legale dai crimini di guerra e dal crimine contro la pace. Kittichaisaree spiega come: «Crimes against humanity were novel [...] The Nuremberg Charter linked the prosecution of this genus of crimes to the “execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal”. In effect, the crimes [against humanity] had to be committed in execution of or in connection with war crimes or the crime against peace»⁵¹. Di

⁴⁵ BRITO, Barahona, GONZALEZ ENRIQUEZ, Carmen Gonzalez, AGUILAR FERNANDEZ, Paloma (org.), *The Politics of Memory*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 26.

⁴⁶ GEERTZ, Clifford, *Conoscenza locale: fatto e diritto in prospettiva comparata*, in ID., *Antropologia interpretativa*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 209-299, p. 216.

⁴⁷ BLOXHAM, Donald, *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁴⁸ FRIEDLÄNDER, Saul (ed. By), *Probing the limits of representation Nazism and the “Final Solution”*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1993.

⁴⁹ MARRUS, Michel, *op. cit.*

⁵⁰ Per un’analisi sui lavori di Michel Marrus, cfr.: DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment: making law and history in the trials of the Holocaust*, New Haven, Yale University Press, 2001, p. 4.

⁵¹ KITTICHAISAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 19.

conseguenza, il Tribunale di Norimberga ha prestato più attenzione alla guerra di aggressione tedesca rispetto al programma sistematico per annientare gli ebrei europei.

Molti storici sono giunti alla conclusione che i processi di Norimberga non offrivano un resoconto storico autorevole dell'Olocausto e che potrebbero persino aver distorto la realtà storica per le generazioni future⁵². Invece di una spiegazione basata sul nazionalismo e sull'antisemitismo tedesco, la corte identificò nella guerra e nel "militarismo traditore" i principali fattori alla base delle politiche antiebraiche della Germania nazista⁵³. Il giudice Robert H. Jackson non considerava lo sterminio degli ebrei un obiettivo primario dei nazisti in sé e per sé, ma come uno tra gli altri obiettivi di guerra dell'Alto Comando tedesco. Lawrence Douglas afferma che, poiché l'accusa considerò i crimini contro l'umanità come secondari rispetto ai crimini contro la pace, accettò implicitamente la rappresentazione che i nazisti fornivano degli ebrei come di potenziali quinte colonne e sabotatori che dovevano essere eliminati nell'ambito del perseguimento di una guerra di conquista⁵⁴.

Molti degli argomenti a cui abbiamo fatto accenno sono stati portati avanti negli anni Novanta dai sostenitori della "giustizia di transizione" per giustificare un allontanamento dalla concezione classica di giustizia retributiva in direzione di nuove istituzioni come le commissioni per la verità e la riconciliazione⁵⁵. Si è ritenuto che queste commissioni quasi legali avrebbero dovuto sostituire i tribunali nel ruolo di principali istituzioni atte a documentare i conflitti politici passati, poiché sarebbero in grado di impiegare una gamma più ampia di tecniche investigative. Dal momento che le commissioni per la verità non sono tribunali, risultano libere dal compito di determinare la colpevolezza o l'innocenza individuale e quindi possono condurre inchieste più attente al contesto e aperte e raccogliere informazioni più approfondite sulle origini e le cause della violenza politica. Numerosi studi, tuttavia hanno messo in rilievo come i rapporti delle commissioni per la verità siano di qualità molto diversa fra loro e spesso si basino su indagini limitate e su un cattivo utilizzo delle prove⁵⁶. In un certo numero di casi offrono perciò poche

⁵² Cfr., per esempio: MARRUS, Michael R., *The Holocaust in History* Hanover (NH), Brandeis University Press, 1987, p. 4. Donald Bloxham (BLOXHAM, Donald, *Genocide on Trial: War Crimes Trials and the Formation of Holocaust History and Memory*, Oxford, Oxford University Press, 2001) sostiene che il tema dell'Olocausto fosse largamente sostanzialmente assente dai processi di Norimberga. Per una difesa del contributo storico del processo di Norimberga, cfr. DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment*, cit., pp. 65-94.

⁵³ Cfr. DOUGLAS, Lawrence, «Film as Witness: Screening "Nazi Concentration Camps" before the Nuremberg Tribunal», in *The Yale Law Journal*, 105, 2/1995, pp. 449-481, p. 449.

⁵⁴ *Ibidem*. Qui, la Partiality Thesis si sovrappone alla critica «la legge è stupida».

⁵⁵ BORAINÉ, Alex, *A Country Unmasked*, Oxford, Oxford University Press, 2001; MERTUS, Julie, *Truth in a Box: the Limits of Justice Through Judicial Mechanisms*, in AN-NA'IM, Abdullahi; AMADIUME, Ifi (org.), *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, New York, Zed Books, 2000, pp. 142-161, pp. 157-159; MINOW, Martha, *op. cit.*

⁵⁶ Cfr.: BUUR, Lars, *The South African Truth and Reconciliation Commission: A Technique of Nation-State Formation*, in HANSEN, Thomas Blom, STEPPUTAT, Finn (org.), *States of Imagination: ethnographic explorations of the postcolonial state*, Durham - London, Duke University Press, 2001, pp. 149-181; ROSS, Fiona C., *Bearing Witness: Women and the Truth and Reconciliation Commission in South Africa*, London, Pluto Press, 2002; WILSON, Richard

migliorie rispetto ai normali processi penali.

