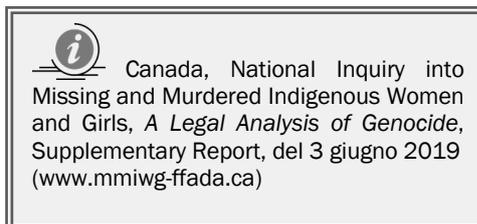


Diritto penale internazionale

Genocidio coloniale e responsabilità dello Stato

Sommario: 1. Premessa. – 2. La particolare natura del ‘genocidio coloniale’. – 3. L’accertamento dell’intento dello Stato di distruggere un popolo indigeno in quanto tale. – 4. La responsabilità dello Stato canadese per la commissione di un ‘genocidio coloniale’. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il 3 giugno 2019, la *National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls* (di seguito ‘*National Inquiry*’), i cui lavori avevano preso inizio il 1° settembre 2016 per volere del Governo canadese, ha reso pubblico il suo rapporto finale intitolato *Reclaiming Power and Place*, nel quale si afferma la responsabilità internazionale del Canada nell’aver perpetrato un genocidio nei confronti dei propri popoli indigeni, attraverso violenze poste in essere nei confronti di donne e ragazze appartenenti a quei popoli. L’annesso rapporto supplementare, intitolato *A Legal Analysis of Genocide*, qualifica tale genocidio come ‘genocidio coloniale’.



Quest’ultima formula, utilizzata in via generica nel dibattito storico per qualificare quegli atti di violenza continuata perpetrati nei confronti di popoli indigeni nell’epoca in cui erano soggetti a dominio coloniale (cfr., tra gli altri, J. Sarkin, *Colonial genocide and reparations claims in the 21st century. The Socio-Legal Context of Claims under International Law by the Herero against Germany for Genocide in Namibia, 1904-1908*, Westport, 2009; A. Laban Hinton, A. Woolford, J. Benvenuto (eds), *Colonial Genocide in Indigenous North America*, Durham/London, 2014), nel rapporto supplementare, assurge a dignità di categoria giuridica ben definita, andando ad ampliare la nozione di genocidio accolta dalla Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948 e riconosciuta comunemente come rispondente al diritto internazionale consuetudinario.

Invero, nel dibattito concernente la qualificazione degli atti di violenza perpetrati nei confronti dei popoli indigeni, non è una novità l’introduzione da parte del Canada di categorie che la Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio del 1948 ha escluso; basti qui citare il Rapporto finale, intitolato *Honouring the Truth, Reconciling for the Future*, reso pubblico il 23 luglio 2015 dalla Commissione verità e riconciliazione del Canada, nel quale è stato qualificato come ‘genocidio culturale’ la politica posta in essere, per più di un secolo, dal governo federale nei confronti dei popoli indigeni del paese (il Rapporto finale è disponibile su: www.trc.ca/websites/trcinstitution/File/2015/Exec_Summary_2015_06_25_web_o.pdf; per un commento si veda A. Caligiuri, “La Commissione verità e riconciliazione del Canada e la riscoperta del concetto di ‘genocidio culturale’”, in questa *Rivista* 2015, p. 705 ss.).

2. Dal punto di vista storico non si può non ricordare come il primo collegamento tra genocidio e colonialismo fu fatto da R. Lemkin, il quale, nel dare la definizione di genocidio nel Capitolo IX del suo *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government - Proposals for Redress* (Washington, 1944), affermava: «Genocide has two

phases: one, destruction of the national pattern of the oppressed group; the other, the imposition of the national pattern of the oppressor. This imposition, in turn, may be made upon the oppressed population which is allowed to remain or upon the territory alone, after removal of the population and the colonization by the oppressor's own nationals».

Tuttavia, il rapporto supplementare della *National Inquiry* si distingue per l'originalità delle modalità con cui la relazione tra colonialismo e violenza perpetrata ai danni dei popoli indigeni viene inquadrata in termini giuridici.

