

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DIPARTIMENTO DI STUDI INTERNAZIONALI  
DI DIRITTO ED ETICA DEI MERCATI



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E  
DIRITTO INTERNO IN MATERIA INTERNAZIONALE  
(X Ciclo)

**ABSTRACT**

TESI DI DOTTORATO IN  
LA STRUTTURA DEL REATO  
NELLA GIURISPRUDENZA DEI  
TRIBUNALI PENALI INTERNAZIONALI

**COORDINATORE**

Chiar. ma Prof.ssa  
GIULIANA ZICCARDI CAPALDO

**TUTORS**

Chiar. mo Prof. NICOLA BARTONE

Chiar. ma Prof.ssa ANNA ORIOLO

**DOTTORANDA**

Dott.ssa ANNA BUONO

Questa Tesi di Dottorato su: “La struttura del reato nella giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali”, dal punto di vista organizzativo, è suddivisa in tre parti.

La prima parte è dedicata allo sviluppo del diritto penale internazionale. Questo “darwinismo” è legato all’evoluzione dei Tribunali penali internazionali, da Norimberga ai cosiddetti Tribunali ibridi o internazionalizzati istituiti dalle Nazioni Unite, caratterizzati dalla natura “mista”, interna ed internazionale, della loro struttura e del diritto applicabile.

Questa parte si sofferma anche sul diritto penale calato nel contesto della giustizia internazionale nell’ottica della dottrina dal secondo dopoguerra ad oggi ed espone minuziosamente i problemi da risolvere in tale ambito: difficoltà nell’applicare le norme ai casi specifici, difficoltà nell’applicare il diritto penale internazionale in un contesto plurilingue (il caso *Krnjelac*); e, ultimo, non per ordine di importanza, i giudici internazionali come creatori di diritto: il caso *Vasiljević* ha enfatizzato questa funzione («Il principio nullum crimen sine lege non impedisce ad un tribunale di interpretare e chiarire gli elementi di un certo crimine, né impedisce il progressivo sviluppo della legge ad opera del Tribunale»).

La giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali per la ex-Jugoslavia ed il Ruanda, ha facilitato l’evoluzione del diritto penale internazionale, sia attraverso nuove interpretazioni delle norme esistenti, sia attraverso lo sviluppo di nuove e più appropriate norme.

Questa prima parte, nel suo capitolo finale, descrive in modo dettagliato i crimini internazionali: crimini di guerra, crimini contro l’umanità, genocidio e la definizione del crimine di aggressione dopo la Conferenza di Revisione dello Statuto di Roma svoltasi a *Kampala*.

La seconda parte affronta l’argomento centrale della Tesi.

Questa parte compie il tentativo di comparare gli elementi costitutivi del reato secondo la teoria tripartita, con la struttura dei crimini internazionali. Tuttavia, dai reati di diritto comune ai crimini internazionali, si riscontrano cambiamenti strutturali e sussiste il forte pericolo di confusione nel trasporre la relativa terminologia nel contesto internazionale senza spiegarne l’esatto significato.

La struttura tripartita consta di tre elementi fondamentali: fatto tipico (comprensivo dell’elemento materiale e dell’elemento soggettivo, consistente nel nesso psichico tra azione ed evento), antigiuridicità e colpevolezza.

La locuzione “fatto tipico” costituisce la più aderente traduzione del termine corrente *Tatbestand*.

A proposito dell’antigiuridicità, l’art. 31 dello Statuto della Corte penale internazionale che contempla “Motivi di esclusione della responsabilità penale” usa il termine “motivi” in luogo di “defenses”. Questa scelta terminologica è stata deliberatamente compiuta per evitare a priori le interpretazioni che il *common law* ne offre.

Allo stesso tempo, la norma non distingue tra cause di giustificazione e cause di esclusione della colpevolezza, almeno non esplicitamente. In realtà accorpa fattori di esclusione della responsabilità penale che tradizionalmente, nei sistemi di civil law, convergono nelle cause di giustificazione (legittima difesa), o nelle cause di esclusione della colpevolezza (infermità mentale, intossicazione) o in entrambe (“necessity” come causa di giustificazione, “duress” come causa di esclusione della colpevolezza).