2.4. “Tedio in vasta e storica scala”

I processi penali possono sembrare esageratamente complessi, eccessivamente tecnici e funestati da piccoli dettagli procedurali. Dopo la prima ondata di interesse da parte della stampa, i processi per crimini di massa perdono presto il loro fascino e vengono ignorati dal pubblico, che perde interesse di fronte al pantano delle regole e dei regolamenti dei tribunali. Lo studioso di diritto Mark Osiel⁵⁷ spiega che il fatto che la procedura, per quanto necessaria a garantire un processo equo, sia così meticolosa spesso produce ricostruzioni storiche monotone e mortalmente noiose. Sebbene i processi di Norimberga ora torreggino su tutte le successive discussioni sulla responsabilità internazionali, all’epoca erano visti come cupe e «failed to mesmerize a distracted world»⁵⁸. Per alcuni osservatori, questa non era una noia comune, ma «water torture of boredom» e «boredom on a huge historic scale»⁵⁹. Alcuni recenti processi penali internazionali sono durati il doppio di quelli di Norimberga e le vittime hanno «bemoaned the slow and disjointed progress»⁶⁰ dei processi.

Il fastidioso proceduralismo della legge è infelice non solo per l’impatto sul valore storico di un processo, ma può anche esporre i tribunali penali all’azione di avvocati difensori senza scrupoli, dediti a montare una «rupture defense»⁶¹ che mini la legittimità del tribunale agli occhi dei media e pubblico. Nel sistema legale francese, l’accusato non deve giurare di dire la verità e questo crea una situazione in cui, come ha osservato ironicamente il presidente del processo Touvier, «“[o]nly the accused has the right to lie»⁶². Nel processo a Klaus Barbie, l’accusa procedette con metodo e sobrietà sino alla noia. In questo vuoto si fece spazio Jacques Vergès, l’esuberante avvocato difensore di Barbie, che adottò tattiche volgari e una bassa retorica, operando persino un confronto, a tutto vantaggio delle azioni criminali di Barbie, con quelle commesse operate dall’esercito francese nella Guerra d’Indipendenza algerina⁶³. Anche i tribunali internazionali non sono immuni da momenti di noia quasi insopportabile provocati dal farraginoso incedere della

Ashby, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: legitimizing the post-apartheid state*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 51-55.

⁵⁷ OSIEL, Mark, *op. cit.*, pp. 84-94.

⁵⁸ ROSS, Alex, «Watching for a Judgment of Real Evil», in *New York Times*, 12 novembre 1995, p. 37.

⁵⁹ Douglas (DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment*, cit., p. 11), cita Rebecca West nel suo resoconto del 1955 sui processi di Norimberga, WEST, Rebecca, *A Train of Powder*, New York, Viking Press, 1955.

⁶⁰ DUFFETT, Claire, «Khmer Rouge Genocide Tribunal Stumbles as French Defense Lawyer Demands New Translation», in *Law.com. International News Section*, 10 dicembre 2008, URL:

<<https://www.law.com/almID/1202426601165/Khmer-Rouge-Genocide-Tribunal-Stumbles-as-French-Defense-Lawyer-Demands-New-Translation/?sreturn=20210106074307>> [consultato il 6 febbraio 2021].

⁶¹ La “difesa di rottura” è una strategia legale che cerca di minare la tesi dell’accusa riportando argomenti privi di senso, irrilevanti e falsi, con l’obiettivo di seminare confusione, incertezza e dubbio. Jacques Vergès ha recentemente fatto della sua difesa caotica un brand definendola “defence de rupture”. DUFFETT, Claire, *op. cit.*

⁶² CONAN, Éric, ROUSSO, Henry, *Vichy, un passé qui ne passe pas*, Paris, Gallimard, 1996, pp. 163, 165.

⁶³ Cfr. WOOD, Nancy, *op. cit.*, p. 117.

procedura legale, né sono esenti dalla spettacolarità dirompente messa in scena dagli avvocati della difesa. Nel processo contro Radoslav Brđanin tenutosi all'ICTY, l'avvocato difensore John Ackerman domandò a un testimone dell'accusa se la detenzione dei sospetti da parte dei serbi «was any worse than the United States' incarceration of al-Qaeda suspects in [Guantanamo Bay,] Cuba», una dichiarazione che ritirò immediatamente. Il procuratore capo dell'ICTY Dan Saxon scrisse:

as anyone who has watched some of the ICTY proceedings can tell you, trials are often long, boring, complex, and highly technical processes – so it is easy for politicians and other interested parties to distort the facts as they are presented. And because these trials, in the interest of fairness, are often so complex and technical, they are the opposite of “Show Trials”⁶⁴.

Questa triste rappresentazione dell'aula di tribunale ha bisogno di qualche considerazione *a latere*. Lawrence Douglas⁶⁵ riconosce come vi siano stati momenti innegabilmente drammatici ai Processi di Norimberga, utili ai fini della pedagogia storica. Douglas sostiene in modo convincente il valore – teatrale così come educativo – dei processi di Norimberga, focalizzando la sua attenzione sulla dichiarazione di apertura del procuratore Robert Jackson, sul controinterrogatorio di Hermann Göring da parte dello stesso Jackson, sulle deposizioni dei testimoni della “Soluzione finale”, sulla proiezione del film *Nazi Concentration Camps* e sull'inquietante sintesi conclusiva del procuratore capo britannico Hartley Shawcross.

Vi furono momenti indiscutibilmente drammatici anche nel corso dei processi penali internazionali: ad esempio, il 1° giugno 2005 nel processo contro Slobodan Milošević, l'accusa presentò un video che mostrava sei giovani bosgnacchi disarmati che venivano fatti scendere da un camion e uccisi a sangue freddo da membri del gruppo paramilitare serbo-bosniaco “Scorpioni”. La proiezione del video nella Trial Chamber causò profonde ripercussioni nell'ex Jugoslavia, poiché offriva una rappresentazione dell'orrore dei crimini di guerra con una crudezza e un'immediatezza che non potevano essere negati.

3. Diritto e storia nei Tribunali penali internazionali

I giudici (dell'ICTY) hanno guardato alla storia per dare più senso ai crimini (nel processo al generale Krstić) [...] questo è perfettamente appropriato nel contesto del diritto

⁶⁴ SAXON, Dan, «Exporting Justice: Perceptions of the ICTY Among the Serbian, Croatian, and Muslim Communities in the Former Yugoslavia», in *Journal of Human Rights*, 4, 4/2005, pp. 559-572, p. 563.