Innanzitutto, la *National Inquiry* afferma che «the definition of genocide in international law, as it stands, encompasses the past and current actions and omissions of Canada towards Indigenous Peoples» (v. par. b) *History of the Genocide Convention and Exclusion of Indigenous Perspectives*). Questa affermazione si fonda sul fatto che, pur riconoscendo come la definizione di genocidio contenuta nella Convenzione del 1948 sia il frutto di un processo negoziale condotto da Stati sovrani, compreso il Canada, che hanno escluso volutamente dal dibattito la prospettiva dei popoli indigeni, eliminando ogni riferimento al 'genocidio culturale', «the debate around 'cultural genocide' versus 'real' genocide is misleading, at least in the Canada context» (*idem*). Si noti che il rapporto supplementare, sebbene non espressamente, sovrappone i due concetti di 'genocidio culturale' e di 'genocidio coloniale', sovrapposizione concettuale che si verificerebbe solo quando il gruppo oggetto di genocidio sia un popolo indigeno per eventi riguardanti la dominazione coloniale.

Inoltre, la *National Inquiry* prende in considerazione nella commissione di un genocidio la prospettiva di genere, aspetto non contemplato dalla Convenzione del 1948, sottolineando che «Targeting victims in a gender-oriented manner destroys the very foundations of the group as a social unit and leaves long-lasting scars within a group's social fabric. It is inherent to its destruction» (v. part 2, par. c) – *Genocide and the Traditional Exclusion of Gender Perspectives*). Posto in questa prospettiva, il genocidio viene ritenuto essere la causa principale della violenza perpetrata contro le donne e le fanciulle indigene, non solo in ragione degli atti di genocidio che erano e ancora sono perpetrati nei loro confronti, ma anche a causa di tutte le vulnerabilità che esso produce nella società, quali morti e sparizioni, permeando tutti gli aspetti della odierna società canadese.

Infine, col fine di distinguere il 'genocidio coloniale' dalla nozione accolta nella Convenzione del 1948 (il c.d. 'Holocaust model'), la *National Inquiry* asserisce che «colonial destruction of Indigenous peoples has taken place insidiously and over centuries. The intent to destroy Indigenous peoples in Canada was implemented gradually and intermittently, using varied tactics against distinct Indigenous communities. These acts and omissions affected their rights to life and security, but also numerous economic, cultural and social rights. In addition to the lethal conduct, the non-lethal tactics used were no less destructive and fall within the scope of the crime of genocide. These policies fluctuated in time and space, and in different incarnations, are still ongoing. Without a clear start or end date to encompass these genocidal policies, colonial genocide does not conform with popular notions of genocide as a determinate, quantifiable event» (v. part 2, par. d) – *The Particular Nature of Colonial Genocide*). Ne consegue che il 'genocidio coloniale' risulta essere un 'atto composito', ovvero un atto illecito dello Stato svoltosi in decenni e composto da numerose attività e omissioni distinte che, nel loro complesso, violano il divieto di genocidio.

3. Come è noto l'elemento soggettivo che denota un crimine di genocidio è l'intento specifico (*dolus specialis*) di distruggere, in tutto o in parte, il gruppo protetto. Ad un primo approccio, l'individuazione di un tale intento attribuibile ad uno Stato sembra essere

un'operazione alquanto complessa rispetto alla possibilità di dimostrare l'intento genocidario di un individuo. Tuttavia, sul punto, la *National Inquiry* si è espressa in maniera inequivocabile, affermando che «a state's specific intent to destroy a protected group can only be proved by the existence of a genocidal policy or manifest pattern of conduct. This is particularly inescapable in the context of colonial genocide where, as already noted, the internationally wrongful act is slower, more insidious, structural, systemic, and often spans multiple administrations and political leadership». Dunque, l'intenzione genocidaria dello Stato deve essere dedotta dalla condotta complessiva tenuta dall'apparato statale e dalle peculiari circostanze in cui i fatti si sono svolti, senza la necessità di far discendere il *dolus specialis* dello Stato dall'intenzione specifica di uno o più dei suoi organi; in questo senso la *National Inquiry* segue la posizione assunta dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 3 febbraio 2015 nel caso *Applicazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio (Croazia c. Serbia)* (par. 373).