Il bilanciamento degli interessi, è principio organizzativo centrale sotteso alla categoria delle cause di giustificazione e l’accezione tradizionale dello stato di necessità richiede che l’interesse tutelato superi di gran lunga l’interesse leso. Premesso che per i crimini di guerra, i crimini contro l’umanità ed il genocidio, non possono mai essere

invocate cause di giustificazione, è difficile applicare il principio del bilanciamento degli interessi alla *Makrokriminalität*.

A proposito delle cause di esclusione della responsabilità penale, la Tesi espone in modo dettagliato i casi *Erdemović* ed *Eav*.

In particolare, *Erdemović* affermò di avere commesso i crimini di guerra di cui era accusato sotto costrngimento psichico. Il Tribunale ha ritenuto che non fosse invocabile una norma di diritto internazionale consuetudinario, né fossero invocabili i “principi generali del diritto” a causa delle numerose divergenze tra le norme nazionali in merito. Infine, è prevenuto a “considerazioni politiche” per risolvere il caso sul piano internazionale. La sentenza *Erdemović* è giunta alla conclusione che la causa di giustificazione invocata dall'imputato non può essere ammessa per chi si sia reso colpevole della morte di civili innocenti.

La sentenza della Camera d'Appello è stata accompagnata dall'opinione dissenziente del giudice Antonio Cassese che ha sottolineato l'importanza del principio del *nullum crimen sine lege* e sostenuto che le “considerazioni politiche” sono estranee al mandato del Tribunale.

La colpevolezza psicologica si attegga anch'essa in modo peculiare nel contesto internazionale.

Un esame approfondito della giurisprudenza e dei tentativi di codificazione della parte generale del diritto penale internazionale e della struttura dei crimini internazionali, riconduce alla sistematica bipartita, articolata nella dicotomia anglo-americana *actus reus-mens rea*.

Tale sistematica è stata recepita dalla struttura di base dello Statuto della Corte penale internazionale ed è questo modello di *common law* a prevalere nella strutturazione del diritto sostanziale.

Il diritto penale internazionale ha adottato il principio della responsabilità penale individuale, emancipandosi dalla responsabilità collettiva. Tuttavia, ciò non significa che tale responsabilità sia divenuta irrilevante. Numerose sono le teorie sulla responsabilità penale: la responsabilità concorsuale, la responsabilità per fatto altrui, la responsabilità oggettiva, la responsabilità derivante dall'appartenenza ad una organizzazione criminale e dall'adesione al relativo piano criminale, la responsabilità del superiore gerarchico.

Una evidente evoluzione è legata alla responsabilità da comando: è stato affermato che anche il controllo *de facto* esercitato sui subalterni in assenza di una formale investitura di potere, è sufficiente per affermare la responsabilità del superiore gerarchico.

È difficile scorporare la responsabilità individuale nel contesto della *Makrokriminalität* e la *Joint Criminal Enterprise* (dal caso *Tadić* alla giurisprudenza della Camere straordinarie cambogiane) è diventata una necessità, insieme ad altre aberranti “costruzioni” giuridiche: in merito, dopo le sentenze della Corte penale internazionale (i casi *Lubanga*, *Katanga*, *Ngudjolo Chui*, *Al Bashir* e *Bemba Gombo*), si sono aperti nuovi scenari giuridici.

La colpevolezza normativa è un settore trascurato del diritto penale internazionale. Tuttavia, la giurisprudenza in materia è interessante e costituisce spunto per osservazioni critiche. In particolare, lo scopo della ricerca è verificare se le esigenze repressive prevalgano nel sistema della giustizia penale internazionale.

La casistica comprende i casi *Žigic* (intossicazione volontaria), *Landžo* e *Jelisić* (presunta infermità mentale parziale), *Erdemović*, *Došen* e *Todorović* (disturbo post-traumatico da *stress*).

