(a cura di)
Fabio Iadeluca

Crimini di guerra e contro l'umanità

Fatti • Documenti • Prospettive

Liberare Maria dalle mafie

Dipartimento di analisi studio e monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi

Dipartimento di analisi, studi e monitoraggio dei delitti ambientali, dell'ecomafia, della tratta degli esseri umani, del caporalato e di ogni altra forma di schiavitù

Approfondimenti
Volume IV

Stragi, eccidi e relativi processi

Pontificia Academia Mariana Internationalis
Città del Vaticano

Elenco autori

Il dizionario enciclopedico è stato realizzato da:

- Prof. P. Stefano Cecchin, Presidente della Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede;
- Fr. Marco Mendoza, Segretario della Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede. Accademico Pontificio;
- Prof. Gian Matteo Roggio, Direttore dei Dipartimenti e degli Osservatori della Pontificia per l'analisi, lo studio e il monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi, Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede. Accademico Pontificio;
- Gianfranco Calandra, Accademico Pontificio;
- Prof. Fabio Iadeluca, Coordinatore dei Dipartimenti e degli Osservatori per l'analisi, lo studio e il monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi, la Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede. Accademico Pontificio.

fatta eccezione per quanto riguarda le voci di seguito indicate con i rispettivi autori:

- Dott. Maurizio Block, *Saggi - Introduzione*
  Procuratore generale militare della Corte di cassazione. Accademico Pontificio.
- Col. Sebastiano La Piscopìa, *Saggi - La tutela dell'ambiente nei conflitti armati: evoluzione e limiti del diritto pattizio internazionale*
  Procura generale militare della Corte di cassazione. Accademico Pontificio.
- Prof. Antonio Scaglione, *Saggi - I processi penali per i crimini di guerra nazifascisti in Italia (1943-1945)*
  È stato Professore ordinario di Procedura penale e Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, nonché Vicepresidente del Consiglio della Magistratura militare. È autore di oltre centrotrenta pubblicazioni giuridiche. Accademico Pontificio.
- Prof. Francesco Callari, *Saggi - Azione civile nei processi penali militari italiani per crimini nazisti*
  È Docente di Diritto processuale penale nell'Università di Palermo (Dipartimento di Giurisprudenza), ove insegna Ordinamento giudiziario, nonché Magistrato Onorario della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo e Teaching Fellow at the RWTH Aachen University in Germania. Egli è, inoltre, Accademico Pontificio e Socio della Società Siciliana per la Storia Patria, nonché componente di altre autorevoli Istituzioni culturali, oltre a far parte del Comitato scientifico ed editoriale di importanti Riviste e Collane giuridiche. È Autore di oltre cento pubblicazioni anche internazionali.
- Prof. Avv. Pierpaolo Rivello, *Saggi - I processi per i crimini nazifascisti perpetrati in Italia*
  Procuratore generale militare emerito presso la Corte di cassazione.
  Docente di diritto penale e penitenziario presso il Dipartimento di cultura, politica e società dell'Università di Torino.
- Gen. B. Antonio Zaccaria, *Saggi - L'antisemitismo del XX secolo. L'eredità della Shoah ... tra estremismi ideologici e negazionismo*
  Procura generale militare della Corte di cassazione. Accademico Pontificio.
- Dott. Francesco Pillitteri, *Saggi - Lo stupro*
  Cultore di Scienze Filosofiche, Psicologo, Psicoterapeuta, Dirigente della Asl Roma 2 c/o Unità Operativa Complessa Salute Mentale Penitenziaria e Psichiatria Forense del Polo Penitenziario di Rebibbia. Accademico Pontificio.
- Dott.ssa Giuliana La Marca, *Saggi - Lo stupro*
  Ufficiale di Complemento della Riserva Selezionata dell'Arma dei carabinieri in qualità di Capitano, Psicologa, Psicoterapeuta, Dirigente presso Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo.
- Prof. Avv. Roberto De Vita, *Saggi - Il negazionismo e il terreno fertile della società contemporanea*
  Direttore del Dipartimento Giustizia, Presidente dell'Osservatorio Cybersecurity dell'Eurispes, Accademico Pontificio.
- Avv. Marco Della Bruna, *Saggi - Il negazionismo e il terreno fertile della società contemporanea*
  Docente aggiunto per la Scuola di Polizia Economico-Finanziaria della Guardia di Finanza, Componente dell'Osservatorio Cyber Security Eurispes

La pubblicazione di quest'opera è stata possibile grazie al contributo della
Casa Editrice Armando Curcio Editore, della società di eventi Events 3.0 s.r.l.
e dell'Associazione 7 Colonne.

ISBN 978-88-89681-56-5

© Edizioni della
Pontificia Academia Mariana Internationalis
00120 - Città del Vaticano - 2024

A Papa Francesco luce della nostra speranza

Cari fratelli e sorelle,
distinti Capi e rappresentanti delle Chiese e Comunità ecclesiali e delle religioni del mondo,
cari amici,

sono passati venticinque anni da quando il beato Papa Giovanni Paolo II invitò per la prima volta rappresentanti delle religioni del mondo ad Assisi per una preghiera per la pace. Che cosa è avvenuto da allora? A che punto è oggi la causa della pace? Allora la grande minaccia per la pace nel mondo derivava dalla divisione del pianeta in due blocchi contrastanti tra loro. Il simbolo vistoso di questa divisione era il muro di Berlino che, passando in mezzo alla città, tracciava il confine tra due mondi. Nel 1989, tre anni dopo Assisi, il muro cadde - senza spargimento di sangue. All'improvviso, gli enormi arsenali, che stavano dietro al muro, non avevano più alcun significato. Avevano perso la loro capacità di terrorizzare. La volontà dei popoli di essere liberi era più forte degli arsenali della violenza. La questione delle cause di tale rovesciamento è complessa e non può trovare una risposta in semplici formule. Ma accanto ai fattori economici e politici, la causa più profonda di tale evento è di carattere spirituale: dietro il potere materiale non c'era più alcuna convinzione spirituale. La volontà di essere liberi fu alla fine più forte della paura di fronte alla violenza che non aveva più alcuna copertura spirituale. Siamo riconoscenti per questa vittoria della libertà, che fu soprattutto anche una vittoria della pace. E bisogna aggiungere che in questo contesto si trattava non solamente, e forse neppure primariamente, della libertà di credere, ma anche di essa. Per questo possiamo collegare tutto ciò in qualche modo anche con la preghiera per la pace.

Benedetto XVI
Giornata di riflessione, dialogo e preghiera
"Pellegrini della verità, Pellegrini per la Pace (Estratto)
Assisi, Basilica di Santa Maria degli Angeli
Giovedì, 27 ottobre 2011

Ringraziamenti

Il più grande ringraziamento va a Papa Francesco, che ha voluto il percorso dei Dipartimenti e degli Osservatori come segno della carità, della giustizia, della solidarietà e della verità che la Chiesa, guardando alla madre di Gesù, sente di dover annunziare a tutti i costi e con tutti.

Un ringraziamento particolare va a S.E. Card. Pietro Parolin Segretario di Stato di Sua Santità.

Il mio profondo e affettuoso pensiero va alla memoria del Primo Presidente Emerito della Corte di Cassazione dott. Giorgio Santacroce, maestro fondamentale ed insostituibile dei miei studi.

Inoltre, nel licenziare quest'opera sento il dovere di ringraziare le tantissime Autorità civili, militari ed ecclesiastiche che da anni sono un punto di riferimento imprescindibile per i miei studi:

- Prof. Sergio Mattarella, Presidente della Repubblica;
- S.E. Card. José Tolentino de Mendonça, Prefetto del Dicastero per la Cultura e l'Educazione;
- Dott.ssa Margherita Cassano, Primo Presidente della Corte di cassazione;
- Don Luigi Ciotti;
- P. Stefano Cecchin, Presidente della Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede;
- P. Gian Matteo Roggio, Direttore dei Dipartimenti e degli Osservatori della Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede per l'analisi, studio e monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi;
- P. Marco Mendoza, Segretario della Pontificia Academia Mariana Internationalis;
- Mons. Francesco Oliva, Vescovo della diocesi di Locri-Gerace. Accademico Pontificio;
- Pres. Pietro Curcio, Primo Presidente della Corte di cassazione;
- Pres. Giovanni Mammone, Primo Presidente Emerito della Corte di cassazione;
- Pres. Ernesto Lupo, Primo Presidente Emerito della Corte di cassazione;
- Pres. Giovanni Mammone, Presidente Emerito della Corte di cassazione;
- On. Rosy Bindi, già Presidente della Commissione parlamentare antimafia;
- Proc. Maurizio Block, Procuratore generale militare della Corte di cassazione;
- Pres. Antonino Balsamo, Presidente del Tribunale di Palermo;
- Pres. Pasquale Fimiani, Avvocato generale presso la Corte di cassazione;
- Prof. Avv. Pierpaolo Rivello, Procuratore generale militare Emerito presso la Corte di cassazione;
- Cons. Stefano Tocci, Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione;
- Cons. Eugenia Pontassuglia, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Taranto;
- Cons. Renato Nitti, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trani;
- Cons. Maria Vittoria De Simone, Procuratore aggiunto della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Pres. Luciano Panzani, già Presidente della Corte d'Appello di Roma;
- Cons. Giovanni Tartaglia Polcini, Magistrato ordinario - Consigliere Giuridico;
- Cons. Franca Imbergamo, Sostituto procuratore della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Cons. Salvatore Dolce, Sostituto procuratore della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Cons. Michele Del Prete, Procuratore aggiunto della Repubblica presso il Tribunale di Napoli;
- Cons. Eugenia Pontassuglia, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Taranto;
- Cons. Giuseppe Gatti, Sostituto procuratore della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Cons. Anna Canepa, Sostituto procuratore della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Cons. Roberto Sparagna, Sostituto procuratore della Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo;
- Prefetto Vittorio Rizzi, Vice Direttore generale vicario della Pubblica sicurezza;
- Vicedirettore Generale della P.S., Direzione Centrale della Polizia Criminale;
- Prof. Nando dalla Chiesa, ordinario di Sociologia della criminalità organizzata all'Università degli studi di Milano;
- Prefetto Bruno Corda, Direttore dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità;
- Dott. Ubaldo Leo, Sostituto procuratore della Repubblica presso il tribunale di Trani;
- Dott.ssa Giuseppina Latella, già Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minori, di Roma;
- Dott. Antonio Sabino, Procuratore del Tribunale Militare di Roma;
- Cons. Stefania Paparazzo, Sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catanzaro;
- Prof. Avv. Francesco Paolo Tronca;
- Prefetto Annapaola Porzio;
- Dott. Giuseppe Albenzio, già Vice Avvocato generale dello Stato;

- Dott. Stefano Delfini, Dipartimento della Pubblica sicurezza Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizio Analisi Criminale;
- Prof. Antonio Scaglione, già Vicepresidente del Consiglio della magistratura militare;
- Prof. H.C. Pier Luigi Maria dell'Osso, già Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Brescia;
- Cons. Marisa Manzini, Sostituto procuratore generale di Catanzaro;
- Cons. Giovambattista Tona, Consigliere presso la Corte d'Appello di Caltanissetta;
- Cons. Costantino De Robbio, Scuola Superiore della Magistratura di Firenze;
- Cons. Graziella Luparello, Giudice per le indagini preliminari presso Tribunale di Caltanissetta;
- Cons. Simone Petralia, giudice del Tribunale di Caltanissetta;
- Dott. Francesco Mandoi, già Magistrato di collegamento, presso il Ministero della Giustizia della Repubblica d'Albania, Tirana;
- Prof. Avv. Roberto De Vita, Direttore del Dipartimento Giustizia e Presidente dell'Osservatorio Cybersecurity dell'Eurispes;
- Prof. Francesco Callari, Professore presso l'Università degli Studi di Palermo;
- Gen. B. Antonio Zaccaria, Procura generale militare presso la Corte di Cassazione;
- Col. Sebastiano La Piscopia, Procura generale militare presso la Corte di Cassazione;
- Gianfranco Calandra, Accademico Pontificio;
- Dott. Alfonso Quintarelli, Avvocato e Criminologo presso la Sapienza Università di Roma;
- Dott. Avv. Cosmo Cesare Cosentino, Consiglio superiore della magistratura;
- Dott.ssa Maria Maddalena Giungato, Avvocato del Foro di Roma;
- Dott.ssa Giuliana La Marca, Ufficiale di Complemento della Riserva Selezionata dell'Arma dei Carabinieri in qualità di Capitano, Psicologa, Psicoterapeuta, Dirigente presso Agenzia di Tutela della Salute di Bergamo.
- Dott. Francesco Pillitteri, cultore di Scienze Filosofiche, Psicologo, Psicoterapeuta, Dirigente della Asl Roma 2 c/o Unità Operativa Complessa Salute Mentale Penitenziaria e Psichiatria Forense del Polo Penitenziario di Rebibbia. Accademico Pontificio;
- Dott. Antonio Pignataro, Dirigente Generale della Pubblica Sicurezza;
- Dott.ssa Federica Cabras, Accademico Pontificio;
- Avv. Marco Della Bruna, Docente aggiunto per la Scuola di Polizia Economico-Finanziaria della Guardia di Finanza, Componente dell'Osservatorio Cyber Security Eurispes.

Un sentito ringraziamento va inoltre,
- alla Prof.ssa Cristina Siciliano Vicepresidente dell'Armando Curcio Editore, punto di riferimento imprescindibile per la realizzazione dell'opera;
- al Brigadiere Maurizio Tevere insostituibile collaboratore e punto di riferimento.

Inoltre, un sentito ringraziamento, per avermi dato la possibilità di consultare ed analizzare il prezioso materiale che costituisce l'essenza di questa enciclopedia:
- all'Archivio Storico della Segreteria di Stato della Città del Vaticano;
- alla Biblioteca della Pontificia Academia Mariana Internationalis presso la Santa Sede;
- alla Direzione dei Beni Storici e Documentali dei Carabinieri;
- alla Biblioteca del Quirinale;
- alla Biblioteca del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati;
- alla Biblioteca Giuridica della Corte di cassazione;
- al Consiglio Superiore della Magistratura;
- all'Istituto per la Storia del Risorgimento d'Italia,
- alla Biblioteca Nazionale Centrale di Roma;

Infine, il mio amorevole ringraziamento va alla mia famiglia per avermi sempre supportato, con i loro saggi consigli e la loro capacità di ascoltarmi, per essere stata sempre al mio fianco. Senza di loro non avrei mai potuto raggiungere questi prestigiosi traguardi.

Grazie di cuore.

Fabio Iadeluca

Nota del Presidente della PAMI

Nel suo magistero, Papa Francesco ripete accoratamente e senza stancarsi che la guerra è una sconfitta, riecheggiando quel che il suo predecessore, Pio XII (1939-1958), disse alla vigilia della seconda guerra mondiale (1939-1945): «Nulla è perduto con la pace. Tutto può esserlo con la guerra. Tornino gli uomini a comprendersi. Riprendano a trattare. Trattando con buona volontà e con rispetto dei reciproci diritti si accorgeranno che ai sinceri e fattivi negoziati non è mai precluso un onorevole successo»[1]. Nello stesso tempo, il Papa venuto dalla "fine del mondo" non smette di farsi voce di tutti coloro che vengono oppressi dai crimini contro l'umanità, perpetrati in sfregio di ogni ragionevolezza soprattutto dai movimenti terroristici, siano essi locali e/o globali, in nome e per conto di ideologie religiose e politiche aberranti.

Questo nuovo ed imponente lavoro del Dipartimento *Liberare Maria dalle mafie* e dei suoi quaranta *Osservatori* vuole sostenere la voce e il magistero del Pontefice a partire da colei che, nella fede, «fu tutt'altro che donna passivamente remissiva o di una religiosità alienante, ma donna che non dubitò di proclamare che Dio è vindice degli umili e degli oppressi e rovescia dai loro troni i potenti del mondo (cfr. *Lc* 1,51-53); [...] una donna forte, che conobbe povertà e sofferenza, fuga ed esilio (cfr. Mt 2,13-23): situazioni che non possono sfuggire all'attenzione di chi vuole assecondare con spirito evangelico le energie liberatrici dell'uomo e della società»[2].

L'autentica devozione mariana conduce sempre alla ricerca della giustizia e della pace, allo stesso modo con cui sostiene la cultura dell'incontro attraverso il dialogo, la conoscenza reciproca e la collaborazione. Non è un caso che uno dei titoli mariani più diffusi sia quello di *Regina della pace*. Esso ha progressivamente preso il posto di un altro titolo, *Regina delle vittorie*: titolo rivelatosi nel corso del tempo profondamente ambiguo, perché connesso ad un'idea di vittoria come annientamento del nemico. Idea che – come oggi vede chiaramente chi ha occhi per vedere – muove sia la spaventosa macchina dei crimini di guerra, sia quella altrettanto terribile dei crimini contro l'umanità: due facce della "pulizia etnica" con cui qualcuno pensa di risolvere alla radice tutto ciò che impedisce di *essere soli* e di fare, conseguentemente, quel che si vuole con il pianeta e le sue risorse.

Ai miti ricorrenti della terra, del sangue, della superiorità (morale, etnica, religiosa), delle esigenze economiche, va contrapposta l'umile forza della ragione: l'unica in grado di trasformare le armi in *parole* che hanno il sapore dell'alternativa alla legge (presunta) della forza, alla inevitabilità (stabilita da chi?) dello scontro, alla guerra come "luogo etico per eccellenza" (di quale etica?).

Di questa umile forza della ragione la devozione mariana non solo non ha paura, ma si fa annunciatrice in una società pluralista e multiculturale, impedendo che il discorso su Dio e sull'essere umano divenga appannaggio dei propagandisti, dei manipolatori, dei dittatori e di tutti coloro che «hanno bisogno di maltrattare gli altri per sentirsi importanti»[3] perché hanno liberamente scartato quella «gentilezza [che] è una liberazione dalla crudeltà che a volte penetra le relazioni umane, dall'ansietà che non ci lascia pensare agli altri, dall'urgenza distratta che ignora che anche gli altri hanno diritto a essere felici»[4].

Un grazie sincero al coordinatore dell'opera, l'infaticabile prof. Fabio Iadeluca, e a tutti coloro che hanno collaborato a questa ricerca nella sincera certezza che la pace e la giustizia sono sempre possibili; e che gli umani non sono condannati da chissà quale destino immutabile ad essere criminali.

Prof. Stefano Cecchin, OFM

---

1 *Radiomessaggio ai governanti e ai popoli*, del 24 agosto 1939, in *Acta Apostolicae Sedis* 31 (1939), pp. 333-334.

2 Paolo VI, *Marialis cultus* 37, esortazione apostolica, del 2 febbraio 1974, in <https://www.vatican.va/content/paul-vi/it/apost_exhortations/documents/hf_p-vi_exh_19740202_marialis-cultus.html>, consultato il 25 marzo 2024.

3 Francesco, *Evangelii gaudium* 288, esortazione apostolica, del 24 novembre 2013, in <https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html>, consultato il 25 marzo 2024.

4 Idem, *Fratelli tutti* 224, lettera enciclica, del 3 ottobre 2020, in <https://www.vatican.va/content/francesco/it/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html>, consultato il 25 marzo 2024.

Nota introduttiva del Direttore dei Dipartimenti e degli Osservatori presso la Pontificia Academia Mariana Internationalis

Questa nuova e ampia ricerca che vede l'instancabile impegno comune degli Accademici Pontifici del Dipartimento *Liberare Maria dalle mafie* e dei suoi quaranta *Osservatori*, della Procura generale militare presso la Suprema Corte di Cassazione, di vari Studiosi ed Esperti, nasce come servizio alla collettività, in particolare ai giovani, affinché possano rendersi conto di cosa realmente indichino le espressioni "crimini di guerra" e "crimini contro l'umanità", di quale sia la loro storia, di quali importanti cambiamenti culturali, politici e giuridici siano il segno, da quale finalità siano pervase. Siamo perciò davanti ad un'opera che, ancora una volta, intende promuovere un'educazione collettiva allo sviluppo di una giustizia che sappia mettere al suo centro la persona umana, con la sua dignità e i suoi diritti, senza avallare discriminazioni di alcun tipo. Una simile giustizia è infatti il presupposto di una pace autentica, fondata nella forza della ragione e non nelle ragioni della forza. Essa si situa nel cuore del "patto tra le generazioni" e ne svela l'intenzione profonda: proclamare la cultura della vita.

Una semplicissima ricerca sul sito della Santa Sede indica che la parola italiana "guerra" ritorna – al momento in cui scriviamo – 722 volte nel magistero di Papa Francesco, rispetto alle 303 occorrenze in san Giovanni Paolo II e alle 265 in Benedetto XVI. Mentre l'espressione italiana "crimini contro l'umanità" appare 63 volte in Papa Francesco, 24 volte in san Giovanni Paolo II, 34 in Benedetto XVI. Un dato che parla da sé e che dice qualcosa di drammatico sul momento storico che stiamo vivendo e che lo stesso Papa Francesco riassume così: «abbiamo smarrito la via della pace. Abbiamo dimenticato la lezione delle tragedie del secolo scorso. Abbiamo disatteso gli impegni presi come Comunità delle Nazioni e stiamo tradendo i sogni di pace dei popoli e le speranze dei giovani. Ci siamo rinchiusi in interessi nazionalisti, ci siamo lasciati inaridire dall'indifferenza e paralizzare dall'egoismo. Abbiamo preferito convivere con le nostre falsità, alimentare l'aggressività, sopprimere vite e accumulare armi. Abbiamo smarrito l'umanità, abbiamo sciupato la pace»[1].

Le pagine che seguono, dove si intrecciano documenti e approfondimenti, restituiscono il drammatico intreccio tra orrore e bellezza, tra la "banalità del male" e la "innovatività del bene" con cui persone, società e culture sono sempre confrontate, nel "piccolo" degli spazi individuali e nel "grande" degli spazi comunitari. Davanti a tutto ciò non è lecito, anche se possibile, nascondersi nel silenzio o, al contrario, aprire la caccia al capro espiatorio di turno cui addossare responsabilità che sono invece "strutturali" e "sistemiche". Occorre piuttosto accettare la sfida che un simile intreccio lancia alla libertà e alla coscienza, maturando sempre più la consapevolezza che la presenza dell'*altro* non è la ragione della mancanza del futuro, ma semmai, la sua condizione di possibilità: infatti, «"tutto è collegato" e "nessuno si salva da solo"»[2].

Se poi qualcuno si chiedesse cosa c'entri tutto questo con la devozione mariana, lasciamo la risposta all'icona di *Maria addolorata* e alle parole di Papa Francesco: «oggi, Madre santa, portiamo qui, sotto il tuo sguardo, tante madri che, come è successo a te, sono addolorate. Le madri che piangono i figli uccisi dalla guerra e dal terrorismo. Le madri che li vedono partire per viaggi di disperata speranza. Aiuta noi a fare un cammino di educazione e di purificazione, riconoscendo e contrastando la violenza annidata nei nostri cuori e nelle nostre menti e chiedendo a Dio che ce ne liberi»[3].

Prof. Gian Matteo Roggio, MS
Direttore dei Dipartimenti e degli Osservatori
della Pontifica Academia Mariana Internationalis Santa Sede

---

1 Francesco, *Atto di consacrazione al Cuore Immacolato di Maria*, del 25 marzo 2022, in <https://www.vatican.va/content/francesco/it/prayers/documents/20220325-atto-consacrazione-cuoredimaria.html>, consultato il 25 marzo 2024.

2 Idem, *Laudate Deum* 19, esortazione apostolica, del 4 ottobre 2023, in <https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html>, consultato il 25 marzo 2024.

3 Idem, *Atto di venerazione all'Immacolata in Piazza di Spagna*, dell'8 dicembre 2023, in <https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/20231004-laudate-deum.html>, consultato il 25 marzo 2024.

Nota del Segretario della PAMI

Il 31 gennaio e il 1° febbraio 2024 a Città del Messico, Fra' Marco Mendoza, OFM, segretario del PAMI, ha partecipato al Congresso dal titolo: **DIALOGHI DALLE FRONTIERE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA**, Cultura della legalità e povertà educativa

Il Congresso è stato organizzato dall'Istituto Messicano per la Giustizia (IMJUS) e dall'Istituto di Ricerca Giuridica dell'Università Nazionale Autonoma del Messico (UNAM).

Il primo giorno del Congresso è stato diviso in due momenti:

Primo momento: "Il complesso compito della prevenzione".

- Terrorismo e criminalità organizzata,
- Reti egemoniche di potere e traffico illecito. Il caso di Jalisco.
- Politiche pubbliche per la prevenzione del reclutamento di bambini e adolescenti, Ambiente e criminalità organizzata.

Secondo momento: "Modelli e strumenti di prevenzione".

- Sviluppo civile, educazione e povertà educativa: il ruolo dell'Accademia,
- Dal margine alla dignità: percorsi e sforzi in Messico per disimpegnare i giovani dalla criminalità organizzata,
- Disuguaglianza educativa in Messico,
- Reti di macro-criminalità in Messico,
- Criminalità organizzata in contesti elettorali.

Nella seconda giornata è stato presentato il libro "Combattere la mafia" Vol. I colloqui di Giovanni Falcone di Nando dalla Chiesa.

Sintesi dell'Intervento

Vi invito a fare un salto nel tempo, concentrandoci sugli scenari che si sono presentati negli ultimi decenni dell'istruzione in Messico. Il divario esistente tra ricchi e poveri si sta allargando sempre di più. Questo ha reso più evidente l'esistenza della disuguaglianza sociale e la mancanza di opportunità educative non solo nel nostro Paese, ma in tutto il mondo. Se vogliamo avere società giuste, dobbiamo affrontare la questione delle disuguaglianze e trovare strumenti, forse non per risolverle, ma per ridurle. Per colmare il gigantesco divario tra chi ha di più e chi ha di meno. Per cercare possibili soluzioni, non basta guardare alle disuguaglianze di oggi; è necessario anche studiare perché ci sono generazioni di genitori che hanno ereditato alcune disuguaglianze ai loro figli. In Messico è molto comune sentire la frase: "Darò ai miei figli quello che non ho avuto io" o meglio ancora: "Voglio che i miei figli studino per non soffrire quello che ho sofferto io". La grande domanda è perché, nonostante il grande desiderio di alcuni giovani di migliorarsi, la maggior parte di loro rimane solo con questo, con il desiderio.

Vi invito a rivolgere la nostra attenzione a questi quattro punti, che ritengo siano interconnessi. Questi 4 punti illustrano alcune delle fonti della disuguaglianza educativa nel nostro Paese.

1. Il contesto sociale in cui si nasce. È inconcepibile che anche in quella che può essere considerata la classe più bassa della scala economica sociale ci siano differenze. Nascere in un villaggio rurale indigeno non è la stessa cosa che nascere in un villaggio rurale "meticcio" (come viene chiamato in alcune regioni del Paese). Ho potuto constatarlo visitando alcuni villaggi della Sierra del Nayar.

2. Area geografica. Rispetto ad altri Paesi del mondo, il Messico è un territorio abbastanza vasto, con un'orografia fatta di zone di difficile accesso e dove, ancora oggi, vivono molte delle nostre popolazioni indigene. L'accesso ai beni di prima necessità è molto scarso. È anche incredibile che, in Messico, il centro e il nord del Paese siano aree con molte più opportunità di istruzione e sviluppo rispetto al sud.

3. Contesto economico. La scala economico-sociale nel nostro Paese è molto variegata, ma c'è una cosa che non possiamo negare: il denaro non compra la felicità, ma dà gli strumenti per raggiungerla. Quando si parla di disuguaglianza, vengono in mente immagini di contesti geografici, sociali ed economici, ad esempio qui a Città del Messico è sconvolgente vedere il complesso edilizio di Santa Fe e a soli 500 metri le case di

San Mateo Tlaltenango. Pensate ai giganteschi svantaggi educativi di bambini che vivono a soli 500 metri di distanza l'uno dall'altro ma che sembrano vivere in universi diversi. Dobbiamo abbandonare l'idea che chi nasce povero molto probabilmente morirà povero. Qui vorrei aprire una grande parentesi, per parlare di come l'educazione cattolica in Messico si sia trasformata a poco a poco in educazione privata e sia ora destinata a coloro che hanno il maggior potere d'acquisto. In Messico abbiamo l'Università Iberoamericana e l'Università Anáhuac, università cattoliche di qualità che ultimamente sono destinate a un piccolo gruppo di giovani provenienti da famiglie con grande potere d'acquisto. Nel nostro Paese, l'istruzione privata è un investimento a lungo termine, poiché entrare in una cerchia così ristretta comporta il vantaggio di avere delle conoscenze, e si può notare che qui in Messico molte delle migliori posizioni imprenditoriali sono occupate da "l'amico di un amico che è il figlio del direttore o del proprietario di tale e tale azienda". L'educazione privata d'élite, per così dire, sta avanzando molto velocemente e ciò che genera è l'ampliamento delle disuguaglianze. Le istituzioni che offrono istruzione privata sono di grande aiuto allo Stato, che ha l'obbligo di fornire istruzione a tutti i cittadini, ma nel nostro Paese lo Stato offre un'istruzione pubblica di scarsa qualità, il che costringe le classi sociali più elevate a risolvere questa carenza cercando un'istruzione privata per i propri figli, Quando questo accade, è una specie di trappola perché implica che forse gli individui con più potere economico e che possono influenzare le politiche pubbliche non sono più interessati all'istruzione pubblica, quindi non esercitano più pressione sullo Stato, e senza questa pressione lo Stato continua a offrire un'istruzione pubblica di qualità molto bassa e i poveri devono accontentarsi di questo. Perché non c'è altro.

4. Il sesso con cui si è nati. Molte persone che si considerano "progressiste" sono sorprese di sapere che ci sono tre benedizioni che un ebreo è obbligato a recitare ogni giorno, prestiamo attenzione alla seconda: "Benedetto sei tu Signore per NON avermi fatto un gentile; Benedetto sei Signore tu per NON avermi fatto una donna; Benedetto sei tu Signore per NON avermi fatto un ignorante". Ad eccezione degli uomini che vivono nelle grandi città del nostro Paese, credo che la maggior parte dei cittadini messicani di sesso maschile, anche se non lo recitano ogni giorno, viva secondo questo principio. Il maschilismo messicano è anche una delle cause principali della disuguaglianza educativa. Possiamo pensare che si tratti di una pratica degli anni Cinquanta, ma anche oggi in Messico ci sono genitori che investono di più nell'istruzione dei figli maschi che delle figlie femmine.

A questi quattro punti si aggiunge l'indifferenza e la mancanza di interesse da parte dei governi. Un governo che dice di voler porre fine alla povertà e alla criminalità e non investe nell'istruzione è un governo che vi sta mentendo. Alla Pontificia Accademia Mariana Internazionale, l'istituzione che rappresento, siamo convinti che la migliore arma per combattere le disuguaglianze educative ed economiche e la criminalità organizzata sia l'istruzione. L'accesso a un'istruzione di qualità è una necessità urgente in tutto il mondo, ma ancora più urgente in Paesi con alti tassi di violenza come il nostro.

Promuoviamo una società in cui tutti i bambini, in quanto esseri umani e cittadini del mondo, abbiano esattamente le stesse opportunità e la stessa qualità di vita. È inconcepibile che in una società così avanzata esistano ancora disuguaglianze associate a condizioni che le persone non hanno scelto. Questo non fa che riflettere l'ingiustizia in cui sono state costruite le nostre società. Non basta riunirsi per riflettere sulle disuguaglianze, occorre che le istituzioni pubbliche, la società civile e le Chiese uniscano le forze e inizino a prendere provvedimenti con azioni concrete, altrimenti continueremo a essere indebitati con i bambini e i giovani messicani e continueremo a perdere la battaglia contro la povertà e la disuguaglianza, che vanno di pari passo con la criminalità organizzata.

Fra' Marco Mendoza, OFM,
Segretario del PAMI

Introduzione

Cari Ambasciatori,

c'è una parola che risuona in modo particolare nelle due principali feste cristiane. La udiamo nel canto degli angeli che annunciano nella notte la nascita del Salvatore e la intendiamo dalla voce di Gesù risorto: è la parola "pace". Essa è primariamente un dono di Dio: è Lui che ci lascia la *sua* pace (cfr. *Gv* 14,27); ma nello stesso tempo è una nostra responsabilità: «Beati gli operatori di pace» (*Mt* 5,9). Lavorare per la pace. Parola tanto fragile e nel contempo impegnativa e densa di significato. Ad essa vorrei dedicare la nostra riflessione odierna, in un momento storico in cui è sempre più minacciata, indebolita e in parte perduta. D'altronde, è compito della Santa Sede, in seno alla comunità internazionale, essere voce profetica e richiamo della coscienza.

Alla vigilia di Natale del 1944, Pio XII pronunciò un celebre Radiomessaggio ai popoli del mondo intero. La Seconda guerra mondiale stava avvicinandosi alla conclusione dopo oltre cinque anni di conflitto e l'umanità – disse il Pontefice – avvertiva «una volontà sempre più chiara e ferma: fare di questa guerra mondiale, di questo universale sconvolgimento, il punto da cui prenda le mosse un'era novella per il rinnovamento profondo»[1]. Ottant'anni dopo, la spinta a quel "rinnovamento profondo" sembra essersi esaurita e il mondo è attraversato da un crescente numero di conflitti che lentamente trasformano quella che ho più volte definito "terza guerra mondiale a pezzi" in un vero e proprio conflitto globale.

Non posso in questa sede non ribadire la mia preoccupazione per quanto sta avvenendo in Palestina e Israele. Tutti siamo rimasti scioccati dall'attacco terroristico del 7 ottobre scorso contro la popolazione in Israele, dove sono stati feriti, torturati e uccisi in maniera atroce tanti innocenti e molti sono stati presi in ostaggio. Ripeto la mia condanna per tale azione e per ogni forma di terrorismo ed estremismo: in questo modo non si risolvono le questioni tra i popoli, anzi esse diventano più difficili, causando sofferenza per tutti. Infatti, ciò ha provocato una forte risposta militare israeliana a Gaza che ha portato la morte di decine di migliaia di palestinesi, in maggioranza civili, tra cui tanti bambini, ragazzi e giovani, e ha causato una situazione umanitaria gravissima con sofferenze inimmaginabili.

Ribadisco il mio appello a tutte le parti coinvolte per un cessate-il-fuoco su tutti i fronti, incluso il Libano, e per l'immediata liberazione di tutti gli ostaggi a Gaza. Chiedo che la popolazione palestinese riceva gli aiuti umanitari e che gli ospedali, le scuole e i luoghi di culto abbiano tutta la protezione necessaria.

Auspico che la Comunità internazionale percorra con determinazione la soluzione di due Stati, uno israeliano e uno palestinese, come pure di uno statuto speciale internazionalmente garantito per la Città di Gerusalemme, affinché israeliani e palestinesi possano finalmente vivere in pace e sicurezza.

Il conflitto in corso a Gaza destabilizza ulteriormente una regione fragile e carica di tensioni. In particolare, non si può dimenticare il popolo siriano, che vive nell'instabilità economica e politica, aggravata dal terremoto del febbraio scorso. La Comunità internazionale incoraggi le Parti coinvolte a intraprendere un dialogo costruttivo e serio e a cercare soluzioni nuove, perché il popolo siriano non abbia più a soffrire a causa delle sanzioni internazionali. Inoltre, esprimo la mia sofferenza per i milioni di rifugiati siriani che ancora si trovano nei Paesi vicini, come la Giordania e il Libano.

A quest'ultimo rivolgo un particolare pensiero, esprimendo preoccupazione per la situazione sociale ed economica in cui versa il caro popolo libanese, e auspico che lo stallo istituzionale che lo sta mettendo ancora più in ginocchio venga risolto e che il Paese dei Cedri abbia presto un Presidente.

Rimanendo nel continente asiatico, desidero richiamare l'attenzione della Comunità internazionale pure sul Myanmar, chiedendo che vengano messi in campo

[1] *Radiomessaggio natalizio ai popoli del mondo intero*, 24 dicembre 1944.

tutti gli sforzi per dare speranza a quella terra e un futuro degno alle giovani generazioni, senza dimenticare l'emergenza umanitaria che ancora colpisce i Rohingya.

Accanto a queste situazioni complesse, non mancano anche segni di speranza, come ho potuto sperimentare nel corso del viaggio in Mongolia, alle cui Autorità rinnovo la mia gratitudine per l'accoglienza che mi hanno riservato. Allo stesso modo, desidero ringraziare le Autorità ungheresi per l'ospitalità durante la mia visita al Paese nell'aprile scorso. È stato un viaggio nel cuore dell'Europa, dove si respirano storia e cultura e dove ho saggiato il calore di molte persone, ma dove si avverte anche la vicinanza di un conflitto che non avremmo ritenuto possibile nell'Europa del XXI secolo.

Purtroppo, dopo quasi due anni di guerra su larga scala della Federazione Russa contro l'Ucraina, la tanto desiderata pace non è ancora riuscita a trovare posto nelle menti e nei cuori, nonostante le numerosissime vittime e l'enorme distruzione. Non si può lasciare protrarre un conflitto che va incancrenendosi sempre di più, a detrimento di milioni di persone, ma occorre che si ponga fine alla tragedia in atto attraverso il negoziato, nel rispetto del diritto internazionale.

Esprimo preoccupazione anche per la tesa situazione nel Caucaso Meridionale tra l'Armenia e l'Azerbaigian, esortando le parti ad arrivare alla firma di un Trattato di pace. È urgente trovare una soluzione alla drammatica situazione umanitaria degli abitanti di quella regione, favorire il ritorno degli sfollati alle proprie case in legalità e sicurezza e rispettare i luoghi di culto delle diverse confessioni religiose ivi presenti. Tali passi potranno contribuire alla creazione di un clima di fiducia tra i due Paesi in vista della tanto desiderata pace.

Se volgiamo ora lo sguardo all'Africa, abbiamo davanti agli occhi la sofferenza di milioni di persone per le molteplici crisi umanitarie in cui versano vari Paesi sub-sahariani, a causa del terrorismo internazionale, dei complessi problemi socio-politici, e degli effetti devastanti provocati dal cambiamento climatico, ai quali si sommano le conseguenze dei colpi di stato militari occorsi in alcuni Paesi e di certi processi elettorali caratterizzati da corruzione, intimidazioni e violenza.

In pari tempo, rinnovo un appello per un serio impegno da parte di tutti i soggetti coinvolti nell'applicazione dell'Accordo di Pretoria del novembre 2022, che ha messo fine ai combattimenti nel Tigray, e nella ricerca di soluzioni pacifiche alle tensioni e alle violenze che assillano l'Etiopia, nonché per il dialogo, la pace e la stabilità tra i Paesi del Corno d'Africa.

Vorrei pure ricordare i drammatici eventi in Sudan, dove purtroppo, dopo mesi di guerra civile, non si vede ancora una via di uscita; nonché le situazioni degli sfollati in Camerun, Mozambico, Repubblica Democratica del Congo e Sud Sudan. Proprio questi due ultimi Paesi ho avuto la gioia di visitare all'inizio dello scorso anno, per portare un segno di vicinanza alle loro popolazioni sofferenti, seppure in contesti e situazioni diversi. Ringrazio di cuore le Autorità di entrambi i Paesi per l'impegno organizzativo e per l'accoglienza riservatami. Il viaggio in Sud Sudan ha avuto peraltro un carattere ecumenico, essendo stato accompagnato dall'Arcivescovo di Canterbury e dal Moderatore dell'Assemblea generale della Chiesa di Scozia, a testimonianza dell'impegno condiviso delle nostre Comunità ecclesiali per la pace e la riconciliazione.

Sebbene non vi siano guerre aperte nelle Americhe, fra alcuni Paesi, per esempio tra il Venezuela e la Guyana, vi sono forti tensioni, mentre in altri, come in Perù, osserviamo fenomeni di polarizzazione che compromettono l'armonia sociale e indeboliscono le istituzioni democratiche.

Desta ancora preoccupazione la situazione in Nicaragua: una crisi che si protrae nel tempo con dolorose conseguenze per tutta la società nicaraguense, in particolare per la Chiesa Cattolica. La Santa Sede non cessa di invitare ad un dialogo diplomatico rispettoso per il bene dei cattolici e dell'intera popolazione.

Eccellenze, Signore e Signori,

dietro questo quadro che ho voluto tratteggiare brevemente e senza pretese di

esaustività, si trova un mondo sempre più lacerato, ma soprattutto si trovano milioni di persone – uomini, donne, padri, madri, bambini – i cui volti ci sono per lo più sconosciuti e che spesso dimentichiamo.

D'altra parte, le guerre moderne non si svolgono più solo su campi di battaglia delimitati, né riguardano solamente i soldati. In un contesto in cui sembra non essere osservato più il discernimento tra obiettivi militari e civili, non c'è conflitto che non finisca in qualche modo per colpire indiscriminatamente la popolazione civile. Gli avvenimenti in Ucraina e a Gaza ne sono la prova evidente. Non dobbiamo dimenticare che le violazioni gravi del diritto internazionale umanitario sono crimini di guerra, e che non è sufficiente rilevarli, ma è necessario prevenirli. Occorre dunque un maggiore impegno della Comunità internazionale per la salvaguardia e l'implementazione del diritto umanitario, che sembra essere l'unica via per la tutela della dignità umana in situazioni di scontro bellico.

All'inizio di quest'anno risuona quanto mai attuale l'esortazione del Concilio Vaticano II, nella *Gaudium et spes*: «Esistono, in materia di guerra, varie convenzioni internazionali, che un gran numero di nazioni ha sottoscritto per rendere meno inumane le azioni militari e le loro conseguenze. [...] Tutte queste convenzioni dovranno essere osservate; anzi le pubbliche autorità e gli esperti in materia dovranno fare ogni sforzo, per quanto è loro possibile, affinché siano perfezionate, in modo da renderle capaci di porre un freno più adatto ed efficace alle atrocità della guerra»[2]. Anche quando si tratta di esercitare il diritto alla legittima difesa, è indispensabile attenersi ad un uso proporzionato della forza.

Forse non ci rendiamo conto che le vittime civili non sono "danni collaterali". Sono uomini e donne con nomi e cognomi che perdono la vita. Sono bambini che rimangono orfani e privati del futuro. Sono persone che soffrono la fame, la sete e il freddo o che rimangono mutilate a causa della potenza degli ordigni moderni. Se riuscissimo a guardare ciascuno di loro negli occhi, a chiamarli per nome e ad evocarne la storia personale, guarderemmo alla guerra per quello che è: nient'altro che un'immane tragedia e "un'inutile strage"[3], che colpisce la dignità di ogni persona su questa terra.

D'altra parte, le guerre possono proseguire grazie all'enorme disponibilità di armi. Occorre perseguire una politica di disarmo, poiché è illusorio pensare che gli armamenti abbiano un valore deterrente. Piuttosto è vero il contrario: la disponibilità di armi ne incentiva l'uso e ne incrementa la produzione. Le armi creano sfiducia e distolgono risorse. Quante vite si potrebbero salvare con le risorse oggi destinate agli armamenti? Non sarebbe meglio investirle in favore di una vera sicurezza globale? Le sfide del nostro tempo travalicano i confini, come dimostrano le varie crisi – alimentare, ambientale, economica e sanitaria – che stanno caratterizzando l'inizio del secolo. In questa sede, reitero la proposta di costituire un Fondo mondiale per eliminare finalmente la fame[4] e promuovere uno sviluppo sostenibile dell'intero pianeta.

Tra le minacce causate da tali strumenti di morte, non posso poi tralasciare di menzionare quella provocata dagli arsenali nucleari e dallo sviluppo di ordigni sempre più sofisticati e distruttivi. Ribadisco ancora una volta l'immoralità di fabbricare e detenere armi nucleari. Al riguardo, esprimo l'auspicio che si possa giungere al più presto alla ripresa dei negoziati per il riavvio del *Piano d'azione congiunto globale*, meglio noto come "Accordo sul nucleare iraniano", per garantire a tutti un futuro più sicuro.

Per perseguire la pace, tuttavia, non è sufficiente limitarsi a rimuovere gli strumenti bellici, occorre estirpare alla radice le cause delle guerre, prime fra tutte la fame, una piaga che colpisce tuttora intere regioni della Terra, mentre in altre si verificano ingenti sprechi alimentari. Vi è poi lo sfruttamento delle risorse naturali, che arricchisce pochi, lasciando nella miseria e nella povertà intere popolazioni, che sarebbero i beneficiari

[2] Cost. past. *Gaudium et spes sulla Chiesa nel mondo contemporaneo* (7 dicembre 1965), 79.

[3] Cfr Benedetto XV, *Lettera ai Capi dei Popoli belligeranti* (1° agosto 1917).

[4] Cfr Lett. enc. *Fratelli tutti sulla fraternità e l'amicizia sociale* (3 ottobre 2020), 262.

naturali di tali risorse. Ad esso è connesso lo sfruttamento delle persone, costrette a lavorare sottopagate e senza reali prospettive di crescita professionale.

Tra le cause di conflitto vi sono anche le catastrofi naturali e ambientali. Certamente vi sono disastri che la mano dell'uomo non può controllare. Penso ai recenti terremoti in Marocco e in Cina, che hanno causato centinaia di vittime, come pure a quello che ha colpito duramente la Turchia e parte della Siria e che ha lasciato dietro di sé una tremenda scia di morte e distruzione. Penso pure all'alluvione che ha colpito Derna in Libia, distruggendo di fatto la città, anche a causa del concomitante crollo di due dighe.

Vi sono però i disastri che sono imputabili anche all'azione o all'incuria dell'uomo e che contribuiscono gravemente alla crisi climatica in atto, come ad esempio la deforestazione dell'Amazzonia, che è il "polmone verde" della Terra.

La crisi climatica e ambientale è stata oggetto della *XXVIII Conferenza degli Stati parte alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici* (COP28), tenutasi a Dubai il mese scorso, alla quale mi rincresce di non aver potuto partecipare personalmente. Essa è iniziata in concomitanza con l'annuncio dell'Organizzazione Meteorologica Mondiale che il 2023 è stato l'anno più caldo rispetto ai 174 anni precedentemente registrati. La crisi climatica esige una risposta sempre più urgente e richiede il pieno coinvolgimento di tutti quanti, così come dell'intera comunità internazionale[5].

L'adozione del documento finale alla COP28 rappresenta un passo incoraggiante e rivela che, di fronte alle tante crisi che stiamo vivendo, vi è la possibilità di rivitalizzare il multilateralismo attraverso la gestione della questione climatica globale, in un mondo in cui i problemi ambientali, sociali e politici sono strettamente connessi. Alla COP28 è emerso chiaramente come quello in corso sia il decennio critico per fronteggiare il cambiamento climatico. La cura del creato e la pace «sono le tematiche più urgenti e sono collegate»[6]. Auspico, pertanto, che quanto stabilito a Dubai porti a «una decisa accelerazione della transizione ecologica, attraverso forme che [...] trovino realizzazione in quattro campi: l'efficienza energetica; le fonti rinnovabili; l'eliminazione dei combustibili fossili; l'educazione a stili di vita meno dipendenti da questi ultimi»[7].

Le guerre, la povertà, l'abuso della nostra casa comune e il continuo sfruttamento delle sue risorse, che sono alla radice di disastri naturali, sono cause che spingono pure migliaia di persone ad abbandonare la propria terra alla ricerca di un futuro di pace e sicurezza. Nel loro viaggio mettono a rischio la propria vita su percorsi pericolosi, come nel deserto del Sahara, nella foresta del Darién al confine tra Colombia e Panama, in America centrale, nel nord del Messico, alla frontiera con gli Stati Uniti, e soprattutto nel Mare Mediterraneo. Questo, purtroppo, è diventato nell'ultimo decennio un grande cimitero, con tragedie che continuano a susseguirsi, anche a causa di trafficanti di esseri umani senza scrupoli. Tra le tante vittime, non dimentichiamolo, ci sono molti minori non accompagnati.

Il Mediterraneo dovrebbe essere piuttosto un *laboratorio di pace*, un «luogo dove Paesi e realtà diverse si incontrino sulla base dell'umanità che tutti condividiamo»[8], come ho avuto modo di sottolineare a Marsiglia, nel corso del mio viaggio, per il quale ringrazio gli organizzatori e le Autorità francesi, in occasione dei *Rencontres Méditerranéennes*. Davanti a questa immane tragedia finiamo facilmente per chiudere il nostro cuore, trincerandoci dietro la paura di una "invasione". Dimentichiamo facilmente che abbiamo davanti persone con volti e nomi e tralasciamo la vocazione propria del *Mare Nostrum*, che non è quella di essere una tomba, ma un luogo di incontro e di arricchimento reciproco fra persone, popoli e culture. Ciò non toglie che

5 fr Esort. ap. *Laudate Deum a tutte le persone di buona volontà sulla crisi climatica* (4 ottobre 2023).

6 *Discorso alla Conferenza degli Stati parte alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici*, 2 dicembre 2023.

7 *Ibid*.

8 *Discorso alla Sessione conclusiva dei «Rencontres Méditerranéennes»*, Marsiglia, 23 settembre 2023, 1.

la migrazione debba essere regolamentata per accogliere, promuovere, accompagnare e integrare i migranti, nel rispetto della cultura, della sensibilità e della sicurezza delle popolazioni che si fanno carico dell'accoglienza e dell'integrazione. D'altra parte occorre pure richiamare il diritto di poter rimanere nella propria Patria e la conseguente necessità di creare le condizioni affinché esso possa effettivamente esercitarsi.

Dinanzi a questa sfida nessun Paese può essere lasciato solo, né alcuno può pensare di affrontare isolatamente la questione attraverso legislazioni più restrittive e repressive, approvate talvolta sotto la pressione della paura o per accrescere il consenso elettorale. Accolgo perciò con soddisfazione l'impegno dell'Unione Europea a ricercare una soluzione comune mediante l'adozione del nuovo Patto sulla Migrazione e l'Asilo, pur rilevandone alcuni limiti, specialmente per ciò che concerne il riconoscimento del diritto d'asilo e per il pericolo di detenzioni arbitrarie.

Cari Ambasciatori,

la via della pace esige il rispetto della vita, di ogni vita umana, a partire da quella del nascituro nel grembo della madre, che non può essere soppressa, né diventare oggetto di mercimonio. Al riguardo, ritengo deprecabile la pratica della cosiddetta maternità surrogata, che lede gravemente la dignità della donna e del figlio. Essa è fondata sullo sfruttamento di una situazione di necessità materiale della madre. Un bambino è sempre un dono e mai l'oggetto di un contratto. Auspico, pertanto, un impegno della Comunità internazionale per proibire a livello universale tale pratica. In ogni momento della sua esistenza, la vita umana dev'essere preservata e tutelata, mentre constato con rammarico, specialmente in Occidente, il persistente diffondersi di una cultura della morte, che, in nome di una finta pietà, scarta bambini, anziani e malati.

La via della pace esige il rispetto dei diritti umani, secondo quella semplice ma chiara formulazione contenuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, di cui abbiamo da poco celebrato il 75° anniversario. Si tratta di principi razionalmente evidenti e comunemente accettati. Purtroppo, i tentativi compiuti negli ultimi decenni di introdurre nuovi diritti, non pienamente consistenti rispetto a quelli originalmente definiti e non sempre accettabili, hanno dato adito a colonizzazioni ideologiche, tra le quali ha un ruolo centrale la teoria del *gender*, che è pericolosissima perché cancella le differenze nella pretesa di rendere tutti uguali. Tali colonizzazioni ideologiche provocano ferite e divisioni tra gli Stati, anziché favorire l'edificazione della pace.

Il dialogo, invece, dev'essere l'anima della Comunità internazionale. L'attuale congiuntura è anche causata dall'indebolimento di quelle strutture di diplomazia multilaterale che hanno visto la luce dopo il secondo conflitto mondiale. Organismi creati per favorire la sicurezza, la pace e la cooperazione non riescono più a unire tutti i loro membri intorno a un tavolo. C'è il rischio di una "monadologia" e della frammentazione in "club" che lasciano entrare solo Stati ritenuti ideologicamente affini. Anche quegli organismi finora efficienti, concentrati sul bene comune e su questioni tecniche, rischiano una paralisi a causa di polarizzazioni ideologiche, venendo strumentalizzati da singoli Stati.

Per rilanciare un comune impegno a servizio della pace, occorre recuperare le radici, lo spirito e i valori che hanno originato quegli organismi, pur tenendo conto del mutato contesto e avendo riguardo per quanti non si sentono adeguatamente rappresentati dalle strutture delle Organizzazioni internazionali.

Certamente dialogare richiede pazienza, perseveranza e capacità di ascolto, ma quando ci si adopera nel tentativo sincero di porre fine alle discordie, si possono raggiungere risultati significativi. Penso ad esempio all'*Accordo di Belfast*, noto anche come *Accordo del Venerdì Santo*, firmato dai Governi britannico e irlandese, di cui lo scorso anno si è ricordato il 25° anniversario. Esso, ponendo fine a trent'anni di violento conflitto, può essere preso ad esempio per spronare e stimolare le Autorità a credere nei processi di pace, nonostante le difficoltà e i sacrifici che richiedono.

La via della pace passa per il dialogo politico e sociale, poiché esso è alla base della

convivenza civile di una moderna comunità politica. Il 2024 vedrà la convocazione di elezioni in molti Stati. Le elezioni sono un momento fondamentale della vita di un Paese, poiché consentono a tutti i cittadini di scegliere responsabilmente i propri governanti. Risuonano più che mai attuali le parole di Pio XII: «Esprimere il proprio parere sui doveri e i sacrifici, che gli vengono imposti; non essere costretto ad ubbidire senza essere stato ascoltato: ecco due diritti del cittadino, che trovano nella democrazia, come indica il suo nome stesso, la loro espressione. Dalla solidità, dall'armonia, dai buoni frutti di questo contatto tra i cittadini e il governo dello Stato, si può riconoscere se una democrazia è veramente sana ed equilibrata, e quale sia la sua forza di vita e di sviluppo»[9].

È perciò importante che i cittadini, specialmente le giovani generazioni che saranno chiamate alle urne per la prima volta, avvertano come loro precipua responsabilità quella di contribuire all'edificazione del bene comune, attraverso una partecipazione libera e consapevole alle votazioni. D'altronde la politica va sempre intesa non come appropriazione del potere, ma come «forma più alta di carità»[10]e dunque del servizio al prossimo in seno a una comunità locale o nazionale.

La via della pace passa pure attraverso il dialogo interreligioso, che innanzitutto richiede la tutela della libertà religiosa e il rispetto delle minoranze. Duole, ad esempio, constatare come cresca il numero di Paesi che adottano modelli di controllo centralizzato sulla libertà di religione, con l'uso massiccio di tecnologia. In altri luoghi, le comunità religiose minoritarie si trovano spesso in una situazione sempre più drammatica. In alcuni casi sono a rischio di estinzione, a causa di una combinazione di azioni terroristiche, attacchi al patrimonio culturale e misure più subdole come la proliferazione delle leggi anti-conversione, la manipolazione delle regole elettorali e le restrizioni finanziarie.

Preoccupa particolarmente l'aumento degli atti di antisemitismo verificatisi negli ultimi mesi; e ancora una volta sono a ribadire che questa piaga va sradicata dalla società, soprattutto con l'educazione alla fraternità e all'accoglienza dell'altro.

Parimenti preoccupa la crescita della persecuzione e della discriminazione nei confronti dei cristiani, soprattutto negli ultimi dieci anni. Essa riguarda non di rado, seppure in modo incruento ma socialmente rilevante, quei fenomeni di lenta marginalizzazione ed esclusione dalla vita politica e sociale e dall'esercizio di certe professioni che avvengono anche in terre tradizionalmente cristiane. Nel complesso sono oltre 360 milioni i cristiani nel mondo che sperimentano un livello alto di persecuzione e discriminazione a causa della propria fede, e sono sempre di più quelli costretti a fuggire dalle proprie terre d'origine.

Infine, la via della pace passa per l'educazione, che è il principale investimento sul futuro e sulle giovani generazioni. Ho ancora vivo il ricordo della Giornata Mondiale della Gioventù svoltasi in Portogallo nell'agosto scorso. Mentre ringrazio nuovamente le Autorità portoghesi, civili e religiose, per l'impegno profuso nell'organizzazione, conservo nel cuore l'incontro con più di un milione di giovani, provenienti da ogni parte del mondo, pieni di entusiasmo e voglia di vivere. La loro presenza è stata un grande inno alla pace e la testimonianza che «l'unità è superiore al conflitto»[11] e che è «possibile sviluppare una comunione nelle differenze»[12].

Nei tempi moderni, parte della sfida educativa riguarda un uso etico delle nuove tecnologie. Esse possono facilmente diventare strumenti di divisione o di diffusione di menzogna, le cosiddette *fake news*, ma sono anche mezzo di incontro, di scambi reciproci e un importante veicolo di pace. «I notevoli progressi delle nuove tecnologie dell'informazione, specialmente nella sfera digitale, presentano dunque entusiasmanti

[9] Cfr. *Radiomessaggio natalizio ai popoli del mondo intero*, 24 dicembre 1944.

[10] Pio XI, *Udienza ai dirigenti della Federazione Universitaria Cattolica*, 18 dicembre 1927.

[11] Esort. ap. *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013), 228.

[12] *Ibid*.

opportunità e gravi rischi, con serie implicazioni per il perseguimento della giustizia e dell'armonia tra i popoli»[13]. Per questo motivo ho ritenuto importante dedicare l'annuale *Messaggio per la Giornata Mondiale della Pace* all'intelligenza artificiale, che è una delle sfide più importanti dei prossimi anni.

È indispensabile che lo sviluppo tecnologico avvenga in modo etico e responsabile, preservando la centralità della persona umana, il cui apporto non può né potrà mai essere rimpiazzato da un algoritmo o da una macchina. «La dignità intrinseca di ogni persona e la fraternità che ci lega come membri dell'unica famiglia umana devono stare alla base dello sviluppo di nuove tecnologie e servire come criteri indiscutibili per valutarle prima del loro impiego, in modo che il progresso digitale possa avvenire nel rispetto della giustizia e contribuire alla causa della pace»[14].

Occorre dunque una riflessione attenta ad ogni livello, nazionale e internazionale, politico e sociale, perché lo sviluppo dell'intelligenza artificiale si mantenga al servizio dell'uomo, favorendo e non ostacolando, specialmente nei giovani, le relazioni interpersonali, un sano spirito di fraternità e un pensiero critico capace di discernimento.

In tale prospettiva acquisiscono particolare rilevanza le due Conferenze Diplomatiche dell'Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale, che avranno luogo nel 2024 e alle quali la Santa Sede parteciperà come Stato membro. Per la Santa Sede, la proprietà intellettuale è essenzialmente orientata alla promozione del bene comune e non può svincolarsi da limitazioni di natura etica dando luogo a situazioni di ingiustizia e indebito sfruttamento. Speciale attenzione va poi prestata alla tutela del patrimonio genetico umano, impedendo che si realizzino pratiche contrarie alla dignità dell'uomo, quali la brevettabilità del materiale biologico umano e la clonazione di esseri umani.

Eccellenze, Signore e Signori,

in quest'anno la Chiesa si prepara al Giubileo che inizierà il prossimo Natale. Ringrazio in particolare le Autorità italiane, nazionali e locali, per l'impegno che stanno profondendo nel preparare la città di Roma ad accogliere numerosi pellegrini e consentire loro di trarre frutti spirituali dal cammino giubilare.

Forse oggi più che mai abbiamo bisogno dell'anno giubilare. Di fronte a tante sofferenze, che provocano disperazione non soltanto nelle persone direttamente colpite, ma in tutte le nostre società; di fronte ai nostri giovani, che invece di sognare un futuro migliore si sentono spesso impotenti e frustrati; e di fronte all'oscurità di questo mondo, che sembra diffondersi anziché allontanarsi, il Giubileo è l'annuncio che Dio non abbandona mai il suo popolo e tiene sempre aperte le porte del suo Regno. Nella tradizione giudeo-cristiana il Giubileo è un tempo di grazia in cui sperimentare la misericordia di Dio e il dono della sua pace. È un tempo di giustizia in cui i peccati sono rimessi, la riconciliazione supera l'ingiustizia, e la terra si riposa. Esso può essere per tutti - cristiani e non cristiani - il tempo in cui spezzare le spade e farne aratri; il tempo in cui una nazione non alzerà più la spada contro un'altra, né si imparerà più l'arte della guerra (cfr *Is* 2,4).

È questo l'augurio, cari fratelli e sorelle, l'augurio che formulo di cuore a ciascuno di voi, cari Ambasciatori, alle vostre famiglie, ai collaboratori e ai popoli che rappresentate. Grazie e buon anno a tutti![15]

Papa Francesco

---

[13] *Messaggio per la LVII Giornata Mondiale della Pace* (8 dicembre 2023), 1.

[14] *Ibid*., 2.

[15] Cfr. Discorso del Santo Padre Francesco ai membri del corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede per la presentazione degli auguri del nuovo anno, Aula della Benedizione, lunedì, 8 gennaio 2024.

Un anno fa in questa stessa circostanza concludevo il mio saluto auspicando il ripristino di una pace giusta per l'Ucraina.

Dobbiamo invece constatare, purtroppo, che non soltanto Kiev è ancora impegnata a difendersi dall'inaccettabile aggressione russa, ma che molte altre aree del nostro globo sono oggi in condizioni di maggiore precarietà rispetto allo scorso anno.

Come non era difficile immaginare, a causa dello sconvolgimento di valori indotto dall'attacco alle regole della comunità internazionale, l'aggressione alla stabilità e alla pace si è riverberata in negativo in tutte le aree del globo e su tutti i dossier, da quello del contrasto alle mutazioni climatiche a quello della sicurezza alimentare – con il pericolo di rendere popolazioni del mondo più povere e meno sicure – a quello dello spazio che rischia di trasformarsi, da ambito di collaborazione scientifica a vantaggio dell'umanità, in ambito, oltre che di competizione commerciale, di contrapposizione militare, con drammatiche prospettive per il pianeta su cui, tutti, viviamo.

Lo stato del mondo sul finire di questo 2023 ci impone di superare la superficiale sottovalutazione con cui si assiste al moltiplicarsi delle crisi e dei drammi umani che comportano.

Il Medio Oriente è nuovamente sconvolto da una spirale di violenza a seguito dei proditori attacchi terroristici mossi da Hamas contro inermi cittadini israeliani.

Assassinii e brutalità verso cui rinnovo la più forte e ferma condanna della Repubblica Italiana.

La situazione a Gaza è stata definita dai vertici delle Nazioni Unite come "apocalittica" e i resti dei territori sotto l'Autorità Nazionale Palestinese sono, anch'essi, in preda a gravi sofferenze, per le violenze che le persone subiscono.

In Europa, la guerra di Mosca contro l'Ucraina continua a provocare sofferenze indicibili alla popolazione civile e conseguenze drammatiche a livello mondiale.

L'impegno della comunità internazionale in Africa si è dimostrato insufficiente a frenare l'ondata di focolai di crisi.

Così il deterioramento del quadro securitario nel Sahel ha aggravato ulteriormente l'emergenza umanitaria in atto.

Gli scontri in Sudan hanno provocato migliaia di vittime nonché milioni di sfollati interni e di rifugiati.

Il succedersi delle crisi rischia di distogliere l'indispensabile attenzione da altre situazioni foriere di non meno gravi sofferenze: penso alle bambine e alle donne afgane ostaggio dei talebani; alle giovani e ai giovani iraniani le cui aspirazioni sono quotidianamente concusse e soffocate.

Queste sofferenze assumono a volte caratteri ancor più intollerabili.

Poche settimane fa, in occasione della Giornata mondiale del fanciullo, l'Unicef Italia ha pubblicato un rapporto, i cui numeri inchiodano alle responsabilità della comunità internazionale, dimostrando inequivocabilmente le insufficienze palesate dalla sua azione.

In oltre due anni di guerra - rileva quel rapporto - 6,4 milioni bambini ucraini sono risultati bisognosi di assistenza umanitaria. In Siria sono più di 13.000 i bambini che hanno perso la vita o sono stati feriti nel lungo conflitto interno; quasi altrettante sono le piccole vittime in Yemen. Ad Haiti la stragrande maggioranza di bambini vive sotto il controllo di gruppi armati e rischia ogni giorno la morte, il ferimento, il reclutamento.

A questi teatri si aggiunge la più recente barbarie che poc'anzi ricordavo: la ferocia di Hamas contro i bambini inermi. Neppure i neonati sono stati risparmiati quel giorno. Ci colpiscono dolorosamente le oltre 5.000 piccole vittime innocenti nella striscia di Gaza.

Una comunità internazionale che non riesce a proteggere i suoi figli, che non è in grado di recare aiuto umanitario neanche ai fanciulli, appare inumana.

Ci allarmiamo per i danni inflitti al nostro pianeta da virus o da catastrofi naturali ma dobbiamo constatare che il pericolo maggiore arriva dagli sciagurati comportamenti di alcuni governi, da forze paramilitari, da gruppi terroristici.

Impossibile non riconoscere la chiaroveggenza del Pontefice, Francesco, che già dieci anni orsono ha parlato per la prima volta di una "guerra mondiale a pezzi".

Quel monito, oggi più che mai attuale, non deve essere ignorato e richiede una più consapevole lettura della realtà.

Questi frammenti di guerra, infatti, rischiano di creare false prospettive, ingannando la nostra capacità di analisi e di comprensione.

Signore e signori Ambasciatori,

a fronte di uno scenario che sembrerebbe implicare la fine di un sistema basato su regole condivise, alcuni osservatori parlano di "un'età del caos", in un mondo in cui tutto è permesso, dove l'atto di aggressione non è più censurato come violazione ma, al contrario, viene addirittura giustificato per pretesi interessi nazionali.

L'ondata di destabilizzazione delle regole adottate dalla comunità internazionale, e che portò alla creazione delle Nazioni Unite, è davanti a tutti noi.

I pretesti sono i più diversi: con approccio inammissibile c'è chi giustifica gli attacchi come desiderio di costruire un nuovo ordine internazionale, più rispettoso di nuovi equilibri affacciatisi.

Il mondo in questi decenni è cambiato ma l'esito dei conflitti non lo condurrebbe mai a un ordine più rispettoso e più giusto.

Se si desidera realizzare regole e istituzioni più rispondenti è certamente produttivo ed efficace procedere all'impresa quando si è in pace.

È la pari dignità tra tutti i soggetti internazionali il principio su cui impostare i rapporti tra gli Stati. Con un cambio di paradigma, che sposti definitivamente l'accento dalla competizione alla cooperazione.

Il modello non può essere quello delle conferenze internazionali che si limitino, di volta in volta, a fotografare contingenti rapporti di forza.

Dobbiamo essere consapevoli che il nostro pianeta, per sopravvivere, ha indispensabile necessità di un sistema multilaterale, capace di sviluppare ulteriormente forme di collaborazione e di integrazione.

Non si tratta di una difesa pregiudiziale dell'attuale sistema multilaterale: le Organizzazioni Internazionali di cui oggi disponiamo non sono state disegnate per affrontare tutte le sfide che abbiamo davanti e, riflettendo gli equilibri usciti dalla Seconda guerra mondiale, spesso non sono state in grado di registrare le novità, perdendo efficacia.

La soluzione, tuttavia, non consiste nell'accentuarne i difetti, rischio insito in alcune riforme ipotizzate, cristallizzando, ad esempio, nuove categorie di serie A e serie B per i membri del Consiglio di Sicurezza dell'Onu.

Dall'Organizzazione delle Nazioni Unite, all'Organizzazione mondiale del commercio, dall'Organizzazione mondiale della sanità, al regime sul controllo degli armamenti nucleari, queste e altre istituzioni hanno bisogno di essere aggiornate e rafforzate.

Delle loro carenze tutti paghiamo un prezzo.

Sarebbe tuttavia errato ritenere che la soluzione a tali carenze risieda nello smantellamento delle regole della globalizzazione: i limiti del multilateralismo odierno sono, infatti, riconducibili, in grande misura, alla volontà politica espressa dagli Stati che ne fanno parte.

Indebolire l'architettura internazionale darebbe libero campo a forze puramente distruttive laddove un multilateralismo efficace, fondato su principi di eguaglianza, trasparenti, responsabili e rappresentativi, sarebbe al contrario di grande vantaggio.

La sfida principale è proprio quella della rappresentatività.

Le voci di chi oggi non si sente sufficientemente ascoltato vanno prese in adeguata considerazione, a partire dalle legittime esigenze dei Paesi più poveri, più fragili, perché sono quelli le cui popolazioni patiscono maggiormente i contraccolpi delle crisi che si susseguono.

Aggiornare le regole significa rendere più autentica la testimonianza dei valori sot-

tesi alla nostra convivenza civile.

Abbiamo da poco celebrato il 75° anniversario della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo – come ricordava il Decano – un documento che non costituisce appannaggio di una sola cultura o di un singolo gruppo di Paesi ma esprime il patrimonio di valori comuni e condivisi dell'umanità.

Assumere come guida la tutela dei diritti umani rende le società più forti, resilienti ed eque anche nei rapporti fra le nazioni.

Il "pilastro" dei diritti umani è funzionale al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile che le Nazioni Unite si sono date a partire dagli ambiti della pace e sicurezza e della lotta alla povertà e alle disuguaglianze.

Lo stesso va detto per i principi fondanti lo Stato di diritto.

La tragedia della Seconda guerra mondiale spinse al cambiamento, al negoziato per un ordine internazionale che non fosse basato sul diritto del più forte.

La "guerra mondiale a pezzi", porta a un mondo in pezzi.

Si innalzano muri, si attenta alla libertà di navigazione e di approdo.

Per evitare di essere trasformata in conflitti di più ampie proporzioni, deve spingere a ricercare un fattore comune da cui riprendere le fila di un confronto che consenta una proficua riforma strutturale del multilateralismo.

I pericoli di oggi hanno nomi diversi da quelli di ottant'anni fa, ma non sono meno temibili, e dovrebbero indurci ad agire, subito, insieme.

L'indebolimento del multilateralismo non poteva accadere in un momento peggiore, in cui tutte le sfide più grandi del ventunesimo secolo sono di carattere globale.

Dalle pandemie ai cambiamenti climatici, dalla sicurezza cibernetica al governo dell'intelligenza artificiale, dalla lotta alla povertà alla proliferazione nucleare, tutte le minacce a cui dobbiamo far fronte richiedono multilateralismo e cooperazione internazionale.

Ci guardano i cittadini dei nostri Paesi, attenti a disuguaglianze e ingiustizie sociali, economiche, generazionali, di genere o etniche.

Signore e signori Ambasciatori,

ho tracciato un quadro realista, con molteplici ombre che vi gravano.

Vanno, comunque, colti alcuni spiragli positivi sulla strada della cooperazione internazionale.

Il 2023 ha visto l'inclusione dell'Unione Africana come membro permanente del G20: è il riconoscimento della legittima aspirazione degli oltre cinquanta Stati africani a svolgere un ruolo più rilevante e crescente nella scena internazionale.

È, allo stesso tempo, un concreto passo per inserire una parte così importante e vitale del mondo all'interno delle dinamiche planetarie.

È significativo che quest'atteso riconoscimento - che anche l'Italia ha sempre sostenuto - sia avvenuto sotto la Presidenza di un importante Paese asiatico, l'India, e che toccherà a un grande Paese dell'America Latina, il Brasile, presiedere il primo G20 allargato all'Unione Africana.

L'Unione Europea ha deciso di procedere, dopo anni di ritardi, sulla strada del ricongiungimento con molti dei Paesi europei candidati a farne parte.

Si tratta di un percorso a volte impervio, ma il cui profondo significato storico e politico riveste grande rilievo.

Allargamento significa inclusione, accettazione delle differenze, solidarietà, valori agli antipodi rispetto alle pulsioni neo-imperialiste che provengono, in questo periodo, da Mosca.

Oltre ad ampliare il numero dei suoi membri, l'Unione Europea dovrà mettere mano a quel complesso di riforme istituzionali necessarie per porla in grado di affrontare, con efficacia e tempestività, le sfide del nostro tempo, offrendo l'esempio di una comunità che, attraverso il dialogo e il negoziato, contribuisce in maniera ancora più rilevante alla causa della pace e della collaborazione internazionali.

Numerose – ripeto – sono le istanze che l'agenda internazionale propone e di gran-

de impatto le scelte che una comunità come l'Unione Europea può compiere, a partire dal clima.

Le iniziative recentemente assunte in sede europea in materia di Intelligenza Artificiale, per la definizione di standard e di regole, sono un esempio di buone pratiche a vantaggio di tutta la comunità internazionale.

Positivi segnali sono giunti anche dalla COP28: la comunità internazionale ha raggiunto un ampio consenso sul progressivo abbandono dei combustibili fossili.

Siamo adesso chiamati a dare rapida e concreta attuazione a quanto deciso, consapevoli che il ritardo accumulato è già molto e il costo di nuove esitazioni ricadrebbe, moltiplicato, sulle future generazioni.

Vi è la piena presa di coscienza che mentre si perseguono gli obiettivi di lungo periodo, bisogna sostenere i Paesi che più sono colpiti dai cambiamenti climatici. L'Italia parteciperà con 100 milioni di euro al nuovo fondo globale per le perdite e i danni, volto a fornire aiuto ai Paesi vulnerabili per superare le distruzioni causate dai cambiamenti climatici.

Il 2023 ha visto anche l'ingresso della Finlandia nell'Alleanza Atlantica e il raggiungimento di un'intesa per il prossimo ingresso della Svezia.

Il tema della sicurezza in un mondo sempre più interconnesso e senza più distanze riguarda i popoli sotto qualunque latitudine.

La parabola della NATO – un'organizzazione che ha ritrovato centralità e vigore nell'emergenza drammatica e imprevista di una guerra in Europa – testimonia quanto sia importante non abbandonare la strada del multilateralismo.

Va confermata la volontà di dialogo, nel rispetto del diritto internazionale, tra le strutture di sicurezza per perseguire la pace attraverso il multilateralismo, trovando il coraggio per riformarlo, ampliarlo, anche nella sua architettura.

Sul terreno degli impegni internazionali della Repubblica Italiana permettetemi di citare la Presidenza del G7, che si appresta ad assumere nel 2024.

Come è costume del nostro Paese, la ricerca del dialogo ne costituirà un elemento portante.

L'Italia non farà venire meno il proprio impegno per creare fiducia e spazi di collaborazione. Per raggiungere risultati di rilievo avremo bisogno del sostegno di tutti voi, che nel prossimo anno seguirete da Roma l'azione del nostro Paese[16].

Il Presidente della Repubblica
Sergio Mattarella

Nell'introdurre questa nuova opera dal titolo *Crimini di guerra e contro l'umanità Fatti, Documenti e Prospettive*, a cura del sottoscritto, realizzato dal Dipartimento di analisi studio e monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi e dal Dipartimento di analisi, studi e monitoraggio dei delitti ambientali, dell'ecomafia, della tratta degli esseri umani, del caporalato e di ogni altra forma di schiavitù, edita dalla Pontificia Accademia Mariana Internazionale presso la Santa Sede, non potevo iniziare senza fare riferimento al grido di dolore e di allarme lanciato da Papa Francesco e dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, che in due momenti diversi, ma importanti fra loro, ovvero l'incontro con gli ambasciatori di tutto il mondo, hanno manifestato la loro preoccupazione per la situazione che si è venuta a creare con la guerra in Ucraina, iniziata con l'invasione della Russia nel febbraio 2022 e giunta ormai al secondo anno dove si contano centinaia di migliaia di morti (civili e militari) da ambo le parti con conseguenze drammatiche a livello mondiale, nell'evocare ogni giorno lo spettro di una guerra atomica!, e lo scoppio del conflitto tra Israele e la Palestina del 7 ottobre 2023, dopo l'attacco dell'organizzazione islamico-palestrinese di Hamas che ha sparato dalla striscia di Gaza, quest'ultima

[16] Intervento del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in occasione della Cerimonia per lo scambio degli auguri di fine anno con il Corpo Diplomatico, Palazzo del Quirinale, 15 dicembre 2023.

sottoposta dal 2006 al controllo israeliano dello spazio aereo, delle acque territoriali e dell'accesso attraverso i varchi, un'enorme quantità di missili nel Sud di Israele oltre a far entrare le sue milizie armate sul terreno dove sono stati feriti, torturati e uccisi in maniera atroce centinaia di soldati e innocenti e molti sono stati presi in ostaggio, determinando, la durissima reazione militare di Israele nella striscia di Gaza con la morte di decine di migliaia di palestinesi, in maggioranza civili, tra cui tanti bambini, ragazzi e giovani, causando, altresì, una situazione umanitaria gravissima con sofferenze inimmaginabili tanto da essere definita una "situazione apocalittica" dai vertici delle Nazioni Unite. Senza pensare, inoltre che questa guerra va ad aggravare ancora di più gli equilibri in una regione fragile e carica di tensioni: oltre un milione di palestinesi che vivevano a nord di Gaza sono stati costretti dagli israeliani a lasciare le loro case per trasferirsi a sud entro 24 ore, dopo che si sono visti bloccare i rifornimenti di cibo, elettricità e carburante.

Quello che sta accadendo mette in risalto tutta la sua drammaticità con i dati forniti dall'Agenzia delle Nazioni Unite per il soccorso e l'occupazione dei rifugiati palestinesi nel vicino Oriente (UNRWA, *UN Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East*), i quali evidenziano che ci sono circa 6 milioni di rifugiati palestinesi registrati nel mondo e circa 1,5 milioni di loro vivono in 58 campi profughi riconosciuti in Giordania, Libano, Siria e Palestina (Striscia di Gaza e Cisgiordania). Ma la situazione risulta essere ancora più grave, in quanto non tutti i rifugiati palestinesi sono registrati presso UNRWA e molti possono vivere fuori da questi campi o in altri Paesi o in campi profughi non ufficiali come avviene in Giordania, in Libano in Siria, nella Striscia di Gaza e in Cisgiordania[17].

Come dichiarato in più occasioni da papa Francesco da tempo il mondo è *attraversato da un crescente numero di conflitti che lentamente trasformano quella che ho più volte definito terza guerra mondiale a pezzi in un vero e proprio conflitto globale,* dove, purtroppo, la logica della "guerra" sta prevalendo sulla "logica della pace" fra i popoli, tanto da essere sottolineato dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella: *Impossibile non riconoscere la chiaroveggenza del Pontefice, Francesco, che già dieci anni orsono ha parlato per la prima volta di una "guerra mondiale a pezzi". Quel monito, oggi più che mai attuale, non deve essere ignorato e richiede una più consapevole lettura della realtà.*

Troppi sono i conflitti che minano la pace nel mondo: Ucraina-Russia, Israele-Palestina, la tesa situazione nel Caucaso Meridionale tra l'Armenia e l'Azerbaigian, in Siria, in Giordania, in Libano, nello Yemen, in Myanmar, il deterioramento ed l'instabilità in vari Paesi africani è stato aggravato ulteriormente dall'emergenza umanitaria dovuta alla guerra in atto in Burkina Faso, in Camerun, nel Ciad, in Etiopia, in Libia, nel Malì, in Mozambico, nel Niger; mentre ci sono situazioni di crisi in: Nigeria, Repubblica Centroafricana, Repubblica del Congo, Sahara Occidentale, Somalia, Sudan, Sudan del sud, Algeria, Burundi, Costa d'Avorio, Egitto, Eritrea, Senegal, Tunisia, Uganda, Zimbabwe. Inoltre, oltre alle vittime dobbiamo evidenziate il dramma degli sfollati in Africa: quasi 28 milioni interni a 11 Paesi, come osservato dallo CeSPI[18]:

1. Il conflitto in Burkina Faso: è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui lo Stato Islamico nel Grande Sahara (ISGS). Il conflitto ha causato quasi 2 milioni di sfollati interni.
2. Il conflitto in Camerun: è tra il governo e il gruppo armato Boko Haram. Il conflitto ha causato quasi un milione di sfollati interni.
3. Il conflitto in Ciad: è tra il governo e il gruppo armato Fronte per il cambiamento e la concordia in Ciad (FACT). Il conflitto ha causato quasi 400.000 sfollati interni.
4. La guerra del Tigray (Etiopia): è tra il governo e il Fronte di liberazione del popolo tigrino (FLPT), è in corso dal 2020 e ci sono quasi 4 milioni di sfollati interni.
5. Il conflitto in Mali: è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui lo Stato Islamico nel Grande Sahara (FIGS) e al-Qaeda nel Maghreb Islamico (AQMI). Il conflitto ha causato quasi mezzo milione di sfollati interni.
6. Il conflitto in Nigeria: è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui Boko Haram e la Provincia dello Stato Islamico dell'Africa Occidentale. Il conflitto ha causato oltre 3,6 milioni di sfollati interni.
7. Il conflitto in Repubblica Centrafricana (RC): è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui i Seleka e gli Anti-Balaka. Il conflitto ha causato oltre mezzo milione di sfollati interni.
8. Il conflitto nella Repubblica democratica del Congo (RDC): è un conflitto complesso e multiforme che dura dal 1996. Il conflitto ha causato 5,7 milioni di sfollati interni.
9. Il conflitto in Somalia: è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui al-Shabaab. Il conflitto ha causato

[17] Cfr. Atlante geopolitico 2023, Treccani, Roma, pp. XV e XVI.