La *National Inquiry* si sofferma poi sulla definizione del termine 'distruzione'. Questa distruzione che è principalmente intesa nella giurisprudenza internazionale citata nel rapporto supplementare come distruzione 'fisica o biologica' di un gruppo, includerebbe anche la distruzione di un gruppo come 'unità sociale'. Si afferma, inoltre, che includere la distruzione di gruppi come unità sociali nell'ambito del concetto di 'distruzione' sarebbe coerente anche con l'approccio utilizzato dalla *National Inquiry* di mostrare una sensibilità alla dimensione di genere per comprendere l'intento genocida. Si rileva, pertanto, che concentrare l'indagine sugli omicidi di massa porterebbe ad ignorare completamente il modo in cui altri atti di genocidio inclusi nella definizione – che spesso colpiscono in modo sproporzionato le donne e le ragazze – concorrano a distruggere le basi stesse di un gruppo come unità sociale, lasciando cicatrici di lunga durata all'interno del tessuto sociale del gruppo stesso che sono collegate alla realizzazione della sua distruzione. Dunque, il rapporto mette in evidenza l'esistenza in Canada di un modello di politica di genocidio che è stata attuata, ad esempio, con l'adozione dell'*Indian Act*, del sistema delle scuole residenziali, della pratica del *Sixties Scoop* e della sterilizzazione forzata delle donne indigene. Attraverso queste politiche, il Canada avrebbe manifestato l'intenzione di distruggere le popolazioni indigene fisicamente, biologicamente e come unità sociali. Queste politiche sono persistite fino ai giorni nostri e hanno avuto impatti devastanti sulle comunità indigene, in particolare donne e ragazze.

Tuttavia, l'affermazione secondo cui il genocidio vada inteso anche come distruzione di un gruppo in quanto unità sociale risulta essere problematica alla luce dell'attuale stato del diritto internazionale.

Sebbene il rapporto fondi questa sua conclusione su due sentenze della Camera preliminare del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (v. ICTY, *Prosecutor v Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, IT-02-60-A, sentenza del 17 gennaio 2005, par. 666; *Prosecutor v Momčilo Krajišnik*, IT-00-39-T, sentenza del 27 settembre 2006, par. 854), nonché su una decisione del 2007 della Corte europea dei diritti umani (v. *Jorgić c Germania*, ricorso n. 74613/01, sentenza del 12 luglio 2007, paragrafi 103 e 105), la *National Inquiry* ha tralasciato di esaminare la giurisprudenza successiva. In effetti, l'ICTY stesso ha mutato orientamento rispetto alla sua passata posizione. L'esempio più recente può essere visto nella decisione della Camera preliminare nel caso *Karadžić* del 2016 (v. *Prosecutor v. Karadžić*, IT-95-5/18-T, sentenza del 24 marzo 2016, par. 553), nella quale si afferma: «The Genocide Convention and customary international law prohibit only the physical and biological destruction of a group, not attacks on cultural or religious property or symbols of the group. However, while such attacks may not constitute underlying

acts of genocide, they may be considered evidence of intent to physically destroy the group. Forcible transfer alone would not suffice to demonstrate the intent to ‘destroy’ a group but it is a relevant consideration as part of the Chamber’s overall factual assessment». Anche la Corte internazionale di giustizia, nel caso sull’*Applicazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio (Croazia c. Serbia)*, peraltro citato in altro contesto nel rapporto supplementare, ha rigettato la posizione della Croazia in base alla quale l’intento genocidario non fosse limitato all’intento di distruggere fisicamente il gruppo ma includesse anche l’intento di arrestare il funzionamento del gruppo in quanto unità. La Corte ha chiaramente sottolineato come il genocidio culturale sia stato espressamente escluso dall’oggetto e dallo scopo della Convenzione del 1948 e che gli atti elencati all’art. II della Convenzione, alle lettere b) ed e), pur non riguardanti direttamente la distruzione fisica del gruppo protetto vanno intesi come atti che conducono a raggiungere la distruzione del gruppo protetto, in quanto tale (v. paragrafi 134-136). Nella stessa sentenza, la Corte esclude peraltro che il fenomeno della pulizia etnica sia ricompreso nella nozione di genocidio (v. paragrafi 162, 477 e 510). La stessa posizione, tesa ad escludere una interpretazione estensiva della nozione di genocidio, è stata espressa di recente dalle Camere straordinarie nelle corti della Cambogia (ECCC) nel caso contro Nuon Chea e Khieu Samphan (Case File/Dossier No. 002/19-09-2007/ECCC/TC, sentenza del 16 novembre 2018, paragrafi 799-801).