⁶⁵ DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment*, cit., pp. 19-21, 91-93.

internazionale. È uno scenario appropriato, dal momento che non uccidi così tante persone senza un contesto⁶⁶.

Procuratore dell'ICTY

In che misura le critiche al diritto penale summenzionate sono applicabili ai processi penali internazionali dell'ultimo decennio? Questi tribunali hanno offerto nuove e significative interpretazioni sulle origini e le cause dei conflitti armati? Le istituzioni di giustizia internazionali hanno lasciato una documentazione storica completa e accurata e le loro indagini storiche hanno messo in discussione il giusto processo e violato i diritti degli imputati? Questo saggio cerca di rispondere a queste domande esaminando due tribunali penali internazionali istituiti *ad hoc* dalle Nazioni Unite negli anni Novanta, uno per l'ex Jugoslavia (ICTY) e uno per il Ruanda (ICTR)⁶⁷.

Questi esperimenti di giustizia internazionale hanno adottato un approccio *sui generis* alle prove storiche e al contesto rispetto ai tribunali anglo-americani. Nell'ambito dei processi non è raro rinvenire ampie discussioni sulla storia e la società dei Balcani e del Ruanda e le testimonianze dei periti hanno avuto un impatto significativo sulle principali questioni legali in gioco. Nel capitolo conclusivo di *Writing History in International Criminal Trials*⁶⁸ viene offerta qualche considerazione sul futuro della giustizia penale internazionale e sulla Corte penale internazionale permanente (ICC) che è stata istituita nel 2002.

Giudicare i crimini internazionali e scrivere la storia di un conflitto armato rappresentano sforzi complessi e una delle tesi principali di questo saggio è che il loro rapporto reciproco non possa essere caratterizzato né da un accordo armonico né da una contraddizione intrinseca. Potremmo ottenere una maggiore chiarezza separando i diversi elementi della ricerca storica operata nei tribunali internazionali ed esaminarli di volta in volta. Questo comporta riconsiderare il ruolo della storia nei singoli processi e richiedere a chi introduce prove storiche per quale ragione lo stia facendo e con quali conseguenze per il giudizio processuale. Si potrà quindi procedere all'identificazione di qualche modello; quel che emergerà è un'immagine frammentata, molto meno risolutiva di quanto abbiamo visto nelle discussioni teoriche fin qui esaminate.

I tribunali internazionali si trovano in una posizione particolare, esterna al sistema degli Stati nazionali e questo può avere ricadute positive in relazione alla capacità di questi ultimi di impegnarsi in ricerche storiche indipendenti. Le categorie dei crimini internazionali sono molto

⁶⁶ Intervista dell'autore, maggio 2006.

⁶⁷ L'ICTY è stato istituito nel 1993 in base alle risoluzioni 808 e 827 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. S.C. Res. 808, U.N. SCOR, 3175th mtg., U.N. Doc. S/RES/808 (1993); S.C. Res. 827, U.N. SCOR, 3217th mtg., U.N. Doc. S/RES/827 (1993). L'International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) è stato creato l'8 novembre 1994 sulla base della risoluzione 955 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. U.N. SCOR, 3453rd mtg., (U.N.Doc. S/RES/955).

⁶⁸ WILSON, Richard Ashby, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 216-226.

diverse da quelle di un tribunale penale nazionale e le regole per l'ammissibilità delle prove consentono alle parti un maggiore margine di manovra per introdurre prove storiche e atte a ricostruire il contesto. Il nucleo centrale di questa ricerca, tuttavia, considera l'orientamento e le tensioni del processo legale e in particolare le strategie, gli obiettivi e gli intendimenti degli attori legali nei processi penali internazionali. Jens Meierhenrich osserva come, mentre abbiamo una solida conoscenza delle dimensioni giurisprudenziali delle corti e dei tribunali internazionali, non sappiamo «close to nothing»⁶⁹ su di loro in quanto istituzioni sociali complesse, composte da attori con differenti obiettivi e presupposti. Analogamente, Marie-Bénédicte Dembour e Tobias Kelly esortano gli scienziati sociali a studiare le istituzioni di giustizia internazionale «not merely as abstract entities, but as complex social processes»⁷⁰. Si cercherà di rispondere a queste suggestioni a prestare maggiore attenzione alla “living law”, documentando ad esempio il motivo per cui i pubblici ministeri, i consulenti della difesa e i loro rispettivi testimoni esperti discutano sul passato – quali siano le loro motivazioni e cosa sperino di ottenere. Si verificherà se le prove storiche siano solo un artificio retorico o se siano parte integrante della teoria dell'accusa o della difesa e, nel caso in cui sia così, in che modo vengano impiegate.

I metodi utilizzati in questo progetto di ricerca empirica sono vari e – fortunatamente – adeguati al tema preso in esame. Per via dell'attenzione particolare riservata alle intenzioni soggettive degli attori legali, combinata con la mia formazione come antropologo sociale, la metodologia impiegata è stata in gran parte qualitativa e incentrata sull'intervista di alcune figure chiave che hanno lavorato presso tre tribunali internazionali. Tra il 2003 e il 2010, ho condotto oltre 60 interviste approfondite con giudici, funzionari legali, procuratori capo, sostituti procuratori, procuratori, investigatori, avvocati della difesa, analisti di ricerca e periti presso i tre tribunali internazionali analizzati in questo studio: l'ICTR, l'ICTY e l'ICC. Ho letto numerose sentenze e trascrizioni dei dibattimenti nei tribunali delle tre istituzioni giudiziarie internazionali, concentrandomi sui casi in cui si sono svolti dibattiti storici⁷¹. Al fine di valutare la più ampia applicabilità e rappresentatività delle interviste, ho condotto anche un progetto di ricerca quantitativa in collaborazione con l'ex responsabile della ricerca dell'ICTY Andrew Corin. Il nostro questionario di ricerca è stato somministrato online a 69 ex membri del personale dell'ICTY, ad avvocati e periti della difesa così come dell'accusa che si sono presentati dinanzi all'ICTY. L'indagine chiedeva ai partecipanti di determinare le versioni della storia che emergono dai processi e dalle sentenze dell'ICTY, di valutare le narrazioni storiche impiegate da difesa e

⁶⁹ MEIERHENRICH, Jens, *The legacies of law: long-run consequences of legal development in South Africa, 1652-2000*, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2008, p. 702.