[18] Zupi M., Osservatorio di Politica Internazionale, Approfondimento CeSPI, I conflitti armati dimenticati, 24 luglio 2024, p.12.

quasi 4 milioni di sfollati interni.

10. Il conflitto in Sudan: è tra il governo e vari gruppi armati, tra cui il Movimento di liberazione del popolo sudanese del Nord (MLPS-N). Il conflitto ha causato oltre 3,5 milioni di sfollati.
11. Il conflitto nel Sudan del sud: è tra il governo e vari gruppi armati. Il conflitto ha causato oltre 2,2 milioni di sfollati interni.

Inoltre, sebbene non vi siano guerre aperte nelle Americhe, fra alcuni Paesi, per esempio tra il Venezuela e la Guyana, vi sono forti tensioni, mentre in altri, come in Perù, osserviamo fenomeni di polarizzazione che compromettono l'armonia sociale e indeboliscono le istituzioni democratiche, desta ancora preoccupazione la situazione in Nicaragua, l'emergenza in Equador, in Haiti, in Honduras, le recenti tensioni tra Serbia e Kosovo in Europa, o nel quadrante asiatico, in Afghanistan da quando i talebani sono tornati al potere nell'agosto 2021, è sprofondato in una crisi umanitaria di proporzioni enormi, aggravata recentemente dai terremoti che hanno colpito la provincia di Herat, le tensioni in Iran, nelle Filippine, in Indonesia e Thailandia o la delicata situazione della Corea del Nord dove non passa giorno che il dittatore Kim Jong-un, dopo aver ridotto alla fame il suo popolo a discapito dell'incremento delle spese in armamenti, non evochi uno scenario atomico contro la Corea del Sud o contro il Giappone o contro gli Stati Uniti, le relazioni sempre tese tra India e Pakistan che attestano una rivalità storica tra i due Paesi dove in settant'anni di storia, le due nazioni "separate alla nascita" nel 1947, sono state protagoniste di tre guerre, oltre a conflitti di più breve durata e incidenti di confine che hanno visto i rispettivi eserciti opporsi in schermaglie e scontri a fuoco e nonostante che nel 2003 i due paesi hanno formalmente firmato un accordo di cessate il fuoco dopo una escalation di violenze negli anni Novanta, per non parlare poi, dei difficili rapporti tra gli Stati Uniti e la Cina e della spinosa questione dell'indipendenza di Taiwan che la Cina rivendica di annettere anche con la forza, dove si segnalano ripetuti sconfinamenti dello spazio aereo da parte di bombardieri e di unità navali da parte delle due potenze.

Si deve osservare che oggi il numero dei conflitti violenti a livello globale è il più alto dalla fine della Seconda guerra mondiale e a pagarne le conseguenze sono innanzitutto le persone - circa 2 miliardi - che vivono in aree interessate da eventi bellici.

Lo scenario che ormai si va via delineando nel mondo di sofferenza, morte, distruzione mette in risalto che attualmente ci sono 55 conflitti armati tra i vari stati, di cui 8 hanno raggiunto il livello di guerra e 22 sono stati internazionalizzati, il che significa che una o entrambe le parti hanno ricevuto il supporto di truppe da uno Stato straniero. Anche se non si tratta di guerre che hanno la stessa rilevanza della guerra in Ucraina, concorrono a fare del 2022 l'anno più letale dai tempi del genocidio in Ruanda nel 1994. Non dimentichiamo che lil conflitto in Etiopia è stato definito quello più letale registrato nel periodo successivo al 1989 nel mondo, con oltre 101.000 vittime. A completare un quadro preoccupante e che fa riflettere sul delicato momento che l'umanità sta vivendo è anche il dato dei conflitti armati non statali che ha raggiunto il livello record per il 2022: l'UCDP[19] ha registrato 82 conflitti; 9 su 10 non statali più letali dell'anno si sono verificati in Messico, dove i cartelli della droga rivali si combattono per il controllo del territorio dagli anni Ottanta. Ultimamente, la violenza alle bande si è intensificata anche in Brasile, Haiti, Honduras ed El Salvador[20].

Questa lunga scia di conflitti sta provocando milioni e milioni di sfollati, rifugiati e richiedenti asilo e altre persone che la comunità internazionale deve proteggere.

In un quadro geopolitico che a oggi appare complesso e in mutamento, i conflitti e le tensioni in atto hanno infatti il potenziale di incidere sul livello della minaccia terroristica a livello nazionale, regionale e globale.

Al riguardo, si osserva che con riferimento alle dinamiche interne al terrorismo jihadista, queste risultano sempre più caratterizzate da una strategia di "delocalizzazione" delle attività da parte di DAESH e al Qaida a favore delle rispettive filiali periferiche. Tale approccio fornisce maggiori garanzie di resilienza, consentendo alle due organizzazioni di adattarsi meglio ai diversi contesti territoriali e di far fronte all'eliminazione di figure centrali di vertice[21]. Il jihad globale appare infatti perfettamente "sintonizzato" su alcune delle principali sfide poste da un mondo in rapida trasformazione. Si pensi al cambiamento climatico, "moltiplicatore" di crisi e minacce in quanto oltre a impattare trasversalmente su settori sensibili come la geopolitica, la sicurezza alimentare, idrica, economica e sociale, incide a cascata anche sull'espansione del terrorismo. Il Sahel è in tal senso una

[19] UCDP: Uppsala Conflict Data Program è un programma di collazionamento ed elaborazione di dati sui conflitti armati nel mondo gestito dall'Università di Uppsala, in Svezia.

[20] Cfr. Atlante geopolitico 2023 cit., p. XVIII.

[21] Presidenza del Consiglio dei ministri, Sistema di informazione per la difesa della Repubblica, relazione annuale 2023, sulla politica per l'informazione per la sicurezza, p. 47.

regione emblematica[22].

Alla Vigilia di Natale del 1944, Pio XII pronunciò un celebre Radiomessaggio ai popoli del mondo intero. La Seconda guerra mondiale stava avvicinandosi alla conclusione dopo oltre cinque anni di conflitto e l'umanità - disse il Pontefice - avvertiva «una volontà sempre più chiara e ferma: fare di questa guerra mondiale, di questo universale sconvolgimento, il punto da cui prenda le mosse un'era novella per il rinnovamento profondo»[23].

Ma purtroppo le vicende degli ultimi tempie e i nuovi equilibri geopolitici che si sono delineati stanno portando ad un ritorno di quello che pensavano non succedesse più: lo spettro della guerra atomica con tutte le sue atrocità! Ecco Papa Francesco come si è espresso sul ricorso di un possibile scenario di guerra atomica: *Non posso non ricordare la supplica con cui nel 1962 san Giovanni XXIII chiese ai potenti del suo tempo di frenare un'escalation bellica che avrebbe potuto trascinare il mondo nel baratro del conflitto nucleare. Non posso dimenticare la forza con cui san Paolo VI, intervenendo nel 1965 all'Assemblea generale delle Nazioni Unite disse: Mai più la guerra! Mai Più la guerra! O, ancora, i tanti appelli per la pace di san Giovanni Paolo II, che nel 1991 ha definito la guerra "un'avventura senza ritorno*[24].

E proprio per cercare di riportare alla mente l'immane tragedia della Seconda guerra mondiale con le stragi perpetrate, con oltre 60 milioni di morti e dei genocidi e conflitti armati che hanno martoriato il XX secolo (Ruanda e dell'ex Jugoslavia fra tutti), che è stato realizzato questo dizionario, indirizzato in particolare ai giovani, affinché possano rendersi conto di cosa realmente indichino le espressioni "crimini di guerra" e "crimini contro l'umanità", di quale sia la loro storia, di quali importanti cambiamenti culturali, politici e giuridici siano il segno, da quale finalità siano pervase, con un *focus* particolare sull'importanza dei Tribunali penali internazionali. Giova far presente che la repressione dei crimini internazionali, anche se prevista, è stata affidata per lungo tempo ai soli tribunali interni. Esempi isolati devono essere considerati i Tribunali penali internazionali di Norimberga (creato con l'Accordo di Londra del 1945, c.d. Carta di Londra) e di Tokyo (creato per effetto di una decisione datata 19 gennaio 1946 del gen. MacArthur, c.d. Carta Atlantica del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente), istituiti dopo la Seconda guerra mondiale per giudicare i crimini perpetrati dai tedeschi nei territori occupati e dai giapponesi in Estremo Oriente. Entrambi i tribunali devono essere considerati un organo comune delle potenze vincitrici che, in quanto, occupanti, esercitano in Germania ed in Giappone un potere quasi sovrano. La costituzione dei tribunali penali internazionali è abbastanza recente e hanno giurisdizione su individui accusati di aver commesso un crimine internazionale. Sono stati istituiti, con risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, due tribunali *ad hoc*: uno per giudicare i crimini commessi nell'ex Jugoslavia (ris. 808-1993) a partire dal 1991 e l'altro per giudicare i crimini commessi in Ruanda durante il conflitto civile del 1994 (ris.995-1994). Entrambi i Tribunali erano destinati a cessare le loro funzioni entro il 2014 con la conclusione dei processi degli imputati più significativi, anche se, il Tribunale per il Ruanda ha cessato di funzionare il 2015, mentre quello della ex Jugoslavia nel 2017 (Consiglio di sicurezza ris. 2329-2016). Inoltre, per evitare che alcuni crimini rimanessero impuniti, è stata istituita, con apposita risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, una struttura più agile, il *Meccanismo internazionale residuale per i Tribunali criminali*, formato da due sezioni, già in funzione, e rispettivamente una per i crimini di competenza del Tribunale del Ruanda e l'altra per il Tribunale della ex Jugoslavia.

Al riguardo, si osserva che i Tribunali per la ex Jugoslavia e il Ruanda devono essere considerate delle strutture create *ad hoc*, di carattere temporaneo e limitativo, ed è per questo che la comunità internazionale, di fronte a scenari "criminali" sempre più frequenti dovuti ai mutamenti geopolitici che si susseguono, ha inteso il bisogno di istituire con una Corte penale internazionale, con sede all'Aja, una struttura permanente e universale. Lo Statuto della Corte è stato adottato a Roma il 17 luglio 1998, in una conferenza internazionale che ha visto la partecipazione di Stati ed è entrato in vigore il 1° luglio 2002. Il nostro Paese solo nel 2012 ha provveduto ad adottare una legge con cui si dispone l'adeguamento con procedimento ordinario, limitato peraltro alle sole disposizioni relative alla cooperazione con la Corte[25] (L. 20 dicembre 2012, n.237) (vds. Approfondimenti).

Inoltre, come osservato da Ronzitti (2021) si deve fare cenno anche ai Tribunali "ibridi" o "internazionalizzati" che vengono istituiti da un accordo tra lo Stato territoriale e le Nazioni Unite o in conseguenza di una

[22] Presidenza del Consiglio dei ministri, rel. cit. p. 48.

[23] *Radiomessaggio natalizio ai popoli del mondo intero*, 24 dicembre 1944.

[24] Papa Francesco, *Contro la guerra. Il coraggio di costruire la pace*, Corriere della Sera, Libreria Editrice Vaticano, Solferino, Milano, 2022, pp. 8.9.

[25] Cfr. Ronzitti N., *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Giappichelli, Torino, pp.241-242.

risoluzione dell'autorità internazionale che amministra il territorio sotto mandato delle Nazioni Unite. Fanno parte della composizione di questi tribunali i giudici dello Stato territoriale e dai giudici nominati dalle Nazioni Unite o dall'Autorità che amministra il territorio, quindi di composizione mista. Questi tribunali, di regola, fanno parte del processo di *post conflict peace building*, avente lo scopo di ricostruire il tessuto istituzionale di uno Stato o di un territorio, alla fine del conflitto armato internazionale o di una guerra civile. L'istituzione di un tribunale internazionalizzato a seguito di un accordo tra lo Stato territoriale e Nazioni Unite è solido essere preceduto da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza[26]. Rientrano in questa tipologia la Corte Speciale per la Sierra Leone, la Corte Speciale di Timor Est, le Camere straordinarie delle Corti in Cambogia per la persecuzione dei crimini commessi durante il periodo della Kampuchea Democratica (nome ufficiale della Cambogia durante il regime dei Khmer Rossi, 1975-79) e le Camere straordinarie africane in Senegal che nel 2016 hanno condannato l'ex dittatore ciadiano Hissène Habrè.

L'opera realizzata dall'instancabile impegno comune degli Accademici Pontifici del Dipartimento *Liberare Maria dalle mafie* e dei suoi quaranta *Osservatori*, della Procura generale militare presso la Suprema Corte di Cassazione, di vari Studiosi ed Esperti, edito dalla Pontificia Accademia Mariana Internazionale presso la Santa Sede, è strutturata in sei volumi di approfondimento e un volume di saggi**,** con aggiornamenti semestrali:

- Saggi;
- Approfondimenti, vol. I: Cronologia della Seconda guerra mondiale, Ebrei, ebraismo e leggi razziali, Le suppliche alla Sagra Congregazione degli Affari ecclesiastici straordinari;
- Approfondimenti, vol. II: Le suppliche alla Sagra Congregazione degli Affari ecclesiastici straordinari;
- Approfondimenti, vol. III: Stragi, eccidi e relativi processi;
- Approfondimenti, vol. IV: Stragi, eccidi e relativi processi;
- Approfondimenti, vol. V: Stragi, eccidi e relativi processi, Norme e Codici
- Approfondimenti, vol. VI: Norme e Codici.

Fabio Iadeluca, Accademico Pontificio
Coordinatore dei Dipartimenti e degli Osservatori
della Pontifica Academia Mariana Internationalis Santa Sede

[26] Cfr. Ronzitti N., *op. cit*., p.247.

Indice

Elenco autori II
Ringraziamenti V
Nota del Presidente della PAMI VII
Nota introduttiva del Direttore dei Dipartimenti e degli Osservatori presso la Pontificia Academia Mariana Internationalis VIII
Nota del Segretario della PAMI IX
Introduzione di F. Iadeluca XI

[SAGGI]

Introduzione. La repressione dei crimini di guerra attraverso la giurisdizione penale militare. Dimensione storica ed attuale: casistica e problemi probatori (*M. Block*) 1

La tutela dell'ambiente nei conflitti armati: evoluzione e limiti del diritto pattizio internazionale (*S. La Piscopìa*) 7
1. Introduzione 7
2. La tutela dell'ambiente nei due conflitti mondiali 7
3. L'ecocidio nella posizione del Prof. Falk del 1973 9
4. La tutela dell'ambiente nei Protocolli Aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1977 e nello Statuto della Corte Penale Internazionale del 1998 10
5. Peculiarità della Convenzione ENMOD del 1976 e proposte emergenti sul crimine di ecocidio 11
6. Conclusioni 12

I processi penali per i crimini di guerra nazifascisti in Italia (1943-1945) (*A. Scaglione*) 13
1. Le stragi nazifasciste nel biennio 1943-1945 13
2. Segue: i processi penali 14
3. Una vicenda storica memorabile: la strage di Cefalonia 15
4. Segue: i processi 17

Azione civile nei processi penali militari italiani per crimini nazisti (*F. Callari*) 19
1. Premessa 19
2. La possibilità di costituzione della parte civile nel processo penale militare 20
3. La costituzione di parte civile nei processi penali militari italiani per crimini nazisti 20
4. La costituzione di parte civile degli enti pubblici territoriali e dell'Associazione Nazionale Partigiani d'Italia 22
5. Conclusioni 24

I processi per i crimini nazifascisti perpetrati in Italia (*P. Rivello*) 25
1. I procedimenti celebrati nei primi mesi della Liberazione 25
2. I Tribunali militari alleati operanti nell'immediato dopoguerra e l'accantonamento del progetto di una "Norimberga italiana", volto alla celebrazione di un grande processo cumulativo 26
3. I processi per stragi nazifasciste celebrati dagli organi giudiziari italiani negli anni '50, '60, '70 e '80 del secolo scorso 28
4. Le possibili cause degli "insabbiamenti" dei procedimenti relativi alle stragi perpetrate nel corso della seconda guerra mondiale 30
5. Il processo Priebke e i procedimenti successivi 33
6. Le principali questioni giuridiche affrontate in detti processi. La manifesta criminosità degli ordini impartiti 35
7. La tematica della rappresaglia 36
8. La competenza in materia dell'Autorità giudiziaria militare 37

L'antisemitismo del XX secolo. L'eredità della Shoah ... tra estremismi ideologici e negazionismo (*A. Zaccaria*) 39
Introduzione 39
Antisemitismo, Shoah e negazionismo. Cenni storici e riflessioni... 43
L'avvento del nazismo 48
Norimberga. Giustizia sostanziale o giustizia formale? 54
Gli estremismi di destra e il fondamentalismo islamico 56
La verità "confutata" dall'inseminazione negazionista 70
La reazione del Diritto Internazionale. Le legislazioni nazionali 78
Conclusioni 84

Lo stupro (*F. Pillitteri, G. La Marca*) 87
Introduzione 87
Le conseguenze psicologiche di uno stupro 90
Quale aiuto psicologico fornire alle vittime? 95
Ma chi sono questi bruti? 96

Il negazionismo e il terreno fertile della società contemporanea (*Roberto De Vita, Marco Della Bruna*) 99
Il negazionismo della Shoah 100
Il dialogo con i negazionisti: una strada senza uscita? 101
Il negazionismo e l'uso dei social media: le *echo chamber* 101
La polarizzazione del pensiero politico: un terreno fertile per idee estreme? 102
Il contrasto al negazionismo e il ruolo della memoria 103

[VOLUME I]

Cronologia della seconda guerra mondiale

APPROFONDIMENTO 1

Dal Trattato di Versailles alla cronologia della seconda guerra mondiale 1

Ebrei, ebraismo e leggi razziali

APPROFONDIMENTO 2

Le leggi razziali 225
Il manifesto degli scienziati razzisti 226
Dichiarazione sulla razza 227
Le leggi antiebraiche in Italia dal 1938 al 1945 228
Provvedimenti e comunicazioni 230
Provvedimenti adottati dal Ministero dell'Educazione in materia di difesa della razza 230
R.D.L. 17 novembre 1938 – XVII, n. 1728, recante provvedimenti per la difesa della razza italiana 231
Eliminazione dei nominativi ebraici dagli elenchi telefonici 236
Questioni ebraiche varie - massime 236
Campi di concentramento 241
Scioglimento delle comunità ebraiche 241
A seguire alcune Gazzette Ufficiale dal 1938 al 1944, recanti provvedimenti nei confronti degli ebrei
G.U. del 5 settembre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1390. Provvedimenti per la difesa della razza nella scuola fascista. 242
G.U. del 12 settembre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1381. Provvedimenti nei confronti degli ebrei stranieri. 244
G.U. del 5 ottobre 1938. Regio Decreto n.1531. Trasformazione dell'Ufficio centrale demografico in Direzione generale per la demografia e la razza. 246
G.U. dell'8 ottobre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1539. Istituzione, presso il Ministero dell'interno, del Consiglio superiore per la demografia e la razza. 248
G.U. del 25 ottobre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1630. Istituzione di scuole elementari per fanciulli di razza ebraica. 250
G.U. del 19 novembre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1728. Provvedimenti per la difesa della razza italiana. 252
G.U. del 29 novembre 1938. Regio Decreto-Legge n. 1779. Integrazione e coordinamento in un unico testo delle norme già emanate per la difesa della razza nella Scuola italiana. 256
G.U. del 6 febbraio 1939. Regio Decreto-Legge n. 2111. Disposizioni relative al collocamento in congedo assoluto ed al trattamento di quiescenza del personale militare delle Forze armate dello Stato di razza ebraica. 259
G.U. dell'11 febbraio 1939. Regio Decreto-Legge n. 126. Norme ... ai limiti di proprietà immobiliare e di attività industriale e commerciale per i cittadini italiani di razza ebraica. 264
G.U. del 13 febbraio 1939. Regio Decreto n. 2154. Modificazioni allo statuto del Partito Nazionale Fascista. 280
G.U. del 10 maggio 1939. Regio Decreto n. 665. Approvazione dello statuto dell'Ente di gestione e liquidazione immobiliare. 282
G.U. del 27 luglio 1939. Legge n. 1024. Norme integrative del R. decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, sulla difesa della razza italiana. 287
G.U. del 2 agosto 1939. 289
Legge n. 1054. Disciplina dell'esercizio delle professioni da parte dei cittadini di razza ebraica. 289
Legge n. 1055. Disposizioni in materia testamentaria nonché sulla disciplina dei cognomi, nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica. 289
Legge n. 1056. Variazioni al ruolo organico del personale di gruppo A dell'Amministrazione civile del Ministero dell'interno. 289
G.U. del 18 ottobre 1940. Legge n. 1403. Abrogazione del contributo statale a favore degli asili infantili israelitici contemplati dalla legge 30 luglio 1896, n. 343. 296
G.U. del 31 ottobre 1940. Legge n. 1459. Integrazioni alla legge 13 luglio 1939-XVII, n. 1055, contenente disposizioni in materia testamentaria, nonché sulla disciplina dei cognomi, nei confronti degli appartenenti alla razza ebraica. 297
G.U. del 16 gennaio 1941. DM 30 luglio 1940-XVIII. Determinazione dei contributi a carico dei professionisti di razza ebraica. 300
G.U. del 2 aprile 1941. Comunicato del Ministero delle Corporazioni. Variazione all'elenco «C» delle aziende industriali e commerciali appartenenti a cittadini italiani di razza ebraica. 303
G.U. del 28 maggio 1942. Legge n. 517. Esclusione degli elementi ebrei dal campo dello spettacolo. 305
G.U. del 17 dicembre 1942. Legge n. 1420. Limitazioni di capacità degli appartenenti alla razza ebraica residenti in Libia. 308
G.U. del 9 febbraio 1944. Regio Decreto-legge n. 25. Disposizioni per la reintegrazione nei diritti civili e politici dei cittadini italiani e stranieri già dichiarati di razza ebraica o considerati di razza ebraica. 314

APPROFONDIMENTO 3

Dai campi di concentramento alla Soluzione finale 317
Nazione e razza 318
La falsità del federalismo 322
Campi di concentramento 325
Dachau (cronologia) 325
Campi di sterminio 327
Auschwitz-Birkenau 328

Le deportazioni 331
Campo di concentramento di Buchenwald 335
Dalla sentenza del processo di Norimberga 335
Omicidi e maltrattamenti della popolazione civile 338
Politica del lavoro schiavista 343
Persecuzione degli ebrei 346
Soluzione finale 348
Camere a gas 349
APPROFONDIMENTO 4
"Destinazione sconosciuta" 353
Destination inconnue 354
Approfondimenti 386
Notte dei lunghi coltelli 386
Leggi di Norimberga 386
Legge sulla cittadinanza tedesca 387
Legge per la protezione del sangue e dell'onore tedesco 387
Notte dei cristalli 387
APPROFONDIMENTO 5
Le atrocità subite o presenziate da militari dell'Arma durante il periodo di prigionia in Germania 389
Il dramma dei prigionieri 390
APPROFONDIMENTO 6
Ebrei e ebraismo 435
Il "Manifesto" degli scienziati razzisti 436
Dichiarazione sulla razza, votata dal Gran Consiglio del Fascismo il 6 Ottobre 1938 438
Ebrei ed ebraismo 439
Il divieto d'entrata e l'espulsione degli ebrei stranieri 439
Discriminazione fra gli ebrei di cittadinanza italiana 439
Gli altri ebrei 439
Immigrazione di ebrei in Etiopia 439
Cattedre di razzismo 440
Alle camicie nere 440
Legislazione razziale 441
La caduta del fascismo 443
Il governo Badoglio 443
La Repubblica Sociale Italiana 443
APPROFONDIMENTO 7
L'ultima seduta del gran consiglio del fascismo nelle carte Federzoni acquisite dall'Archivio Centrale dello Stato 445
APPROFONDIMENTO 8
Gli ebrei nella Repubblica Sociale Italiana 519
L'atteggiamento ambiguo di Mussolini verso gli ebrei 520
APPROFONDIMENTO 9
L'abrogazione delle leggi razziali e il reinserimento degli ebrei nella società italiana 525

LE SUPPLICHE ALLA SAGRA CONGREGAZIONE DEGLI AFFARI ECCLESIASTICI STRAORDINARI
APPROFONDIMENTO 10
Suppliche 573

[VOLUME II]

APPROFONDIMENTO 11
Suppliche 795
APPROFONDIMENTO 12
Suppliche 1009
APPROFONDIMENTO 13
Suppliche 1251
APPROFONDIMENTO 14
Suppliche 1509

[VOLUME III]

STRAGI, ECCIDI E RELATIVI PROCESSI
Le Fosse Ardeatine - Roma
APPROFONDIMENTO 15
Sentenza n. 631, del Tribunale Militare Territoriale di Roma, 20.07.1948 1731
APPROFONDIMENTO 16
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare Territoriale di Roma, 03.05.1948 1757
APPROFONDIMENTO 17
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare di Roma, 18.06.1948 1761
APPROFONDIMENTO 18
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare di Roma, 06.07.1948 1763
APPROFONDIMENTO 19
Ricorso presentato dall'imputato Kappler, 02.11.1948 1765
APPROFONDIMENTO 20
Sentenza n. 1714, del Tribunale Supremo Militare di Roma, 25.10.1952 1767
APPROFONDIMENTO 21
Sentenza n. 26 Sezioni unite penali della Corte di Cassazione, 19.12.1953 1859
APPROFONDIMENTO 22
Istanza del difensore di Kappler, 27.12.1959 1861
APPROFONDIMENTO 23
Richiesta del Pubblico Ministero presso la Procura Militare di Roma, 01.02.1960 1877
APPROFONDIMENTO 24
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare di Roma, 16.02.1960 1881
APPROFONDIMENTO 25
Sentenza del Tribunale Supremo Militare di Roma, 25.10.1960 1885
APPROFONDIMENTO 26
Istanza del difensore di Kappler, 26.04.1973 1891

APPROFONDIMENTO 27
Richiesta del Pubblico Ministero presso la Procura Militare di Roma, 08.06.1973 1893
APPROFONDIMENTO 28
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare di Roma, 31.01.1974 1897
APPROFONDIMENTO 29
Istanza di Kappler, 04.04.1974 1901
APPROFONDIMENTO 30
Decreto del Ministero della Difesa, 12.03.1976 1903
APPROFONDIMENTO 31
Ordinanza del Giudice Militare di Sorveglianza, 30.08.1976 1905
APPROFONDIMENTO 32
Richiesta del Pubblico Ministero presso la Procura Militare di Roma, 02.10.1976 1923
APPROFONDIMENTO 33
Ordinanza dibattimentale del Tribunale Militare di Roma, 10.11.1976 1927
APPROFONDIMENTO 34
Ricorso del Pubblico Ministero presso la Procura Militare di Roma, 23.11.1976 1933
APPROFONDIMENTO 35
Decreto del Magistrato di Sorveglianza, 09.12.1976 1939
APPROFONDIMENTO 36
Sentenza n° 397 del Tribunale Supremo Militare, 15.12.1976 1943
APPROFONDIMENTO 37
Decreto del Ministero della Difesa, 16.08.1977 1949
APPROFONDIMENTO 38
Ordinanza di Esecuzione della pena, 16.08.1977 1951
APPROFONDIMENTO 39
Richiesta del Pubblico Ministero presso la Procura Militare di Roma, 15.06.1978 1953
APPROFONDIMENTO 40
Sentenza morte del reo, 21.07.1978 1955
APPROFONDIMENTO 41
Ordinanza del Giudice per l'Udienza Preliminare presso il Tribunale Militare di Roma, 07.12.1995 1957
APPROFONDIMENTO 42
Ordinanza Della Corte Militare di Appello di Roma, 29.07.1996 1963
APPROFONDIMENTO 43
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, 15.10.1996 1969
APPROFONDIMENTO 44
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, 10.02.1997 1973
APPROFONDIMENTO 45
Sentenza del Tribunale Militare di Roma, 22.07.1997 1981
APPROFONDIMENTO 46
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, 18.09.1997 2015
APPROFONDIMENTO 47
Ricorso del Procuratore Generale Militare presso la Corte Militare di Appello di Roma, 02.10.1997 2019
APPROFONDIMENTO 48
Atto di Appello del Procuratore Militare della Repubblica presso il Tribunale Militare di Roma, 27.10.1997 2025
APPROFONDIMENTO 49
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, 16.02.1998 2031
APPROFONDIMENTO 50
Sentenza della Corte Militare di Appello di Roma, 07.03.1998 2033
APPROFONDIMENTO 51
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, 16.11.1998 2093
APPROFONDIMENTO 52
Ordinanza del Tribunale Militare di Sorveglianza di Roma, 03.02.1999 2113
APPROFONDIMENTO 53
Il Processo ad Albert Kesserling 2119
APPROFONDIMENTO 54
Mackensen e Maelzer 2125

Strage di Piazzale Loreto - Milano
APPROFONDIMENTO 55
Saevecke Theodor Emil 2131

Strage della Benedicta - Alessandria
APPROFONDIMENTO 56
Engel Siegfried 2139

Eccidio di Caiazzo
APPROFONDIMENTO 57
Sentenza del Tribunale di Coblenza 2145
APPROFONDIMENTO 58
Provvedimento del Procuratore Militare della Repubblica di Napoli, 28.12.1992 2167
APPROFONDIMENTO 59
Decisione del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione, 10.03.1993 2171
APPROFONDIMENTO 60
Sentenza della Corte di Assise di S. Maria C.V., 25.10.1994 2175

Strage di Fossopoli - Carpi in Modena
APPROFONDIMENTO 61
Seifert Michael 2201
APPROFONDIMENTO 62
Seifert Michael 2255

APPROFONDIMENTO 63
Seifert Michael 2261

Strage di San'Anna di Stazzema - Lucca
APPROFONDIMENTO 64
Sommer Gerhard, Schöneberg Alfred, Bruss Werner, Schendel Heinrich, Sonntag Ludwig Heinrich, Rauch Georg, Goring Ludwig, Concina Alfred, Gropler Karl, Richter Horst 2269
APPROFONDIMENTO 65
Sentenza del Tribunale Militare di La Spezia, 22.6.2005 2331

[VOLUME IV]

APPROFONDIMENTO 66
Sentenza Corte Militare di Appello 2545
APPROFONDIMENTO 67
Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, prima sezione penale, 9.11.2007 2573

Eccidi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi - Bologna
APPROFONDIMENTO 68
Eccidi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, in provincia di Bologna 2607
APPROFONDIMENTO 69
Sentenza della Corte Militare di Appello 2653

Salvo D'Acquisto
APPROFONDIMENTO 70
L'omicidio del V.Brig. Salvo D'Acquisto 2787

Il genocidio in Ruanda
APPROFONDIMENTO 71
Il genocidio in Ruanda 2813
APPROFONDIMENTO 72
Il genocidio in Ruanda 2989
Condanna all'ergastolo confermata in appello il 7 luglio 2006 2990
APPROFONDIMENTO 73
Il genocidio in Ruanda 3123
Condanna all'ergastolo confermata in appello l'8 maggio 2012 3124

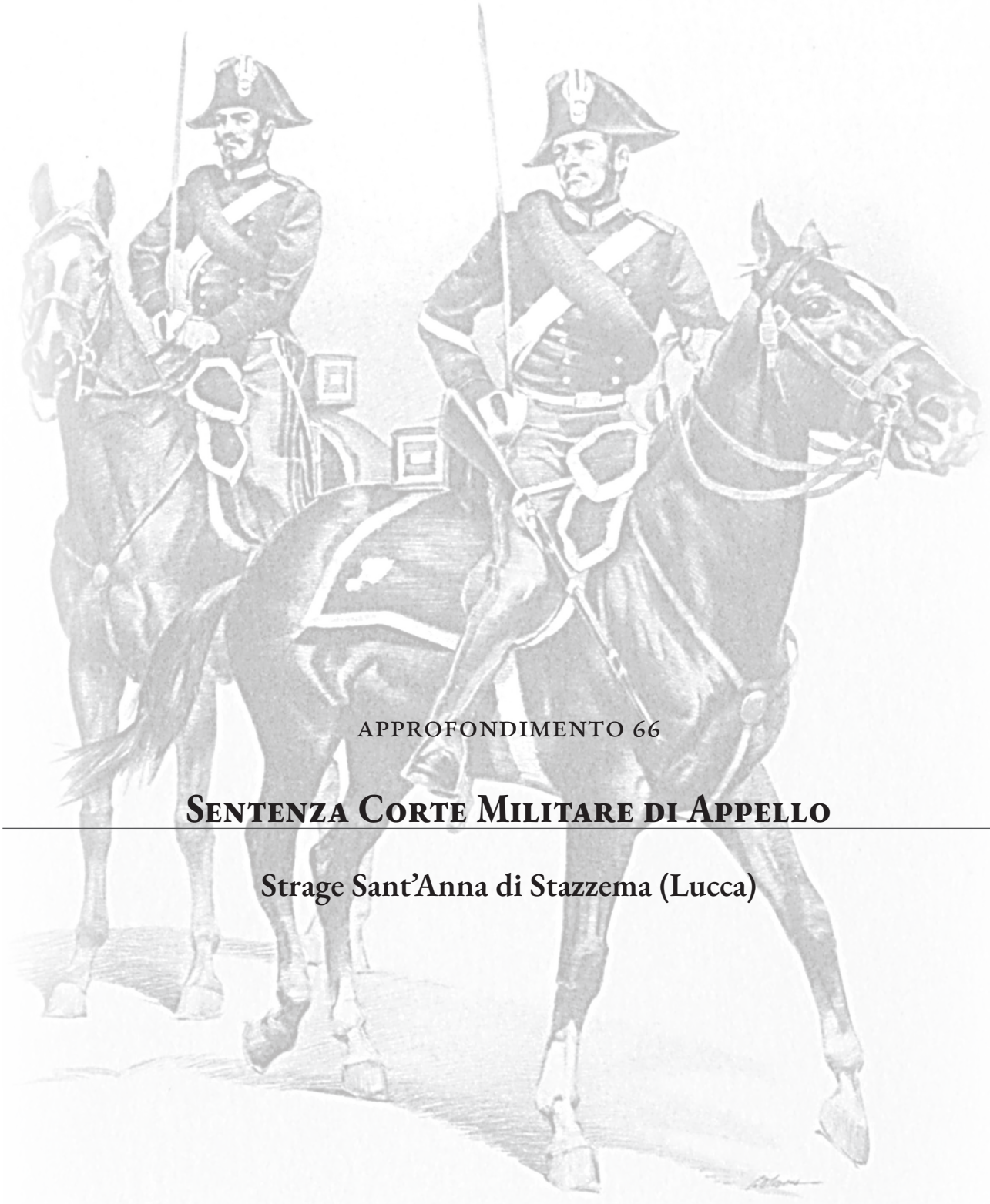
[VOLUME V]

I crimini nella ex Yugoslavia
APPROFONDIMENTO 74
I crimini di guerra nella ex Yugoslavia 3229
Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia. Ergastolo del 20 marzo 2019 3230
APPROFONDIMENTO 75
I crimini di guerra nella ex Yugoslavia 3615
Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia. Ergastolo, 8 giugno 2021 3616

Norme e Codici
APPROFONDIMENTO 76
Codici Penali Militari di Pace e di Guerra 3983
APPROFONDIMENTO 77
Costituzione del Tribunale Militare Internazionale 4103

[VOLUME VI]

APPROFONDIMENTO 78
Sentenza del Tribunale Militare Internazionale per il processo ai grandi criminali di guerra tedeschi 4109
APPROFONDIMENTO 79
Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda (1994) 4217
APPROFONDIMENTO 80
Statuto del Tribunale Internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio dell'ex Jugoslavia dal 1991 (1993) 4225
APPROFONDIMENTO 81 4233
Il Trattato di Versailles 28 giugno 1919 4233



APPROFONDIMENTO 66

Sentenza Corte Militare di Appello

Strage Sant'Anna di Stazzema (Lucca)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE MILITARE DI APPELLO

Composta dai signori:
1. Dott. Giuseppe **MONICA** Presidente
2. Dott. Luigi Maria **FLAMINI** Giudice
3. Dott. Stefano **PALAZZI** Giudice
4. Col. E.I. Claudio **BRAGAGLIA** Giudice
5. Ten.Col. A.M. Eduardo **CORI** Giudice
con l'intervento del Sostituto procuratore generale militare in persona del dott. Vincenzo FERRANTE, con del Collaboratore di Cancelleria dott. Renato ROCCA, in seguito all'appello proposto dai difensori, avverso la sentenza pronunciata dal Tribunale militare di La Spezia, in data ventidue giugno 2005, ha pronunciato in pubblica udienza la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale a carico di:
SOMMER Gerhard, nato il 24 giugno 1921 ad Amburgo, ivi residente in Sorefeldring n.21-22359; elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia, avvocato Andrea AMATI con studio a La Spezia in via Domenico Chiodo n.44;
RAUCH Georg, nato il 31 maggio 1921 a Hohndorf residente a Rummingen in Rebackerweg n.11-79595; elettivamente domiciliato presso il difensore di fiducia, avvocato Luigi TRUCCO con studio a Savona in via dei Vegerio n.6/A;
CONCINA Alfred, nato il 25 marzo 1919 ad Oelsnitz, residente presso la Casa di Cura per anziani "Johanna Rau" in Rechenberg-Bienenmuhle, Ortsteil Holzhau,BergstraBe n.7; domiciliato ex art.169 C.p.p. presso il difensore di ufficio, avvocato Simone SERAFINI con studio a La Spezia in via XXIV Maggio n.121;
GROPLER Karl, nato il 29 luglio 1923 a Wollin ivi residente in HauptstraBe n.16-14778; domiciliato ex art.169 C.p.p. presso il difensore di uffici, avvocato Andrea BUONDONNO con studio a La Spezia in Viale Italia n.353;
RICHTER Horst, nato l'8 novembre 1921 a Berlino, residente a Krefeld in Weberstrasse n.14-47798; domiciliato ex art.169 C.p.p. presso il difensore di ufficio, avvocato Paolo MUNAFÒcon studio a La Spezia in Corso Nazionale n.145;
imputati di:
"**CONCORSO IN VIOLENZA CON OMICIDIO CONTRO PRIVATI NEMICI PLURIAGGRAVATA CONTINUATA" (artt. 81 cpv. - 61 nn. 1 e 4 - 110 - 112 co. 1 nn. 1 e 3, 575, 577 nn. 3 e 4 cp; artt. 47 nn. 2 e 3 - 58 co. 1 cpmp; artt. 13 e 185 cpmg**) -
«perché, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, operando in concorso con gli altri militari del II Battaglione - SS Panzergrenadier Regiment 35 - 16^ SS Panzergrenadier-Division "Reichsführer-SS", tutti, secondo la specifica qualità e mansione, contribuendo alla materiale realizzazione del crimine e comunque reciprocamente rafforzandosi nel proposito delittuoso, il mattino del 12 agosto 1944, alle ore 07.00 circa e seguenti, in Sant'Anna di Stazzema (Lucca), senza necessità e senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e anzi nell'ambito e con finalità di un'ampia operazione di rastrellamento pianificata e condotta contro i partigiani e la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, cagionava la morte di numerose persone – verosimilmente tra le 457 e le 560 circa, tra le quali, e in prevalenza, anziani, donne e bambini – le quali non prendevano parte alle operazioni militari, agendo con crudeltà e premeditazione.
In particolare:
a) in località "Vaccareccia", circa cento persone dopo essere state riunite in tre stalle e in un cortile, anche a seguito del rastrellamento operato poco prima nelle borgate di "Moriconi" e "Argentiera", venivano uccise mediante lancio di bombe a mano ed esplosione di colpi d' arma da fuoco (mitragliatrice e fucili);
b) in località "Franchi" un numero imprecisato di persone, previamente riunite all'interno di una stanza, venivano uccise mediante esplosione di colpi d'arma da fuoco;
c) in località "Colle", un numero imprecisato di persone, dapprima concentrate in un fosso, venivano uccise mediante l'esplosione di colpi di mitragliatrice;
d) nella piazza antistante la Chiesa del paese teatro dell'eccidio, oltre un centinaio di persone - ivi condotte dalle case circostanti e dalla borgata "Pero" - venivano uccise mediante l'esplosione di colpi di mitragliatrice e i loro corpi poi dati alle fiamme;
e) in località "Coletti, verosimilmente intorno alle ore 11, gli abitanti, in numero imprecisato, venivano allineati contro il muro di una delle case e quindi uccisi mediante l'esplosione di colpi di mitragliatrice;
altre persone, in numero imprecisato, venivano uccise, con modalità simili a quelle sopra descritte, in zone limitrofe e in località "Mulini", presso la borgata "Alle case" e lungo la strada per Valdicastello.
Con le aggravanti:
- di cui all'art. 47 n. 2 cpmp, per il grado rivestito,
- di cui all'art. 47 n. 3 cpmp, per aver commesso il fatto con le armi in dotazione,

- di cui all'art. 58 co.1 cpmp, per esser concorsi con inferiori in grado, di cui all'art. 112 co.1 n. 1 cp, per esser concorsi nel reato in più di quattro persone,
- di cui all'art. 112 co.1 n. 3 cp, per aver determinato a commettere il reato persone soggette alla propria autorità o vigilanza, di cui all'art. 61 n. 1 cp, per aver commesso il fatto per motivi abietti,
- di cui all'art. 61 n. 4 cp, per aver commesso il fatto adoperando sevizie e crudeltà verso le vittime,
- di cui all'art. 577, n. 3 cp, per aver commesso il fatto con premeditazione.

Svolgimento del processo

1. Con sentenza in data 22 giugno 2005 il Tribunale militare della Spezia dichiarava SOMMER Gerhard, RAUCH Georg, CONCINA Alfred, GROPLER Karl e RICTHER Horst, in epigrafe meglio individuati, unitamente ai coimputati SCHONEBERG Alfred, BRUSS Werner, SCHENDEL Heinrich, SONNTAG Ludwig Heinrich e GORING Ludwig, (tutti all'epoca appartenenti al II Btg - SS Panzergrenadier Regiment 35 - 16 SS Panzergrenadier Division "Reichsfuhrer SS") responsabili del reato di "concorso in violenza con omicidio contro privati nemici pluriaggravata e continuata" per i fatti di cui all'imputazione, connessi all'evento ormai storicamente identificato come la strage di S. Anna di Stazzema del 12 agosto 1944.
In motivazione il primo giudice, dopo aver riassunto l'articolato iter dibattimentale, ritiene provato che l'operazione militare nella quale si compì l'eccidio in oggetto fu attuata sulla base di un piano preciso, volto ad un massacro indiscriminato, e che ad essa presero parte tutte e quattro le compagnie del II Battaglione Corazzato SS cui appartenevano gli imputati; perviene inoltre alla conclusione che gli odierni imputati parteciparono alla commissione dei fatti individuandone il ruolo di rilievo nell'organizzazione del reparto sulla base delle seguenti, testuali considerazioni:

SOMMER Gerhard
Il nominativo di Gerhard SOMMER compare per la prima volta nella indagine condotta dalla Commissione U.S.A. all'indomani della strage. In particolare si arriva alla sua individuazione attraverso i numerosi prigionieri di guerra tedeschi, molti dei quali del II Battaglione/35° Reggimento SS. Purtroppo non tutte le loro dichiarazioni sono pervenute fino a noi, tuttavia sono in atti le relazioni o rapporti riassuntivi stilati dagli ufficiali incaricati in seno alla V Armata, nelle quali è ricostruito, almeno parzialmente, l'organigramma dei reparti tedeschi impegnati nella Versilia in quel periodo. Questo fu possibile, in particolare, grazie al contributo di quegli ufficiali statunitensi che, conoscendo la lingua tedesca, furono nominati interpreti negli interrogatori davanti alla Commissione, e che ebbero occasione di parlare con loro più volte.
È questo il caso del Lieutenant William DE WALL, appartenente alla V Armata americana, che fu chiamato a rendere formale testimonianza il 16.09.1944 davanti alla stessa Commissione d'indagine per la quale svolgeva funzione di interprete. Dopo aver prestato formale giuramento, alla domanda del Maggiore WEXLER dichiarava che grazie alle informazioni dei prigionieri di guerra era riuscito a redigere un elenco relativo al 35° reggimento SS e così aveva saputo che il Lieutenant col. GESELER ne era il comandante anche prima del 19 agosto 1944 (data, all'epoca erroneamente indicata come quella dell'eccidio di Sant'Anna). Poiché la Commissione aveva individuato nel II Battaglione l'unità responsabile per Sant'Anna, alla richiesta di nominativi ad esso relativi, il DE WALL dichiarava che ne era comandante il maggiore CANTUFF o il capitano MUELLER, che il comandante della 5a Compagnia era il Secondo Lieutenant SASSE, che quelli della 6a Compagnia erano i Secondo Lieutenant GRANSNACH e KLINERT, che quello della 7a era il Secondo Lieutenant SOMMER, mentre non gli era stato mai riferito il nome del comandante dell'8a. Tutti loro avevano quell'incarico anche il 19 agosto 1944, la presunta data della strage.
Tuttavia, a seguito di rogatoria internazionale, sono stati acquisiti dalla Procura di Monaco di Baviera molti altri documenti provenienti dagli archivi americani (War Office di Washington), tra cui una serie di rapporti stilati all'esito dell'interrogatorio dei prigionieri di guerra di volta in volta catturati.
Così, partendo in ordine temporale, è del 9 luglio 1944 il rapporto del Magg. SHERGOLD (firmata nell'originale in inglese) sull'interrogatorio del prigioniero di guerra SCHAUFELBERGER (documento acquisito dal Dott. GENTILE con lettera 11 aprile 2003: in fasc. dib. 7, ex fald. H, cart.1, pag.85/4) che, catturato il 26 giugno 1944 a Nord di Grosseto, indicava il Ten.Col. GESELER al com. del Reggimento, il Magg. CANTOW al Comandante del Battaglione, il Cap. MARWART al comando della 5a Compagnia, il Ten. GRAMSCH e il S. Ten. KLINNERT al comando della 6a Compagnia, il Cap. FILLEBOCK al Comando dell'8a Compagnia e SOMMER come Comandante della 7a Compagnia già a quella data. Infatti, come si evince anche dal libro degli ex appartenenti alla 16° divisione ("Im gleichen Schritt und Tritt" acquisito in atti), per quanto riguarda la

7a Compagnia del II Battaglione, dove sono indicati i comandanti, il sottotenente BURMEIER risulta Gefallen, cioè caduto, il 25/6, pertanto non deve stupire che il prigioniero, catturato appena il giorno dopo quel decesso, avesse indicato SOMMER come suo successore. In realtà l'informazione sembra confliggere con quanto risulta dalla documentazione tedesca in cui viene indicato come primo successore del BURMEIER il Cap. REICH, quest'ultimo effettivamente sostituito dal SOMMER solo pochi giorni dopo, in quanto deceduto anch'egli il 29 giugno 1944 (rapportino delle perdite del reparto del giugno 1944). Verrebbe naturale - come in effetti ha fatto il difensore del SOMMER - chiedersi come lo SCHAUFELBERGER possa averlo indicato quale nuovo comandante, quando in realtà lo divenne solo il 29 giugno, alla morte di Reich, ma anche tre giorni dopo la sua cattura. Il rilievo non è decisivo, perché comunque non mette in dubbio l'assunzione della titolarità del comando della compagnia, al più tardi, appena tre giorni dopo, quindi un mese e mezzo prima la strage. In ogni caso, l'informazione del testimone potrebbe aver risentito del veloce avvicendarsi degli avvenimenti, soprattutto in un fronte tanto impegnato, dove anche la nomina di Reich potrebbe aver tardato soltanto di quel minimo che non gli ha consentito di prenderne conoscenza prima di cadere in mano americana, lasciandogli il ricordo di chi, secondo lui, avrebbe preso le redini della compagnia, o di colui che ne era stato chiamato al comando in sede vacante.

Del 24 luglio 1944 è il Rapporto 322 (all. n. 72, fasc. dib. n. 5 ex Fald. I, cart. 1 del P.M.) e la sua "appendice B" (contenuta anche in fasc. dib. 7, ex Fald. H, cart.1), dove il Tenente SOMMER viene indicato come Comandante della 7a Compagnia, il Capitano MUELLER come Comandante del Battaglione, il Ten. MARKWART Comandante della 5a Compagnia, il Ten. GRAMSCH della 6a Compagnia (in co.: il 2° Ten. KLEINERT), dell'8a Compagnia il Cap. FILLEBOCK. A quella data il Cap. GALLER era ancora indicato come Comandante della 6a Compagna del II Battaglione, ma del 36° Reggimento.

Viene inoltre scritto che all'inizio di luglio la Divisione era al meglio delle sue forze dopo aver ricevuto rimpiazzi, ma che già dalla metà dello stesso mese aveva subito perdite considerevoli.

Della stessa data è anche il Rapporto 137 del 24 luglio 1944 (nel fascicolo dibattimento n. 7, proveniente dalla cartella 1 del faldone F del P.M.) stilato dal 1° Ten. LANGE, dal Ten. B. NIELSEN e dal T/5 j. T/5 A.E. FOTH, i quali avevano interrogato vari prigionieri catturati il 22 luglio, di cui 6 della 5a Compagnia. A differenza di quanto indicato nell'appendice B del Rapporto 322, si afferma che la composizione del II Battaglione a quella data era di circa 200 unità, che al Comando della 5a Compagnia (composta da 20 uomini al 22 luglio 1944) c'era uno staff di sergenti (il Dott. GENTILE ha parlato, invece, di un maresciallo di cui non sarebbe stato indicato il nome), come si ricava indirettamente anche dalla firma di un sergente (Martin JANSEN) sul lasciapassare di Aleramo GARIBALDI. Si afferma, inoltre, che l'8a Compagnia era stata sciolta, e gli uomini divisi tra le altre Compagnie, e che 20 uomini che avevano completato l'addestramento base in Germania erano appena arrivati ad infoltire il Battaglione. Anche qui viene nominato il Tenente SOMMER (indicato come Summer) ma, piuttosto che come comandante di compagnia, viene addirittura indicato come Comandante del II Btg, circostanza che il Dott. GENTILE ha spiegato con riferimento ad una possibile vacanza di qualche giorno tra la cattura di CANTOW, precedente Comandante del Battaglione, e la nomina di GALLER, anche se di quest'ultima nomina non si conosce la data precisa.

Tuttavia stupisce che, pur essendo stato stilato lo stesso giorno del Rapporto 322 contenga informazioni tanto differenti quanto ai vertici delle compagnie e del Battaglione, che in quest'ultimo risulterebbero falcidiati. Se però si pensa che con il passare dei giorni di luglio erano aumentati gli scontri con i partigiani, e quindi anche le perdite di uomini, non appare irragionevole ritenere veritiere tutte quelle "novità", anche perché queste ultime sono informazioni ottenute da prigionieri catturati il 22 luglio, quindi due giorni prima; quanto ai prigionieri del Rapporto 322, seppur catturati sicuramente dopo metà mese, non ne viene indicata la data precisa, ciò che spiega perché potessero avere informazioni "vecchie".

L'Appendix "B" del Rapporto n. 118 del 3 ottobre 1944 (fascicolo dibattimento n. 7, pagina 64, cartella 1, faldone H) è, invece, una relazione del controspionaggio americano sulle informazioni ricevute dai prigionieri di guerra in un periodo di tempo molto lungo, quindi contiene anche informazioni antecedenti alla data in cui è stato redatto ma, comunque, relative ad un periodo compreso tra la fine di giugno ed il 25 settembre del 1944, data riportata come quella in cui è avvenuto l'ultimo scontro armato tra americani ed il 35° Reggimento. Anche qui SOMMER è indicato come Comandante 7a, anche se soltanto "in Co." (espressione usata nei rapporti americani che, secondo il Dott. GENTILE, vuol dire "presente in compagnia". Infatti il Capitano Reich, indicato al vertice della stessa, sappiamo già che era

morto il 29 giugno precedente, pertanto l'imputato ne era il vero comandante.
Il Rapporto 785 dell'08 ottobre 1944, firmato dal Cap. Joseph M. KOLISCH, (pagina 2, faldone I, cartella 2 in inglese, cart. 1 in italiano) è relativo all'interrogatorio di sei prigionieri di guerra in cui vengono indicati il capitano GALLER (che è scritto "GALLA", a conferma delle imprecisioni che talvolta derivavano dalla difficoltà delle traduzioni, forse anche indotte dalla pronuncia in tedesco dei cognomi), quello del maresciallo maggiore KIEBER (o KLEBER), che viene indicato come facente funzione al comando della Sesta Compagnia, e quello del sottotenente SOMMER, comandante della Settima Compagnia, a fianco del cui nominativo è aggiunto, unico tra gli altri nomi, che ha partecipato al massacro di Sant'Anna ("nelle vicinanze di Pietrasanta intorno al 19 agosto 1944").
Anche nel Rapporto 871, benché del 19 novembre 1944, SOMMER è indicato al comando della 7a Compagnia. Poiché il nome dell'odierno imputato è stato citato un numero consistente di volte già nell'ambito di quelle prime inchieste, si comprende facilmente perché il suo nome risulti tra quelli che il Prof. PEZZINO ha indicato come indagato, perché iscritto sulla copertina di un fascicolo del 5 gennaio del 1945, insieme a quelli di "GESELER", del maggiore "KANTOW", del capitano "MULLER" e del secondo tenente "SASSA".
Tuttavia le informazioni raccolte dai prigionieri di guerra risultano sostanzialmente confermate anche dalla documentazione acquisita presso la Deutsche Dienstelle e il Bundesarchiv di Berlino.
È sulla base di quei documenti (tutti contenuti nel fascicolo del dibattimento n. 1) che è stato possibile ricostruirne la posizione matricolare, la carriera e le decorazioni. Proprio sulla base di quel materiale il Dott. GENTILE ne ha tracciato un profilo nel corso dell'esame reso all'udienza del 12 ottobre 2004.
Entrato nella gioventù hitleriana il 1 luglio del 1933, il SOMMER ne uscì il 20 ottobre 1939, evidentemente per fare il suo ingresso nel corpo delle SS, dove risulta in forza dal 23 ottobre 1939, passo preceduto di poco dall'iscrizione nel partito nazional-socialista (1 settembre del 1939). Fece il suo ingresso nelle SS dai gradi più bassi, infatti divenne caporale nel 1941 e sottufficiale nel 1943. In quei primi anni, però, maturò moltissime esperienze, infatti fu impiegato in operazioni in Belgio, Olanda, Francia, Serbia e Grecia, per poi partecipare all'attacco all'Unione Sovietica che gli valse la prima decorazione (croce di ferro di 2a classe) e la promozione a caporal maggiore SS. Promosso sergente il 1° giugno 1943, dal 21 giugno al 15 ottobre 1943 frequentò un corso di allievi ufficiali di complemento a Proschnitz, nei pressi di Praga, e dal 30 gennaio 1944, quando conseguì la nomina a sottotenente, fu allievo della scuola SS per granatieri corazzati. Successivamente fu trasferito al II Battaglione del 35° Reggimento, probabilmente all'inizio come comandante di plotone e poi durante i combattimenti, come si è visto dai rapporti sopraricordati, assunse il comando della compagnia. Il 19 settembre 1944 conseguì un ulteriore decorazione (la croce di ferro di 1a classe) per l'impegno dimostrato nel servizio svolto in Italia.
Dagli stessi archivi sono stati acquisiti anche i rapporti perdite del II Battaglione da cui risultano i decessi prima di BURMEIER il 25 giugno 1944, quindi del suo sostituto Cap. REICH il 29 giugno, data da cui è possibile attribuire il comando della 7a Compagnia a Gerhard SOMMER.
Di lui si hanno notizie anche attraverso le testimonianze di alcuni ex militari interrogati nel corso delle ultime indagini. In particolare, nell'interrogatorio fatto con rogatoria il 21 luglio 2003, legittimamente acquisito al fascicolo del dibattimento ex art.431, lett. f, c.p.p. all'esito dell'udienza preliminare del 13.01.2004, e quindi pienamente utilizzabile per la decisione, peraltro confermato anche nell'interrogatorio del 15.12.2003, - anch'esso fatto con rogatoria internazionale e legittimamente acquisito al fascicolo del dibattimento all'esito della diversa udienza preliminare del 10.05.2004 (nell'ambito del procedimento riunito al presente all'udienza del 29.06.2004), e quindi anch'esso pienamente utilizzabile per la decisione - il CONCINA lo indica come suo comandante di compagnia. In realtà, dopo averne ricordato nome e incarico, affermò che il superiore non era presente a Sant'Anna perché gli risultava già morto, tant'è che indicò in BURMEIER il suo successore. Tuttavia, già nel secondo interrogatorio, corresse il tiro ed affermò che il SOMMER era comandante della 7a anche nel mese di agosto (rimane la "sbavatura" del BURMEIER indicato ancora come suo successore). Considerato che fu proprio quest'ultimo a "cadere" e ad essere sostituito dal SOMMER, è assolutamente comprensibile che a 60 anni dai fatti ci sia stata questa confusione ed inversione degli avvicendamenti, che peraltro non sposta in nulla la bontà e l'utilità delle deposizioni.
Il teste BARTLEWSKY (nell'interogatorio reso con rogatoria internazionale il 24.11.2003) ha dichiarato che il suo comandante di compagnia era SOMMER, soggiungendo di ricordalo bene, perché fu lui a congedarlo il 1 ottobre 1944, peraltro giorno del suo compleanno, quando andò a trovarlo in ospedale, dove era degente per una ferita, e tra, l'altro, bevettero una grappa. È pur vero che egli si è detto non sicuro

del fatto che l'imputato fosse stato suo comandante sin dal suo arrivo in Italia, risalente a fine luglio 1944. Ma si deve ritenere che, ove la Compagnia fosse stata retta da altro ufficiale, non si giustificherebbe un così marcato ricordo del SOMMER, da lui indicato come superiore ". corretto, che serviva da esempio".
Sentito tramite rogatoria internazionale il 10 luglio 2002, l'imputato ha confermato di essere giunto in Italia nel 1944, precisamente nella baia di Piombino, con l'incarico di caposquadra. Pur ricordando gli spostamenti principali che seguirono a quella prima destinazione, però, ha dichiarato di non ricordare né la località di Sant'Anna, sentita per la prima volta in occasione di una trasmissione televisiva ("Kontraste") del 2002, né dove si trovasse il 12 agosto 1944. Era sicuramente Untersturmfurer (Sottotenente) e il suo compito era quello di caposquadra, anche se talvolta, quando se ne presentava la necessità, gli capitò di ricoprire l'incarico di comandante di compagnia e, se non era ancora arrivato il nuovo comandante, pure per lunghi periodi. Quanto al resto non ha neanche ricordato a quale compagnia appartenesse, né il nome dei vari comandanti della Divisione che gli sono stati sottoposti.
Nonostante dal suo interrogatorio non siano emersi elementi che confermino le accuse nei suoi confronti, si deve comunque osservare che, soprattutto in alcune domande, è sembrato piuttosto reticente. Ovviamente non stupisce che abbia negato gli addebiti, quanto semmai che non ricordasse interventi in zona contro i partigiani, salvo dire subito dopo, ma in maniera assolutamente generica e piuttosto evasiva, che «. si sapeva che venivano effettuate azioni contro i partigiani», cui lui, però, non aveva mai partecipato. È infatti inverosimile, alla luce della documentazione e delle testimonianze anche dei consulenti del P.M., che con tutti gli scontri con i partigiani nella zona in cui è stata la sua Divisione, e con tutte le perdite riportate tra gli ufficiali della sua stessa unità, lui non ne abbia ricordate neanche uno, e non vi avesse mai partecipato. Non è credibile neanche per un momento, che un ufficiale, che per di più era stato "un esempio per tutti" come ricordato da BARTLEWSKY, non avesse mai preso parte, in qualunque veste, a quello che era il principale compito della Divisione nella zona.
Così come non è credibile quando sminuisce l'incarico di comandante di compagnia che, a suo dire, al massimo potrebbe aver ricoperto per qualche periodo. Infatti il periodo in cui risulta che egli fu senz'altro Comandante è piuttosto lungo (sin dalla fine del giugno 1944), e come tale era addirittura conosciuto dai suoi uomini (vedi BARTLEWSKY e CONCINA) e come tale firmò documenti ufficiali, quali il Rapporto perdite del 4 ottobre 1944 (riferito al decesso di Gerhard PLATE).
Né può essere considerato convincente quando, dopo essergli stato contestato che nell'intervista rilasciata durante la trasmissione televisiva ricordata sopra, pur dopo lo stupore iniziale ("ma chi vi ha dato queste informazioni?"), aveva ammesso di essere stato comandante di compagnia nel II Battaglione, ha risposto che lo aveva confermato solo per chiudere il discorso e far allontanare l'intervistatore (definita "quella gente"). Infatti ammettere quell'incarico, oltre che poter accrescere il discredito nei confronti della sua persona da parte dell'opinione pubblica, lo avrebbe anzi esposto ad una serie di altre domande che, a cascata, sarebbero potute discendere dalla prima. Si comprende, invece, perché sia stato reticente, negando le stesse cose nell'ambito di un procedimento penale.
La conclusione che Gerhard SOMMER fosse comandante della 7a Compagnia, II Battaglione, 35° Reggimento, 16a Divisione SS non è infine smentita dall'organigramma ("Dienstellung") del II Battaglione proveniente dagli archivi tedeschi relativo al periodo maggio-settembre 1944. Sebbene vi fosse ancora indicato il pari grado Burmeier, seppur indicato come caduto ("Gef.") il 25 giugno, piuttosto che il nominativo di chi gli sarebbe succeduto, non vuol dire ancora nulla rispetto ad una situazione che si è sicuramente verificata di fatto. L'omessa indicazione del SOMMER potrebbe semplicemente significare che non gli era stato ancora affidata la titolarità di un comando che, evidentemente, esercitava soltanto in sede vacante, magari in attesa di altro ufficiale. Ed infatti nel Dienstellung relativo al periodo successivo (settembre-dicembre 1944) l'imputato è regolarmente indicato al vertice della 7a Compagnia, a consolidamento di una situazione maturata di fatto già nel periodo anteriore.
In ragione di quanto detto, anche per il SOMMER risultano solide riprove del suo coinvolgimento nei crimini contestati, sicché tentativi della difesa di accreditare la tesi di un errore di persona (sembrerebbe con tale Erwin SOMMER) rivelano tutta la loro inanità.

RAUCH Georg

Le notizie su Georg RAUCH sono contenute principalmente nella documentazione reperita presso la Deutsche Dienstelle e il Bundesarchiv (Fasc. Dib. N. 1 ex Fald. B cart. 1, cart. 2, vol. 1) elaborata dal Dott. GENTILE (Fald. H, cartella 1). Nato nel 1921 egli, all'età di 12 anni, entrò nella Gioventù Hitleriana dove divenne in breve capo plotone. Nel 1940 si presentò come volontario per entrare nelle

SS e fu assegnato al famigerato battaglione Totenkopf. Dopo un corso di quattro mesi fu mandato in Francia, dove conseguì, in brevissimo tempo, tre promozioni che lo fecero diventare sergente già nell'ottobre 1941, quando fu inviato alla Scuola Allievi Ufficiali, poi in Russia, dove prese parte alle battaglie di quel fronte, quindi a Varsavia nel periodo dello sterminio nel ghetto degli ebrei. Nell'ultimo semestre del 1943 frequentò il corso ufficiali conseguendo la promozione ad Untersturmfuhrer (sottotenente) il 01.03.1944. Nel frattempo trasferito alla 16a Divisione SS, per quanto spontaneamente dichiarato l'11.12.2002 nell'ambito della rogatoria internazionale, passò dall'Ungheria all'Italia dove, essendo stato già nominato Aiutante di Battaglione, ricevette l'incarico di cercare una sistemazione per il suo Battaglione nella zona di La Spezia (dal fg. 151, cart. 7, vol. 1, del faldone B del P.M. risulta S. Tenente Aiutante di Battaglione almeno dal 15 giugno 1944, ma probabilmente lo era anche prima).

Pertanto, si deve dare per acquisito che egli, al momento della strage del 12 agosto, era Aiutante Maggiore di Battaglione, incarico di grande importanza, in virtù dello stretto rapporto con il comandante che deriva dai compiti normalmente attribuiti a tale figura. Infatti, oltre ad esserne il suo più immediato collaboratore e consigliere, tra le funzioni proprie di quella figura rientrava il mantenimento delle relazioni con le unità subordinate. Questo comportava che dovesse riceverne i rapporti, che li analizzasse e li comunicasse al comandante. In direzione contraria, doveva trasmettere loro le disposizioni ricevute dall'alto, tramite staffette portaordini o per telefono. A sua volta doveva provvedere ad inviare i rapporti del battaglione ai comandi superiori, nonché a riceverne le comunicazioni che girava al suo comandante. Stilava ordini e piani operativi sulla base delle disposizioni di quest'ultimo e, in battaglia, era competente a tenere aggiornati tutti i dati per la compilazione dei rapporti e del diario di guerra. Infine, ma non meno importante, come da lui stesso dichiarato, doveva occuparsi della sistemazione logistica dell'intero reparto. In poche parole un ruolo assolutamente centrale nella vita e nelle attività del Battaglione, e, proprio per questo, di grande supporto ed utilità per il proprio superiore. Sulla base di tali premesse, pertanto, si deve ritenere che il RAUCH abbia, nell'esplicazione delle proprie attribuzioni, partecipato almeno alla pianificazione ed all'organizzazione, se non direttamente all'esecuzione della strage di Sant'Anna.

Al di là delle conclusioni che, in astratto, si possono trarre dalle sue funzioni di Aiutante, va posto in rilievo che sono stati acquisiti elementi concreti dai quali emerge che il RAUCH è stato veramente un validissimo ausilio tattico per il suo comandante. Infatti, come si legge nella scheda valutativa del 15.10.1944, a firma del Capitano Aiutante SS DOBRINDT, è scritto che "nello svolgimento del suo incarico quale aiutante Maggiore di Battaglione dimostra molta comprensione.è abile nella corrispondenza ed è un buon consigliere tattico del suo comandante di Battaglione." (fg. 152, cart. 7, vol. 1, fald B P.M.).

Pertanto, se si dà il dovuto risalto a quanto affermato dal Dott. POLITI riguardo alle modalità tattiche con cui è stata predisposta e condotta l'operazione di Sant'Anna, non se ne può trarre che una partecipazione diretta dell'imputato già nel primo e decisivo momento dell'organizzazione dell'azione. Infatti, trattandosi di una fase strettamente attinente alle sue competenze, e non essendo emerse riprove della sua assenza dal reparto proprio in quel periodo, non può che affermarsi che anche lui contribuì, quanto meno sotto il profilo del concorso morale, alla realizzazione dell'eccidio.

In realtà, nella dichiarazione dell'11.12.2002, l'imputato nega qualunque coinvolgimento diretto o indiretto in quanto, a suo dire, appena arrivato in Italia avrebbe riportato gravissime ferite, a seguito di un attacco aereo da parte della R.A.F. (schegge nei polmoni, nel ginocchio sinistro e nel bacino destro) a seguito delle quali sarebbe stato ricoverato presso l'ospedale militare di Pavia (fg.14, cart. 9 del faldone G del P.M.). Tuttavia, non potendo ricordare la data precisa in cui ciò sarebbe avvenuto, e per quanto tempo sarebbe di conseguenza stato assente dal reparto, egli ha fatto riferimento a quanto dichiarato nell'ambito del procedimento di denazificazione presso il Tribunale di Norimberga da tal Georg VOIT, ufficiale del Reggimento da lui conosciuto in Italia e, successivamente, incontrato durante la prigionia a Norimberga, al quale chiese un atto notorio con cui comprovare di non aver partecipato a crimini contro l'umanità. Tale dichiarazione, rilasciata il 2.11.1946, viene evocata in quanto in essa il VOIT assevera, tra l'altro, che Georg RAUCH era stato ricoverato presso l'ospedale militare di Pavia dal 04.06.1944, data del ferimento, fino alla fine di agosto dello stesso anno, quando faceva rientro al reparto nella veste di aiutante di campo presso il II Battaglione del 35° Reggimento (fascicolo dibattimento n. 4, proveniente dalla cartella 9, faldone G del P.M.). Tuttavia, la documentazione acquisita presso gli Archivi Federali tedeschi, contrasta quella dichiarazione, facendo emergere elementi di segno opposto. In primo luogo, se nel foglio matricolare risultano tutte le tappe significative della carriera ed i ferimenti dell'imputato, compreso quello del 18

ottobre 1944, non vi è alcuna traccia dell'asserito ferimento di giugno (fascicolo del dibattimento n. 1, ff. 126-155 provenienti dal vol. 1, cart. 7, faldone B del P.M.). Circostanza, questa, quantomeno singolare, soprattutto perché per il ferimento dell'ottobre è addirittura annotata la lieve entità delle lesioni ("leggermente ferito scheggia di granata alla mano sinistra, rimasto con la truppa", fascicolo dibattimento n. 1, proveniente dalla cartella 1, faldone B del P.M.), oltre che la mancanza di ricovero presso altre strutture sanitarie, mentre per quella asseritamene più grave del giugno, che avrebbe comportato quasi tre mesi di ricovero, non vi è alcuna traccia.
A ciò si aggiunge che un'assenza tanto lunga, dal giugno all'agosto 1944, non sembra facilmente compatibile con i giudizi valutativi espressi dai superiori. Infatti, non se ne fa alcuna menzione nella valutazione del 10.06.1944, successiva alla presunta data del ferimento, laddove l'ufficiale valutatore ne avrebbe sicuramente fatto menzione soprattutto perché lo conosceva soltanto dal 23.05.1944, quindi da un periodo talmente breve che un'assenza per ferimento dal 04.06.1944 sarebbe stata quantomeno menzionata e, forse ostativa, alla redazione del giudizio stesso. Ma considerazioni analoghe possono essere fatte anche riguardo alla successiva valutazione del 15.10.1944 cui si è fatto già riferimento riguardo alle sue qualità tattiche. A fronte di un'assenza di quasi tre mesi, che avrebbe pressoché coperto tutto il periodo oggetto di giudizio, si fa esplicito riferimento alla precedente valutazione per elogiare i progressi del giovane ufficiale, sottolineandone una personalità sempre più matura e un carattere sempre più lucido. Si comprende facilmente come si tratti di una considerazione incompatibile con un'assenza tanto lunga, soprattutto se si ha presente che il giudizio si conclude sottolineando un rendimento di piena soddisfazione.
Ritenuto, pertanto, provata la presenza del prevenuto al reparto il 12 agosto 1944, vi sono fondati elementi per ritenere che il suo contributo sia andato oltre la fase puramente preparatoria ed organizzativa, per spingersi fino ad una partecipazione materiale sul campo di "battaglia". Si è già visto, infatti, che tutto il Battaglione fu impegnato nel massacro, e solo per questo deve ritenersi che, oltre alle quattro compagnie, fosse materialmente presente anche il Comandante e il suo staff di collaboratori. Oltre ad essere assolutamente normale che un comandante accompagni e guidi i propri uomini sul campo, si ha la prova documentale che questo accadeva anche rispetto al II Battaglione. Infatti nel rapporto perdite del 18.10.1944 (fascicolo dibattimento n. 1, cartella 4, faldone A del P.M.), risulta che nella stessa data e nello stesso luogo (S.Martino) furono feriti in battaglia sia il Comandante Anton GALLER (schegge di granata nella natica sinistra), sia l'imputato RAUCH (schegge di granata alla mano sinistra), ciò che conforta, se ce ne fosse ancora bisogno, circa il coinvolgimento dell'Aiutante Maggiore direttamente in battaglia a fianco del suo Comandante e, dunque, la piena responsabilità materiale e morale dell'imputato per la strage di Sant'Anna di Stazzema..
Non ignora il Collegio il fatto che le indagini svolte in Germania dalla Procura presso il Tribunale di Stoccarda a carico del RAUCH, per gli stessi fatti, si siano concluse sostanzialmente con un'archiviazione (come si ricava da una comunicazione di quell'Ufficio giudiziario prodotta dalla difesa), per non essere stati raggiunti adeguati riscontri, soprattutto per l'impossibilità di sentire nuovamente il VOIT, in quanto deceduto, e non essendo state ritenute appaganti le risultanze della documentazione relativa ai ricoveri dell'imputato. Il provvedimento adottato all'esito di tale indagine, però, non può essere in alcun modo ritenuto ostativo ad un giudizio a carico del RAUCH nel presente processo, non risultando emessa una decisione che possa considerarsi caratterizzata dalle connotazione indicate dall'art. 649 c.p.p.

CONCINA Alfred

Piuttosto particolare la carriera di questo imputato, il quale, già membro del partito nazionalsocialista, fu inizialmente arruolato nell'aviazione per essere trasferito nelle SS con il grado di sergente solo nel 1943. Dopo questo passaggio ci fu il primo ferimento (14.07.1943 - ferita ad una spalla da schegge di granata) e il ricovero in ospedale. Dimesso, fu assegnato al II Battaglione SS-Totenkopf, all'epoca di stanza a Praga. Successivamente venne spostato alla 16a Divisione SS appena costituita ed inviato in Italia nella 7a Compagnia, dove dice di aver maturato il grado di maresciallo e dove fu ferito alla gamba il 25.06.1944.
Il CONCINA venne sentito per rogatoria in due occasioni. Una prima volta, come testimone, il 21 luglio 2003 ed una seconda nella veste di indagato il 15 dicembre dello stesso anno. Nella prima dichiarazione - il cui contenuto venne dal medesimo richiamato e confermato dopo l'avvertimento dell'assunzione della qualità di indagato (e, dunque, pienamente utilizzabile) egli, dopo iniziali incertezze, ricordò che suo comandante di compagnia era il SOMMER, e raccontò come si svolsero i fatti a Sant'Anna. Inizialmente il nome della località non gli diceva molto, poi ci pensò e rammentò che il luogo era da loro conosciuto come "covo" di partigiani e che lì i tedeschi

subirono molti danni. Infine, nel flusso dei ricordi, capì che ci si stava riferendo ad una drammatica vicenda, da lui stesso definita come "grande porcata". Dopo aver premesso di non avervi preso parte, l'imputato ha riferito che vennero uccisi partigiani ed anche civili: erano tantissimi, anche se neppure lui ha saputo indicarne il numero. Secondo il suo ricordo tutto avvenne nella piazza vicino alla chiesa, dove lui e altri 60-80 militari (ha precisato che c'era tutta la sua compagnia) salirono verso le 8 del mattino. Si trattò di una missione abbastanza breve, durata forse 3-4 ore, conclusasi intorno a mezzogiorno. Egli non seppe di ferimenti di militari tedeschi ad opera di civili, ed ha soggiunto che le persone davanti alla chiesa, uomini, donne e bambini, furono fucilate a seguito di un ordine, e poi i loro corpi bruciati con dei mobili (ricordava un armadio).

Nel secondo esame, forse perché aveva cambiato veste essendo nel frattempo divenuto indagato, non ha aggiunto molto, però ha specificato, sulla scorta di quanto già detto nel primo, che non gli fu dato alcun ordine particolare per quella missione ("Non conosco nessuno che abbia dato l'ordine"), partirono e basta.

Quest'ultimo riferimento, che sembra doversi distinguere dall'ordine di sparare che, a suo dire, sarebbe stato impartito sulla piazza, è piuttosto significativo, in quanto conferma, come già visto, che per l'operazione in sé non ricevette un vero e proprio ordine, il che, avute presenti le prassi preparatorie ed operative di quel genere di azioni induce a ritenere esservi stata un'organizzazione discussa e concordata tra tutti coloro i quali avevano una posizione di comando e conseguenti responsabilità. Non va obliterato, infatti, che il prevenuto era comandante di squadra.

GROPLER Karl

Le informazioni sulla carriera e la storia di Karl GROPLER sono conosciute attraverso la documentazione acquisita presso la Deutsche Dienstelle (fascicolo dibattimento n.° 1, proveniente dal faldone B, cartella 1 del fascicolo del P.M.), attraverso i documenti della Zentrale Stelle elaborati dal Dott. GENTILE (fascicolo del dibattimento n. 1, dal faldone H, cartella 1 del P.M.) e dalle dichiarazioni rilasciate dal medesimo a seguito della rogatoria internazionale del 13.06.2003.

Si è appreso, così, che è stato nella gioventù hitleriana a partire dal 1937 fino al 20.03.1942, quando fu arruolato nelle SS. Al riguardo, però, si è riscontrata una divergenza tra quanto dallo stesso dichiarato e l'asserzione del consulente del P.M.: infatti, mentre il GROPLER ha affermato di essere stato chiamato come coscritto, il Dott. GENTILE ha sostenuto che in quel periodo l'ingresso nelle SS era ancora su base volontaria, ciò che potrebbe significare una speciale "vocazione" verso valori,

metodi e ideologia del Corpo. In ogni caso è pacifico che dopo il primo periodo di addestramento e l'impiego sul fronte occidentale, prima in Olanda, poi a sud della Francia, divenne un membro delle famigerate unità Totenkopf che, come già visto, erano responsabili della disciplina e della sicurezza dei campi di concentramento e nelle cui fila si recò sul fronte russo, precisamente a Karkow (dove si ricorda una delle stragi naziste più sanguinose). Dopo il ferimento alla testa fu trasferito prima in Polonia, poi in Ungheria, Prussia orientale e, infine, in Italia nel 1944. Nello stesso anno divenne prima Caporal Maggiore SS (01.04.1944), poi sergente SS due mesi dopo. In quest'ultimo Paese era inquadrato nell'8a Compagnia del 35° Reggimento SS. Di tale dato l'imputato si disse non sicuro, sottolineando di avere soltanto memoria dell'armamento pesante in dotazione (bombe a mano, lanciarazzi anticarro, automezzi con cannoni e lanciagranate).

In quell'occasione gli furono mostrate delle fotografie di S. Anna che l'imputato ha riconosciuto come la località dove si erano verificati i fatti (fascicolo del dibattimento n. 1, cartella 2 del faldone H del P.M.).

In considerazione del fatto che egli assunse, poi, la qualità di indagato, le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate. Va detto, però, che si tratta, nello specifico, di dati oggettivi, che, comunque, risultano dalla documentazione matricolare acquisita agli atti, nella quale è descritta la sua carriera militare e le varie sedi di assegnazione. Inoltre, tali dati risultano confermati dalle dichiarazioni dell'HETTESHEIMER, il quale, nell'interrogatorio del 9.3.04 (acquisito all'udienza 16.12.2004), ha ricordato l'imputato come suo comandante di squadra, responsabile dell'artiglieria ("capopezzo") ed ha soggiunto che quel giorno dovette rimanere di guardia agli alloggi col commilitone GEBHARDT perché tutta la compagnia si era recata sui monti per un'operazione. Pertanto, ben difficilmente si potrebbe pretendere di affermare che anche il GROPLER non si fosse portato in Sant'Anna, sia perché della sua presenza agli alloggi il teste si sarebbe certamente ricordato, come ha fatto per l'altro commilitone, sia perché risulta con certezza che l'artiglieria dell'8a Compagnia (indipendentemente dal suo concreto utilizzo, del quale non si hanno solidi riscontri) era sul posto e, dunque, non poteva mancare uno dei sottufficiali che ne erano responsabili.