*Žigic* riteneva che l'amputazione dell'indice subita, le complicanze post-operatorie, le permanenza in ospedale e la ripresa dell'assunzione di *alcohol* correlata ad una dipendenza precedente, avessero determinato un quadro clinico, temporalmente a ridosso della

commissione dei fatti riportati nei capi di accusa, tale da giustificare la valutazione come circostanza attenuante e dunque la mitigazione della pena.

Ma la giurisprudenza del Tribunale è ferma sul disconoscere all'intossicazione volontaria valore di circostanza attenuante.

Nel caso *Landžo* la difesa ha compiuto molte manovre analoghe a quelle compiute per pervenire alla soluzione di un cubo di *Rubik* per addurre una parziale infermità mentale. In particolare, il caso *Jelisić* enfatizzò il rapporto tra disturbi della personalità e colpevolezza. La sua personalità, che presenta tratti *borderline*, antisociali e narcisistici, e che è caratterizzata allo stesso tempo da immaturità e desiderio di compiacere i superiori, esercita un ruolo determinante nella commissione dei crimini.

Le parole ed il comportamento di *Goran Jelisić*, essenzialmente rivelano disturbi della personalità. In conclusione la Camera di Prima Istanza ha ritenuto che gli atti di *Goran Jelisić* non esprimessero l'intento genocidiario di distruggere in tutto o in parte un gruppo. Ma solo il genocidio è stato escluso: la Camera di Prima Istanza ha affermato la colpevolezza di *Jelisić* in ordine alle violazioni di leggi e costumi di guerra, saccheggio, omicidio, trattamenti crudeli ed altri atti inumani.

Per quanto riguarda il disturbo post-traumatico da stress, nel caso *Došen*, la difesa ha addotto che, nel periodo considerato, l'imputato sarebbe stato sottoposto a numerosi traumi sfociati in un disturbo post-traumatico da stress: dalla morte del suo primo figlio alla situazione a *Keraterm*.

La Difesa addusse altresì circostanze personali rilevanti ai fini della mitigazione della pena: *Damir Došen* aveva 25 anni all'epoca dei fatti ed aveva un basso livello di istruzione; aveva perso il suo primo figlio, immediatamente prima dello scoppio del conflitto; suo padre era morto nel febbraio 2000, tre mesi dopo il suo arresto; sua moglie era disoccupata e viveva con i loro due figli, di 8 anni e 16 mesi, e con sua madre, che soffriva di gravi disturbi mentali; infine, la sua famiglia viveva a *Prijedor* in difficili condizioni.

La conclusione del Dott. *Lecić-Tosevski* era che durante il periodo considerato era evidente nell'imputato una reazione acuta allo stress successivamente degenerata in sindrome post-traumatica da stress, a causa della morte del suo primo figlio e della situazione a *Keraterm*.

Il secondo perito, il Dott. *Najman*, non ha affrontato la specifica questione della ridotta capacità mentale, ma ha rilevato in *Došen* vulnerabilità, depressione e insicurezza dopo la morte del suo primo figlio. Il Tribunale concluse che la condizione di *Damir Došen* al momento in cui commise i crimini, non potesse dare luogo ad una mitigazione della pena.

Nel caso *Todorović*, la Camera Preliminare dispose la perizia ad opera di due esperti: la conclusione del Dott. *Soyka* fu l'esclusione in *Stevan Todorović* di disturbi mentali gravi o di qualsiasi altro disturbo psichiatrico nel periodo considerato, con l'esclusione, dunque, di una eventuale ridotta capacità; la conclusione del Dott. *Lecić-Tosevski* era che *Stevan Todorović* non fosse affetto da alcun disturbo di personalità, ma solo da *stress* post-traumatico a causa del pesante bombardamento della zona e la morte di parenti ed amici cui era conseguito l'abuso di *alcohol*.