⁷⁰ DEMBOUR, Marie-Bénédicte, KELLY, Tobias, *op. cit.*, p. 8.

⁷¹ I principali casi qui esaminati sono : per l'ICTY: Blaskić, Brđanin, Galić, Gotovina, Hadzihasanović, Jelisić, Kordić e Čerkez, Krajišnik, Krstić, Milošević, Perisić, Prlić, Simić, Šešelj, Stakić e Tadić ; per l'ICTR: Akayesu, Barayagwisa e Ngeze, Bikindi, Kambanda, Kayishema e Ruzindana, Nahimana, Musema; per l'ICC: Lubanga.

accusa, di stimare la qualità e la preparazione dei periti e di identificare le differenti ragioni in base alle quali il Tribunale avrebbe dato spazio alle prove storiche.

La combinazione di metodi qualitativi e quantitativi e l'attenzione riservata alle motivazioni soggettive e agli schemi mentali degli attori legali colloca questo studio all'interno di un campo di studi giuridico-sociali delle istituzioni giuridiche internazionali contrassegnato da un approccio multidisciplinare. Nello specifico utilizzo i metodi e le teorie dell'antropologia giuridica per cercare di dare un senso tanto a ciò che fanno gli attori legali quanto a ciò che dicono di fare⁷². L'antropologia giuridica, sin dai suoi esordi, all'inizio del XX secolo, si è interessata, per citare Oliver Wendell Holmes, all'esperienza piuttosto che alla logica e al processo e alla pratica quotidiana piuttosto che al risultato finale. L'antropologia giuridica di solito prende come oggetto d'analisi i presupposti, gli atteggiamenti e i dibattiti interni non esplicitati nei tribunali, nel tentativo di mostrare come questi si plasmino e rispondano al processo decisionale giudiziario. Varie suggestioni sono emerse da dettagliati studi empirici della pratica legale, in particolare per quanto riguarda la frequente divergenza tra le regole formali e la procedura e tra le percezioni soggettive e la strategia degli attori legali⁷³.

L'ambito di indagine nei processi penali internazionali si spinge oltre gli storici e le prove storiche per accogliere altre forme di contestualizzazione o prove contestuali presentate dai periti⁷⁴. Coloro che testimoniano dinanzi all'ICTY, all'ICTR e all'ICC sono persone dotate di una formazione e di conoscenze specifiche che non si presentano come testimoni oculari o esperti di questioni pratiche, ma come esperti che forniscono informazioni sul contesto storico, sociale e politico, compresa l'etnia, la religione, l'identità razziale o nazionale, o su fattori di conflitto specifici come un collasso economico o il ruolo di media⁷⁵. Politologi, sociologi, antropologi,

⁷² Cfr.: CLARKE, Kamari, *Fictions of Justice: The International Criminal Court and the Challenge of Legal Pluralism in Sub-Saharan Africa*, New York, Cambridge University Press, 2009; DRUMBL, Mark. A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; ELTRINGHAM, Nigel, *Accounting for Horror: post-genocide debates in Rwanda*, London, Pluto Press, 2004; GOODALE, Mark, MERRY, Sally Engle, *The Practice of Human Rights: Tracking Law Between the Global and the Local*, New York, Cambridge University Press, 2007; MERRY, Sally Engle, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 2006; NUIJTEN, Monique, ANDERS, Gerhard (org.), *Corruption and the Secret of Law A Legal Anthropological Perspective*, Farnham, Ashgate, 2009; WILSON, Richard Ashby, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa*, cit.

⁷³ Questo approccio non è un esclusiva dell'antropologia e un eccellente resoconto del funzionamento interno di un tribunale penale internazionale è stato offerto dal criminologo e sociologo John Hagan. HAGAN, John, *Justice in the Balkans: Prosecuting War Crimes in the Hague Tribunal*, Chicago, University of Chicago Press, 2003.

⁷⁴ Con "prove contestuali" ci si riferisce al contesto storico, sociale o politico in cui si svolge un crimine; queste possono essere distinte dalle prove raccolte sulla scena del crimine, comprese quelle documentali, forensi o le testimonianze oculari più immediate.

⁷⁵ Questa è in qualche misura una distinzione arbitraria ed esistono aree di coincidenza fra queste figure. Alcuni testimoni oculari possono anche fungere da esperti in un contesto più ampio. Ad esempio il professor Fahrudin Rizanbegović dell'Università di Mostar, ha testimoniato nel processo contro il leader croato bosniaco Jadranko Prlić il 22 maggio 2006 riferendo delle dure condizioni in cui visse nel campo di concentramento di Dretelj.

esperti di arte, architetti e demografi hanno presentato prove nei tribunali internazionali e hanno contribuito a modellare le ricostruzioni storiche che venivano prodotte. Valutando le apparizioni in tribunale dei periti potremmo comprendere più a fondo come la giustizia penale internazionale gestisca gli approcci non legali alla conoscenza. Occuparsi dei rapporti tra l'approccio alla conoscenza giuridico e non giuridico rappresenta in qualche modo un allontanamento dalla tradizione accademica di studi sulle atrocità di massa, dal momento che quegli studiosi di diritto che sostengono che i tribunali penali possano svolgere un ruolo nella scrittura della storia tendono a enfatizzarne gli aspetti teatrali e drammatici. Mark Osiel ha sostenuto i «liberal show trials»⁷⁶ e Lawrence Douglas⁷⁷ si è concentrato sui momenti di grande drammaticità raggiunti a Norimberga⁷⁸. Questo saggio si interessa meno alla spettacolarizzazione o alla didattica giuridica, quanto piuttosto al modo in cui il diritto – inteso come sistema di conoscenza – filtri le prove e stabilisca una versione ufficiale del passato. Capire perché i tribunali riescono o falliscono nel compito di scrivere la storia richiede una comprensione almeno parziale di come i tribunali internazionali recepiscono, accettano o respingono i vari tipi di prove non legali sottoposti alla loro attenzione.