Quando il GROPLER fu sentito nuovamente, a poca distanza di tempo (22.12.2003), questa volta in veste di indagato, si limitò a dire di ricordare di scon-

tri con partigiani, senza però fornire dettagli, nonostante le espresse contestazioni degli inquirenti, che in qualche modo si riportavano a suoi precedenti riferimenti.
A parere del Collegio il fatto che le dichiarazioni rese dall'imputato quando venne sentito come testimone non siano utilizzabili non impedisce, comunque, di tener conto della circostanza che in precedenza egli fu in grado di riferire con un buon dettaglio gli accadimenti di Sant'Anna. Qui, infatti, non è in questione lo specifico contenuto delle dichiarazioni, in quanto tali non utilizzabili, bensì il fatto oggettivo della memoria degli accadimenti. È pur vero che all'esercizio della facoltà di non rispondere non può essere attribuita una portata gravatoria, ma non è revocabile in dubbio che si possa tener conto del fatto che l'imputato non è privo di ricordi e che, pur avendo certamente cognizione e memoria della condotta che gli si addebita, non abbia inteso sottoporsi all'esame, neppure per fornire eventuali elementi a suo favore. In proposito è significativo, ed inquietante nel contempo, il fatto che il GROPLER abbia testualmente affermato di «. non essere disposto a rendere altre dichiarazioni».
Va, poi, considerato che il teste BECKERTH, pur non avendo potuto dire con certezza se il GROPLER fosse presente, ha affermato che era responsabile di un'artiglieria della sua compagnia e che questa fu impegnata nell'azione a Sant'Anna, il che induce ad escludere, considerato anche il grado del prevenuto, peraltro noto al teste come soggetto sempre "pronto a mettersi in mostra", possa non avervi avuto parte.
Su tutto pone, poi, un suggello quanto diffusamente illustrato sopra riguardo alla prova dell'impiego dell'intera 8a Compagnia nell'eccidio.

RICTHER Horst

Il primo riferimento all'imputato è assai risalente nel tempo ed è stato fatto per la prima volta nel periodo immediatamente successivo alla strage, nel corso delle indagini condotte dalla Commissione U.S.A. istituita in seno alla V Armata. Tra i vari testimoni sentiti dagli investigatori, secondo regole e garanzie conformi ai principi cardine del nostro ordinamento più moderno (commissione composta da tre persone, assistenza di un difensore, partecipazione di un interprete e di un relatore), il disertore tedesco Willi HAASE, ex appartenente alla 5a Compagnia del II Battaglione, oltre ad indicare quest'ultimo come responsabile, in tutte le sue unità, del massacro di Sant'Anna, fece anche alcuni nomi di chi ne faceva parte in quell'operazione, tra cui l'imputato RICTHER.
In realtà, nell'interrogatorio del 16 settembre 1944, il Maggiore WEXLER domandò al testimone se anche "il sottufficiale RUHTER, volontario SS, e più tardi appartenente agli Sniper Scout (Esploratori Tiratori scelti), 5a Compagnia, II Battaglione, 35° Reggimento SS, partecipò al massacro". Come si può vedere, il riferimento a RUTHER (anziché RICTHER) sembrerebbe escludere qualunque coinvolgimento dell'odierno imputato, con il conseguente venir meno di uno degli indizi a suo carico.
Tuttavia, per meglio comprendere quel riferimento nominativo, è necessaria una lettura comparata di quell'interrogatorio con il contenuto della scheda notizie di HAASE e con la relazione della Commissione del 16.10.1944 (rispettivamente come allegati 82 e 51 in fascicolo dibattimento n. 5 e in fascicolo dibattimento n. 7, proveniente dalla cartella 2 del faldone A del P.M.). Si comprende, così, che prima dell'interrogatorio del 16.09.1944, il testimone era stato già schedato e sentito una prima volta dalla Sezione G-2 della V Armata U.S.A., che aveva sintetizzato il contenuto delle sue prime dichiarazioni nella stessa scheda (che nella relazione della Commissione viene indicata come prova "i") poi utilizzata anche dalla Commissione durante l'esame. In particolare, dopo un breve riassunto dei fatti, sono indicati i nomi di quattro militari, tutti della 5a Compagnia di cui faceva parte lo stesso HAASE, che secondo il suo racconto avevano partecipato al massacro. Tra questi, oltre a JANSEN, LEIBSLE e WERTMANN, viene nominato l'Uff.RICTHER, indicato come volontario delle SS, capo squadra cecchini della 5a Compagnia/ II Battaglione, 35° Reggimento, e viene specificato che aveva partecipato anche lui.
A parte l'errore concernente il grado, come si è visto prontamente corretto in sede di interrogatorio, è evidente che le domande dei commissari tendevano semplicemente ad avere conferma dei nomi già forniti nell'interrogatorio precedente e che, pertanto, quel riferimento a RUTHER, oltre a confermare quelle difficoltà di comprensione e traduzione che derivavano dalla differente pronuncia di alcuni nomi, deve essere inteso come fatto all'imputato RICTHER.
Una volta identificata la persona di cui si parlava, le indagini più recenti hanno permesso di acquisire, presso gli archivi tedeschi della Deutsche Dienstelle di Friburgo e del Bundesarchiv di Berlino, quella documentazione che ne ha consentito l'esatta identificazione e la ricostruzione della carriera (fascicolo del dibattimento proc. n. 42/04 R. Dib. poi riunito al presente, e fascicolo dibattimento n. 1).
Prima di entrare nel 1939 per un ferma volontaria di 12 anni nelle SS, Horst RICTHER era stato nella Gioventù Hitleriana dal 1936, dove si era già distinto

divenendo giovane capo plotone (scheda prigioniero di guerra), e si era già iscritto al Partito nazionalsocialista. Per quella stessa spiccata connotazione ideologica che lo aveva già portato ad impegnarsi e ad emergere in quelle strutture, fu subito destinato allo stesso Battaglione di addestramento Totenkpf di Varsavia cui apparteneva SCHÖNEBERG, segno evidente di una personalità fortemente pervasa dai tragici "valori" del nazismo propri di quell'unità (oltre alla dura selezione per accedere nelle SS era riuscito ad essere ulteriormente scelto anche per il reparto che rappresentava il massimo dell'ideologia e della fedeltà al nazismo). In quell'unità cominciò a maturare ulteriori consensi tra le gerarchie conseguendo le prime promozioni, infatti, partito col grado di soldato semplice, il 1° gennaio del 1943 era già sergente. Fu ferito diverse volte, una prima il 30.04.1942 (scheggia di granata al capo, alle braccia e alla gamba sinistra), una seconda il 5.3.1943 (schegge al braccio e all'avambraccio e frattura). Dimesso dall'ospedale venne assegnato come comandante di plotone alla 5a Compagnia /II Battaglione del 35° Reggimento/16a Divisione SS. Come si evince dai rapportini delle perdite risulta nuovamente ferito il 26.06.1944, ma medicato direttamente al reparto, e ancora il 26.09.1944, il 30.10.1944, poco prima della promozione a maresciallo, avvenuta il 1.11.1944. Fu catturato dagli americani il 12.05.1945.

Un'ulteriore conferma della corretta identificazione dell'imputato si è avuta con la comunicazione fatta pervenire dal figlio, il quale afferma che il padre non era in grado di ricordare molto ai fini di un interrogatorio, ma confermava di essere stato in Italia con il II Battaglione SS (fascicolo del dibattimento n. 3, sottocartella "b", cartella 1 del faldone F).

Sentita nell'interrogatorio reso il 6.10.04, la giornalista KOHL ha dichiarato che, tra i vari militari tedeschi sentiti in relazione alla strage di Sant'Anna, il RICTHER aveva confermato di essere stato a Sant'Anna di Stazzema (alla giornalista che gli chiedeva notizie sulla strage sui monti a Sant'Anna di Stazzema, lui ha ammesso di essere stato "lassù").

Così esaminate le singole posizioni, il Tribunale osserva come, ai fini della responsabilità a titolo di concorso nel reato ex art. 110 c.p., rilevino "tutti quei comportamenti che in qualsiasi modo abbiano cagionato o agevolato l'illecito tipicizzato dall'art.185 c.p.m.g." e precisa che "Pertanto sarà rilevante non soltanto l'esecuzione consapevole di una parte della condotta materiale considerata dalla norma incriminatrice, ma anche qualsiasi contributo consapevolmente fornito nella fase dell'ideazione, della programmazione o della esecuzione del progetto. Infatti, bisogna aver presente che nell'ambito di un reparto militarmente ordinato, una decisione assunta dal vertice gerarchico competente, viene successivamente trasmessa, attraverso i vari gradi della scala gerarchica, fino agli esecutori materiali. In tale prospettiva, una qualunque interruzione di questa catena precluderebbe la traduzione di quell'ordine in azione concreta. Dunque, è assolutamente determinante, e quindi causalmente rilevante, il contributo dato da qualunque militare che si trovi ad occupare un livello intermedio tra il vertice e la base.

A quest'ultimo proposito, non si devono trascurare le particolarità di una compagine militare, nella quale l'organizzazione gerarchica ed il vincolo della disciplina costituiscono connotazioni funzionali al raggiungimento del fine operativo. Rispetto a quest'ultimo ciascun appartenente è chiamato a dare, secondo il proprio grado ed il proprio incarico, un contributo che, conseguentemente, in caso di commissione di crimini da parte della compagine, è apprezzabile da un punto di vista penale in termini di concorso.

Sulla base di tali presupposti, quindi, deve essere accertata la responsabilità dei singoli imputati i quali, ad eccezione del GÖRING che era caporale, essendo ufficiali (SOMMER e RAUCH) o sottufficiali occupavano tutti una posizione di rilievo nella gerarchia del II Battaglione".

Ciò posto, rileva ancora il primo giudice che dalla "posizione di ciascun imputato nell'ambito del II Battaglione, si trae la prova della loro partecipazione all'azione posta in essere dal reparto, avendo i medesimi assunto un ruolo rilevante non solo nella gestione materiale degli uomini dislocati nelle varie località, ma già prima, nella fase organizzativa. In ogni caso, quand'anche non risultasse un loro contributo fattivo in quest'ultima fase (la prima in ordine logico e cronologico), dato il carattere unitario e coordinato dell'azione, che presuppone l'emanazione di ordini uniformi, la loro responsabilità deriverebbe anche soltanto dalla trasmissione ai subordinati di quegli ordini criminosi che, per le considerazioni esposte, non può che essere considerata, ai fini che ci occupano, condotta consapevole e volontaria".

Ritenuta dunque dimostrata la partecipazione al crimine degli odierni imputati, il Tribunale, stante la manifesta criminosità dell'ordine, esclude la configurabilità di scriminanti mentre ritiene sussistenti nei loro confronti, oltre a quella della premeditazione, le aggravanti dell'aver agito per motivi abietti e con crudeltà nonché quelle del grado rivestito, del numero superiore a quattro dei concorrenti e dell'aver concorso con inferiori in grado, così in definitiva pervenendo alla condanna all'ergastolo con condanna generica al risarcimento del danno alle costituite

parti civili più provvisionale di euro 10.000 in favore delle parti civili BALDASSARRI Maria Augusta, Gian Paolo e Antonio Augusto.
2. Avverso la sentenza - e le ordinanze con le quali il Tribunale aveva di volta in volta deciso su talune eccezioni sollevate dai difensori prima dell'apertura e durante il dibattimento - proponevano appello i difensori del CONCINA, del GROPLER, del RAUCH, del RICHTER e del SOMMER oltre che i difensori degli imputati SCHOENEBERG e SONNTAG.
Quanto a tali ultimi due, però, lo SCHOENEBERG successivamente comunicava di rinunciare all'impugnazione (ff. 85 ss. fasc. app.) mentre il SONNTAG decedeva il 7 marzo 2006 (ff. 81 ss. fasc. app.) per cui il SOMMER, il RAUCH, il CONCINA, il GROPLER ed il RICHTER residuano come unici imputati nel presente giudizio di appello.
Le doglianze esposte negli atti di impugnazione in esame sono sotto alcuni aspetti coincidenti e concernono questioni procedurali e di merito che possono essere riassunte come segue.

Questioni procedurali

1) Difetto di giurisdizione dell'Autoritò giudiziaria militare
L'eccezione si fonda su tre ordini di argomenti:
a) poiché ai fatti avrebbero concorso anche persone estranee alle forze armate tedesche, la giurisdizione spetterebbe al Giudice Ordinario in base al combinato disposto degli artt. 13 comma 2 c.p.p. e 264 c.p.m.p. (appello GROPLER);
b) dato che le azioni sarebbero state estranee alla guerra e solo accidentalmente correlate con lo stato di guerra, i fatti contestati integrerebbero il reato comune di omicidio plurimo aggravato e non già quello previsto dall'art. 185 c.p.m.g. (appello GROPLER);
c) l'art. 13 c.p.m.g. prevede l'applicazione delle norme sui reati contro le leggi e gli usi della guerra agli appartenenti alle forze armate nemiche ma le truppe tedesche presenti nel territorio della R.S.I. non andrebbero considerate forze armate nemiche in quanto la R.S.I., succeduta al Regno d'Italia nel territorio da essa governato e dotata di soggettività internazionale, era alleata con la Germania del III Reich; ciò impedirebbe di considerarle "nemiche" per cui verrebbe meno il presupposto per applicare nei loro confronti il reato militare p. e p. dall'art. 185 c.p.m.g. mentre si configurerebbe quello comune di omicidio plurimo aggravato (appelli RICHTER, RAUCH e SOMMER);
2) Nullità del decreto che dispone il giudizio per mancanza o insufficienza dei requisiti di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 429 c.p.p. (appelli RICHTER e SOMMER):
Agli imputati non sarebbe stato dato conoscere chi, come ed in quali circostanze avrebbe ucciso per cui l'imputazione sarebbe generica con grave limitazione del diritto di difesa.
3) Nullità dell'udienza per la formazione del fascicolo per il dibattimento (appelli RICHTER e SOMMER)
Sul punto si argomenta che il GUP avrebbe emesso un provvedimento abnorme indicando gli atti da inserire facendo soltanto riferimento ad una loro generica tipologia così delegando sostanzialmente al pubblico ministero, senza contraddittorio, la formazione del fascicolo; né quel provvedimento potrebbe ritenersi "sanato" dalla possibilità di riproporre nella fase preliminare del dibattimento le questioni sul fascicolo dibattimentale perché quest'ultima sarebbe aggiuntiva ma non sostitutiva di quella prevista dall'art. 431 c.p.p.
Nell'appello SOMMER si lamenta inoltre specificamente che l'udienza si sarebbe tenuta nonostante l'assenza giustificata del difensore specificandosi che diversamente da quanto ritenuto da GUP e Tribunale, l'impedimento addotto (stato febbrile) avrebbe dovuto essere considerato legittimo in quanto incidente, per comune esperienza, sulle funzioni intellettive.
Il GUP, invece, nominò un difensore in sostituzione e celebrò l'udienza preliminare; si sarebbe quindi verificata una nullità assoluta per il mancato rinvio né la nullità potrebbe essere considerata sanata dalla successiva facoltà ,prevista dall'art. 491 c.p.p., di effettuare in sede di giudizio un riscontro sul contenuto del fascicolo processuale
4) Esclusione delle parti civili Regione Toscana, Provincia di Lucca, Comune di Stazzema, Presidenza del Consiglio dei Ministri. (appelli RICHTER, RAUCH e SOMMER)
Al riguardo si espone che:
a) in rito, andrebbe disattesa l'affermazione del Tribunale, contenuta nelle ordinanze rispettivamente in data 30 giugno 2004 e 17 maggio 2005, secondo cui le questioni sulle costituzioni di parte civile sarebbero state proposte in primo grado oltre il termine previsto;
b) nel merito, Comune di Stazzema, Provincia di Lucca e Regione Toscana, seppur genericamente rappresentativi degli interessi della collettività, non potrebbero essere considerati "enti esponenziali per volontà del legislatore" di quegli interessi specifici tutelati dalla norma penale oggetto dell'imputazione. Essi sarebbero portatori di un "interesse pubblico" generico ed astratto, quindi non tale da

giustificare la legitimatio ad causam (si citano precedenti giurisprudenziali in materia di violenza sessuale, Cass., Sez. III, 4 dicembre 1998); ambientale Cass. 15.6.93; reati associativi 4.6.92). Occorrerebbe invece che l'interesse leso coincida con un diritto soggettivo proprio dell'ente, assunto nello statuto a ragione della propria esistenza e attività, per modo che, tra offesa al bene giuridico e lesione di tale diritto dell'ente, vi sia un rapporto di causalità immediato e diretto (si richiama una sentenza del Tribunale di Milano del 6.7.98)
Al di là del nomen tipico, poi, gli enti "comune" e "provincia" sarebbero stati, all'epoca dei fatti, mere organizzazioni amministrative di decentramento del governo centrale e dunque non troverebbero corrispondenza negli enti attualmente inseriti, con soggettività ed autonomia proprie, nell'assetto istituzionale; la "regione", poi, avrebbe costituito soltanto un concetto di delimitazione etnico-geografica.
Sarebbe dunque da escludere che Comune di Stazzema, Provincia di Lucca e Regione Toscana possano essere considerati soggetti danneggiati ovvero successori universali di enti allora esistenti, titolari del diritto di chiedere il risarcimento del danno.
Le suindicate parti civili non avrebbero inoltre adeguatamente indicato le ragioni che giustificherebbero le domande risarcitorie, che dunque sarebbero inammissibili per violazione dell'art. 78, lett. d) c.p.p.
Negli appelli RICHTER e SOMMER, infine, si lamenta specificatamente che l'atto di costituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile perché non accompagnato dall'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri prevista dall'art. 1, comma 4 Legge 3/91
5) Inutilizzabilità degli esami testimoniali inseriti nel fascicolo per il dibattimento perché disposti dal P.M. a mezzo di rogatorie internazionali (appelli RICHTER,e SOMMER).
Al riguardo si espone:
a) Le rogatorie internazionali acquisite sarebbero inutilizzabili perché avrebbero dovuto essere effettuate per via diplomatica secondo quanto disposto dall'art. 727, comma 1 c.p.p.- e non, come fatto dal PM, ex art. 727, comma 5 bis c.p.p. - in quanto il reato militare previsto dall'art. 185 c.p.m.g., non assimilabile ad alcun reato previsto dal diritto comune, sarebbe escluso sia dalla Convenzione di Strasburgo del 1959 in materia di assistenza giudiziaria (il cui art. 1, comma 2 ne stabilisce la non applicabilità ai reati militari "che costituiscono reati di diritto comune"), sia dalla Convenzione di Schengen, che sul punto nulla aggiungerebbe alla precedente;
b) Le rogatorie internazionali sarebbero inoltre inutilizzabili ex art 431, lett. f) c.p.p. perché effettuate senza la presenza effettiva quantomeno di un difensore di ufficio nominato dall'Autorità procedente. Secondo i difensori, infatti, avrebbe errato il Tribunale nell'ordinanza in data 14 luglio 2004 a ritenere sufficiente, ai fini del rispetto dell'art. 431, comma 1, lett. f) c.p.p., l'avviso dato dall'Autorità rogata ai difensori degli imputati dello svolgimento dell'incombente istruttorio; una diversa interpretazione, che consentisse l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento di atti formati senza il contraddittorio, imporrebbe di sollevare questione di legittimità costituzionale dell' art 431, lett. f) c.p.p. in riferimento al diritto di uguaglianza (art. 3 Costituzione), al diritto di difesa (art. 24 Costituzione) e al diritto al giusto processo (art. 111 Costituzione).
6) Inammissibilità delle prove testimoniali dei testi Adolf BECHERTH, Karl Heinz BARTLEWSKI e Willi Albert MEHIS perché non tempestivamente indicate nella lista ex art. 468 c.p.p. (appelli RICHTER e SOMMER)
Sul punto si afferma che, diversamente da quanto ritenuto dal Tribunale nell'ordinanza del 10 novembre 2004, non si potrebbe considerare intervenuto il consenso dei difensori all'acquisizione delle suindicate testimonianze.
7) Inutilizzabilità delle prove testimoniali ex art. 63 c.p.p. (appelli RICHTER e SOMMER).
Al riguardo si espone che i testi BECHERTH, BARTLEWSKI, HOLLE e SCHMIDT hanno ammesso la loro partecipazione all'azione di Sant'Anna di Stazzema; la loro testimonianza quindi non avrebbe dovuto essere ammessa e comunque avrebbero dovuto essere compiuti da parte del Tribunale gli adempimenti di cui all'art. 63 c.p.p. procedente. Secondo i difensori, infatti, avrebbe errato il Tribunale nell'ordinanza in data 14 luglio 2004 a ritenere sufficiente, ai fini del rispetto dell'art. 431, comma 1, lett. f) c.p.p., l'avviso dato dall'Autorità rogata ai difensori degli imputati dello svolgimento dell'incombente istruttorio; una diversa interpretazione, che consentisse l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento di atti formati senza il contraddittorio, imporrebbe di sollevare questione di legittimità costituzionale dell' art 431, lett. f) c.p.p. in riferimento al diritto di uguaglianza (art. 3 Costituzione), al diritto di difesa (art. 24 Costituzione) e al diritto al giusto processo (art. 111 Costituzione).

Questioni di merito

Comune a tutti gli atti di gravame è la doglianza secondo cui mancherebbe la prova dell'apporto causale di ciascun imputato all'evento; in particolare,

mancherebbe la prova dell'esistenza di un ordine preventivo impartito al reggimento di uccidere tutti i civili, compresi donne, anziani e bambini. Resterebbe altrimenti incomprensibile la mancata imputazione nei confronti del BECKERTH, unico testimone tedesco presentatosi e che ha ammesso di essere stato presente nella piazza quando venne impartito l'ordine di sparare. In realtà dalla testimonianza del BECKERTH si evincerebbe che l'ordine sarebbe stato quello di cercare i partigiani; non trovandoli, i militari tedeschi avrebbero cercato di appurarlo dai cittadini; non avendo avuto risposta, l'ufficiale avrebbe chiamato il comando per sapere cosa fare ed il comando avrebbe dato il terribile ordine che avrebbe rappresentato l'interruzione dell'apporto causale dato dagli imputati.
Sotto questo profilo, nell'appello RAUCH si lamenta la mancata ammissione della testimonianza del prof. Paolo PAOLETTI che in suo libro ha sostenuto che l'azione del 12.8.44 sarebbe nata come rastrellamento e si sarebbe trasformata in strage dopo che venne ferito in un agguato un militare tedesco.
Non sarebbe poi credibile che tutto il battaglione avrebbe partecipato all'operazione conclusasi con la strage.
Sulla base di tali argomenti, in tutti i gravami si chiede in via principale l'assoluzione.
Le ulteriori argomentazioni (e conseguenti richieste) contenute nei singoli atti di appello possono essere riassunte come segue:
a) Nell'appello GROPLER si evidenzia che tale imputato sarebbe stato obbligato al servizio nelle SS. Sarebbe inoltre provato che la sua compagnia non intervenne materialmente nella fase terminale dell'eccidio e comunque non venne utilizzata nella sua totalità perché nell'operazione sarebbero stati cooptati non più di tre uomini per plotone. Si dovrebbe dunque quantomeno dubitare della partecipazione del GROPLER all'eccidio, tanto più alla luce della testimonianza del BECKERT, il quale avrebbe riferito di non averlo visto durante l'intera operazione di Sant'Anna di Stazzema. Né sarebbe condivisibile l'argomentare del Tribunale che sarebbe giunto ad affermare la responsabilità del GROPLER valorizzando l'affermazione dello stesso BECKERT secondo cui l'imputato era "uno sempre pronto a mettersi in mostra";
In ogni caso ricorrerebbero le circostanze per ritenere scriminate le condotte ex artt. 45 (forza maggiore), 46 (costringimento irresistibile), 54 (stato di necessità) codice penale, tanto più che sarebbe provato il rinvenimento tra le vittime di almeno due cadaveri di soldati tedeschi.
In via subordinata, riconoscimento delle attenuanti generiche stante l'atipicità della situazione e conseguente riduzione della pena; in ogni caso, riduzione della pena al minimo edittale previa rimodulazione della stessa in base all'art. 133 c.p.;
b) Nell'appello CONCINA si lamenta la mancata declaratoria di intervenuta prescrizione previo riconoscimento delle attenuanti generiche (motivabili per la giovane età e l'incensuratezza al momento dei fatti e per la difficoltà tra le SS di disattendere ad un ordine di un superiore), valutate equivalenti alle contestate aggravanti;
c) Nell'appello RICHTER si espone che, anche ammettendo la partecipazione ai fatti dell'imputato, si sarebbe dovuto applicare l'esimente dello stato di necessità (dalle testimonianze HETTESHEIMER, BECHERTH e BARTLEWSKI risulterebbe infatti che la disobbedienza all'ordine avrebbe avuto come sicura conseguenza la morte); Il Tribunale, inoltre, non avrebbe dovuto applicare le aggravanti, previste dal c.p. e dal c.p.m.p., in quanto stabilite dal legislatore per fattispecie assolutamente incomparabili con lo stato di guerra e le leggi eccezionali che lo regolano
Si lamenta, infine, la mancata concessione delle attenuanti generiche e dell'attenuante di cui all'art. 59, comma 1 c.p.m.p.; nonché l'errata applicazione della pena dell'ergastolo osservandosi che, poiché l'azione fu pianificata dal Comando militare tedesco, si sarebbero dovute concedere le suindicate attenuanti con conseguente declaratoria di estinzione del reato per prescrizione;
d) Nell'appello SOMMER si espone che la sentenza di primo grado non avrebbe dato conto di alcuna specifica prova a carico del SOMMER, nei cui confronti emergerebbero indizi tutt'altro che gravi, precisi e concordanti per cui sarebbe insufficiente la prova dell'effettiva partecipazione del SOMMER all'azione del 12 agosto 1944 tanto più che il primo giudice non avrebbe adeguatamente considerato la prova documentale, pervenuta a seguito di rogatoria internazionale del P.M. ed acquisita agli atti, da cui si evincerebbe l'esistenza nella XVI Divisione Panzergrenedier di un omonimo, anch'egli sottotenente, di nome Erwin SOMMER, risultante disperso il 24.9.1944 nella zona di Bercelo e deceduto il 4.1.1945 ad Alfonsina. In subordine, anche ammettendo la partecipazione ai fatti del SOMMER, si sarebbe dovuto applicare l'esimente dello stato di necessità dato che dalle testimonianze HETTESHEIMER, BECHERTH e BARTLEWSKI risulterebbe che la disobbedienza all'ordine avrebbe avuto come sicura conseguenza la morte. Si lamenta, inoltre, che il tribunale non avrebbe dovuto applicare le aggravanti, previste dal c.p. e dal c.p.m.p., in quanto previste dal legislatore per fattispecie assolutamente incompara-

bili con lo stato di guerra e le leggi eccezionali che lo regolano mentre, in ragione del fatto che l'azione fu pianificata dal Comando militare tedesco, si sarebbero dovute concedere le attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p. e l'attenuante di cui all'art. 59, comma 1 c.p.m.p., con conseguente declaratoria di estinzione del reato per prescrizione;
e) Nell'appello RAUCH si lamenta la mancata applicazione dell'amnistia di cui al D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332, esponendosi, al riguardo, che i reati contro le leggi e gli usi della guerra rientrerebbero nella categoria dei delitti soggettivamente politici quando siano stati determinati, in tutto od anche in parte, da motivi politici; conseguentemente, poiché nel quadro internazionale di allora, la scelta del militare tedesco tra il servire ed il congiurare sarebbe stato un giudizio politico, l'amnistia in questione sarebbe applicabile nel caso di specie; qualora la Corte ritenesse esclusi dall'amnistia i militari tedeschi che avrebbero agito per motivi politici, nel gravame si solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, lett. b) del D.P.R. 332/66 per violazione dell'art. 10 cpv. Costituzione con riferimento all'art. 14 della Convenzione di Strasburgo sui diritti dell'uomo (L. 848/55). Sotto altro profilo, si lamenta che il Tribunale avrebbe omesso di valutare documenti in atti (fg. 216 numerazione fasc. PM) che proverebbero il ferimento del RAUCH il 12.7.44, ferimento diverso da quello meno grave erroneamente documentato per il 18.10.44 ma in realtà mai subito dal RAUCH. In realtà, dunque, secondo l'appellante il RAUCH, in quanto ricoverato, non sarebbe stato nei ranghi nel periodo in cui avvenne la strage essendo rientrato in servizio soltanto a metà agosto ed a supporto si richiama la testimonianza VOIT; si sottolinea che anche il prof, GENTILE avrebbe indicato il RAUCH come persona da sentire in quanto informata sui fatti e non certo come responsabile della strage; si evidenzia che le indagini in Germania si sarebbero concluse con un'archiviazione nei confronti del RAUCH; si espone che il RAUCH avrebbe avuto un numero di posta diverso da quello degli appartenenti alle quattro compagnie.
Con atto depositato in data 2 novembre 2006 il difensore del RAUCH ha poi proposto motivi aggiunti nei quali, in particolare, si chiede l'acquisizione e che comproverebbero il ricovero del RAUCH nel periodo in cui avvenne la strage.
All'odierna udienza, dopo che la Corte, come da ordinanze allegate al verbale, ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello dello SCHOENEBERG per sopravvenuta rinuncia e ha disposto la separazione del processo a carico del SONNTAG, è stata dichiarata la contumacia degli imputati rimasti quali parti del presente giudizio.
Su richiesta del difensore del RAUCH, e nulla opponendo le altre parti, è stata acquisita agli atti la documentazione allegata dal detto difensore ai motivi aggiunti.
In sede di conclusioni, le parti hanno formalizzato le seguenti richieste:
- il pubblico ministero, conferma dell'appellata sentenza;
- le parti civili, conferma dell'appellata sentenza, come da conclusioni scritte allegate al verbale;
- il difensore del SOMMER: accoglimento dei motivi di appello;
- il difensore del CONCINA: accoglimento dei motivi di appello;
- il difensore del RICHTER: in principalità, assoluzione per non aver commesso il fatto; in subordine perché il fatto non costituisce reato ex art. 54 c.p.; in estremo subordine, previa concessione delle attenuanti di cui agli artt. 62 bis c.p. e 59, c. 1, c.p.m.p., declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione;
- il difensore del RAUCH: assoluzione per non aver commesso il fatto;
- il difensore del GROPLER: in rito, declaratoria di difetto di giurisdizione; nel merito, assoluzione per non aver commesso il fatto; in subordine, proscioglimento ex artt. 45, 46 e 54 c.p.; in estremo subordine, minimo della pena.

Motivi della decisione

1. Questioni procedurali
Prima del merito dell'accusa, s'impone l'esame delle numerose eccezioni di carattere procedurale prospettate dalle difese.
La Corte le ritiene tutte infondate sulla base delle seguenti considerazioni, che ripetono l'ordine delle questioni seguito in narrativa.
Quanto all'eccezione di carenza di giurisdizione dell'A.G. militare fondata sull'asserito effetto attrattivo della connessione, in favore dell'A.G. ordinaria, nel caso di concorso di civili e militari nella commissione del reato, questo Collegio aderisce all'insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, le quali hanno affermato - peraltro nel solco della giurisprudenza prevalente - che "la giurisdizione dell'unico reato militare, commesso in concorso di persone militari e civili, deve essere separatamente attribuita al giudice speciale nei confronti dei militari e al giudice ordinario nei confronti dei civili, in applicazione della nuova disciplina della connessione dei procedimenti di cui agli artt. 12 e 13 comma 2 c.p.p., che ha comportato l'abrogazione dell'art. 264

c.p.m.p." (sentenza 25 ottobre 2005, n. 5135; nello stesso senso, più di recente, anche Cass., Sez. I, 11 aprile 2006, n. 423).
Quanto all'eccezione di carenza di giurisdizione fondata sull'asserita inconfigurabilità, nel caso di specie, del reato militare p. e p. dall'art. 185 c.p.m.g. perché ne mancherebbero due elementi costitutivi (collegamento dell'azione a cause non estranee alla guerra e condizione di nemici delle vittime), rileva la Corte che, benché tale doglianza sia stata posta dalle difese come questione preliminare sulla giurisdizione sia nel corso del giudizio di primo grado che nei motivi di appello, in realtà essa attiene al merito dell'accusa e dunque andrà affrontata in seguito. ù
È evidente, infatti, che, nel corso di un giudizio già instaurato avanti all'organo giudiziario militare, una questione preliminare sulla giurisdizione avennte ad oggetto la diversa qualificazione giuridica del fatto può porsi soltanto se il reato formalmente contestato non rientri nel catalogo dei reati militari perché in tal caso già in astratto la fattispecie sfuggirebbe alla competenza del giudice speciale militare; se, però, come in questo processo, l'imputazione concerne un reato militare, occorre necessariamente verificare, alla luce delle acquisizioni probatorie, se il fatto corrisponde in concreto a quello tipico previsto dalla norma incriminatrice evocata in imputazione e soltanto all'esito di tale valutazione, che attiene al merito dell'accusa, potrebbe eventualmente darsi una diversa qualificazione giuridica del fatto con i conseguenti effetti sulla giurisdizione.
Quanto all'eccezione di nullità del decreto che dispone il giudizio per mancanza o insufficienza dei requisiti di cui al comma 1, lett. c) dell'art. 429 c.p.p., la Corte osserva innanzitutto che la "ratio" della disposizione in questione consiste nel garantire all'imputato di potersi consapevolmente difendere in relazione ad ogni elemento dell'accusa dato che la genericità o la semplice indeterminatezza dell'imputazione non gli consentirebbero una scelta meditata sulla linea da assumere.
È dunque alla luce di tale finalità che va valutato il requisito della chiara e precisa enunciazione del fatto di cui all'art. 429, comma 1, lett. c) c.p.p., tanto che recentemente la Corte di cassazione ha precisato che la mancata enunciazione dell'ambito spaziale e temporale delle condotte e degli elementi specificatori dell'oggetto materiale del reato vizia il decreto che dispone il giudizio soltanto "quando non sia possibile collocare nel tempo e nello spazio l'episodio criminoso contestato mentre l'omissione è improduttiva di conseguenze giuridiche quando dagli altri elementi enunciati, e dai richiami contenuti nel decreto ed eventualmente anche in altri provvedimenti, risultino chiari i profili fondamentali del ""fatto"" per il quale il giudizio è stato disposto" (Sez. I, 25 marzo 2005, n. 12149, c.c. 2 marzo 2005).
Ciò posto, ritiene la Corte che, nel caso di specie, l'articolata esposizione delle condotte contestate, unita alla notorietà storica dell'evento, esclude in modo palese qualunque incertezza sul fatto oggetto dell'imputazione per cui, in definitiva, l'eccezione in esame deve essere respinta.
Parimenti va respinta l'eccezione di nullità dell'udienza per la formazione del fascicolo per il dibattimento prevista dal novellato art. 431 c.p.p.
In primo luogo, infatti, nessun vizio può derivare dall'asserita genericità delle indicazioni del GUP circa gli atti da inserire nel fascicolo per il dibattimento perché anche il semplice riferimento alla tipologia dell'atto delle indagini preliminari è comunque idoneo per relationem ad individuare tutti gli atti, corrispondenti alla tipologia indicata, presenti in concreto nel fascicolo del pubblico ministero; quanto, poi, alla nullità specificamente prospettata nell'appello SOMMER (e che si sarebbe concretizzata nel mancato accoglimento da parte del GUP della richiesta di rinvio per impedimento del difensore), la Corte condivide la valutazione del GUP (e del Tribunale) sulla genericità della patologia addotta nel certificato medico e dunque sulla conseguente mancanza della prova di un impedimento assoluto, a prescindere dal rilievo che, per la "nuova udienza" fissata dal GUP ex art. 431, comma 1 c.p.p. per la formazione del fascicolo del dibattimento, il legislatore non ha espressamente previsto la partecipazione necessaria del difensore, come invece ha fatto per l'udienza preliminare (art. 420, comma 1 c.p.p.).
C'è da dire, peraltro, che anche a voler ammettere un'avvenuta violazione dell'art. 431 c.p.p. per omesso rispetto del principio del contraddittorio, in ogni caso da ciò non sarebbe potuta derivare la nullità del dibattimento e della relativa sentenza.
La Corte di cassazione, infatti, ha affermato che la violazione dell'art. 431 c.p.p., non essendo specificamente sanzionata, va valutata, quanto agli effetti, alla stregua dell'art. 185 c.p.p. con la conseguenza "in primis, che il decreto che dispone il giudizio, precedendo la formazione del fascicolo per il dibattimento, non corre alcun rischio di invalidità; in secondo luogo, che non possono ritenersi invalidi neppure il dibattimento e la sentenza, in quanto di certo sono connessi funzionalmente al detto decreto, ma non all'adempimento procedurale previsto dall'art. 431 c.p.p. In altri termini, non sussiste tra quest'ultimo ed il dibattimento un rapporto di dipendenza effettiva ovvero un nesso per cui l'atto dichiarato nullo costituisca la ineliminabile premessa logica e

giuridica di quello successivo. Infatti, la formazione del fascicolo per il dibattimento è una tappa procedimentale fissata per individuare il materiale da portare alla cognizione del giudice e da questi utilizzabile, un "momento propedeutico legato al regime delle prove", come correttamente lo ha definito la Corte distrettuale, che non si riflette, però, in termini decisivi, sulla formazione e acquisizione delle stesse, rispetto alle quali si pone in funzione meramente strumentale, essendo esse riservate - nell'attuale sistema processuale - alla fase del giudizio, sia perché è prevista la possibilità per le parti di rimettere in discussione la formazione del fascicolo de quo ex art. 491, comma 2 c.p.p. . sia perché il giudice del dibattimento può sempre - ex art. 507 c.p.p. - disporre, anche d'ufficio, l'assunzione di nuovi mezzi di prova e, a maggior ragione quindi, l'acquisizione di prove regolarmente assunte nella fase delle indagini preliminari, ovvero dichiarare l'inutilizzabilità di atti o documenti erroneamente inseriti nel fascicolo per il dibattimento" (Cass., Sez. III, sent. 46736 del 2 dicembre 2004, ud. 14 ottobre 2004).

Quanto alla richiesta di esclusione delle parti civili Regione Toscana, Provincia di Lucca, Comune di Stazzema, Presidenza del Consiglio dei Ministri, già respinta dal giudice di primo grado, va innanzitutto rilevato che le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale insorto in ordine all'impugnabilità o meno delle ordinanze dibattimentali ammissive della parte civile (o reiettive di un'istanza di sua esclusione) affermandone l'impugnabilità unitamente alla sentenza (SS. UU. Sent. 19 maggio 1999, Pediconi) e, benché non manchi giurisprudenza di legittimità successiva che ancora ritiene, al contrario, che le questioni concernenti l'eventuale esclusione della parte civile già poste e risolte nel giudizio di primo grado "non possono essere oggetto di mera riproposizione nel processo di appello, dovendosi considerare in tal caso irrevocabili le deliberazioni adottate in argomento nella fase antecedente al giudizio" (cfr. Cass., Sez. IV, sent. 14 febbraio 2003, n. 7291, ud. 21 novembre 2002), questo Collegio aderisce all'interpretazione delle Sezioni Unite.

Diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, la questione è inoltre ammissibile in concreto perché in primo grado è stata tempestivamente sollevata prima della conclusione della fase degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti nel dibattimento, designata negli artt. 484, comma 1 e 491, comma 1 c.p.p. (cfr. sent. SS.UU. Pediconi cit.).

Pur ammissibile in rito, la richiesta di esclusione delle suindicate parti civili è però infondata nel merito.

A tale proposito è da premettere che la Corte di cassazione ha di recente ribadito, ai fini della costituzione di parte civile, il diritto di ogni ente pubblico "al riconoscimento, al rispetto e all'inviolabilità della propria posizione funzionale" (Sez. III, sent. 26121 del 12 aprile 2005, ud. 15 luglio 2005), sostanzialmente ricollegandosi alla più risalente giurisprudenza secondo cui i diritti soggettivi pubblici "consistono, anzitutto, nel diritto di ogni ente pubblico al riconoscimento, al rispetto e alla non invasione da parte di qualsiasi altro soggetto della sfera giuridica ad essi attribuita dall'ordinamento" (Cass., SS.UU. 19 giugno 1979, ud. 21 aprile 1979).

Orbene, poiché i comuni, le province, le regione e lo Stato sono enti la cui rispettiva componente umana, ai diversi livelli e secondo le diverse prerogative, costituisce un tutto organico con il territorio di riferimento, con il quale contribuisce a caratterizzare la fisionomia e la struttura degli enti medesimi ed a segnarne la sfera di competenza, ne consegue che già in termini materiali si configura, in un caso - come quello oggetto del presente giudizio - in cui si tratta della morte contestuale di centinaia di persone, un danno giuridicamente rilevante sia sotto il profilo della perdita simultanea di un numero così alto di persone, sia sotto il profilo dell'insorgente esigenza di assistere economicamente la parte di popolazione sopravvissuta.

A ciò va aggiunto il condizionamento che la stessa sacralità del luogo dell'eccidio ha imposto alla gestione del territorio ed all'espletamento delle funzioni di rispettiva competenza degli enti costituitisi parte civile.

Sotto altro profilo va poi rilevato che la Corte di cassazione ha affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale anche a favore di un ente pubblico (cfr. Cass., Sez. VI, 7 maggio 2004, n. 21677,
ud. 5 dicembre 2003) e non appare dubitabile come la vicenda in oggetto abbia comportato danni di carattere morale.

Appare al riguardo sufficiente notare come il comune di Stazzema sia stato insignito della Medaglia d'oro al valor militare.

D'altra parte, il Collegio non ritiene che la tesi difensiva trovi un particolare supporto nella giurisprudenza della Corte di cassazione che ha escluso la possibilità di costituirsi parte civile agli enti territoriali come i comuni in caso di reati contro la violenza sessuale.

A tale proposito osserva questo Collegio che il giudice di legittimità ha fondato quella decisione, in particolare, sul rilievo che le ipotesi criminose aventi ad oggetto la violenza sessuale sono ora collocate, per effetto della legge n. 66/96, tra i "delitti contro la persona", circostanza che dimostra come "l'ordinamento ha voluto privilegiare la tutela della persona

quale soggetto autonomo libero di autodeterminarsi rispetto a quella dei valori morali della collettività".
Sennonché nel presente giudizio è invece contestata la fattispecie criminosa di cui all'art. 185 c.p.m.g., che rientra tra i reati "contro le leggi e gli usi della guerra" e che dunque presenta un disvalore che va oltre la tutela dell'integrità delle persone vittime della condotta violenta in quanto coinvolge, nella situazione del tutto particolare del conflitto bellico, l'interesse pubblico al rispetto di quelle prescrizioni e di quelle convenzioni internazionali che appunto assicurano la protezione dei civili.
La Corte ritiene inoltre che, per quanto riguarda la parte civile Regione Toscana, non possa costituire motivo di esclusione la circostanza che si tratti di un ente istituito successivamente ai fatti per cui è processo.
Nell'ambito delle sue competenze statutarie sono infatti gravati sulla Regione Toscana impegni di spesa conseguenti all'eccidio, come risulta da diverse leggi regionali, quali, ad esempio, la n. 9 del 3 febbraio 1975 - Interventi tesi a testimoniare il valore storico e civile della Frazione di Sant'Anna di Stazzema in Comune di Stazzema oppure la più recente n. 38 del 14 ottobre 2002, i cui artt. 7, 8 e 9 riguardano "interventi a favore del Comune di Stazzema" appunto connessi all'eccidio del 12 agosto 1944.
Questo giudice ritiene, poi infondata la doglianza difensiva con la quale si lamenta che le suindicate parti civili non avrebbero adeguatamente esposto le ragioni che giustificherebbero la loro domanda di costituzione, così omettendo un requisito che l'art. 78, comma 1 lett. d) c.p.p. prevede a pena di inammissibilità.
Sul punto, la Corte richiama la giurisprudenza di legittimità secondo la quale il disposto della citata lett. d) dell'art. 78 c.p.p. "non richiede, a pena d'inammissibilità, che l'atto di costituzione contenga un'esposizione analitica della causa pretendi, non dissimile da quella prescritta per la domanda proposta in sede civile. Ed invero, l'esperimento dell'azione civile nel processo penale si avvale della sua connessione necessaria con la fattispecie concreta descritta nell'imputazione, sicché la pretesa risarcitoria, al di fuori dei casi in cui sia legata anche a fattori eccedenti i limiti della contestazione penale, non deve essere giustificata con enunciazioni ulteriori rispetto a quella del legame eziologico che la collega al fatto-reato" (Sez. II, sent. 13915 del 2 dicembre 1999, ud. 27 ottobre 1999).
A ciò può aggiungersi l'ulteriore considerazione che, nel caso di specie, la notorietà dell'evento oggetto di imputazione e la qualità pubblica degli enti della cui costituzione come parte civile si verte, rendono oltremodo sufficiente il richiamo all'imputazione per ritenere soddisfatto l'adempimento della prescrizione di cui all'art. 78, comma 1, lett. d) c.p.p.
La Corte ritiene parimenti infondata la specifica questione - posta nell'appello RICHTER -avente ad oggetto l'asserita inammissibilità dell'atto di costituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri in quanto non accompagnato dall'autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri prevista dall'art. 1, comma 4 Legge 3/91.
Al riguardo rileva il Collegio come in giurisprudenza si sia già affermato che tale autorizzazione "si riferisce solo ad un rapporto interno a fini disciplinari ed ordinamentali" (in questi termini, Trib. Brescia, Sez. II penale, ord. 7 febbraio 1995, proc. n. 653/94) e come anche in dottrina si sia ritenuto che non siano sindacabili da parte del giudice penale l'esistenza e la regolarità dell'autorizzazione in questione, appunto perché si tratta di atto interno.
Condividendo tali considerazioni, la Corte in definitiva ritiene che il disposto dell'art. 1, comma 4 L. 3/91 non abbia inciso sulla legittimazione dell'Avvocatura dello Stato a rappresentare processualmente le Amministrazioni dello Stato senza bisogno di mandato a norma dell'art. 1 R.D. 1611/33, legittimazione riconosciuta anche dalla Corte di cassazione, secondo cui il mandato conferito dalla legge agli avvocati dello Stato "è sufficiente ad attribuire il potere di costituirsi in giudizio per le amministrazioni pubbliche e di compiere tutti gli atti per i quali la legge richiede un mandato speciale; e ciò, tanto nel giudizio civile, quanto in quello penale, allorché le pretese civili della pubblica amministrazione siano esercitate in tale sede" (Sez. V, sent. 11441 del 7 ottobre 1999, ud. 27 marzo 1999).
È dunque insussistente il profilo di inammissibilità dedotto in gravame.
Quanto alla doglianza concernente l'asserita inutilizzabilità degli esami testimoniali inseriti nel fascicolo per il dibattimento ex art. 431, comma 1 lett. f) c.p.p. perché assunti dal P.M. a mezzo di rogatorie internazionali non per via diplomatica, rileva la Corte come il P.M. abbia legittimamente seguito la procedura di cui alla Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale, firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959.
Non è infatti fondata l'interpretazione difensiva che, muovendo dall'art. 1, comma 2 della Convenzione, il quale stabilisce che la Convenzione medesima non si applica "ai reati militari che non costituiscano reati di diritto comune", contesta l'applicabilità nel caso di specie del suindicato meccanismo pattizio argomentando che il reato militare in questione, cioè quello di cui all'art. 185 c.p.m.g., costituirebbe

anche il reato comune di omicidio.
In realtà, il citato art. 1, comma 2 della Convenzione in questione, nell'ottica della separatezza degli ordinamenti militari ancora diffusa all'epoca della formazione dello strumento pattizio, si riferisce ai reati militari che non costituiscono reati di diritto comune, vale a dire a quei reati militari che il nostro legislatore qualifica all'art. 37 c.p.m.p. "esclusivamente militari", appunto perché costituiti da un fatto che, nei suoi elementi costitutivi, non è "in tutto o in parte" preveduto come reato dalla legge penale comune.
È dunque l'esatto contrario di quanto esposto nei gravami: proprio la circostanza che il fatto tipico del reato militare ascritto agli imputati ha elementi costitutivi in comune con quello del reato di omicidio di cui all'art. 575 c.p. (omicidio) rende applicabile la Convenzione al caso di specie.
Quanto, poi, all'argomento difensivo secondo cui l'inutilizzabilità degli esiti delle rogatorie deriverebbe dalla violazione dell'art. 727, comma 5 bis, in quanto il P.M. non avrebbe indicato all'Autorità rogata la necessità della presenza dei difensori degli imputati, la Corte innanzitutto rileva che, come evidenziato dal primo giudice nell'ordinanza pronunciata all'udienza del 14 luglio 2004, "le rogatorie - finalizzate, invero, soltanto all'esame di persone informate sui fatti - sono state effettuate dall'Autorità rogata previo avviso ai difensori degli imputati dello svolgimento dell'incombente istruttorio, pur non essendo tale avviso richiesto per la stessa attività compiuta nel territorio italiano".
Orbene, gli appellanti non contestano tale circostanza né lamentano la mancata presa in considerazione di impedimenti in qualche modo condizionanti in concreto l'esercizio di facoltà difensive; appare dunque pienamente condivisibile l'affermazione del primo giudice, contenuta nella già richiamata ordinanza, secondo cui "risultano pienamente rispettate le condizioni stabilite dall'art. 431 c.p.p., lett. f), che prevede l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento dei verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lett. d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale, ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere ed esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana".
È d'altra parte manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dagli appellanti, secondo i quali il diverso regime delle rogatorie condurrebbe ad un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quanto previsto per l'incidente probatorio, per il quale l'art. 403 c.p.p. stabilisce che le prove assunte sono utilizzabili nel dibattimento soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione.
La disposizione in materia di incidente probatorio, infatti, vuole garantire l'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito a prescindere dagli sviluppi dibattimentali; la lettura degli esiti istruttori dichiarativi delle rogatorie, invece, è condizionata al mancato espletamento dell'esame della persona che rese le dichiarazioni, ai sensi dell'art. 511, comma 2 c.p.p.
Si tratta di previsioni normative ragionevolmente diverse in relazione alla diversità delle situazioni (si pensi, per esempio, all'impossibilità di adottare mezzi coattivi nei confronti del testimone all'estero).
La Corte neanche ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità delle prove testimoniali rese dai testi Adolf BECHERTH, Karl Heinz BARTLEWSKI e Willi Albert MEHIS sollevata in quanto persone non tempestivamente indicate nella lista ex art. 468 c.p.p.
A prescindere da ogni considerazione sul significato contenutistico da dare alle richieste di controesame dei testi del P.M. formulate dai difensori all'udienza del 14 luglio 2004 (vale a dire se esse abbiano costituito o meno consenso implicito a tutte le testimonianze prospettate dall'accusa), va infatti rilevato che, in ogni caso, "l'ammissione di prove non tempestivamente indicate dalle parti nelle apposite liste depositate ai sensi dell'art. 468 c.p.p. non è normativamente prevista quale causa di nullità e rientra, comunque, tra i poteri del giudice assumere d'ufficio i mezzi che, sia pure tardivamente, sono stati indicati" (Cass., Sez. V, 30 novembre 2004, n. 46317, ud. 11 novembre 2004).
La Corte non ravvisa, infine, l'inutilizzabilità ex art. 63 c.p.p. delle testimonianze rese dai militari tedeschi che hanno dichiarato di essere stati presenti alle operazioni.
Al riguardo occorre premettere che la pubblica accusa ha evidentemente posto come discrimine per la sottoposizione alle indagini e poi per l'esercizio dell'azione penale una delle seguenti condizioni: o che l'interessato avesse una rilevante funzione di responsabilità nella struttura del battaglione oppure che emergessero elementi specifici da cui desumere che egli avesse materialmente sparato ed ucciso qualcuna delle vittime (è questo il caso del coimputato non appellante GOERING).
Si tratta di impostazione che questa Corte, avuto riguardo all'assoluta peculiarità dell'evento oggetto del presente giudizio ed all'organizzazione gerarchica propria delle milizie, condivide pienamente.
Ne consegue che, anche a voler seguire un criterio sostanzialistico (è noto infatti che una parte della giurisprudenza ricorre a criteri formalistici, esistenza di notizia criminis ed iscrizione nel registro degli

indagati, per valutare i presupposti di cui all'art. 63, comma 2 c.p.p.), la circostanza della presenza sul luogo delle operazioni non costituiva di per se stessa un indizio di responsabilità penale a carico dei militari di truppa ma anzi la ragione stessa dell'assunzione da parte loro delle vesti di persone informate sui fatti e di testimoni.
In questo stesso senso, del resto, la Corte di cassazione ha precisato che il divieto di utilizzazione erga omnes delle dichiarazioni rese da persona che fin dall'inizio doveva assumere la veste di indagato "presuppone che a carico del soggetto interrogando sussistano indizi di reità già prima dell'assunzione delle sommarie informazioni" (Sez. III, sent. 21747 del 9 giugno 2005, ud. 26 aprile 2005).

2. Nel merito

Nel merito, la Corte ritiene, sulla base delle considerazioni seguenti, che gli appelli siano infondati e che conseguentemente s'imponga l'integrale conferma della sentenza di primo grado.

2.1 La responsabilità degli imputati

In primo luogo, il Collegio rileva che nei gravami non viene rimessa in discussione la ricostruzione operata dal primo giudice in ordine alle concrete modalità di realizzazione della strage
(segnatamente, par. 8 della sentenza impugnata, ff. 97 ss.) e che, conseguentemente, tale ricostruzione in fatto può considerarsi acclarata.
Altro dato che può considerarsi certo è che la concreta pianificazione dell'operazione, tanto più in una situazione orografica e logistica complessa come quella di Sant'Anna di Stazzema, non poteva che essere realizzata a livello di battaglione.
Ciò posto, la Corte condivide pienamente le argomentazioni del primo giudice (par. 8.2, ff. 105 ss.) che portano a concludere che lo scopo dell'operazione fosse quello "di fare terra bruciata intorno ai partigiani e scoraggiare, oltre agli aiuti da parte della popolazione di altri centri, anche il loro ritorno in quella zona".
Questa era la finalità militare dell'azione.
Sul piano penale, però, la domanda fondamentale che interessa è un'altra, vale a dire se, per il raggiungimento di quella finalità, fosse stata preventivata sin dall'inizio l'uccisione di privati cittadini inermi.
Secondo la Corte, la risposta non può che essere positiva.
In questo senso depongono inequivocabilmente la contestualità, il coordinamento e la sostanziale omogeneità (concentrazione di più persone inermi e successiva esecuzione) delle modalità esecutive, pur nella distanza e nella molteplicità dei luoghi interessati.
Non appare infatti fondatamente ipotizzabile, tanto più se si pensa ai mezzi di comunicazione dell'epoca, che in più posti, pressoché contemporaneamente, siano potute insorgere situazioni impreviste che abbiano potuto giustificare, quand'anche nella logica deviata della guerra, azioni così atroci nei confronti della popolazione inerme.
Del resto, tale preventiva decisione di uccidere anche i civili era il riflesso dell'atteggiamento mentale dei militari tedeschi delle SS, che, come già si rileva nella sentenza impugnata (ff. 110 ss.), sostanzialmente equiparavano ai partigiani le popolazioni che davano loro in qualche modo assistenza.
Si tratta di un'equiparazione che, al di là delle ricostruzioni storico-militari, trova inequivocabile riscontro documentale nei rapporti ritrovati negli archivi tedeschi ed acquisiti agli atti, posto che, come già evidenziato nell'impugnata sentenza, "nel primo, cioè quello delle ore 01.15, dei tre rapporti giornalieri della 14a Armata (da cui dipendeva la 16a Divisione SS) del 13.08.44 (acquisito presso il B.A.-M.A. e ora nel fasc. dib. n.1, proveniente dalla cart.4, fasc.H del P.M.), si ha notizia dell'operazione di Sant'Anna. Ivi risulta un espresso riferimento all'operazione nelle zone 183/30-46-45-51 dove, sulla base di una cartina acquisita nello stesso archivio (contenuta nello stesso fascicolo del dibattimento), l'area 183/30 è proprio quella di Sant'Anna, e si specifica che si trattava di "azione contro le bande".
Come logica conseguenza anche i numerosi civili barbaramente trucidati vengono indicati come banditi (risultano uccisi 270 "banditen"!), e l'intero paese non era altro che la "prima base dei banditi" che era stata "ridotta in cenere".
La stessa equiparazione tra civili e partigiani, tutti genericamente indicati come banditi, la si ritrova anche nel rapporto giornaliero I.C. della XIV Armata delle 20.15 del 12 agosto 1944, in cui si fa proprio riferimento all'operazione in corso a Sant'Anna, e si parla anche lì di 270 banditi trucidati".
C'è da aggiungere che anche lo specifico episodio riferito dal teste Elio MANCINI (relativo al giovane militare tedesco che, avuti affidati alcuni degli abitanti che non riuscivano a tenere il passo nel seguire i militari verso la piazza del paese, appena fuori della visuale dei commilitoni fece loro capire ad ampi gesti che dovevano scappare tornando indietro e sparò in aria una raffica per lasciare intendere la loro uccisione), lungi dal dimostrare l'occasionalità delle uccisioni, come si prospetta in taluno dei gravami, dimostra, al contrario, che il destino delle persone

prelevate fosse già preventivamente e drammaticamente segnato.
Nell'appello GROPLER si espone invece la tesi che l'avvenuta affissione in paese, qualche giorno prima della strage, di un ordine di sgombero (affissione che peraltro anche il primo giudice dà per provata) dimostrerebbe che l'operazione di S.Anna di Stazzema avrebbe dovuto avere, per i militari tedeschi, uno svolgimento analogo a quello della vicina località di Farnocchia, dove qualche giorno prima si era proceduto ad un rastrellamento "senza indulgere in barbarie" per cui, in sostanza, l'eccidio non sarebbe stato preordinato.
La Corte non condivide la prospettazione difensiva ritenendo che la vicenda di Farnocchia non possa essere presa a comparazione per dedurne ciò che l'azione di S.Anna di Stazzema avrebbe dovuto essere e, purtroppo, non fu.
A prescindere, infatti, dal rilievo che lo stesso evolversi delle vicende belliche modificava continuamente le esigenze tattiche e strategiche sul territorio (lo stesso difensore evidenzia come successivamente allo sgombero di Farnocchia i militari tedeschi subirono "attacchi e perdite"), è indubbio che la situazione di S.Anna di Stazzema aveva assunto per i tedeschi un profilo particolare (anche il difensore del GROPLER dà atto del fatto che "agli occhi dei vertici militari germanici, il paese di Sant'Anna fungeva da attivissima base partigiana).
Di ciò è prova proprio una delle testimonianze richiamate nell'appello GROPLER a sostegno della tesi ivi esposta, e cioè in quella del sig. Leonardo DI GIORGIO, Presidente del C.L.N. di Casoli di Camaiore, il quale ha riferito che la notte dell'11 agosto ebbe un incontro con Loris PALMA "Villa", nella canonica di Casoli, e gli fece notare "il pericolo mortale per la popolazione di Sant'Anna, rappresentato dalla loro (dei partigiani) permanenza nella zona montana circostante" esortandolo a spostare i suoi uomini.
In effetti, il diretto riferimento al "pericolo mortale per la popolazione di Sant'Anna", fatto da persona certamente al corrente della situazione, dimostra inequivocabilmente la specificità della situazione di Sant'Anna; e l'elemento è tanto più significativo ove si consideri che il colloquio avveniva proprio la notte della strage.
In tale contesto, anche la circostanza che alcuni degli abitanti furono "soltanto rastrellati" ribadisce come l'operazione venne organizzata nei minimi particolari, non essendo ipotizzabile che il rastrellamento sia potuto essere l'iniziativa di un singolo comandante, mentre la circostanza che le uccisioni non cominciarono subito può ben giustificarsi con l'esigenza di non allarmare e far fuggire anticipatamente i civili.
Né la preordinazione può essere esclusa - come invece si argomenta negli appelli GROPLER e CONCINA - sulla base della testimonianza del BECKERTH, secondo cui l'ordine sarebbe stato quello di cercare i partigiani per cui, non avendoli trovati, i militari tedeschi avrebbero cercato di appurarlo dai cittadini e, non avendo avuto risposta, l'ufficiale sul campo avrebbe chiamato il comando per sapere cosa fare ed il comando avrebbe dato il terribile ordine.
A tale proposito osserva innanzitutto la Corte che, a prescindere dall'esattezza delle percezioni avute dal testimone in relazione alla concitazione massima della situazione, l'episodio riguarderebbe soltanto un segmento, sebbene quantitativamente il più rilevante, dell'intera vicenda, e dunque non si spiegherebbe perché soltanto per esso sarebbe stato necessario ricevere istruzioni dal comando.
È poi ragionevole pensare che non sarebbe stata data immediata e generale esecuzione ad un ordine così drammatico, se esso fosse giunto improvvisamente e per telefono, all'ultimo momento.
C'è infine da considerare che anche per le uccisioni perpetrate davanti alla chiesa si rinvengono elementi di fatto (raccolta forzosa delle persone proprio in un luogo dove notoriamente sarebbe stato disponibile il legno dei banchi per dare fuoco ai cadaveri; pronta disponibilità di carburante per appiccare il fuoco) che ulteriormente confermano come anche lì la strage dei civili fosse stata messa ab initio nel conto dai militari "SS".
In definitiva, il complesso delle acquisizioni istruttorie porta a concludere che la telefonata con il comando riferita dal BECKERTH, se davvero ci fu, servì soltanto a comunicare che l'operazione volgeva al suo tragico epilogo senza che fossero state ottenute utili informazioni sulle formazioni partigiane.
Ad abundantiam, osserva il Collegio che, pur ammettendo, in linea teorica, seguendo le ricostruzioni difensive, che l'eccidio - peraltro soltanto limitatamente all'episodio verificatosi davanti alla chiesa - sarebbe stato evitato nel caso fosse stata ottenuta dalla popolazione una collaborazione ritenuta adeguata, ciò tutt'al più lascerebbe configurare - come si dirà più diffusamente in seguito -la sussistenza di una premeditazione cosiddetta "condizionata", senza modificare i termini penalistici della vicenda.
In conclusione, sul punto, il Collegio ritiene dimostrato che, nel caso di Sant'Anna di Stazzema, l'uccisione dei civili fosse stata sin dall'inizio preventivata come modalità esecutiva dell'operazione militare nell'ottica di un piano consapevole tendente ad ostacolare, diffondendo il terrore fra la popolazione, ogni forma di sostegno e consenso alla resistenza.

Ne consegue che tutti coloro che, per il ruolo e le funzioni rivestite nella scala di comando del battaglione, contribuirono all'ideazione e alla pianificazione dell'azione e/o fornirono i mezzi e gli uomini per la sua realizzazione, ne devono essere considerati penalmente responsabili ai sensi dell'art. 110 c.p., unitamente a coloro che furono materialmente gli autori dell'eccidio.
È infatti principio costante in giurisprudenza quello secondo cui "per poter affermare la responsabilità di un soggetto a titolo di partecipazione in un delitto doloso, è sufficiente che lo stesso abbia apportato un contributo di ordine materiale o psicologico idoneo, con giudizio di prognosi postuma, alla realizzazione anche di una soltanto delle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell'azione criminosa posta in essere da altri soggetti, con la coscienza e volontà di concorrere con costoro alla realizzazione della condotta criminosa., In tal caso, gli atti dei singoli sono considerati nello stesso tempo loro propri e comuni anche agli altri, sicché ciascuno ne risponde interamente; il reato è di ciascuno e di tutti quelli che vi presero parte, perché è il risultato della comune cooperazione materiale e morale, onde la solidarietà del delitto importa la solidarietà della pena" (Cass., Sez. VI, sent. 467 del 20 gennaio 1992, ud. 6 novembre 1991).
Sulla base di tali principi, venendo all'esame delle posizioni degli odierni imputati, la Corte condivide le argomentazioni del primo giudice - che qui devono intendersi formalmente richiamate - circa la prova che la responsabilità dell'eccidio ricade sugli appartenenti al II Battaglione del 35° Reggimento Granatieri Corazzati della 16° Divisione RF-SS (ff. 129 ss. sentenza impugnata).
Tenuto conto della complessità e della delicatezza dell'operazione e delle caratteristiche orografiche della zona, la Corte ritiene quindi del tutto plausibile la conclusione del consulente prof. PEZZINO, secondo cui all'eccidio presero parte tutte e quattro le compagnie del battaglione.
Tale assunto, oltretutto, trova un significativo riscontro nella deposizione del sig. Heino SCHMIDT, il quale ha riferito che, da poco tempo ferito, fu prelevato dall'ospedale da campo e coinvolto nella missione benché zoppicasse e marciasse con grande fatica, tanto da arrivare a Sant'Anna tra gli ultimi, quando la gente era stata già ammassata.
In effetti, se venne utilizzato anche chi, come lo SCHMIDT, aveva scarse capacità operative, è logico pensare che davvero si fece ricorso a tutte le forze disponibili.
Ciò posto, poiché già il primo giudice ha dimostrato - con le considerazioni più sopra testualmente riportate in narrativa e che questa Corte formalmente fa proprie - che gli odierni imputati rivestivano il ruolo di comandanti di squadra o di compagnia delle forze impegnate nel massacro oppure, nel caso del RAUCH, quello di Aiutante maggiore di battaglione, diventa altamente probabile che essi materialmente parteciparono all'eccidio ed è comunque certo che, per il ruolo funzionale rivestito nel reparto, essi dettero un consapevole e decisivo contributo nell'organizzazione dell'evento criminoso.
La Corte non ritiene che le argomentazioni esposte in alcuni dei gravami, specificamente tendenti ad escludere la partecipazione del singolo imputato al reato, possano essere condivise.
In particolare, quanto al SOMMER, nell'atto di impugnazione si afferma genericamente che gli indizi a carico sarebbero "tutt'altro che gravi, precisi e concordanti".
Nell'odierna udienza il difensore ha esposto argomenti tendenti a suffragare la tesi difensiva ma essi, tutt'al più, porterebbero a concludere che anche altri reparti parteciparono all'operazione ma ciò non muterebbe il dato acquisito della partecipazione in forze del II Battaglione, con tutte le già evidenziate conseguenze circa la responsabilità, quantomeno nella fase organizzativa, di chi, come il SOMMER, era, almeno di fatto comandante di compagnia.
Né può assumere rilievo l'ulteriore argomento evidenziato nel gravame SOMMER, e cioè che della XVI Divisione SS Panzergrenedier avrebbe fatto parte un omonimo dell'imputato, di nome Erwin SOMMER, anch'egli sottotenente.
Si trattava, infatti, di persone aventi non soltanto il nome ma anche la data di nascita diversa e dunque non appare configurabile in alcun modo un errore nelle annotazioni relative agli accertamenti svolti subito dopo la cessazione del conflitto.
Quanto all'appello GROPLER, si è già visto che, anche a voler ammettere la mancata partecipazione materiale alla strage, gli odierni imputati, stante il loro ruolo nel battaglione, dettero comunque un contributo decisivo nella fase organizzativa.
Diventano dunque ininfluenti le considerazioni esposte nel gravame relativamente alla lamentata mancanza della prova sull''effettiva partecipazione del GROPLER all'eccidio.
Quanto al RAUCH, va premesso che con i motivi aggiunti sono stati prodotti, ed acquisiti all'odierna udienza con il consenso delle parti, i seguenti documenti e relativa traduzione:
a) comunicazione di perdita ovvero di ferimento del RAUCH del 12 luglio 1944;
b) copia della lettera dell'Archivio di Stato Austriaco in data 13 marzo 2006 con cui viene trasmessa una lettera del Sozialgericht Duesseldorf del 14 novembre 1957 con richiesta di invio della documentazione relativa alle degenze del RAUCH presso gli ospedali

di Livorno, Bologna e Pavia nell'estate del 1944;
c) lettera dello Zentralarchiv del 16 dicembre 1957 in risposta alla precedente in cui si dice che non esistono cartelle cliniche degli ospedali indicati;
d) certificato medico in data 20 giugno 2006 del dr. Christian FREY di Weil.
Orbene, la Corte ritiene che nessuno di tali documenti possa in qualche modo porre in discussione l'esattezza delle considerazioni del primo giudice circa il ruolo del RAUCH né tantomeno possa dimostrare che il giorno della strage ed in quelli precedenti l'imputato fosse assente dal servizio perché ricoverato.
Quanto al primo documento, esso in realtà era già agli atti con relativa traduzione (fg. 147 del Falcone B, cartella 7 del fascicolo dibattimentale); sul piano contenutistico, esso è talmente generico (non dà conto delle ferite né di eventuale ricovero) da non fornire alcun elemento di valutazione, e poiché nel foglio matricolare non ce ne è traccia, si deve concludere che si trattò di ferita di lieve entità guarita in brevissimo tempo, certamente prima della data dell'eccidio.
Del resto, proprio dalla documentazione in atti relativa al RAUCH risulta dimostrato come non tutte le ferite comportassero l'allontanamento dal reparto (v. fg. 209 del Falcone B, cartella 2 del fascicolo dibattimentale, ove si dà atto che il 18 ottobre 1944 il RAUCH riportò una ferita alla mano sinistra a causa di schegge di granata con annotazione "resta al reparto").
Tornando alla "comunicazione di perdita" del RAUCH, osserva infine la Corte che, se una valenza probatoria deve essere data a quella comunicazione, essa sarebbe semmai favorevole all'accusa perché, nel momento in cui riferisce un ferimento in data 12 luglio 1944, essa smentisce ulteriormente la dichiarazione rilasciata il 2 novembre 1946 dal VOIT e nella quale quest'ultimo assevera che il RAUCH era stato ricoverato presso l'Ospedale militare di Pavia dal 4 giugno 1944, data del ferimento, fino alla fine di agosto dello stesso anno, quando faceva rientro al reparto.
Quanto al documento di cui alla precedente lett. b), esso è probatoriamente neutro, perché si risolve in una mera richiesta di documentazione.
Anche qui, se una valenza probatoria va data, essa è semmai favorevole all'accusa perché dimostra che la stessa Amministrazione tedesca, già nel 1957, non riteneva sufficienti le indicazioni sui ricoveri asseritamente subiti dal RAUCH tanto da cercarne adeguati riscontri documentali.
Il documento sub c) appare alla Corte che conforti ulteriormente gli elementi di accusa a carico del RAUCH perché dà atto della mancanza di cartelle cliniche relative a ricoveri del RAUCH negli ospedali indicati.
Né può condividersi l'affermazione del difensore secondo cui il mancato rinvenimento delle cartelle cliniche sarebbe comprensibile trattandosi di ospedali da campo.
La lettera di risposta, infatti, proviene da un archivio storico nel quale, ragionevolmente, confluirono tutte le risultanze documentali di interesse, a prescindere dalla successiva evoluzione (o soppressione) dell'ente dove quei documenti furono in origine formati.
Analogamente, anche il documento sub d) conforta l'accusa piuttosto che supportare la tesi difensiva.
In effetti, nel gravame del RAUCH si contesta la ricostruzione del primo giudice tra l'altro affermando che la documentazione matricolare relativa a tale imputato sarebbe inattendibile perché darebbe atto di ferite alle mani in realtà mai subite.
Orbene, il certificato oggi prodotto attesta invece cicatrici alle mani e variazioni della pelle delle mani a causa di cicatrici per cui risulta confermata la precisione e, dunque, l'attendibilità delle annotazioni matricolari a suo tempo redatte.
In definitiva, dunque, le odierne produzioni in nessun modo incidono sulla ricostruzione operata dal primo giudice - e fatta propria dalla Corte - circa la presenza in servizio del RAUCH, nel periodo di interesse.
Né a diversa conclusione portano gli altri elementi evidenziati dal difensore nel gravame.
Quanto al provvedimento di archiviazione dell'Autorità giudiziaria tedesca acquisito all'udienza del 7 giugno 2005, si osserva innanzitutto - e del resto neanche il difensore formula eccezione in tal senso - che esso, sul piano procedurale, non preclude di per sé una nuova e diversa valutazione in questa sede.
Nel merito, esso si fonda sulla circostanza che "la versione del RAUCH non può essere confutata" e, dunque, non porta elementi di fatto utili per il giudizio.
Quanto alla dichiarazione del VOIT, essa, anche per le circostanze in cui venne resa, non appare tale da poter contrastare le prove documentali in atti.
Il fatto, poi, che il prof. GENTILE abbia osservato, a proposito del RAUCH, che "data la sua costante presenza al comando, se non fu direttamente coinvolto nella strage, fu certo al corrente degli eventi e degli ordini impartiti dal GALLER" appare alla Corte, laddove si fa riferimento alla "costante presenza al comando", l'ulteriore conferma che il RAUCH, nelle circostanze di interesse, fosse in servizio.
Del resto, le prove documentali in atti sono da rite-

nere tanto più esatte ora che anche della ferita alla mano ivi annotata, e di cui si negava l'esistenza, è stato acquisito obiettivo riscontro.
Ed è appena il caso di osservare che se veramente la lunga assenza riferita dall'imputato si fosse verificata, tanto più di essa si sarebbe dato conto proprio in ragione del ruolo di Aiutante Maggiore del battaglione dal medesimo rivestito.
In definitiva, dunque, come già illustrato dal primo giudice, la presenza del RAUCH si desume, implicitamente ma inequivocabilmente, dalle schede valutative in atti, nelle quali mai si fa cenno ad una sua assenza.

2.2 La qualificazione giuridica

Si è già accennato che in alcuni gravami si assume infondata la sussunzione dei fatti, in linea d'accusa, nella norma incriminatrice di cui all'art. 185 c.p.m.p., in relazione all'art. 13 stesso codice, anziché nella norma incriminatrice posta dall'art. 575 c.p. (omicidio) argomentandosi, al riguardo, che, da un lato, le azioni sarebbero state estranee alla guerra e solo accidentalmente correlate con lo stato di guerra (laddove la fattispecie prevista dall'art. 185 c.p.m.g. punisce le violenze contro privati nemici a condizione che esse siano state commesse "per cause non estranee alla guerra") e, dall'altro, le truppe tedesche presenti nel territorio della R.S.I. non andrebbero considerate forze armate nemiche in quanto la R.S.I., succeduta al Regno d'Italia nel territorio da essa governato e dotata di soggettività internazionale, era alleata con la Germania del III Reich.
Entrambe le obiezioni sono infondate.
Quanto alla prima, la Corte condivide le affermazioni del primo giudice sulla primaria importanza strategica (del resto, storicamente documentata) che l'area in cui si verificò l'eccidio rivestiva per l'esercito tedesco ai fini dell'erigenda linea gotica; appare dunque innegabile l'attinenza delle violenze alle vicende belliche, trattandosi di operazioni direttamente correlate all'esigenza tedesca di sradicare dal territorio le sacche di resistenza partigiana fiaccandone anche la rete di assistenza nella popolazione civile.
Quanto alla seconda, rileva la Corte che la Repubblica Sociale Italiana, per le sue modalità di formazione, per la sua breve durata e per la sua costante soggezione politica al III Reich, non assunse mai una propria soggettività internazionale tanto che la ricomposizione territoriale dello Stato italiano non avvenne secondo gli schemi internazionalistici dell'annessione.
È dunque da condividere l'autorevole affermazione dottrinaria secondo cui la Repubblica Sociale Italiana non acquistò i caratteri di uno Stato-organizzazione, neppure provvisorio, mancando essa di una rappresentatività effettiva.
Va in definitiva affermata la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti operata dal primo giudice, peraltro conforme alla costante giurisprudenza di legittimità per casi analoghi (cfr., tra le altre, T.S.M. 16 marzo 1954, c. Reder, secondo cui "i massacri indiscriminati di appartenenti alla popolazione civile del territorio occupato dal nemico costituiscono reati di violenza contro abitanti che non prendono parte alla guerra").
Né merita adesione la tesi, oggi verbalmente esposta dal difensore del SOMMER, secondo cui il reato integrato sarebbe semmai quello di cui all'art. 174 c.p.m.g. (comandante che ordina o autorizza l'uso di mezzi di guerra vietati) oppure di cui all'art. 175 c.p.m.g. (uso di mezzi di guerra vietati da parte di persona diversa dal comandante).
Si tratta, infatti, di norme incriminatrici del tutto inconferenti al caso in esame perché esse puniscono l'uso di mezzi vietati dalla legge e dalle convenzioni internazionali per nuocere alle forze armate nemiche laddove nell'eccidio di S.Anna di Stazzema si trattò di condotte violente nei confronti di persone private, che è, appunto, il fatto tipico del reato di cui all'art. 185 c.p.m.g.

2.3 La mancanza di cause di giustificazione

Negli appelli si richiede il riconoscimento della causa giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.) in relazione ai duri rapporti di disciplina esistenti all'interno delle SS, da cui sarebbero derivate conseguenze irreparabili nei confronti del militare che non avesse obbedito all'ordine.
La Corte non ritiene condivisibile la tesi difensiva richiamando sul punto, facendole proprie, le considerazioni del primo giudice (par. 14.2).
Si aggiunga che la Corte di cassazione, nell'affrontare un'altra vicenda nella quale militari tedeschi uccisero numerosi civili inermi, ha già chiarito, quanto allo stato di necessità, che, in mancanza di una prova specifica di minacce tali da porre in pericolo la vita di coloro che si fossero rifiutati di partecipare alla strage, risulterebbero "ipotizzabili tutt'al più conseguenze pregiudizievoli per l'onore e il cursus militare e il deferimento al tribunale speciale delle SS. E però, punizioni disciplinari o anche misure coercitive, meramente eventuali, sembrano davvero poca cosa e irriverente cosa, a fronte della perpetrata strage di persone innocenti; nel rapporto di misura tra i beni in conflitto difetta ictu oculi il requisito della proporzionalità fra l'effettivo pericolo prospettato

(ma non attuale) e i fatti omicidiari che gli imputati sarebbero stati costretti a commettere" (Sez. I, sent. 12595 del 16 novembre 1998).
Analogamente la Corte formalmente si rifà alla sentenza di primo grado (par. 14.1) per escludere la scriminante dell'adempimento del dovere (art. 51 c.p.).
Il giudice di legittimità, del resto, ha a sua volta precisato che "anche l'insindacabilità e la vincolatività dell'ordine, proprie del sistema gerarchico militare, trovano un limite razionale nell'intrinseco, oggettivo ed evidente contenuto criminoso dell'ordine superiore, per ciò stesso percepibile sempre e comunque dal subordinato, il cui dovere di attenzione e di vigilanza viene così richiamato ai fini del prescritto rifiuto di obbedienza. Se il comportamento ordinato risulta indiscutibilmente, macroscopicamente e immediatamente criminoso nell'opinione comune radicata nel tipo medio di persona, ancorché posta nella specifica situazione di fatto dell'agente subordinato, non potrà giammai essere invocata da parte dell'esecutore l'inconsapevolezza o la non percepibilità della delittuosità del fatto come causa di esclusione della responsabilità e della pena" (sez. I, sent. 12595/98, cit.).
Nell'appello GROPLER si chiede, inoltre, il riconoscimento della non punibilità per aver agito per forza maggiore (art. 45 c.p.) o per costringimento fisico (art. 46 c.p.).
Osserva, però, la Corte che la forza maggiore consiste in un fatto esterno al soggetto di carattere naturale mentre il costringimento fisico si caratterizza perché lo stato di coazione è determinato dalla violenza fisica altrui; in entrambi i casi, deve verificarsi una situazione di impossibilità materiale a tenere un comportamento diverso.
Si tratta, dunque, di istituti inconferenti al caso di specie onde la richiesta difensiva deve essere respinta.