La Camera di Prima Istanza rileva l'esclusione, ad opera di entrambi gli esperti, di disturbi della personalità dell'imputato, con una diversa conclusione, però, a proposito dello *stress* post-traumatico, che, non facendo registrare unanimità di vedute, non poteva assurgere a circostanza attenuante.

In generale, i Tribunali penali internazionali privilegiano esigenze repressive.

La terza parte si concentra sul rapporto tra la dimensione interna e quella internazionale del diritto penale. Tale rapporto, dalle prime convenzioni in materia penale,

alla “reattività” nazionale all’istituzione dei Tribunali *ad hoc*, fino all’adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale è intessuto di condizionamenti reciproci, con al centro l’immagine di una norma incriminatrice-*matrioska*, che sembra essere l’unico *éscamotage* interpretativo per sopperire all’ampio tasso di astrattezza e genericità che caratterizza le norme penali internazionali.

Un rapporto rappresentato con efficaci immagini della dottrina: dalla “penetrazione” del diritto internazionale nel diritto interno, agli “influssi” e “reflussi” fra ordinamento internazionale ed ordinamenti interni, al treno dell’esecuzione nazionale staccato dalla locomotiva della legge che ha autorizzato la ratifica dello Statuto di Roma. Fino alla desolazione della polvere dei cassetti ministeriali in cui giacciono disegni di legge mai divenuti tali, ultimo tratto di un quadro desolante che, fra esigenze e resistenze, raffigura un non-sistema segnato dall’ineffettività ed una Giustizia che può attendere.

In questo quadro desolante è riscontrabile una certezza: la giurisprudenza ha prodotto norme dal contenuto ibrido, per metà nazionale, per metà internazionale, una sorta di viso di Giano, emblema del diritto penale internazionale.

Ma è impossibile trasporre il diritto penale nazionale nel contesto internazionale senza i dovuti adattamenti. Nel giudizio *Erdemović*, l’energica opinione dissenziente del Giudice Cassese ha sottolineato l’importanza di considerare il contesto, respingendo trasposizioni acritiche e meccaniche.

Le osservazioni conclusive sono critiche: la giustizia penale internazionale è perfettibile e, in questi rilievi finali, è doveroso citare autorevole dottrina: “Ogni inizio di forme superiori di vita è incerto e difettoso”.

This final Thesis about: “The structure of crime according to jurisprudence of International Criminal Tribunals”, is organized into three parts.

The first part is devoted to development of international criminal law. This “Darwinism” is linked with evolution of International Criminal Tribunals, from Nuremberg to so-called hybrid or internationalized criminal courts created by the United Nations, marked by “mixed” nature, internal and international, of their structure and the applicable law.

This part focus also on criminal law into the context of international justice, according to Scholars, from the World War II up till today and details problems to solve in this matter: difficulties in applying international criminal law to special cases; difficulties in applying international criminal law into multilingual context (*Krnjelac* case-law); and, last but not least, international judges as a law-makers: *Vasiljević*, case-law emphasized this task («The principle of *nullum crimen sine lege* does not prevent a court from interpreting and clarifying the elements of a particular crime. Nor does it preclude the progressive development of the law by the court»).

The ICTY and ICTR jurisprudence has facilitated the evolution of international criminal law, both through the reinterpretation of the existing rules and through the development of new and more appropriate rules.

This first part, in its final chapter, details international crimes: war crimes, crimes against humanity, genocide and definition aggression after *Kampala* Conference on review of the Rome Statute.

Second part deals with principal topic of this Thesis: structure of crimes and international crimes.

Particularly, this part is an attempt to compare the constituent elements of crime according to “Tripartite theory” with the structure of international crimes. However, from “crimes” to “international crimes” there are structural changes and there is a strong danger of confusion if such terminology is transposed into the international context without explanation of its exact meaning.

The tripartite structure consists of basically three elements: elements of the offence (*actus reus* and descriptive *mens rea*), wrongfulness and culpability.

The phrase “elements of an offense” constitutes a better translation of the core term *Tatbestand*.