4. La *National Inquiry* sottolinea che sebbene, storicamente, lo sviluppo del diritto penale internazionale si sia focalizzato sulla responsabilità penale individuale per il crimine di genocidio, il diritto internazionale ammette anche la responsabilità dello Stato per la commissione di atti illeciti; pertanto la sua indagine si è concentrata sulla responsabilità del Canada per la commissione di un ‘genocidio coloniale’.

Nel rapporto finale sarebbe chiaramente indicato l’intento genocidario del Canada, in quanto Stato, di distruggere i popoli indigeni; la prova risiederebbe nelle politiche coloniali del paese attuate da successive amministrazioni politiche sin dal 1700 e mantenute nel corso di decenni, comprendenti numerosi atti e omissioni a danno di quei popoli indigeni. Tutto ciò, nel suo complesso, avrebbe comportato una violazione del divieto internazionale di commettere genocidio da parte dello Stato canadese (v. par. 4 del rapporto supplementare, intitolato *Canada’s specific intent to destroy indigenous peoples (mens rea)*). Questa conclusione, benché accolta dal Governo canadese (v. le dichiarazioni del primo ministro canadese J. Trudeau in C. Tunney, “Trudeau says deaths and disappearances of Indigenous women and girls amount to ‘genocide’”, *CBC News*, disponibile su www.cbc.ca/news/politics/trudeau-mmwig-genocide-1.5161681) solleva alcune perplessità.

Innanzitutto, come indicato nell’art. 13 del Progetto di Articoli sulla responsabilità dello Stato per atti illeciti del 2001, un atto di uno Stato non dovrebbe costituire una violazione di un obbligo internazionale a meno che lo Stato non sia vincolato dall’obbligo nel momento in cui si verifica l’atto. La *National Inquiry* afferma che la distruzione dei popoli indigeni ha avuto luogo nel corso di secoli; tuttavia, non si sofferma in alcun modo sul momento in cui il divieto di genocidio si è affermato nell’ordinamento internazionale. È ovvio che quegli atti o omissioni commesse dal Canada a danno dei popoli indigeni nel XVIII o nel XIX secolo non possano essere qualificati come genocidio se consideriamo che il divieto di commettere un tale crimine si afferma nell’ordinamento internazionale sul piano consuetudinario solo a partire dal 1945 (v., in tal senso, Corte europea dei diritti umani, caso *Vasiliauskas c. Lituania* [GC], ricorso n. 35343/05, sentenza del 20 ottobre 2015, par. 172) e che la Convenzione sul genocidio non ha un’applicazione retroattiva (v.

in tal senso Corte internazionale di giustizia, *Applicazione della Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio (Croazia c. Serbia)*, cit., paragrafi 95-96).

Il rapporto, inoltre, sottolinea come il 'genocidio coloniale' sia un atto composito. Tuttavia, sempre facendo riferimento agli Articoli sulla responsabilità dello Stato, in particolare all'art. 15 e al suo commentario, emerge che un atto composito dello Stato si può ritenere illecito solo alla luce del principio intertemporale. Pertanto, se il divieto di genocidio non esisteva all'inizio della messa in atto della condotta statale, nel XVIII e nel XIX secolo, solo le azioni o le omissioni che si sono verificate dopo che il divieto si è formato sul piano internazionale possono essere ritenute internazionalmente illecite.