2.4 Inapplicabilità dell"amnistia D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332

La richiesta di applicazione dell'amnistia di cui al D.P.R. 4 giugno 1966, n. 332 non può essere accolta.
Decidendo su un caso analogo, infatti, la Corte di cassazione, premesso che con il provvedimento clemenziale in questione si volle porre "definitivamente fine agli effetti della guerra civile che aveva insanguinato l'Italia, mediante concessione di amnistia per i reati commessi, sia dagli appartenenti al movimento di liberazione nazionale che da coloro che vi si erano opposti in relazione agli eventi, bellici e interni, seguiti alla caduta del regime fascista e alla nascita della così detta Repubblica sociale italiana", ha già precisato che "il legislatore, nella costruzione normativa della categoria dei delitti politici, attingendo al criterio obiettivo e a quello subiettivo, ha sempre fatto diretto riferimento allo Stato italiano e al cittadino italiano, risultando dal complessivo sistema penale che non è possibile parlare di interessi politici al di fuori di quelli dello Stato e che per cittadino la legge intenda quello italiano" (Sez. I, sent. 764 del 22 aprile 2002, c.c. 11 marzo 2002; nello stesso senso, anche Sez. I, sent. 751 dell'8 ottobre 2002).
Sulla base di tali principi, l'amnistia in questione non è dunque applicabile agli odierni imputati, sia perché cittadini stranieri, sia perché nel delinquere essi agirono come portatori, quali militari delle forze armate tedesche, degli interessi politici di uno Stato estero.
D'altra parte, la Corte ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, lett. b) del D.P.R. 332/66, per violazione dell'art. 10 cpv. Costituzione con riferimento all'art. 14 della Convenzione di Strasburgo sui diritti dell'uomo (L. 848/55), sollevata nell'appello RAUCH nell'eventualità che la Corte avesse escluso dal beneficio, come in effetti ha testé escluso, i militari tedeschi che agirono per motivi politici.
Al riguardo osserva questo Collegio che la Corte costituzionale, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del D.P.R. 19 dicembre 1953, n. 922 (Concessione di amnistia e indulto), sollevata in riferimento all'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non estende ai militari delle Forze armate dello Stato e di quelle nemiche il provvedimento di indulto concesso a coloro i quali abbiano fatto parte di "forze armate", ha già avuto modo di osservare che spetta al legislatore "definire le fattispecie per cui disporre l'amnistia o l'indulto, individuando i profili oggettivi (i reati per i quali vale la misura di clemenza) e quelli soggettivi... Ciò rientra, infatti, nell'esplicazione del potere conferito alle Camere dall'art. 79 della Costituzione, il cui esercizio è circondato da particolari cautele . giacché esso realizza una deroga, consentita dalla Carta fondamentale, all'uguaglianza formale in materia penale. Siffatta ponderazione compiuta dal Parlamento può essere sindacata in sede di giudizio sulle leggi solo quando si determina una sperequazione normativa inficiata da assoluta, intrinseca irrazionalità o comunque non sorretta da alcuna ragionevole giustificazione" (sent. 298/00).
Ciò posto, se, per loro natura, costituzionalmente legittima, i provvedimenti clemenziali derogano all'uguaglianza formale in materia penale, appare palesemente inconferente il riferimento all'art. 10 cpv. della Costituzione in riferimento all'art. 14 della Convenzione di Strasburgo, che appunto concerne

il "Divieto di discriminazione".
Semmai, come indicato dal giudice delle leggi, le discriminazioni introdotte da un decreto di concessione di amnistia potrebbero porre un problema di lesione del principio di uguaglianza, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dato che tale principio "vale pure per lo straniero" (cfr. sent. 120/67 della Corte Costituzionale) ma una simile lesione evidentemente non ricorre nel caso del D.P.R. 332/66 in quanto l'applicabilità ai soli cittadini italiani trova ragionevole giustificazione nelle finalità della norma, esclusivamente mirata, come già evidenziato nella citata sent. 764/02 della Corte di cassazione, alla pacificazione e alla riconciliazione nazionale.

2.5 Le circostanze del reato e la misura della pena

Quanto alle aggravanti, la Corte innanzitutto disattende la tesi, prospettata negli appelli RICHTER e SOMMER, secondo cui non potrebbero essere applicate le aggravanti previste dal c.p. e dal c.p.m.p., in quanto stabilite dal legislatore per fattispecie assolutamente incomparabili con lo stato di guerra e le leggi eccezionali che lo regolano.
A prescindere, infatti, dalla paradossalità cui porterebbe una simile interpretazione, in quanto i fatti commessi in tempo di guerra verrebbero ad avere un trattamento sanzionatorio più favorevole ed a prescindere anche dai ben noti rapporti di complementarietà che intercorrono tra legge penale militare di guerra e di pace nonché tra legge penale militare e legge penale comune, appare evidente che la stessa norma incriminatrice di cui all'art. 185 c.p.m.g., nel far riferimento al nomen iuris dell'omicidio ed alle pene "stabilite dal codice penale", richiama anche il relativo regime circostanziale, comprensivo di aggravanti speciali e comuni.
Nel merito, la Corte ritiene che quanto detto in precedenza in ordine alla mancanza dei presupposti dello stato di necessità dimostri anche l'infondatezza della tesi, esposta negli appelli RICHTER e SOMMER, secondo cui le attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p. e l'attenuante di cui all'art. 59, n. 1 c.p.m.p. andrebbero concesse per il solo fatto che l'operazione sarebbe stata pianificata dal Comando militare tedesco.
Il Collegio invece condivide e fa proprie, richiamandole formalmente in questa sede, le puntuali considerazioni del primo giudice sulla sussistenza delle circostanze aggravanti di cui agli artt. 47, n. 2 e 58, n. 1 c.p.m.p.; 112, comma 1, nn. 1) e 3) c.p.; 577, n. 3 e 577, n. 4 (in relazione all'art. 61, nn. 1 e 4 c.p. (par. 16.1 della sentenza appellata) e sulla mancanza dei presupposti per il riconoscimento delle già citate attenuanti generiche e dell'attenuante di cui all'art. 59, n. 1 c.p.m.p.
Si aggiungono le seguenti considerazioni.
Si è già accennato (ante, pag. 64) che, anche a voler ammettere in linea teorica che l'eccidio - peraltro soltanto limitatamente all'episodio verificatosi davanti alla chiesa - si sarebbe potuto evitare nel caso fosse stata ottenuta dalla popolazione una collaborazione ritenuta adeguata, comunque sussisterebbe la circostanza aggravante della premeditazione, sebbene nella forma cosiddetta "condizionata".
Secondo la giurisprudenza, infatti, non osta "all'esistenza dell'aggravante della premeditazione il fatto di avere il reo condizionato l'esecuzione del delitto al mancato verificarsi di un avvenimento ad opera della vittima, giacché il dolo condizionato non è idoneo di per sé ad escludere la premeditazione" (Cass., Sez. I, 18 gennaio 1993, rv 193578), dato che quello che conta è che il soggetto agente "abbia preso una decisione preventiva caratterizzata da completezza e irreversibilità, pur ipotizzando che uno specifico avvenimento possa annullare il programmato svolgersi del proposito di uccidere verso l'esito finale, già perfetto nelle sue caratteristiche penalmente rilevanti (Cass., Sez. I -13 novembre 1995, rv 203127).
Sotto il profilo sanzionatorio, infine, l'accertata sussistenza delle aggravanti della premeditazione, dell'aver agito per motivi abietti e dell'aver agito con sevizie e crudeltà comporta in base all'art. 577 c.p., stante il rinvio operato dall'art. 185 c.p.m.g. alle pene stabilite dal codice penale, la pena dell'ergastolo.
Ne consegue, per effetto del disposto dell'art. 157 c.p., la reiezione delle richieste di declaratoria di prescrizione contenute nei gravami.

2.6 Condanna al pagamento delle spese

L'integrale conferma dell'appellata sentenza comporta, ai sensi dell'art. 592 c.p.p., la condanna degli imputati al pagamento delle ulteriori spese del giudizio nonché la condanna degli imputati al pagamento in solido delle spese processuali alle costituite parti civili che hanno presentato la relativa nota.
La Corte ritiene di liquidare le spese delle parti civili come segue, oltre I.V.A. e C.A.P. come per legge:
1) Per il Comune di Stazzema:
Esame e studio.....75,00 x 6.....450,00
Nota spese.....50,00
Udienza di discussione.....550,00
Indennità di trasferta.....240,00
TOTALE 1290,00
Rimborso forfettario.....161,00
TOTALE DEFINITIVO.....1451,00

2) Per la Provincia di Lucca e per la Regione Toscana, aventi lo stesso difensore, euro 1048,00 per ognuna.

P. Q. M.

Visti gli artt. 23 L. 11 marzo 1953, n. 87, 535, 592, 598 e 605 c.p.p.: 3 L. 180/81

D I C H I A R A

manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 431, lett. f) cpp, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione nonché dell'art. 2 lett. b) del D.P.R. 332/1966, sollevata in riferimento all'art. 10 cpv. della Costituzione,

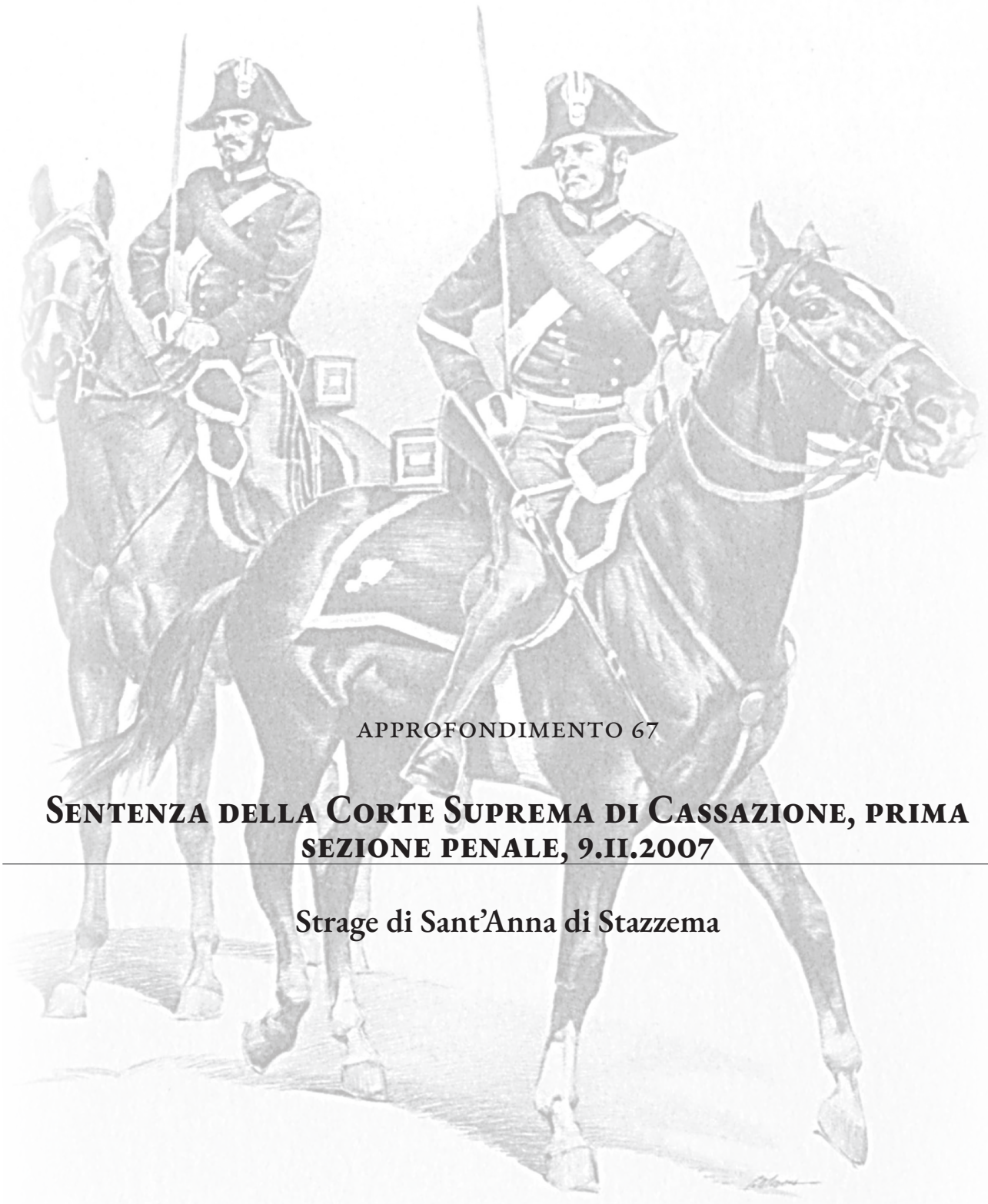
C O N F E R M A

l'appellata sentenza,

C O N D A N N A

gli imputati, in solido, al pagamento delle spese del secondo grado di giudizio nonché al pagamento delle spese processuali delle parti civili sottoelencate, nella misura rispettivamente precisata:
a) Comune di Stazzema, euro 1451,00 (millequattrocentocinquantuno/00);
b) Provincia di Lucca, euro 1.048,00 (millequatantotto/00);
c) Regione Toscana euro 1.048,00 (millequatantotto/00);
oltre I.V.A. e C.A.P. come per legge.
Deposito della sentenza entro trenta giorni.
Roma, ventuno novembre duemilasei.

IL GIUDICE ESTENSORE IL PRESIDENTE
(Luigi Maria FLAMINI) (Giuseppe MONICA)



APPROFONDIMENTO 67

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, prima sezione penale, 9.II.2007

Strage di Sant'Anna di Stazzema

4060

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE PENALE

4060/08

UDIENZA PUBBLICA
-6-
DEL 08/11/2007

SENTENZA
N. 13621 07

Composta dagli Ill.mi Sigg.:

Dott. GEMELLI TORQUATO — PRESIDENTE
1.Dott.SILVESTRI GIOVANNI — CONSIGLIERE — REGISTRO GENERALE
2.Dott.SIOTTO MARIA CRISTINA — " — N. 014478/2007
3.Dott.CORRADINI GRAZIA — "
4.Dott.CASSANO MARGHERITA — "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da :

1) SOMMER GERHARD — N. IL 24/06/1921
2) RAUCH GEORG — N. IL 31/05/1921
3) GROPLER KARL — N. IL 29/07/1923

avverso SENTENZA del 21/11/2006
CORTE MILITARE APPELLO di ROMA

visti gli atti, la sentenza ed il ricorso
udita in PUBBLICA UDIENZA la relazione fatta dal Consigliere
SILVESTRI GIOVANNI

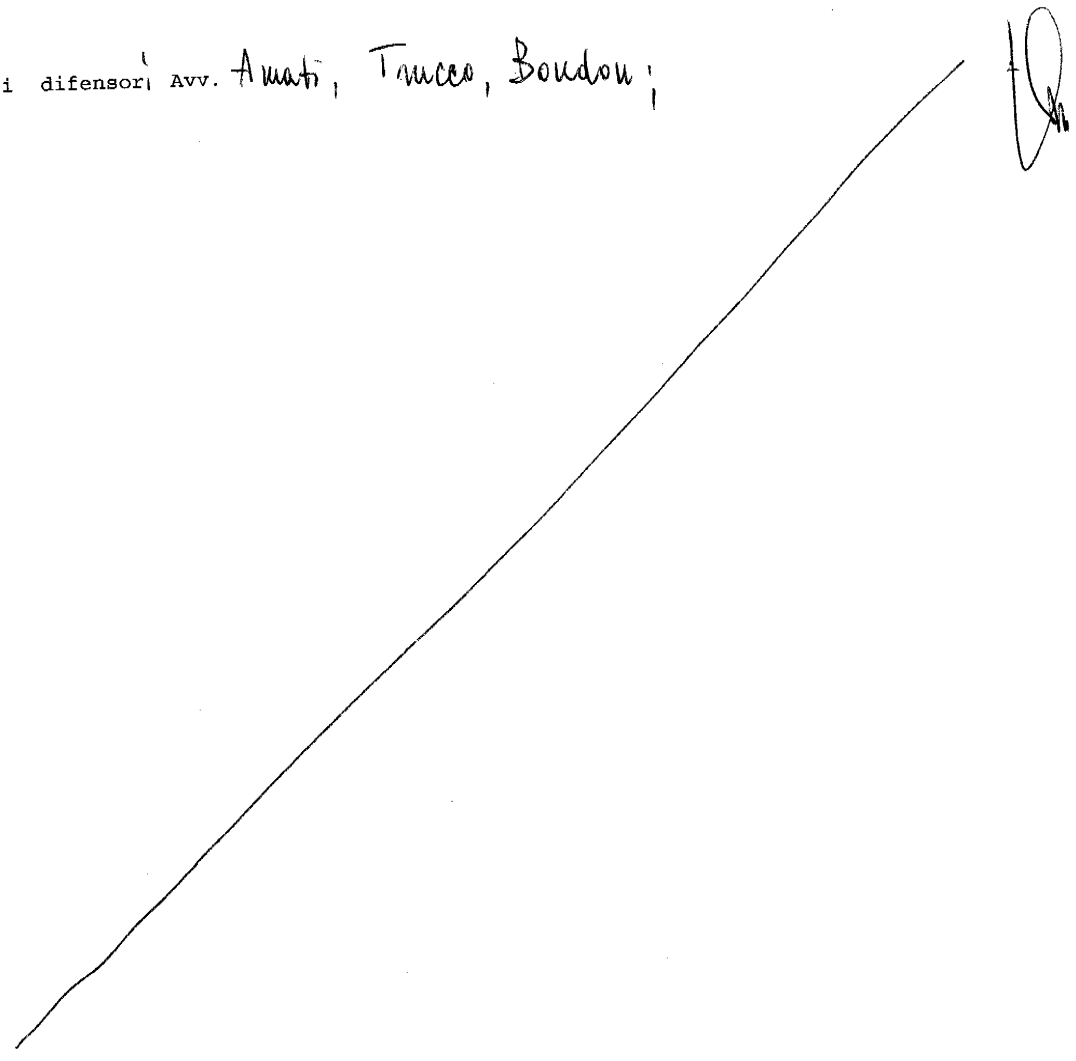
DEPOSITATA
IN CANCELLERIA
25 GEN 2008
IL CANCELLIERE
Rosanna Rani

Udito il Procuratore Generale in persona del dott. Vittorio Gorzino

che ha concluso per l'annullamento con rinvio della sentenza;

Udito, per la parte civile, l'Avv. Grosso, Tramontano, Avvocatura Generale dello Stato;

Uditi i difensori Avv. Amati, Trucco, Bourdon;



Svolgimento del processo

Con sentenza del 22.6.2005, Sommer Gerhard, Rauch Georg, Concina Alfred, Gropler Karl e Richter Hotst, unitamente ai coimputati Schoneberg Alfred, Bruss Werner, Schendel Heinrich, Sonntag Ludwig Heinrich e Goring Ludwig, venivano dichiarati colpevoli dal Tribunale Militare della Spezia di concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata, perché, durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, operando in concorso con altri militari del 2° battaglione - SS Panzergrenadier Regiment 35 – 16^ Division "Reichsfurer SS", il mattino del 12 agosto 1944 in Sant'Anna di Stazzema, nell'ambito di un'ampia operazione di rastrellamento pianificata e condotta contro i partigiani e contro la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, cagionavano la morte di numerose persone (calcolate fra le 457 e le 560 circa), tra le quali in prevalenza anziani, donne e bambini, che non prendevano parte alle operazioni militari. In particolare, nell'imputazione era specificato che: a) in località "Vaccareccia", circa cento persone, dopo essere state riunite in tre stalle e in un cortile, anche a seguito del rastrellamento operato poco prima nelle borgate di "Moriconi" e "Argentiera", venivano uccise mediante lancio di bombe a mano ed esplosione di colpi d'arma da fuoco (mitragliatrici e fucili); b) in località "Franchi" un numero imprecisato di persone, previamente riunite all'interno di una stanza, veniva ucciso mediante esplosione di colpi d'arma da fuoco; c) in località "Colle" un numero imprecisato di persone, dapprima concentrate in un fosso, veniva ucciso mediante l'esplosione di colpi di mitragliatrice; d) nella piazza antistante la chiesa di Sant'Anna di Stazzema oltre un centinaio di persone – ivi condotte dalle case circostanti e dalla borgata "Pero" – erano state uccise mediante l'esplosione di colpi di mitragliatrice e i loro corpi erano stati dati alle fiamme; e) in località "Coletti", verso le ore 11, un numero imprecisato di abitanti veniva allineato contro il muro di una delle case e veniva ucciso a colpi di mitragliatrice; f) altre persone, in numero imprecisato, erano state uccise con modalità simili a quelle sopra descritte, in zone limitrofe e in località "Mulini", presso la borgata "Alle case" e lungo la strada per Valdicastello.

Il tribunale militare riteneva esistenti le aggravanti della premeditazione, dell'avere agito per motivi abietti e con crudeltà, nonché le aggravanti del grado rivestito, del numero di concorrenti superiore a quattro e dell'avere concorso con inferiori in grado, e

condannava gli imputati alla pena dell'ergastolo, con la condanna generica al risarcimento del danno a favore delle costituite parti civili, oltre alla liquidazione di una provvisionale di 10.000 euro alle parti civili Baldassarri Maria Augusta, Baldassarri Gian Paolo e Baldassarri Antonio Augusto.

Pronunciando sull'impugnazione degli imputati, la Corte Militare di Appello confermava la sentenza di primo grado.

Preliminarmente venivano disattese le eccezioni in rito riproposte dagli appellanti, rilevando che: 1) era infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione prospettata sotto il duplice profilo dell'asserita connessione derivante dal concorso di civili nel reato e dell'astratta non configurabilità della fattispecie criminosa di cui all'art. 185 c.p.m.g.; 2) non sussisteva la nullità del decreto che aveva disposto il giudizio per mancanza o insufficienza dei requisiti indicati dall'art. 429, comma 1, lett. c) c.p.p., né risultava consistente l'eccezione di nullità dell'udienza destinata, a norma dell'art. 431 c.p.p., alla formazione del fascicolo per il dibattimento; 3) doveva respingersi la reiterata richiesta di esclusione delle parti civili per carenza di *legitimatio ad causam* da parte della Regione Toscana, della Provincia di Lucca, del Comune di Stazzema e della Presidenza del Consiglio dei Ministri; 4) era parimenti infondata la tesi degli appellanti riguardante l'asserita inutilizzabilità delle deposizioni testimoniali inserite nel fascicolo per il dibattimento ai sensi dell'art. 431, comma 1, lett. f) c.p.p. assunte mediante rogatorie internazionali effettuate non per via diplomatica, avendo il P.M. seguito la procedura stabilita dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria di Strasburgo del 20.4.1959; 5) infine, erano prive di pregio le eccezioni difensive relative all'inammissibilità delle prove dichiarative rese dai testi non tempestivamente indicati nella lista prevista dall'art. 468 c.p.p. e all'inutilizzabilità ex art. 63 c.p.p. delle testimonianze rese dai militari tedeschi che, quali soldati semplici, pur essendo stati presenti all'eccidio di Sant'Anna di Stazzema, non potevano essere compresi tra i responsabili dell'eccidio e, quindi, non potevano assumere la posizione di indagati.

Passando all'esame del merito, dopo avere osservato che i motivi di gravame non investivano la ricostruzione delle modalità di svolgimento della tragica vicenda, contenuta nella sentenza di primo grado, né la concreta pianificazione dell'operazione a livello di battaglione, la Corte Militare riteneva che il disegno e l'esecuzione della strage avessero la specifica finalità di fare "terra bruciata" attorno ai partigiani e che per il

conseguimento di tale obiettivo i comandi tedeschi avessero preventivato fin dall'inizio l'uccisione di privati cittadini inermi, come è lecito inferire dalla peculiarità delle modalità esecutive del massacro (concentrazione delle persone rastrellate in più luoghi e successiva uccisione), nonché dall'equiparazione, nel giudizio delle SS, dei partigiani alla popolazione civile che dava a questi assistenza, tant'è che nei rapporti trovati negli archivi tedeschi il massacro di Sant'Anna era stato qualificato come "*azione contro le bande*" e risultava specificato che erano stati trucidati 270 "banditi", pur essendo stati uccisi soltanto civili: di talchè poteva certamente ritenersi che l'eccidio dei civili era stato preordinato al fine di diffondere il terrore tra la popolazione e di scoraggiare qualsiasi forma di sostegno e di consenso a favore dei partigiani. Ad avviso della Corte Militare, la preordinazione dell'operazione era dimostrata, inoltre, dal fatto che i comandi militari tedeschi giudicavano il paese di Sant'Anna come una attiva base partigiana e le dichiarazioni del teste Beckerth, secondo cui l'ordine di uccidere i civili fu dato dal comando tedesco solo dopo che costoro avevano rifiutato di dare informazioni utili per la ricerca dei partigiani, oltre ad apparire inattendibili, non valevano a fare escludere la premeditazione, sia pure nella forma "condizionata", né potevano essere di ostacolo all'opinione relativa alla preventivata strage di civili. La Corte Militare riteneva, quindi, esistenti le condizioni per affermare la sussistenza della situazione di concorso nel reato, in quanto era provato che gli imputati avevano fornito un consapevole e decisivo contributo nell'organizzazione e nella realizzazione dell'evento criminoso nella loro qualità di comandanti di squadra o di compagnia delle forze impegnate nel massacro, oppure, nel caso del Rauch, nella veste di aiutante maggiore di battaglione. Il giudice di secondo grado disattendeva, poi, le contestazioni sollevate dalle difese degli imputati, dirette ad escludere l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti, rilevando che non era rilevante la circostanza che nella XVI Divisione SS Panzergrenadier avesse militato un omonimo dell'imputato, tale Erwin Sommer, e riteneva che il Gropler avesse fornito un contributo decisivo alla strage anche se in ipotesi non avesse materialmente partecipato alla relativa esecuzione; assumeva altresì che non era affatto dimostrata l'assenza del Rauch a causa del ricovero in ospedale per una grave ferita subita e che alcun effetto preclusivo poteva attribuirsi al provvedimento di archiviazione emesso dall'Autorità giudiziaria tedesca.

La Corte Militare giudicava altresì corretto l'inquadramento del fatto nella norma incriminatrice risultante dal combinato disposto degli artt. 185 e 13 c.p.m.g., per la duplice ragione che il massacro di Sant'Anna deve considerarsi commesso "per cause non estranee alla guerra" e che le truppe tedesche devono considerarsi forze armate nemiche, dato che la Repubblica Sociale Italiana, alleata con la Germania nazista, non ha mai acquisito i caratteri di rappresentatività effettiva propri di un'organizzazione statale. Infine, la Corte escludeva la sussistenza di cause di giustificazione, riteneva inapplicabile l'amnistia concessa con D.P.R. 4.6.1966, n. 332, dichiarando manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità sollevata sul punto; reputava sussistenti le circostanze aggravanti previste dagli artt. 47 n. 2 e 58 n. 1 c.p.m.p., dall'art. 112, comma 1, n. 1 e 3 c.p., dagli artt. 577 n. 3 e 577 n. 4, in relazione all'art. 61 n. 1 e 4 c.p., sicchè, esclusa la possibilità di applicare le circostanze attenuanti generiche e l'attenuante di cui all'art. 59 n. 1 c.p.m.p., confermava la condanna degli imputati alla pena perpetua.

Contro la sentenza di secondo grado ricorrevano in cassazione Rauch Georg, Gropler Karl e Sommer Gerhard.

Nell'interesse del Rauch venivano anzitutto denunciate erronea applicazione degli artt. 40 e 110 c.p., contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, sul rilievo che risultava apodittica e priva di base logica l'opinione della Corte Militare relativa al decisivo e consapevole contributo nell'organizzazione e nella realizzazione dell'eccidio da parte degli imputati in posizione gerarchicamente superiore a quella di soldato semplice ed alla preordinazione di un'operazione diretta ad annientare la popolazione civile: simili enunciazioni erano state possibili soltanto omettendo di valutare correttamente che i dati probatori acquisiti confermavano che l'operazione era stata inizialmente concepita con la finalità di effettuare l'evacuazione della popolazione civile e il rastrellamento dei partigiani. Quanto alla particolare posizione del Rauch, il ricorrente deduceva che era stata affermata la responsabilità dell'imputato per la partecipazione alla strage di Sant'Anna trascurando di valutare le specifiche censure contenute nei motivi di appello e i documenti attestanti il ricovero in ospedale militare per gravi ferite. Veniva, infine, formulata la doglianza riguardante la mancata applicazione dell'amnistia concessa con D.P.R. 4.6.1966, n. 332, non potendo considerarsi legittima la discriminazione così realizzata in pregiudizio dei cittadini tedeschi e risultando, comunque, non manifestamente infondata la questione di

legittimità costituzionale dell'art. 2 lett. a) del D.P.R. n. 332 del 1966, nella parte in cui crea una ingiustificata disparità di trattamento.

Nel ricorso proposto nell'interesse di Gropler Karl veniva richiesto l'annullamento della sentenza impugnata per violazione di norme processuali in riferimento all'art. 63 c.p.p. in dipendenza dell'omessa declaratoria di inutilizzabilità delle dichiarazioni dei testi Beckerth, Bartlewski, Holle e Schimidt, in quanto questi non possono considerarsi estranei ai fatti di causa, non potendo condividersi l'opzione del P.M. in ordine al mancato esercizio dell'azione penale nei confronti dei predetti militari, benché avessero preso parte all'operazione e la circostanza emergesse dal capo di imputazione oggetto della contestazione. Con il secondo motivo di ricorso è stata denunciata l'erronea applicazione della legge penale e mancanza di motivazione, in relazione all'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., in ordine alla prova della premeditazione, sull'assunto che non risultava dimostrata, oltre ogni ragionevole dubbio, l'esistenza di un ordine preventivo impartito al reggimento al fine di imporre l'uccisione indiscriminata della popolazione civile, essendo, anzi, esclusa quest'ultima circostanza dall'esame testimoniale del teste Beckerth secondo cui l'ordine telefonico di uccidere i civili era stato dato dal comando nazista all'ultimo momento a seguito della comunicazione della mancata collaborazione della popolazione. Inoltre, venivano prospettati vizi logici e giuridici della motivazione relativamente alla ritenuta inattendibilità delle prove a discarico in ordine alla sussistenza della causa di giustificazione prevista dall'art. 54 c.p., nonché la violazione dell'art. 192 c.p.p. derivata dalla valutazione frazionata delle risultanze probatorie e dalla adesione acritica alla tesi accolta nella sentenza di primo grado circa il carattere preordinato dell'operazione e l'esistenza di un contributo consapevole e decisivo riferibile al Gropler.

Il difensore del Sommer chiedeva l'annullamento della sentenza per i seguenti motivi: 1) errato rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice militare sul rilievo che la Corte Militare aveva illegittimamente escluso l'effettività di organizzazione statale sovrana facente capo alla Repubblica Sociale Italiana per affermare la qualità di appartenenti alle forze armate nemiche dei militari che avevano partecipato all'operazione di Sant'Anna di Stazzema e, di riflesso, aveva erroneamente ritenuto la configurabilità del delitto previsto dall'art. 185 c.p.m.g., anziché delle previsioni delle norme incriminatici di cui agli artt. 174 e 175 c.p.m.g.; b) nullità del decreto che ha disposto il giudizio per violazione dell'art. 429, comma 1, lett. c) c.p.p. per la mancata esposizione in forma chiara

e precisa del fatto di reato contestato; c) nullità dell'udienza per la formazione del fascicolo per il dibattimento tenuta dal GUP nonostante il legittimo impedimento del difensore di fiducia: il ricorrente sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 420 ter c.p.p., in riferimento agli artt. 24, 32 e 111 Cost., per il caso di mancato accoglimento del motivo di ricorso; la nullità di detta udienza, erroneamente esclusa nella sentenza impugnata, veniva altresì prospettata sotto il profilo che il GUP aveva individuato gli atti da inserire nel fascicolo per il dibattimento in modo astratto e senza alcuna effettiva selezione; d) violazione dell'art. 74 c.p.p. in relazione all'errato riconoscimento della legittimazione alla costituzione di parte civile della Regione Toscana, della Provincia di Lucca, del Comune di Stazzema e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, omessa indicazione negli atti di costituzione delle ragioni poste a sostegno delle domande ed inammissibilità della costituzione della Presidenza del Consiglio dei Ministri per mancanza di specifica autorizzazione; e) nullità o inutilizzabilità delle deposizioni testimoniali assunte dal P.M. a mezzo di rogatorie internazionali non effettuate per via diplomatica, essendo errato il riferimento alla Convenzione europea del 20.4.1959, che espressamente esclude "i reati militari che non costituiscono reati di diritto comune" e, quindi, anche la fattispecie di cui all'art. 185 c.p.m.g.: la nullità di detti verbali è stata anche dedotta per il fatto che gli esami testimoniali erano stati eseguiti senza la presenza del difensore dell'imputato, non essendo sufficiente che detti atti siano stati preceduti dall'avviso del compimento degli stessi; sul punto, in caso di mancato accoglimento del motivo di ricorso, veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 431 lett. f) c.p.p., in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui consente l'inserimento di atti assunti senza la presenza necessaria del difensore; f) inammissibilità delle prove testimoniali rese dal Beckerth, dal Bartilewski e dal Mehls non tempestivamente indicate nella lista indicata dall'art. 468 c.p.p. ed inutilizzabilità delle medesime prove dichiarative rese da concorrenti nello stesso reato per violazione dell'art. 63, comma 2, c.p.p.; g) manifesta illogicità della motivazione nel punto in cui era stata ritenuta non rilevante la circostanza dell'esistenza nella XVI Divisione SS Panzergrenedier di altro sottotenente di nome Erwin Sommer, onde è giustificato un ragionevole dubbio sulla partecipazione alla strage di Sant'Anna di quest'ultimo piuttosto che dell'imputato; h) manifesta illogicità della motivazione in ordine al ritenuto esercizio da parte del Sommer delle funzioni di comandante della 7^ compagnia del 2° battaglione, all'opinione riguardante il preventivato massacro della

popolazione civile, all'esclusione dell'esimente dello stato di necessità, alla denegata concessione delle circostanze attenuanti generiche e dell'attenuante prevista dall'art. 59, comma 1, c.p.m.p. e, infine, alla confermata applicazione delle circostanze aggravanti.

Motivi della decisione

1. - Ha carattere prioritario l'esame della questione sollevata dai ricorrenti per contestare la giurisdizione del giudice militare, alla cui sfera di cognizione risulterebbe estranea la regiudicanda dedotta nel presente processo.

Un primo profilo prospettato, nei pregressi gradi del giudizio, dalle difese degli imputati a sostegno dell'eccezione di difetto della giurisdizione militare è stato ricondotto all'asserita *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria nell'ipotesi di concorso di civili e di militari nella consumazione del medesimo reato. L'eccezione è stata correttamente disattesa dalla Corte militare attraverso il puntuale richiamo all'insegnamento delle Sezioni Unite Penali, che, risolvendo un contrasto di giurisprudenza, hanno stabilito il principio per cui la connessione tra procedimenti compresi nella giurisdizione del giudice ordinario e procedimenti la cui cognizione è riservata al giudice militare determina, ai sensi dell'art. 13, comma 2, c.p.p., l'attrazione di questi ultimi nella giurisdizione ordinaria solo se, trattandosi di procedimenti per reati diversi, il reato comune è più grave di quello militare, mentre negli altri casi le sfere di giurisdizione, ordinaria e militare, rimangono separate e pertanto, se la connessione concerne procedimenti relativi ad uno stesso reato militare commesso da militari in concorso con civili, il giudice militare mantiene integra la giurisdizione nei confronti dei militari ed il giudice ordinario esercita la giurisdizione nei soli confronti dei concorrenti civili (Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, Maldera, rv. 232661).

Nella sentenza impugnata è stata data corretta applicazione a tale principio di diritto ritenendo che la giurisdizione militare non possa essere esclusa per il solo fatto dell'asserita partecipazione di civili che avrebbero collaborato con i soldati nazisti al rastrellamento e alla successiva realizzazione della strage di Sant'Anna di Stazzema, data la riconosciuta ininfluenza del supposto concorso nel reato di soggetti sprovvisti dello *status* di militare.

1.1 - L'eccepita carenza di potere giurisdizionale del tribunale militare è insussistente anche nella differente prospettiva tracciata nel ricorso proposto dal difensore del Sommer, a giudizio del quale la cognizione del processo appartiene alla

giurisdizione ordinaria in conseguenza della non configurabilità della fattispecie di cui all'art. 185 c.p.m.g. per la mancanza dei due elementi essenziali del reato corrispondenti al collegamento dell'azione a cause non estranee alla guerra ed alla condizione di forze armate nemiche non attribuibile ai militari tedeschi che operavano come alleati della Repubblica Sociale Italiana.

In proposito nella sentenza impugnata è stato precisato che una questione preliminare sulla giurisdizione può profilarsi se il reato formalmente contestato non rientri nel catalogo dei reati militari perché in tal caso già in astratto la fattispecie sfuggirebbe alla competenza del giudice speciale militare; se, però, come in questo processo, l'imputazione concerne un reato militare, occorre necessariamente verificare, alla luce delle acquisizioni probatorie, se il fatto corrisponda in concreto a quello tipico previsto dalla norma incriminatrice evocata in imputazione e soltanto all'esito di tale valutazione, che attiene al merito dell'accusa, potrebbe eventualmente darsene una diversa qualificazione giuridica con i conseguenti effetti sulla giurisdizione.

Il criterio enunciato dalla Corte militare postula taluni necessari approfondimenti. In primo luogo, è senz'altro vero che la regiudicanda deve essere identificata sulla base dei fatti trasfusi nel capo di imputazione che circoscrivono l'oggetto del giudizio e, di riflesso, segnano i termini obiettivi all'interno dei quali deve essere esercitata la *potestas iudicandi* del giudice investito dalla richiesta formulata dall'organo della pubblica accusa: di talchè lo stesso giudice, sin dall'inizio del procedimento, ha il potere-dovere di controllare se i fatti che formano il contenuto dell'imputazione rientrino nell'ambito della propria giurisdizione. Un simile controllo deve ovviamente svilupparsi per tutto il successivo corso del processo alla stregua delle risultanze probatorie via via acquisite, nel senso che il giudice deve costantemente verificare, anche *ex officio*, i presupposti fattuali e normativi dai quali dipende la titolarità della giurisdizione e deve dichiararne il difetto non appena gli elementi di prova raccolti modifichino la struttura e l'impianto originari dell'imputazione facendola esorbitare dalla sfera cognitiva assegnata dall'ordinamento al giudice ordinario o al giudice speciale.

Le precedenti considerazioni sul carattere dinamico della verifica della giurisdizione trovano preciso riscontro nella disciplina dettata dall'art. 20 c.p.p. che, dopo avere precisato che "il difetto di giurisdizione è rilevato, anche di ufficio, in ogni stato e grado del procedimento", stabilisce che se il difetto è rilevato nel corso delle indagini preliminari,

si applicano le disposizioni del primo e del secondo comma dell'art. 22, onde il giudice pronuncia ordinanza, i cui effetti sono limitati al provvedimento richiesto, e dispone la restituzione degli atti al pubblico ministero. Il medesimo art. 20 dispone che, dopo la chiusura delle indagini preliminari e in ogni stato e grado del processo, il giudice pronuncia sentenza e ordina, se del caso, la trasmissione degli atti all'autorità competente.

Da tale disciplina si evince che l'accertamento della propria giurisdizione precede, nell'ordine logico, ogni altro tipo di indagine rimesso alla cognizione del giudice, chiaro essendo che l'esame di qualsiasi questione, di natura processuale o sostanziale, diventa improponibile se la verifica preliminare della giurisdizione si conclude con esito negativo.

1.2. - Nell'esame dell'eccezione del difetto di giurisdizione devono essere richiamati i principi affermati nella giurisprudenza della Corte costituzionale secondo cui la giurisdizione dei tribunali militari, in tempo di pace e di guerra, deve restare circoscritta entro precisi limiti soggettivi e oggettivi, sicchè, in carenza delle condizioni tassativamente prefigurate dalla legge, la giurisdizione normalmente da adire è quella dei giudici ordinari anche nella materia militare (Corte cost., 8 aprile 1958, n. 29; 28 maggio 1987, n. 206; 26 marzo 1998, n. 73).

Ciò posto, proprio con riferimento ai principi ricavati dall'art. 103, comma 3, Cost., in relazione ad identica imputazione (artt. 13 e 185 c.p.m.g.) contestata ad un ufficiale tedesco delle SS ritenuto responsabile dell'eccidio delle Fosse Ardeatine questa Corte ha avuto occasione di precisare, risolvendo un conflitto negativo insorto tra giudice ordinario e giudice militare, che il corpo delle SS naziste era organizzato secondo gli schemi delle vere e proprie formazioni militari, al comando tattico dell'esercito tedesco, sicchè, avuto riguardo ai criteri di identificazione delle persone soggette alla legge penale militare dettati negli artt. 1 e 2 cod. pen. mil. pace, gli appartenenti a detto corpo devono ritenersi ricompresi nella denominazione di "militari" e sono, pertanto, sottoposti alla giurisdizione militare (Cass., Sez. I, 10 febbraio 1997, confl. comp. in proc. Priebke, rv. 206876). A base di tale pronuncia regolatrice del conflitto è stato rilevato che l'art. 6 d. lgs. lgt. 12 marzo 1946, n. 144, contenente norme dirette a regolare il passaggio dall'applicazione della legge penale militare di guerra a quella di pace, non puo' ritenersi ne' implicitamente abrogato dall'art. 103, comma terzo, Cost., ne' incompatibile con esso, con la conseguenza che al giudice militare, sia pure nell'ambito della specifica competenza attribuitagli dalla Costituzione, va riconosciuto il carattere di giudice naturale precostituito per legge, anche

in relazione ai reati contro le leggi e gli usi di guerra, commessi dagli appartenenti alle Forze armate nemiche, secondo quanto gia' previsto dagli artt. 13 e 185 cod. pen. mil. guerra. La conclusione è avvalorata dall'esplicita previsione dell'art. 13 c.p.m.g. secondo cui le disposizioni relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra si applicano anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle forze armate nemiche, quando alcuno di tali reati sia commesso a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano, ovvero di uno Stato alleato o di un suddito di questo.

1.3. - Non hanno pregio le censure mosse contro gli argomenti utilizzati nella sentenza impugnata per disattendere la tesi dei ricorrenti secondo cui non sarebbe possibile qualificare gli imputati quali appartenenti a Forze armate nemiche, dato che la Germania nazista era alleata con la Repubblica Sociale Italiana, alla quale, ad avviso del difensore del Sommer, la Corte militare ha erroneamente negato i caratteri di Stato sovrano, privo di rappresentatività effettiva, sull'assunto che la R.S.I. "per le sue modalità di formazione, per la sua breve durata e per la sua costante soggezione politica al Terzo Reich non assunse mai una propria soggettività internazionale tanto che la ricomposizione territoriale dello Stato italiano non avvenne secondo gli schemi internazionalistici dell'annessione".

In relazione al fatto storicamente noto come eccidio delle Fosse ardeatine questa Corte ha escluso che al delitto di cui agli artt. 13 e 185 commi 1 e 2 c.p. mil. guerra (concorso in violenza con omicidio aggravato e continuato in danno di cittadini italiani) possa applicarsi la previsione dell'art. 8 c.p. e che, di conseguenza, tale delitto possa ricondursi alla categoria dei delitti politici previsti dall'art. 8, comma 3, c. p., manifestando inequivocamente di aderire alla tesi della non rilevanza della coincidenza degli interessi della potenza occupante (forze armate naziste) con quelli delle Repubblica Sociale Italiana, dato che quest'ultima era priva di ogni legittimazione giuridica e aveva un ruolo di mera collaborazione con l'esercito tedesco, da prestare nel più totale asservimento (cfr. Cass., Sez. I, 27 giugno 2003, Priebke, rv. 226388).

La posizione espressa nella sentenza impugnata circa la natura della Repubblica Sociale Italiana merita di essere condivisa anche perchè riflette l'opinione di autorevole dottrina secondo cui detta Repubblica "non fu uno Stato-organizzazione neppure provvisorio, come fu invece il Governo del Sud, per la mancanza di una rappresentatività effettiva": con la precisazione che per il diritto pubblico il relativo ordinamento e la sua

instaurazione come fatto diretto a disciogliere l'unità dello Stato costituivano delitto contro la personalità internazionale dello Stato, tant'è che il d. lgs. lgt. 5 ottobre 1944, n. 249, aveva dichiarato privi di efficacia giuridica i provvedimenti legislativi, le norme regolamentari e gli atti di governo "adottati sotto l'impero del sedicente governo della repubblica sociale italiana".

In conclusione, alla luce di tutte le precedenti considerazioni va riconosciuto che l'eccezione di difetto di giurisdizione è stata giustamente disattesa dai giudici di merito, essendo destituita di giuridico fondamento in tutte le sue articolazioni.

2. - E' infondata anche l'eccezione di nullità del decreto che ha disposto il giudizio per asserita violazione dell'art. 429, comma 1, lett. c) c.p.p. per mancata o insufficiente enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto di reato contestato.

Premesso che la citata disposizione risulta direttamente strumentale alla realizzazione di una contestazione specifica che ponga l'imputato in condizione di difendersi dall'accusa addebitatagli, deve porsi in risalto che nella giurisprudenza di questa Corte è stato chiarito che, in tema di requisiti del decreto di citazione a giudizio, la mancata enunciazione dell'ambito spaziale e temporale delle condotte e degli elementi specificatori dell'oggetto materiale del reato costituisce vizio di "insufficiente contestazione" soltanto quando non sia possibile collocare nel tempo e nello spazio l'episodio criminoso contestato, mentre l'omissione e' improduttiva di conseguenze giuridiche quando dagli altri elementi enunciati, e dai richiami contenuti nel decreto ed eventualmente anche in altri provvedimenti, risultino chiari i profili fondamentali del "fatto" per il quale il giudizio e' stato disposto (Cass., Sez. I, 2 marzo 2005, confl. comp. in proc. Cifarelli, rv. 231615; Sez. IV, 25 febbraio 2004, Mayer, rv. 229070).

Orbene, l'improprio riferimento all'argomento relativo alla "notorietà storica dell'evento", fatto nella sentenza impugnata per giustificare la completezza della contestazione in fatto, non vizia il discorso giustificativo della decisione di rigetto della prospettata nullità, giacchè nel capo di imputazione risultano analiticamente indicati tutti gli elementi che, in fatto e in diritto, contribuiscono a concretare la condotta e l'evento costitutivi dell'ipotesi di reato addebitata, sicchè la contestazione, come risulta formulata, non fa sorgere alcun margine di equivoco e di ambiguità che possa ostacolare l'espletamento di una completa ed integra difesa (Cass., Sez. I, 19 marzo 2004, Benedetto ed altro, rv. 227972).

3. - Nel ricorso del Sommer è stata dedotta la nullità dell'udienza prevista dall'art. 431 c.p.p. per la formazione del fascicolo per il dibattimento a cagione del fatto che il GUP ha tenuto tale udienza nonostante che il difensore dell'imputato avesse documentato un legittimo impedimento a parteciparvi.

Il motivo di ricorso manca di fondamento, anche se taluni argomenti addotti nella sentenza impugnata non risultano in linea con la disciplina dettata dall'art. 431 e devono essere, perciò, oggetto di rettificazione a norma dell'art. 619 c.p.p.

Deve sottolinearsi, in particolare, che il regime giuridico delineato dal citato art. 431 è stato profondamente modificato dall'art. 26 della l. 16.12.1999, n. 479, dal momento che, mentre la disciplina originaria del codice di rito regolava la formazione del fascicolo per il dibattimento come un'attività successiva alla pronuncia del decreto che dispone il giudizio curata dalla cancelleria secondo le prescrizioni del giudice, a seguito della predetta innovazione normativa è stato affidato al giudice il compito di provvedere nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento, immediatamente dopo l'emissione del decreto, ovvero, a richiesta di una di esse, in una nuova udienza fissata per tale incombente. Nel disegno tracciato dalla l. n. 479 del 1999 tale udienza fa parte di un sub-procedimento che rappresenta un'appendice o un prolungamento dell'udienza preliminare con la specifica funzione di selezionare una prima piattaforma probatoria conoscibile dal giudice del dibattimento, sia pure in via provvisoria e senza alcuna efficacia preclusiva nell'ambito del procedimento di ammissione della prova: di talchè le questioni concernenti il contenuto del fascicolo, cui si riferisce la preclusione posta dall'art. 491 c.p.p., sono soltanto quelle intese a ottenere l'esclusione di atti o documenti che si assumono erroneamente inseriti; mentre le questioni relative all'eventuale inclusione di altri atti o documenti non rimangono in alcun modo precluse, al pari delle ulteriori eventuali valutazioni del giudice circa l'ammissibilità della prova desumibile sia dagli atti inseriti nel fascicolo, sia da atti che erroneamente non vi siano stati inseriti (Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2003, Sindoni, rv. 225667).

Pertanto, deve concludersi nel senso che il testo attuale dell'art. 431 c.p.p. richiede l'osservanza del contraddittorio nella formazione del fascicolo per il dibattimento e postula che la violazione della disciplina debba essere sanzionata con una nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 180 c.p.p.: di talchè va ritenuta l'esistenza di tale tipo di

invalidità nell'ipotesi in cui l'udienza sia tenuta nonostante la documentata impossibilità del difensore dell'imputato di parteciparvi per legittimo impedimento.

3.1. - Così specificata, in diritto, la conseguenza dell'eventuale violazione delle disposizioni dell'art. 431 c.p.p., deve porsi in risalto che la Corte militare ha escluso, in fatto, che si sia verificata una lesione del diritto di difesa dell'imputato, ritenendo di dovere condividere "la valutazione del GUP (e del Tribunale) sulla genericità della patologia addotta nel certificato medico e dunque sulla conseguente mancanza della prova di un impedimento assoluto".

La motivazione della decisione del GUP relativa al mancato rinvio dell'udienza ex art. 431 c.p.p., condivisa dal Tribunale militare e dalla Corte di appello, risulta sorretta da un adeguato supporto argomentativo, esente da mende logiche e giuridiche, onde il provvedimento resta non censurabile da parte del giudice di legittimità. In proposito nella giurisprudenza di questa Corte è stato recentemente stabilito il principio (riferito all'impedimento dell'imputato ma senz'altro estensibile all'impedimento del difensore) per cui l'assoluta impossibilità di comparire deve essere provata mediante la precisa rappresentazione al giudice della natura della patologia, sicchè generiche certificazioni dalle quali non si identifica la natura dell'infermità ed i suoi concreti profili ostativi non sono idonee a provare il legittimo impedimento (Cass., Sez. IV, 5 maggio 2006, Di Furia, rv. 234518). Aggiungasi che la correttezza della valutazione compiuta dalla Corte militare in ordine all'insussistenza delle condizioni per rinviare l'udienza per la formazione del fascicolo per il dibattimento emerge anche dall'applicazione del principio più volte affermato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui perché possa ritenersi giustificato il rinvio dell'udienza per impossibilità assoluta del difensore a comparire per legittimo impedimento è necessario che egli indichi le ragioni che non hanno consentito la nomina di un sostituto, in quanto provvedere alla propria sostituzione non è facoltà discrezionale del difensore medesimo, ma corrisponde, anzi, ad un suo preciso dovere (Cass., Sez. II, 1° dicembre 2003, Tortora, rv. 227693; Sez. III, 28 novembre 2000, Salmoni, rv. 218157).

Alla stregua delle precedenti conclusioni appare evidente che le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 431 c.p.p. dedotte in via subordinata dalla difesa del Sommer devono considerarsi non rilevanti.

3.2. - Un ulteriore profilo di nullità per violazione dell'art. 431 c.p.p. è stato dedotto nel ricorso del Sommer per la ragione che il GUP aveva individuato gli atti da

inserire nel fascicolo in forma del tutto generica e con riguardo alla loro astratta tipologia, sì da rimettere al pubblico ministero la facoltà di individuare gli atti che dovevano fare parte di detto fascicolo.

Anche tale censura deve essere disattesa, dal momento che si risolve in una denuncia completamente aspecifica e carente di qualsiasi concreta ed effettiva indicazione dell'inserimento nel fascicolo per il dibattimento di atti diversi da quelli enunciati dall'art. 431 c.p.p.

4. - Sono state altresì denunciate erronea applicazione della legge penale e contraddittorietà della motivazione in relazione all'illegittimo riconoscimento della legittimazione alla costituzione di parte civile della Regione Toscana, della Provincia di Lucca, del Comune di Stazzema e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che doveva essere esclusa anche per la mancanza di autorizzazione specifica, nonché omessa indicazione negli atti di costituzione di parte civile delle ragioni poste a sostegno delle domande.

Nessuna delle doglianze riguardanti l'omessa esclusione delle parti civili può trovare accoglimento.

In relazione alla riconosciuta *legitimatio ad causam* degli enti territoriali rappresentativi degli interessi delle comunità locali deve, anzitutto, rilevarsi che le Sezioni Unite di questa Corte hanno chiarito che mentre risulta inoppugnabile l'ordinanza di esclusione della parte civile, la decisione di rigetto o di inammissibilità della richiesta di esclusione è impugnabile unitamente alla sentenza qualunque sia il vizio dedotto, tanto formale che sostanziale (Cass., Sez. Un., 19 maggio 1999, Pediconi, rv. 213858).

Ciò premesso, costituisce principio unanimamente condiviso quello per cui, in tema di risarcimento del danno, il soggetto legittimato all'azione civile nel processo penale non è solo il soggetto passivo del reato (cioè, il titolare dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice), ma anche il danneggiato, ossia chiunque abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione o all'omissione del soggetto attivo del reato (Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2005, Caprini, rv. 231210; Sez. V, 12 maggio 2000, Toscano, rv. 216115; Sez. VI, 10 novembre 1997, Mozzati, rv. 208820). E' stato giustamente osservato in dottrina che l'identificazione della *"legitimatio ad causam"* con la titolarita' del diritto sostanziale in capo alla persona alla quale il reato ha cagionato un danno (Cass., Sez. VI, 18 marzo 1994, Spallanzani, rv. 198507) comporta che il codice vigente ha senz'altro

ampliato il novero dei soggetti aventi titolo alla costituzione di parte civile, il cui presupposto è, dunque, costituito dall'esistenza di un rapporto di derivazione causale tra il reato e la lesione di un interesse giuridicamente protetto, in cui è individuabile il titolo per la costituzione di parte civile diretta ad ottenere dall'autore del reato la restituzione e il risarcimento del danno, patrimoniale o non patrimoniale, a norma dell'art. 185 c.p.

4.1. - La consistenza delle eccezioni sollevate nel ricorso del Sommer deve essere verificata alla luce di tali principi, accertando se gli enti pubblici costituitisi parte civile abbiano subito un danno risarcibile dal fatto di reato addebitato agli imputati.

La soluzione affermativa accolta dalla Corte militare merita di essere condivisa.

Nella giurisprudenza di legittimità è consolidato il principio della risarcibilità del danno morale a favore degli enti pubblici, nel senso che anche nei confronti di tali soggetti un fatto previsto dalla legge come reato può costituire titolo per il ristoro dei pregiudizi, patrimoniali e non, previsti dall'art. 185 c.p. (Cass., 5 dicembre 2003, Agate, rv. 229393; Sez. V, 2 maggio 1983, Amitrano, rv. 160519). In una siffatta prospettiva questa Corte, nel riconoscere che lo Stato, e per esso il Presidente del consiglio che lo rappresenta come organo di vertice dell'esecutivo, ha il potere e la legittimazione ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento dei danni cagionatigli dal delitto di banda armata finalizzato alla associazione sovversiva, all'insurrezione armata contro i poteri dello stato e alla guerra civile, ha precisato che sono risarcibili non solo gli eventuali danni patrimoniali, ma anche quelli non patrimoniali rappresentati, oltre che da sofferenze fisiche o psichiche logicamente non rapportabili alle persone giuridiche, anche da turbamenti morali della collettivita' pregiudizievoli all'attivita' dello Stato (Cass., Sez. I, 14 dicembre 1988, Paticchia, rv. 182283).

Alla stregua dei precedenti rilievi, tenuto conto che nel presente giudizio gli imputati sono stati chiamati a rispondere del delitto di cui all'art. 185 c.p.m.g., incluso tra i reati contro le leggi e gli usi di guerra, deve sottolinearsi che il fatto di reato è stato commesso con lo sterminio di buona parte della popolazione di Sant'Anna di Stazzema, composta prevalentemente da vecchi, donne e bambini, ed è stato attuato con modalità efferate, in totale dispregio del più elementare senso di umanità e dei valori comunemente accolti in ogni società civile, anche in tempo di guerra.

Alla luce di tali premesse non si vede come possa porsi in dubbio che il crimine di guerra, che forma oggetto del presente processo, abbia provocato dolore, sofferenze,

sbigottimento nella collettività di cui le parti civili costituiscono enti esponenziali, creando nella memoria collettiva - per l'inimmaginabile livello di spietatezza e di crudeltà - una ferita non rimarginata, che ancora oggi è fonte di indelebile turbamento ed è produttiva di danno non patrimoniale risarcibile. Quest'ultima considerazione è idonea a dare base giustificativa alla *legitimatio ad causam* della Regione Toscana e rende, quindi, non rilevante l'obiezione che tale ente è stato costituito soltanto successivamente alla consumazione del fatto di reato, tanto più che – come è stato puntualmente osservato nella sentenza impugnata – più leggi regionali hanno accollato a detto ente oneri finanziari per interventi tesi a testimoniare il valore storico e civile della frazione di Sant'Anna di Stazzema, onde è sicuramente configurabile anche un danno patrimoniale direttamente riferibile all'eccidio del 12 agosto 1944, del quale gli imputati sono stati riconosciuti responsabili.

4.2. - Devono essere disattese le ulteriori doglianze formulate a proposito della costituzione delle parte civili.

In primo luogo, è insussistente la causa di inammissibilità denunciata per l'asserita violazione dell'art. 78, comma 1, lett. d) c.p.p., atteso che la giurisprudenza di legittimità esclude che per la specificazione della *causa petendi* sia necessaria l'indicazione analitica delle ragioni che giustificano la domanda, ritenendo che il mero richiamo al capo di imputazione o al titolo del reato sia idoneo a soddisfare il requisito fondato sul nesso eziologico che collega il danno prospettato al fatto di reato (Cass., Sez. V, 13 dicembre 2006, Bianco, rv. 235777; Sez. VI, 15 novembre 2002, Gori, rv. 225421; Sez. I, 12 gennaio 2001, De Vivo, rv. 218090).

Infine, manca di pregio anche il profilo riguardante l'inammissibilità della costituzione di parte civile della Presidenza del consiglio dei ministri. Su tale tema nella giurisprudenza di questa Corte è stato chiarito che "l'avvocato dello Stato – non abbisognando il suo *ius postulandi* di conferimento di procura, derivando esso direttamente dalla legge – non è neanche onerato della produzione della documentazione attestante la volontà della P.A. di procedere giudizialmente: il rapporto sottostante a quello di mandato *ex lege* fra amministrazione e avvocato e relativo alla gestione della lite costituisce un rapporto meramente interno all'amministrazione medesima, senza alcuna necessità che questa deliberi, con atti di rilievo esterno, la sua volontà di agire o di resistere in giudizio nei vari gradi e fasi di esso" (Cass., Sez. V, 27 marzo 1999, n. 11441,P.G. in

proc. Longarini ed altri). Ne segue che, poiché deve essere ribadito tale principio di diritto, costituente *ius receptum* anche nella giurisprudenza civile di questa Corte (Cass., Sez. II, 16 marzo 2007, n. 6166; Sez. I, 14 settembre 2006, n. 19786), non può trovare accoglimento la censura espressa con il motivo di ricorso.

5. - Non ha fondamento il motivo di gravame diretto a far valere l'inutilizzabilità delle deposizioni testimoniali acquisite a mezzo di rogatorie internazionali, dato che nel caso di specie deve ritenersi corretta l'effettuazione di tali rogatorie con le forme prescritte dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, ratificata e resa esecutiva con la l. 23.2.1961, n. 215.

La Corte militare ha giustamente negato l'operatività della clausola di esclusione della normativa dettata dalla Convenzione procedendo ad un'analisi ricostruttiva dell'art. 1, comma 2, che deve essere senz'altro condivisa perché basata sull'esatta applicazione di criteri ermeneutici logici e sistematici. Premesso che la disposizione in esame stabilisce che "la presente Convenzione non si applica ..... ai reati militari che non costituiscano reati di diritto comune", deve rilevarsi, anzitutto, che è inaccoglibile la tesi del ricorrente secondo cui tale norma stabilirebbe una generalizzata inapplicabilità delle regole pattizie per tutte le ipotesi di violazione delle leggi penali militari di guerra. Una simile estensione non corrisponde all'esatta portata della disciplina dell'art. 1, comma 2, che parla genericamente di reati militari e, dunque, non autorizza alcuna discriminazione tra reati previsti dal codice penale militare di pace e quelli previsti dal codice penale militare di guerra, sicchè anche per questi ultimi vale il riferimento alla corrispondenza alla struttura dei reati di diritto comune. In tale ottica risulta pienamente pertinente la chiave interpretativa ricavata dalla definizione del "reato esclusivamente militare" indicato dal secondo comma dell'art. 37 c.p.m.p. come "quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, in tutto o in parte, preveduto come reato dalla legge penale comune": di talchè, tenuto conto dell'interpretazione del predetto art. 37 costantemente fornita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., Sez. I, 10 aprile 1991, P.M. in proc. Romagnoli, rv. 187327; Sez. I, 18 marzo 1991, P.M. in proc. Torres, rv. 186936; Sez. I, 27 novembre 1986, Calzetta, rv. 175923), il reato ex art. 185 c.p.m.g. deve considerarsi connotato dalla comunanza di elementi costitutivi con i reati comuni di omicidio o di strage, differenziandosene solo per la presenza di taluni elementi specializzanti, onde – conformemente all'opinione seguita nella sentenza impugnata – resta

inoperante la clausola di esclusione stabilita dal secondo comma dell'art. 1 della Convenzione europea.

5.1. - L'utilizzabilità delle deposizioni testimoniali assunte con le rogatorie internazionali è stata contestata anche con riferimento alla mancata partecipazione dei difensori degli imputati all'espletamento dell'incombente istruttorio.

L'art. 431, comma 1, lett. f) c.p.p. autorizza l'inserimento nel fascicolo per il dibattimento dei "verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera d), assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana".

Nella sua versione attuale la disposizione, che non figurava nel testo originario dell'art. 431, è stata riformulata dall'art. 26 della l. 16.12.1999, n. 479, che ha modificato la disciplina introdotta dall'art. 6 della l. 7.8.1992, n. 356, che prevedeva l'allegazione al fascicolo per il dibattimento dei verbali degli atti assunti all'estero a seguito di rogatoria, ancorché si fosse trattato di atti ripetibili e l'ordinamento dello Stato estero non richiedesse per l'assunzione le garanzie del contraddittorio. Pertanto, per effetto dell'innovazione normativa dovuta alla l. n. 479 del 1999 il principio della prevalenza della *lex loci* incontra il limite della non contrarietà all'ordine pubblico processuale dell'ordinamento giuridico italiano, essendo prescritto che l'assunzione all'estero degli atti ripetibili si verifichi assicurando al difensore la possibilità di esercitare le facoltà conferite dalla legge processuale italiana. In proposito nella giurisprudenza di legittimità è stato stabilito che, in materia di assistenza giudiziaria penale, gli atti compiuti all'estero su rogatoria sono assunti secondo le forme stabilite dall'ordinamento del paese richiesto, salvo l'eventuale contrasto con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume, che non debbono necessariamente identificarsi con il complesso delle regole dettate dal codice di rito ed in particolare con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa; ne consegue che sono utilizzabili i verbali contenenti gli interrogatori di persona imputata di reato connesso assunti a seguito di rogatoria all'estero senza l'assistenza del difensore (Cass., Sez. I, 28 novembre 2002, Acrì, rv. 223202).

I precedenti rilievi rendono manifesta l'inconsistenza del motivo di gravame contenuto nel ricorso del Sommer, in quanto è pacifico che i difensori degli imputati hanno ricevuto l'avviso dell'espletando esame dei testi da parte dell'autorità straniera, di talchè è innegabile che i difensori sono stati posti in condizione di assistere allo svolgimento

dell'incombente istruttorio e di esercitare le facoltà inerenti al mandato difensivo. Peraltro, la totale inconsistenza delle ulteriori critiche del ricorrente risulta palese quando si considera che, da un canto, l'effettiva esecuzione dell'avviso ha reso priva di effetti invalidanti l'inosservanza della prescrizione dell'art. 727, comma 5-bis, c.p.p., riguardante l'indicazione da parte dell'autorità richiedente delle modalità di assunzione delle testimonianze, e, dall'altro, che manca di qualsiasi plausibile base la tesi del ricorrente secondo cui la mancata comparizione dei difensori all'udienza fissata per l'escussione dei testi avrebbe reso necessaria la nomina di difensori di ufficio. A quest'ultimo riguardo deve sottolinearsi che esiste una netta differenza sostanziale tra la rogatoria internazionale e incidente probatorio, per il quale l'art. 401, comma 2, dispone che "in caso di mancata comparizione del difensore della persona sottoposta alle indagini, il giudice designa altro difensore a norma dell'art. 97, comma 4". La difformità tra le modalità di assunzione e la diversa funzione delle due situazioni processuali impediscono l'assimilazione dei due istituti e la trasposizione di disciplina normativa dall'uno all'altro, onde deve considerarsi manifestamente infondata la dedotta questione di legittimità costituzionale sia sotto il profilo rappresentato dal referente normativo dell'art. 3 della Carta costituzionale, non potendo postularsi identità di normativa a fronte di situazioni dissimili, sia sotto quello degli artt. 24 e 111 Cost., in quanto l'esercizio del diritto di difesa può essere variamente modulato e adattato dal legislatore ordinario in sintonia con le peculiari caratteristiche dei singoli istituti, semprechè esso non risulti vanificato e la differenza delle discipline sia rispondente ad esigenze ragionevoli (Corte cost., 15 ottobre 1987, n. 345).

6. - Nel ricorso del Sommer è stata denunciata l'inammissibilità delle deposizioni dei testi Beckerth, Bartlewski e Mehls perché non tempestivamente indicati nella lista prescritta dall'art. 468 c.p.p.

La censura è priva di pregio. Nella giurisprudenza di questa Corte è stato più volte deciso che l'ammissione di prove non tempestivamente indicate dalle parti nelle apposite liste, o indicate in modo generico quanto all'oggetto, non comporta alcuna nullità, né le prove in questione, dopo essere state assunte, possono essere considerate inutilizzabili, posto che l'art. 507 c.p.p. consente al giudice di assumere d'ufficio anche prove irregolarmente indicate dalle parti, ed in ogni caso non sussiste un divieto di assunzione che possa attivare la sanzione di inutilizzabilità prevista dall'art. 191 stesso codice (Cass., Sez. VI, 1° febbraio 2005, Zaratin, rv. 231488; Sez. V, 11 novembre 2004, Scuderi, rv.

230460). Pertanto, la doglianza del Sommer deve essere disattesa, in quanto la Corte militare ha dato puntuale applicazione al principio di diritto testè enunciato.

6.1. - I ricorrenti Gropler e Sommer hanno denunciato l'inutilizzabilità delle prove testimoniali rese da Beckerth, Bartlewski, Holle e Schmidt, per la ragione che costoro, avendo ammesso di avere fatto parte delle truppe naziste che avevano partecipato all'eccidio di Sant'Anna di Stazzema, avrebbero dovuto assumere sin dall'inizio la qualità di indagati, sicchè le loro dichiarazioni risultano inutilizzabili a norma dell'art. 63, comma 2, c.p.p. perché assunte senza l'osservanza delle forme prescritte.

Il motivo di ricorso formulato dai due ricorrenti è destituito di fondamento e, pertanto, non può trovare accoglimento.

La disposizione dalla cui violazione deriverebbe l'inutilizzabilità delle prove dichiarative stabilisce che "se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate". Dottrina e giurisprudenza concordano nel riconoscere che la previsione normativa appresta ,da un lato, una tutela anticipata del diritto al silenzio, in sintonia con il principio "*nemo tenetur se detegere*", e, dall'altro, è diretta ad assicurare l'attendibilità delle dichiarazioni rese da chi potrebbe essere indagato per lo stesso fatto di reato, ovvero per uno connesso o collegato, tant'è che sussiste una diretta correlazione con la disciplina dettata dall'art. 197 c.p.p. relativamente alla incompatibilità con l'ufficio di testimone.

Nella stessa sentenza impugnata è dato atto dell'esistenza, all'interno della giurisprudenza di legittimità, di un duplice orientamento interpretativo in ordine alla portata dell'art. 63. Secondo un primo indirizzo, l'inutilizzabilità non può colpire le dichiarazioni rese al giudice da soggetto il quale non abbia mai assunto la qualità di imputato o di persona sottoposta a indagini, dal momento che il giudice, a differenza del p.m., non può attribuire ad alcuno, di propria iniziativa, la suddetta qualità ma può (e deve) soltanto verificare che essa non sia stata già formalmente assunta, sì da dar luogo ad incompatibilità con l'ufficio di testimone, ai sensi dell'art. 197, 1° comma, lett. a) e b) c.p.p. (Cass., Sez. II, 14 ottobre 2003, Di Capua, rv. 227730; Sez. I, 2 maggio 2002, Azena ed altro, rv. 221499). Il contrario indirizzo interpretativo fa leva, ai fini dell'applicabilità della sanzione dell'inutilizzabilità ex art. 63 c.p.p., non sull'elemento formale dell'avvenuta soggettivizzazione della *notitia criminis* mediante l'iscrizione nel registro degli indagati, ma sul criterio sostanziale della qualità oggettivamente attribuibile al

soggetto in base alla situazione esistente nel momento in cui le dichiarazioni sono state rese, a prescindere da una già intervenuta formale imputazione e anche se non era ancora avvenuta detta iscrizione (Cass., Sez. VI, 2 giugno 2000, Valianos, rv. 217556; Sez. I, 20 aprile 2001, Sestino, rv. 218550).

Il Collegio ritiene di dovere aderire a questultimo orientamento, la cui esattezza è confermata sia dall'elemento letterale, costituito dal riferimento testuale alla posizione di chi "sin dall'inizio" avrebbe dovuto assumere la qualità di imputato o di indagato, sia da quello logico-sistematico, alla cui stregua è da escludere la condivisibilità di una linea interpretativa che, facendo dipendere l'inutilizzabilità delle dichiarazioni dall'effettiva assunzione di quella qualità, rimette sostanzialmente alle scelte del pubblico ministero l'operatività della disciplina e permette, così, all'organo inquirente di eludere la finalità della stessa e di raccogliere dichiarazioni senza le prescritte garanzie difensive.

6.2. - Una volta accertato che l'inutilizzabilità prevista dal secondo comma dell'art. 63 deve essere stabilita "secondo il criterio sostanziale della qualita' oggettivamente attribuibile al soggetto in base alla situazione esistente nel momento in cui le dichiarazioni sono state rese" (Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2004, Falzetti, rv. 229377), è consequenziale ritenere che l'attribuzione o meno di detta qualità dipende dall'esistenza, nel momento dell'audizione, di indizi di reità che giustificano l'assunzione della posizione di indagato in ordine al medesimo reato per cui si procede ovvero per un reato connesso o collegato.

Su tale tematica la giurisprudenza di questa Corte ha precisato che, ai fini dell'utilizzabilita' di dichiarazioni autoindizianti rese da persona che successivamente acquisti la veste formale di indagato o imputato, ovvero da persona che, alla luce degli ulteriori sviluppi delle indagini, venga a trovarsi nella condizione di chi avrebbe potuto esercitare la facolta' di astensione prevista dall'art. 199 cod. proc. pen., deve aversi riguardo non alla posizione formalmente rivestita dal soggetto al momento dell'atto, bensi' a quella sostanziale, da valutarsi con riferimento ai gia' acquisiti dati indizianti che non abbiano carattere di mero sospetto (Cass., Sez. I, 20 aprile 2001, Sestino, rv. 218550). Di talchè è stato ritenuto che l'inutilizzabilita' assoluta, ai sensi dell'art. 63, comma 2, cod. proc. pen., delle dichiarazioni rese da soggetti i quali fin dall'inizio avrebbero dovuto essere sentiti in qualita' di imputati o di persone sottoposte a indagini, richiede che a carico di tali soggetti risulti l'originaria esistenza di precisi, anche se non gravi, indizi di reità; nè tale condizione

puo' automaticamente farsi derivare dal solo fatto che i dichiaranti risultino essere stati in qualche modo coinvolti in vicende potenzialmente suscettibili di dar luogo alla formulazione di addebiti penali a loro carico, occorrendo invece che tali vicende, per come percepite dall'autorita' inquirente, presentino connotazioni tali da non poter formare oggetto di ulteriori indagini se non postulando necessariamente l'esistenza di responsabilita' penali a carico di tutti i soggetti coinvolti o di taluni di essi (Cass., Sez. I, 27 febbraio 2002, Pascali, rv. 221327).

La Corte militare, condividendo l'opinione del giudice di primo grado, ha ritenuto – rispetto alla posizione dei testi Beckerth, Bartlewski, Holle e Schmidt – che "la circostanza della presenza sul luogo delle operazioni non costituiva di per se stessa un indizio di responsabilità penale a carico dei militari di truppa ma anzi la ragione stessa dell'assunzione da parte loro delle vesti di persone informate sui fatti e di testimoni". Nella sentenza impugnata è stata fornita una spiegazione plausibile di tale proposizione, rilevando che, anche in relazione all'organizzazione gerarchica propria delle milizie naziste, le predette persone sentite come testimoni, nella loro qualità di semplici soldati, non avevano una rilevante funzione di responsabilità nella struttura del battaglione e che non erano emersi elementi specifici comprovanti che essi avevano materialmente sparato ed ucciso qualcuna delle vittime: con la conseguenza che, facendo difetto precisi elementi di reità a loro carico, doveva escludersi l'esistenza di una situazione produttiva dell'inutilizzabilità delle prove dichiarative ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.p.

Ciò posto, deve sottolinearsi che, in tema di utilizzabilità delle dichiarazioni indizianti rese da persona non imputata ne' sottoposta ad indagini, la questione relativa alla sussistenza *"ab initio"* di indizi di reità a suo carico costituisce accertamento in punto di fatto che, in caso di congrua motivazione da parte del giudice di merito, e' sottratto al sindacato in sede di legittimità (Cass., Sez. III, 30 settembre 2003, Marciante ed altro, rv. 228421; Sez. VI, 30 aprile 1999, Cianetti, rv. 214377). Ne segue che devono escludersi la violazione del precetto posto dall'art. 63 e la conseguente inutilizzabilità delle prove dichiarative, poiché il giudizio relativo all'insussistenza di indizi di reità e alla non attribuibilità della posizione di indagati alle persone sentite come testi non è censurabile in questa sede per la sua piena coerenza e plausibilità che lo rendono esente da mende logiche.

7. - Passando all'esame del merito del discorso giustificativo della decisione di condanna, va rilevato che i ricorrenti hanno formulato plurimi rilievi critici per denunciare radicali vizi della struttura logica e giuridica della motivazione della sentenza impugnata, prospettando incongruenze, aporie, fratture e carenze nella tenuta logica delle pronunce di primo e di secondo grado, che sarebbero scaturite dalla distorta applicazione di criteri di inferenza, inaffidabili nelle premesse, nello sviluppo argomentativo e nei risultati.

Occorre premettere che, nella verifica della consistenza dei rilievi critici mossi dai ricorrenti alla sentenza della Corte militare, tale decisione non può essere valutata isolatamente ma deve essere esaminata in stretta ed essenziale correlazione con la sentenza emessa dal tribunale militare, sviluppandosi entrambe secondo linee logiche e giuridiche pienamente concordanti, ditalchè -sulla base di un consolidato indirizzo della giurisprudenza di questa Corte- deve ritenersi che la motivazione della prima si saldi con quella della seconda fino a formare un solo complessivo corpo argomentativo e un tutto unico e inscindibile (cfr. Cass., Sez. Un., 4 febbraio 1992, Ballan ed altri; Sez. I, 21 marzo 1997, Greco ed altri; Sez. I, 4 aprile 1997, Proietti ed altri).

Orbene, chiarito che l'oggetto delle censure mosse dai ricorrenti non può essere compiutamente definito se non tenendo conto dell'integrazione tra le convergenti linee giustificative delle decisioni di merito, deve porsi in risalto che il ragionamento probatorio sul quale poggiano le conclusioni condivise dalla Corte di merito si articola sulla base delle seguenti premesse fattuali, che rappresentano il filo conduttore che lega tra loro i passaggi logici del discorso che ha permesso di ricostruire la tragica vicenda:

a) le concrete modalità di esecuzione del massacro corrispondono a quelle accertate dal tribunale militare che, peraltro, non sono state oggetto di specifica contestazione da parte dei ricorrenti, essendo risultato dimostrato, alla luce delle dichiarazioni dei pochi superstiti, che le operazioni furono eseguite, pressoché contemporaneamente, in più luoghi (località "Vaccareccia", borgate "Moriconi" e "Argentiera", località "Franchi" e "Colle", frazione di Sant'Anna, località "Coletti" e "Mulini", borgata "Alle case", strada per "Valdiscatello"), seguendo una tecnica analoga consistente nel rastrellare le persone e nel riunirle in uno stesso posto per poi ucciderle tutte a colpi di mitragliatrice;

b) le operazioni erano state preventivate e prevedevano sin dall'inizio lo sterminio della popolazione civile, come può univocamente inferirsi dalla contestualità, dal coordinamento e dalla sostanziale omogeneità delle modalità esecutive (concentrazione di

più persone inermi e successiva uccisione), pur nella distanza e nella molteplicità dei luoghi delle stragi;

c) tenuto conto della complessità della situazione orografica e logistica, la pianificazione delle operazioni era avvenuta a livello di battaglione;

d) la finalità militare dell'operazione era quella di fare "*terra bruciata*" attorno ai partigiani e di scoraggiare, oltre agli aiuti da parte della popolazione di altri centri, anche il loro ritorno in quella zona, sicchè lo sterminio di civili inermi doveva ingenerare terrore tra gli abitanti dei centri vicini e costituire un terribile monito volto ad impedire ogni forma di sostegno e di consenso alle bande di ribelli.

La Corte militare ha esaminato tutti tali convergenti elementi di prova sottoponendoli ad una scrupolosa e coerente analisi critica e coordinandoli in un organico quadro interpretativo, alla luce del quale la valutazione contenuta nella sentenza impugnata risulta dotata di piena congruenza logica ed è convalidata dall'applicazione di affidabili criteri di inferenza ai sensi dell'art. 192 del codice di rito: di talchè i risultati dell'operazione interpretativa delle prove resistono alle censure dei ricorrenti e superano il vaglio di legittimità demandato a questa Corte, il cui sindacato non può non arrestarsi alla verifica del rispetto delle regole della logica e della conformità ai canoni legali che presiedono all'apprezzamento degli elementi di prova, senza poter attingere l'intrinseca consistenza delle valutazioni riservate al giudice di merito. Ed invero il controllo della logicità della motivazione va esercitato sulla coordinazione delle proposizioni e dei passaggi attraverso i quali si sviluppa il tessuto argomentativo del provvedimento impugnato, senza la possibilità di sovrapposizioni valutative, onde, nella verifica della fondatezza o meno del motivo di ricorso ex art. 606, comma 1 lett. e) c.p.p., il compito della Corte Suprema, anche dopo la modifica introdotta dall'art. 8 della l. n. 46 del 2006, non consiste nell'accertare l'intrinseca consistenza dei risultati dell'interpretazione delle prove, coessenziale al giudizio di merito, ma quello ben diverso di stabilire se i giudici di merito abbiano esaminato tutti gli elementi a loro disposizione, se abbiano dato esauriente risposta alle deduzioni delle parti e se nell'interpretazione delle prove abbiano esattamente applicato le regole della logica, le massime di comune esperienza e i criteri legali dettati in tema di valutazione delle prove, in modo da fornire la giustificazione razionale della scelta di determinate conclusioni a preferenza di altre (Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1995, Clarke). Ne consegue che, ai fini della denuncia del vizio ex art. 606, comma 1 lett. e)

c.p.p., è indispensabile dimostrare che il testo del provvedimento è manifestamente carente di motivazione e/o di logica e che non è, invece, producente opporre alla valutazione dei fatti contenuta nel provvedimento impugnato una diversa ricostruzione, magari altrettanto logica, dato che in quest'ultima ipotesi verrebbe inevitabilmente invasa l'area degli apprezzamenti riservati al giudice di merito (Cass., Sez. Un., 19 giugno 1996, Di Francesco).

7.1. - Va riconosciuto, inoltre, che lo sviluppo del ragionamento probatorio seguito nella sentenza impugnata è totalmente aderente allo specifico schema motivazionale tracciato dall'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p., dal momento che la Corte militare non si è limitata ad indicare le fonti di prova poste a base della decisione, ma ha precisato, in modo chiaro e plausibile, le ragioni per le quali sono state ritenute non attendibili le prove contrarie, prendendo in esame gli elementi valorizzati dalle difese degli imputati per contestare l'indagine sul carattere dell'azione militare preordinata al massacro della popolazione civile. In proposito mette conto osservare che il giudice di merito ha analizzato detti elementi, ne ha sottolineato il marginale valore dissonante rispetto alla conclusione avvalorata da tutti gli altri mezzi di prova e ha ritenuto, in buona sostanza, che essi siano inidonei a scuotere la saldezza e la compattezza logica del risultato probatorio, la cui affidabilità è comprovata dalla correttezza del metodo valutativo consistito sia nello scrutinio dei singoli elementi di prova, sia nella loro valutazione complessiva e nell'apprezzamento delle reciproche interazioni che ne evidenziano il loro reale valore dimostrativo.

Invero, il preventivato disegno di sterminio della popolazione civile trova la più eloquente dimostrazione nell'accertata identità delle modalità del crimine commesso nelle stesse ore in località diverse, nella circostanza che, agli occhi dei militari delle SS, la frazione di Sant'Anna costituiva un'attivissima base partigiana, e nella equiparazione compiuta dai nazisti tra partigiani e popolazione che dava loro in qualche modo assistenza, tant'è che nei rapporti rinvenuti negli archivi tedeschi l'operazione era stata descritta come "azione contro le bande", nel corso della quale erano stati uccisi "270 banditi", ed era stato precisato che Sant'Anna era stata "ridotta in cenere" perchè considerata "la prima base dei banditi".