4. Ripensando i termini del dibattito

Occorre essere chiari sin dal principio circa il fatto che questo studio non sostiene la necessità di un ruolo più importante di quello attuale per la storia o per gli storici nei processi penali internazionali, poiché come sostiene in modo persuasivo un perito dell'accusa, «The court cannot be expected to do the work of historians. Lawyers and judges have their own purposes and methods, which are often not the same as those of the professional historian»⁷⁹. Già in precedenza⁸⁰, ho sostenuto come non dovremmo sovraccaricare le istituzioni postbelliche di troppi compiti diversi e potenzialmente contraddittori; lo stesso discorso vale per i tribunali penali internazionali⁸¹. Non esiste alcun mandato a narrare la storia di un conflitto armato nelle risoluzioni delle Nazioni Unite che istituiscono l'ICTY e l'ICTR, né nello Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 1998. Sebbene questi documenti a volte facciano riferimenti

⁷⁶ OSIEL, Mark, *op. cit.*, pp. 65-67.

⁷⁷ DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment*, cit., p. 4.

⁷⁸ Sulla didattica della storia nei processi sui crimini di guerra si veda: SIMPSON, Gerry J., «Didactic and Dissident Histories in War Crimes Trials», in *Albany Law Review*, 60, 3/1997, pp. 801-839.

⁷⁹ Dichiarazione rilasciata dal pubblico ministero il 15 luglio 2009 nell'ambito dell'inchiesta condotta dall'autore.

⁸⁰ WILSON, Richard Ashby, *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa*, cit.

⁸¹ Nettelfield offre un'osservazione simile sulle aspettative irrealistiche riguardo al possibile impatto dell'operato dell'ICTY sulla Bosnia-Erzegovina. NETTLEFIELD, Lara, *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina: The Hague Tribunal's Impact in a Postwar State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

imprecisi (di solito in eleganti preamboli) al modo in cui i procedimenti giudiziari potrebbero un giorno riconciliare le parti in causa, scoraggiare futuri conflitti e ripristinare la pace, questi sono in larga parte fronzoli diplomatici che hanno poca influenza sul lavoro quotidiano dei tribunali internazionali. Anche le risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite sono incoerenti su questo argomento. La Risoluzione 808 dell'ONU (23 febbraio 1993) dichiarava che un tribunale internazionale «would contribute to the restoration and maintenance of peace», ma la Risoluzione 827 (25 maggio 1993) delle Nazioni Unite ha istituito «an international tribunal for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia» (articolo 2, corsivo dell'autore).

I tribunali internazionali esistenti non sono progettati per svolgere altri compiti importanti come la riconciliazione o la deterrenza⁸². Sia l'ICTR che l'ICTY hanno tuttavia tardivamente creato programmi di sensibilizzazione che forniscono briefing, conferenze, workshop e film per il pubblico, i media e la magistratura locale presso gli uffici regionali in Ruanda e nell'ex Jugoslavia. Questi programmi educativi e informativi hanno suscitato opinioni discordanti⁸³. È anche vero, come sottolinea il procuratore dell'ICTY Dan Saxon⁸⁴, che la volontà di riconciliazione espressa dagli imputati riceve il plauso dei giudici del tribunale penale internazionale nelle loro sentenze. La Corte Penale Internazionale si è spinta probabilmente oltre ogni altra istituzione internazionale di giustizia permettendo la partecipazione dei legali rappresentanti dei sopravvissuti alla Trial Chamber⁸⁵. Per quanto significative e necessarie, queste iniziative rimangono circoscritte e nulla tolgono al fatto che la funzione principale dei tribunali internazionali sia quella di determinare la responsabilità penale individuale per le violazioni al diritto umanitario internazionale. La scrittura di una storia di più ampia prospettiva viene realizzata in modo più adeguato in altre sedi, principalmente da storici, politologi o altri scienziati sociali, che possono ovviamente attingere alle vasta mole di informazioni e documentazione rivelata nel corso dei processi internazionali.

Inoltre, l'introduzione in un processo del contesto storico e sociale non è sempre una cosa buona; ciò dipende dalla credibilità delle prove e dall'eventuale incidenza che possono avere sulle

⁸² L'ICTY venne creato a seguito delle risoluzioni dell'ONU 808 e 827, entrambe del 1993; l'ICTR venne invece creato a partire dalla risoluzione dell'ONU 955 del 1994.

⁸³ Sull'Outreach Program dell'ICTR, cfr.: PESKIN, Victor, «Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda», in *Journal of Human Rights*, 4, 2/2005, pp. 213-231; su quello dell'ICTY, cfr.: HAZAN, Pierre, *Justice in a Time of War: The True Story Behind the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, College Station, Texas A&M Press, 2004, pp. 190-191; KLARIN, Mirko, «The Impact of the ICTY Trials on Public Opinion in the former Yugoslavia», in *Journal of International Criminal Justice*, 7, 1/2009, pp. 89-96.