Infine, la proclamata responsabilità del Canada per la commissione di un 'genocidio coloniale' fa sorgere dubbi circa la corretta individuazione del soggetto statale a cui attribuire l'eventuale condotta illecita. In effetti, nel XVIII, quando il genocidio contro i popoli indigeni del Canada ha avuto inizio, il Canada stesso non esisteva come soggetto dell'ordinamento internazionale; i territori di quello che oggi costituiscono il Canada erano sotto sovranità della Corona britannica come territori coloniali. Solo il 1° luglio 1867, con l'approvazione del *British North America Act*, da parte del Parlamento di Londra, il *Dominion of Canada* sarà ufficialmente stabilito come entità dotata di autogoverno nell'ambito dell'Impero britannico (questa data in Canada è festeggiata come Giornata dell'Indipendenza) e solo con l'adozione dello Statuto di Westminster dell'11 dicembre 1931 il *Dominion of Canada* riceverà l'indipendenza formale. Pertanto, a meno di non ritenere che il Canada indipendente in quanto stato successore dell'Impero britannico porti con sé la responsabilità degli atti di genocidio commessi prima del 1931, si sarebbe dovuto ritenere, più opportunamente, il Canada odierno responsabile solo di quegli atti internazionalmente illeciti commessi dopo la sua formale costituzione come soggetto dell'ordinamento internazionale. D'altronde, in un caso analogo affrontato in Australia, il *Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families* del 1997 (disponibile su: www.humanrights.gov.au/sites/default/files/content/pdf/social_justice/bringing_them_home_report.pdf), prendendo in considerazione l'elemento intertemporale e constatando che il genocidio è stato criminalizzato a livello internazionale con la conclusione della Convenzione del 1948, ha affermato che: «The Australian practice of Indigenous child removal involved both systematic racial discrimination and genocide as defined by international law. Yet it continued to be practised as official policy long after being clearly prohibited by treaties to which Australia had voluntarily subscribed».

5. Sebbene le conclusioni della *National Inquiry* siano state accolte dal Governo canadese, nel paese il dibattito sull'opportunità di qualificare come genocidio atti di violenze continue subite dai popoli indigeni nel corso di secoli non ha trovato nel tempo un consenso unanime (v., sul punto, A. Woolford, J. Benvenuto, "Canada and colonial genocide", in *Journal of Genocide Research* 2015, p. 373 ss.). Sul piano internazionale, invece, si devono registrare le reazioni positive della *Rapporteur* delle Nazioni Unite sui popoli indigeni V. Tauli-Corpuz (www.ledesvoir.com/politique/canada/556653/autochtones-enquete-de-l-onu-souhaitee) e dell'Alto commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani M. Bachelet (www.cbc.ca/news/politics/stefanovich-un-national-inquiry-genocide-response-1.5174855) che hanno auspicato una indagine internazionale sui fatti oggetto dei lavori della *National Inquiry* e la posizione del Segretario generale dell'Organizzazione degli Stati Americani, L. Almagro, che ha proposto di affiancare alle indagini nazionali un meccanismo di investiga-

zione interamericano (v. Lettera indirizzata al Ministro degli affari esteri canadese del 3 giugno 2019, doc. OSG/176-19).

A conclusione di questa disamina è comunque opportuno ribadire che la definizione di ‘genocidio coloniale’ non risulta essere accolta dal diritto internazionale. Altra cosa è, invece, segnalare come gli Stati non si siano mostrati insensibili al rischio che i popoli indigeni possano essere oggetto di un genocidio e abbiano sottolineato espressamente l’esistenza del diritto collettivo di ogni popolo indigeno a non essere sottoposto a genocidio, come si evince dall’art. 7, par. 2, della Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni del 2007 e dall’art. XI della Dichiarazione americana sui diritti dei popoli indigeni del 2016. Rimane da constatare che queste affermazioni non si riferiscano in alcun modo a situazioni del passato coloniale e riguarderebbero solo situazioni future.

Andrea Caligiuri*

ABSTRACT. Colonial Genocide and State Responsibility

The paper aims to analyze the concept of ‘colonial genocide’ elaborated by the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls in its report published on 3 June 2019 and the international responsibility of Canada for its wrongful act according to the current international law.

Keywords: colonial genocide; physical or biological genocide; cultural genocide; indigenous Peoples; social unit; *mens rea*.

* Professore associato di Diritto internazionale nell’Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Giurisprudenza, Piaggia dell’Università, 2 – 62100 Macerata, andrea.caligiuri@unimc.it.