La sentenza impugnata si è fatta carico di confutare anche le obiezioni difensive fondate sul contenuto della deposizione del teste Beckerth secondo cui l'ordine di uccidere

la popolazione sarebbe stato dato telefonicamente dal comando del battaglione soltanto dopo che i civili avevano rifiutato di dare indicazioni per rintracciare i partigiani. In proposito, la Corte militare ha valutato una serie di convergenti acquisizioni probatorie traendone la giustificata conclusione che la telefonata con il comando di cui ha parlato il Beckerth, ammesso che fosse realmente avvenuta, era servita soltanto a comunicare che l'operazione volgeva al suo tragico epilogo senza che fossero state ottenute utili informazioni sulle formazioni partigiane. E, d'altra parte - è stato puntualmente aggiunto nella sentenza impugnata - anche se la deposizione del teste fosse veritiera dovrebbe ritenersi comunque esistente la premeditazione "condizionata", in quanto sin dal momento dell'ideazione dell'operazione era stato previsto e voluto che la mancata collaborazione della popolazione civile alla ricerca dei partigiani avrebbe avuto come sanzione l'uccisione di tutti coloro che non fornivano informazioni.

8. - Le linee del ragionamento probatorio lungo le quali si è snodato il discorso giustificativo della decisione della Corte militare appaiono dotate di adeguata ed incensurabile coerenza anche in riferimento ai passaggi logico-giuridici che hanno condotto ad affermare la penale responsabilità di ciascun imputato a titolo di concorso nel reato contro le leggi e gli usi della guerra previsto dall'art. 185 c.p.m.g.

Va rilevato, anzitutto, che nella sentenza impugnata è stato dato conto, con motivazione immune da vizi logici e giuridici, delle ragioni che hanno indotto a ritenere che la responsabilità dell'eccidio è riferibile al Secondo Battaglione del 35° Reggimento Granatieri Corazzati della 16^ Divisione RF – SS e che all'operazione presero parte tutte e quattro le compagnie di detto battaglione. Muovendo da tale dato fattuale, la Corte militare ha ricavato il corollario, di ineccepibile consequenzialità logica, che gli imputati avevano partecipato all'eccidio per la ragione che ricoprivano il ruolo di comandanti di squadra o di compagnia delle forze naziste impegnate nel massacro ovvero – come nel caso del Rauch – di aiutante maggiore del Secondo Battaglione, sicchè è indubbio che quest'ultimo imputato anche se non ha partecipato materialmente all'esecuzione della strage, ha fornito un contributo alla ideazione e alla pianificazione della tragica operazione. Ed, al riguardo, deve ricordarsi l'insegnamento di questa Corte secondo cui, in tema di concorso di persone nel reato, la circostanza che il contributo causale del concorrente morale possa manifestarsi attraverso forme differenziate e atipiche della condotta criminosa (istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, agevolazione alla sua

preparazione o consumazione, rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di esso) non esime il giudice di merito dall'obbligo di motivare sulla prova dell'esistenza di una reale partecipazione nella fase ideativa o preparatoria del reato e di precisare sotto quale forma essa si sia manifestata, in rapporto di causalità efficiente con le attività poste in essere dagli altri concorrenti, non potendosi confondere l'atipicità della condotta criminosa concorsuale, pur prevista dall'art. 110 c.p., con l'indifferenza probatoria circa le forme concrete del suo manifestarsi nella realtà (Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, rv. 226101).

8.1. - L'affermazione della responsabilità concorsuale dei tre imputati trova adeguata base giustificativa negli accertamenti dei precedenti elementi fattuali, che, all'interno del discorso giustificativo della decisione, assumono il rango di indizi gravi, precisi e concordanti univocamente convergenti nel senso di attestare il compimento di condotte corrispondenti a contributi casualmente rilevanti, di ordine materiale o morale, rispetto alla realizzazione del massacro di Sant'Anna.

La Corte militare ha superato, inoltre, le obiezioni difensive avanzate dal Rauch e dal Sommer per contestare l'attendibilità della conclusione relativa alla loro partecipazione, materiale o morale, alla verificazione dell'eccidio.

Dopo avere osservato che il Sommer era, almeno di fatto, comandante di compagnia e che è, quindi, innegabile la sua responsabilità quanto meno nella fase organizzativa dell'operazione, la Corte di merito ha reputato inconsistente l'argomento difensivo tratto dalla circostanza che nella medesima 16^ Divisione SS Panzergrenedier prestava servizio, con il grado di sottotenente, un omonimo dell'imputato, spiegando che la coincidenza era limitata al cognome e non riguardava né il nome né la data di nascita, onde non risultava possibile un errore nelle annotazioni contenute negli atti di archivio eseguite dopo la cessazione del conflitto.

Per quanto concerne la posizione del Rauch, la Corte militare ha esaminato i documenti allegati ai motivi aggiunti depositati nel giudizio di appello e, con interpretazione immune da vizi logici e giuridici, ha ritenuto che i predetti atti non forniscono alcuna dimostrazione affidabile in merito alla circostanza che l'imputato si trovava assente dal servizio per infermità proprio il 12 agosto 1944: ne segue che, poiché il convincimento espresso nella sentenza impugnata è scaturito da una disamina completa e

coerente sul piano logico, resta non sindacabile la conclusione relativa alla presenza del Rauch presso il comando del Secondo Battaglione con le funzioni di aiutante maggiore.

9. - La Corte militare ha esattamente riconosciuto che nella condotta degli imputati sono riscontrabili tutti gli elementi costitutivi della fattispecie di reato di cui all'art. 185 c.p.m.g. (violenza contro privati nemici), punibile quando sia stata commessa da militari nemici per effetto della previsione contenuta nell'art. 13 dello stesso codice.

Premesso che tale ipotesi di reato è stata ritenuta configurabile rispetto ad analoghi eccidi compiuti da militari nazisti in Italia durante l'ultimo conflitto bellico (cfr. Cass., Sez. I, 27 giugno 2003, Priebke, rv. 226388; Sez. I, 16 novembre 1998, Hass e altro, rv. 211771, concernenti entrambe il massacro delle Fosse ardeatine), deve sottolinearsi che la medesima fattispecie è compresa fra i reati contro le leggi e gli usi della guerra, la cui principale connotazione è identificabile nell'operatività di regole dettate dagli Stati per disciplinare la violenza nei conflitti armati (*ius in bello*) in vista della salvaguardia degli interessi protetti dalla normativa internazionale e della tutela della persona umana come bene assoluto: di talchè è stato giustamente osservato in dottrina che le norme incriminatici in esame, oltre ad essere strettamente collegate al diritto umanitario bellico garantito da convenzioni e da consuetudini internazionali, hanno come proprio referente le disposizioni costituzionali dettate dagli artt. 10 e 11 della Carta fondamentale per la tutela di valori riconosciuti in ogni società civile.

Non può condividersi il riferimento fatto dalla difesa del Sommer alle disposizioni degli artt. 174 e 175 c.p.m.g., riguardanti l'uso di mezzi di guerra vietati contro militari nemici e non contro privati nemici, atteso che la situazione fattuale, delineata nel capo di imputazione ed accertata dai giudici militari di merito, corrisponde perfettamente alla descrizione dell'art. 185, che punisce il militare il quale, senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, usa violenza contro privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari, per cause non estranee alla guerra. È nel primo capoverso dello stesso art. 185 è contenuta una evidente applicazione del principio di specialità rispetto al reato comune di omicidio, dal quale la fattispecie prevista dal codice militare di guerra si differenzia in virtù degli elementi specializzanti costituiti dalla qualità di militare del soggetto attivo e dal compimento del fatto per cause non estranee alla guerra. In proposito mette conto ribadire, da un lato, che agli ufficiali delle SS spetta la qualifica di militari nemici ai sensi dell'art. 13 c.p.m.g. (Cass., Sez. I, 10 febbraio 1997, confl. comp. in proc.

Priebke, rv. 206876, cit.) e, dall'altro, che, con insuperabile congruenza logica, la Corte militare ha posto in evidenza l'attinenza del massacro di Sant'Anna alle vicende belliche, per la precisa ragione che l'operazione era direttamente correlata all'esigenza tedesca di sradicare dal territorio le sacche di resistenza partigiana e di eliminare la rete di assistenza nella popolazione civile, soprattutto in considerazione dell'importanza strategica della zona ai fini dell'erigenda linea gotica.

10. - Sono infondati i motivi di ricorso con i quali è stata invocata l'applicazione della scriminante dello stato di necessità prevista dall'art. 54 c.p.

Nella sentenza impugnata è stata correttamente riconosciuta l'operatività del principio enunciato da questa Corte nell'analoga fattispecie del massacro delle Fosse ardeatine, essendo stato rilevato, alla stregua degli accertamenti compiuti dal tribunale militare, che mancano apprezzabili elementi probatori per affermare che il rifiuto di partecipare all'eccidio da parte di appartenenti alle milizie delle SS avrebbe avuto come inevitabile conseguenza l'uccisione di chi non aveva obbedito all'ordine: di talchè, tenuto anche conto che i ricorsi contengono su tale tema deduzioni carenti di specificità, la possibile prospettiva di eventuali punizioni disciplinari e di misure coercitive di altro tipo non può integrare l'esimente ex art. 54 c.p., in quanto "nel rapporto di misura tra i beni in conflitto difetta *ictu oculi* il requisito della proporzionalità fra l'effettivo pericolo prospettato (ma non attuale) e i fatti omicidiari che gli imputati sarebbero stati costretti a commettere" (Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, Hass ed altro, rv. 211771).

Per escludere la causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere (art. 51 c.p.) la Corte militare ha correttamente richiamato quest'ultima decisione, con la quale è stato stabilito che, pur non essendo all'epoca vigenti - e non potendosene fare applicazione retroattiva - le regole essenziali e inderogabili del diritto umanitario bellico recepite dalle quattro convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e dai due protocolli addizionali dell'8 giugno 1977, oggetto di ratifica da parte dell'Italia rispettivamente con legge 27 ottobre 1951, n. 1739, e con legge 11 dicembre 1985, n. 762, e neppure le norme in materia di prevenzione e repressione del genocidio, di cui alla legge 9 ottobre 1967, n. 962, deve ritenersi, con riferimento all'allora vigente art. 40 cod. pen. mil. pace, che fosse da riguardare come manifestamente criminoso, con conseguente obbligo di non darvi esecuzione, l'ordine di effettuazione dell'eccidio delle Fosse ardeatine, di cui era *"ictu oculi"* riconoscibile la contrarietà ai più elementari principi di umanità, attesi, in

particolare, il cinico criterio di selezione delle vittime designate e la sproporzione del loro numero (dieci a uno) a fronte del numero dei militari tedeschi rimasti vittime dell'attentato a seguito del quale, a titolo di rappresaglia, era stato deciso l'eccidio anzidetto (Cass., Sez. I, 16 novembre 1998, Hass ed altro, rv. 211771, cit.).

10.1. - Non possono trovare accoglimento neppure le censure formulate dai ricorrenti relativamente all'applicazione delle circostanze aggravanti e di quelle attenuanti, dato che, ad eccezione delle doglianze contenute nel ricorso del Gropler a proposito della premeditazione, tutte le altre deduzioni dei ricorrenti risultano completamente prive di specificità a fronte delle precise ed argomentate considerazioni svolte nella sentenza impugnata.

Per quanto concerne l'aggravante della premeditazione, i rilievi critici contenuti nell'impugnazione del Gropler appaiono del tutto inidonei a scalfire la compattezza logica e l'esattezza giuridica delle articolazioni argomentative del ragionamento seguito dalla Corte militare che – come è stato precedentemente illustrato – ha ricostruito la drammatica vicenda assegnando un ruolo centrale all'opinione, sorretta da adeguata motivazione, della pianificazione del massacro della popolazione civile e della conoscenza del sanguinoso disegno da parte dei comandanti delle compagnie impiegate nell'operazione. E' da condividere altresì la riflessione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui, anche a volere ammettere (per il solo episodio verificatosi dinanzi alla chiesa di Sant'Anna) la possibilità di evitare l'eccidio in caso di adeguata collaborazione da parte della popolazione, l'aggravante della premeditazione sarebbe pur sempre sussistente nella forma condizionata, configurabile allorché l'autore del reato subordini l'attuazione del proposito criminoso al mancato verificarsi di un comportamento da parte della vittima (Cass., Sez. I, 1° luglio 2004, Giusti, rv. 229839).

10.2. - Infine, mancano di pregio anche le censure mosse contro il punto della decisione in cui è stata negata l'applicazione dell'amnistia concessa con D.P.R. 4.6.1966, n. 332. In proposito nella giurisprudenza di questa Corte è stato precisato che, alla stregua del testuale tenore dell'art. 2, comma primo, lett. b), del predetto decreto presidenziale, l'amnistia ivi prevista per i reati commessi dal 25 luglio 1943 al 2 giugno 1946 (compresi i reati militari diversi da quelli indicati nel successivo art.4 dello stesso D.P.R.), si applica soltanto ai cittadini dello Stato italiano e non anche ai cittadini stranieri, atteso che il provvedimento di clemenza si proponeva un fine di pacificazione nazionale fra i cittadini

italiani in relazione agli eventi bellici interni seguiti alla caduta del regime fascista ed alla nascita della c.d. Repubblica sociale italiana: né può in contrario valere, ove si tratti di stranieri aventi la cittadinanza di uno dei paesi aderenti all'Unione europea, il richiamo all'art. 8 del Trattato di Maastricht, reso esecutivo in Italia con legge 3 novembre 1992 n. 454, con il quale viene istituita la cittadinanza dell'Unione e si stabilisce che i cittadini dell'Unione "godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti dal presente Trattato", giacche' quei diritti, come specificato nel secondo comma dello stesso art. 8, sono soltanto - in assenza di un'apposita dichiarazione da presentarsi alla presidenza dell'Unione - quelli di petizione, di libera circolazione in tutti gli Stati dell'Unione, di voto amministrativo nel luogo di residenza, di voto attivo e passivo per il Parlamento europeo, di tutela all'esterno del territorio dell'Unione da parte di qualunque autorita' diplomatica europea (Cass., Sez. I, 22 febbraio 2002, Priebke, rv. 221865; Sez. I, 8 ottobre 2002, Seifert, rv. 222756).

Pertanto, la mancanza dello *status* di cittadini italiani impedisce l'applicazione del provvedimento di clemenza a favore degli imputati alla luce dell'inequivoco testo della disposizione di cui all'art. 2 del D.P.R. n. 332 del 1966, la cui legittimità costituzionale è stata contestata con argomenti privi di adeguato supporto argomentativo e comunque manifestamente infondati, dato che la scelta del legislatore di limitare l'amnistia ai cittadini italiani non può certamente considerarsi sprovvista di giustificazione ragionevole.

11. - In conclusione, risultando infondati in tutte le loro articolazioni, i ricorsi devono essere rigettati e i ricorrenti devono essere condannati in solido al pagamento delle spese processuali.

I ricorrenti devono essere condannati altresì a rifondere alle parti civili le spese del presente grado, che vengono liquidate nell'importo complessivo di 4.000 euro per ciascuna di esse, oltre agli accessori come per legge.

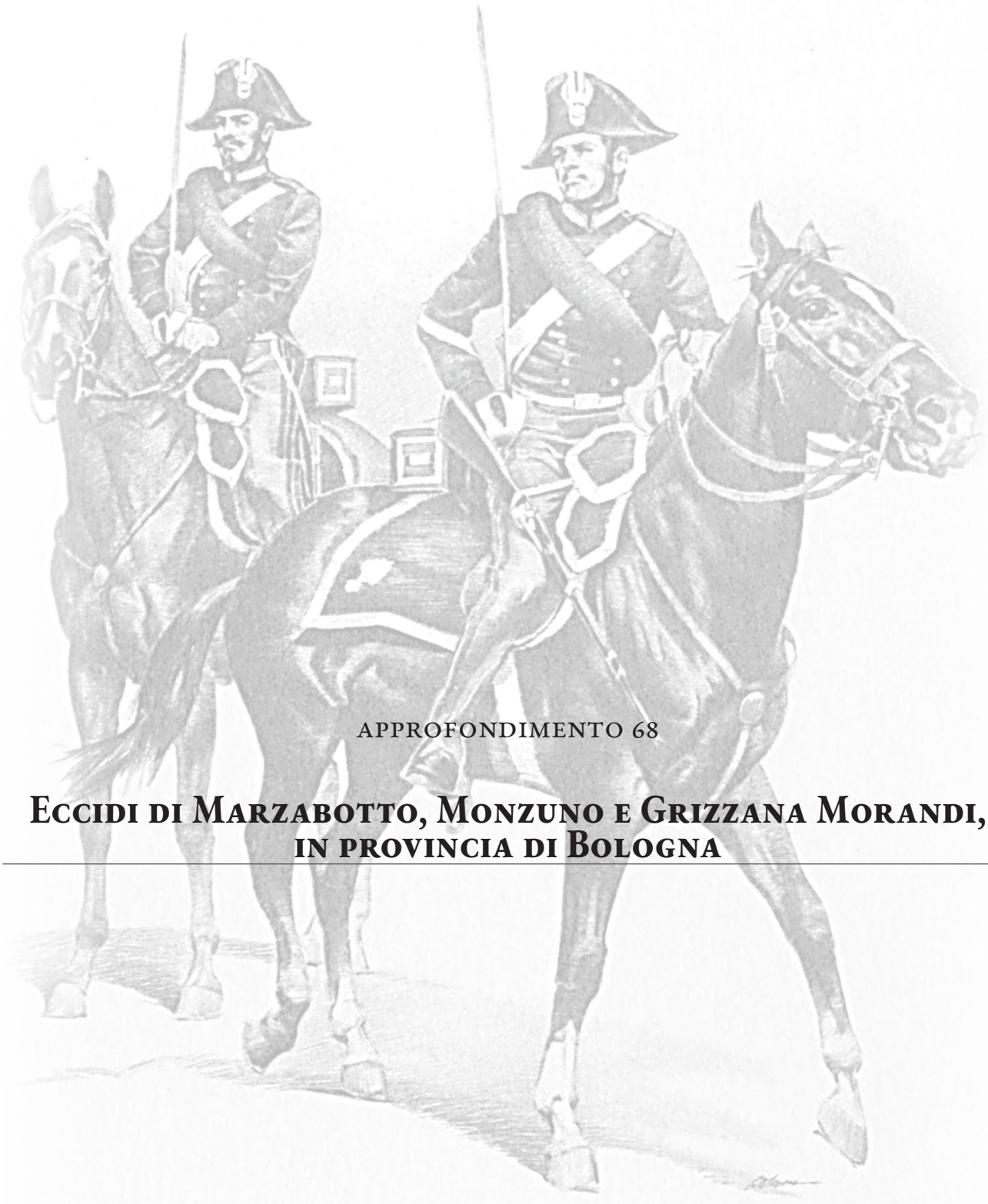
P. Q. M.

La Corte Suprema di Cassazione, Prima Sezione Penale, dichiara manifestamente infondate le proposte questioni di legittimità costituzionale. Rigetta i ricorsi e condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali. Condanna i ricorrenti in solido al rimborso delle spese processuali di parte civile, che liquida in complessivi 4.000 euro per ciascuna, oltre I.V.A. e C.P.A. per i difensori avv.ti Grosso e Trombetti.

Così deciso in Roma in data 8 novembre 2007.

Il Consigliere estensore

Il Presidente



APPROFONDIMENTO 68

Eccidi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, in provincia di Bologna

Svolgimento del processo e motivi della decisione

(...) All'udienza del **10 gennaio 2007** il p.m. formulava le sue conclusioni, precedute e introdotte dalla proiezione di un breve filmato, relativo all'intervista resa ad un giornalista tedesco dall'ex caporale SS Albert MEIER, originariamente indagato nell'ambito di questo procedimento, ma non portato a giudizio perché nel frattempo deceduto. Sulla scorta delle parole del predetto MEIER, il quale aveva definito le vittime di Marzabotto, del "loschi bacilli", il p.m. riassumeva i fatti come emersi dal dibattimento ed evidenziava alcune circostanze, decisive per la definizione della responsabilità degli odierni imputati.
Evidenziava, per cominciare, che i fatti accaduti a Marzabotto e dintorni erano il frutto della applicazione di procedure operative di particolare ferocia, da cui si evinceva chiaramente che l'eccidio era imputabile non alla mera iniziativa di singoli, bensì a precise scelte operative dei superiori comandi, uniformemente applicate dalle truppe sul campo, e, per quel che riguarda la 16^ div. SS, non solo a Marzabotto, ma anche in altre stragi a cavallo fra la Toscana e l'Emilia-Romagna nell'estate del 1944: bastava osservare che a tale divisione erano imputabili circa duemila civili trucidati in un arco temporale compreso fra i mesi di luglio e di settembre del 1944, e che tale cifra corrispondeva al venti per cento di tutti i civili italiani uccisi dalle truppe germaniche; lo stesso servizio informazioni britannico aveva parlato di "deliberata politica di sterminio" nei confronti delle popolazioni civili.
Proseguiva rilevando come tale particolare ferocia operativa affondasse le sue radici nel fanatismo ideologico di cui il personale della 16^ div. SS era impregnato.
Venendo alle posizioni degli imputati, il p.m. rilevava che essi dovevano essere tutti ritenuti concorrenti morali nel fatto, in quanto il primo di essi (ALBERS), Aiutante di battaglione, aveva partecipato all'ideazione della strage, e gli altri ne avevano diretto l'esecuzione sul campo o vi avevano preso parte come esecutori materiali. Sulle singole posizioni:
ALBERS, già in servizio nella *Leibstandarte*, era Aiutante maggiore e uomo di fiducia di REDER, aveva partecipato alla pianificazione dell'operazione, era responsabile dei collegamenti fra il comando e le compagnie sul campo, era rimasto con REDER durante tutta l'operazione o la maggior parte di essa: la sua responsabilità non poteva essere dubbia, e pertanto il p.m. chiedeva l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato;
BAUMANN, sergente, comandante di squadra nella prima compagnia, identificato come tale dalla scheda personale, dalla documentazione relativa alla sua prigionia di guerra e dalla documentazione pensionistica; egli stesso ammetteva di aver partecipato a un'operazione antipartigiana presso Bologna, ma contemporaneamente si difendeva asserendo che, all'epoca della strage, si sarebbe trovato a Venezia per la frequenza di un corso, circostanza non risultante dai documenti, dai quali risulta invece che il detto corso si svolse nel mese di dicembre. Dalla documentazione sanitaria proveniente dal *Krakenbuchlager* di Berlino si evinceva che in quel periodo non era ricoverato in alcuna struttura sanitaria militare. Era dunque presente, e, ricordava il p.m., veniva citato sia nel libro apologetico sulla 16^ div, sia nelle liste di ex SS sequestrate dalla polizia tedesca presso HACKER. Il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato BAUMANN;
BECKER, sergente della terza compagnia, terzo plotone: non risultava provata la partecipazione ai fatti; l'imputato aveva sostenuto di essere stato trasferito alla 16^ nel novembre-dicembre 1944 e non erano emersi elementi idonei a smentirlo; il p.m. chiedeva pertanto l'assoluzione ai sensi dell'art. 530 comma 2 c.p.p.;
BICHLER, maresciallo comandante di plotone nella prima e nella terza compagnia, proveniente dalla *Totenkopf*. La sua presenza e le sue funzioni nel battaglione REDER erano provate dai documenti in atti e dalle sue dichiarazioni rese al processo REDER e acquisite agli atti del presente procedimento, nelle quali ammetteva di aver partecipato a rastrellamenti di civili poi avviati a Bologna, e specificava che, secondo lui, non era possibile distinguere fra partigiani e civili; di lui parlava anche il coimputato JAHNERT, uscito precocemente dal processo per morte accertata durante il dibattimento. Dalla dichiarazioni del BICHLER si evinceva una attività di pianificazione preoperativa tra comandanti di compagnia e comandanti di plotone; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato BICHLER;
KUSTERER, sergente, comandante di squadra nella terza compagnia: secondo i documenti in atti, la sua presenza ai fatti era provata; in particolare, il rapporto perdite del periodo 11 settembre/ 31 ottobre 1944 lo indicava come ferito a Rioveggio il 4 ottobre 1944; non risultavano altri ricoveri o assenze; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato KUSTERER;
ROITHMAIER: comandante di squadra nella prima compagnia. Nella documentazione in atti (scheda personale, documentazione relativa alle decorazioni conferite, documentazione pensionistica) era indicato come *zugfuhrer*; veniva ricordato da altri

testimoni, e lui stesso ammetteva di aver partecipato a un'azione che poteva essersi svolta nella zona di Marzabotto; non risultavano ricoveri nel periodo; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato ROITHMAIER;
SCHNEIDER Adolf: maresciallo capo comandante di plotone della terza compagnia, anche lui proveniente dalla *Leibstandarte*; dalla documentazione in atti si evinceva che non era ricoverato né altrimenti assente nel periodo; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato SCHNEIDER Adolf;
SCHNEIDER Max: sergente comandante di squadra della quinta compagnia, nell'ambito del plotone che, per l'azione di Marzabotto, fu aggregato alla prima compagnia; il rapporto perdite del periodo 11 settembre/ 31 ottobre 1944 lo indicava come ferito a Monzuno il 29.9.1944, senza che risultassero ricoveri precedenti; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato SCHNEIDER Max;
TIEGEL: caporal maggiore; non era possibile provare la sua partecipazione ai fatti in quanto non si era potuto appurare quando aveva assunto le funzioni di comandante di squadra, certe solo dopo il novembre del 1944; ne chiedeva pertanto l'assoluzione ex art. 530 co. 2 c.p.p.;
TRÄGER: sergente comandante di squadra della prima compagnia, circostanze risultanti dalla scheda personale, dal foglio paga, dalla documentazione relativa alla prigionia di guerra e dalla documentazione assicurativa; il rapporto perdite del periodo 11 settembre/ 31 ottobre 1944 lo indicava come ferito a Cadotto il 29.9.1944: lui aveva affermato di essere stato ferito anteriormente (agosto 1944), ma era smentito dalla documentazione; aveva dichiarato che il giorno prima dell'operazione aveva partecipato a una riunione preoperativa; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato TRÄGER;
WACHE: sergente comandante di squadra della prima compagnia, come si evinceva dalla scheda personale e dal foglio paga. Aveva collaborato al libro propagandistico della 16^ SS; non risultavano ricoveri o altre assenze; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato WACHE;
SPIELER: non risultava aver ricoperto incarichi di comando, ma il suo nome era contenuto in atti di indagine delle autorità alleate e in dichiarazioni testimoniali, e veniva chiamato a rispondere come esecutore materiale degli ordini criminosi. Apparteneva organicamente a un'altra unità della divisione, il 36° reggimento, ma era probabilmente aggregato alla seconda compagnia del battaglione REDER; o, forse, originariamente appartenente a tale compagnia, veniva successivamente trasferito al 36° reggimento; in ogni caso, era presente a Marzabotto, come provavano l'allegato al rapporto G2 e la testimonianza KNEISSEL, che lo chiamavano in causa per l'uccisione di due anziani e per l'eccidio di un gruppo di persone in una chiesa. Non risultavano assenze nel periodo, e, conseguentemente, il p.m. chiedeva l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato SPIELER;
GUDE: soldato semplice della seconda compagnia del battaglione REDER, e non di un'unità FLAK, indicata nella documentazione come ente addestrativo iniziale; chiamato a rispondere in qualità di esecutore materiale come SPIELER, indicato come tale dal rapporto G2, che gli attribuiva l'uccisione di donne e bambini. Nessun ricovero nel periodo; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato GUDE.
WULF: sergente della quinta compagnia, comandante del plotone aggregato alla prima compagnia. Era citato espressamente dal testimone LEGOLL (che faceva parte del suo plotone) e che lo indicava come autore di uccisioni di civili; a questo proposito, il p.m. precisava che il nome del sottufficiale indicato nel verbale delle dichiarazioni di LEGOLL – WOLF e non WULF – era chiaramente un errore nella trascrizione, da parte di personale di lingua inglese, di un nome pronunciato in un'altra lingua, in quanto possibili omonimi del WULF facevano servizio in altre unità della divisione e avevano altri gradi; le dichiarazioni di LEGOLL erano quindi pienamente riscontrate dai documenti, dai quali peraltro non si evinceva alcuna possibile assenza per il periodo in questione; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato WULF;
FINSTER: caporal maggiore autista della seconda compagnia; il rapporto G2 lo indicava come l'autore dell'uccisione di donne e bambini e dell'incendio di case. Il teste WOJTECKI lo indicava come colui che pianificava i servizi degli autisti; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato FINSTER;
STOCKINGER: soldato semplice autista della seconda compagnia; il rapporto G2 lo indicava come l'autore dell'uccisione di donne e bambini e dell'incendio di case. Il teste KNEISSEL diceva di lui che "fu obbligato" a partecipare all'operazione. L'omonimia che era stata prospettata con altro personaggio non doveva inficiare il quadro probatorio in quanto si era accertato che l'altro STOCKINGER faceva servizio nella divisione *Nibelungen*, mai impiegata in Italia; non risultavano ricoveri e, nel suo interrogatorio, si era dimostrato non credibile, giungendo a negare

anche fatti e circostanze evidenti; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato STOCKINGER;
PIEPENSCHNEIDER: caporale autista, proveniente dalle *Totenkopf*; citato da KNEISSEL, risultava ferito il 5.7.1944, ma senza ricovero; il p.m. chiedeva pertanto l'affermazione della penale responsabilità dell'imputato PIEPENSCHNEIDER.
Circa la natura e l'utilizzabilità della documentazione della Commissione alleata, il p.m. ricordava come si fosse appurato nel corso dell'istruzione dibattimentale che non si trattava di documentazione anonima; si trattava inoltre di documenti già utilizzati in altri procedimenti giudiziari – SIMON e REDER – e pienamente attendibili per la terzietà della fonte da cui provenivano e lo scopo (extraprocessuale) per cui erano stati formati; erano documenti precisi e ricchi di dettagli, anche in relazione alla gravità dei fatti, che certo dovevano essere rimasti ben impressi nella memoria dei testimoni. Proseguiva ricordando che tradizionalmente ai sottufficiali delle forze armate germaniche erano attribuite grande autonomia e grande responsabilità, soprattutto in quelle particolari condizioni operative del tempo di guerra; ricordava altresì quale fosse lo scopo dell'operazione di Marzabotto, e cioè un attacco diretto contro la popolazione civile, tant'è che i partigiani, dopo i primi scontri, non erano stati inseguiti; rammentava che l'appartenenza alle SS non era un elemento secondario per la comprensione dei fatti, che affondavano anche nell'ideologia nazista di cui era imbevuto il reparto di REDER e tutta la 16^ divisione; insisteva sul fatto che a Marzabotto erano stati impartiti ordini preventivi e precisi, che i comandanti sul campo sapevano benissimo cosa fare, e che la soglia della punibilità penale a titolo di concorso morale doveva ritenersi raggiunta nel momento in cui i soggetti ricevevano l'ordine criminoso, ordine che era ben chiaro per tutti da prima dell'azione, visto che i reparti operavano con autonomia, senza che venissero sul momento impartiti ordini specifici (si potevano vedere, sul punto, le dichiarazioni di LEGOLL e di quasi tutti i testimoni italiani); l'uso di razzi di segnalazione colorati costituiva un'ulteriore prova di organizzazione preventiva; risultava addirittura che un tedesco avvisò un amico italiano del pericolo imminente. Era accertato che la sera prima dell'operazione vi furono riunioni fra i comandanti di compagnia e i comandanti di sottoreparto, altro elemento che poteva condurre ad affermare con certezza la preordinazione delle stragi, sulla base di ordini provenienti dal comando di battaglione e trasmessi attraverso tutta la catena gerarchica; andava considerata anche l'assenza di ordini di sfollamento diretti alla popolazione civile. Escludeva che le stragi potessero essere presentate come rappresaglie, perché avvenivano anche a distanza dai luoghi dei combattimenti con i partigiani.
In definitiva, affermava il p.m., tutti gli imputati, di cui aveva chiesto la condanna, avevano piena consapevolezza e volontà del fatto in cui erano concorsi. Ricordava che, per potersi parlare di concorso, bastava anche la mera agevolazione, con la propria presenza, del fatto altrui, e che, in ogni caso, l'apporto al fatto criminoso andava valutato in base all'autorità e alle competenze di ciascun imputato, e al suo grado. Concludeva (con riserva di replica) chiedendo l'assoluzione di BECKER e TIEGEL e la condanna di tutti gli altri, con il riconoscimento di tutte le aggravanti contestate, esclusa quella del grado per GUDE, STOCKINGER e SPIELER, e, per tutti, esclusa quella dell'aver commesso il fatto con le armi in dotazione; chiedeva che venissero negate le attenuanti generiche per la gravità del fatto e che, se concesse, venissero giudicate soccombenti nella comparazione con le aggravanti.
Circa l'imputazione ex art. 187 c.p.m.g. a carico di STOCKINGER e PIEPENSCHNEIDER, ne chiedeva il proscioglimento, perché il fatto andava correttamente qualificato ai sensi dell'art. 187 co. 1 c.p.m.g., e per tale reato era intervenuta la prescrizione.
In punto pena, chiedeva l'ergastolo per tutti gli imputati di cui aveva chiesto la condanna, più il risarcimento dei danni alle parti civili, con provvisionale, condanna alle spese e alle altre conseguenze di legge, incluse le pene accessorie.
A questo punto formulava le proprie conclusioni il rappresentate dell'Avvocatura dello Stato per la Presidenza del Consiglio dei Ministri, e chiedeva il risarcimento del danno morale subito dallo Stato-comunità, da quantificarsi in separato giudizio, e inoltre la integrale pubblicazione della sentenza di condanna sul quotidiano *Repubblica*.
All'udienza dell' **11 gennaio 2007** proseguiva la formulazione delle conclusioni da parte dei difensori di parte civile.
Per primo l'Avv. GIAMPAOLO, per la Regione Emilia-Romagna, la Provincia di Bologna e i tre Comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, concludeva per la responsabilità degli imputati, lamentando i danni subiti dagli enti come danni inferti alla comunità, intesa come comunità di intenti e di sentimenti, che non era più stato possibile ricostruire dopo i fatti; quantificava il risarcimento del danno nella somma risultante dai documenti già presentati e dalle conclusioni scritte, che contestualmente depositava; in linea subordinata chiedeva una provvisionale.
L'Avv. SPERANZONI, rappresentante di ottanta-

due persone fisiche costituite parte civile (una delle quali deceduta nel corso del processo, con conseguente subentro degli eredi), riassumeva inizialmente i fatti, descrivendo compiutamente i percorsi delle compagnie del battaglione REDER così come erano stati ricostruiti sulla base degli atti di causa, ed elencava i singoli eccidi di cui ogni compagnia si era resa responsabile, con il numero e l'identità delle vittime; specificava, in relazione agli imputati che risultavano feriti in data 29.9.1944, che la località Albergana, ove si era consumata una delle prime stragi, era stata raggiunta dalle SS prima di Cadotto, dove si erano svolti gli unici combattimenti con i partigiani, e che pertanto la detta strage era certamente anteriore al ferimento degli imputati; secondo le dichiarazioni a suo tempo rese da REDER, e acquisite, il combattimento di Cadotto era iniziato verso le 8.30 del mattino e a quell'ora già erano state commesse diverse stragi: quella di Aravecchia, per esempio, secondo le dichiarazioni di LEGOLL, era avvenuta verso le 8.00 (eccidio della famiglia GAMBERINI); anche le prime uccisioni di civili che, secondo LEGOLL, erano state ordinate da WULF erano avvenute prima degli scontri; anche a Campolungo e in altre località – nelle quali non si verificò alcuno scontro con i partigiani – le uccisioni di civili erano iniziate prima delle 8.30. Sulla presenza dell'imputato KUSTERER, specificava che erano le stesse parole dell'imputato ad affermarla, in quanto questi dichiarava di aver assistito alla morte del suo comandante di compagnia, SCHMIDKUNZ, avvenuta l'1.10.1944 a Grizzana. Circa la crudeltà, circostanza rilevante in quanto contestata come aggravante, erano abbastanza eloquenti episodi come quelli delle uccisioni di bambini davanti ai loro genitori, o l'uccisione di donne incinte a colpi di pugnale all'addome. Circa la premeditazione, anch'essa circostanza rilevante in quanto contestata come aggravante, era da ritenersi provata per via delle riunioni preoperative che, secondo le dichiarazioni del BICHLER in atti, si erano svolte fra i comandanti di compagnia e di plotone. Per quanto atteneva al danno e alla sua quantificazione, si richiamava alla giurisprudenza della Suprema Corte sulla perdita di affetto parentale, citata negli atti di costituzione di parte civile, e depositava conclusioni scritte; chiedeva liquidarsi il danno in ragione di 50.000 euro per ogni parente ucciso, cifra aumentata di 25.000 euro se la parte civile costituita fosse già nata al tempo dei fatti, e di altri 25.000 se era stata presente ai fatti, il tutto moltiplicato per quattro; chiedeva che la condanna al risarcimento fosse dichiarata provvisoriamente esecutiva; chiedeva in ogni caso una provvisionale.
L'Avv. BONETTI, rappresentante di diciotto persone fisiche costituite parte civile, esponeva anch'egli i fatti, escludeva che potesse ricorrere l'esimente dell'adempimento del dovere, dal momento che l'esecuzione dell'ordine costituiva manifestamente reato (disciplina che, peraltro, coincideva perfettamente con quanto disposto dal par. 47 del codice penale militare tedesco dell'epoca) ed escludeva anche l'esimente dello stato di necessità, perché la disobbedienza non avrebbe cagionato quelle conseguenze estreme che gli imputati avevano sempre mostrato di paventare. Circa il danno, si richiamava alle conclusioni scritte, che depositava, e che sul punto erano conformi a quelle del collega SPERANZONI.
All'udienza del **12 gennaio 2007** svolgevano le loro conclusioni tutti i difensori degli imputati, ad eccezione del difensore di KUSTERER.
L'Avv. ARGILLA, per STOCKINGER, precisava che il suo assistito non aveva avuto alcuna funzione di progettazione, ideazione o condivisione dell'intento criminoso, perché non aveva né grado né funzioni di comando. Era uno dei tre autisti citati nel rapporto G2 e nella testimonianza KNEISSEL: ma il primo (il rapp. G2) era una mera emanazione della seconda, e inoltre anonimo, e dunque inutilizzabile; quanto alla testimonianza KNEISSEL, essa raccontava fatti riferiti e distingueva tra coloro che avevano partecipato e altri che erano soltanto presenti, ma dei quali il teste non sapeva dire se avessero anche partecipato: tra questi ultimi citava anche gli autisti, dicendo che "furono obbligati a partecipare, non so cosa abbiano fatto"; La compagnia di STOCKINGER (la seconda) era responsabile dell'eccidio di Cerpiano, ma la testimonianza KNEISSEL addossava tutta la responsabilità al MEIER, e citava inoltre SPIELER. Lo STOCKINGER, proseguiva il difensore, non era volontario ma arruolato su base obbligatoria, aveva la licenza elementare ed era agricoltore: una figura dunque modesta, e ciò, pur ammettendo la sua presenza, incideva sul dolo. Ricordava che era stato identificato un altro STOCKINGER (Franz Erwin, per l'esattezza), originariamente scambiato per l'imputato, e poi risultato essere altro soggetto. Chiedeva pertanto l'assoluzione per la mancanza della prova di aver commesso il fatto.
L'Avv. CONTE, per BAUMANN, contestava che l'imputato fosse stato informato prima dell'azione; rilevava che, essendo l'unico armato di *panzerfaust*, doveva essere stato necessariamente impiegato in prima linea contro i partigiani; in ogni caso, non avrebbe potuto rifiutarsi di obbedire (l'episodio relativo al militare PIELTNER era eloquente in tal senso), e anche il teste P. aveva parlato di un soldato titubante che era stato minacciato; contestava inoltre che l'apporto di BAUMANN integrasse gli estremi
del concorso morale, in quanto le sue funzioni di co-

mando erano di fatto inesistenti, avendo egli ai suoi ordini solo tre uomini, a causa delle perdite in combattimento. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto.
Gli Avv. DE LUCA, per TIEGEL, e PIZZUTO, per BECKER, si associavano sostanzialmente alle richieste assolutorie formulate dal p.m. nei confronti dei loro assistiti.
L'Avv. ORLANDO, per FINSTER, rilevava come il suo assistito fosse indicato come mero esecutore materiale, e che non era citato da KNEISSEL ma solo dal rapporto G2. La sua presenza poteva anzi essere esclusa dal momento che lo stesso KNEISSEL aveva dichiarato che autisti e cuochi erano stati impiegati in combattimento solo a partire dal 19.10.1944. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto.
L'Avv. PARIZZI, per PIEPENSCHNEIDER, contestava la genericità del capo di imputazione e l'incompletezza delle prove documentali; contestava l'utilizzabilità della testimonianza di KNEISSEL, in quanto non riferiva di fatti direttamente appresi, non diceva nulla del suo assistito e non era riscontrata da altri elementi; il PIEPENSCHNEIDER risultava citato solo nel rapporto G2, un riassunto rielaborato e non un vero e proprio interrogatorio; il prigioniero di guerra al cui interrogatorio il detto rapporto si riferiva non veniva indicato nominativamente, ma lasciato anonimo. Ancora: l'imputato non apparteneva alla seconda compagnia, come detto nel rapporto G2, ma, in base ad un rapporto perdite del 5.7.1944, che riportava il suo ferimento a Rosignano, risultava addetto al comando di divisione. Infine, negava la partecipazione del PIEPENSCHNEIDER al fatto di cui all'art. 187 c.p.m.g., come ammesso dallo stesso p.m.. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto.
L'Avv. BIASOTTI, per BICHLER, concludeva che non vi era prova certa della partecipazione del BICHLER ai fatti; l'unico elemento era costituito dalle dichiarazioni rese dall'imputato stesso nel 1950, ma egli mai parlava di Marzabotto o dell'Emilia-Romagna, ma solo di un suo ferimento a Carrara, con successivo ricovero; contestava ancora il difensore che potesse parlarsi di concorso morale, perché non era identificabile la concreta attività determinativa o rafforzativa dell'intento criminoso altrui. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto, ex art. 530 comma 1 o, in subordine, comma 2, c.p.p..
L'Avv. VALLINI, per SCHNEIDER Max, ricordava come il suo assistito fosse stato ferito nel primo giorno di operazioni, anzi, nelle primissime ore delle stesse, come dall'imputato stesso dichiarato; aggiungeva che il suo assistito era stato ricoverato presso l'ospedale militare di Riva del Garda. Nelle dichiarazioni di LEGOLL non si faceva il nome dello SCHNEIDER, ma si citava un episodio in cui l'ordine di uccidere dei civili veniva impartito direttamente dal comandante di compagnia SEGEBRECHT e non dai comandanti di plotone o di squadra; successivamente a tale episodio, il teste LEGOLL faceva riferimento a una sparatoria che avrebbe cagionato il ferimento di soldati tedeschi, episodio che ben avrebbe potuto riguardare l'imputato SCHNEIDER; contestava infine l'elemento psicologico del reato. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto.
L'Avv. MAZZELLA, per WULF, concludeva per l'assoluzione, non essendovi prova, nelle dichiarazioni di LEGOLL, che il WULF avesse impartito ordini di uccidere dei civili; sottolineava comunque come da tali dichiarazioni non si desumesse la prova certa che l'imputato avesse realizzato i fatti di cui all'imputazione, nei precisi contesti ivi delineati e con le modalità ivi specificate, integrative delle circostanze aggravanti della premeditazione e della crudeltà.
L'Avv. CIANFANELLI, per SPIELER, contestava che fosse stata raggiunta la piena prova della responsabilità del suo assistito, anche sulla base del fatto che le caratteristiche fisiche che i diversi documenti accreditavano all'imputato non coincidevano tra di loro. Inoltre, trattandosi di un soldato semplice appena diciottenne, poteva dirsi che non avesse la possibilità di sottrarsi all'esecuzione dell'ordine, ancorché illegittimo, e, sul punto, era importante la testimonianza P. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto; in subordine, chiedeva la condanna al minimo della pena, con i benefici concedibili.
L'Avv. FIORELLA, per SCHNEIDER Adolf, concludeva per l'assoluzione, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., non essendo stata raggiunta la piena prova della responsabilità personale in relazione a specifiche condotte.
L'Avv. BIANCHI (in sostituzione dell'Avv. PIRAS), per TRÄGER e WACHE, precisava che i due imputati non erano fanatici, ma solo giovani sedotti dall'ideologia dell'epoca; che TRÄGER risultava ferito il 29.9.1944 e che nel suo interrogatorio aveva dichiarato di esser stato ferito tra le 9 e le 10 del mattino, in concordanza con le testimonianza di LEGOLL e di R. G. Per WACHE, il teste WOJTECKI lo ricordava vagamente, ma senza scendere in dettagli, e così anche il teste SCHENCK: in conclusione, non vi era prova della sua partecipazione. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto, relativamente all'imputato WACHE, e perché il fatto non sussiste o non costituisce reato, per l'imputato

TRÄGER.
L'Avv. TRUPPA, per GUDE e (in sostituzione dell'Avv. ZOLEZZI) per ROITHMAIER, contestava la genericità del capo di imputazione, l'insufficienza delle prove sulla personale responsabilità e sulla partecipazione ai fatti; l'unica prova, il rapporto G2, non era riscontrato né dalla testimonianza KNEISSEL, né da altri elementi; si chiedeva, relativamente a GUDE, se non potesse trattarsi proprio del soldato che, secondo la testimonianza PIRETTI, si era rifiutato di sparare a Cerpiano. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto, quanto meno ex art. 530 co. 2 c.p.p..
L'Avv. VADALÀ, per ALBERS, contestava che vi fossero gli estremi del concorso morale: il ruolo dell'ALBERS nella catena di comando non era tale da poter incidere nella fase decisionale; in ogni caso, visto il suo comportamento processuale nel processo REDER, avrebbe meritato le attenuanti generiche. Concludeva quindi per l'assoluzione per non aver commesso il fatto; in linea subordinata, riconosciute le attenuanti generiche, instava per il proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.
All'udienza del **13 gennaio 2007** rassegnava le sue conclusioni l'Avv. CANESTRINI, difensore dell'imputato KUSTERER, evidenziando, *in primis*, l'assenza di contraddittorio nella formazione della prova, nonché le carenze probatorie che avevano connotato l'intero processo e che erano esclusivamente addebitabili al lungo tempo trascorso; in particolare, affermava che non era possibile stabilire la responsabilità individuale del KUSTERER, e ancor meno era possibile fondare la prova del concorso morale sulla base del mero fanatismo ideologico e della preventiva conoscenza (e dunque accettazione) degli ordini criminosi; contestava inoltre che l'appartenenza alle SS potesse determinare automaticamente il concorso morale in tutti i crimini commessi dal Corpo; contestava altresì che il battaglione esplorante della 16^ divisione SS potesse definirsi un reparto d'elite.
Circa la personale responsabilità dell'imputato, non vi era prova – proseguiva l'Avv. CANESTRINI – di alcun contributo causale: sul punto, citava a supporto il decreto di archiviazione emesso dal g.i.p. del Tribunale ordinario di Genova relativamente ai fatti della scuola DIAZ del luglio 2001.
Contestava che le *verlustmeldungen* – i rapporti delle perdite – fossero sempre attendibili. Rilevava come l'appartenenza ad una compagnia non importasse automaticamente la partecipazione ai combattimenti nei quali la compagnia di appartenenza era stata impegnata: il KUSTERER poteva bene essere rimasto nelle retrovie a svolgere compiti logistici.
Rilevava ancora come i percorsi seguiti dalle varie compagnie non fossero sempre ben definiti e vi fossero delle sovrapposizioni che, spesso, non permettevano di affermare con certezza quale compagnia si fosse resa responsabile di un determinato episodio.
In conclusione, secondo il detto difensore si trattava di un processo indiziario, nel quale non era stata raggiunta la certezza della colpevolezza.
Chiudeva la sua arringa accennando alla sussistenza dello stato di necessità e alle conseguenze del bilanciamento fra le aggravanti contestate e le attenuanti concedibili e chiedendo l'assoluzione del KUSTERER ex art. 530 comma 2 c.p.p..
Il p.m., a questo punto, replicava ad alcune affermazioni delle difese.
Per PIEPENSCHNEIDER, ne precisava l'appartenenza alla seconda compagnia e il successivo trasferimento alla quinta; precisava ancora che la richiesta di proscioglimento per il reato di cui all'art. 187 c.p.m.g. era motivata dalla prescrizione, e non fondata sul merito. Per BICHLER, insisteva sulla certezza della prova della responsabilità. Precisava che nessuno degli imputati risultava ricoverato, che il capo di imputazione non era generico e che l'allegato al rapporto G2 era pienamente riscontrato. Insisteva sul punto della trasmissione dell'ordine criminoso, sulla piena utilizzabilità dei documenti e dell'assenza di prova di alcuna coazione sui militari operanti, circostanza che portava ad escludere la sussistenza dello stato di necessità.
Le parti civili non formulavano alcuna replica.
Il difensore di PIEPENSCHNEIDER insisteva che nel faldone XIII del procedimento 151/02 si trovava tutta la scheda personale dell'imputato, da cui si poteva evincere l'assegnazione al comando divisionale in data 5.7.1944; il passaggio alla quinta compagnia non era datato. Insisteva sulla anonimità – e dunque inutilizzabilità – dei documenti.
Il difensore di KUSTERER insisteva nelle conclusioni già formulate.
L'Avv. CONTE insisteva sulla valutazione integrale delle testimonianze.

Prove utilizzabili

Preliminarmente, il Collegio ritiene opportuno precisare i criteri sulla base dei quali procederà alla valutazione ed alla utilizzazione delle prove, in specie quelle documentali, acquisite al presente processo.
Nel corso della complessa istruttoria, infatti, - e cioè dall'udienza ex art. 431 c.p.p. fino alla chiusura dell'istruzione dibattimentale – è stato acquisito al fascicolo del dibattimento un imponente compendio probatorio, costituito non solo dalle pur numerose testimonianze assunte nel corso del dibattimento,

incluse le dichiarazioni dei consulenti, ma anche da una gran massa di verbali e documenti acquisiti a seguito di rogatorie internazionali o provenienti da altri procedimenti giudiziari per crimini di guerra: il processo REDER, in primis, e conseguentemente il processo britannico a carico del generale SIMON (comandante della 16^ div. SS), molti atti del quale confluirono nel procedimento REDER.

Il Collegio ritiene che nell'ambito della notevole mole di documenti acquisiti al processo si possano operare le seguenti distinzioni, in riferimento alle caratteristiche intrinseche di ciascun atto ed alle modalità ed al contesto di redazione del medesimo.

Gli atti che fanno parte dei verbali e delle relazioni degli organi di inchiesta alleati possono essere ricondotti nella categoria delle prove documentali, contemplate e disciplinate dall'art. 234 c.p.p.. Detta disposizione, nel consentire la acquisizione di scritti e altri documenti, identifica il documento in ragione della sua attitudine a rappresentare fatti, persone e cose e non distingue tra i diversi mezzi di rappresentazione, riferendosi sia alla rappresentazione di fatti che alla rappresentazione di dichiarazioni. Di conseguenza vengono ricompresi anche gli atti che hanno contenuto narrativo (Corte Cost. sent. n. 142 del 1992).

Gli atti che fanno parte delle relazioni e delle informative redatte dagli organi di inchiesta alleati, in immediata prossimità rispetto ai fatti di causa, hanno una precisa identità e collocazione e non possono essere considerati "documenti anonimi"; e ciò anche nell'eventualità che qualcuno di tali atti, in sé e per sé considerato, si riveli privo di sottoscrizione. Quello che assume rilievo determinante, infatti, è la valutazione congiunta ed integrata degli atti medesimi, che colga ed evidenzi l'intreccio di riferimenti che li caratterizza e consenta di ricondurli ad una precisa e determinata fonte. Nell'ambito della prova documentale, con conseguente assoluta utilizzabilità processuale, vanno ricondotte le *verlustmeldungen* (rapporti delle perdite) e la documentazione di provenienza alleata relativa alla prigionia di guerra.

Nella stessa categoria processuale va in genere ricondotta tutta la documentazione proveniente dagli archivi tedeschi, acquisita nel rispetto delle norme di procedura e di indubbia forza ed idoneità rappresentativa di fatti e circostanze relativi alla seconda guerra mondiale. Tanto è vero che la suddetta documentazione viene usata per comprovare se ed in che misura spettino benefici previdenziali a coloro che ne facciano richiesta ed assumano di avere prestato servizio in determinate aree operative e di esservi rimasti per un dato periodo.

I verbali di prove assunte nel vigore dell'abrogato codice di procedura penale sono tendenzialmente utilizzabili nel corso del presente processo, con le dovute cautele e ferma restando la necessità di valutazioni e conclusioni che tengano conto della peculiarità di casi di specie. Dette prove, infatti, appaiono riconducibili agli schemi delineati nell'articolo 238 c.p.p. e, in parte residua, al concetto di prova documentale di cui all'articolo 234 stesso codice. È di conseguenza pacifico ed indiscutibile che le suddette dichiarazioni, in quanto rese da soggetti nel frattempo deceduti, siano acquisibili ai sensi del combinato disposto degli articoli 238 e 511 c.p.p. ed assumano il valore di prova in virtù della lettura dibattimentale, nelle duplice forma in cui questa può avere luogo (effettiva e virtuale).

In parte diverse sono le considerazioni da farsi con riguardo al c.d. "allegato al rapporto G2". Questo rapporto, infatti, costituisce un atto interno dei servizi informativi alleati, sostanzialmente consistente in una sintesi delle informazioni e notizie acquisite attraverso colloqui con i prigionieri di guerra tedeschi.

Il predetto documento, quindi, difetta dei requisiti minimi di utilizzabilità probatoria nella parte in cui si limita a fare riferimento a dichiarazioni rese da anonimi prigionieri di guerra e su tali basi formula precise e puntuali accuse nei confronti di altri soggetti. È evidente che la mancata identificazione della fonte delle informazioni impedisce qualsiasi verifica e controllo di attendibilità e plausibilità e di conseguenza consente di equiparare il tutto alla situazione delineata dall'articolo 203 co. 1 c.p.p. (dichiarazioni degli informatori della polizia giudiziaria).

Va da sé che i documenti sopra indicati sono invece pienamente utilizzabili nella parte in cui menzionano la fonte delle dichiarazioni, fermo restando (ed è il caso di specie con riferimento alle dichiarazioni attribuite ai prigionieri Wilhelm KNEISSEL e Julien LEGOLL) che occorre comunque valutare se ed in che misura le dichiarazioni che nel rapporto sono attribuite ai prigionieri coincidano poi effettivamente con le dichiarazioni da questi rese e debitamente verbalizzate.

Infine vanno prese in esame le dichiarazioni rese dagli imputati in precedenza e nella diversa qualità di persona informate sui fatti o di testimoni (in particolare nel processo REDER). Ritiene il Collegio che in casi del genere occorra procedere con estrema cautela e comunque evitare in modo assoluto di utilizzare contro l'imputato dichiarazioni da questi rese in precedenza, soprattutto nell'ipotesi in cui le suddette dichiarazioni siano state rilasciate in qualità di teste in un procedimento per fatti connessi a quelli di cui al presente processo. Casi, per vero, in cui non è facile comprendere se la pregressa qualifica di testimone,

invece che di imputato, sia dipesa dal fatto che non vi fossero prove a carico dell'allora teste, oppure da opzioni di più vasto respiro e, nella sostanza, ricognitive dell'idea che la repressione dei crimini di guerra dovesse riguardare i sommi gradi gerarchici e non le posizioni marginali o intermedie.
Sicché è convincimento del Collegio che le precedenti dichiarazioni rese dagli imputati allorquando non erano tali debbano essere utilizzate solo nella parte in cui attestino circostanze fattuali di rilevanza generale (per esempio, in merito alla dislocazione dei reparti ed alla loro movimentazione) e che per la parte residua, e fermo restando il limite dell'impiego *contra se*, vadano prudentemente valutate in riscontro e come riscontro di altri elementi di prova in atti.

Ricostruzione del fatto storico

Il fatto storico per il quale è processo è stato ricostruito sulla base del copioso compendio documentale proveniente dai processi SIMON e REDER, nonché in base alle altre prove in atti, soprattutto le complete e dettagliate sintesi operate dai testi G. e D'E. e dai tre consulenti del p.m., nonché, per quanto attiene alla comprensione dei movimenti sul terreno e delle caratteristiche di questo, dalla consulenza topografica di parte civile.
I fatti si svolsero dunque nei tre Comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, in Provincia di Bologna, nei giorni 29 e 30 settembre e 1 e 5 ottobre dell'anno 1944. La maggior parte delle località interessate dagli eccidi si concentrava sul versante del fiume Setta; l'operazione, che avrebbe condotto agli eccidi, nacque come operazione antipartigiana contro la brigata partigiana *Stella Rossa*, della quale era stato incaricato il battaglione esplorante della 16^ divisione *Panzer Grenadieren* delle Waffen-SS, battaglione comandato dal magg. Walter REDER; il battaglione REDER, che, come compiutamente spiegato dal consulente del p.m. Dott. P., costituiva un'unità scelta nell'ambito della divisione, aveva una forza, a pieno organico, di circa mille uomini, ma in quel periodo il reparto aveva una consistenza più ridotta.
Il documento utilizzato dal teste G. nella sua deposizione del 4.7.2006 e identificato come SCHIZZO 2 – opera del magg. REDER, realizzata al tempo del suo processo – mostra la dislocazione della brigata partigiana *Stella Rossa* sul territorio della (futura) strage; il documento utilizzato dal teste G. nella sua deposizione del 4.7.2006 e identificato come SCHIZZO 3 – sempre opera del REDER – illustra lo svolgimento pianificato dell'operazione che il battaglione REDER avrebbe dovuto condurre contro la *Stella Rossa*, evidenziando in rosso i partigiani e in azzurro le truppe tedesche.
Il battaglione REDER comprendeva: una compagnia comando, cinque compagnie operative e una di supporto; nell'operazione vennero impiegate quattro compagnie: la 1^, a La Quercia con obbiettivo S. Martino; la 5^, da Murazze con obbiettivo Monte Caprara; la 3^, da Murazze a Monte Sole; la 2^, anch'essa da Murazze a Monte Sole, ma con percorso in parte diverso da quella della 3^; si trattava, per tutti gli obbiettivi, di posti occupati dai partigiani; nella mappa disegnata dal REDER vi erano anche dei reparti indicati in colore verde, i reparti tedeschi incaricati di fare da "cintura" delimitando l'area operativa del battaglione REDER (unità di artiglieria, unità della FLAK – la contraerea – altre unità della Whermacht, la compagnia di scorta divisionale della 16^ SS). Il battaglione REDER, unità esplorante, era indicato in sigla come AA (*Aufklarung Abteilung*, Reparto esplorante, *Recce Unit* nelle fonti in lingua inglese).
Il documento utilizzato dal teste G. nella sua deposizione del 4.7.2006 e identificato come SCHIZZO 4 (sempre opera del magg. REDER) indicava la zona di riposo del battaglione REDER, che vi giunse verso il 25 settembre 1944 e prese parte ad alcuni combattimenti sulla linea gotica il 25 e 26 settembre; il 27 e il 28 si acquartierava sul fiume Setta.
La sera del 28 l'ufficiale 1c della divisione, magg. LOOS, ordinava a REDER di iniziare l'operazione antipartigiana l'indomani alle ore 06.00; all'ora stabilita le compagnie di REDER si schieravano come da pianificazione, previa riunione operativa fra REDER e i comandanti di compagnia e l'Aiutante di battaglione Paul ALBERS.
Quindi ogni compagnia si muoveva nel suo settore predeterminato: la 1^ compagnia, durante la sua marcia, veniva bloccata a Cadotto dalla resistenza del posto comando della *Stella Rossa* (la 1^ compagnia, in vista di ciò, era stata rinforzata da un plotone mitraglieri distaccato dalla 5^ compagnia e comandato dal sergente Helmut WULF). L'elenco delle località toccate dal battaglione REDER risultava essere il seguente: Albergana, toccata dalla 1^ compagnia, per un totale di tredici vittime; Aravecchia, toccata anch'essa dalla 1^ compagnia, per un totale di venti vittime; Cadotto, toccata anch'essa dalla 1^ compagnia, per un totale di trentotto vittime; Campolungo, toccata dalla 2^ compagnia, per un totale di quattro vittime; Caprara di Sopra, toccata dalla 3^ compagnia, quarantasette vittime; Cà Beguzzi, toccata (ma solo il 5 ottobre) dalla 5^ compagnia, ventuno vittime; Casaglia, toccata dalla 3^ compagnia, settantanove vittime; Casone di Riomoneta, toccata dalla 2^ compagnia, diciassette vittime; Cerpiano, toccata

anch'essa dalla 2^ compagnia, quarantatré vittime; La Quercia, toccata dalla 5^ compagnia, sei vittime non identificate; Prunaro di Sopra, toccata dalla 1^ e dalla 5^ compagnia operanti congiuntamente, quindici vittime; Prunaro di Sotto, toccata anch'essa dalla 1^ e dalla 5^ compagnia operanti congiuntamente, venti vittime; San Giovanni di Sotto, toccata dalla 5^ compagnia, cinquantuno vittime; San Martino, toccata dalla 1^ compagnia, quarantasette vittime; Scope di Casaglia, toccata dalla 2^ compagnia, dieci vittime (identificate come due madri e otto bambini); Steccola, toccata dalla 1^ e dalla 5^ compagnia operanti congiuntamente, con una sola vittima accertata, un anziano che, non riuscendo a marciare alla stessa velocità degli altri rastrellati, veniva gettato vivo in un pagliaio in fiamme; l'eliminazione delle vittime era in genere avvenuta mediante fucilazione o mitragliamento con armi di squadra, seguito dal lancio di bombe a mano tra i corpi per garantire che eventuali superstiti non riuscissero a scampare.

Determinazione del fatto materiale contestato

I diciassette giudicabili sono giunti al dibattimento separatamente, nell'ambito di tre diversi procedimenti, gradualmente riuniti nelle prime udienze della fase dibattimentale, come esposto nella parte narrativa; tale originaria separazione ha comportato la parziale diversità dei rispettivi capi di imputazione, riscontrabile dalla lettura dell'epigrafe. Ma tale diversità è meramente apparente. Infatti, tutti gli imputati sono chiamati a rispondere del medesimo accadimento, consistente nel fatto storico come ricostruito ed esposto nel capitolo precedente, e sintetizzabile nei termini seguenti: l'avere, in concorso fra loro e con altri militari del battaglione esplorante della 16^ divisione *Panzer Grenadieren* delle Waffen-SS rimasti non identificati, o risultati deceduti, commesso, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, fatti di violenza mediante omicidio, per cause non estranee alla guerra e senza giustificato motivo, nei confronti di privati nemici che non prendevano parte alle operazioni militari, cagionando così la morte di circa ottocento persone; fatto commesso nei tre Comuni di Marzabotto, Grizzana Morandi e Monzuno, nelle date del 29 e 30 settembre, 1 e 5 ottobre 1944; con le aggravanti contestate in epigrafe, in particolare quelle dell'aver agito con premeditazione e con crudeltà verso le persone, ed esclusa soltanto l'aggravante dell'aver commesso il fatto con le armi in dotazione, alla cui contestazione il p.m. ha rinunciato in sede di conclusioni.
Gli imputati STOCKINGER e PIEPENSCHN-EIDER sono inoltre chiamati a rispondere del reato previsto e punito dall'art. 187 c.p.m.g., come contestato in epigrafe.

Le ragioni della affermazione della penale responsabilità

Per decidere della responsabilità dei diciassette imputati in ordine al fatto ricostruito e determinato come sopra, è necessario svolgere alcune considerazioni preliminari.
In primo luogo, la responsabilità è collegata alla presenza sui luoghi e nel momento del fatto. Già l'imputato TRAUSNER, nel corso del dibattimento, è stato prosciolto, su richiesta del p.m., perché era provata la sua frequenza di un corso in Germania nel periodo della strage di Marzabotto; e per analoghi motivi il p.m., in sede di conclusione, ha richiesto l'assoluzione, sia pure in via dubitativa, degli imputati BECKER e TIEGEL. Degli altri quindici imputati, invece, può dirsi che essi erano tutti presenti sui luoghi e nel momento dei fatti. Il punto sarà compiutamente sviluppato quando si tratterà delle singole posizioni, ma al momento può essere considerato un punto fermo e la base di partenza per le ulteriori considerazioni.
In secondo luogo: eccezion fatta per gli imputati WULF e SPIELER, il dibattimento non ha consentito di acquisire, a carico di imputati diversi dai due sopraddetti, elementi di prova che dimostrino la loro materiale partecipazione agli atti di omicidio. In altre parole, nonostante il gran numero di episodi compiutamente ricostruiti dalle testimonianze acquisite nel corso del processo, incluse le dichiarazioni dei consulenti, non è stato possibile identificare nessuno degli imputati come esecutore materiale di taluno degli eccidi che compongono il feroce mosaico della strage di Marzabotto (con le sole già citate eccezioni di WULF e SPIELER). Anzi, per quanto attiene all'imputato ALBERS, è al contrario provato che egli non partecipò materialmente ad alcuna delle dette uccisioni.
Infatti, dalle testimonianze e consulenze, alle quali si è fatto riferimento per la ricostruzione del fatto, sì è potuto identificare con chiarezza l'appartenenza di ogni imputato ad una delle compagnie del battaglione REDER e i percorsi seguiti da ciascuna compagnia durante l'operazione, e, conseguentemente, quali eccidi ogni compagnia commise nelle località toccate durante la marcia. Tutte le testimonianze, però, pur concordando sul fatto che i militari operavano in gruppi di dieci-venti uomini, non hanno fornito elementi in base ai quali poter concludere che il tale imputato facesse parte della tale squadra e che questa si fosse resa responsabile di una determinata strage,

tra le tante commesse nelle circostanze di tempo e luogo indicate nel capo di accusa (fatte sempre salve, lo si ripete ancora una volta, le posizioni di WULF e SPIELER).
Del tutto diverse, però, sono le conclusioni cui si perviene in riferimento al concorso morale.
È ben noto – ed è appena il caso di ricordarlo – che integra gli estremi del concorso morale qualsiasi comportamento che contribuisca a determinare, o anche solo a rafforzare, l'intento criminoso di altri, a prescindere da qualsiasi partecipazione materiale nell'esecuzione di tale proposito criminoso. Può e deve parlarsi di concorso morale, quindi, nel caso in cui un militare, ricevuto un ordine manifestamente criminoso da trasmettere ai subordinati perché provvedano alla sua materiale esecuzione, lo trasmetta e così determini i predetti subordinati a commettere uno o più fatti costituenti reato: ed è del tutto ininfluente che poi il soggetto che ha trasmesso l'ordine partecipi materialmente o no alla sua esecuzione, poiché in ogni caso egli ha già prestato un contributo causale decisivo, senza il quale il reato non sarebbe stato commesso: come si suol dire, *hoc sufficit*.
Quanto sopra esposto richiede, però, una precisazione: quali erano gli ordini impartiti alle truppe SS per l'operazione di Marzabotto, operazione che, ufficialmente, era diretta contro una formazione combattente nemica, ancorché irregolare, la brigata partigiana *Stella Rossa*?
I protagonisti tedeschi della vicenda, imputati o testimoni, a partire da SIMON e REDER (con le sole, ma significative, eccezioni di KNEISSEL e LEGOLL, come si vedrà), hanno sempre sostenuto che gli ordini impartiti per l'operazione di Marzabotto erano di "procedere senza riguardo per le perdite proprie o nemiche" e di "combattere senza riguardo per i civili"; disposizione, quest'ultima, spiegata nel senso che si dovevano affrontare ed annientare i nemici – cioè i partigiani della *Stella Rossa* – senza preoccuparsi dei danni che, durante il combattimento, venissero inflitti a quei civili che un fato avverso avesse fatto capitare in mezzo al fuoco incrociato delle opposte parti combattenti: ordini severi, di particolare durezza, come ammesso dagli stessi tedeschi - ordini, peraltro, pienamente conformi alle direttive generali del maresciallo KESSELRING per la lotta antipartigiana -; ordini, a giudizio dei testi, forse non pienamente legittimi, ma certamente non manifestamente criminosi, non nel particolare contesto operativo della guerra partigiana, combattuta contro un nemico sfuggente e insidioso che spesso usava i civili come strumento di mimetizzazione.
Secondo queste testimonianze, in altri termini, le ottocento vittime civili di Marzabotto, Grizzana e Monzuno null'altro sarebbero se non "danni collaterali", secondo la moderna terminologia militare.
Il quadro è indubbiamente suggestivo e, si deve ammetterlo, provvisto di una logica che nella sua astrattezza presenta elementi di plausibilità.
Ma si tratta di logica astratta, appunto, e sicuramente parziale. Due sono gli elementi, decisivi, che "non tornano", come si suol dire.
Il primo è che, accettando tale versione dei fatti, dovremmo immaginare lo scontro fra il battaglione REDER e la brigata *Stella Rossa* come una titanica battaglia divampata per giorni su un ampio fronte, con numerosi e aspri combattimenti, perché solo una battaglia del genere avrebbe potuto cagionare tanti e tali "danni collaterali"; oppure, che una epidemia di follia omicida abbia improvvisamente e uniformemente colpito le centinaia di soldati del battaglione REDER, i quali, superando di loro iniziativa i confini tracciati dagli ordini superiori, si sarebbero abbandonati alle feroci stragi la cui sinistra eco ha risuonato per mesi nell'aula del processo.
Così, evidentemente, non è. Lo scontro fra i partigiani e le truppe del battaglione REDER fu poco più di una scaramuccia localizzata, che cagionò al battaglione REDER perdite a dir poco ridicole e che ebbe inizio verso le 8.30 del mattino del 29.9.1944. Per contro è provato non solo che le stragi di civili inermi erano iniziate almeno mezz'ora prima, ma altresì che tali stragi vennero consumate in località in cui non vi fu il pur minimo accenno di ostilità nei confronti degli uomini di REDER.
Niente "danni collaterali", dunque. E neppure follia omicida: tutte le testimonianze dei sopravvissuti concordano sul fatto che le squadre di militari SS operavano in modo ordinato, sistematico e metodico; l'opposto di quello che ci si aspetterebbe da un'orda di pazzi invasati.
Il secondo elemento che "non torna" con la pur abile versione degli ordini "duri ma non criminosi" è chiaramente contenuto nelle deposizioni di LEGOLL e KNEISSEL. Dichiarazioni di KNEISSEL: ai suoi camerati fu "ordinato di dare alle fiamme interi villaggi, di uccidere il bestiame e di uccidere tutti i civili, inclusi donne e bambini"; ogni soldato doveva fare rapporto sul numero di persone uccise. Dichiarazioni di LEGOLL: l'ordine era "di fare rappresaglia sparando indiscriminatamente su tutte le persone nelle vicinanze, qualora fossimo fatti segno a fuoco mentre eravamo in marcia", e tale ordine veniva direttamente da REDER.
Con questo, ritiene il Collegio, si conclude ogni discussione sul tenore degli ordini che furono impartiti agli uomini del battaglione REDER per l'operazione del 29.9.1944. Ordini la cui reale natura, oltre che

nelle leali ed esaurienti deposizioni dei due testi sopra indicati, trova la più significativa conferma nelle atroci dimensioni del massacro e nel numero abnorme di bambini, donne, vecchi e civili inermi che furono barbaramente uccisi.
Erano tali ordini chiaramente e indiscutibilmente criminosi? La domanda è davvero oziosa. Non esiste norma, né di diritto interno né di diritto internazionale, che consenta di fare dei civili inermi il bersaglio diretto della *vis bellica*: sul punto si ritornerà più avanti, e ancora quando si affronterà la questione della qualificazione giuridica del fatto.
Quindi, tornando al problema del concorso morale, può senz'altro concludersi che la trasmissione ai propri subordinati di un ordine, del tenore di quello che fu diramato dal magg. REDER, integra senza ombra di dubbio un tale concorso, sia sul piano della coscienza e volontà del fatto che l'esecuzione dell'ordine cagionerà, sia della determinazione dei subordinati a cagionarlo. Sicché, quelli fra gli imputati che, per l'esercizio di funzioni di comando, ad ogni livello, o di funzioni di pianificazione, costituissero, all'interno del battaglione REDER, un anello della catena gerarchica di trasmissione degli ordini, dal livello più alto fino alla truppa, dovranno essere ritenuti responsabili, ancorché – lo si ripete – essi non abbiano materialmente "premuto il grilletto".
Che poi questa trasmissione degli ordini lungo la catena gerarchica – dal comando di battaglione ai comandanti di compagnia, dai comandanti di compagnia a quelli di plotone, da questi ai comandanti di squadra e, infine, dai comandanti di squadra ai gregari – vi sia stata, è parimenti indubitabile. Le prove sono concordi sul fatto che si tenne una riunione, la sera del 28.9.1944, fra REDER, ALBERS, il magg. LOOS del comando di divisione e i comandanti di compagnia del battaglione (si vedano le dichiarazioni di EKKEHARDT, ad esempio). Ancora, dalle dichiarazioni dell'imputato TRÄGER – dichiarazioni rese nella veste di indagato e con tutte le garanzie previste dalla legge, sicché non si pone alcuna questione sulla loro utilizzabilità – si può apprendere che si tennero delle riunioni preoperative tra i comandanti di plotone e i comandanti di squadra. Infine, le concordi testimonianze dei superstiti, nonché quella del LEGOLL, riferiscono che i plotoni, le squadre e spesso i singoli soldati operavano senza necessità di munirsi di volta in volta di ordini o autorizzazioni: segno, questo, che le istruzioni e gli ordini ricevuti in precedenza costituivano il programmato e condiviso piano di azione e che la attività sul campo delle truppe SS, fino all'ultimo soldato, costituiva puntuale attuazione di ordini ben conosciuti e di procedure ben rodate.
Resta un ultimo punto da affrontare. Posto che i militari investiti di funzioni di pianificazione e/o di comando del battaglione REDER abbiano trasmesso ai subordinati un ordine manifestamente criminoso avendo piena coscienza della sua criminosità, avevano essi l'obbligo ineludibile di trasmetterlo o sussisteva la possibilità di sottrarsi a tale obbligo? In altre parole, può invocarsi a loro discolpa l'esimente dell'adempimento del dovere o quella dello stato di necessità?
Per quanto attiene all'esimente dell'adempimento del dovere, norma di riferimento per il giudice è l'art. 40 c.p.m.p.. che, pur essendo stato abrogato dalla L.382/1978, deve ritenersi applicabile ai fatti di causa in quanto più favorevole rispetto all'art. 51 c.p., oggi applicabile anche per i reati militari. Tale disposizione era così formulata:
"Per i reati militari, in luogo dell'art. 51 del codice penale, si applicano le disposizioni dei commi seguenti. L'adempimento di un dovere, imposto da una norma giuridica o da un ordine di un superiore o di altra Autorità competente, esclude la punibilità.
Se un fatto costituente reato è commesso per ordine del superiore o di altra Autorità, del reato risponde sempre chi ha dato l'ordine. Nel caso preveduto dal comma precedente, risponde del fatto anche il militare che ha eseguito l'ordine, quando l'esecuzione di questo costituisce manifestamente reato".
Sulla base di tali regole, che nella sostanza sono le medesime dell'art. 51 c.p. oggi vigente, di cui anzi si riteneva fossero soltanto un logico sviluppo, e del par. 47 del codice penale militare tedesco, applicabile durante il conflitto mondiale, vigeva la regola della sostanziale irresponsabilità del militare esecutore dell'ordine, a meno che questo non avesse ad oggetto un fatto manifestamente criminoso.
Cardine della normale irresponsabilità per quanto commesso in esecuzione di un ordine era la necessità di assicurare che una categoria di persone tanto particolare come i militari, i cui compiti istituzionali devono essere assolti con la prontezza che solo un ordine gerarchico impone, non si trovasse esposta a penose valutazioni, e conseguenti perdite di tempo, a fronte di quanto comandato.
A completare siffatto dispositivo, subentrava quindi la norma che sanciva la non punibilità del militare che avesse dato esecuzione ad un ordine costituente reato, posto che non gli era consentito indugiare nell'esecuzione e chiedere esplicitazioni o conferme di sorta.
Tuttavia, già nel 1941 (data di emissione del codice penale militare) era avvertita l'esigenza che tale obbedienza dovesse comunque incontrare un limite: si riteneva, cioè, che laddove i comportamenti richiesti

configgessero in maniera intollerabile con i precetti che avrebbero dovuto governare la coscienza di ogni essere umano, qualunque militare si sarebbe dovuto opporre all'esecuzione dell'ordine (oggi si veda l'art. 4 L.382/1978 sulla disciplina militare).
Il problema si sposta, allora, sull'individuazione del limite oltre il quale l'ordine del superiore non svolge più la sua efficacia esimente, e si determina l'opposto dovere di disobbedienza. Si è visto che il comma 4 della norma richiamata fa riferimento alla manifesta criminosità dell'ordine, criterio che viene costantemente inteso in senso oggettivo, a significare che, raggiunto quel limite, è lo stesso ordine che perde il suo carattere vincolante.
Nel caso di specie, alla luce di quanto si è più sopra detto, è di tutta evidenza che gli ordini impartiti per l'operazione di Marzabotto, che anche nella più edulcorata delle ricostruzioni dei protagonisti tedeschi vengono qualificati come particolarmente duri, erano una manifesta violazione del diritto interno e internazionale sull'uso della violenza bellica.
A rigore, poiché si tratta di fatti caratterizzati da un'imperiosa evidenza, oltre che da un altissimo contenuto di disvalore, non sarebbe neanche necessario dimostrare la consapevolezza di quella criminosità, tant'è vero che l'art. 8 dello Statuto del Tribunale di Norimberga sanciva direttamente l'inescusabilità dell'ordine avente ad oggetto crimini di guerra, attraverso una presunzione assoluta di manifesta criminosità che esentava il giudice da qualunque ulteriore riscontro. Ciò in ragione del fatto che il carattere delittuoso esclude l'efficacia esimente dell'ordine già sotto il profilo oggettivo, rendendo, quindi, del tutto irrilevante anche l'insindacabilità putativa (Cass., sez. I, 16.11.1998, Priebke; ma, già prima, Cass., sez. V, 28.5.1984, Guerrieri, ivi richiamata).
Per quel che concerne lo stato di necessità, una volta stabilito che nessun dovere di obbedienza imponeva l'esecuzione di un piano tanto manifestamente criminoso, ci si deve domandare se all'esclusione della punibilità si debba pervenire per altra via e, segnatamente, facendo riferimento all'avere gli imputati agito in stato di necessità.
Infatti, secondo l'art. 54 c.p.,
"Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo.
Questa disposizione non si applica a ci ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo.
La disposizione della prima parte di questo articolo si applica anche se lo stato di necessità è determinato dall'altrui minaccia; ma in tal caso, del fatto commesso dalla persona minacciata risponde chi l'ha costretta a commetterlo".
In proposito costituisce un dato che può senz'altro essere definito ormai notorio la circostanza che nei numerosi processi nei confronti di criminali nazisti, a partire da quello di Norimberga, sia stata sempre invocata tale esimente senza che, però, sia stato comprovato un solo caso di esecuzioni sommarie di militari disobbedienti, in specie in quelli celebrati nel primo dopoguerra, quando vi era la possibilità di sentire numerosissime *SS* ancora in mano alleata. Sul punto, nel corso del dibattimento è stato ascoltato il consulente del p.m., prof. PEZZINO, il quale ha dichiarato di non essere a conoscenza di casi di fucilazione per disobbedienza ad ordini illegittimi nelle Forze armate tedesche; dichiarava anzi che certamente non ve ne erano stati in Italia, dove l'unico caso di esplicito rifiuto di eseguire tali ordini, da parte del comandante del reparto di polizia che aveva subito l'attentato di Via Rasella a Roma, non diede luogo a sanzioni di sorta; il consulente era addirittura a conoscenza di un caso, verificatosi nella Polonia occupata, in cui una parte degli uomini di un battaglione di Polizia, il 101°, ottennero di non partecipare ad azioni di sterminio di ebrei senza alcuna conseguenza disciplinare. Anzi fu proprio il comandante di battaglione a invitare chi, fra i suoi uomini, non se la sentisse di partecipare a quelle operazioni, a farlo presente per essere destinato ad altri incarichi.
Vero è che alcune testimonianze (LEGOLL, *in primis*, ma anche superstiti italiani come P. F.) parlano di soldati tedeschi che avrebbero esitato e sarebbero stati costretti a obbedire con la minaccia delle armi. Ma va detto che i pochi casi ricordati erano relativi a meri esecutori materiali, e mai a militari investiti di funzioni di comando, i quali, anzi, erano proprio gli autori delle minacce finalizzate ad ottenere l'obbedienza agli ordini. Quanto alla leggenda di un soldato tedesco che sarebbe stato fucilato per essersi rifiutato di eseguire gli ordini criminosi – leggenda fiorita anche relativamente ad altre stragi naziste – per l'appunto di una leggenda si tratta. Tra i verbali di testimoni tedeschi deceduti se ne trova uno che fa piena luce sulla vicenda, precisamente quello dell'ex ufficiale medico del battaglione REDER, SCHILDBACK, il quale ricordava tale episodio ma precisava che la fucilazione del soldato tedesco era avvenuta non per disobbedienza ma per essersi il detto militare sbandato, e aver commesso atti di codardia come fuggire dopo aver danneggiato la propria arma, sotto un bombardamento americano. Il fatto era avvenuto giorni dopo le stragi di Marzabotto e lo SCHILDBACK ricordava i particolari della vicenda

in quanto, come ufficiale medico, aveva presenziato all'esecuzione per certificare la morte del giustiziato.
Va comunque ricordato che nel presente procedimento, ad eccezione degli imputati WULF E SPIELER, nessuno, come detto, è chiamato a rispondere per aver materialmente "premuto il grilletto", bensì per aver pianificato e trasmesso gli ordini di esecuzione. Per l'accertamento della responsabilità non si deve avere riguardo alla materiale partecipazione alla soppressione fisica delle vittime, fase finale di attuazione del piano, ma al momento in cui ciascuno degli ufficiali o dei sottufficiali impiegati ha fornito il proprio decisivo contributo, cioè quello in cui vi fu la comunicazione dell'obiettivo da perseguire e la ripartizione delle rispettive competenze.
Cioè a dire, le riunioni preoperative nelle quali ciascuno degli imputati investiti di responsabilità di pianificazione e/o di comando ha reso possibile il conseguimento del disumano obiettivo, programmandone le dettagliate modalità di esecuzione. È allora ragionevole ritenere che già in quel momento, dove la pressione psicologica non poteva che essere inferiore, chi avesse voluto avrebbe potuto manifestare il proprio dissenso o soltanto le proprie perplessità, quindi consentendo una modifica del piano o una semplice sostituzione nell'incarico. Ma di un tale dissenso in atti non vi è traccia e non può essere ipotizzato neppure in via dubitativa.
Per gli attuali imputati, inoltre – e ci si riferisce ai pianificatori del comando di battaglione, ai comandanti di compagnia, di plotone e di squadra - vi è da considerare che erano militari scelti, con una specifica formazione orientata proprio alla partecipazione ad operazioni come quella di Marzabotto, tant'è che la divisione venne spostata dall'Europa orientale in Italia anche per fronteggiare l'insidia partigiana, nella quale aveva acquisito specifica esperienza. E, come è dato ricavare dalle storie personali di ciascuno degli imputati sopra illustrate, essi avevano in generale ricevuto un'attenta e specifica formazione ed erano particolarmente motivati.
Avute presenti tali considerazioni si giunge inevitabilmente ad escludere che essi possano aver minimamente pensato di dover agire sotto la spinta della minaccia di morte. Sarebbe ben singolare, infatti, immaginare che le SS si reggessero sul terrore; e che anche gli ufficiali, fino ai gradi più alti, possano non aver condiviso metodi ed obiettivi ed aver operato soltanto per non essere giustiziati. Portando alle estreme conseguenze la linea difensiva fondata sullo stato di necessità si arriverebbe al paradosso – respinto decisamente da tutte le sentenze – di giustificare tutti i numerosissimi crimini, ed a tutti i livelli gerarchici, con la conseguenza di non poter addebitare ad alcuno, se non al Capo supremo, cioè al Fuhrer la responsabilità di tutto. Vero, invece, che nelle SS l'ideologia di fondo era assolutamente condivisa e gli obiettivi comuni a tutti, condizioni queste, necessarie per la stessa esistenza del Corpo. Come si può, allora, sostenere per gli odierni imputati che la vile azione possa essere soltanto il portato di una coazione e non la lucida attuazione di un deliberato e condiviso proposito?
Altre ipotesi di rischio, quali punizioni, degradazione, trasferimenti punitivi, o mancata progressione in carriera, non potrebbero giammai giungere ad integrare gli estremi dello stato di necessità, per l'evidente contrasto con il requisito della proporzione del danno minacciato con la condotta posta in essere.
La gratuità di certe condotte, che va ben al di là del necessario, è, per contro, indice di sentita partecipazione ed attenta esecuzione e conferma come l'intera ideologia delle SS fosse orientata ad operazioni come quella di Marzabotto.