⁸⁴ SAXON, Dan, *op. cit.*

⁸⁵ Cfr.: BLATTMANN, René; BOWMAN, Kirsten, «Achievements and Problems of the International Criminal Court», in *Journal of International Criminal Justice*, 6, 4/2008, pp. 711-730; SCHIFF, Benjamin N., *Building the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 130, 133-134, 157.

accuse. I tribunali internazionali possono interpretare in modo decisamente errato la storia di un paese quando sottopongono a processo i casi di genocidio; questo avviene per via del loro desiderio di raggiungere un livello di certezza e determinatezza nella definizione di gruppi etnici che semplicemente non esiste. Vi è sempre la possibilità – e anche la probabilità – che la storia venga semplificata eccessivamente e utilizzata in modo improprio; che la concezione della storia nazionalista portata avanti dall'accusa sia eccessivamente deterministica o che la contestualizzazione dei crimini da parte della difesa si arroccchi in un *tu quoque* finalizzato a mitigare la condanna. Quando leader come Slobodan Milošević, Radovan Karadžić, Vojislav Šešelj si rappresentano in un processo, le discussioni storiche spesso degenerano in uno spettacolo spiacevole che può minare l'integrità del tribunale. Spogliati del loro potere ma ancora in grado di mettersi in mostra agli occhi dei loro sostenitori, tutti questi individui hanno continuato a lottare per la loro interpretazione autoreferenziale della storia.

Malgrado ciò, sono giunto a dubitare dell'opinione secondo la quale i tribunali internazionali sarebbero necessariamente predestinati a lasciare una documentazione storica misera delle violazioni di massa del diritto umanitario internazionale. Secondo i critici, i tribunali internazionali costituirebbero un fallimento per via delle ricostruzioni storiche che restituiscono, ma l'interpretazione della documentazione dei processi internazionali non è così semplice. Non è che le critiche delineate in precedenza siano in qualche modo fuorvianti o inappropriate, tuttavia non rappresentano la storia nel suo complesso e trascurano i resoconti storici di alta qualità dei conflitti armati che sono emersi. Inoltre trascurano ciò che accade effettivamente dietro le quinte, mentre ricercatori e pubblici ministeri sviluppano i loro casi, e nella Trial Chamber, quando gli storici rilasciano le loro testimonianze in qualità di esperti. Dobbiamo tenere conto delle regole probatorie liberali proprie del diritto penale internazionale, nonché dei nuovi imperativi legali per scrivere la storia e includere il contesto sociale e politico. Anche se i tribunali producono una storia insoddisfacente, possono fornire un insieme di prove che è inestimabile per gli storici: in questo senso il loro impatto come produttori di storia perdura a lungo dopo che i processi si sono conclusi.

I processi penali internazionali, pur non essendo esenti da colpe, hanno prodotto narrazioni storiche sui conflitti armati che hanno avuto una portata molto più ampia rispetto ai tribunali nazionali⁸⁶. Sia l'accusa che la difesa hanno presentato rapporti storici di periti che, se visti

⁸⁶ Un difetto che emerge chiaramente è il trattamento riservato ai testimoni dei fatti e in particolare alle testimonianze femminili nella Trial Chamber. Non sostengo che i tribunali internazionali o nazionali siano su questo punto preferibili alle commissioni per la verità. Cfr.: DEMBOUR, Marie-Bénédicte, HASLAM, Emily, «Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Crimes Trials», in *European Journal of International Law*, 15, 1/2004, pp. 151-177; DIXON, Rosalind, «Rape as a Crime in International Humanitarian Law: where to from here», in *European Journal of International Law*, 13, 3/2002, pp. 697-719, pp. 697, 705; MINOW, Martha, *op. cit.*; STOVER, Eric, WEINSTEIN, Harvey, *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; STOVER, Eric, *The Witnesses: War Crimes and the*

insieme nel loro complesso, costituiscono un prezioso compendio sulle origini e le cause di imponenti violazioni del diritto internazionale. Il contraddittorio ha sottoposto a verifica le prove a più riprese, anche se a volte ha portato a un approccio dalle prospettive più limitate di quanto sarebbe stato auspicabile. Forse la cosa più importante è che i tribunali internazionali siano riusciti a ottenere dai governi un'ampia documentazione archivistica che potrà essere esaminata da chi, nelle future generazioni, sarà interessato alla storia dei conflitti nei Balcani e in Ruanda negli anni Novanta.

Le sentenze di un processo contengono ampie deliberazioni sulle cause alla base di un conflitto armato e mostrano un maggiore interesse per le intenzioni degli autori di crimini contro l'umanità e il ruolo di singole azioni all'interno di una politica sistematica di persecuzione o sterminio. Numerose sentenze di tribunali internazionali intraprendono un percorso attento tra il minimalismo giuridico e la drammaturgia nazionalista. Considerato nel suo complesso, tutto questo costituisce un motivo convincente per ripensare quella prospettiva di vecchia data secondo cui la ricerca della giustizia e la scrittura della storia sarebbero intrinsecamente inconciliabili.

Inoltre, non ci sono prove a sostegno della tesi della Arendt secondo cui le discussioni storiche minerebbero il giusto processo e l'equità. Sia l'accusa che la difesa hanno usufruito dell'opportunità per presentare i propri periti storici e hanno efficacemente interrogato i periti dell'altra parte. Senza dubbio vi sono state occasioni in cui la testimonianza storica si è dimostrata irrilevante, erronea e persino decisamente di bassa lega, tuttavia se questa non ha di per sé causato una parodia del sistema legale, è proprio perché ha avuto un ruolo secondario rispetto ad altri tipi di prove materiali. La colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, in assenza di altre prove in grado di incriminarlo o scagionarlo, non sono mai dipese interamente dalla rilevanza storica degli eventi, sebbene le prove storiche e contestuali abbiano svolto un ruolo di supporto.