As regards wrongfulness, article 31 StICC, the provision of “Grounds for excluding criminal responsibility,” use term “grounds” instead of “defences”. This term was deliberately chosen to avoid from the start the established common law interpretations implied by this term. At the same time, the provision does not distinguish between justification and excuse, at least not explicitly. In fact, it mixes up exclusionary grounds which traditionally—in the civil law systems—belong either to the causes of justification (self-defence) or excuse (mental defect, intoxication) or—depending on their exact codification—to both (necessity as a justification, duress as an excuse).

Principle of interest balancing provides the central organizing principle behind the category of justification and the traditional defense of necessity requires that the interest protected substantially outweigh the interest harmed. Granted that war crimes, crimes against humanity and genocide can never been justified, it’s difficult apply (applicare) principle of interest balancing in *Makrokriminalität*.

As regards the grounds for excluding criminal responsibility, this Thesis details *Erdemović* and *Eav* case-law.

Particularly, *Erdemović*, claimed that he committed the criminal acts under duress (coercion). The Tribunal found that there had been neither a customary international rule on a legal consequence of duress nor any “general principles of law” because of the remarkable diversity among the relevant national rules. Finally, the introduction of an Anglo-American notion of “policy consideration” was proposed to conclude the matter at the international level.

The *Erdemović* judgment concluded that the defense of duress should not be admitted for a defendant charged with the killing of innocent persons. The judgment of the Appeals Chamber was accompanied by the dissenting opinion of Judge Antonio Cassese. Judge Cassese emphasized the principle of *nullum crimen sine lege* and argued that the investigation of “practical policy considerations” was extraneous to the task of our Tribunal.

Descriptive *mens rea* is particular to into international context. A comprehensive analysis of the case-law and codifications in International criminal law with regard to the General Part and the structure of crime results in a twofold system or bipartite structure along the lines of the Anglo-American *actus reus/mens rea-versus* defences dichotomy. The bipartite system is now incorporated into the basic structure of the ICC Statute and this model of the common law prevails in the design of the substantive law.

International criminal law has adopted the principle of individual responsibility, and individual criminal responsibility can be regarded an emancipation from collective responsibility. However, this does not mean that collective responsibility has become irrelevant to international criminal law. There are many liability theories: accomplice liability, vicarious responsibility, strict liability, membership of a criminal organisation, doctrine of common purpose, doctrine of command responsibility.

A great development is related to the command responsibility: it has now been established that also de facto control over subordinates can be sufficient for the assessment of command responsibility.

It's difficult to select personal fault in *Makrokriminalität*, and Joint Criminal Enterprise (from *Tadić* to jurisprudence of Extraordinary Courts of Cambodia) has become a necessity, with other aberrant juridical “constructions”: in this matter, after jurisprudence of International Criminal Court (*Lubanga, Katanga, Ngudjolo Chui, Al Bashir e Bemba Gombo* case-law) there are new juridical scenarios.

Normative *mens rea* is a dogmatic sector neglected in International Criminal Law. However, jurisprudence of ad hoc Tribunals is an interesting starting point for critical remarks. The aim of this research is to verify if the repressive requirements prevails in international criminal justice system.

Record of cases includes *Žigić* case-law (voluntary intoxication), *Landžo* and *Jelisić* case-law (alleged diminished mental capacity) and *Erdemović, Došen* and *Todorović* case-law (post-traumatic stress disorder).

*Žigić* submits that the injury to, and amputation of, his forefinger should be considered a mitigating circumstance. He argues that an expert-witness described it as a “serious injury” and that, as a result of a complication, his life was in danger and he was hospitalized for a period of six days. *Žigić* asserts that the injury was at its peak during the time-period covered by the Indictment. He contends that his resulting physical and mental states “directly influenced” the commission of the crimes and were the source of his criminal motives. It was allegedly the pain resulting from his injury, together with his previous addiction, that also caused him to consume extreme amounts of alcohol.

The jurisprudence of this Tribunal is clear that voluntary intoxication is not a mitigating factor.

In *Landžo* case-law the Defense carried out many manipulations to produce diminished mental capacity, like those to solve Rubik's cube.