Responsabilità dei singoli imputati

Venendo adesso a trattare delle posizioni di ciascuno dei diciassette imputati, il Collegio ritiene di affrontare per prime quelle degli imputati **BECKER Hermann August** e **TIEGEL Otto Erhart**, in ordine ai quali, come si è già esposto nella parte narrativa, il p.m. ha formulato richiesta di assoluzione ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p..
L'imputato BECKER risulta arruolato nelle SS il 4.4.1940 (cartella medica M2848 dell'ospedale militare di Bad Worishaven, contenuta nel faldone VI, cartella n. 3 del procedimento 279/04 RGNR). Inizialmente fa parte della 2^ divisione *Das Reich* delle Waffen-SS e viene poi trasferito nel battaglione esplorante della 16^ divisione *Reichsfuhrer*.
Di conseguenza, se è certa la sua appartenenza al battaglione REDER, non è altrettanto certo il momento del suo trasferimento alla suddetta unità.
Nelle sue dichiarazioni l'imputato collocava temporalmente il suo trasferimento al battaglione REDER nel novembre/dicembre 1944, e cioè successivamente ai fatti di causa.
La sua cartella matricolare ne riporta l'appartenenza al 16° battaglione esplorante, ma senza indicazioni di data; ugualmente, nessuna indicazione di data, in merito a questo punto, si rinviene nella documentazione relativa alla sua prigionia di guerra; si sa per certo soltanto che apparteneva alla 16^ divisione in data 25.3.1945 (e ciò in base alla documentazione relativa al conferimento di una onorificenza) e che faceva parte del battaglione REDER alla data della cattura da parte delle forze alleate (28.4.1945).

Deve pertanto concludersi, conformemente alle richieste del p.m., che, relativamente all'imputato BECKER, non è possibile affermare che egli fosse già in forza al battaglione REDER al momento dei fatti, e che quindi vi abbia preso parte.
Si impone pertanto la assoluzione del predetto, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., per non aver commesso il fatto.
L'imputato TIEGEL, invece, risulta sicuramente appartenente al battaglione REDER, e precisamente alla prima compagnia, alla data dei fatti. La sua appartenenza al battaglione è provata dalla copiosa documentazione del faldone VI, cartella 15, del procedimento 279/04 RGNR: cartella personale, foglio paga, documentazione relativa alla prigionia di guerra. Il TIEGEL è inoltre ricordato dal teste WOLFLE fra i militari della prima compagnia del battaglione REDER.
Tutte queste prove, però, non danno riferimenti temporali precisi con riferimento alla data dei fatti di Marzabotto: è l'imputato stesso, nelle sue dichiarazioni, a indicare la sua presenza al reparto in quel periodo, in quanto afferma di essere stato a Marina di Carrara, località nella quale la 16^ divisione SS venne a trovarsi prima dei fatti di Marzabotto; la documentazione sanitaria esclude poi che il TIEGEL fosse assente per malattia o ricovero nei giorni della strage.
Ciò nonostante, ritiene il Collegio che nei confronti del TIEGEL debba essere adottata una decisione di proscioglimento.
Infatti, non essendo emerso nulla che consenta di ritenere che il predetto abbia preso parte come esecutore materiale agli eccidi di cui al capo di accusa, la sua responsabilità non potrebbe che discendere da un concorso morale, fondato sull'esercizio, da parte sua, di funzioni di comando, come esposto nel capitolo sulle ragioni della affermazione della penale responsabilità.
Nella cartella personale e nella documentazione relativa alla prigionia di guerra (quest'ultima, come è ovvio, formata dopo la cattura da parte degli alleati, avvenuta in data 10.5.1945) il TIEGEL è indicato come *unterscharfuhrer* (grado corrispondente a quello di sergente) e come *gruppenfuhrer* (comandante di *gruppe*, sottoreparto corrispondente alla squadra). Dal foglio paga, però, (n. 138508) si apprende che la promozione al grado di *unterscharfuhrer* avvenne in data 1.11.1944, un mese dopo i fatti di Marzabotto, ed è logico desumere – in assenza di qualsiasi elemento contrastante con tale conclusione – che le funzioni di comando gli siano state attribuite con il grado, o dopo il conferimento di esso, ma non certo prima. Sicché è ragionevole ipotizzare – e, nel dubbio, va ritenuto – che, all'epoca dei fatti, il TIEGEL non fosse ancora inserito nella catena gerarchica di trasmissione degli ordini criminosi, circostanza su cui si fonda, in questo processo, la responsabilità a titolo di concorso morale.
Conseguentemente, anche nei confronti dell'imputato TIEGEL deve pronunciarsi, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., sentenza di assoluzione per non aver commesso il fatto.
Veniamo adesso ad affrontare le posizioni degli altri imputati, cominciando con il più alto in grado, **ALBERS Paul**. All'epoca dei fatti di Marzabotto l'imputato rivestiva il grado di sottotenente SS, con decorrenza dal 10.03.1943, come risulta dai documenti inviati dal *Bundesarchiv* di Berlino con lettera datata 16.05.2006 (faldone XIII cartella 2).
Dall'esame di questi documenti e, in particolare, dal foglio paga n. 66316, si ricava che lo stesso aveva conseguito i gradi di :
SS-Unterscharführer (*Uscha*.) - Sergente SS, l'01.05.1942 ;
SS-Oberscharführer (*Oscha*.) - Maresciallo Ord. SS, l'1.12.1942 ;
SS-Untersturmführer (*Ustuf*.) - Sottotenente SS il 10.03.1943 ;
SS-Obersturmführer (*Ostuf*.) - Tenente il 09.11.1944.
Dalla scheda personale nr. 04877 si ricava che lo stesso aveva fatto parte della Gioventù Hitleriana (*Hitlerjugend*) dal 01.06.1934 al 09.11.1937, data in cui era entrato nelle SS, all'età di 17 anni. Nominato sottotenente il 10.03.1943, era stato promosso tenente SS il 09.11.1944. In precedenza, era entrato a far parte della 16^ divisione SS *Reichsfuhrer* (il 14.02.1943). Inoltre era stato decorato con la croce di ferro di I e II classe.
Nel documento valutativo del 13.06.1944 redatto dal REDER sul conto dell'Aiutante maggiore del battaglione esplorante, il sottotenente ALBERS viene valutato molto positivamente come comandante di plotone al fronte e descritto nei seguenti termini: "di avveduta azione di comando dei suoi uomini in azione, è di chiara impronta nazionalsocialista; il suo comportamento al fronte è energico, severo e militaresco; viene valutato idoneo al comando superiore di compagnia". Da sottolineare la sua funzione di *Frontzugführer*, cioè di "comandante di plotone al fronte"
Il REDER in data 30.8.1944 invia al Quartiere Generale delle SS di Berlino, Ufficio del Personale, una proposta di avanzamento del sottotenente ALBERS, rimarcandone i positivi requisiti complessivi anzidetti.
ALBERS risulta ricoprire congiuntamente l'incarico di comandante di plotone e aiutante maggiore di battaglione.

ALBERS fece parte dello Stato Maggiore del reparto di ricognizione della 16^ divisione SS, con l'incarico di Aiutante maggiore, dal mese di dicembre 1943 sino alla resa del reparto agli Alleati, come risulta da:
testimonianza da lui resa il 23.06.1950 presso la Pretura di Völklingen (D) nel procedimento a carico di Walter REDER (consistente in una mera attestazione del ruolo rivestito nell'organico dei vertici del battaglione); interrogatorio datato 24.05.1948 dell'imputato Walter REDER nel procedimento a suo carico presso il Tribunale Militare Territoriale di Bologna;
interrogatorio datato 25.05.1948 dell'imputato Walter REDER nel procedimento a suo carico presso il Tribunale Militare Territoriale di Bologna.
Egli era il più stretto collaboratore di REDER nell'ambito del comando di battaglione. In funzione del suo incarico egli costantemente affiancava il suo comandante, partecipava alle riunioni operative e di pianificazione delle operazioni da compiere. Le funzioni importantissime espletate dall'Aiutante maggiore sono ben note nella dottrina militare dell'epoca ed hanno costituito oggetto altresì di consulenza tecnica del Dott. Carlo GENTILE .
Come è risaputo, infatti, nell'esercito tedesco l'Aiutante maggiore era, dopo il comandante, l'ufficiale più importante del comando di battaglione, le cui funzioni si possono riassumere nel seguente modo:
l'Aiutante maggiore di battaglione era, oltre che aiutante del comandante, il suo consigliere ed il suo sostituto in caso di assenza. Tra i suoi compiti specifici rientrava la scelta della sede del posto di comando di battaglione e la distribuzione dei vari uffici come fureria, minuto mantenimento, servizio sanitario, ecc.;
egli riceveva i rapporti delle unità subordinate, li analizzava e inviava ai reparti in linea le informazioni più importanti; prendeva contatto con le altre unità circostanti, decideva l'impiego della sezione trasmissioni di battaglione;
provvedeva anche all'immediata esecuzione degli ordini impartiti dal comandante di battaglione tramite contatto telefonico, oppure per mezzo delle staffette portaordini;
teneva aggiornata la mappa della situazione, stilava ordini e piani di combattimento sulla base delle disposizioni impartite dal comandante;
in combattimento, teneva appunti per l'elaborazione dei rapporti e per il diario di guerra, informava il comandante e da lui riceveva le informazioni più importanti;
l'Aiutante maggiore provvedeva inoltre a stilare e ad inoltrare ai comandi superiori i rapporti giornalieri sull'attività svolta dal battaglione nel corso della giornata.
E, in effetti, tali importanti e delicati compiti vengono sostanzialmente illustrati ed applicati al caso concreto dallo stesso REDER, il quale cita più volte il suo collaboratore ALBERS :
interrogatorio datato 07.03.1949: il tenente ALBERS era Aiutante maggiore di REDER ; interrogatorio datato 08.03.1949: il tenente ALBERS ricopriva anche l'incarico di ufficiale addetto ai collegamenti del battaglione; tale funzione è essenziale per il corretto andamento delle operazioni;
interrogatorio datato 15.02.1951: il tenente ALBERS è presente con il comando del battaglione in zone operative; trattando delle operazioni di Vinca, si afferma :"...Nei pressi della biforcazione si stabiliva il comando fermandosi in tale località di cui non so se esista il nome. Al comando era anche il plotone di collegamento e posto di medicazione. Il medico era il dott. SCHILDBACH, capitano. Il comandante dei collegamenti era il s.ten SCHLICKMANN. Vi era anche il mio aiutante, ten. Paul ALBERS";
interrogatorio datato 17.02.1951: gli ufficiali del comando partecipavano alle riunioni preparatorie delle operazioni in cui venivano dati gli ordini esecutivi ai comandanti di compagnia ("...Dopo la partenza del magg. LOOS, preparavo un abbozzo dell'ordine di operazioni da consegnare ai comandanti di compagnia. Ho poi chiamato tali comandanti al mio posto di comando e ho dato gli ordini in modo che ognuno prendeva anche cognizioni dei loro compiti servendosi delle loro proprie carte topografiche. Erano presenti anche gli ufficiali del comando [dunque anche ALBERS], compreso il medico. Spiegai loro le posizioni del nemico e quindi il quadro generale dell'operazione nelle sue linee complessive. Poi passai ai compiti delle singole compagnie assegnando i settori di partenza, la direzione e gli obiettivi di attacco.";
interrogatorio datato 20.02.1951: REDER con il comando del battaglione sin dall'inizio delle operazioni – 29 settembre – si trovava nel settore nevralgico dell'operazione complessiva, a volte in contatto a vista con i reparti operanti ("...Durante la prima giornata – 29 settembre – fui in contatto a vista per brevissimo tempo con la 1^ compagnia.....Poiché il mio settore era quello nevralgico dell'operazione complessiva, verso le 8,30 comparve al mio comando il generale SIMON per informarsi sull'andamento delle operazioni....";
interrogatorio datato 23.02.1951: allorquando REDER lascia il posto di comando per costituire un posto di comando avanzato, porta con sé ALBERS, data l'importanza della funzione dell'Aiutante maggiore ("...Mentre le compagnie. 1^, 2^ e 3^ raggiungevano nella notte sul 9 le loro nuove posizioni attraverso il ponte di Gardelletta, io mi spostavo con

tutto il comando con automezzi via Sasso Marconi a Sperticano, dove passavo la notte. Quivi lasciavo il mio posto di comando con l'aiutante ten. ALBERS mentre io costituivo un posto di comando avanzato nella scuola di Cerpiano, dove giunsi la mattina del 9 ottobre...";
interrogatorio datato 07.03.1951: REDER, nel confermare che Paul ALBERS fu il suo Aiutante maggiore dal dicembre 1943 al gennaio 1945, ne traccia un profilo delle qualità tecnico-professionali e personali; i loro rapporti furono sempre ottimi e di reciproca soddisfazione.
La partecipazione di ALBERS all'operazione contro la brigata partigiana *Stella Rossa* è confermata, inoltre, dalle dichiarazioni di :
EKKEHARDT Albert, *SS-Sturmbannführer* (maggiore SS), aiutante tattico del comando di divisione della 16^ divisione SS: egli, trattando delle operazioni militari di Alpi Apuane-Vinca e di Marzabotto, afferma che "...tra i nomi seguenti di ufficiali che parteciparono alle azioni mi ricordo di: ten. ALBERS, c.te di compagnia cap. SAALFRANK, c.te di compagnia ten. SEGEBRECHT, medico di battaglione dott. SCHILDBACK. I suddetti appartenevano al 16 btg. esploratori delle SS."
Max SAALFRANK, appartenente al battaglione REDER con il grado di *SS-Hauptsturmführer* (capitano SS), comandante della 5^ compagnia, deceduto in data 19.06.1993, dichiarazione resa presso il campo di concentramento di Rimini in data 12.03.1947; negli ultimi giorni di settembre partecipò ad un rapporto presso il comando tattico del maggiore SS Walter REDER per ricevere disposizioni in merito ad una programmata operazione contro la brigata partigiana *Stella Rossa*: tra gli ufficiali presenti vi era anche Paul ALBERS ;
dott. Fritz SCHILDBACK, *SS-Hauptsturmführer* (capitano SS), ufficiale medico del battaglione, deceduto in data 12.02.1982, il quale conferma la partecipazione del *SS-Obersturmführer* ALBERS alle operazioni tattiche di Monte Caprara e Monte Sole: si veda la testimonianza resa in data 03.01.1951 presso la Pretura di Gelnhausen (D) nel procedimento a carico di Walter REDER;
Hubert BICHLER, *SS-Oberscharführer* (maresciallo ord. SS), comandante di plotone nella 1^ compagnia del medesimo battaglione, nel verbale di esame del 07.04.1950 eseguito per rogatoria internazionale presso il Tribunale di Kufstein (D) nel procedimento a carico di Walter REDER e del 30.10.2003 eseguito per rogatoria internazionale presso il Tribunale di Kitzbuel (D) nel presente procedimento.
Da ultimo, le stesse dichiarazioni rese dall'imputato e acquisite con l'espresso consenso del difensore: verbale di esame del 16.6.1970 presso la polizia di Saarbrücken, nel corso di un procedimento istruito presso l'autorità giudiziaria tedesca (procedimento n. *"IV 401 AR 1714/67, Betr.:Befehlsnotstand: Angebliche Erschießung eines unbekannten deutschen Soldaten in Marzabotto/Italien"*, di cui alla rogatoria n. 5/2002 ;
verbale di esame del 19.10.2004 presso la Pretura di Saarbrücken nell'ambito di questo procedimento.
Alla stregua degli elementi probatori sopra indicati, per il grado, per l'incarico e per il ruolo concretamente svolto dall'ufficiale nel corso dell'operazione criminale, appare ampiamente provata la responsabilità di ALBERS Paul per le stragi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana.
Invero la sua funzione non appare di secondo piano, tutt'altro.
Nell'ambito della preventiva pianificazione dell'organizzazione dell'operazione che ha condotto al massacro, egli ha dovuto inevitabilmente cooperare attivamente e concretamente. Lo esigeva il suo ruolo.
La realizzazione della strage si deve anche e soprattutto alla sua attività, allo svolgimento concreto della sua funzione di Aiutante maggiore di battaglione nei giorni che vanno dal 27 settembre ai primi di ottobre 1944, attività senza la quale quella operazione criminale non avrebbe potuto essere realizzata. Di tali gravissimi fatti – dunque – egli è e deve essere ritenuto pienamente e direttamente responsabile.
Relativamente agli altri imputati, che esercitavano funzioni di comando nell'ambito del battaglione REDER, il primo di cui occorre occuparsi è senz'altro **WULF Helmut**.
Il prigioniero di guerra LEGOLL Julien, effettivo alla 5^ compagnia del battaglione REDER, viene catturato ed interrogato dagli Alleati e dichiara che al mattino del 29 settembre partecipò ad una operazione contro i partigiani al comando dell'*Obersturmführer* SEGEBRECHT, comandante della 1^ compagnia del 16° *SS-Pz A.A.*, compagnia alla quale il suo plotone era stato aggregato per l'operazione in corso.
Vide 30 civili, tutti vecchi, donne e bambini mitragliati su ordine di SEGEBRECHT intorno alle 8 del mattino. Il suo plotone si mise in marcia mentre il resto della prima compagnia continuò a combattere contro un focolaio di resistenza. Dopo mezz'ora di cammino vide 3 donne e 3 o 4 bambini scappare. Il suo comandante di plotone – che egli indica con il nome di WOLF, e che è, come si illustrerà, l'imputato WULF - diede ordine di ucciderli, cosa che fecero due militari del plotone che li inseguirono. Alle ore 9,30 giunsero ad una casa colonica davanti alla quale vi erano due donne e tre o quattro bambini che

un militare della 1^ compagnia uccise con la mitragliatrice senza alcun ordine.
Questa descrizione è particolarmente importante perché dimostra l'assunto principale sul quale si fonda il riconoscimento di responsabilità per i militari investiti di funzioni di comando, come esposto nel capitolo sulle ragioni dell'affermazione della penale responsabilità: e infatti il comportamento del suddetto militare non può spiegarsi se non sulla base di un ordine preventivo di uccidere in modo indiscriminato tutti: vecchi, donne e bambini compresi.
Un altro mitragliere, lo *Sturmmann* PIELTNER, si comportò analogamente alle ore 15.00 uccidendo un vecchio di circa 70 anni, una donna, una ragazza e un ragazzo di circa 14-15 anni. Nel corso della marcia vennero incendiate le case.
Il teste ritornò poi al punto di partenza mentre il grosso della compagnia era ancora impegnato in combattimento con i partigiani. Vide tre soldati morti e seppe di16 feriti. Verso le 19 del 29 settembre arrivò alla base di partenza di Montorio. Ne ripartì verso le 3,30 del 30 settembre sempre con la 1^ compagnia. Dopo due ore di marcia incontrò la 2^ compagnia impegnata in combattimento con i partigiani. Mentre la 1^ compagnia restava di rinforzo alla 2^, egli col plotone mitraglieri della 5^ fu mandato nella località San Martello che consisteva in una chiesa e tre case coloniche (trattasi certamente della località di San Martino) dove il comandante di plotone WOLF (WULF) ordinò il fuoco contro un gruppo di case. Da una di esse vennero delle grida di una donna. Il caporal maggiore comandante della 3^ sezione KNAPPE (non identificato) lanciò una granata e la uccise. Dettero fuoco alle case e alla chiesa. Il comandante di plotone WOLF (WULF) ordinò di distruggere l'altare.
Più tardi furono condotti 30-40 donne e bambini scortati da SS della 2^ o 3^ compagnia, che l'*Oberscharführer* BÖHLER fece mitragliare da PILTNER intorno alle ore 11 o 12. Fece quindi rientro sui luoghi di partenza ove si riunì la compagnia, per dirigersi alla volta di Montorio.
SEGEBRECHT elogiò la compagnia dicendo di aver appreso dallo *Sturmbannführer* REDER che risultavano uccisi 800 partigiani. Il LEGOLL si diceva convinto che la maggior parte dei partigiani erano donne e bambini. I militari tedeschi che avevano preso parte all'azione erano la 1^, 2^, 3^ e 5^ compagnia del battaglione esplorante della 16^ div. SS; nonché un reparto di una non identificata unità ACK-ACK (si tratta di acronimo di FLAK = Artiglieria contraerea, verosimilmente il Flak Rgt. 105 schierato a nord est del dispositivo o del SS Flak Abt. 16 schierato a sud ovest).
Il sottufficiale comandante del plotone, coma già accennato, viene identificato dal teste LEGOLL come *Unterscharführer* WOLF, e non WULF, ma la apparente diversità di parola non deve trarre in inganno. Si tratta evidentemente di un errore di trascrizione dalla traduzione in inglese di una parola pronunciata da un tedesco francofono (il LEGOLL era alsaziano, va ricordato che l'Alsazia-Lorena, regione bilingue e da sempre contesa tra Francia e Germania, era stata annessa al Reich dopo la caduta della Francia nel 1940), tenendo conto che nella lingua inglese è comune la parole *wolf* (lupo).
In ogni caso, gli accertamenti esperiti dal p.m. consentono di fugare ogni dubbio giacché con il grado indicato dal teste LEGOLL esiste nei quadri della 16^ divisione soltanto l'*SS-Unterscharführer* WULF Helmut, nato il 14.10.1923 a Dortmund. Le accurate ricerche disposte, infatti, hanno consentito di rintracciare nel reparto solo altri tre militari con nomi simili ma con gradi e funzioni del tutto diverse, e precisamente :
alla 16^ divisione SS, 36° reggimento, 5^ compagnia, era effettivo l'*Obersturmführer* (tenente SS) WOLF Kurt Friedrich, nato 17.01.1917 e deceduto il 30.06.2000 ;
al battaglione REDER era effettivo un WOLFF Ernst, nato 10.02.1926 e deceduto 24.12.1993, che era effettivo alla 3^ compagnia, con il grado di *Oberschütze* (fuciliere scelto),
mentre WÖLFLE Kurt, nato 7.6.1925, pur essendo effettivo sempre al battaglione REDER, prestava servizio nella 1^ compagnia, con il grado *SS Sturmmann*: esso è stato anche più volte sentito e non ha a che fare con questo episodio narrato da LEGOLL.
Come è agevole osservare tutti e tre questi militari prestavano servizio in reparti diversi da quello indicato da LEGOLL.
Sono stati acquisiti agli atti i seguenti documenti, provenienti dalla *Deutsche Dienststelle* di Berlino:
scheda personale n. W 1275/ 312: WULF figura effettivo alla *SS-Pz.AA 16* (il battaglione REDER) con il grado *Uscha* e di *Oberscharführer*;
lettera di conferimento della croce di ferro di 1^ classe del comando 16^ divisione SS datata 16.11.1944. L'onorificenza viene attribuita al *SS- Uscha* WULF Helmut effettivo al *SS Pz. AA 16* in data 23.10.1944 per il servizio in Italia; due cartellini antropometrici-dattiloscopici, uno manoscritto l'altro dattiloscritto, ambedue firmati da WULF in cui figura *Feldwebel* (maresciallo ord.) *Zugführer* (comandante di plotone), effettivo al *SS-Pz.A.A. 16*;
formulario *P.O.W. FORM* per prigioniero di guerra, nel quale il WULF dichiara, in data 8.6.1946,

di essere stato iscritto alla organizzazione giovanile nazista *Hitlerjugend* dal 1.1.1934 (età 11 anni) fino al 20.4.1942 e quindi al Partito Nazionalsocialista dal 20.04.1942 in poi (vedasi riquadri 10,11 e 12). È effettivo all'*Aufkl-Abt*. della divisione *Reichsführer* col grado di *Oberscharführer*. (riquadri 17.18 e 19);
domanda per riconoscimento ai fini contributivi pensionistici del periodo militare in guerra e in prigionia n. 1721107 presentata in data 25.7.1957 e da lui firmata. Nel riquadro n. 9 dichiara di aver fatto parte delle Waffen-SS nel *SS Pz. A.A. 16 RF-SS* dall'1.1.1944 al 8.5.1945 con il grado di *SS-Oberscharführer* ;
ulteriore domanda per riconoscimento ai fini contributivi pensionistici del periodo militare in guerra e in prigionia n. 1899923 datata 17.8.1965 da lui firmata. Al riquadro 8 dichiara di aver fatto parte delle Waffen-SS e di essere stato effettivo alla 5^ compagnia (pesante) *SS-Pz.A.A. 16* dal 26.1.1944 al 19.11.1944 con il grado di *Feldwebel*, incarico di *Zugführer* (comandante di plotone), quindi effettivo alla 4^ compagnia (pesante) *SS-Pz. A.A. 16* dal 20.11.1944 sino alla fine con il grado di *Feldwebel*, *Ordonanz-Offz.* (ufficiale d'ordinanza).
Sono stati altresì acquisiti i seguenti documenti, provenienti dal *Bundesarchiv* di Berlino:
scheda personale n. 154458 datata 19.09.1944 dove figura *SS-Uscha*. (sergente SS);
tessera di iscrizione al partito nazionalsocialista n. 8664152 con domanda presentata il 26.5.1941 ed accolta il 1° settembre 1941;
ruolino paga n. 154458 in cui figura entrato in servizio il 16.4.1942 e promosso *SS-Uscha* l'1.10.1943.
Anche dai documenti acquisiti presso il *Krankenbuchlager* – e, in particolare, dall'assenza sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo interessante le indagini – si ricava la prova della effettiva presenza di WULF al reparto nel periodo in cui si sono svolti i fatti oggetto di causa, con la ulteriore conseguenza della prova della sua partecipazione all'operazione militare che ha determinato le stragi perpetrate nella zona di Marzabotto.
Partecipazione che, come si anticipava nel capitolo sui fondamenti della punibilità, e come è apparso evidente dalle considerazioni appena svolte, si fonda non soltanto sui suoi incarichi di comando, ma anche sulla sua condotta come esecutore materiale di uccisioni di civili inermi, come riferito chiaramente dal teste LEGOLL, che era presente ai fatti, essendo – lo si ripete – ai diretti ordini del WULF.
La colpevolezza del WULF, sotto entrambi i profili, appare al Collegio provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Affrontiamo adesso la posizione dell'imputato **BAUMANN Josef**.
Il BAUMANN si arruola volontario nelle SS il 15.07.1942 e dopo un periodo di addestramento entra a far parte del reparto di ricognizione della 16^ divisione SS, in cui diviene comandante di squadra con il grado di sergente. Ne troviamo conferma nella scheda personale, nei suoi cartellini segnaletici da prigioniero di guerra, nella domanda di riconoscimento dei periodi contributivi per i servizi prestati in guerra e nelle dichiarazioni da lui stesso rese il 14.05.2004. Da tutti questi documenti si ha la prova del suo incarico di comando nel periodo in esame.
BAUMANN ammette di aver fatto parte della 1^ compagnia e nomina quale comandante della stessa tale SEGEBRECHT. In effetti il ten. *(SS-Obersturmführer)* Wilfried SEGEBRECHT, deceduto l'8.01.1993, era comandante della 1^ compagnia del 16° battaglione esplorante delle Waffen-SS (appunto il battaglione REDER). Di ciò sono prova le sue informazioni del 30.01.1970, la *verlustmeldung* nr. 57 del periodo 11.09.1944 al 31.10.1944 al nr. progressivo 599 del battaglione REDER e l'interrogatorio REDER del 24.05.1948.
La partecipazione della 1^ compagnia ai fatti in esame, inoltre, è confermata dal REDER nell'interrogatorio del 25.05.1948.
Il BAUMANN nella sua deposizione del 14.05.2004 ha dichiarato di essere stato impegnato in un'operazione tattica di rastrellamento in zona occupata da partigiani nelle vicinanze di Bologna, che si protrasse per circa 10 giorni. Gli eccidi in esame iniziarono il giorno 29.09.1944 e durarono sino al 05.10.1944. Non si ha notizia di operazioni antipartigiane in tale zona, eccettuata quella di Marzabotto, protrattasi per un tale periodo di tempo.
È perciò evidente che il BAUMANN ha partecipato in qualità di comandante di squadra della 1^ compagnia ai fatti in esame, quale comandante di uomini come da lui stesso dichiarato nella deposizione sopra richiamata e nei documenti citati, da lui sottoscritti e firmati, in cui egli figura quale *Gruppenführer* e cioè comandante di squadra. Anche i sergenti SÜSS, SCHWEIGER Josef e ROITHMEIER Max e i commilitoni RÖSSLER Heinz, BISCHOF Alois e WÖLFLE Kurt, citati da BAUMANN facevano tutti parte della 1^ compagnia e hanno partecipato all'azione in quanto TRÄGER Heinz e RÖSSLER Heinz in data 29.09.1944 venivano feriti a Cadotto, Bologna, (come risulta dalle *verlustmeldungen* in atti), mentre BISCHOF Alois, ROITHMEIER Max e WÖLFLE Kurt sono stati decorati in data 23.10.1944, prossima all'azione, per l'impiego in Italia, presumibilmente proprio per i meriti acquisiti

nello svolgimento del servizio in detta operazione. Il comandante di compagnia, peraltro, nel libro "*Im gleichen Schritt und Tritt*", afferma che proprio un membro della sua compagnia, il suo portaordini WÖLFLE Kurt, in un conflitto a fuoco uccise il capo della brigata partigiana *Stella Rossa*, Mario MUSOLESI (detto "il Lupo"), evento verificatosi proprio durante l'operazione di Marzabotto.

BAUMANN tramite l'avvocato RABL ha dichiarato che nel periodo interessante le indagini si trovava a Venezia per svolgervi incarico di istruttore nel combattimento contro i carri armati e pertanto si dichiarava estraneo ai fatti addebitatigli; il p.m. ne chiedeva conferma al *Bundesarchiv* di Berlino che rispondeva negativamente in quanto nessun documento riguardante la frequenza di un corso in Venezia da parte del BAUMANN figurava agli atti di quell'Archivio. Comunque tale corso sarebbe stato, in ipotesi, frequentato nel periodo di Natale 1944, secondo quanto dichiarato dallo stesso BAUMANN nell'interrogatorio del 14.05.2004 e perciò due mesi abbondanti dopo i fatti.

BAUMANN, peraltro, non è credibile anche in altre circostanze: per esempio, nelle dichiarazioni rese il 14.05.2004 e cioè quando dice di essere stato arruolato a forza nelle SS mentre figura in atti che egli vi fece ingresso in un'epoca (il 1942) nella quale l'arruolamento nelle Waffen-SS era su base volontaria. Inoltre egli non dice il vero anche quando afferma di non essersi mai recato al raduno annuale dei commilitoni della 16^ divisione, dichiarandosi ignaro delle modalità in cui il suo nome era stato inserito nel libro degli appartenenti alla 16^ divisione "*Im gleichen Schritt und Tritt*". La perquisizione condotta in casa di HACKER Rudolf a Graz (A) su richiesta dell'autorità giudiziaria tedesca, ha portato al rinvenimento di una lettera datata 07.07.1988 in cui è riferito che BAUMANN Josef sollecitava l'invio di invito al raduno annuale. Inoltre si rinveniva sempre durante tale perquisizione il nominativo del BAUMANN inserito nell'elenco degli appartenenti alla 16^ divisione SS nelle bozze preparatorie del libro "*Im gleichen Schritt und Tritt*". A fianco del nome e indirizzo è riportato il reparto d'appartenenza, cioè la 1^ compagnia del battaglione esplorante della 16^ divisione SS, e il grado, cioè sergente SS.

BAUMANN inoltre ha dichiarato di non aver mai partecipato al raduno dei commilitoni della divisione, ma durante la perquisizione è stato trovato un documento che attesta la sua presenza ad un raduno della 16^ divisione nell'anno 1989 .

Ancora, dai documenti pervenuti dalla *Deutsche Dienststelle* di Berlino relativi alle liste di conferimento decorazioni per servizio prestato in Italia durante la 2^ guerra mondiale, si evince che BAUMANN ha fatto parte del battaglione esplorante della 16^ divisione SS (al 16.07.1944 egli figura ancora *SS-Sturmmann*). Conferma alle sue dichiarazioni circa l'appartenenza al medesimo reparto con altri co-imputati, inoltre, si evince dall'altro documento della *Deutsche Dienststelle* di Berlino che riguarda il conferimento di decorazioni a ROITHMEIER Max e ad altri commilitoni da lui citati (BISCHOF Alois e WÖLFLE Kurt). Da notare che la decorazione (che si riferisce all'impiego in Italia) è stata per tutti conferita nel medesimo giorno – 23.10.1944 – ; il che fa ritenere che possa esser stata concessa proprio per la partecipazione all'operazione militare di Marzabotto.

E ancora : le v*erlustmeldungen* nr. 45/50 e 46 evidenziano che alcuni dei militari citati da BAUMANN (TRÄGER e ROSSLER) vengono feriti a Cadotto il 29/09/1944 con numerosi altri appartenenti alla 1^ compagnia.

Dal documento proveniente dal *Krankenbuchlager* di Berlino del 25/03/2004, oltre alla indicazione di cui s'è detto poc'anzi circa il suo ingresso nelle SS come volontario l'1/07/1942, si ricava anche il decisivo accertamento circa la assenza di ricoveri presso ospedali militari di reparto o di zona, con la determinante conseguenza di poter ritenere certa la sua presenza al reparto nel periodo in cui sono stati commessi gli eccidi descritti nel capo di accusa.

Ulteriori conferme dell'appartenenza di BAUMANN al reparto coinvolto nelle stragi nel periodo di interesse emergono chiaramente: dalla sua menzione nel noto libro commemorativo della 16^ divisione SS "*Im gleichen Schritt und Tritt*" , nonché dalle dichiarazioni di WÖLFLE Kurt del 25.03.1970 (rese nell'ambito di un procedimento penale tedesco, e da quelle rilasciate dal WÖLFLE medesimo nel verbale del 03.08.2004 in esito a rogatoria internazionale n.7/04 effettuata dal p.m. nell'ambito del presente procedimento. Pertanto, alla luce di tali riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di BAUMANN all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando di squadra, può ritenersi del tutto provata.

Veniamo adesso a **BICHLER Hubert.**

BICHLER Hubert entra nelle SS il 01.04.1938 e consegue il grado di *SS-Unterscharführer* (sergente SS) il 20.04.1941.

Diviene *SS-Oberscharführer* l' 1.02.1943, come si rileva dalla sua busta paga e dalla sua domanda di matrimonio, a cui allega una fotografia in uniforme (Fonte B.A. di Berlino).

Interrogato il 7.04.1950 nel processo contro Walter REDER (verbale acquisito con il consenso del difensore all'udienza dibattimentale del 24.10.2006), BI-

CHLER effettua, fra l'altro, le seguenti dichiarazioni:
di aver fatto parte dal 1943 sino alla fine della guerra della 16^ divisione SS *Reichsfuhrer* come comandante di plotone nell'unità comandata dal maggiore REDER;
come tale, di aver preso parte alle operazioni contro le formazioni partigiane *Stella Rossa* e *Lunense*;
che suo comandante di compagnia era l'*SS-Hauptsturmführer* (capitano SS) Friedrich SCHMIDKUNZ il quale, nel corso delle suddette operazioni, aveva ordinato di fucilare i partigiani catturati ed incendiare le loro case;
di ricordare che il maggiore REDER, al termine delle operazioni di Marzabotto, aveva chiesto conto allo SCHMIDKUNZ delle case bruciate e si era molto arrabbiato (circostanza questa, peraltro, non confermata successivamente dallo stesso REDER). Ciò significa evidentemente, che il BICHLER era presente ai rapporti tenuti dal suo comandante di compagnia con il comandante di battaglione;
di aver partecipato anche al rastrellamento dei civili catturati nella zona delle operazioni di Marzabotto e che furono poi trasportati in altro luogo (Bologna);
che l'azione tattica di Marzabotto costituiva risposta ad alcune offensive portate in precedenza dai partigiani contro i reparti tedeschi. Egli sosteneva di non essere stato presente alla riunione operativa nei comandanti di compagnia, ma supponeva ragionevolmente che gli ordini impartiti da REDER in tale riunione fossero gli stessi a lui impartiti dal suo comandante di compagnia (cap. SCHMIDKUNZ) e cioè di rastrellare la popolazione civile, catturando e fucilando i partigiani;
che, durante le operazioni il REDER era in costante collegamento radio con tutte le compagnie operanti da lui dipendenti; che nelle operazioni egli si trovava sempre nella prima linea d'attacco contro i partigiani;
che non era stato possibile distinguere tra partigiani e popolazione civile in quanto i partigiani non avevano alcun distintivo che li facessero riconoscere come truppe combattenti. Vide dei civili fuggire dalle case e pertanto per lui erano partecipanti all'azione di fuoco.
Nell'esame del 30.10.2003, invece (verbale parimenti acquisito con il consenso del difensore all'udienza dibattimentale del 24.10.2006), dichiarava:
di esseri arruolato nelle SS nel marzo 1938 e di essere entrato nella famigerata divisione *Totenkopf* dalla quale poi passò nella 16^ divisione *Reichsfuhrer* quando questa fu fondata. Dall'Ungheria passò in Italia, nell'Appennino Toscano;
che questa unità era un vero gruppo di fuoco, un reparto di *elìte*, una "unità speciale" (così definita dallo stesso REDER nell'interrogatorio del 25.05.1948);
che egli era comandante di plotone, sia nella 3^ che nella 1^ compagnia del battaglione esplorante del maggiore REDER;
di non ricordare di essere stato interrogato il 7.04.1950 nell'ambito del processo REDER e neppure di essere stato impegnato in combattimenti contro partigiani nella zona di Marzabotto;
di aver ricevuto gli ordini sempre direttamente del comandante di compagnia il quale a sua volta li riceveva dal REDER;
di ricordare una azione di combattimento contro i partigiani, con rastrellamento di vecchi e donne che vennero catturati dal suo plotone, ma non ricordava se si trattasse di un'operazione contro la formazione partigiana *Stella Rossa*;
di essere entrato nelle SS nel 1938 dopo l'invasione tedesca dell'Austria e di essere divenuto via via caporale SS, caporal maggiore SS, sergente SS, sergente maggiore SS, maresciallo ord. SS e, all'inizio del 1945, maresciallo capo SS. Da maresciallo ord. SS e comandante di plotone aveva alle sue dipendenze circa 30-38 soldati;
che, dopo la fine della guerra aveva incontrato nuovamente il maggiore REDER ad un raduno di veterani.
Lo stesso REDER nel suo interrogatorio del 24.5.1948 aveva ricordato che fra i suoi dipendenti "presso la 3^ compagnia prestava servizio, quale comandante di plotone, il maresciallo SS Hubert BICHLER". Il motivo per il quale REDER, comandante di battaglione, si ricordi di un semplice maresciallo, fra i tanti sottufficiali alle sue dipendenze in quel periodo e fra i moltissimi avuti con sé nei lunghi anni di guerra, è verosimilmente collegato al fatto che entrambi erano austriaci e provenivano dalla famigerata divisione *Totenkopf*. E comunque comprova che la considerazione che il REDER aveva del BICHLER era non dissimile da quella nutrita per ALBERS: entrambi uomini di fiducia, ai quali si potevano affidare i compiti più delicati. E, in effetti, il tentativo operato all'epoca del processo REDER, di attribuire la responsabilità degli "eccessi" (per chiamarli così) nei confronti della popolazione civile al suo comandante di compagnia (capitano SCHMIDKUNZ, peraltro morto e, dunque, non in grado di smentire alcunché) spiegano proprio questo particolare rapporto fiduciario fra i due, gettando dunque una peculiare luce sul grado di responsabilità del BICHLER in dipendenza della sua piena consapevolezza degli ordini criminali da eseguire.
Altri importanti riscontri sulla posizione del BICHLER in ordine ai fatti, provengono:
dalle dichiarazioni rilasciate da JÄHNERT Otto Martin (coimputato deceduto) nei suoi verbali di esame del 18.05.2004 (in faldone XI proc. n.151/02/

RNR, esito rogatoria n. 10/04, verbale utilizzabile ex art. 431 lett. *f* c.p.p., laddove afferma, due volte, che il BICHLER era austriaco, aveva il grado di maresciallo e ricopriva nel reparto l'incarico di comandante di plotone;
dall'interrogatorio dell'imputato BICHLER del 17.07.2004, nel quale l'imputato riconferma le medesime affermazioni fatte in precedenza. In tale verbale, peraltro, fa anche significativo riferimento alla pianificazione che avveniva prima di ogni azione da parte dei comandanti di reparto;
da una lettera indirizzata dal commilitone Lothar EICHLER (anch'esso già effettivo all'*SS-Panzer Aufklärungs-Abteilung 16*" della 16^ divisione), al *Landeskriminalamt BW* di Ludwigsburg (D) nell'ambito di un procedimento penale colà pendente sui fatti medesimi, lettera nella quale egli menziona fra gli appartenenti al reparto vari ufficiali e sottufficiali delle SS, fra cui proprio il maresciallo BICHLER.
Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di BICHLER all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando di plotone può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.
Veniamo a **ROITHMEIER Max**.
ROITHMEIER Max entra a far parte delle SS il 31.01.1941 e viene promosso *SS-Unterscharführer* (sergente SS) il 1.06.1944 come risulta dal suo foglio paga acquisito presso il *Bundesarchiv* di Berlino.
L'appartenenza e la presenza al reparto nel periodo di interesse, risulta da vari documenti acquisiti agli atti del procedimento.
Dalla sua scheda personale R 852-289 acquisita presso la *Deutsche Dienststelle* di Berlino risulta aver fatto parte del battaglione esplorante della 16^ divisione.
Il ROITHMEIER viene decorato con la croce di ferro di 1^ classe. La decorazione gli viene comunicata dal comando della 16^ divisione SS con lettera datata 16.11.1944 e conferita il 23.10.1944 quale appartenente al battaglione esplorante con il grado di *SS-Uscha* (sergente SS) per il servizio prestato in Italia. Catturato ed internato in campo per prigionieri di guerra alleato, egli dichiara di essere un civile delle Waffen-SS.
Nasconde il suo grado di sottufficiale e rimane internato dal 17.05.1945 sino al 14.01.1948.
Tra i documenti di significativo rilievo probatorio vi è senz'altro la documentazione di carattere pensionistico. Nel dopoguerra, infatti, egli presenta domanda di ricongiungimento ai fini pensionistici del servizio militare e della prigionia. La domanda viene protocollata il 23.04.1975 con il nr. 1898859.
ROITHMEIER dichiara di aver fatto parte della compagnia comando del battaglione REDER dal 1943 al 1945 e di aver ricoperto il grado di *SS-Oberscharführer* e con incarico di *Zugführer* (comandante di plotone).
Interrogato il 23.06.1970 dalla Polizia della Baviera, ROITHMEIER riferisce che dall'aprile 1944 sino alla fine della guerra egli aveva fatto parte del battaglione esplorante n. 16 (si ribadisce, il battaglione REDER), conseguendo come ultimo grado quello di *Oberscharführer* come comandante di plotone.
Un'ulteriore conferma dell'appartenenza del ROITHMEIER al battaglione REDER, 1^ compagnia, si ricava :
dalle dichiarazioni rese il 25.03.1970 dal commilitone Kurt WÖLFLE, già *SS-Sturmmann* (in faldone IX proc. n.151/02/RNR, esito rogatoria n. 4/02, il quale ricorda ROITHMEIER Max quale maresciallo comandante di plotone della sua unità.
dalle dichiarazioni rese il 3.08.2004 ancora dal commilitone Kurt WÖLFLE (in faldone X proc. n.151/02/RNR, esito rogatoria n. 7/04, verbale utilizzabile ex art. 431 *lett. f* c.p.p.) che confermava ancora la circostanza che ROITHMEIER durante il servizio in Italia era comandante di plotone. dalle dichiarazioni del coimputato BAUMANN Josef, che dichiara di ricordare il ROITHMEIER fra i suoi commilitoni (ved. verbale del 14/5/2004 (in Faldone XI proc. n.151/02/RNR, esito rogatoria n. 10/04, verbale utilizzabile ex art. 431 *lett. f* c.p.p.).
Il 10.08.2004, sentito dal *LKA*-Monaco, riferiva di essere appartenuto alla 1^ compagnia del battaglione esplorante 16 (16^ div. SS); di esser giunto in Italia nel maggio/giugno 1944, di esser stato sergente e poi promosso da REDER il 13/11/1944 maresciallo ordinario; per il suo coraggio e la sua abilità fu apprezzato dal suo comandante di compagnia (SEGEBRECHT) con cui strinse amicizia. Riteneva possibile di essere stato impiegato nell'operazione di Marzabotto (ricordava i dettagli di un'operazione contro i partigiani e di un conflitto a fuoco nei pressi di una chiesa; ricordava in particolare, in quel contesto di aver partecipato a una operazione che fu ripetuta anche nel giorno successivo, con l'incendio di una fattoria).
Anche dai documenti acquisiti presso gli archivi tedeschi – e, in particolare, dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo interessante le indagini – si ricava la prova della effettiva presenza di ROITHMEIER al reparto nel periodo in cui si sono svolti i fatti oggetto di causa, con la ulteriore conseguenza della prova della sua partecipazione all'operazione militare che ha determinato le stragi perpetrate nella zona di Marzabotto.

In specie, gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-130919-A del 28.02.2005) e la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno in questo senso dato esito negativo.
Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di ROITHMEIER all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando quale sottufficiale comandante di plotone, può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.
Per quanto attiene a **SCHNEIDER Adolf,** egli entra nelle SS il 15.10.1937. Diventa *SS-Hauptscharführer* (maresciallo capo SS) l'1.9.1944 come riscontrato dal foglio paga acquisito dal *Bundesarchiv* di Berlino. Fa parte del battaglione REDER dal 16.11.1943 sino alla fine della guerra, quando viene catturato dagli alleati. Ricopre l'incarico di comandante di plotone.
L'appartenenza e la presenza al reparto nel periodo di interesse risultano da vari documenti acquisiti agli atti del procedimento: dalla sua scheda personale n. S904-006, dal cartellino segnaletico per prigionieri di guerra, e da un formulario inviato dallo SCHNEIDER in data 26.06.1982 alla *Deutsche Dienststelle* e *Bundesarchiv* di Berlino e da lui compilato e sottoscritto. Da questi documenti (in particolare da quelli del *Krankenbuchlager* di Berlino), con riferimento al numero di posta militare contraddistinto dalla lettera "D"), è stato possibile rilevare con esattezza a quale compagnia del 16° battaglione esplorante egli fosse effettivo all'epoca dei fatti: e cioè la 3^. Inoltre, alla stregua dei dati contenuti in tutti gli altri documenti, si evince il suo incarico di comandante di plotone (*Platoon leader* come p. es. indicato nei formulari per prigionieri di guerra). Pertanto egli ha partecipato alle operazioni di Marzabotto con funzioni di comando.
Dai documenti acquisiti presso gli archivi tedeschi – e, in particolare, dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo settembre/ottobre 1944 – si ricava la prova della effettiva presenza di SCHNEIDER Adolf al reparto nel periodo in cui si sono svolti i fatti oggetto di causa, con la ulteriore conseguenza della prova della sua partecipazione all'operazione militare che ha determinato le stragi perpetrate nella zona di Marzabotto.
In specie, gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-260420-Sch del 17.03.2005) e presso la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno in questo senso dato esito negativo.
Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di SCHNEIDER Adolf all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.
Per quanto attiene all'imputato **SCHNEIDER Max,** egli entra a far parte come volontario delle SS il 15.06.1943, all'età di 17 anni e diventa *SS-Unterscharführer* (sergente SS) l' 1.08.1944.
Dopo il corso di formazione per comandanti subalterni venne assegnato al battaglione REDER, 5^ compagnia e inviato in Italia a marzo del 1944.
Viene insignito della croce di ferro 2^ classe con decorrenza dal 15.07.1944 per il servizio prestato in Italia presso la 16^ divisione SS *Reichsfuhrer*.
L'appartenenza e la presenza al reparto nel periodo di interesse risultano inequivocabilmente dalla documentazione acquisita presso la *Deutsche Dienststelle* e *Bundesarchiv* di Berlino. In particolare, dalla scheda personale, dal foglio paga, dalla lista di conferimento di onorificenza e dal libretto paga. Particolarmente rilevante è la circostanza che SCHNEIDER Max risulta essere stato ferito il 29.09.1944 in località Monzuno, quale appartenente alla 5^ compagnia, con il grado di *SS-Uscha*. (sergente SS), come risulta dalla *verlustmeldung* n. 54 relativa al periodo 11.9.1944 – 31.10.1944 del battaglione REDER, acquisita tramite la Polizia Criminale Regionale di Monaco.
SCHNEIDER Max è stato interrogato come testimone il 24.10.2003 dalla Polizia Giudiziaria della Baviera. In tale sede ha riferito di essersi arruolato volontario nelle SS all'età di 17 anni e che, dopo il corso per comandanti subalterni, fu assegnato al battaglione REDER, 5^ compagnia, venendo dislocato con l'intera unità in Italia nel mese di febbraio o marzo 1944.
Il 28.09.1944 apprese che un veicolo con 12-15 commilitoni era stato attaccato e tutti i soldati uccisi, probabilmente da un gruppo di partigiani e che di conseguenza nei giorni successivi avrebbe avuto luogo un'azione di contrattacco in quella zona da parte della sua unità. Il 29.09.1944 successivo egli ricevette l'ordine di portarsi in tale zona al comando della sua squadra, inserita in una compagnia di circa 30-40 uomini, comandata da un ufficiale diverso dal suo comandante di compagnia che era Max SAALFRANK (comandante della 5^ compagnia). Sceso dagli automezzi si mosse al comando della sua squadra ma poco dopo si rese conto di essere esposto al fuoco nemico e pertanto diede un segnale affinché altri commilitoni coprissero la sua squadra con il fuoco degli mitragliatrici. Mentre stava impartendo questo ordine fu colpito ad una spalla e ferito gravemente. Venne trasportato al termine del combattimento ad un posto di medicazione dove venne curato. Egli aveva alle sue dipendenze 8 soldati dei quali non ricordava il nome. Asseriva di essere stato ferito all'alba, per cui non era

in grado di riferire oltre.
Risulta che le operazioni ebbero inizio alle ore 05,00 di mattina del 29.09.1944. Non abbiamo un riscontro circa l'ora in cui avvenne il ferimento di SCHNEIDER Max, né lo stesso ha riferito i nomi dei suoi sottoposti o dei suoi soccorritori, circostanza questa molto strana in quanto lo stesso aveva avuto modo di rimanere a stretto contatto con i componenti della sua squadra per sei mesi (escludendo il periodo di malattia dal 7.7.1944 al 31.7.1944, come risulta alla pagina 21 del libretto paga). Ma tale ferimento non può essere avvenuto prima del momento in cui la 1^ compagnia, rinforzata dal plotone della 5^, giungesse a contatto con i partigiani, cosa che avvenne alle ore 8.30, mentre le stragi, come è già stato detto, iniziarono alle 8.00. In ogni caso la responsabilità dell'imputato – anche questo si è più volte detto – deve discendere non tanto dalla mera partecipazione materiale alle stragi, bensì dalla sua azione di comando, spiegatasi certamente da ben prima che egli venisse ferito.
Oltre che con la decisiva prova documentale costituita dalla *verlustmeldung* n. 54 attestante il suo ferimento proprio nei giorni delle stragi e nei luoghi delle stesse, la prova della sua partecipazione all'operazione militare criminale condotta dal battaglione REDER è fornita anche dagli altri documenti acquisiti presso gli archivi federali tedeschi – e, in particolare, dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di annotazioni relative ad eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo interessante le indagini – fatta eccezione, ovviamente per quelli relativi al ferimento di cui ora s'è detto.
In specie, gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. LAGeSo-IV F-011220-B del 05.03.2004) e la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno in questo senso dato esito negativo, evidenziando soltanto i ricoveri dell'imputato successivi al ferimento (avvenuto nel corso dello svolgimento dell'azione di Marzabotto) presso l'ospedale militare di Merano il 26.11.1944 per esserne dimesso il 2.12.1944.
Da notare la sostanziale corrispondenza con le dichiarazioni rilasciate dal fondamentale teste LEGOLL, il quale era parimenti un militare della 5^ compagnia aggregato di rinforzo alla 1^ compagnia.
Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di SCHNEIDER Max all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando, può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.
Veniamo adesso alla posizione di **WACHE Georg**.
WACHE entra a far parte del partito nazista nel 1944 e diviene *SS-Unterscharführer* (sergente SS) l'1.1.1943 come figura sulla scheda del Partito nazista n. 7691610 e sul foglio paga acquisiti presso il *Bundesarchiv* di Berlino.
Viene assegnato al battaglione esplorante della 16^ divisione SS come risulta dalla scheda personale W – 3/610 acquisita presso la *Deutsche Dienststelle (WASt)* di Berlino.
WACHE è effettivo alla 2^ compagnia del detto battaglione dall'1.1.1944 al 4.1.1945 in qualità di *SS-Unterscharführer* con funzioni di comando come risulta dalla scheda nr. 516400 da lui redatta e firmata in data 23.5.1954, tendente ad ottenere il riconoscimento ai fini pensionistici del servizio militare prestato in guerra. Risulta insignito dell'onorificenza della croce di ferro di 2^ classe rilasciata dalla 16^ divisione SS con decorenza10.11.1944 per i servizi prestati come sottufficiale del *SS-Pz. A.A. 16* (il battaglione REDER) in Italia.
Catturato dagli Alleati in Italia il 4.1.1945, nei formulari egli figura come sottufficiale della 2^ compagnia del *SS-Pz. A.A. 16*, con funzioni di comandante di squadra.
Tutte queste informazioni provengono da documenti acquisiti dalla *Deutsche Dienststelle (WASt)* di Berlino e consentono di concludere che l'imputato ha partecipato con funzioni di comando nella 2^ compagnia del battaglione REDER ai fatti di Marzabotto.
Non è superfluo ricordare che WACHE ha collaborato alla stesura del libro *Im gleichen Schritt und Tritt* edito nel 1998, nota pubblicazione degli ex. appartenenti alla 16^ divisione SS per la quale ha scritto un memoriale riportato alle pagine 545 e 546 riguardo la sua permanenza alla 2^ compagnia come comandante di uomini.
WACHE viene citato da SCHENK quale suo commilitone (verbale del 25.1.2006).
Anche dai documenti acquisiti presso gli archivi tedeschi – e, in particolare, dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo di cui all'imputazione – si ricava la prova della effettiva presenza di WACHE al reparto nei giorni in cui si sono svolti i fatti oggetto di causa, con la ulteriore conseguenza della prova della sua partecipazione all'operazione militare che ha determinato le stragi perpetrate nella zona di Marzabotto.
Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di WACHE Georg all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando, può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.
Per quel che riguarda l'imputato **TRÄGER Heinz,**

egli entra a far parte delle SS il 15.08.1941 e diviene *SS-Unterscharführer* (sergente SS) nel mese di maggio 1944, secondo quanto risulta dalla documentazione matricolare acquisita e, in particolare, dalla sua scheda personale, dalla scheda paga e dal questionario da lui compilato per richiedere la ricongiunzione dei periodi assicurativi per il servizio militare (doc. allegati al verbale di esame del 18.05.2005), nonché secondo quanto da lui dichiarato nel verbale di interrogatorio del 18.05.2005.
L'appartenenza e la presenza al reparto nel periodo di interesse, risultano inequivocabilmente da vari documenti acquisiti agli atti del procedimento. Questi riscontri provengono dalla documentazione acquisita presso gli archivi federali di Berlino della *Deutsche Dienststelle,* del *Bundesarchiv* e del *Krankenbuchlager*.
Particolarmente rilevante è la circostanza che l'imputato risulta essere stato ferito il 29.09.1944 in località Cadotto, quale appartenente alla 1^ compagnia, con il grado di *SS-Uscha*. (sergente SS), come risulta dalla *verlustmeldung* n. 45 relativa al periodo 11.9.1944 – 31.10.1944.
In tale documento TRÄGER è riportato quale militare appartenente alla 1^ compagnia con il grado di *SS-Uscha*. (sergente SS) e risulta essere stato ferito gravemente alla parte destra del torace da colpi di proiettile e quindi trasportato al posto di medicazione principale della divisione. Nello stesso giorno e luogo risultano essere stati feriti o deceduti altri appartenenti alla medesima compagnia del TRÄGER, come risulta dai suddetti documenti:
dalla *verlustmeldung* n. 45/50:
SCHMIDT Arthur;
KLEIN Wilhelm
OPPERMANN Albert;
TOLZMANN Martin;
BETTGER Ernst;
dalla *verlustmeldung* n. 46 :
LIFKA Willi;
CLAUSS Fritz;
STURM Otto;
MÄRZ Walter;
RUH Martin;
SCHWAB Karl;
ROICK Walter;
SCHMIDT MARLISSA Christian;
SCHÄFER Helmut;
KÖNIG Helmut;
RÖSSLER Heinz;
dalla *verlustmeldung* n. 47:
SCHNEIDER Max;
HAMMERSCHMIDT Johann; EBERT Werner.
TRÄGER, dunque, partecipò attivamente e concretamente in qualità di sottufficiale con funzioni di comando (almeno di squadra) alle operazioni contro la brigata partigiana *Stella Rossa* nel primo giorno degli eccidi, il 29.09.1944 .
Peraltro, dalle dichiarazioni rese da Walter REDER e da Max SAALFRANK nell'ambito del processo REDER, si è avuto conferma che la 1^ compagnia fu sicuramente quella più impegnata negli scontri con i partigiani e quindi un numero tanto elevato di feriti è giustificato.
TRÄGER, tuttavia, nella sua domanda di ricongiunzione dei periodi assicurativi e nel verbale di interrogatorio ha riferito di essere stato ferito nell'agosto 1944 al Passo della Porretta e che fu quindi trasportato in vari ospedali militari, non facendo più rientro al fronte. Ma tali circostanze di tempo e luogo sono smentite dai riscontri documentali sopra detti. Egli, infatti, fu ferito il 29.09.1944 in località Cadotto durante le operazioni antipartigiane di Monte Sole mentre comandava un'unità, della consistenza di una squadra almeno, del battaglione esplorante del magg. REDER.
Il TRÄGER, in occasione del primo esame del 18.05.2005, consegnava un documento attestante la sua carriera militare che riporta un ferimento avvenuto nell'agosto 1944 al Passo della Porretta e il relativo carteggio con l'Ufficio della previdenza di Duisburg per quanto attiene il rintraccio di documenti attestanti sia il ferimento che i ricoveri.
L'ente interessato rispondeva che non vi erano agli atti documenti che lo riguardavano (v. nota LAGeSo-IV F-250625-B del 25.3.2004).
TRÄGER veniva sentito una seconda volta come indagato il 21.06.2005. Esibitogli il documento *verlustmeldung* n. 45/50 da cui egli figurava ferito a Cadotto il 29.09.1944, rispondeva che era passato per il Passo della Porretta e aveva proseguito oltre. Egli aveva il comando di 10 uomini. Dovevano fare molta attenzione perché sapevano che nella zona vi erano partigiani. Arrivò ad una grande casa quando fu raggiunto da 3 colpi di arma da fuoco al polmone, fegato e intestino. Il tutto accadde tra le 09,00 e le 10,00 del mattino. Dopo circa due ore i suoi commilitoni lo trasportavano con una scala sino agli automezzi, che lo portarono al posto di medicazione principale. Era diventato pomeriggio. Egli non vide alcun incendio e non sentì alcun urlo. In Italia egli fece sempre parte della 1^ compagnia. Non ricordava i nomi di superiori o dei suoi dipendenti. Alla domanda se avesse partecipato ad un rapporto preparatorio dell'operazione a Monte Sole, TRÄGER rispondeva di aver partecipato a tale rapporto la sera precedente l'inizio dell'operazione con il suo comandante di plotone che conduceva tre squadre di 10 soldati ciascuna.

Pertanto, alla luce dei suddetti riscontri, la partecipazione consapevole e responsabile di TRÄGER Heinz all'operazione di Marzabotto, con funzioni di comando può ritenersi del tutto provata, con la conseguente responsabilità penale in ordine ai fatti ad esso contestati.

Per quel che riguarda la posizione di **SPIELER Kurt**, bisogna fare riferimento alla deposizione del prigioniero KNEISSEL Wilhelm, citata nell'allegato al rapporto G2 della 1^ divisione USA, e unita al detto allegato.

L'allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 datato 23.10.1944 del Quartiere Generale della 1^ divisione USA contiene i risultati di un interrogatorio al quale furono sottoposti dei prigionieri di guerra appartenuti alla 2^ e 5^ compagnia del battaglione REDER. Uno dei due testimoni principali è, appunto, KNEISSEL, effettivo alla 2^ compagnia, il quale, nella testimonianza resa alla Commissione d'inchiesta Alleata in data 11 novembre 1944, riferisce del massacro di circa 800 donne e bambini nella zona di San Martino-La Quercia avvenuto il 29 e 30 settembre 1944 ad opera del suddetto battaglione.

Tra i responsabili dell'eccidio di civili rinchiusi in una chiesa (il riferimento è, certamente, all'episodio dell'oratorio di Cerpiano) il KNEISSEL cita il caporal maggiore MEIER (oggi deceduto) e aggiunge che "un altro che partecipò a questi fatti fu il soldato SPIELER". Questi viene quindi inserito nella lista di sospetti dell'allegato al rapporto G2, al nr. 16, come "*SS-Schütze* (fuciliere SS) SPIELER, 2^ compagnia, battaglione SS ricognizione 16: Età: 18 ½ anni. Capelli: neri. Occhi: azzurri. Corporatura: media. Carnagione: abbronzato. Altezza. Metri 1.74. Uccise due vecchi."

Vale la pena di ricordare che il caso di SPIELER è il secondo ed ultimo – dopo quello di WULF – in cui si è potuto, nel presente procedimento, formulare una ipotesi accusatoria sulla base della responsabilità come esecutore materiale.

I documenti amministrativi acquisiti presso la *Deutsche Dienststelle* di Berlino e presso gli altri archivi hanno confermato l'identificazione del militare citato nel verbale di KNEISSEL; e infatti :

nella cartella personale relativa allo SPIELER egli figura con il grado di *Sturmmann* (caporale SS) effettivo alla 5^ compagnia, II battaglione, 36° reggimento della 16^ divisione SS *Reichsfuhrer;* nel "Questionario per prigionieri di guerra" n. AA 073828, firmato dall'interessato, SPIELER si dichiara effettivo alla 5^ compagnia, II battaglione, 36° reggimento della 16^ divisione SS *Reichsfuhrer* ;

nella scheda personale i medesimi dati si ripetono, con l'indicazione dei vari trasferimenti durante la prigionia. SPIELER risulta effettivo allo stesso reparto di cui sopra con il grado di *Sturmmann* ;

Formulario P.O.W. FORM ove alla descrizione fisica nei riquadri 3b, 3c, 3d, SPIELER viene descritto alto 175 cm., capelli biondo scuro (*d.-blond = dunkel blond*), occhi grigio blu (*grau-blau*). Il grado ed il reparto di appartenenza sono i medesimi di cui sopra.

Ulteriore riscontro proviene dagli atti documentali del *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-250625-B del 25.03.2004) ove si è acquista la documentazione relativa al ricovero dello SPIELER avvenuto 19.12.1944 presso l'ospedale militare di Abano con dimissione il 25.12.1944. Egli ha il grado di *SS Gren*. (*SS Grenadier* = granatiere SS) ed è effettivo alla 5^ compagnia del 36° reggimento SS. Conseguentemente, anche qui l'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo dei fatti (dal 27 settembre al 5 ottobre 1944), costituisce prova della sua effettiva presenza al reparto nei giorni degli eccidi.

Nell'interrogatorio dei prigionieri di guerra SPIELER viene indicato come appartenente alla 2^ compagnia del battaglione REDER mentre nei documenti della *Deutsche Dienststelle* egli figura appartenente alla 5^ compagnia del 36° reggimento. La sua scheda personale è stata redatta sulla base dei documenti relativi al periodo trascorso in prigionia di guerra, ove effettivamente egli dichiara di appartenere alla 5^ compagnia del 36° reggimento. Anche il *Krankenbuchlager* lo indica come appartenente a tale reparto, ma alla data del suo ricovero (19.12.1944). Una spiegazione è che lo stesso fosse prima effettivo alla 2^ compagnia del battaglione REDER e sia poi transitato al 36° reggimento; un'altra spiegazione, probabilmente più razionale, è che lo SPIELER, effettivo al 36° reggimento, sia stato aggregato per esigenze di servizio al battaglione REDER per un'operazione particolare, data la sua capacità e il suo alto livello di adesione ideologica agli ideali nazisti, anche tenuto conto dei sensibili vuoti di organico che affliggevano i reparti tedeschi in quel particolare momento storico della guerra. Peraltro, la pratica dell'aggregazione era abbastanza frequente, come dimostra quella operata fra la 5^ e la 1^ compagnia del battaglione REDER.

Sicché, non sussistono dubbi che l'imputato abbia partecipato alle stragi descritte nell'imputazione, anche in considerazione del riconoscimento fisico sopra riferito.

In conclusione, vi sono prove più che sufficienti e adeguate per ritenere che l'odierno imputato SPIELER si rese personalmente e materialmente responsabile dell'eccidio di civili inermi durante i fatti per i quali è processo.

Il preciso contesto in cui si colloca il comportamento delittuoso del predetto imputato, nei termini sopra descritti e ricostruiti, consente altresì di concludere che il suo apporto ai fatti descritti nel capo di imputazione non si limitò soltanto alla mera ed episodica partecipazione materiale alla uccisione di civili inermi. Infatti, il ruolo di primo piano che egli svolse come esecutore materiale della strage ha senza dubbio contribuito al rafforzamento degli altrui propositi delittuosi, nella consapevolezza del carattere premeditato degli eccidi e delle abnormi ed orribili sue modalità di esecuzione, sicché egli deve essere ritenuto responsabile dei fatti descritti nel capo di imputazione nella totalità degli elementi che li caratterizzano, comprese le circostanze aggravanti della premeditazione e della crudeltà.

Occorre adesso affrontare le posizioni degli imputati **GUDE, FINSTER, PIEPENSCHNEIDER** e **STOCKINGER.** I nomi dei quattro predetti imputati sono contenuti nel già più volte menzionato allegato al rapporto G2 del 23 ottobre 1944.

Appare necessario, prima di pronunciarsi sulla posizione di tali imputati, riassumere brevemente il compendio probatorio che li riguarda.

Il GUDE viene indicato al n. 9 della lista contenuta nel predetto documento, come "*SS-Schütze* GUDE, appartenente alla 2^ compagnia, battaglione SS ricognizione 16. Età 17 anni. Capelli: scuri. Corporatura: Esile. Carnagione: pallida. Altezza: metri 1.73. Uccise donne e bambini e appiccava fuoco alle case".

La *Deutsche Dienststelle* di Berlino trasmetteva sul conto del GUDE i seguenti documenti di interesse:

scheda personale, dalla quale si rileva l'appartenenza alla 2^ compagnia del reparto corazzato contraereo di riserva della 16^ divisione SS, con il grado di *Sturmmann*. Tale indicazione è frutto di una erronea trascrizione del reparto in quanto è stato indicato come reparto di servizio effettivo quello riportato in alto a destra sulla scheda riferito alla piastrina di riconoscimento rilasciata nel reparto di incorporazione ed addestramento, diverso da quello di successivo impiego;

formulario per prigionieri di guerra in cui GUDE è descritto come alto 166 cm, capelli biondo scuro, occhi blu. Già appartenente alla *Hitlerjugend* dal 1940. Nei riquadri dal nr. 14 al nr. 18 risulta al momento della cattura quale appartenente alla 2^ compagnia del battaglione di ricognizione 16 (il battaglione REDER), con il grado di *Stummann*. Nel riquadro 2a relativo alla piastrina di riconoscimento rinveniamo SS Flak E.Rgt -12936 che darà luogo all'errata trascrizione sulla scheda personale;

formulario AA055863 per prigionieri di guerra da lui sottoscritto in data 10.06.1945 in cui nel riquadro 9 e 12 figura appartenente alla 2^ compagnia del 16° reparto corazzato di ricognizione (sempre il battaglione REDER). Nel riquadro 6 è riportato il nr. di piastrina ed il reparto che l'ha rilasciata, originante l'errore sopra già segnalato. Il 16° reparto esplorante infatti era un'unità autonoma della 16^ divisone SS da cui dipendeva il reparto contraereo, altrettanto autonomo denominato *SS-Flak Abt. 16*.

Riassumendo, egli sicuramente proveniva da un reparto di incorporazione della contraerea ma poi era stato assegnato al battaglione REDER.

Anche dai documenti acquisiti presso gli archivi tedeschi – e, in particolare, dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli altri atti, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo interessante le indagini – si ricava la prova della effettiva presenza di GUDE al reparto nel periodo in cui si sono svolti i fatti oggetto di causa.

In specie, gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-250625-B del 25.03.2004) e la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno in questo senso dato esito negativo.

Per quanto concerne FINSTER, il predetto allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 datato 23.10.1944 del Quartiere Generale della 1^ divisione USA, sempre con riferimento alle (presunte) dichiarazioni di KNEISSEL, indica tra i responsabili al nr. 7 l'*Obergefreiter SS* FINSTER o DINSTER, appartenente alla 2^ compagnia; età 22 anni; capelli molto chiari; occhi azzurri; magro e snello; colorito pallido; ha difficoltà di udito; altezza 1,74 cm, il quale aveva ucciso donne e bambini e diede fuoco a delle case".