Per comprendere la loro qualità del tutto peculiare, dobbiamo capire come il quadro politico internazionale influenzi il lavoro dei tribunali penali internazionali. Questi ultimi non fanno parte del sistema di giustizia penale di alcuno Stato-nazione e questo conferisce un carattere particolare ai processi penali, al punto da richiedere una revisione delle critiche che sono state portate avanti in contesti nazionali e in occasione dei precedenti processi di Norimberga. Il diritto internazionale è un sistema ibrido, che amalgama il diritto anglo-americano basato sull'opposizione antagonista e il sistema di civil law che prevale in gran parte dell'Europa continentale, dell'America Latina, dell'Africa francofona e dell'Asia. Il diritto penale internazionale prende in prestito da questi sistemi preesistenti e genera a sua volta le proprie

Promise of Justice in The Hague, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005.

regole e procedure così come i precedenti legali, dando vita a un sistema giuridico *sui generis*, che deve essere preso sul serio. Inoltre, i tribunali internazionali si occupano regolarmente di crimini di ordine ed entità differenti da quelli convenzionalmente portati dinanzi a un tribunale penale nazionale. Uno dei più esperti procuratori dell'ICTY, Hildegard Retzlaff-Uertz, propone un'argomentazione convincente basata sulla natura peculiare dei crimini internazionali:

People criticize us for doing too much history but our task is different from a domestic jurisdiction [...] we have to prove a widespread and systematic attack upon a civilian population, so we have to explain the whole context of a crime, what was happening around it and how the crime was part of a plan. This cannot be avoided. As long as a crime against humanity is the crime we are prosecuting at the Tribunal, you have to know the background of the crime. That's why history discussions occur in cases. Even in the Foca case which was a crime-based case, you had to show the goals of the Bosnian Serb leadership. How is it possible not to talk about history⁸⁷?

Il dibattito storico è divenuto una caratteristica ineludibile di molti processi penali internazionali, nel bene e nel male. Questo non significa che le prove storiche saranno impiegate in ogni processo, ma solo che le discussioni contestuali emergono in momenti particolari, ad esempio nei processi a leader politici che sposavano un'ideologia etno-nazionalista radicale. Ai giudici dei tribunali internazionali viene regolarmente chiesto dalla difesa e dall'accusa di pronunciarsi su questioni di importanza storica e di scegliere tra spiegazioni storiche concorrenti. A volte i giudici possono negare che le loro sentenze evidenzino le cause alla base di un conflitto armato, come è avvenuto nel 2001 in occasione della sentenza Krstić: «The Trial Chamber leaves it to historians and social psychologists to plumb the depths of this episode of the Balkan conflict and to probe for deep-seated causes. The task at hand is a more modest one: to find, from the evidence presented during the trial, what happened during that period of about nine days»⁸⁸. Altri giudici internazionali accettano invece apertamente che l'indagine storica costituisca una parte fondamentale nella formulazione di una sentenza. Navanethem Pillay, un ex giudice del Tribunale penale internazionale per il Ruanda, ha affermato la necessità di fornire prove sulla storia e la cultura ruandese nei processi riguardanti la propaganda, come quello a Ferdinand Nahimana, proprietario della stazione radio RTLM che incitava gli hutu a uccidere i loro vicini tutsi⁸⁹:

⁸⁷ Intervista dell'autore, maggio 2006.

⁸⁸ *Prosecutor v. Radislav Krstić* (Case No. IT-98-33) Trial Chamber Judgment, IT-98-33-T, 2 agosto 2001. (d'ora innanzi "Krstić Trial Judgment"), §2. Per un resoconto dettagliato del processo Krstić, cfr. HAGAN, John, *op. cit.*, pp. 156-174.

⁸⁹ *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwisa, Hassan Ngeze* (Case No. ICTR-99-52), Trial Chamber Judgment, ICTR-99-52-T, 3 dicembre 2003, ("Nahimana Trial Judgment").

We were trying words, and it was more important to understand how people made sense of those words, so we required a cultural understanding of political speeches. We equated hate speech with a violent instrument. We had to look at the context to make sense of the impact of their words and not only culture, but history and tradition⁹⁰.

Perché la discussione storica è inevitabile, tralasciando la questione se questa sia o meno desiderabile? Il giudice Pillay ci fornisce la sua risposta⁹¹: perché è *legalmente rilevante*.

Mettendo in discussione la dichiarazione di Arendt sull'irrelevanza giuridica della storia nel processo ad Adolf Eichmann, le discussioni storiche si sono radicate nel contraddittorio delle aule dei tribunali internazionale e hanno mostrato di poter essere decisamente influenti sull'esito del processo. La storia non compare perché le parti sono impegnate nel raggiungimento di un commento storico di per se stesso, ma al contrario includono prove contestuali perché credono che li aiuti nel portare avanti il loro caso. Non si tratta perciò di stabilire se le parti producano una narrazione storica, ma come, in che misura e con quali metodi e motivazioni, secondo quali principi guida e presupposti e con quali conseguenze per l'esito del processo.

In parte la contestualizzazione storica ha guadagnato importanza nei processi internazionali perché risponde ai requisiti di un nuovo tipo di concetti legali come il genocidio e la persecuzione che richiedono che gli intenti discriminatori vengano provati. Questi crimini prevedono una dimensione collettiva in cui i crimini commessi contro gli individui sono il risultato diretto della loro appartenenza a specifici gruppi protetti, indicati nelle convenzioni internazionali. Dimostrare l'aspetto collettivo di crimini come il genocidio richiede un resoconto delle relazioni tra i gruppi nel corso del tempo; inoltre, il diritto penale internazionale prevede che i crimini contro l'umanità siano «diffusi e sistematici», un aspetto che implica un attento esame tanto della storia quanto del contesto sociale. Nei Balcani, ad esempio, singoli croati avevano commesso crimini su larga scala contro i serbi nelle aree della Croazia al confine con la Bosnia e contro i serbi e i musulmani all'interno della Bosnia. Per comprendere appieno gli eventi, la corte richiese informazioni affidabili sulla composizione etnica, nazionale e religiosa dei comuni in Croazia e Bosnia e un resoconto storico su come i nazionalisti croati considerassero le minoranze in Croazia e su come alcuni nazionalisti radicali rivendicassero alcune aree della Bosnia come parte della "Grande Croazia". L'accusa ha considerato questa prospettiva quando ha accusato il leader croato bosniaco Jadranko Prlić di aver preso parte: «a joint criminal enterprise to politically and militarily subjugate, permanently remove and ethnically cleanse Bosnian Muslims and other non-Croats in areas [...] which were claimed to be part of the Croatian Community (and later Republic)

⁹⁰ Intervista dell'autore, giugno 2007.