Particularly, *Jelić* case-law emphasized relationship between *mens rea* and disturbed personality: this personality, which presents borderline, anti-social and narcissistic characteristics and which is marked simultaneously by immaturity, a hunger to fill a "void" and a concern to please superiors, contributed to his finally committing crimes.

The words and attitude of *Goran Jelić* essentially reveal a disturbed personality. In conclusion, the Trial Chamber considers the acts of *Goran Jelić* are not the physical expression of an affirmed resolve to destroy in whole or in part a group as such. But only genocide is excluded: the Trial Chamber ultimately found *Jelić* guilty of violations of the laws or customs of war, murder, cruel treatment, plunder and other inhumane acts..

As regards post-traumatic stress disorder, in *Došen* case-law, the Defence considers that, over the relevant period, *Došen* experienced multiple traumas and stresses transformed into a post-traumatic stress disorder.

The conclusion of Dr. *Lecić-Tosevski*'s examination of *Damir Došen* was that, during the relevant period, there was evidence of acute stress reactions, due to the death of his first baby and the situation in *Keraterm*, that in a later stage transformed into a post-traumatic stress disorder.

The second expert witness, Dr. *Najman*, did not deal in her report with the specific question of diminished mental capacity but considered that *Došen* was suffering from vulnerability, "depressiveness" and insecurity, especially after the traumatic event of the death of his first child.

But the Chamber concludes that *Damir Došen*'s condition at the time his crimes were committed was not one which could give rise to mitigation of sentence.

In *Todorović* case-law, the Trial Chamber ordered such an examination to be performed by two experts: the conclusion of Dr. *Soyka*'s examination of *Stevan Todorović* was that there was no evidence of a major mental disorder or any other psychiatric disorder for the relevant period and that there was no evidence of diminished capacity or responsibility; the conclusion of Dr. *Lecić-Tosevski*'s examination was that *Stevan Todorović* has no personality disorder as such, but that he had a post-traumatic stress disorder due to the heavy bombardment of the area, witnessing killings and the deaths of relatives and friends, and abused alcohol during the war.

The Trial Chamber observes that, while both experts concluded that *Stevan Todorović* was not suffering from a personality disorder during the relevant period, they differed in their conclusions with respect to the post-traumatic stress disorder.

Accordingly, this consideration will not be taken into account in mitigation of sentence.

Generally, jurisprudence of international criminal tribunals favours repressive requirements.

Third part of Thesis focus on the relationship between the domestic and international level of criminal law as well as models of law-enforcement and implementation of the Rome Statute.

The relationship between the domestic and international level of criminal law is interwoven with reciprocal influences, from past experiences with criminal conventions and internal "responsiveness" to the establishment of the *ad hoc* Tribunals, to the

implementation of the Rome Statute. In the middle of this relationship is the image of a criminal law-matryoshka, which appears to be the only way in which to compensate for international criminal law's characteristically high levels of abstractness and vagueness. Scholars represent this relationship with significant images: the "penetration" of international law into domestic law, the "influences" and "refluxes" between domestic and international legal orders, and the train of national implementing legislation of the Rome Statute detached from the locomotive of the law that authorized its ratification. Finally, there is the image of the Draft Bills covered with dust in ministerial drawers: this is the last brush-stroke in a distressing picture that, between needs and resistances, represents a non-system marked by ineffectiveness and a Justice that can wait.

In this distressing picture, there is a sure thing: the jurisprudence has produced ruling with a hybrid content, half domestic Law, half international Law, a Janus face, an emblem of international criminal law.

However, it's impossible transpose national criminal law into international context without adaptations. In *Erdemović* judgement the strong Dissenting Opinion of Judge Cassese emphasized the importance to consider the context, rejecting uncritical and automatic transposition.

Conclusive remarks are devoted to critical examination of international criminal law: international criminal justice is perfectible and in this conclusive remarks is only right and fair to quote authoritative Scholars: "Every beginning of superior life forms is doubtful and defective".