Il *LKA* della Baviera in Monaco ha acquisito presso la *Deutsche Dienststelle* di Berlino ed ha inviato i sotto notati documenti:

- scheda personale F 272/302 nella quale FINSTER risulta aver prestato interamente il suo servizio presso la 16^ divisione SS *Reichsfuhrer*, reparto di ricognizione 16, con il grado di *SS-Rottenführer* (caporale maggiore SS). Il suo ingresso nella Waffen-SS risulta avvenuto il 15.04.1943. Nell'annotazione che figura sulla scheda personale si risale a tale data tramite i formulari per prigioniero di guerra;
- formulari e schede per prigioniero di guerra: FINSTER ha il grado di *Obergefreiter / SS-Rottenführer* ed al momento della cattura si dichiara effettivo alla 16^ divisione SS *Reichsführer,* A.A. 16 (*Aufklärungs-Abteilung 16*) con l'incarico di autista. Dichiara di aver fatto parte della *Hitlerjugend* dal 1936 al 1942 con l'incarico di *Kameradschaftsführer* (comandante di squadra). Passando alla descrizione dei dati somatici e caratteristici riportati nelle varie schede, FINSTER figura sempre con i capelli biondi e gli occhi

azzurri. La sua altezza viene indicata in 172 cm nella scheda che contiene i rilievi dattiloscopici, redatta perciò dalle autorità alleate, mentre in quelle due che lui stesso compila si descrive di statura di 171 cm.
- domanda di ricongiunzione ai fini pensionistici del servizio militare e del periodo in prigionia di guerra presentata il 7.6.1957: FINSTER dichiara al punto 9 della pagina 1 di aver fatto parte delle Waffen-SS. Come penultimo reparto di appartenenza indica la 2^ compagnia del 16° reparto corazzato granatieri da ricognizione con il grado di *Rottenführer*. Come ultima unità indica lo stesso reparto e grado con unica variante l'appartenenza non più alla 2^ compagnia ma allo Stato Maggiore. Specifica di essere stato catturato il 10.05.1945 in Austria.
Nella carta di identità germanica nr. 8925288088 rilasciata dal comune di Norimberga in data 05.02.2001, FINSTER figura alto 1,72 cm all'età di 76 anni compiuti.
Presso il *Bundesarchiv* di Berlino è stata acquisita la scheda personale n. 9594598 nella quale FINSTER risulta aver presentato domanda di iscrizione al Partito nazionalsocialista e di esserne diventato membro il 20 aprile 1943.
Che FINSTER fosse presente al reparto nel periodo in contestazione è confermato altresì dall'assenza, sul suo foglio matricolare e negli atti degli archivi germanici, di tracce di eventuali suoi ricoveri in ospedali militari o di zona nel periodo dei fatti. Infatti gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-011220-B del 05.03.2004) e la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno dato esito negativo.
Altra fonte di informazioni è l'interrogatorio dell'imputato del 20.10.2003; FINSTER, infatti, dichiara di essersi arruolato volontario nelle Waffen-SS il 15.04.1943 e di essere giunto in Italia nell'autunno del 1943 e quindi, dopo un periodo trascorso in Ungheria, di essere tornato in Corsica con la *Sturmbrigade RF-SS* e, quindi, in Lubiana incorporato nella 2^ compagnia del reparto esplorante della 16^ divisione.
Il 10.08.1944 divenne *Rottenführer*.
Il suo compito era autista di una macchina anfibia. Dalla Corsica era arrivato a Livorno. Conosceva Franz STOCKINGER in quanto dormivano nella stessa camerata in Olanda. Si ricordava di REDER come del comandante della *Sturmbrigade*. Nel 1943 e 1944 era stato effettivo al medesimo reparto ed aveva prestato servizio in Italia. Non ricordava i luoghi. Non sapeva dire nulla circa uccisioni di civili e incendi di case. Gli venivano esibite le fotografie dei luoghi ove erano stati commessi eccidi in località Casaglia e Cerpiano, con esito negativo. Dopo la guerra si era fatto togliere il tatuaggio del gruppo sanguigno dall'avambraccio sinistro, usuale tra le SS.
Riferisce altresì che, quando la sua compagnia era arrivata a Livorno, essa aveva la consistenza di 100 uomini circa. Egli non aveva incarichi di comando. Tuttavia, il teste WOJTEKI nella sua deposizione del 12/4/2006 (utilizzabile perché effettuata con le garanzie di cui all'art. 431 lett. *f)* c.p.p.) dichiara che proprio FINSTER, di cui ricorda esattamente il grado e l'incarico, aveva il compito di stabilire chi giorno per giorno doveva effettuare i servizi e quali servizi effettuare. D'altronde anche WOJTEKI era autista e, dunque, si può così spiegare la sua precisione ed attendibilità nel ricordo.
Per quanto riguarda PIEPENSCHNEIDER Albert, anche lui viene indicato come responsabile nell'allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 datato 23.10.1944 del Quartiere Generale della 1^ divisione USA, al nr. 15, come "caporale SS PIPPENSCHNEIDER, 2^ compagnia, battaglione SS ricognizione 16: Età 21 anni. Capelli: scuri. Occhi azzurri. Corporatura media. Carnagione abbronzato. Altezza metri 1.74-1.76. Uccise donne e bambini, incendiario".
Sulla sua scheda personale n. 508/I PIEPENSCHNEIDER figura effettivo alla 5^ compagnia del *SS-Pz. Aufkl.-Abt. 16* e di aver conseguito via via i gradi nelle SS: *Obergrenadier* (granatiere scelto); *SS-Oberschütze* (fuciliere scelto SS); *SS-Sturmmann* (caporale SS) e *SS-Uscha* (sergente SS).
Dalla v*erlustmeldung* n. 14/N risulta alla data del 10.07.1943 effettivo alla 15^ compagnia del reggimento *Panzer Grenadieren* "*Totenkopf*" .
Ferito ad est di Rosignano il 5.7.1944, viene soccorso presso il posto di medicazione principale (vedasi lista delle perdite nr. 7).
Da accertamento esperito presso il *Krankenbuchlager* di Berlino, non figura ricoverato presso ospedali principali e pertanto è rimasto in cura presso l'ospedale da campo della divisione sino alla sua dimissione perché evidentemente le sue ferite non erano di gravità tale da doverlo trasferire in un nosocomio più attrezzato. Da ciò si evince la prova della sua presenza al reparto nel periodo in cui sono avvenuti i fatti criminosi.
Tramite la *Deutsche Dienststelle* di Berlino si sono acquisiti i seguenti documenti e le seguenti informazioni, attinenti alla prigionia di guerra:
formulario *P.O.W.-FORM* datato 18.04.1946 sottoscritto da Albert PIEPENSCHNEIDER. Altezza 178 cm (riquadro 3b); capelli biondi (riquadro 3c) occhi blu (riquadro 3d). I dati somatici coincidono con quelli dell'allegato al Rapporto G2.
Ha fatto parte della organizzazione giovanile nazista *Hitlerjugend* dal 1933 (aveva 9 anni) e nel 1940, a 16 anni, entra nella lega degli studenti nazionalsocialisti

(riquadro 10, 11 e 12).
Il suo incarico era di autista.
Il suo reparto d'appartenenza era la 5^ compagnia del *Pz.Aufkl.-Abt. 16* della divisone *Reichsführer* con il grado, al momento della cattura, e dunque successivamente ai fatti, di *Unterscharführer* (riquadri dal 15, 16, 17, 18 e 19).
cartellino segnaletico – dattiloscopico per prigionieri di guerra, che registra il suo arrivo presso il luogo di detenzione il giorno 8.8.1945. PIEPENSCHNEIDER lo sottoscrive. Ha il grado di *SS-Uscha*. (riquadro 1); è stato catturato a Radstadt l'8.5.1945 (riquadro 3); è alto 178 cm, pesa 71 kg, occhi blu, capelli biondo scuro (riquadro 4); è effettivo alla 5^ compagnia *SS-Pz.Aufkl.-Abt. 16* (riquadro 5); con incarico di comandante di squadra con riferimento al momento della cattura;
Scheda notizie datata 15.5.1946 firmata da PIEPENSCHNEIDER nella quale si dichiara già appartenente alla 5^ compagnia del reparto SS corazzato di ricognizione 16 come sottufficiale della riserva, autista.
Per quanto riguarda STOCKINGER Franz, questi viene indicato, nell'allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 datato 23.10.1944 del Quartiere Generale della 1^ divisione USA, al nr. 17 , come "Militare semplice SS STOCKINGER, 2^ compagnia, battaglione SS ricognizione 16. Età: 18 anni. Capelli: biondo scuri. Occhi: azzurri. Corporatura esile e sottile. Carnagione: pallido. Altezza metri 1.70. Uccise donne e bambini e incendiò case".
Tramite la *Deutsche Dienststelle* di Berlino è stata acquisita la seguente documentazione:
scheda personale nr. S 2703/ 471 , nella quale egli figura effettivo alla 2^ compagnia del *SS-Pz. Ausb.-Abt. 16* con il grado di *SS-Sturmmann* (caporale SS). Successivamente con nota n. V 21-6894/131 del 22.11.2006 la *Deutsche Dienststelle* comunicava a parziale rettifica delle prime registrazioni che STOCKINGER aveva fatto parte della 2^ compagnia dell'A.A. 16 della Pz. Gr. SS Div. 16 RF/SS (reparto ricognizione della 16^ div. SS, cioè il battaglione REDER);
libretto militare personale, rilasciato a Passau, ove alla pagina 44, riquadro 1, risulta aver frequentato la Scuola SS per granatieri corazzati, 11^ compagnia corazzata da ricognizione, dall'1.11.1943 al 7.3.1944 con giudizio "buono". Alla pagina 5, nel riquadro relativo alle sedi e reparti di servizio, egli figura in servizio a tale Scuola sino al 15.06.1944. Il 16.06.1944 viene trasferito alla 16^ divisione SS;
due cartellini segnaletico-dattiloscopici per prigioniero di guerra. Uno è redatto a mano, in lingua tedesca, l'altro è dattiloscritto in lingua inglese. Ambedue sono firmati da STOCKINGER. Al momento della cattura, avvenuta il 12.05.1945 a Rastatt (riquadro 3) egli figura caporale, (riquadro 1) di anni 19, alto 166 cm, 55 kg, occhi grigi, capelli biondi (riquadro 4). È effettivo alla 2^ compagnia *SS-Pz. A.A. 16* (riquadro 5) con l'incarico di autista (riquadro 6);
nel formulario per prigionieri di guerra *P.O.W. FORM* redatto e sottoscritto il 3.6.1946, STOCKINGER si dichiara alto 166 cm (riquadro 3b), biondo (riquadro 3c) con occhi grigi. Fa parte delle Waffen-SS con il grado di Sturmmann dall'1.11.1943 (riquadro 10,11 e 12). Il suo incarico militare è autista, effettivo alla 2^ compagnia del *Pz. Aufkl.-Abt. 16* della divisone *Reichsführer*, con il grado di *SS-Sturmmann* (riquadri 14, 16, 17 e 19).
Presso il *Krankenbuchlager* di Berlino (v. nota LAGeSo-IV F-250625-B del 25.03.2004) non risulta mai ricoverato in ospedale militare. L'unico documento esistente è il libretto sanitario, rilasciato a Passau, dal quale risulta *SS-Grenadier* (granatiere SS) con allegata scheda delle misure antropometriche ove figura alto 165 cm per 65 kg di peso.
Nell'interrogatorio del 16.10.2002 dichiara:
di aver fatto parte del 3° plotone, 2^ compagnia del 16° reparto di ricognizione della 2^ divisione SS che si trovava in Ungheria. Con tale divisione nel 1944 venne in Italia prima a Pisa e poi nelle vicinanze di Cecina. Non ricordava il nome del suo comandante di plotone; il suo comandante di squadra era l'*Oberschütze* PILLMANN. (È evidente che era effettivo alla 16^ Divisione, e non alla 2^, in quanto i reparti di supporto quali il reparto di ricognizione, la Flak, i pionieri, le trasmissioni, i rifornimenti e così via, prendevano il numero dalla divisone di appartenenza);
che il maggiore REDER era stato il suo comandante di divisione (è evidente che attribuisce al suo comandante del *A.A. 16*, magg. REDER un incarico diverso. Il comandante della divisione era – lo si è detto più volte - il generale SIMON);
che non era mai stato a Marzabotto ma principalmente a Pisa e Cecina;
che non aveva ucciso donne e bambini ma che, se avesse ricevuto questo ordine, lo avrebbe eseguito, altrimenti sarebbe stato fucilato;
che non era a conoscenza di massacri;
Gli veniva chiesto se conosceva diversi suoi commilitoni del suo stesso reparto ed altri suoi superiori. Conosceva solo REDER.
A differenza delle incertezze sui nomi, date e luoghi manifestati in precedenza nel verbale, ricordava di essere caduto prigioniero degli americani il 13 o 14 maggio 1945 in Stiria. Dai documenti della *Deutsche Dienststelle* risulta essere stato fatto prigioniero il 12.5.1945 a Radstadt località dell'Austria presso Salisburgo, immediatamente confinante con la Stiria.

Il riscontro viene dato dal coimputato FINSTER Günther che nel suo interrogatorio del 20.10.2003, alla domanda se conosceva il signor STOCKINGER, rispondeva: se aveva il nome Franz ed era originario della zona di Passau, allora lo conosceva per aver condiviso la stessa camerata in Olanda. Infatti STOCKINGER è della stessa 2^ compagnia di FINSTER e risiedeva all'epoca nel comune di Finsterau-Heinrichsbrunn, circoscrizione amministrativa di Passau, come risulta dal documento acquisito presso la *Deutsche Dienststelle* "Certificato dal casellario penale del Tribunale di Passau in data 14.05.1943".
Nessun dubbio infine circa l'esatta individuazione dell'imputato in STOCKINGER Franz, nato il 10.07.1926 a Heinrichsbrunn, e residente a Mauth, Finsterauerstr. n. 65, giacchè l'altro nome indicato dal difensore tedesco appartiene ad un omonimo, Erwin, che apparteneva ad altra divisione SS (la *Nibelungen*) che non operò mai in Italia.
A questo punto il Collegio deve richiamarsi alle osservazioni formulate nel precedente capitolo sulle prove utilizzabili.
Infatti, contrariamente a quanto accaduto per gli imputati WULF e SPIELER, la cui personale responsabilità come esecutori materiali è stata provata sulla base di precise dichiarazioni dei testi LEGOLL e KNEISSEL, per i quattro predetti imputati non vi è invece un simile supporto probatorio.
Nel verbale KNEISSEL viene, per vero, menzionato espressamente STOCKINGER, ma vale la pena di riportare testualmente tale citazione: "Le seguenti persone erano autisti e militari addetti alle retrovie che furono obbligati a partecipare a questa azione, io non so cosa essi abbiano fatto, ma loro potranno ampliare la mia deposizione: granatiere STOCKINGER, granatiere NEGALE, granatiere GINDELE".
Nel verbale LEGOLL gli imputati FINSTER, STOCKINGER, PIEPENSCHNEIDER e GUDE non compaiono assolutamente.
Si tratta – è il caso di ricordarlo – di militari che, all'epoca dei fatti, non esercitavano funzioni di comando, compreso lo stesso FINSTER (il punto verrà trattato, e risolto in senso negativo, fra poco).
Pertanto essi non possono essere ritenuti responsabili per concorso morale, non costituendo anelli di trasmissione dell'ordine illegittimo e non essendo stato acquisito alcun elemento che consenta di attribuire ai predetti un qualche ruolo nella fase di programmazione dell'eccidio.
Ne deriva che essi possono essere ritenuti responsabili solo se venga provata la loro diretta partecipazione, come esecutori materiali, ad una o più uccisioni. L'unica prova, alla luce di quanto sopra detto, verrebbe ad essere costituita: per STOCKINGER, dalle parole sopra riportate del verbale KNEISSEL; per gli altri tre, dalla menzione nell'allegato al rapporto G2.
Iniziamo con l'esame della posizione di **STOCKINGER.** Si è già rilevato che gli elementi di prova a carico del predetto si ravvisano nella deposizione resa da KNEISSEL. In essa si legge che lo STOCKINGER fu uno degli autisti "che furono obbligati a partecipare".
Già quel "furono obbligati" consentirebbe al Tribunale, in assenza di elementi di segno opposto, di procedere con la massima cautela, conferendo adeguato rilievo al fatto che in questo specifico caso ci si trova al cospetto di un militare che non riteneva di poter prendere parte alle programmate azioni contro la popolazione civile e che venne espressamente, a detta del teste KNEISSEL, obbligato a partecipare.
Ma c'è di più. Infatti, tutti i superstiti della strage hanno concordemente dichiarato che i reparti SS si spostavano sul territorio dei tre Comuni muovendosi a piedi: quindi i mezzi che li avevano condotti ai punti di partenza erano lì rimasti e non li avevano seguiti. Dal teste WOJTEKI apprendiamo – ma è già la logica a suggerircelo, perché questa è la prassi ovvia di ogni esercito – che gli autisti restavano con i mezzi, di cui erano responsabili. Dunque è possibile affermare che nessuno degli autisti si avventurò con gli altri reparti SS tra i borghi e i casolari dei tre Comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno e partecipò materialmente alla strage.
Si potrebbe tuttavia obbiettare: gli autisti non parteciparono materialmente, ma, avendo condotto i loro commilitoni sui luoghi, e sapendo cosa i commilitoni avevano ordine di fare, essi debbono comunque risponderne per concorso, avendo fornito un contributo causale importantissimo, se non decisivo, accompagnando con i loro mezzi la fanteria.
Tale ricostruzione, valida in astratto, cozza però con altre dichiarazioni del già richiamato teste WOJTECKI, il quale ha dichiarato che, per ragioni di sicurezza – evitare fughe di notizie che potessero compromettere l'esito di operazioni fondate sulla sorpresa, proprio come quella di Marzabotto – impiego e destinazioni venivano comunicate agli autisti nell'imminenza dei fatti, e, anzi, spesso la destinazione veniva comunicata al solo autista del mezzo capofila, che gli altri conducenti dovevano limitarsi a seguire. Se dunque agli autisti non veniva detto nemmeno *dove* andare, il Collegio, in assenza di prove in contrario, ritiene del tutto plausibile che essi non venissero affatto informati sul *cosa* i commilitoni trasportati dovessero fare, tanto più che ad essi autisti non era richiesto di parteciparvi.
Del resto, lo stesso tenore delle dichiarazioni di KNEISSEL sul punto non appare certo essere quello

di un accusatore, ma, più semplicemente, di un teste che chiama altri testi a conferma di quanto da lui dichiarato.
In conclusione, sulla base di questi elementi, lo STOCKINGER va assolto ex art. 530 co.2 c.p.p. sia dall'imputazione ex art. 185 c.p.m.g., sia – conseguentemente – da quella ex art. 187 c.p.m.g., con la formula per non aver commesso il fatto.
Posizione di **GUDE.** L'unico elemento di prova a carico di GUDE consiste nel fatto che il suo nome è menzionato nell'allegato al rapporto G2, con accanto la asserzione secondo cui si sarebbe reso responsabile della uccisione di donne e bambini.
Sulla natura e valenza probatoria di tale documento si è però già detto. Esso non è altro che un atto interno dei servizi informativi alleati, consistente, sostanzialmente, in una sintesi di dichiarazioni raccolte da prigionieri di guerra tedeschi e senza il supporto di alcun ulteriore documento o atto che valga in qualche misura a dare contezza delle generalità di coloro che avevano reso le predette dichiarazioni.
Di conseguenza non è possibile attribuire valore probatorio a siffatto atto, essendo esso equiparabile alle dichiarazioni degli informatori della polizia giudiziaria di cui all'art. 203 co. 1 c.p.p. e come tale idoneo solamente a costituire un sostanziale punto di partenza per le indagini. Infine, nessuna rilevanza possiedono nel caso di specie le uniche dichiarazioni rese da prigionieri di guerra ed acquisite agli atti del presente processo (Wilhelm KNEISSEL e Julien LEGOLL), che non fanno alcun riferimento alla persona del GUDE e che non contengono elementi che in qualche modo possano conferire un minimo di connotati concreti e specifici alla generica asserzione contenuta nell'allegato al Rapporto G2.
Pertanto, anche il GUDE va assolto ex art. 530 co. 2 c.p.p. per non aver commesso il fatto.
Le predette considerazioni valgono anche per **FINSTER** e **PIEPENSCHNEIDER.** In relazione a questi ultimi, inoltre, valgono anche i rilievi e le considerazioni svolte con riguardo al ruolo degli autisti nel contesto dell'esame della posizione di STOCKINGER.
Per quanto in particolare concerne il FINSTER, al quale le dichiarazioni del teste WOJTECKI sembrano attribuire compiti di comando o, almeno, di coordinamento, va detto che una attenta lettura del verbale di WOJTECKI conduce a ritenere non sufficientemente provata tale circostanza. Infatti, se è vero che il detto teste attribuisce al FINSTER la scelta degli autisti, nulla dice sulla conoscenza, da parte del FINSTER, dello scopo per il quale l'opera degli autisti era necessaria; così come nulla di univoco e convergente si evidenzia quanto alla eventualità che il FINSTER abbia in qualche misura apportato un contributo nella complessa attività di trasmissione degli ordini. Ordini, si ribadisce, decisi e maturati nell'ambito di riunioni che hanno coinvolto tutti i responsabili delle unità operative - battaglione, compagnie, plotoni e squadre - dislocate nei luoghi indicati nel capo di accusa; e che di conseguenza hanno costituito l'indispensabile e consapevole antecedente causale dell'eccidio, trovando puntuale attuazione a livello degli esecutori materiali ed inveratosi in comportamenti di indiscriminata e brutale uccisione di donne, anziani inermi e bambini.
In altre parole, in base alle prove in atti, il Collegio deve concludere che la partecipazione del FINSTER si sia limitata alla scelta dei conducenti dei mezzi, senza la consapevolezza – perché di ciò non c'è prova – di cosa andassero a fare gli uomini che i suoi autisti dovevano condurre sui luoghi delle operazioni; ivi giunti, poi, come si è già detto, non vi è nessuna prova che il FINSTER e gli altri autisti abbiano partecipato alle stragi.
Si è già detto che le medesime considerazioni valgono anche per PIEPENSCHNEIDER, come FINSTER raggiunto dalle inutilizzabili accuse contenute nell'allegato al rapporto G2; ma vi è, inoltre, relativamente a PIEPENSCHNEIDER, un
ulteriore dubbio sulla sua stessa presenza al battaglione REDER, dal momento che, alla data del 5 luglio 1944, risultava assegnato al comando di divisione, che le annotazioni sui documenti matricolari non riportano alcuna successiva riassegnazione all'unità esplorante, che – infine – non risulta che personale del comando divisionale abbia partecipato all'azione di Marzabotto (salvo, forse, la generica espressione di KNEISSEL "autisti e militari addetti alle retrovie", che è decisamente poco per un giudizio di penale responsabilità)
In conclusione, tanto il FINSTER, quanto il PIEPENSCHNEIDER, ai sensi dell'art. 530 co. 2 c.p.p., vanno assolti per non aver commesso il fatto. Il PIEPENSCHNEIDER, oltre che dall'imputazione ex art. 185 c.p.m.g., va per i detti motivi e con la detta formula assolto anche dall'imputazione ex art. 187 c.p.m.g..
Resta da affrontare la posizione dell'ultimo imputato, **KUSTERER Wilhelm Ernst**.
KUSTERER Wilhelm (Willi) entra nelle SS l'8.7.1940. Diventa *SS-Unterscharführer* (sergente SS) l'1.5.1943 come risulta dalla busta paga acquista presso il *Bundesarchiv* di Berlino, e da una richiesta di sussidio inoltrata il 28.10.1943 nel grado di *SS- Unterscharführer* .
Viene trasferito alla 3^ compagnia del battaglione REDER come risulta sia dalla scheda personale

acquisita tramite l'*LKA* Monaco (doc. da *Deutsche Dienststelle* di Berlino), che dal formulario per feriti in combattimento acquisito presso il *Krankenbuchlager* di Berlino.
La sua presenza nei ranghi della 16^ divisione SS è provata da una lettera datata 15.07.1944 del comando della divisione nella quale gli viene rilasciato il brevetto per croce di ferro di 2^ classe con data di conferimento 15.07.1944 . Un ulteriore riscontro è dato dalla *verlustmeldung* n. 54 per il periodo 11.09.1944 al 31.10.1944 del battaglione REDER, in cui KUSTERER risulta essere stato ferito in data 4.10.1944 in località Rioveggio sull'incrocio per le località Sasso Padura - Castiglione quale appartenente alla 3^ compagnia con il grado di *SS-Uscha* (sergente SS).
KUSTERER è stato sentito in data 28.06.2004, e ha riferito di essere stato assegnato alla 16^ divisione SS mentre si trovava impegnato in Italia ad Anzio-Nettuno per contrastare l'avanzata delle truppe alleate, nell'estate 1944. Venne poi trasferito in Toscana e Emilia Romagna. Gli sembrava di ricordare di aver fatto parte della 3^ compagnia della 16^ divisione. Ricordava i nomi del generale Max SIMON, comandante della divisione, del maggiore Walter REDER, comandante di battaglione, e del capitano SCHMIDKUNZ comandante della 3^ compagnia. Ricordava inoltre un comandante di squadra di nome HASCHKA (trattasi di HASKA Alfred, nato a Vienna il 25.02.1925, deceduto, *SS-Sturmmann* effettivo alla 3^ compagnia del battaglione REDER), un caporale di nome FLOKOWSKY (trattasi di FLORKOWSKY Erich, nato a Kratopisce il 29.05.1925, *SS-Sturmmann*, effettivo alla 3^ compagnia del battaglione REDER) ed il suo maresciallo capo furiere di nome WIMMER (trattasi di WIMMERS Willi, nato a Rheydt il 31.03.1913, deceduto il 31.03.1964, già *SS-Hauptscharfuhrer* effettivo alla 3^ compagnia del battaglione REDER).
Tali indicazioni confermano l'appartenenza del KUSTERER alla 3^ compagnia.
Dopo il suo ferimento avvenuto il 4.10.1944 fu trasferito ad un reparto da montagna delle SS.
Richiesto sulla sua partecipazione alle stragi avvenute nella zona di Marzabotto egli si dichiarava estraneo ai fatti, da lui appresi indirettamente in quanto chi vi partecipò tacque. Era a lui chiaro che i responsabili erano da ricercarsi negli appartenenti al battaglione esplorante n. 16 del maggiore SS Walter REDER. Ammetteva di aver effettuato un operazione antipartigiana contro la brigata partigiana *Stella Rossa*. Era certo che alle operazioni di Monte Sole avesse partecipato l'intero battaglione esplorante e forse anche altri reparti. Apprese al rientro dei partecipanti all'operazione di Monte Sole che era accaduta una "vera porcheria" e che cioè si erano verificati dei fatti contro la popolazione civile incompatibili con il diritto internazionale.
Che KUSTERER fosse presente al reparto è confermato dall'assenza sul foglio matricolare e negli atti degli archivi germanici di tracce di suoi ricoveri in ospedale nel periodo dei fatti per i quali è processo. Infatti gli accertamenti esperiti presso il *Krankenbuchlager* (v. nota LAGeSo-IV F-260420-Sch del 17.03.2005) e la *Deutsche Dienststelle* di Berlino hanno dato esito negativo.
L'imputato – tramite il suo difensore tedesco – ha fatto pervenire una sua dichiarazione debitamente sottoscritta, nella quale egli conferma la sua presenza a Marzabotto nei giorni dell'operazione antipartigiana, e la sua partecipazione ai fatti, giacché dichiara di aver personalmente assistito al ferimento a morte del suo comandante di compagnia (capitano SCHMIDKUNZ, comandante appunto della 3^ compagnia alla quale egli apparteneva). Tale dichiarazione trova piena conferma negli atti di causa, giacché nella sopra indicata *verlustmeldung* n. 54 (relativa al periodo 11.09.1944 - 31.10.1944) del battaglione REDER, KUSTERER risulta essere stato ferito proprio in data 4.10.1944 in località Rioveggio.
Per decidere della responsabilità del KUSTERER, però, trattandosi di uno di quei tanti imputati per i quali non vi è prova di responsabilità come esecutori materiali, deve stabilirsi se il KUSTERER, data la sua presenza a Marzabotto, abbia esercitato o meno funzioni di comando.
Ma prima occorre fare una premessa.
Di tutti i diciassette imputati, KUSTERER è quello che – a mezzo del suo difensore, giacché egli, come gli altri, ha ritenuto di non comparire ed è stato giudicato in contumacia – ha radicato la sua difesa su una intensa azione di contrasto verso l'immagine di fanatico milite nazista che, secondo lui, poteva influenzare negativamente il giudizio nei suoi confronti.
In effetti, la biografia del KUSTERER, così come può essere ricostruita sulla base dei documenti in atti, appare sensibilmente diversa da quella dei suoi commilitoni. Ad esempio, quattro degli altri imputati (ROITHMEIER, BICHLER, PIEPENSCHNEIDER e WACHE) provenivano dai ranghi della tristemente famosa divisione *Totenkopf* delle Waffen-SS, e due (ALBERS e TRÄGER) nientemeno che dalla *Leibstandarte*, la guardia personale di HITLER: niente di tutto ciò per KUSTERER. Prima del suo arruolamento nelle Waffen-SS, non gli si può imputare alcuno specifico precedente "nazista", a parte l'appartenenza alla *Hitlerjugend*, che non prova nulla: il KUSTERER vi entrò nel 1935, all'età di tredici anni, un'età in cui, francamente, sarebbe

eccessivamente severo ipotizzare scelte ideologiche mature e consapevoli, soprattutto in uno Stato totalitario in cui la propaganda di regime è onnipresente e pervasiva, e la possibilità di scelte alternative del tutto inesistente.
Dunque, solo l'arruolamento nello *Schwartzekorps* (il "Corpo Nero", come erano soprannominate le SS) identificherebbe l'imputato come "un pò più nazista" rispetto al cittadino tedesco medio dell'epoca. Ma, sul punto, il KUSTERER ha offerto al Collegio una plausibile versione dei fatti, dotata di significativi elementi di riscontro documentale.
Il diritto civile tedesco dell'epoca (come quello italiano, peraltro) stabiliva la maggiore età al compimento del ventunesimo anno, e non consentiva il matrimonio prima di tale età; sennonché, ai militi delle SS – la quintessenza della "razza superiore", la cui "attività procreativa" doveva essere incoraggiata con qualsiasi mezzo – era consentito sposarsi prima del ventunesimo compleanno, purché avessero compiuto i diciotto anni; ora, ha sostenuto il KUSTERER, avendo egli concepito una figlia con la sua fidanzata, ed essendo all'epoca socialmente inammissibile la procreazione al di fuori del matrimonio, egli si sarebbe risolto ad arruolarsi nelle SS per potersi sposare in tempi rapidi e consentire alla figlia di nascere in costanza di matrimonio; documentava tale affermazione con un certificato dal quale risultava la nascita della figlia Brigitte il 17 dicembre 1940 (si è già detto che l'arruolamento dell'imputato nelle SS era avvenuto in data 8 luglio 1940).
Dando per vera questa storia – e le date risultanti dai documenti la rendono quanto meno credibile - essa getta certamente una luce meno negativa sulla personalità dell'imputato.
Quanto sopra, però, pur costituendo un indubbio elemento di valutazione, nulla dice in ordine alla domanda che il Collegio si poneva prima di questa necessaria digressione, e alla quale si deve adesso ritornare.
Esercitava il KUSTERER funzioni di comando?
Secondo l'impianto accusatorio, sì. Il KUSTERER viene infatti "presentato" al Tribunale come comandante di squadra nell'ambito della terza compagnia del battaglione REDER. Se tale circostanza trovasse conferma nel compendio probatorio in atti, l'esame della posizione dell'imputato – alla luce delle considerazioni già svolte – potrebbe dirsi conclusa, nel senso che sarebbe doverosa l'affermazione della sua penale responsabilità per concorso morale nell'eccidio.
Ma nessuna delle prove in atti sembra confermare tale circostanza.
Cominciamo dal verbale dell'interrogatorio reso il 28.6.2004 presso l'ufficio di Pforzheim della Procura di Karlsruhe, su rogatoria della Procura Militare della Spezia. Richiesto di descrivere l'organigramma delle compagnie del battaglione REDER, l'imputato, giunto a trattare delle squadre, dichiarava che "ogni squadra era comandata da un 'superioré, ossia da un sottufficiale o un aspirante sottufficiale o simili". Il tenore letterale della frase – è impossibile non rilevarlo – non sembra quello di qualcuno che descrive le *proprie* funzioni ed è invece del tutto compatibile con l'opposta ipotesi di colui che descrive ruoli e funzioni rivestiti da altri.
Ma questo è davvero troppo poco per decidere in un senso o in un altro. E poi, si potrebbe obbiettare, è ovvio che le dichiarazioni dell'imputato siano quanto meno ambigue su quei punti che potrebbero compromettere la sua posizione.
Veniamo allora ai documenti. Nella *verlustmeldung* riportante la notizia del ferimento dell'imputato (in data, il 4.10.1944, di poco posteriore ai fatti di causa), e nella restante documentazione sanitaria relativa a tale ferimento, è indicato il grado dell'imputato, ma non è a tale grado associata alcuna menzione di funzioni di comando: mera dimenticanza del compilatore? Non è peregrino ricordare che si tratta di documenti compilati con estrema meticolosità (non è una battuta: con precisione "teutonica") e che in essi vengono evidenziati anche i minimi particolari – si specifica, ad esempio, la parte del corpo ferita, il tipo di ferita, il tipo di arma con cui l'offesa è stata recata, ecc.; questo attribuisce un particolare valore non solo a quanto in tali documenti è attestato, ma anche a ciò che non venga espressamente indicato.
E in nessuno dei predetti documenti, lo si ribadisce, si dice o si adombra che l'SS-*unterscharfuherer* KUSTERER fosse comandante di squadra. Il tutto, si ribadisce, da leggere ed interpretare alla luce del fatto che in tutti gli altri documenti ufficiali esaminati nel corso del presente processo risulta puntualmente indicata la funzione di comando (compagnia, plotone, squadra) svolta dal soggetto di volta in volta preso in esame e accanto alla indicazione del suo grado.
Va però doverosamente rilevato che agli atti esiste un documento che sembrerebbe accreditare all'imputato funzioni di comando, e che è verosimile abbia costituito l'essenziale punto di appoggio dell'accusa formulata contro di lui.
Il documento in questione è rappresentato dalla scheda per prigionieri di guerra relativa all'imputato, il quale venne preso prigioniero il 10 maggio 1945 dalle truppe alleate in Austria.
In tale documento, redatto in lingua inglese, il grado dell'imputato viene indicato come *platoon sergeant*, grado dell'esercito degli Stati Uniti che il compilatore della scheda ritenne equivalente a quello del KU-

STERER. E ciò ha costituito la fonte dell'equivoco, essendosi ritenuto che il KUSTERER avesse partecipato all'eccidio nella veste di comandante di plotone e quindi come fondamentale anello della catena di trasmissione degli ordini che lo avevano programmato e ne avevano consentito la terribile attuazione.
Nell'esercito degli Stati Uniti, però, oggi come nel 1944, *platoon sergeant* (denominazione equivalente: *sergeant first class*) non è un incarico (come risulterebbe, invece, dalla dizione *platoon leader*, utilizzata, come già visto, per SCHNEIDER Adolf), ma una denominazione di grado, come, nelle nostre Forze armate, il generale di brigata o l'ammiraglio di squadra; non vi è alcuna correlazione indefettibile fra il grado e il tipo di comando da cui il grado deriva il suo nome. Nell'esercito degli Stati Uniti il "sergente di plotone" (identificato da tre galloni a V rovesciati, sovrapposti a due archetti) può ben ricoprire incarichi di comandante o vicecomandante di un sottoreparto, ma anche – ed è il caso più frequente – molte altre, diverse dalle predette, come mansioni tecniche, logistiche, amministrative, addestrative, ecc. . Questo avviene in tutte le Forze armate del mondo: non ogni generale di brigata italiano comanda una brigata, e non si può presumere, sulla base della sola denominazione del suo grado, che abbia detto comando, se non vi è prova di ciò. Per tornare all'imputato, egli venne qualificato, nel documento relativo alla prigionia di guerra, come "sergente di plotone" non perché avesse le funzioni di comandante di un plotone o di qualsiasi altro sottoreparto della sua compagnia, ma perché il furiere americano che lo registrò ritenne che tale grado corrispondesse a quello di SS-*unterscharfuhrer* – peraltro sbagliando, perché il "sergente di plotone" americano corrisponde a un grado più elevato nella gerarchia dei sottufficiali.
Una ulteriore conferma di ciò è data, come già precedentemente accennato, dal fatto che, per quanto concerne l'imputato SCHNEIDER Adolf (che effettivamente svolgeva funzioni di comandante di plotone), nel cartellino segnaletico per prigionieri di guerra viene espressamente utilizzata la diversa dizione *platoon leader*. Infatti, non esistendo nella gerarchia dei sottufficiali dell'esercito americano – né dell'esercito britannico o di alcuna delle Forze armate di altri Paesi alleati durante la seconda guerra mondiale – un grado denominato *platoon leader*, l'uso di tale espressione, da parte del compilatore della scheda di SCHNEIDER Adolf, altro non significa che l'indicazione di una funzione o di un incarico; per contro, il fatto che, nella scheda relativa al KUSTERER, sia invece impiegata un'espressione corrispondente ad una precisa denominazione di grado significa – in assenza di elementi che possano inficiare tale conclusione – che il compilatore della scheda volle far riferimento non all'incarico, ma al mero grado.
In conclusione, non vi è prova sufficiente che, in relazione ai fatti di Marzabotto, il KUSTERER abbia esercitato funzioni di comando, anzi è possibile – per non dire altamente probabile – che tali funzioni gli siano state erroneamente attribuite nell'ipotesi accusatoria per colpa dell'equivoco sopra descritto e spiegato.
Conseguentemente, anche il KUSTERER va assolto ex art. 530 co. 2 c.p.p. per non aver commesso il fatto.

Qualificazione giuridica del fatto

Sulla base dei fatti, quali emersi all'esito del presente dibattimento, il Collegio ritiene perfettamente integrata la fattispecie di cui all'art. 185 c.p.m.g. così come contestata agli odierni imputati.
Il fatto materiale ascritto agli odierni imputati, infatti, darebbe normalmente luogo ad un corrispondente numero di reati di omicidio con riferimento al disposto dell'art. 575 c.p.. Nel caso in esame - cioè in conseguenza della sussistenza degli elementi specializzanti di cui alla norma contestata - si configura invece il diverso reato previsto e punito dal codice penale militare di guerra. Infatti, mentre il comma 1 della suddetta norma incrimina genericamente il militare che "usa violenza", nel comma 2 si fa riferimento all'omicidio, in sistematica coerenza con il concetto normativamente definito dall'art.43 c.p.m.p., secondo il quale "agli effetti della legge penale militare", sotto la denominazione di *violenza* è compreso anche l'omicidio, e si prevede l'applicabilità delle sanzioni stabilite dal codice penale.
Tuttavia, come detto, l'applicabilità della norma è subordinata alla ricorrenza di una serie di elementi specializzanti, primo dei quali lo *status* di militare in capo all'autore del fatto, qualità soggettiva la cui sussistenza è altresì necessaria al fine di radicare presso l'autorità giudiziaria militare la giurisdizione in ordine ai fatti di causa. Al riguardo, essendo pacifica l'attribuibilità di questi alle SS, è appena il caso di fare riferimento all'ormai univoca giurisprudenza (si veda, per tutte, la sentenza della Corte di Cassazione, sez.I, 10 febbraio 1997, con cui è stato risolto il conflitto di giurisdizione nella nota vicenda Priebke) che, con riferimento al suddetto Corpo (letteralmente *Schutz-Staffeln*), ne ha ormai definitivamente decretato il carattere militare. Conclusione, questa, peraltro condivisa anche da questo giudice, che ha avuto modo di vedere confermati, anche per la 16a divisione, quei tratti che concorrono a delinearne tale natura. Ed invero, anche per quanto affermato dai consulenti del p.m. sulla storia della divisione,

ed in particolare per l'impiego sul fronte orientale prima che in quello italiano, non può dubitarsi della sua operatività su tutti i fronti di guerra, così come non è dubbia la sua organizzazione secondo gli schemi e le forme di uno schieramento militare. Infine, l'attribuzione a Kesselring (e quindi all'esercito) della responsabilità della lotta ai partigiani nelle zone di operazioni militari, compito cui erano solitamente destinate le SS, e la conseguente soggezione alle sue direttive, prova anche il loro inquadramento nel dispositivo tattico dell'esercito, come ulteriormente confermato da tutti quei documenti della XIV armata in cui si fa riferimento alla 16a divisione SS o ad unità minori in essa.

Il fatto, poi, che si tratti di militari appartenenti a Forze armate straniere non è certamente di ostacolo all'applicazione della norma, in quanto l'art. 13 c.p.m.g. - la cui vigenza non è stata scalfita dall'art.103 Cost. (pacifico in giurisprudenza dopo la pronuncia del 28.10.1950 delle S.U. della Suprema Corte, proc. Wagener, ma soprattutto dopo l'avallo della Corte Costituzionale con la sent. 48/1959, e l'ulteriore conferma della stessa Cassazione con la sent. 10 febbraio 1997 già citata) - prevede espressamente l'applicabilità delle disposizioni relative ai reati contro le leggi e gli usi della guerra, tra cui appunto l'art.185 c.p.m.g., anche ai militari e a ogni altra persona appartenente alle Forze armate nemiche che li commettano a danno dello Stato italiano o di un cittadino italiano.

In virtù del combinato disposto delle suddette norme, pertanto, può dirsi punibile in base all'art.185 c.p.m.g. anche il militare straniero (gli imputati erano tutti appartenenti alle SS) che usi violenza (nel caso di specie cagionando la morte), per cause non estranee alla guerra, contro "privati nemici" - in questo caso sarebbero tali i cittadini italiani (art.13 c.p.m.g.) - che non prendono parte alle operazioni militari (art.185 c.p.m.g.).

È stato eccepito che le vittime dell'eccidio non potrebbero definirsi "nemiche" dei militari tedeschi, in quanto cittadini della Repubblica Sociale Italiana, alleata della Germania, e che pertanto mancherebbe uno dei necessari elementi specializzanti sui quali la qualificazione giuridica del fatto – e conseguentemente la giurisdizione – si fonda.

Tale tesi non può essere condivisa.

Infatti, la Repubblica Sociale Italiana (cosiddetta "Repubblica di Salò"), sulla base dei principi di diritto internazionale, non poteva davvero considerarsi uno Stato sovrano sorto per l'avvenuta disgregazione dello Stato italiano in due unità distinte ed indipendenti quali il Regno d'Italia da una parte e la Repubblica di Salò dall'altra. Invero, perché possa ritenersi sussistente la piena soggettività internazionale sono normalmente necessari il riconoscimento degli altri Stati e, più in generale, della Comunità internazionale. Orbene, nel caso di specie non risulta che ciò sia avvenuto se non, ma solo a parole, da parte dell'Alleato tedesco. Ma a prescindere da tale riconoscimento internazionale, che molto spesso arriva in ritardo rispetto al maturare di quei requisiti sostanziali che determinano la formazione di un nuovo Stato, e talvolta a prezzo di qualche compromesso, la Repubblica Sociale non possedeva neanche la sostanza per potersi considerare qualcosa più di un c.d. "Stato fantoccio".

Perché possa configurarsi un nuovo soggetto internazionale, è infatti necessaria la c.d. sovranità interna, determinata dal controllo di un territorio e della comunità che su di esso incide, e la c.d. sovranità esterna, caratterizzata dall'autonomia e indipendenza nell'esercizio delle tipiche attività di governo, requisiti insussistenti in capo alla presunta Repubblica.

Infatti, quanto al primo aspetto, c'erano alcune parti del territorio sicuramente sotto il controllo formale, oltre che sostanziale, dei tedeschi (si ricorda il potere amministrativo del *Gauleiter* tedesco nel litorale Adriatico e nelle "Prealpi"). Quanto al secondo non può certamente dirsi che le nuove Autorità godessero di una dignitosa autonomia e indipendenza dall'ingombrante Alleato, basti ricordare soltanto l'arroganza con la quale i comandanti militari, Kesselring *in primis*, dettavano legge in tutto il territorio con le proprie disposizioni anche nei confronti della popolazione: si pensi alle zone che venivano fatte sfollare senza alcun intervento o intermediazione da parte delle cariche civili c.d. "repubblichine", nonché all'incredulità delle autorità fasciste repubblicane quando appresero degli eccidi di Marzabotto, incredulità motivata dal fatto che i tedeschi non avevano ritenuto di avvisare i loro "alleati" italiani di ciò che avevano intenzione di fare sul territorio che, teoricamente, era soggetto alla sovranità di tali alleati.

In definitiva, gli abitanti dei tre Comuni di Marzabotto, Grizzana Morandi e Monzuno di nessun altro Stato erano cittadini se non del Regno d'Italia nato il 17 marzo 1861, proprio quel Regno d'Italia che, il 13 ottobre 1943 – un anno prima dei fatti – aveva dichiarato guerra al Reich tedesco, assumendo *de iure*, oltre che *de facto*, la veste di nemico dello Stato tedesco.

Quanto all'ulteriore presupposto, che le vittime non avessero preso parte alle operazioni belliche, esso trova giustificazione nell'essenza stessa della guerra, cioè in quello che, nel secondo conflitto mondiale, era essenzialmente uno scontro armato tra Stati. È di palmare evidenza che non si potrebbe chiedere ad una parte in conflitto di astenersi dal fronteggiare, ed eventual-

mente uccidere, coloro che gli si contrapponessero nell'ambito di un'operazione militare. In un contesto caratterizzato dalla violenza, ove un militare mette in gioco la propria incolumità e la stessa vita al servizio del proprio Paese, egli deve poter agire nei confronti dell'avversario, sia questo un esercito regolare, sia una formazione spontanea in combattimento.

Esigenza, questa, già ben conosciuta a livello internazionale se la Convenzione dell'Aja del 1907 esordisce, nelle sue prime norme, con lo stabilire chi siano i "belligeranti", cioè coloro che, al di là delle milizie regolari, siano tenuti al rispetto dello *ius in bello*: all'art. 1 è stabilito che "le leggi, i diritti e i doveri della guerra" si applicano anche alle milizie e ai corpi di volontari, quindi anche alla popolazione, che si organizzino con un comandante responsabile delle loro azioni, con un segno distintivo fisso e riconoscibile a distanza, che portino le armi apertamente e che, nelle loro operazioni, si conformino alle leggi e agli usi di guerra; ma l'art. 2 della Convenzione amplia ulteriormente la nozione, considerando "belligerante", a condizione che porti le armi apertamente e rispetti le leggi e gli usi di guerra, anche *"la popolazione di un territorio non occupato che, all'avvicinarsi del nemico, prende spontaneamente le armi per combattere le truppe di invasione senza avere avuto il tempo di organizzarsi conformemente all'art. 1"*.

È di tutta evidenza, all'esito del dibattimento, che nulla possa far ritenere l'inerme popolazione dei tre Comuni come "belligerante", eccezion fatta per quei pochi – e disorganizzati – partigiani, che nei mesi precedenti l'eccidio non avevano svolto alcuna azione degna di nota, e che, il primo giorno dell'operazione, opposero una resistenza forse non blanda, ma neppure strenua, resistenza che in ogni caso non determinò ma seguì l'inizio delle stragi. Queste ultime altri non colpirono se non donne e bambini, vecchi spesso incapaci di muoversi, che non opposero la benché minima resistenza, a meno che implorare pietà non debba essere considerato un atto di resistenza armata. Quanto ai pochi uomini presenti quel mattino, alla notizia dell'arrivo dei tedeschi, essi, ben lungi dall'impugnare le armi per contrapporsi all'occupante, e nell'ingenua illusione che i propri cari non corressero alcun pericolo, si limitarono a cercare rifugio nei boschi.

Va detto dell'ultimo elemento specializzante richiesto dalla fattispecie. Invero, perché l'eccidio possa definirsi "atto illecito di guerra", e così ricadere sotto il disposto dell'art. 185 c.p.m.g., è anche necessario che sia stato concepito e realizzato per cause non estranee alla guerra.

Come dichiarato dai consulenti storici del p.m., nel contesto storico di riferimento, la situazione dei belligeranti nell'estate del 1944 aveva già evidenziato la grande importanza della zona a sud di Bologna per la costituzione e il consolidamento della Linea Gotica, lungo la quale i tedeschi intendevano opporre la loro ultima resistenza alle truppe alleate che risalivano verso nord la penisola italiana: essa doveva rappresentare, nella loro prospettiva, un ostacolo decisivo verso la pianura padana e, quindi, verso i confini del Reich. È stato anche chiarito che, tra gli ostacoli alla costruzione di quella barriera, uno era senz'altro rappresentato dalla minaccia partigiana; vero è che i servizi informativi tedeschi avevano sovrastimato tale minaccia, per quanto concerne la zona di Marzabotto, ma ciò non incide minimamente sul fatto che la strage commessa dalle SS si inserisse nell'opera di "bonifica" del territorio dai partigiani della brigata *Stella Rossa* (per le SS era un punto fermo e indiscutibile l'equiparazione dei civili ai partigiani); sicché non può che affermarsene la stretta attinenza con la guerra.

Tali considerazioni, pur nella loro brevità, se da un lato evidenziano la correttezza della qualificazione giuridica operata dal p.m., dall'altra consentono di negare la sussistenza degli elementi negativi del fatto previsti dallo stesso art.185 c.p.m.g..

Infatti, perché il fatto ipotizzato assuma penale rilevanza, è necessario che sia stato posto in essere "senza necessità" o, comunque, senza "giustificato motivo". Si allude, nel primo caso, alla cosiddetta "necessità militare", clausola spesso presente in numerose norme di diritto bellico, appositamente ripresa con lo scopo di consentire, in talune situazioni, l'uso della violenza anche nei confronti di coloro che non prendono parte alle operazioni militari.

Tuttavia la giurisprudenza (Corte Mil. App. di Roma, 7.03.1998, Priebke, confermata da Cass., sez. I, 16.11.1998) ha già messo in guardia dal pericolo di confondere la "necessità" con ragioni di convenienza militare, perché altrimenti si potrebbe paradossalmente arrivare alla conclusione che l'eliminazione della popolazione dello Stato nemico sarebbe la migliore garanzia di riuscita per le proprie operazioni militari, ciò che porterebbe sempre ad una presunzione di necessità, e quindi allo svuotamento della norma ogni volta che si agisse per cause non estranee alla guerra.

Per "necessità" deve allora intendersi o un pericolo grave ed attuale (così T.M. Roma 20.07.1948, confermata da T.S.M. 25.10.1952, Kappler) o comunque, come più recentemente affermato dalla Corte Militare d'Appello nel processo Priebke (confermata da Cass., sez. I, 16.11.1998), una situazione imposta dalla guerra, come "quando il soggetto passivo del reato, pur non prendendo parte alle operazioni mi-

litari, svolge un'attività ad esse collegata e in favore di una delle parti in conflitto, ovvero viene a trovarsi in una condizione di tale legame concreto con i belligeranti...da non poter non essere coinvolto nelle operazioni militari".

Il materiale probatorio in atti ha pienamente dimostrato che l'eccidio passato alla storia con il nome di "strage di Marzabotto" fu freddamente pianificato a tavolino, sulla base della arbitraria e ingiusta equiparazione tra civili e partigiani, che le violenze sui civili inermi iniziarono ben prima che i partigiani della *Stella Rossa* accennassero una pur minima resistenza, che la dette violenze si protrassero anche dopo che i blandi combattimenti con il nemico erano cessati e che coinvolsero anche gli abitanti di località e frazioni nelle quali non vi erano stati scontri e non erano stati trovati né partigiani né armi, in altre parole in luoghi e contro persone che apparivano *prima facie* come totalmente estranei alla lotta partigiana, e contro cui non poteva invocarsi alcuna necessità, né giustificarsi alcun rigore.

Ed in ogni caso, non deve mai dimenticarsi che la violenza deve sempre essere proporzionata all'esigenza che si intende soddisfare. Invero, anche partendo dal presupposto che fosse necessario togliere il sostegno della popolazione ai partigiani, nel caso di specie sarebbe stato sufficiente adottare rimedi meno disumani, come lo sfollamento forzato della popolazione civile. Ed ancora, quale "necessità" vi era di sterminare i vecchi, gli invalidi e i bambini più piccoli? Sarebbe stato, per così dire, "sufficiente" uccidere soltanto coloro che potevano offrire un reale sostegno ai partigiani. E invece no, la furia nazista non operò alcuna distinzione tra le persone. Gli ordini impartiti erano chiari: uccidere tutti e distruggere tutto.

Si deve inoltre escludere che ricorresse qualsiasi altro "giustificato motivo", locuzione con cui si allude ad una situazione che renda in qualche modo legittima un'azione normalmente illecita.

In questo senso, infatti, si è adombrato che l'eccidio sarebbe stata una rappresaglia per dei non meglio definiti e identificati attacchi che le truppe tedesche avrebbero subito nella zona in precedenza.

La rappresaglia nasce, nel diritto internazionale, come strumento di autotutela a disposizione di uno Stato che, alla violazione di una norma di diritto bellico, faccia seguire la trasgressione della stessa o di altra norma dello stesso diritto di guerra, fermi restando i limiti della proporzionalità e del rispetto delle principali norme del diritto umanitario, entrambi comunemente ammessi sulla base degli usi di guerra.

In ossequio a quanto già imposto dalla consuetudine internazionale, l'istituto trova la propria disciplina nell'art.8 della Legge di guerra (R.D. 8 luglio 1938, n.1415) che, infatti, così statuisce: *"L'osservanza di obblighi derivanti dal diritto internazionale può essere sospesa, a titolo di rappresaglia, anche in deroga a questa o ad altra legge, nei confronti del belligerante nemico, che non adempie, in tutto o in parte, a detti obblighi.*

La rappresaglia ha il fine di indurre il belligerante nemico a osservare gli obblighi derivanti dal diritto internazionale, e può effettuarsi, sia con atti analoghi a quelli da esso compiuti, sia con atti di natura diversa.

Non può essere sospesa, a norma del primo comma, l'osservanza di disposizioni emanate per l'adempimento di convenzioni internazionali, che escludono espressamente la rappresaglia".

Ora, con riferimento ai motivi più sopra illustrati, appare evidente che non ricorrono gli estremi per ritenere che l'eccidio possa essere ricondotto ad un giustificato motivo.

In via preliminare perché, essendo presupposto un preventivo illecito da parte del belligerante nemico, in questo caso dello Stato italiano, non sarebbe affatto semplice riconoscere ai partigiani la qualifica di organo dello Stato.

In secondo luogo perché non è stato accertato quale sarebbe stato l'illecito ad essi ascrivibile, ciò che preclude la possibilità di verificare la contrarietà del loro comportamento alle norme del diritto internazionale. Sarebbe altresì preclusa, conseguentemente, la valutazione sulla legittimità del ricorso a tale strumento: se cioè fosse servito per ripristinare l'ordine violato o, come sembra più probabile, come rozzo strumento di vendetta e di manifestazione di forza bruta.

Inoltre, anche a voler ammettere che ricorressero i due presupposti indicati, nella prospettiva di una precedente lesione subita dai tedeschi, sarebbe stato lecito attendersi la richiesta di una qualunque altra forma di riparazione, essendo stata sottolineata in dottrina la necessità di far precedere la rappresaglia da una forma di protesta o da negoziati tesi ad ottenere altrimenti soddisfazione (requisito della c.d. "necessità"). Ma la mancanza di qualunque tentativo in tal senso, oltre a confermare la difficoltà di riferire allo Stato l'eventuale precedente azione partigiana, sembra piuttosto ribadire che non di rappresaglia si è trattato, quanto di un feroce e premeditato atto di guerra teso alla "bonifica" del territorio da qualsivoglia abitante.

In ogni caso, anche a voler prescindere da tali considerazioni, sarebbero stati oltremodo sorpassati tutti i limiti che alla rappresaglia tradizionalmente si assegnano. Infatti, pur ritenendola una reazione ad attacchi precedenti, il massacro di quelle centinaia di persone inermi si presenta come assolutamente spro-

porzionato e gratuito. Infine, dato il numero delle vittime, i tempi e i modi del massacro, difetterebbe un ulteriore requisito, essendo unanimemente riconosciuto che la rappresaglia non deve essere contraria ai basilari principi di umanità e di civiltà.
Né il fatto potrebbe essere giustificato quale forma di repressione collettiva che, in presenza di determinati presupposti, e a determinate condizioni, la Convenzione dell'Aja del 1907 pur avrebbe consentito. Infatti l'art. 50 ammette il ricorso a "*peine collective*" a danno della popolazione soltanto quando la si possa considerare solidalmente responsabile di un precedente fatto individuale. Fermo restando che sarebbe stato consentito soltanto il ricorso ad una sanzione pecuniaria, o ad altra analoga, è tranciante il rilievo che, nel caso di specie, non è in alcun modo configurabile alcuna forma di responsabilità, neanche solidale, in capo ai civili.
Ma se anche così fosse, ugualmente il fatto non potrebbe trovare alcuna giustificazione nell'ambito del diritto penale di guerra. La Convenzione dell'Aja del 1907, che regolamentava il diritto di guerra, sebbene escludesse la violenza nei confronti delle popolazioni civili, conteneva una norma relativa agli obblighi delle truppe occupanti (art.43) che, con una formulazione piuttosto ambigua, stabiliva che queste potessero prendere tutte le misure per ristabilire e mantenere l'ordine e la vita pubblica dei territori occupati. Infatti sia nel diritto tedesco che in quello anglosassone e francese, diversi giuristi sostenevano un'interpretazione che vi faceva rientrare anche la possibilità di prendere ostaggi e di ucciderli nel caso che atti ostili nei loro confronti fossero stati posti in essere con la corresponsabilità della popolazione.
Nonostante vi fosse una discussione in merito in dottrina, sviluppatasi nel periodo tra le due guerre, la questione non fu definitivamente risolta neanche nel corso del secondo conflitto mondiale, tant'è che i tedeschi ed altre potenze, talvolta, continuavano a richiamare quell'interpretazione a supporto delle proprie azioni. In ogni caso, quando si parlava di presa di ostaggi, gli stessi giuristi tedeschi ritenevano dovessero ricorrere taluni presupposti e requisiti: innanzitutto, per assicurare la formalità del processo, si dovevano informare le popolazioni che sarebbe stata messa in atto la procedura di cattura degli ostaggi; si sarebbero potuti prendere, comunque, soltanto ostaggi di sesso maschile in età per svolgere il servizio militare o in età di lavoro, cioè compresa tra i 18 e i 55 anni; in ogni caso le rappresaglie dovevano essere formalmente stabilite da un tribunale militare, che fosse almeno a livello di divisione, con totale esclusione del potere di disporla da parte di un singolo comandante di reparto. Con queste modalità, secondo i giuristi tedeschi, e secondo alcuni dei giuristi inglesi, la cattura di ostaggi e la loro eventuale soppressione veniva considerata rispondente, se non alle leggi, a quelli che venivano definiti gli "usi di guerra".
È evidente che l'episodio per il quale è processo non risponde a quel tipo di fattispecie, in quanto in nessuna parte del diritto di guerra, neanche nelle interpretazioni più larghe, si parla della possibilità di uccidere donne, bambini o persone anziane.
In conclusione il fatto è stato correttamente qualificato ed in esso sono ravvisabili tutti gli estremi costitutivi della fattispecie incriminatrice delineata dall'articolo 185 del codice penale militare di guerra.

Circostanze del reato

Così ritenuta la colpevolezza degli imputati ALBERS, BAUMANN, BICHLER, WACHE, WULF, ROITHMEIER, SCHNEIDER Max, SCHNEIDER Adolf, SPIELER e TRÄGER in ordine al reato ad essi contestato, va affrontata la problematica delle circostanze – aggravanti ed attenuanti – ravvisabili nei fatti quali ricostruiti ed accertati nel corso del presente processo.
Senz'altro applicabile agli imputati è l'aggravante di cui all'**art. 47 n. 2 c.p.m.p.**, in quanto tutti loro rivestivano un grado militare al momento del fatto, con la sola eccezione dello SPIELER.
Per tutti gli imputati – e sempre con la sola eccezione dello SPIELER - è senz'altro ravvisabile l'aggravante di cui all'**art. 58 n. 1 c.p.m.p.**, essendo i medesimi concorsi nel reato con gli inferiori sui quali esercitavano le loro funzioni di comando. Va soggiunto che, come è noto, l'aggravante in parola è pienamente compatibile con quella del grado rivestito (art. 47 n. 2 c.p.m.p.), avendo le due disposizioni diverso fondamento (T.S.M., 20 maggio 1950, in *Giust. Pen.*, 1965, II, 297), in quanto la maggior gravità del fatto commesso in concorso con l'inferiore è correlata al disdoro conseguente, che ben è ravvisabile anche quando i concorrenti siano rivestiti di un grado e tra loro vi sia un subordinato.
Parimenti ravvisabili sono le aggravanti di cui agli **artt. 112, comma 1, nn. 1 e 3, c.p.**.
Quanto alla prima di esse, è indubbio il fatto che il reato fu commesso da più di quattro persone, essendo già in numero ben superiore i soli imputati.
Anche la seconda di tali aggravanti va riconosciuta, in quanto tutti gli imputati, stante la loro posizione funzionale nell'ambito del reparto, hanno determinato a compiere la strage militari loro sottoposti, avvalendosi della forza di persuasione correlata alla propria autorità di comando.
Al riguardo va precisato che – diversamente da quanto vale per l'art. 58 c.p.m.p. – l'aggravante *de qua* è ravvisabile indipendentemente dall'affermazione di

penale responsabilità di coimputati "soggetti all'autorità", stante la clausola di cui all'ultimo comma dell'art. 112 c.p. Inoltre, essa è senz'altro compatibile con quella prevista dall'articolo del codice penale militare da ultimo richiamato, avuta presente la formulazione letterale di quest'ultimo (... *"nel caso di concorso di più persone nel reato militare, la pena da infliggere per il reato commesso è aumentata, oltre che nei casi in cui ricorrano le circostanze degli artt. 111 e 112 o quelle del secondo comma dell'art. 113 del codice penale, anche per il superiore che è concorso nel reato con un inferiore"*).

Attenta riflessione meritano le altre aggravanti contestate – cioè quelle di cui all'art. **577 n. 3 c.p.** (*l'aver commesso il fatto con premeditazione*) ed all'**art. 577 n. 4 c.p.**, in relazione all'**art. 61 n. 1 c.p.** (*l'aver agito per motivi abietti*) ed all'art. **61 n. 4 c.p.** (*l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà verso le vittime*) – se non altro in considerazione del fatto che, per il combinato disposto degli artt. 185 c.p.m.g., 575 e 577 nn. 3 e 4 c.p., il riconoscimento anche di una soltanto di tali aggravanti comporta la pena dell'ergastolo in luogo di quella della reclusione.

Per il suo carattere per così dire "pregiudiziale", è opportuno prendere le mosse dall'aggravante di aver agito con premeditazione.

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, "... nel delitto di omicidio la circostanza aggravante della premeditazione, prevista dall'art. 577, comma 1 n. 3, c. p., richiede due elementi: uno, ideologico, o psicologico, consistente nel perdurare, nell'animo del soggetto, di una risoluzione criminosa ferma ed irrevocabile; l'altro, cronologico, rappresentato dal trascorrere di un intervallo di tempo apprezzabile fra l'insorgenza e l'attuazione di tale proposito" (*ex plurimis*: Cass., Sez. I pen., sentenza n. 27307 del 18 giugno 2003, in *Ced. Cass.*, rv. 225261).

Orbene, quanto illustrato sopra relativamente all'organizzazione ed alla pianificazione dell'eccidio consente di affermare con nettezza che ricorre l'aggravante *de qua*, essendo evidente che entrambi gli elementi strutturali della stessa sono ravvisabili nella preordinata, attenta e minuta organizzazione dell'operazione da parte del comando del reparto e di tutti i livelli gerarchici inferiori fino a quello di comandante di squadra.

Di rilievo è, sul punto, la pregnante distinzione fatta dalla giurisprudenza tra mera *preordinazione* del delitto – intesa come apprestamento dei mezzi minimi necessari all'esecuzione, nella fase a questa ultima immediatamente precedente – e *premeditazione* – intesa come radicamento e persistenza costante, per apprezzabile lasso di tempo nella psiche del reo, del proposito omicida – del quale sono sintomi il previo studio delle occasioni ed opportunità per l'attuazione, un'adeguata organizzazione di mezzi e la predisposizione delle modalità esecutive del crimine (così Cass. Sez. I pen., sentenza n. 3082 del 05 marzo 1996, in *Ced. Cass.*, rv. 204299). Né, ovviamente, può essere subordinata l'applicazione dell'aggravante alla necessità che la preventiva preordinazione dell'azione abbia avuto ad oggetto tutti i suoi minuti dettagli, essendo sufficiente che la condotta sia stata programmata nel suo nucleo essenziale, sicché restano fuori aspetti quali il concreto numero delle vittime e le specifiche modalità di uccisione di ciascuna, tutti profili che, come ci si appresta a dire, hanno, invece specifico rilievo per quanto attiene all'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p.

Nessun dubbio si può nutrire circa l'estensibilità di tale aggravante a tutti gli imputati. Infatti, si è già avuto modo di sottolineare, trattando della pianificazione dell'operazione, che tutti gli imputati (con la sola eccezione dello SPIELER) furono senz'altro partecipi della fase organizzativa, presupposto necessario e ineludibile di quella attuativa, e che per due di essi – WULF e SPIELER – vi è anche la prova della partecipazione anche a tale seconda fase, secondo modalità che non lasciano dubbi di sorta in merito alla piena adesione alla programmata strage ed alla esecuzione della medesima con azioni contrassegnate da disumana crudeltà nei confronti delle vittime.

In proposito, e con particolare riguardo anche alla posizione dello SPIELER, confortano le affermazioni di principio della Suprema Corte, secondo le quali "... la circostanza aggravante della premeditazione può estendersi anche al concorrente nel reato quando risulti provata la conoscenza effettiva e la volontà adesiva al progetto, cosicché egli faccia propria la particolare intensità dell'altrui dolo. (Fattispecie in cui l'imputato era pienamente consapevole del progetto omicidiario di una organizzazione criminale, essendo stato presente ai preparativi ed al controllo delle armi)" (Cass., Sez. I, sentenza n. 12879 del 24 gennaio 2005, in *Ced. Cass.*, rv. 231124).

Si è detto, ancora, che "... anche dopo la modifica dell'art. 118 cod. pen., introdotta con la legge 7 febbraio 1990 n.19, deve ritenersi che, pur se non è sufficiente, perché l'aggravante della premeditazione possa comunicarsi al concorrente nel reato, la mera conoscibilità da parte di costui, la conoscenza effettiva legittimi l'estensione dell'aggravante stessa: ed invero, se il concorrente, pur non avendo direttamente premeditato l'omicidio, tuttavia ad esso partecipa nella piena consapevolezza, maturata prima dell'esaurirsi del proprio volontario apporto alla realizzazione dell'evento criminoso, dell'altrui premeditazione, la sua volontà adesiva al progetto investe e fa propria la

particolare intensità dell'altrui dolo, talché la relativa aggravante non può non essere riferita anche a lui". (Cass., Sez. I, sentenza n. 6182 del 28 aprile 1997, *ivi*, rv. 207997).

Tali considerazioni si attagliano pienamente alla posizione di tutti quegli imputati per i quali è stata in precedenza affermata la penale responsabilità.

Relativamente all'aggravante di cui all'**art. 61 n. 1 c.p.** la giurisprudenza insegna che il motivo abietto attiene alla formazione della volontà del soggetto agente, ed è tale qualora riveli in quest'ultimo un così elevato grado di perversità da destare un profondo senso di ripugnanza e di disprezzo in ogni persona di moralità media (Cass., Sez. I pen., sentenza n. 10359 dell'8 ottobre 1993, in *Ced Cass.*, rv. 197899).

Orbene, la ricostruzione dell'eccidio, come risultante dall'esposizione in fatto, ha posto in sconvolgente rilievo sia la efferata determinazione ad agire mostrata dal reparto militare di cui facevano parte gli imputati, sia l'obiettivo, consistente nel deliberato e pressoché totale annientamento degli abitanti della zona; profilo, questo, che appare *ictu oculi* manifestamente idoneo a riempire di contenuto la contestazione dell'aggravante di cui trattasi.

Passando all'aggravante prevista dall'**art. 61 n. 4 c.p.**, va ricordato il contenuto oggettivo e prevalentemente fisico delle sevizie, e quello oggettivo e prevalentemente morale della crudeltà, anche se rivelano entrambi l'animo malvagio dell'agente, al quale si addebita di aver oltrepassato i limiti di normalità causale nella produzione dell'evento e di aver trasmodato in una manifestazione di efferatezza infliggendo sofferenze alla vittima (*sevizie*), o comportandosi verso la stessa o altri, anche al di fuori dei mezzi di attuazione del reato, in modo tale (*crudeltà*) da farla soffrire anche moralmente (Cass., Sez. I, sentenza n. 5901 del 14 febbraio 1980, in *Ced Cass.*, rv. 145246; Cass., Sez. V pen., sentenza n. 5678 del 17 gennaio 2005 Udienza, *ivi*, rv. 230745).

Ancora si è sottolineato che per la sussistenza dell'aggravante di cui trattasi "... occorre un *quid pluris* rispetto all'esplicazione ordinaria dell'attività necessaria per la consumazione del reato, poiché proprio la gratuità dei patimenti cagionati rende particolarmente riprovevole la condotta del reo, rivelandone l'indole malvagia, la pravità di animo e l'insensibilità ad ogni richiamo umanitario" (Cass., Sez. I pen., sentenza n. 12083 del 06 ottobre 2000, in *Ced Cass.*, rv. 217346).

Ciò premesso in punto di diritto, ritiene il Tribunale che la drammatica incisività di quanto ricostruito in fatto sulla scorta degli strazianti riferimenti dei sopravvissuti sentiti come testimoni, e delle risultanze di tutte le altre dichiarazioni acquisite, costituisca la conferma più pregnante della ricorrenza dell'aggravante. Uno sconvolgente eccesso di malvagità emerge, infatti, dai dolorosi racconti dei testimoni, i quali hanno dato modo di ricostruire dettagliatamente la materialità dei fatti, connotati, sia nel loro profilo ideativo che nell'estrinsecazione esecutiva, da una spietatezza e da una insensibilità morale che hanno toccato livelli difficilmente immaginabili. In particolare, fra le tante testimonianze sulla sconvolgente grado di crudeltà raggiunto dalle truppe SS nell'episodio di Marzabotto, il Collegio ritiene di ricordare le dichiarazioni dei seguenti testimoni.

P. C., che descrive le terribili modalità con cui venne attuata l'uccisione di circa cento persone nel cimitero di Casaglia, con lancio di bombe a mano e conseguente mitragliamento indiscriminato di bambini, donne ed anziani, alcuni dei quali lasciati morire dissanguati e tra disumane sofferenze.

P. F., che ha ricordato l'uccisione delle circa cinquanta persone che erano state rinchiuse nell'oratorio di Cerpiano, attuata con ferocia indicibile ed ancora una volta a danno di civili inermi, in prevalenza donne e bambini.

Z. P., che ha rievocato l'agghiacciante uccisione delle propria sorella, che era incinta ed alla quale era stato squarciato il ventre con una baionetta; e del povero feto fatto oggetto di colpi d'arma da fuoco.

B. F., che ricordava la terribile vicenda di un bimbo di sei-otto mesi lanciato in aria e centrato a colpi di arma da fuoco.

L. F., con la sua testimonianza di corpi fatti a pezzi, di bambini uccisi con lanciafiamme e del proprio padre trovato morto e completamente nudo.

T. M., con la sua descrizione del povero vecchio lanciato vivo in mezzo ad un pagliaio in fiamme, semplicemente perché era anziano e si muoveva a fatica.

T. A., che rievocava, per averla appresa dal padre – testimone diretto della uccisione della propria moglie e di sette figli – la terribile scena dei tedeschi che lanciarono in aria una bambina e la falciarono a colpi di arma da fuoco.

Nel corso di tutto il dibattimento, in conclusione, è emersa l'enormità della strage, compiuta su anziani, donne, bambini, tutti inermi ed ignari della loro tragica sorte. Sono state evocate le brutali separazioni di nuclei familiari, le uccisioni di genitori, figli, fratelli sotto gli occhi dei congiunti.

Diffusa ed intrinseca fu la ferocia dei mezzi e dei metodi usati nel compimento dell'efferato eccidio, manifestazione di una tristemente nota connotazione della 16a divisione SS.

Ciò fa sì che possa ascriversi a tutti gli imputati il profilo gravatorio di cui si tratta, indipendentemente dalla condotta specificamente tenuta da ciascuno, giacché tutti, secondo le rispettive posizioni funzio-

nali nell'ambito del reparto, operarono sinergicamente per il raggiungimento dell'obiettivo, condividendo ed attentamente seguendo le disumane modalità attuative sopra evocate.
Essi, come le risultanze dibattimentali hanno posto in rilievo, agirono secondo un condiviso e reiterato *modus operandi* collettivo, dando un contributo caratterizzato esso stesso dai profili nei quali si sostanzia l'aggravante in esame; sicché, a ben vedere, non si porrebbe neppure una questione di "estensione" ai compartecipi della relativa connotazione gravatoria (cfr. Cass., Sez. I pen., sentenza n. 6775 del 28 gennaio 2005, in *Ced. Cass.*, rv. 230147).
Circa l'ultima delle aggravanti contestate nei capi di imputazione – quella di cui all'art. **47 n. 3 c.p.m.p.** – va detto che il p.m., in sede di conclusioni, ha espressamente rinunciato alla sua contestazione: e infatti, per un reparto militare che operava come tale – ancorché in spregio dei più elementari fondamenti dell'onore militare – l'aver adoperato le armi in dotazione può essere considerato come elemento della fattispecie, e non deve quindi essere contestato come circostanza aggravante.
Per quanto attiene alle circostanze attenuanti, francamente il Tribunale, dopo tutte le considerazioni sopra esposte, non riesce ad ipotizzarne alcuna, se non, forse, le sole attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p.. Ma la concedibilità di tali attenuanti appare davvero ardua alla luce dei criteri che solitamente guidano il Giudice in materia.
Preliminarmente, va, innanzi tutto, ricordato che la giurisprudenza di legittimità ha già definitivamente risolto la questione della c.d. *ultrattività* della legge penale di guerra, per la quale l'art. 23 c.p.m.g., in linea con il principio fissato dall'art. 2, quarto comma, c.p. per le leggi eccezionali, sancirebbe, per i reati commessi *in tempo di guerra*, in ossequio alla regola del *tempus regit actum*, l'impermeabilità dell'intera disciplina vigente al momento del fatto rispetto alle modificazioni legislative successivamente intervenute e, in particolare, quella di cui all'art. 2 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 288, introduttivo dell'art. 62 bis c.p.
È stato affermato, infatti, che, "... laddove la legge penale militare di guerra non contenga specifiche disposizioni derogatorie rispetto a quelle della legge penale comune, come ad esempio sulle attenuanti generiche, non può certo invocarsi il pur coesistente rapporto di complementarità tra legge penale comune e legge penale militare, di pace e di guerra, per ostacolare il sano dispiegarsi dell'operatività dell'art. 2, terzo comma, c.p., disciplinante la successione di leggi penali nel tempo secondo un criterio ispirato al preminente favor rei ... una diversa e più estensiva interpretazione del principio di ultrattività della legge penale militare di guerra concretizzerebbe una lesione dei canoni costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, dal momento che, per quanto riguarda la disciplina comune e perciò necessariamente unitaria di istituti generali - come le circostanze attenuanti generiche (ma lo stesso potrebbe dirsi per la valutazione delle circostanze soggettive ex art. 118 c.p. novellato dall'art. 3 l. 19/90 cit., ovvero per la tipologia delle pene principali, fra le quali non è più annoverata la pena di morte per i delitti previsti dal c.p.m.g.. e dalle leggi militari di guerra solo in forza del più favorevole jus superveniens costituito dall'art. 1 l. 13.10.1994 n. 589) -, non si potrebbero addurre le ragioni che giustificano invece l'autonomo trattamento delle fattispecie criminose previste da quello speciale ed organico corpus normativo: l'esigenza cioè di mantenere costante nel tempo l'efficacia di prevenzione generale di quelle disposizioni incriminatrici e di assicurare l'omogeneità di repressione dei delitti bellici commessi durante lo stato di guerra" (Sez. I, sentenza n. 12595 del 16 novembre 1998, Priebke, *cit.*).
Ciò premesso dal punto di vista del quadro normativo di riferimento, ritiene il Tribunale che, nel merito, non vi sia spazio alcuno per riconoscere le invocate attenuanti.
Come è noto, secondo il disposto dell'art. 62 bis c.p. il giudice "*può prendere in considerazione altre circostanze qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione della pena*". I parametri solitamente invocati per la concessione di tali attenuanti sono la giovane età e l'incensuratezza; nel caso di specie, in relazione agli odierni imputati, si potrebbe aggiungere la loro attuale età avanzata, nonché il lungo tempo trascorso dal fatto.
Ad avviso del Collegio, però, nessuno di tali profili può essere tenuto in conto ai fini del riconoscimento delle attenuanti *de quibus.* Quanto alla giovane età, si può obiettare che il riferimento è frutto di un errore di prospettiva e di un difetto di contestualizzazione. Infatti, tutti gli imputati, pur se anagraficamente giovani, avevano maturato una rimarchevole esperienza, anche attraverso mirate formazioni in specifici corsi, ed erano giunti a rivestire posizioni gerarchiche significative, come dimostrano i gradi rivestiti. Conseguentemente, non è possibile agganciare al mero dato anagrafico una valutazione ai sensi dell'art. 62 bis c.p. se, come è dimostrato, i rei avevano una consapevolezza ed una determinazione del tutto appaganti in ordine alla loro capacità di apprezzare la portata delle condotte di cui si sono resi responsabili. I giudici di legittimità hanno, in proposito, avuto modo di sottolineare come sia dato svalutare il significato puramente formale della giovane età (ed

anche della incensuratezza), se il comportamento sia stato, comunque, cinico ed impietoso nell'arco di tutta la vicenda (Cass., Sez. I, sentenza n. 5901 del 14 febbraio 1980, in *Ced Cass.*, rv. 145247).
Da respingere è pure lo speculare richiamo all'attuale età avanzata degli imputati, ed alla rimarchevole lontananza nel tempo dei fatti. Si tratta, invero, di profili che, ove ne ricorressero le condizioni, potrebbero avere una considerazione in tema di dosimetria della pena, ma non possono, di per sé, essere considerati un dato suscettibile di effetti favorevoli ai fini che ci occupano. Soprattutto se, come nel caso di specie, il passaggio del tempo, e le riflessioni ed i bilanci sulla vita anteatta che solitamente accompagnano l'avanzare dell'età, non hanno indotto nei rei alcuna rimeditazione sulle pregresse condotte.
Non sembra, invero, al Tribunale di poter aderire alla *propensione all'oblio*, quando dagli stessi imputati, nonostante il lungo lasso di tempo trascorso dall'eccidio, ancora emana il *leit motiv* della "doverosità" delle condotte criminose in esame, senza la minima deflessione. Per tacer del fatto che, in una prospettiva che si avrebbe difficoltà a non definire realistica, si potrebbe eccepire che nel caso che ci occupa il passaggio del tempo, ed il correlato avanzare dell'età degli imputati, abbia sostanzialmente coinciso con un lungo periodo di impunità e di assenza di pentimento.
Da ultimo, ma non come ultima considerazione dal punto di vista della valenza, si deve tener presente che la eccezionale gravità ed efferatezza del fatto, secondo la giurisprudenza di legittimità, di per sé sole giustificherebbero il diniego delle attenuanti di cui trattasi (Cass., sez. V pen., 9 febbraio 1984, Amoroso, in *Ced Cass.*, rv. 163641, Cass., sez. V pen., 9 febbraio 1984, Amoroso, in *Ced Cass.*, rv. 163641; Sez. I, sentenza n. 12595 del 16 novembre 1998, Priebke, *ivi*, rv. 211771).
In ogni caso, va posto in chiaro che, anche ove vi fosse stato spazio per la concessione delle circostanze attenuanti generiche, il peso specifico, la natura ed il numero delle plurime circostanze aggravanti di cui si è trattato sopra avrebbe, comunque, portato inevitabilmente ad un giudizio di sub-valenza delle diminuenti, con riferimento al disposto dell'art. 69 c.p.

Determinazione della pena

Conclusa l'illustrazione in tema di circostanze del reato, si deve ora procedere alla determinazione della pena. Tenuto conto delle circostanze aggravanti sussistenti, e della non concedibilità di alcuna circostanza attenuante, la pena prevista per il reato contestato è quella dell'ergastolo.
Infatti, l'art. 185 co. 2 c.p.m.g., come già detto, recita: "*Se la violenza consiste nell'omicidio ... si applicano le pene stabilite dal codice penale.*" E il codice penale, per l'omicidio aggravato dalla premeditazione e dall'aver agito con crudeltà verso le persone (art. 577 nn. 3 e 4 c.p.), prevede la pena dell'ergastolo, a fronte della reclusione non inferiore a ventuno anni stabilita, per l'omicidio non aggravato, dall'art. 575 c.p..
Al riguardo, è appena il caso di evidenziare come nessun rilievo assuma nella vicenda in esame la intervenuta modifica della disciplina della prescrizione (L. n. 251 del 5.12.2005), posto che la nuova normativa si è limitata a dare espressamente atto della imprescrittibilità dei reati puniti con l'ergastolo "anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti"; e posto altresì che siffatta imprescrittibilità costituiva un dato pacifico anche nel contesto della precedente disciplina dell'istituto della prescrizione.
Parimenti, nessuna rilevanza possiede la intervenuta modifica in ordine alla tipologia di circostanze aggravanti che vengono in considerazione ai fini della prescrizione dei reati.
La pregressa disciplina, infatti, faceva dipendere la prescrittibilità del reato da tutte le circostanze aggravanti, e quindi non distingueva tra aggravanti comuni e aggravanti ad effetto speciale. Nel caso di specie, la suddetta disciplina ha avuto attuazione *in toto*, in quanto a carico degli imputati è stata ravvisata la sussistenza di entrambe le tipologie di circostanza aggravante. Con la determinante conseguenza che la particolare natura e conformazione di alcune di esse – premeditazione, sevizie e crudeltà – ha comportato la pena dell'ergastolo e la imprescrittibilità del reato.
Alle medesime conclusioni si arriva anche alla luce della attuale disciplina, posto che in essa è espressamente statuito: "Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per le aggravanti" (art. 157 co. 2 c.p., come modificato dalla L. n. 251 del 5.12.2005). Quindi, le circostanze aggravanti che nel caso di specie hanno determinato la pena dell'ergastolo non hanno subito alcuna modifica di rilievo nel transito dalla vecchia alla nuova disciplina: rilevavano ai fini della prescrizione nel quadro del pregresso comma 2 dell'art. 157 c.p.; e rilevano in identico modo ai sensi della disciplina attualmente vigente. L'unica differenza concerne la possibile prevalenza delle attenuanti in conseguenza del bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.: eventualità consentita nella

pregressa disciplina, ma espressamente interdetta in quella attuale. La questione, però (a prescindere dal fatto che, comunque, integra un modifica *in peius* del trattamento penale del fatto), non riguarda il caso di specie, dal momento che agli imputati non è stata riconosciuta alcuna circostanza attenuante.
Dunque, il reato non è prescritto, in quanto punito con l'ergastolo.
Non deve inoltre sottacersi che i dieci imputati, di cui è stata riconosciuta la colpevolezza, sono stati accusati – e riconosciuti responsabili – di un reato continuato, cioè di una pluralità di fatti riuniti sotto il vincolo della continuazione: in tal caso, a norma delle disposizioni del codice penale comune (art. 72 c.p.), dovrebbe applicarsi loro la pena dell'ergastolo con isolamento diurno da sei mesi a tre anni, applicazione che è però da alcuni contestata per quanto attiene all'ordinamento penale militare.
Le voci critiche sul punto si richiamano all'art. 54 c.p.m.p., il quale, nella sua originaria formulazione, prevedeva che, in caso di condanna per più reati puniti con la pena dell'ergastolo, dovesse applicarsi la pena di morte; secondo tali voci critiche, l'art. 54 c.p.m.p. costituirebbe norma derogatoria rispetto a quella dell'art. 72 c.p., con la conseguenza che, a seguito della Legge 589/1994, che ha abolito la pena capitale anche nel codice penale militare di guerra, dovrebbe in questo caso applicarsi il solo ergastolo, senza isolamento diurno.
Il Tribunale non condivide tale assunto, e ciò per due ragioni.
La prima è che l'art. 1 della Legge 589/1994 non parla di ergastolo, bensì di "pena massima prevista dal codice penale".
La seconda è che l'ergastolo con isolamento diurno non costituisce una mera modalità di esecuzione della pena, bensì una pena autonoma, oggi la pena massima prevista dall'ordinamento penale italiano: si vedano, sul punto, Cass., I, 780, del 14.4.2003 e Cass., I, 2116, del 10.5.2000.
In conseguenza, nel caso di specie, concorrendo più delitti puniti con la pena dell'ergastolo, deve applicarsi la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, cioè la "pena massima prevista dall'ordinamento penale italiano". Quanto alla commisurazione in concreto dell'isolamento diurno, il Collegio ritiene:
che ad ALBERS Paul tale misura vada irrogata nel massimo previsto dalla legge – tre anni – essendo la responsabilità dell'imputato oggettivamente la più grave, in forza della sua partecipazione a tutta la fase di pianificazione dell'operazione criminale che il battaglione REDER commise a Marzabotto e dintorni;
che a WULF Helmut e a SPIELER Kurt, essa vada applicata nella misura di due anni, dal momento che, relativamente a tali due imputati, è provata la responsabilità anche come esecutori materiali di uccisioni ingiustificate e crudeli di civili inermi;
che a ciascuno degli altri imputati riconosciuti colpevoli vada applicata nella misura di un anno, ritenuta equa in relazione alla pluralità e alla gravità dei fatti per i quali essi vengono condannati e considerato il ruolo da essi rivestito nella catena di trasmissione dei terribili ordini che portarono agli eccidi descritti nel capo di accusa.