⁹¹ Sulla questione cfr. anche: WILSON, Richard Ashby, *Writing History in International Criminal Trials*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 69-169.

of Herceg-Bosna»⁹². Secondo l'accusa, i crimini erano motivati almeno in parte da aspirazioni nazionaliste di vecchia data, nella misura in cui «The territorial ambition of the joint criminal enterprise was to establish a Croatian territory with the borders of the Croatian Banovina, a territorial entity that existed from 1939-1941»⁹³.

Inoltre, il crimine di genocidio richiede che sia fornita la prova di un “intento speciale” da parte dell'imputato, noto nel linguaggio giuridico come *dolus specialis*. L'imputato deve essere stato a conoscenza e aver agito consapevolmente per perseguire una prolungata politica di sterminio – totale o parziale – di un gruppo protetto. Sebbene il genocidio non sia sempre premeditato, l'enfasi posta dai giudici internazionali sull'elemento dell'intento speciale comporta che il procedimento giudiziario può giungere a compimento se riesce a statuire un legame tra metodi violenti e obiettivi politici di lungo corso. I requisiti della *mens rea* (o “intenti criminali”) del genocidio e di altri crimini contro l'umanità impongono imperativi legali ai pubblici ministeri e alcuni di questi rendono molto probabile, se non inevitabile, fare ricorso alla storia. I pubblici ministeri che operano nei tribunali internazionali hanno fatto ricorso a prove storiche nei casi che coinvolgono i vertici, dove la distanza tra l'individuo e i crimini è maggiore. In tal modo, hanno impiegato la storia per descrivere i progetti nazionalisti come pianificati dall'alto, di lungo periodo e inclini a fare ricorso alla violenza. La difesa ha risposto in modi differenti: alcuni hanno sostenuto come il progetto nazionalista in questione sia sempre stato pacifico, mentre altri hanno abbracciato la prospettiva di “antichi odi” per sostenere una “difesa caotica”, che fa leva sul fatto che l'imputato non possa essere ritenuto responsabile di uno spontaneo e violento moto popolare.

La ricerca storica all'interno dei processi internazionali è quindi un'estensione dei requisiti richiesti dalle nuove categorie del diritto penale internazionale. La storia e il contesto sono parte integrante del processo del giudizio legale in quei casi che riguardano crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidi. Per quanto ne so, questo argomento non è stato impiegato nei tribunali penali internazionali istituiti negli ultimi due decenni. Tuttavia, il mio approccio è influenzato dal lavoro di studiosi come Lawrence Douglas, che ha sostenuto che gli imperativi legali fanno avanzare l'indagine storica collettiva sui crimini di massa⁹⁴. Douglas ha delle riserve riguardo alle critiche che convenzionalmente vengono fatte ai processi di Norimberga e, sebbene ammetta che i crimini contro gli ebrei non ne costituissero il fulcro, «[s]till, the extermination of the Jews was importantly explored and condemned at Nuremberg, especially as it was filtered through the freshly minted legal category of crimes against humanity»⁹⁵. L'idea di filtrare la storia attraverso le categorie dei crimini contro l'umanità e del genocidio è fondamentale per la mia

⁹² *The Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.* Case IT-04-74-T, Second Amended Indictment, 11 giugno 2008, §15.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ DOUGLAS, Lawrence, *The memory of judgment*, cit., pp. 4-7, 260-261.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 6.

comprensione del ruolo della storia nei tribunali internazionali e rispecchia la mia precedente formazione accademica.

Dal momento che le dispute storiche non sono scomparse dalle aule dei tribunali internazionali, vale la pena di identificare i problemi che sorgono e fornire suggerimenti per riformare il quadro esistente. Una definizione più chiara del ruolo delle testimonianze atte a ricostruire la storia e il contesto potrebbe ridurre l'ambiguità e la confusione su tutti i fronti: su quello degli avvocati dell'accusa e della difesa che chiamano in causa i periti e richiedono il loro intervento, su quello dei giudici che ascoltano le prove addotte dagli esperti e ne valutano il valore e, infine, su quello degli esperti che scelgono di comparire davanti a un tribunale internazionale e possono avere poca esperienza pregressa in termini di comparizioni in aula.

Corti e tribunali internazionali potrebbero fissare un programma di formazione adeguato ad allineare i periti con le convenzioni e i requisiti specifici richiesti dai processi internazionali; vi è anche la necessità di rafforzare la capacità dei giudici internazionali di comprendere e valutare la ricerca storica e sociale. Altre proposte sono di più ampia portata e implicano un'importante riorganizzazione del modo in cui le prove storiche sono formulate e introdotte nei tribunali penali internazionali: queste potrebbero coinvolgere strutture innovative e indipendenti dalla ricerca storica che separano gli esperti dalle parti in causa nel processo, nell'intento di liberare la testimonianza storica dagli aspetti più deleteri insiti nel contraddittorio.

L'AUTORE

Richard Ashby WILSON, Ph.D. presso la London School of Economics and Political Science, è Gladstein Distinguished Chair of Human Rights, Professore di Law and Anthropology presso la UConn School of Law, e fondatore e direttore dello Human Rights Institute presso la UConn. Si occupa di diritti umani e di giustizia di transizione e tiene corsi su diritto e società, giustizia post-conflittuale, e un corso interdisciplinare su antropologia, storia, diritto e filosofia dei diritti umani. È autore e curatore di 11 libri sui diritti umani internazionali, dell'umanitarismo, sulle commissioni per la verità e la riconciliazione, sui tribunali penali internazionali.

URL: < <http://www.studistorici.com/progett/autori/#Wilson>