Decisione sulle questioni civili

Il presente procedimento vede la presenza di numerose parti civili, e precisamente della Presidenza del Consiglio dei Ministri, della Regione Emilia Romagna, della Provincia di Bologna, e dei tre Comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno, nonché di cento persone fisiche, superstiti della strage o parenti di superstiti oggi deceduti: L. G., B. E., B. R., L. A., G. U., P. G., T. A., M. D., M. B., M. L., M. F., V. F., V. V., M. D., P.A. , R. P., N. C., A. S., I. M., G. R., M. P., C. E., C. L., C. V., C. A., C. M., L. G. L., L. L., L. E., L. M T, L. I., M. A., V. M., V. E., S. G., S. G., S. B., G. I., G. R., B. A., B. I., S. A., S. B., P. F., P. C., L. L. P., L. L. F., L. A., S. L., S. L., S. M., S. T., R. E., R. L., R. D., L. A., F. E., F. S., F. L., G. G., G. G., P. P., T. M., G. L., G. A., G. I., D. M., D. N., B. A., M. M., C. F., C. C., F. D., G. A., L. F., L. A., R. E., S. S., S. G., S. E., Z. P., G. A. M. C. F., N. A., F. A. e N. A. R..
La condanna per i reati contestati agli imputati fa sì che i medesimi debbano essere condannati al risarcimento, in favore delle costituite parti civili, dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, che sono stati conseguenza diretta dei reati stessi.
Nessun dubbio si può nutrire sulla qualità di danneggiati dal reato rivestita dagli enti e dalle persone che si sono costituite parti civili.
Per quanto attiene allo Stato italiano e agli altri enti territoriali (Regione Emilia-Romagna, Provincia di Bologna e Comuni di Marzabotto, Grizzana Morandi e Monzuno), come si è già avuto modo di sottolineare nel corso del processo nel decidere in ordine all'ammissibilità delle costituzioni di parte civile, la loro posizione di danneggiati è chiaramente ricollegata ai compiti di tutela e di rappresentanza degli interessi delle comunità locali loro affidati dall'ordinamento (Cass., Sez. VI, sent. n. 59 del 10 gennaio 1990, Monticelli; Cass., Sez. I, sent. n. 10371 del 18 ottobre 1995, Costioli - rv 202736).
Va al riguardo rilevato come anche di recente la Suprema Corte abbia ribadito, ai fini della co-

stituzione di parte civile, il diritto di ogni ente pubblico "al riconoscimento, al rispetto e all'inviolabilità della propria posizione funzionale" (Sez. III, sent. 26121 del 2005), sostanzialmente ricollegandosi alla più risalente giurisprudenza secondo cui i diritti soggettivi pubblici "consistono, anzitutto, nel diritto di ogni ente pubblico al riconoscimento, al rispetto e alla non invasione da parte di qualsiasi altro soggetto della sfera giuridica ad essi attribuita dall'ordinamento" (Cass., SS.UU. 19 giugno 1979).

Pertanto, poiché lo Stato e gli altri enti territoriali sono enti la cui rispettiva componente umana, ai diversi livelli e secondo le diverse prerogative, costituisce un tutto organico con il territorio di riferimento, con il quale contribuisce a caratterizzare la fisionomia e la struttura degli enti medesimi, risulta evidente il detrimento che alle comunità territoriali indicate deriva dall'uccisione di un rilevante numero di appartenenti ad esse: basta pensare, al riguardo, e da un lato, al pregiudizio per le opportunità di crescita sociale, economica e culturale che inevitabilmente deriva dall'annientamento di intere famiglie e, addirittura, di intere fasce generazionali; dall'altro, all'insorgente necessità di assistere economicamente la popolazione sopravvissuta, che incombe in modo diretto ed immediato proprio agli organi esponenziali delle comunità territoriali.

A ciò va aggiunto che la Corte di cassazione ha affermato la risarcibilità del danno non patrimoniale anche a favore di un ente pubblico (Cass., sez. VI, 7 maggio 2004, n. 21677), e certamente non appare dubitabile che la vicenda in oggetto, oltre agli ingentissimi danni materiali, abbia prodotto anche danni di carattere morale.

Ancora: il reato contestato agli odierni imputati offende "le leggi e gli usi della guerra", cioè un bene giuridico di rilevante spessore collettivo, e dunque presenta un disvalore che va oltre la tutela dell'integrità delle singole persone fisiche vittime degli eccidi, in quanto coinvolge l'interesse pubblico al rispetto di quelle prescrizioni di diritto interno e internazionale che appunto assicurano la protezione dei civili negli eventi bellici.

Per quanto attiene alle persone fisiche costituite parte civile (originariamente ottantadue, poi divenute ottantatré, per ministero dell'Avv. SPERANZONI, e diciotto per ministero dell'Avv. BONETTI) il loro rapporto di parentela con alcune delle vittime dell'eccidio, come comprovato nei rispettivi atti di costituzione di parte civile, conclama anche per esse il diritto al risarcimento del danno, essendo evidenti le conseguenze pregiudizievoli loro derivate dall'uccisione dei prossimi congiunti.

Pertanto, gli imputati riconosciuti responsabili dei fatti per i quali è processo vanno condannati, in solido tra loro, al risarcimento dei danni conseguenti al reato, in favore delle parti civili nei loro confronti rispettivamente costituite, come precisato nel dispositivo.

La complessità della questione induce a rimettere le parti davanti al Giudice civile per la concreta liquidazione del danno.

Può trovare accoglimento, però, la richiesta formulata dalle parti civili di condanna degli imputati al pagamento di una provvisionale, che appare equo commisurare nelle somme che saranno appresso specificate per ciascuna parte, con la precisazione che la predetta commisurazione avviene:

- **sulla base della media dei criteri indicati nelle tabelle di liquidazione del danno biologico in uso presso gli organi giudiziari ordinari, ritenute le più appropriate e complete in relazione ai casi che il Collegio si trova ad affrontare;**
- **in considerazione del numero dei congiunti uccisi nelle circostanze di cui all'imputazione e del grado di parentela o affinità.**

La condanna al pagamento di tale provvisionale, ai sensi dell'art. 540 c.p.p., è immediatamente esecutiva.

L'accoglimento della domanda di risarcimento del danno comporta anche la condanna degli imputati, in solido tra loro, al pagamento delle spese processuali in favore delle costituite parti civili, nelle misure appresso specificate e con precipua considerazione, secondo parametri in parte equitativi, della irriducibile diversità che ha contrassegnato la posizione di ciascuna parte civile.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, il Collegio determina le concesse provvisionali nella misura di seguito indicata per ciascuna delle dette parti civili:

euro X Collegio ritiene di condannare, inoltre, gli imputati, in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali in favore delle seguenti parti civili nelle misure indicate, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge:

Presidenza del Consiglio dei Ministri: euro X, di cui euro Y per spese;

Regione Emilia-Romagna, euro X, di cui euro Y per spese;

Provincia di Bologna, euro X, di cui euro Y per spese;

Comune di Marzabotto, euro X, di cui euro Y per spese;

Comune di Monzuno euro X, di cui euro Y per spese;
Comune di Grizzana Morandi: euro X, di cui euro Y per spese;
Parti civili rappresentate dall'Avv. SPERANZONI: per ciascuna, X euro, di cui Y per spese; per complessivi euro X, di cui Y per spese;
Parti civili rappresentate dall'Avv. BONETTI: per ciascuna, X euro, di cui Y per spese; per complessivi euro X, di cui Y per spese.

P.Q.M.

Visti gli artt. 533 e ss. c.p.p., 261 c.p.m.p..

DICHIARA

ALBERS Paul, BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, SPIELER Kurt, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich), WACHE Georg, WULF Helmut

tutti contumaci, colpevoli del reato loro ascritto e, ritenute sussistenti le circostanze aggravanti contestate, con la sola esclusione di quella di cui all'art. 47 n. 3 c.p.m.p..,

CONDANNA

ALBERS Paul, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni tre,
WULF Helmut e SPIELER Kurt alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni due, BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich), WACHE Georg, alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni uno;

CONDANNA

tutti i predetti imputati al pagamento delle spese processuali ed alle altre conseguenze di legge;
Visti gli artt. 32 c.p.m.p.. e 36 c.p.

ORDINA

la pubblicazione della sentenza, mediante affissione negli albi dei Comuni della Spezia, Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi; nonché, a spese dei condannati, in solido, per estratto e per una sola volta, nei giornali "Repubblica" e "Il Resto del Carlino";

CONDANNA

altresì i sopradetti imputati, in solido tra loro, al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separata sede, in favore delle costituite parti civili:
Presidenza del Consiglio dei Ministri
Regione Emilia Romagna, Provincia di Bologna, Comune di Marzabotto, Comune di Grizzana e Comune di Monzuno
L. G., B. E., B. R., L. A., G. U., P. G., T. A., M. D., M. B., M. L., M. F., V. F., V. V., M. D., P.A. , R. P., N. C., A. S., I. M., G. R., M. P., C. E., C. L., C. V., C. A., C. M., L. G. L., L. L., L. E., L. M T, L. I., M. A., V. M., V. E., S. G., S. G., S. B., G. I., G. R., B. A., B. I., S. A., S. B., P. F., P. C., L. L. P., L. L. F., L. A., S. L., S. L., S. M., S. T., R. E., R. L., R. D., L. A., F. E., F. S., F. L., G. G., G. G., P. P., T. M., G. L., G. A., G. I., D. M., D. N., B. A., M. M., C. F., C. C., F. D., G. A., L. F., L. A., R. E., S. S., S. G., S. E., Z. P., G. A. M. C. F., N. A., F. A. e N. A. R..

CONDANNA

I sopradetti imputati, in solido tra loro, al pagamento di una provvisionale in favore di ciascuna delle parti civili costituite, nella misura di seguito indicata:
Regione Emilia Romagna, euro X
Provincia di Bologna, euro X
Comune di Marzabotto, euro X
Comune di Grizzana euro X
Comune di Monzuno euro X
L. G., B. E., B. R., L. A., G. U., P. G., T. A., M. D., M. B., M. L., M. F., V. F., V. V., M. D., P.A. , R. P., N. C., A. S., I. M., G. R., M. P., C. E., C. L., C. V., C. A., C. M., L. G. L., L. L., L. E., L. M T, L. I., M. A., V. M., V. E., S. G., S. G., S. B., G. I., G. R., B. A., B. I., S. A., S. B., P. F., P. C., L. L. P., L. L. F., L. A., S. L., S. L., S. M., S. T., R. E., R. L., R. D., L. A., F. E., F. S., F. L., G. G., G. G., P. P., T. M., G. L., G. A., G. I., D. M., D. N., B. A., M. M., C. F., C. C., F. D., G. A., L. F., L. A., R. E., S. S., S. G., S. E., Z. P., G. A. M. C. F., N. A., F. A. e N. A. R.. euro X

CONDANNA

i sopradetti imputati, in solido tra loro, alla rifusione delle spese processuali in favore delle seguenti parti civili nelle misure indicate, oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge:
Presidenza del Consiglio dei Ministri: euro X, di cui euro Y per spese;
Regione Emilia-Romagna, euro X, di cui euro Y per spese;
Provincia di Bologna, euro X, di cui euro Y per spese;
Comune di Marzabotto, euro X, di cui euro Y per spese;
Comune di Monzuno euro X , di cui euro Y per spese;
Comune di Grizzana Morandi: euro euro X, di cui euro Y per spese;
Parti civili rappresentate dall'Avv. SPERANZONI: per ciascuna, X euro, di cuiY per spese; per complessivi euro X, di cui Y per spese;
Parti civili rappresentate dall'Avv. BONETTI: per

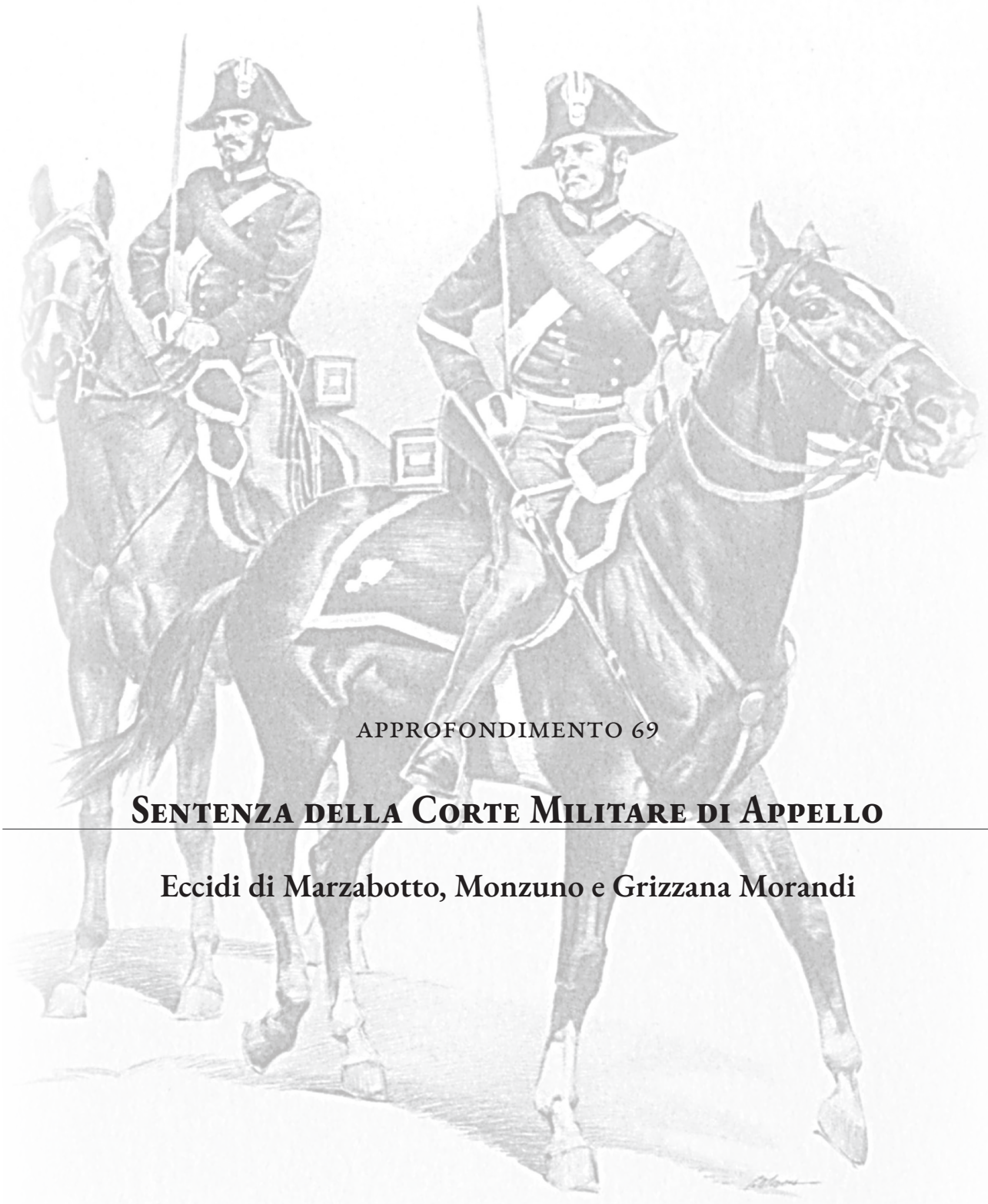
ciascuna, X euro, di cui Y per spese; per complessivi euro X, di cui Y per spese.
Visto l'art. 530 co. 2 c.p.p.

ASSOLVE

BECKER Hermann August, FINSTER Günther, GUDE Walter Ernst, KUSTERER Wilhelm Ernst, PIEPEPENSCHNEIDER Albert, STOCKINGER Franz, TIEGEL Otto Erhart, per non aver commesso il fatto.

La Spezia, 13 gennaio 2007

IL GIUDICE ESTENSORE IL PRESIDENTE
(Dott. Carlo LENZI) (Dott. Vincenzo SANTORO)



APPROFONDIMENTO 69

Sentenza della Corte Militare di Appello

Eccidi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi

N. 1/2008 R.G. Sentenza N. 25/08

Data sentenza

7 maggio 2008

Data deposito

- 5 GIU. 2008

IL COLLABORATORE DI CANCELLERIA
ROCCA Dott. Renato

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE MILITARE DI APPELLO

Composta dai signori:

1. Dott.	Giuseppe	MONICA	Presidente
2. Dott.	Giuseppe	MAZZI	Giudice
3. Dott.	Luigi Maria	FLAMINI	Giudice
4. Col. E.I.	Giuliano	TITTARELLI	Giudice
5. Ten.Col.E.I.	Fabio	SCARAMUZZA	Giudice

con l'intervento del Sostituto Procuratore generale militare dott. Marco DE PAOLIS e con l'assistenza del Collaboratore di cancelleria dott. Renato ROCCA ha pronunciato in pubblica udienza la seguente

SENTENZA

nel procedimento penale a carico di:

1) ALBERS Paul, nato il 13 settembre 1919 a Bonn (Germania), residente in 66123 Saarbrucken in via Steinhubel, nr. 33; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Annunziato Vadalà con studio a La Spezia in viale Italia, nr. 391 sottotenente SS., libero;

2) BAUMANN Josef, nato il 25 giugno 1925 a Grafenwiesen (Germania), residente in 93479 Grafenwiesen in via Hohenborgenstrasse, nr. 24; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato

Estensore dr.
Giuseppe MAZZI

addì

inviato estratto esecutivo a:

addì

redatta scheda casellario

Campione penale

art.

Ricorso per Cassazione proposto da:

Fabrizio Massimo Percario con studio a La Spezia in via Don Giovanni Minzioni nr.13; sergente S.S., libero;

3) BECKER Hermann August, nato il 23 giugno 1920 a Steinhagen (Germania), residente in 33803 Steinhagen in via Quellerstrass, nr. 28; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Andrea Pizzuto con studio a Sarzana in piazza Vittorio Veneto nr.4; sergente SS, libero;

4) BICHLER Hubert, nato il 1° dicembre 1920 a Hall in Tirol (Austria), residente in 6361 Hopfgarten in Nordtirol; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Federica Simonelli, con studio a La Spezia in via G. Le Bassa nr.73;sergente SS. libero;

5) FINSTER Gunther, nato il 12 settembre 1925 a Benau circ. Sorau/Brandeburgo (Germania), residente in 90455 Norimberga in Goldmarkstrasse, nr. 10 domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Alessandro Orlando, con studio a La Spezia in via XXIV Maggio nr.235;caporal-maggiore SS.;

6) GUDE Walter Ernst, nato il 17 giugno 1926 Kreckwitz/Bautzen (Germania), residente in 02627 Kubschutz (Germania), Quartiere Kreckwitz, nr. 29; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Edoardo Truppa con studio a La Spezia in via Veneto nr.113; caporale SS., libero;

7) KUSTERER Wilhelm Ernst, nato l'8 febbraio 1922 a Salmbach

ora Engelsbrand (Germania) residente in 75331 Engelsbrand - Salmbach - via Bircknackerstrass, nr. 1; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di fiducia, avvocato Nicola Canestrini con studio a Rovereto in via Manzoni, nr. 7; sergente SS, libero;

8) PIEPENSCHNEIDER Albert, nato il 17 febbraio 1924 a Braunschweig (Germania) residente in Amalienstrasse, nr. 2; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p, presso il difensore di ufficio, avvocato Francesco Paolo Barbanente con studio a La Spezia in via Francesco Sforza nr.19; caporale SS, libero;

9) ROITHMEIER Max, nato il 1° febbraio 1922 a Vohburg an der donau (Germania), residente inm 82547 Eurasburg (Germania) in via Am Schlo – berg, nr. 14c; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Sergio Zolezzi con studio a La Spezia in via Alessandro Manzoni nr.13; sergente SS, libero;

10) SCHNEIDER Adolf, nato il 26 aprile 1920 a Wilgartswiesen (Germania), residente in 90409 Norimberga in via Schonhoverstrass, nr. 14; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Roberta Fiorella con studio a La Spezia in via San Bartolomeo, nr. 169; maresciallo capo SS, libero;

11) SCHNEIDER Max, nato il 1° ottobre 1925 a Berlino, residente in 10435 Berlino in via Rheinsbergerstrass, nr. 22;

domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Barbara Vallini con studio a La Spezia in corso Cavour, nr. 33; sergente SS, libero;

12) SPIELER Kurt, nato l'8 agosto 1926 a Wellesdorf (Germania), residente in 04808 Wurzen – Roitzscher Weg, nr. 31; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso l'avvocato Luigi Trucco con studio a Savona in via dei Vergerio, nr.6; soldato SS, libero;

13) STOCKINGER Franz, nato il 10 luglio 1926 a Heinrichsbrunn (Germania), residente in 941511 Heinrichsbrunn – Post Mauth Kreis Wolstein, nr. 10 -1/2; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Carlo Argilla con studio a La Spezia in via G. Galilei, nr. 12; caporale SS, libero;

14) TIEGEL Otto Erhart, nato il 10 gennaio 1923 a Dresda/Sassonia (Germania), residente a Heinrichsbrunn (Germania), Post Mauth Kreis Wolstein, nr. 10 – 1/2; domiciliato per le notificazioni aii sensi dell'art. 169 C.p.p., presso il difensore di ufficio, avvocato Alberto De Luca con studio a La Spezia in via G. Doria, nr. 3; caporale maggiore SS, libero;

15) TRÄGER Heinz-Fritz (Heinrich), nato il 9 agosto 1923 a Zeulenroda/Turinga (Germania), residente in 47226 Duisburg - Friedrich-Alfred-Strass, nr. 164; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso l'avvocato Catia Piras con

studio a La Spezia in piazza sant'Agostino, nr.38; sergente SS, libero;

16) WACHE Georg, nato il 3 ottobre 1921 a Alt-Weistritz/Slesia (Germania) residente in 40957 Dusseldorf –Calvinstrasse, nr. 14 – presso la Casa di Riposo; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso l'avvocato Catia Piras con studio a La Spezia in piazza Sant'Agostino, nr. 38; sergente SS, libero; deceduto;

17) WULF Helmut, nato il 14 ottobre 1923 a Dortmund (Germania), residente in 64291 Darmstadt – Obere Muhlstrasse, nr. 35; domiciliato per le notificazioni ai sensi dell'art. 169 C.p.p., presso l'avvocato Ilario Mazzella con studio a La Spezia in Piazza Sant'Agostino, nr. 59; sergente SS, libero;

I M P U T A T I

ALBERS Paul, BAUMANN Josef, BECKER Hermann August, BICHLER Hubert, GUDE Walter Ernst, KUSTERER Wilhelm Ernst, ROITHMEIER Max, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, SPIELER Kurt, TIEGEL Otto Erhart, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich), WACHE Georg (deceduto) del reato di :

"concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata" (artt.61, nn. 1 e 4 , 81, cpv., 110, 112, 1° co., nn. 1 e 3, 575, 577, nn. 3 e 4, C.p.; 13 e 185, 1° e 2°,C.p.m.g.; 47, nn. 2 e 3, 58, 1° co., C.p.m.p.), *"perché, durante lo stato di Guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – quale militari aventi funzioni di comando (ad*

eccezione di EBERT, GUDE e SPIELER che tale funzione non esercitavano), tutti inquadrati nella 16^ Divisione –SS corazzata granatieri "RF-SS" – Reparto ricognitori (16.SS-Panzergrenadierdivisione "Reichsfuhrer SS2 – SS –Panzer AufklarungAbteilung16) – ad eccezione di SPIELER, appartenente al II^ Battaglione del 36° Reggimento-SS corazzato granatieri della 16^ Divisione-SS corazzata granatieri "Rf-SS" (SS-Panzer Grenadier Regiment 36 der 16. SS-Panzergrenadierdivision "Reichsfuhrer-SS)-, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, operando in concorso con altri militari del predetto reparto, tutti secondo la specifica qualità e mansione contribuendo alla materiale realizzazione del crimine e comunque reciprocamente rafforzandosi nel proposito delittuoso, agendo in parte in ossequio alle direttive del comando di appartenenza, in parte di propria iniziativa, comunque e sempre aderendo al programma criminale, il 29 e il 30 settembre ed il primo ed il 5 ottobre 1944, nella zona di Monte Sole (in varie località, fra cui Cerpiano, S. Martino – La Quercia), presso i Comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno (BO), senza necessità e senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e anzi nell'ambito e con finalità di un'ampia operazione punitiva contro i partigiani e la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, contribuiva a cagionare la morte di almeno ottocento privati cittadini italiani, che non prendevano parte alle operazioni militari, con prevalenza di donne, anziani e bambini inermi, agendo con crudeltà e premeditazione:

con le aggravanti:

di cui all'art. 47, n. 2, C.p.m.p., per il grado rivestito,

di cui all'art. 47, n. 3, C.p.m.p., per aver commesso il fatto con le armi in dotazione,

di cui all'art. 58, 1° co., C.p.m.p., per esser concorsi con inferiori in grado.

di cui all'art. 112, 1° co., n, 1, C.p., per esser concorsi nel reato in più di quattro persone,

di cui all'art. 112, 1° co., n. 3, C.p., per aver determinato a commettere il reato persone soggette alla propria autorità o vigilanza,

di cui all'art. 61, n. 1, C.p., per aver commesso il fatto per motivi abietti,

di cui all'art. 61, n.4, C.p., per aver commesso il fatto adoperando sevizie e crudeltà verso le vittime,

di cui all'art. 577, n. 3 C.p., per aver commesso il fatto con premeditazione"...

STOCKINGER Franz e PIEPENSCHNEIDER Albert del reato di:

"concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata e in saccheggio, incendio, distruzione o grave danneggiamento aggravato continuato" (artt. 61, nn. 1 e 4, 81, cpv., 110, 112, 1° co., nn. 1 e 3, 575, 577, nn. 3 e 4, C.p.; 13 e 185, 186 e 187. 1° e 2° co., C.p.m.g.; 47, nn. 2 e 3, 58, 1° co., C.p.m.p.), *"perché durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – quale "SS-Sturman " (caporale), appartenente alla 16^ Divisione-SS granatieri corazzata – Reparto Ricognitori – Seconda Compagnia (16^ SS – Panzergrenadierdivisione– (Reichsfuherer-SS" – Aufklarung –*

Abteilung), con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, operando in concorso con gli altri militari del predetto reparto, tutti, secondo la specifica qualità e mansione, contribuendo alla materiale realizzazione e del crimine e comunque reciprocamente rafforzandosi nel proposito delittuoso, agendo in parte in ossequio alle direttive del comando di appartenenza, in parte di propria iniziativa, comunque e sempre aderendo al programma criminale, il 29 e 30 settembre ed il 5 ottobre 1944, nella zona di Monte Sole (in varie località, fra cui Cerpiano, S. Martino – La Quercia), presso il comune di Marzabotto, Grizzana e Monzuno (BO), senza necessità e senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e anzi nell'ambito e con finalità di un'ampia operazione punitiva contro i partigiani e la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, contribuivano a cagionare la morte di almeno ottocento privati cittadini italiani, che non prendevano parte alle operazioni militari, con prevalenza di donne, anziani e bambini inermi, agendo con crudeltà e premeditazione e provocavano l'incendio di alcune case civili di abitazione, determinandone la distruzione:

con le aggravanti:

di cui all'art. 47, n. 2, C.p.m.p., per il grado rivestito,

di cui all'art. 47, n. 3, C.p.m.p., per aver commesso il fatto con le armi in dotazione,

di cui all'art. 58, 1° co., C.p.m.p., per esser concorsi con inferiori in grado.

di cui all'art. 112, 1° co., n, 1, C.p., per esser concorsi nel reato in più di quattro persone,

di cui all'art. 112, 1° co., n. 3, C.p., per aver determinato a commettere il reato persone soggette alla propria autorità o vigilanza,

di cui all'art. 61, n. 1, C.p., per aver commesso il fatto per motivi abietti,

di cui all'art. 61, n.4, C.p., per aver commesso il fatto adoperando sevizie e crudeltà verso le vittime,

- *di cui all'art. 577, n. 3 C.p., per aver commesso il fatto con premeditazione".*

WULF Helmut del reato di:

"concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata" (61, nn. 1 e 4, 81, cpv., 110, 112, 1° co., nn. 1 e 3, 575, 577, nn. 3 e 4, C.p.; 13 e 185, 1° e 2°,C.p.m.g.; 47, nn. 2 e 3, 58, 1° co., C.p.m.p.), "*perché durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – quale "SS-Unterscharfuhrer" (Sergente SS), Comandante di Plotone (Zugfuhrer), appartenente alla 5^ Compagnia, 16^ Divisione SS corazzata granatieri "RF-SS"- Reparto Ricognitori 16 – (16^ SS Panzergrenadierdivision "Reichsfuhrer-SS" – 5^ Kompanie der Aufklarungs – Abteilung 16), con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, operando in concorso con altri militari del predetto reparto, tutti, secondo la specifica qualità e mansione, contribuendo alla materiale realizzazione del crimine e comunque reciprocamente rafforzandosi nel proposito delittuoso, agendo in parte in ossequio alle direttive del comando di appartenenza, in parte di propria iniziativa, comunque e sempre aderendo al programma criminale, il 29 e il 30 settembre ed il primo ed il 5 ottobre 1944, nella zona di Monte Sole (in*

varie località, fra cui Cerpiano, S. Martino – La Quercia), presso i Comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno (BO), senza necessità e senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e anzi nell'ambito e con finalità di un'ampia operazione punitiva contro i partigiani e la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, contribuiva a cagionare la morte di almeno ottocento privati cittadini italiani, che non prendevano parte alle operazioni militari, con prevalenza di donne, anziani e bambini inermi, agendo con crudeltà e premeditazione:

con le aggravanti:

di cui all'art. 47, n. 2, C.p.m.p., per il grado rivestito,

di cui all'art. 47, n. 3, C.p.m.p., per aver commesso il fatto con le armi in dotazione,

di cui all'art. 58, 1° co., C.p.m.p., per esser concorsi con inferiori in grado.

di cui all'art. 112, 1° co., n, 1, C.p., per esser concorsi nel reato in più di quattro persone,

di cui all'art. 112, 1° co., n. 3, C.p., per aver determinato a commettere il reato persone soggette alla propria autorità o vigilanza,

di cui all'art. 61, n. 1, C.p., per aver commesso il fatto per motivi abietti,

di cui all'art. 61, n.4, C.p., per aver commesso il fatto adoperando sevizie e crudeltà verso le vittime,

di cui all'art. 577, n. 3 C.p., per aver commesso il fatto con premeditazione"...

FINSTER Gunther del reato di

"concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata" (61, nn. 1,4 e 5, 81, cpv., 110, 112, 1° co., nn. 1 e 3, 575, 577, nn. 3 e 4, C.p.; 13 e 185, 1° e 2°,C.p.m.g.; 47, nn. 2 e 3, 58, 1° co., C.p.m.p.), "*perché durante lo stato di guerra tra l'Italia e la Germania, essendo in servizio nelle forze armate tedesche – nemiche dello Stato italiano – quale "SS-Rottenfuhrer" (Caporal-maggiore SS), appartenete alla 2^ Compagnia, 16^ Divisione SS corazzata granatieri "RF-SS"- Reparto Ricognitori 16 – (16^ SS Panzergrenadierdivision "Reichsfuhrer-SS" – 2^ Kompanie der Aufklarungs – Abteilung 16), con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, operando in concorso con altri militari del predetto reparto, tutti, secondo la specifica qualità e mansione, contribuendo alla materiale realizzazione del crimine e comunque reciprocamente rafforzandosi nel proposito delittuoso, agendo in parte in ossequio alle direttive del comando di appartenenza, in parte di propria iniziativa, comunque e sempre aderendo al programma criminale, il 29 e il 30 settembre ed il primo ed il 5 ottobre 1944, nella zona di Monte Sole (in varie località, fra cui Cerpiano, S. Martino – La Quercia), presso i Comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno (BO), senza necessità e senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra e anzi nell'ambito e con finalità di un'ampia operazione punitiva contro i partigiani e la popolazione civile che a quelli si mostrava solidale, contribuiva a cagionare la morte di almeno ottocento privati cittadini italiani, che non prendevano parte alle*

operazioni militari, con prevalenza di donne, anziani e bambini inermi, agendo con crudeltà e premeditazione:

con le aggravanti:

di cui all'art. 47, n. 2, C.p.m.p., per il grado rivestito,

di cui all'art. 47, n. 3, C.p.m.p., per aver commesso il fatto con le armi in dotazione,

di cui all'art. 58, 1° co., C.p.m.p., per esser concorsi con inferiori in grado.

di cui all'art. 112, 1° co., n. 1, C.p., per esser concorsi nel reato in più di quattro persone,

di cui all'art. 112, 1° co., n. 3, C.p., per aver determinato a commettere il reato persone soggette alla propria autorità o vigilanza,

di cui all'art. 61, n. 1, C.p., per aver commesso il fatto per motivi abietti,

di cui all'art. 61, n.4, C.p., per aver commesso il fatto adoperando sevizie e crudeltà verso le vittime,

di cui all'art. 577, n. 3 C.p., per aver commesso il fatto con premeditazione"...

in seguito all'appello proposto dal P. M. nei confronti di: KUSTERER e STOCKINGER;

e dai difensori di:

ALBERS, SCHNEIDER A., SCHNEIDER M., SPIELER, TRÄGER, WACHE e WULF;

Svolgimento del processo

1. La sentenza di primo grado. In esito al rinvio a giudizio delle persone indicate in epigrafe, per il reato a ciascuno di essi rispettivamente

contestato, con sentenza in data 13 gennaio 2007 il Tribunale militare della Spezia condannava Albers, Baumann, Bichler, Roithmeier, Schneider Adolf, Schneider Max, Spieler, Träger, Wache e Wulf alla pena dell'ergastolo ed al risarcimento del danno in favore delle parti civili, con la liquidazione delle provvisionali per ciascuna di esse indicate nel dispositivo, ed assolveva Becker, Finster, Gude, Kusterer, Piepenschneider, Stockinger e Tiegel, per non aver commesso il fatto (in ordine alla assoluzione degli imputati Becker, Finster, Gude, Piepenschneider e Tiegel la sentenza di primo grado non è stata impugnata).

Nella motivazione il giudice riferisce anzitutto in modo dettagliato il contenuto delle attività processuali compiute nella fase dibattimentale, e si sofferma in particolare sulle deposizioni dei numerosi testi sentiti (civili sopravvissuti all'eccidio, ufficiali di polizia giudiziaria, consulenti tecnici), in merito alla strage compiuta in data 29 settembre 1944, e nei giorni successivi, nella zona di Monte Sole, in località comprese nei comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno, da militari tedeschi appartenenti alla 16^ Divisione SS, Reparto Ricognitori. Nella sentenza di primo grado, che deve intendersi al riguardo integralmente richiamata, sono così specificamente descritti i diversi episodi di violenza, come ricordati dai sopravvissuti.

Il giudice di primo grado ritiene utilizzabili tutte le prove assunte, ad esclusione del documento "Allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52", atto interno dei servizi informativi alleati, "*nella parte in cui si limita a fare*

riferimento a dichiarazioni rese da anonimi prigionieri di guerra e su tali basi formula precise e puntuali accuse nei confronti di altri soggetti".

Sulla base delle prove in atti (tra cui il copioso compendio documentale proveniente dai processi SIMON e REDER) è così risultato che i fatti si svolsero nei tre comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, in provincia di Bologna, nei giorni 29 e 30 settembre e 1 e 5 ottobre 1944.

L'operazione che avrebbe condotto agli eccidi nacque come operazione antipartigiana contro la brigata partigiana Stella Rossa, della quale era stato incaricato il Battaglione esplorante della 16^ Divisione SS, Battaglione comandato dal magg. Walter Reder. Nell'operazione vennero impiegate quattro compagnie: la 1^, dalla Quercia con obiettivo S. Martino; la 5^, da Murazze con obiettivo Monte Caprara; la 3^, da Murazze, a Monte Sole; la 2^, anch'essa da Murazze a Monte Sole, ma con percorso in parte diverso. Furono inoltre impiegati anche altri reparti tedeschi (unità di artiglieria, della contraerea ed altre unità della Whermact), per delimitare l'area operativa del Battaglione Reder.

La sera del 28 settembre l'ufficiale 1c della Divisione, magg. Loos, ordinava a Reder di iniziare l'operazione antipartigiana l'indomani alle ore 06.00. All'ora stabilita le compagnie di Reder si schieravano come da pianificazione, previa riunione operativa fra Reder, i comandanti di compagnia e l'aiutante di battaglione Paul Albers. Quindi ogni compagnia si muoveva nel settore predeterminato: è quindi riportato l'elenco delle località toccate da ciascuna compagnia con il relativo numero di vittime civili accertate. L'eliminazione delle vittime era in genere avvenuta

mediante fucilazione o mitragliamento con armi di squadra, seguito dal lancio di bombe a mano tra i corpi per garantire che eventuali superstiti non riuscissero a scampare.

Tutti gli imputati sono chiamati a rispondere dello stesso accadimento, l'avere commesso, in concorso tra loro e con altri militari del Battaglione esplorante della 16^ Divisione SS, ed in esecuzione del medesimo disegno criminoso, fatti di violenza mediante omicidio, nei confronti di privati nemici che non prendevano parte alle operazioni militari, cagionando così la morte di circa ottocento persone.

In ordine alla responsabilità di ciascuno dei diciassette imputati, il Tribunale militare rileva, anzitutto, che, eccezion fatta per gli imputati Wulf e Spieler, il dibattimento non ha consentito di acquisire elementi di prova che dimostrino la loro materiale partecipazione agli atti di omicidio: anzi, per quanto attiene all'imputato Albers, è provato che egli non partecipò materialmente ad alcuna di dette uccisioni. Dalle testimonianze e consulenze si è potuto infatti identificare con chiarezza l'appartenenza di ogni imputato ad una delle compagnie del Battaglione Reder, i percorsi seguiti da ciascuna compagnia durante l'operazione e, conseguentemente, quali eccidi ogni compagnia commise nelle località toccate durante la marcia. Le testimonianze però – osserva il tribunale – "*pur concordando sul fatto che i militari operavano in gruppi di dieci-venti uomini, non hanno fornito elementi in base ai quali poter concludere che il tale imputato facesse parte della tale squadra e che questa si fosse resa responsabile di una determinata strage, tra le tante commesse*".

Ritiene tuttavia il giudice di primo grado che possa comunque essere ravvisato il concorso morale nel caso in cui un militare, ricevuto un ordine manifestamente criminoso da trasmettere ai subordinati, lo trasmetta e così determini i predetti a commettere un fatto costituente reato: in tal modo egli presta un contributo causale decisivo, senza il quale il reato non sarebbe stato commesso.

Si tratta quindi di precisare quali erano gli ordini impartiti alle truppe SS per l'operazione di Marzabotto, operazione ufficialmente diretta contro la formazione partigiana *Stella Rossa*.

I protagonisti tedeschi della vicenda, a partire dal gen. Simon (comandante della Divisione) e Reder (con le sole eccezioni di Kneissl e Legoll) hanno sempre sostenuto che gli ordini impartiti erano di "*procedere senza riguardo per le perdite proprie o nemiche*" e di "*combattere senza riguardo per i civili*" (disposizione quest'ultima spiegata nel senso che si dovevano affrontare ed annientare i partigiani senza preoccuparsi dei danni che, durante il combattimento, venissero inflitti a quei civili che fossero capitati in mezzo al fuoco incrociato delle opposte parti combattenti).

Tale versione dei fatti, secondo il giudice di primo grado, è astrattamente suggestiva ma in concreto resa non credibile, in primo luogo, dalla circostanza che lo scontro fra i partigiani e le truppe del Battaglione Reder ebbe una limitata entità ed ebbe comunque inizio alle ore 8.30 del 29 settembre, mentre, per contro, "*è provato non solo che le stragi di civili inermi erano iniziate almeno mezz'ora prima, ma altresì*

che tali stragi vennero consumate in località in cui non vi fu il pur minimo accenno di ostilità nei confronti degli uomini di Reder".

Inoltre, secondo le dichiarazioni di Kneissl, ai militari fu "ordinato di dare alle fiamme interi villaggi, di uccidere il bestiame e di uccidere tutti i civili, inclusi donne e bambini; secondo Legoll, l'ordine era "*di fare rappresaglia sparando indiscriminatamente su tutte le persone nelle vicinanze, qualora fossimo fatti segno a fuoco mentre eravamo in marcia*".

La reale natura degli ordini troverebbe inoltre "*la più significativa conferma nelle atroci dimensioni del massacro e nel numero abnorme di bambini, donne e civili inermi che furono barbaramente uccisi*".

Si conclude, quindi, che dovranno essere ritenuti responsabili quelli fra gli imputati che, per l'esercizio di funzioni di comando, ad ogni livello, o di funzioni di pianificazione, costituissero, all'interno del Battaglione Reder, un anello della catena gerarchica di trasmissione degli ordini, dal livello più alto fino alla truppa. Appare inoltre indubitabile che vi sia stata la trasmissione degli ordini lungo la catena gerarchica. Ciò è dimostrato sia dalla circostanza che, la sera del 28, si tenne una riunione cui parteciparono Reder, Albers, Loos ed i comandanti di compagnia (ed in seguito riunioni preoperative fra i comandanti di plotone e di squadra: dichiaraz. Träger), sia dal fatto che i plotoni, le squadre e spesso i singoli soldati operavano senza la necessità di munirsi di volta in volta di ordini od autorizzazioni: la attività sul campo delle SS costituiva puntuale attuazione di ordini ben conosciuti e di procedure ben rodate.

Posto quindi che i militari investiti di funzioni di pianificazione e di comando del battaglione Reder abbiano trasmesso un ordine manifestamente criminoso, il Tribunale militare esclude che possano essere applicate ai medesimi le scriminanti dell'adempimento del dovere e dello stato di necessità.

Il giudice di primo grado si sofferma quindi sulla posizione di ciascuno degli imputati e rileva, con riguardo a quelli per cui non si è formato il giudicato sulla pronuncia assolutoria, in sintesi, quanto segue.

Albers Paul ricopriva l'incarico di aiutante maggiore di Battaglione ed era pertanto il più stretto collaboratore di Reder. La sua partecipazione all'operazione di Marzabotto è provata da una pluralità di deposizioni testimoniali e, in primo luogo, dalle dichiarazioni dello stesso Reder. Senza il suo contributo, nell'ambito della attività di preventiva pianificazione dell'operazione che ha condotto al massacro, tale operazione criminale non avrebbe potuto essere realizzata. Appare quindi pienamente provata la sua responsabilità per le stragi di Marzabotto, Monzuno e Grizzana.

Wulf Helmut era comandante del Plotone mitraglieri della 5^ Compagnia, plotone aggregato nell'occasione alla 1^ Compagnia. Egli è stato così identificato dal teste Legoll, che, pur nominandolo come Wolf, non poteva che riferirsi all'attuale imputato, non essendo in servizio nell'ambito del Battaglione Reder altri sottufficiali cui potesse riferirsi il teste. D'altro canto dalla documentazione acquisita si ricava la prova della appartenenza del Wulf al 16° Battaglione esplorante, della sua effettiva

presenza al reparto nel periodo in cui si sono svolti i fatti e quindi della sua partecipazione all'operazione militare che ha determinato le stragi.

Baumann Josef faceva parte della 1^ Compagnia del 16° Battaglione esplorante con l'incarico di comandante di squadra. La sua dichiarazione, secondo cui nel periodo di interesse si trovava a Venezia per attività addestrativa, è smentita dalle informazioni acquisite presso il *Bundesarchiv* di Berlino. Sulla base delle prove testimoniali e documentali va quindi ritenuta certa la presenza al reparto nel periodo in cui sono stati commessi gli eccidi e quindi la sua responsabilità penale per l'eccidio.

Bichler Hubert era sottufficiale (maresciallo) e comandante di plotone nella terza compagnia del 16° Battaglione esplorante. E' ricordato come tale dallo stesso Reder nell'interrogatorio del 24.5.1948: il giudice di primo grado ne trae il convincimento che egli, al pari di Albers, avesse un particolare rapporto fiduciario con Reder, ciò che si riflette sul grado della sua responsabilità, in dipendenza della piena consapevolezza degli ordini criminali da eseguire. Appare quindi pienamente prova la responsabilità penale del suddetto imputato.

Roithmeier Max era sottufficiale (maresciallo) e comandante di plotone presso la 1^ Compagnia del 16° Battaglione esplorante. Dalla documentazione acquisita, e dalle stesse sue dichiarazioni, si trae la prova della presenza al reparto nel periodo in esame e quindi della responsabilità penale per la strage contestata.

Schneider Adolf era comandante di plotone presso la 3^ Compagnia del 16° Battaglione esplorante. Anche per lui dalla documentazione

acquisita si trae la prova della presenza al reparto nel periodo in esame e quindi della responsabilità penale per il fatto addebitato.

Schneider Max faceva parte della 1^ Compagnia, con il grado di sergente. Nell'interrogatorio, quale testimone, del 24.10.2003, ha dichiarato di essere stato ferito gravemente all'inizio della operazione e quindi trasportato ad un posto di medicazione. Tale circostanza appare confermata dalla prova documentale costituita dalla *verlustmeldung* n. 54, attestante il ferimento dell'imputato proprio nei giorni della strage e nei luoghi delle stesse. Rileva il tribunale militare che non vi è riscontro dell'ora in cui avvenne il ferimento, ma tale ferimento non può essere avvenuto prima del momento in cui la 1^ Compagnia, rinforzata dal plotone della 5^, giungesse a contatto con i partigiani, cosa che avvenne alle ore 8.30, mentre le stragi iniziarono alle 8.00. Anche in questo caso, quindi, la responsabilità dell'imputato discende non tanto dalla sua partecipazione materiale alle stragi, bensì dalla sua azione di comando, spiegatasi certamente da ben prima che egli venisse ferito.

Wache Georg era sottufficiale (sergente) e comandante di squadra nella 2^ Compagnia del Battaglione Reder. E' certa la sua presenza al reparto nei giorni della strage e quindi la sua conseguente responsabilità penale.

Träger Heinz era sottufficiale (sergente), nella 1^ Compagnia del Battaglione Reder. Risulta essere stato ferito il 29.9.1944 in località Cadotto (*verlustmeldung* n. 45). Può ritenersi quindi pienamente provata la partecipazione consapevole dell'imputato all'operazione di Marzabotto con la conseguente sua responsabilità penale.

Spieler Kurt, avente il grado di fuciliere SS (*SS-Schutze*), fu indicato dal teste Kneissl come facente parte dei responsabili della uccisione di civili rinchiusi in una chiesa ("*un altro che partecipò a questi fatti fu il soldato Spieler*") e inserito nella lista dei sospetti nell'allegato al rapporto G2 n. 52, con l'annotazione "*uccise due vecchi*". Rileva il giudice di primo grado che nella documentazione in atti Spieler risulta come appartenente alla 5^ Compagnia del II Battaglione, 36° Rgt. della 16^ Divisione SS ed ipotizza, al riguardo, che sia transitato dal Battaglione esplorante al II Battaglione del 36° Reggimento solo in un secondo momento, oppure, come ritenuto più razionale, che lo Spieler, effettivo al 36° Reggimento, sia stato aggregato al Battaglione Reder per esigenze di servizio, anche tenuto conto dei sensibili vuoti di organico che affliggevano i reparti tedeschi in quel particolare momento storico. La pratica della aggregazione era piuttosto frequente, come dimostra quella operata fra la 5^ e la 1^ Compagnia del Battaglione Reder. Vi sono quindi prove adeguate per ritenere che l'imputato si rese personalmente e materialmente responsabile dell'eccidio di civili inermi: egli peraltro deve essere ritenuto responsabile dei fatti descritti in imputazione nella totalità degli elementi che la caratterizzano, comprese le aggravanti della crudeltà e della premeditazione, in quanto "*il ruolo di primo piano che svolse come esecutore materiale della strage ha senza dubbio contribuito al rafforzamento degli altrui propositi criminosi*".

Stockinger Franz era militare semplice (autista), nella 2^ Compagnia del Battaglione Reder. E' citato nel rapporto G2 n. 52del 23.10.1944, con l'annotazione "*uccise donne e bambini e incendiò case*".

Il teste Kneissl ha inoltre espressamente dichiarato: "*Le seguenti persone erano autisti e militari addetti alle retrovie, che furono obbligati a partecipare a questa azione, io non so cosa essi abbiano fatto, ma loro potranno ampliare la mia deposizione: granatiere Stockinger, ...*". Trattandosi di un militare che non esercitava funzioni di comando, la sua responsabilità penale può essere affermata solo se venga provata la diretta partecipazione, come esecutore materiale, ad una o più uccisioni. Considerato che i reparti delle SS si spostavano nel territorio dei tre Comuni dove avvenne la strage muovendosi a piedi, se ne può dedurre che gli autisti siano rimasti vicino ai mezzi di cui erano responsabili, come è prassi ovvia in ogni esercito, e non parteciparono materialmente alla strage. Né può ritenersi convincente la tesi circa la possibilità di affermare la responsabilità dello Stockinger per concorso, per aver fornito un contributo causale importantissimo, quale quello di aver accompagnato con il proprio mezzo la fanteria. Poiché infatti risulta che, per ragioni di sicurezza, la destinazione degli automezzi veniva comunicata agli autisti nell'imminenza dei fatti "*il Collegio, in assenza di prove contrarie, ritiene del tutto plausibile che essi non venissero affatto informati sul cosa i commilitoni trasportati dovessero fare, tanto più che ad essi autisti non era richiesto di parteciparvi*". L'imputato è quindi assolto dal reato contestato, ai sensi dell'art. 530, comma 2, per non aver commesso il fatto.

Kusterer Wilhelm Ernst era sergente presso la 3^ Compagnia del Battaglione Reder. Fu ferito il 4.10.1944 in località Rioveggio. E' certo che egli fosse presente al reparto al momento in cui avvennero i fatti

contestati ed egli stesso ha fatto pervenire una dichiarazione in cui conferma la sua presenza a Marzabotto nei giorni dell'operazione antipartigiana; l'imputato ha però negato di aver partecipato alle stragi di civili. Rileva il Tribunale militare che Kusterer, fra i diciassette imputati, è quello che ha radicato la sua difesa su una intensa azione di contrasto verso l'immagine di fanatico milite nazista, affermando di essersi arruolato nelle SS solo perché, avendo concepito una figlia con la fidanzata, avrebbe potuto sposarsi in tempi rapidi e consentire alla figlia di nascere in costanza di matrimonio. Il punto decisivo è peraltro, secondo il giudice di primo grado, che nessuna delle prove acquisite sembra dimostrare che egli, pur avendo il grado di sottufficiale, esercitasse un incarico di comando. In particolare: nella *verlustmeldung* riportante la notizia del ferimento viene indicato il grado, ma non vi è associata alcuna menzione di funzioni di comando, mentre "*in tutti gli altri documenti ufficiali esaminati nel corso del presente processo risulta puntualmente indicata la funzione di comando (compagnia, plotone, squadra) svolta dal soggetto di volta in volta preso in esame e accanto alla indicazione del suo grado*"; nella scheda per prigionieri di guerra relativa all'imputato si indica il suo grado come *platoon sergeant*, che non ha il significato di "comandante di plotone", ma è una semplice indicazione di grado (corrispondente a "sergente"). Ritiene quindi in conclusione il Tribunale militare che non sussista la prova sufficiente che il Kusterer, in relazione ai fatti di Marzabotto, abbia esercitato funzioni di comando e pertanto il medesimo è assolto, ai sensi dell'art. 530, comma 2, c.p.p., per non aver commesso il fatto.

Il Tribunale militare, rileva quindi che nel fatto contestato sia configurabile il reato di cui all'art. 185 c.p.m.g., ed esclude di poter ravvisare una necessità militare, ovvero un giustificato motivo, per la commissione del medesimo. Infatti "*il materiale probatorio in atti ha pienamente dimostrato che l'eccidio passato alla storia con il nome di 'strage di Marzabotto' fu freddamente pianificato a tavolino, sulla base della ingiusta ed arbitraria equiparazione fra civili e partigiani, che le violenze sui civili iniziarono ben prima che i partigiani della Stella Rossa accennassero una pur minima resistenza, che le dette violenze si protrassero anche dopo che i blandi combattimenti con il nemico erano cessati e che coinvolsero anche gli abitanti di località e frazioni nelle quali non vi erano stati scontri e non erano stati trovati né partigiani né armi, in altre parole in luoghi e contro persone che apparivano prima facie come totalmente estranei alla lotta partigiana, e contro cui non poteva invocarsi alcuna necessità, né giustificarsi alcun rigore*". D'altra parte, "*in nessuna parte del diritto di guerra, neanche nelle interpretazioni più late, si parla della possibilità di uccidere donne, bambini o persone anziane*".

Ritenuta la sussistenza anche delle aggravanti contestate, il Tribunale militare applica la pena dell'ergastolo nei confronti: di Albers, con isolamento diurno per anni tre; di Wulf e Spieler, con isolamento diurno per anni due; di Baumann, Bichler, Roithmeier, Schneider Adolf, Schneider Max, Träger e Wache, con isolamento diurno per anni uno. E' inoltre ordinata la pubblicazione della sentenza di condanna, ed i predetti sono altresì condannati al risarcimento del danno a favore delle parti

civili, con la determinazione delle provvisionali per ciascuna di esse indicata.

2. Gli appelli. Nei confronti della predetta sentenza hanno proposto anzitutto appello i difensori di Albers, Wulf, Schneider Adolf, Schneider Max, Spieler, Träger e Wache, i quale chiedono l'assoluzione dei propri assistiti dal reato ascritto per non aver commesso il fatto. Ha proposto inoltre appello il pubblico ministero, che chiede alla Corte, in riforma della sentenza impugnata, di affermare la penale responsabilità anche degli imputati Kusterer e Stockinger.

2.1. Nell'atto di appello concernente Paul Albers si rileva che la presenza dell'imputato a fianco del maggiore Reder non sia sufficiente per confermare la sua responsabilità penale. Albers fu sentito come testimone nell'ambito del processo Reder, il suo ruolo era noto all'Autorità giudiziaria, e quindi la decisione di non procedere nei suoi confronti non può che essere stata determinata da una ritenuta estraneità anche in ordine ad una partecipazione a titolo di concorso morale. E' da ritenere che egli non abbia partecipato alla riunione avvenuta la sera del 28 settembre 1944 (cui parteciparono solo gli ufficiali del Battaglione, mentre egli era un sottufficiale).

Comunque il suo ruolo si sarebbe limitato ad assistere passivamente, ma non per questo consenziente. Egli non ebbe né l'opportunità, né la necessità, di trasmettere gli ordini di Reder ad altri militari, dato che tali ordini furono trasmessi direttamente da Reder ai comandanti di compagnia. Egli, quale aiutante maggiore, non era il sostituto del Comandante di Battaglione: le sue funzioni erano riferibili piuttosto a

quelle di un "attendente", che non poteva intervenire o incidere nella fase decisionale fra il Comandante e gli altri ufficiali comandanti di compagnia.

2.2. Nell'appello a favore di Helmut Wulf il difensore rileva anzitutto che il tempo trascorso (ben sessanta anni) dai fatti in contestazione ha condotto ad un giudizio di responsabilità penale lesivo dell'art. 111 Cost. e dell'art. 6 C.E.D.U., che sanciscono il diritto per ogni persona all'esame della propria posizione in un tempo ragionevole.

All'epoca comunque non vi era nei militari tedeschi la volontà di arrecare gratuita violenza alla popolazione civile italiana. La popolazione italiana non era ostile ai tedeschi ma spaventata delle possibili ripercussioni derivanti dalla guerriglia partigiana. Le rappresaglie potevano coinvolgere anche coloro che prestavano attivo supporto alle operazioni partigiane, ma non erano effettuate indiscriminatamente nei confronti della popolazione civile (anche perché i tedeschi operavano congiuntamente ai combattenti italiani della R.S.I.).

Così il teste Jacobi non ricorda violenze a danni di civili, e la teste Elide Ruggeri afferma che un colonnello medico le risparmiò la vita. Tali affermazioni stridono con una ricostruzione che vuole tutti i militari tedeschi come soggetti dediti in modo spietato alla eliminazione della popolazione civile secondo un preciso e preordinato disegno criminoso.

Per il Wulf inoltre la sua eventuale partecipazione alle operazioni non poteva che avvenire in adempimento di un ordine superiore: appare infatti inverosimile che egli, semplice sergente, potesse ordinare e dirigere esecuzioni tanto efferate di sua spontanea volontà ed in piena libertà di

azione. Lo stesso teste Legoll afferma che non vi erano ordini espressi da parte del comandante di plotone, ma "*di volta in volta due o tre militari si staccavano dalla colonna e procedevano all'eliminazione dei civili*".

Legoll d'altro canto indica il cognome Wolf (e non Wulf) e non è ritenuta condivisibile la prospettazione dell'accusa, fatta propria dal tribunale militare, secondo cui tale indicazione non potesse essere riferita ad altri che all'imputato Wulf, essendo invece possibile che esistessero altri militari tedeschi con il cognome simile a Wolf (compreso il tenente Wolf Kurt Friedrich). Le affermazioni del Legoll appaiono d'altro canto contraddittorie, ad esempio nella parte in cui prima si afferma che le uccisioni avvenivano senza ordini espressi e poi si dichiara che "*le uccisioni venivano ordinate da Wolf*": se ne deducono quindi dubbi sulla attendibilità delle dichiarazioni del predetto teste.

2.3. Nell'appello concernente Adolf Schneider si afferma che non sono state acquisite prove in ordine alla partecipazione del medesimo alle azioni criminose poste in essere da altri soggetti. Non è il grado rivestito che può assurgere a prova della sua responsabilità né è dimostrato che egli abbia preso parte alle riunioni preoperative nelle quali si sarebbero pianificate le azioni contestate.

Inoltre, per i ricoveri effettuati nelle infermerie da campo non veniva redatto alcun documento: non sussiste in definitiva alcuna prova in grado di dimostrare la presenza dell'imputato nei luoghi degli eccidi, né le singole azioni di cui lo stesso si sarebbe reso responsabile.

Si contesta inoltre la mancata concessione delle attenuanti generiche, che dovrebbero essere invece concesse, in regime di

prevalenza sulle contestate aggravanti, considerando lo scenario di guerra nel quale i fatti sono stati commessi e conseguentemente lo status emotivo dell'imputato, anche in relazione alla sua giovanissima età. Deve ritenersi che il particolare momento storico abbia determinato una distorta percezione del disvalore sociale delle azioni poste in essere. Va poi considerato lo stato di incensuratezza dell'imputato.

2.4. Nell'appello relativo a Max Schneider si rileva che, secondo quanto dichiarato dallo stesso imputato, egli ricevette l'ordine di partecipare all'operazione del 29.9.1944. Egli non era però presente alla riunione del 28 settembre, gli ordini ricevuti furono limitati all'inizio delle operazioni contro i partigiani (l'imputato nulla poteva sapere in merito al piano criminoso che determinò le stragi) ed egli fu ferito nella mattina del 29 settembre in località Monzuno. Egli non partecipò alla realizzazione della strage di civili avvenuta in località Monzuno, alle ore 8.00 del mattino, che fu ordinata personalmente dal comandante di compagnia.

2.5. Nell'appello concernente Kurt Spieler sono anzitutto definite come mere illazioni le ipotesi della sentenza sulla circostanza che al momento del fatto l'imputato prestasse servizio presso il Battaglione Reder. Sussiste invece una incertezza circa il reparto di appartenenza e quindi sulla presenza dello Spieler. La dichiarazione del teste Kneissl, secondo cui "*un altro che partecipò a queste azioni fu il soldato Spieler*", potrebbero riferirsi ad un altro soldato, sia per la non coincidenza delle caratteristiche fisiche, sia perché Spieler, in base ai documenti della

Deutsche Dienststelle, faceva parte non del Battaglione esplorante, ma della 5^ Compagnia del 36 Rgt.

E' inoltre inutilizzabile il rapporto G2 n. 52 del 23.10.1944, trattandosi di documento anonimo che riporta l'interrogatorio di un prigioniero di guerra, in cui però il prigioniero interrogato non viene in alcun modo identificato.

Rileva ancora il difensore che in ogni caso dovrebbe trovare applicazione l'esimente di cui all'art. 54 c.p., alla luce delle deposizioni dei testi Jacobi (secondo cui nel corso di addestramento si insegnava che chi non obbediva agli ordini veniva punito con la morte) e Piretti: quest'ultimo, in particolare, ha affermato, in data 12.11.2002, che vide un soldato minacciato perché si rifiutava di fare fuoco all'interno della Chiesa, e quindi ucciso con un colpo di pistola alla testa.

Si contesta infine la mancata applicazione delle attenuanti generiche che dovrebbero invece essere riconosciute (in regime di prevalenza sulle contestate aggravanti, e senza che ciò implichi un giudizio di non gravità del fatto contestato), sia per l'incensuratezza e giovanissima età, all'epoca, dell'imputato, sia perché lo scenario di guerra può aver determinato una distorta percezione del disvalore sociale delle azioni poste in essere.

2.6. Nell'atto di appello a favore di Heinz Fritz Träger e Georg Wache si ritiene anzitutto apodittica la tesi del giudice di primo grado sull'esistenza di un ordine di procedere allo sterminio della popolazione civile. L'ordine impartito fu quello di procedere "senza riguardo" per la popolazione civile, ovvero di non avere riguardo ai danni inflitti durante il

fuoco incrociato con i partigiani, ordine quindi non manifestamente criminoso.

Si trattò di attacchi compiuti da lontano senza potersi prima accertare della identità degli occupanti di case o luoghi chiusi. La stessa deposizione del teste Legoll, secondo cui l'ordine era di sparare indiscriminatamente su tutte le persone nelle vicinanze, qualora i tedeschi fossero fatti segno a fuoco mentre erano in marcia, dimostra che non vi fu un ordine di uccidere indiscriminatamente tutte le persone incontrate (secondo Legoll nel corso del primo scontro la rappresaglia avvenne solo dietro specifico ordine del ten. Segelbrecht, "*circostanza del tutto incompatibile con la pretesa esistenza di ordini specifici gerarchicamente trasmessi come quelli immaginati dalla Corte spezzina*").

D'altro canto le deposizioni del teste Legoll (disertore) e del teste Kneissl (prigioniero di guerra e quindi in ipotesi sottoposto a coercizioni fisiche e psichiche) sono sfornite dei contorni di credibilità che le renderebbero utilizzabili. Per entrambi, oltretutto, è esistente l'originale redatto in inglese, ma non risulta che esistano in atti gli originali redatti in tedesco con la relativa sottoscrizione, che potrebbero attestare la conformità del testo della testimonianza con quanto effettivamente dichiarato.

Manca quindi la prova, anche presuntiva, secondo l'appellante, della esistenza di ordini quali quelli ritenuti dal tribunale militare (nella stessa deposizione del teste Träger, secondo cui avvenne una riunione con il proprio comandante circa l'azione programmata per il giorno seguente, nulla si specifica con riguardo ad ordini circa la sorte dei civili): gli

orrendi delitti debbono inquadrarsi in un contesto criminoso ma svincolato dalla esistenza di uno specifico ordine.

Considerato l'alto numero di caduti tedeschi va ritenuto che gli episodi di atrocità siano ricondìcibili a iniziative individuali: gli ordini impartiti riguardo ai civili erano del tutto generici e ciascun gruppo, a seconda delle circostanze, dava ad essi diversa interpretazione. Appare quindi consona alle risultanze istruttorie l'ipotesi che i fatti di Marzabotto non siano riconducibili alla univoca e intenzionale esecuzione di un ordine predeterminato, ma ad una logica di vendetta dopo lo scontro del 29 settembre per cui, all'opposizione di parte della popolazione si sarebbe risposto, a seconda dei luoghi e delle attitudini personali, in maniera diversificata.

A riprova di tale conclusione vanno citati i casi in cui soldati delle SS non mostrarono crudeltà verso la popolazione (cfr. deposizioni dei testi Leoni, Sabbioni, Ruggeri, Danesi): si tratta di episodi troppo numerosi per essere considerati occasionali e smentiscono l'univocità di intenti immaginata nella sentenza di primo grado; del resto "*chi potrebbe ragionevolmente sostenere che fra tutti gli imputati, alcuni di essi non siano stati protagonisti di questi fatti ?*"

Ad ulteriore riprova della tesi difensiva viene ricordato che l'ipotesi di un ordine di sterminio sistematico della popolazione civile appare incompatibile con la progettata ed eseguita costruzione, su richiesta specifica del comando battaglione, di un campo per i prigionieri: "*a che scopo costruire un campo per i prigionieri se l'intenzione decisa e*

programmata dell'azione antipartigiana era lo sterminio fisico della popolazione ?"

Rileva ancora l'appellante che la 16^ Divisione SS non fu spostata dall'Europa orientale, ma costituita nel 1943 e subito inviata in Italia: gli elementi della Divisione provenienti dal fronte orientale erano specializzati nei combattimenti con forze regolari. In ordine alla posizione dei singoli imputati, Träger fu ferito nella mattinata del 29 settembre, nella fase iniziale dei combattimenti: anche ammettendo in via del tutto ipotetica che abbia ricevuto ordini del contenuto di quelli immaginati dalla Corte di primo grado, non si comprende quale contributo causale egli possa aver dato, al di là di una generica adesione insufficiente a giustificare la condanna.

In via subordinata si chiede il contenimento della pena entro i limiti edittali, con la concessione delle circostanze attenuanti generiche.

2.7. Il pubblico ministero ha appellato la sentenza di primo grado nella parte in cui si dispone l'assoluzione degli imputati Kusterer e Stockinger.

Quanto a Wilehlm Ernst Kusterer si contesta l'affermazione del tribunale militare, secondo cui non vi è prova che egli svolgesse incarichi di comando: tutti i militari del suo grado, sergente, erano infatti a capo di una squadra di uomini e, pertanto, rivestivano funzioni di comando, come anche dimostrato dalla tipologia del suo armamento.

La circostanza che nella *verlusmeltung* a lui relativa non sia fatta menzione del comando esercitato, non ha nessun significato, atteso che nelle *verlusmeltungen* non era mai riportato, per ogni militare indicato,

l'incarico ricoperto, ma solo il grado. E' invece sicuro che nei reparti germanici al grado di sergente o sergente maggiore era indefettibilmente riconnesso l'incarico operativo di comandante di squadra: come confermato anche dalla tipologia di armamento prevista per i comandanti di squadra (fucile mitragliatore). Addirittura, in quel periodo della guerra, era frequente il caso di sottufficiali destinati al comando di unità ben superiori alla squadra.

Quanto a Franz Stockinger il pubblico ministero afferma che la deposizione del teste Kneissl (secondo cui l'imputato era fra coloro che gli riferirono di essere stati obbligati a partecipare alla cosiddetta azione antipartigiana e di aver ricevuto l'ordine di dare alle fiamme interi villaggi , di sparare a tutto il bestiame e di uccidere tutti i civili, incluse donne e bambini) appare inequivocabile e dimostra che anche Stockinger partecipò all'azione, nel senso di aver concretamente eseguito gli ordini criminosi di "*uccidere tutti i civili, incluse donne e bambini*".

Il P.M. contesta anche, al riguardo, la ritenuta inutilizzabilità del rapporto G2 n. 52 datato 23.10.1944, che contiene sia la menzione del teste da cui sono tratte le informazioni, sia l'indicazione del soggetto che ha condotto gli interrogatori.

Sia per Kusterer che per Stockinger il pubblico ministero appellante chiede quindi la condanna alla pena dell'ergastolo.

3. Il dibattimento di appello. All'odierna udienza, viene in primo luogo dichiarata la contumacia degli imputati, ad eccezione di Wache Georg, in relazione al quale è pervenuto certificato di morte: al riguardo il pubblico ministero ed il difensore chiedono che sia emessa pronuncia di

non doversi procedere perché il reato è estinto per morte del reo, le altre parti nulla osservano e la Corte si riserva di provvedere all'esito del dibattimento.

In sede di conclusioni il pubblico ministero ed i difensori delle parti civili chiedono la conferma della sentenza di primo grado, nella parte relativa alla condanna e la riforma della sentenza di primo grado nella parte che concerne la assoluzione degli imputati Kusterer e Stockinger, con la condanna dei medesimi alla pena dell'ergastolo ed al risarcimento dei danni a favore delle parti civili costituite; i difensori degli imputati appellanti si riportano ai rispettivi motivi di appello, chiedendone l'accoglimento; i difensori degli imputati Kusterer e Stockinger chiedono la conferma della assoluzione pronunciata in primo grado.

Motivi della decisione

4. Secondo la Corte deve essere confermata l'affermazione di responsabilità penale per gli imputati condannati in primo grado, tranne Wache (in ordine al quale deve essere dichiarata l'estinzione del reato per morte del reo) e Spieler (che deve invece essere assolto per non aver commesso il fatto); va poi affermata la penale responsabilità di Kusterer, in accoglimento del relativo appello del pubblico ministero. Per Stockinger deve invece essere confermata la sentenza assolutoria pronunciata in primo grado.

5. Questioni procedurali. Dopo aver proposto le proprie richieste nel merito il difensore dell'imputato Kusterer si è anche genericamente richiamato alle eccezioni di carattere procedurale formulate in primo grado, senza aggiungere o specificare alcunché sulle ragioni per le quali

sarebbe da ritenere erronea la decisione emanata sul punto nel giudizio di primo grado.

Nel corso del dibattimento di primo grado, all'udienza del 3 luglio 2006, il difensore di Kusterer aveva in effetti eccepito la nullità del decreto che dispone il giudizio per i seguenti motivi: mancanza, nell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, dell'avvertimento che, in caso di mancata comparizione, l'imputato sarebbe stato giudicato in contumacia, ciò in quanto nella traduzione in lingua tedesca la predetta espressione era stata resa con la frase "sarà condannato"; carenza dei requisiti della chiarezza e della precisione nella contestazione contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio; mancanza dell'indicazione di condotte specificamente attribuibili ai singoli imputati nel capo di imputazione contenuto nel decreto che dispone il giudizio.

Il Tribunale rigettava le predette eccezioni con ordinanza fondata sui seguenti motivi: l'uso improprio della locuzione "condannato in assenza", in luogo di "giudicato in assenza", non aveva determinato alcuna incertezza in ordine alla circostanza che comunque il processo avrebbe avuto il suo corso anche in assenza dell'imputato e nell'insussistenza di legittimi impedimenti a comparire; nel decreto che dispone il giudizio risultava adeguatamente e sufficientemente descritto il fatto contestato agli imputati, con puntuale specificazione delle circostanze di tempo e di luogo in cui era stata posta in essere la condotta: ulteriori elementi di specificazione del fatto potevano inoltre rinvenirsi nella descrizione della qualifica e delle mansioni ricoperte dagli imputati;

non risultava quindi in alcun modo compromesso il fondamentale diritto a difendersi di tutti gli imputati.

A prescindere dai profili inerenti alla ammissibilità, nella fase di appello, del mero richiamo alle eccezioni formulate nel dibattimento di primo grado e relative alla pretesa nullità del decreto che dispone il giudizio, la Corte ritiene di condividere pienamente la motivazione del tribunale militare della Spezia, che viene pertanto integralmente richiamata: d'altro canto, in sede di conclusioni nel giudizio di appello la difesa nulla ha osservato sulle ragioni per cui la richiamata ordinanza del giudice di primo grado dovrebbe essere ritenuta erronea.

6. Questioni comuni. Prima di prendere in considerazione la posizione processuale dei singoli imputati appare opportuno trattare alcune questioni poste dagli appellanti che, data la loro portata generale, acquistano rilievo per ciascuna delle persone sottoposte a processo.

In particolare occorre, in primo luogo, accertare quale era il contenuto degli ordini impartiti ai subordinati dal Comando della 16^ Divisione SS (e, nell'ambito del Battaglione esplorante di tale Divisione, dal suo Comandante, maggiore Reder).

Una volta determinato il contenuto di tali ordini vanno poi definiti i criteri per poter affermare una responsabilità, a titolo di concorso, dei militari che parteciparono all'operazione durante la quale fu realizzato l'eccidio commesso il 29 settembre 1944, e nei giorni successivi, nei comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana.

6.1. Gli ordini impartiti da Reder. Il giudice di primo grado non dubita anzitutto che gli ordini allora trasmessi ai subordinati fossero

effettivamente e direttamente rivolti allo sterminio della popolazione civile, come dimostrato sia dalle dichiarazioni di alcuni militari tedeschi (Julien Legoll e Wilhelm Kneissl), sia dal comportamento dei vari reparti impegnati nella operazione, che, se in luoghi diversi ed a prescindere dall'esistenza o meno di una resistenza armata dei partigiani, attuarono contestualmente condotte di omicidio con modalità corrispondenti, ciò evidentemente fecero in obbedienza ad un piano criminoso stabilito in precedenza e comunicato mediante la catena gerarchica a tutti gli appartenenti al Battaglione.

Negli atti di appello, ed in particolare nell'appello a favore di Träger Heinz Fritz (alla cui sintesi, effettuata sopra nel prg. 3.6., ci si richiama) si rileva invece che non vi fu un ordine di uccidere indiscriminatamente i civili: l'ordine di procedere "senza riguardo" per la popolazione civile deve essere inteso nel senso di non avere riguardo ai danni inflitti durante il fuoco incrociato con i partigiani. Si contesta quindi la credibilità dei testi Legoll e Kneissl, la cui deposizione è stata posta dal giudice di primo grado a fondamento della propria tesi in ordine al contenuto degli ordini impartiti da Reder.

6.1.1. Nella valutazione della suddetta problematica appare opportuno in primo luogo ricordare che nella sentenza del Tribunale militare territoriale di Bologna, in data 31 ottobre 1951, nel procedimento a carico di Walter Reder, si rileva:

"*... resta da chiarire se la accertata condotta delle truppe del 16° battaglione SS sia potuta sfuggire alla cognizione del comandante il battaglione stesso, e possa quindi riportarsi alla malvagia iniziativa di*

singoli gruppi, ovvero se essa sia stata la pratica attuazione di ordini da quel comandante ricevuti.

... stabilita la esclusiva partecipazione delle truppe del Reder ai fatti suesposti, le modalità dell'azione militare e la sistematicità preordinata dell'azione terroristica, ritiene il collegio possa tranquillamente concludersi con l'affermare la responsabilità di Reder.

Ha assunto l'imputato che può ben essere accaduto che 'qualcuno' abbia disobbedito, ma che egli non ne fu informato. ...

Se veramente il Reder avesse ordinato a tutto il suo battaglione di portarsi all'attacco delle posizioni partigiane non gli sarebbe potuto sfuggire che una certa aliquota dei suoi reparti invece che portarsi al combattimento si attardava nei paesi ricordati ad operarvi incendi e massacri, ivi sostando per tutto il 29 e, come a Cerpiane, anche il 30.

Ciò non è concepibile neppure se riferito al più incapace comandante militare, e tanto meno una situazione tale può riferirsi al Reder che viene descritto come capacissimo comandante a capo di uno dei più disciplinati battaglioni dell'esercito tedesco (Albert Ekkehard – Eichler).

Ritiene pertanto il Collegio che data la situazione militare dell'azione, la padronanza di Reder sulla sua truppa, la possibilità di collegamenti radio, telefonici, o a mezzo staffette, la sistematica condotta dell'azione contro le popolazioni attuata con identica procedura in tutte le zone rivelano l'esistenza di ordini precisi cui le SS ebbero ad ottemperare".

mosse dalle testimonianze di Legoll e Kneissl, per verificare quale ne sia l'esatto contenuto e se possano essere ritenute attendibili.

In relazione al contenuto degli ordini il teste Legoll, in data 1 novembre 1944, ha dichiarato: "*La notte del 28-29 Settembre 1944 la 1^ compagnia Recce Unit assieme al plotone mitraglieri di fanteria della 5^ compagnia aggregatovi, al quale io appartenevo, furono radunati a Montorio, dove noi eravamo stati accantonati per 3-4 giorni.*

Il Comandante della 1^ compagnia Obersurmfuhrer Segelbrecht ci indirizzò allora alcune parole dicendoci che stavamo per entrare in azione contro i partigiani e che avevamo l'ordine di fare rappresaglia sparando indiscriminatamente su tutte le persone nelle vicinanze qualora fossimo fatti segno a fuoco mentre eravamo in marcia. Aggiunse che questi ordini erano pervenuti dal Comandante del Recce Unit Sturmbannfuhrer REDER. Furono poi distribuite le munizioni ed indi ci mettemmo in marcia verso le ore 6 del 29.9.1944". Il teste descrive quindi le diverse uccisioni di cui fu testimone oculare e conclude: "*Al nostro ritorno agli accantonamenti SEGELBRECHT si rivolse alla compagnia plotone per plotone, dicendoci che l'azione era riuscita benissimo e che egli aveva udito dallo Sturmbannfuhrer REDER che 800 partigiani erano stati uccisi e che egli, lo Sturmbannfuhrer, si congratulava con la compagnia per la nostra opera. Personalmente sono del parere che la maggioranza dei partigiani uccisi erano donne e bambini*".

La deposizione del teste Kneissl, in data 11 novembre 1944, nella parte che più specificamente interessa, è del seguente tenore:

"Domanda: Diteci con vostre parole i particolari di questa azione ?

Risposta: "Come io appresi dai miei camerati, essi furono impiegati in una azione contro i cosiddetti partigiani e fu loro ordinato di dare alle fiamme interi villaggi, di uccidere il bestiame e di uccidere tutti i civili incluse donne e bambini. Il Mayer obbligò la popolazione di un villaggio che era composta solamente da vecchi, donne e bambini a rifugiarsi in una Chiesa, di cui non conosco l'esatta ubicazione.

D. Chi emanò gli ordini originari di eseguire questa azione ?

R. Non so se il Mayer abbia ricevuto ordini da superiori autorità, generalmente però le squadre agivano di loro iniziativa.

D. Siete a conoscenza di qualche squadra o di qualche reparto che abbia ricevuto ordini dal magg. Reder per eseguire questa azione?

R. Gli ordini generali dovevano per forza provenire da Reder. Generalmente gli ordini provenivano dai comandi tramite via gerarchica".

Preliminare rispetto alla valutazione circa l'attendibilità delle suddette dichiarazioni appare quella relativa alla stessa utilizzabilità delle stesse: ciò in relazione alla eccezione, non espressamente proposta negli atti di appello, ma formulata in analoghi processi e comunque rilevabile anche di ufficio, secondo cui dovrebbe essere dichiarata l'inutilizzabilità (piena ed insanabile, ex art. 191 c.p.p.) delle dichiarazioni rese da persone che, essendo già indiziate, dovevano essere sentite fin dall'inizio con le garanzie previste per l'imputato, specificamente con il riconoscimento della facoltà di astenersi dal rispondere.

Va rilevato al riguardo che secondo la Corte le dichiarazioni dei militari Legoll e Kneissl acquisite nel presente procedimento sono pienamente utilizzabili ai fini della decisione. Come infatti affermato da questa Corte in casi analoghi (cfr. Corte mil. app., 21 novembre 2006, Sommer ed altri) la circostanza della presenza sul luogo delle operazioni non costituisce di per se stessa un indizio di responsabilità penale a carico dei militari di truppa (diversamente da quanto può invece ritenersi per i militari cui fosse attribuita una rilevante funzione di responsabilità nella struttura del reparto: ciò avuto riguardo alla peculiarità dell'organizzazione gerarchica militare).

Posto, dunque, in conformità a quanto precisato dalla Corte di cassazione (Sez. III, 26 aprile 2005, n. 21747), che il divieto di utilizzazione *erga omnes* delle dichiarazioni rese da persona che fin dall'inizio doveva assumere la veste di indagato presuppone che a carico del soggetto da interrogare sussistano indizi di reità già prima dell'assunzione della relativa deposizione, va rilevato che ciò, per l'appunto, nel caso di specie non si è affatto verificato, considerato oltretutto che indizi di reità nei confronti dei sunnominati non risultano emersi nemmeno in un momento successivo (non risultano infatti elementi per poter ritenere non veridica la dichiarazione di Legoll, secondo cui "*io non partecipai ad alcuna delle fucilazioni sopra descritte*", e quella del Kneissl, secondo cui "*posso riferire solamente ciò che mi è stato raccontato ... Tutto ciò che io so è quanto mi è stato raccontato da coloro che hanno partecipato a questa azione*").

Nel merito, in primo luogo, la credibilità di Legoll e Kneissl non è affatto compromessa dalla circostanza che essi avessero disertato dal proprio reparto e fossero, al momento in cui rendevano le proprie dichiarazioni, prigionieri di guerra. Infatti la diserzione da una unità militare che si era resa responsabile di crimini come quello di cui al presente processo (e che presumibilmente avrebbe potuto essere chiamata a realizzarne altri analoghi in futuro) potrebbe essere inteso come il frutto di una ben comprensibile decisione imposta dalla coscienza individuale. In particolare, Legoll ha dichiarato che fu aggregato alla 16^ Divisione SS solo il 20 settembre 1944: è quindi esclusa la sua partecipazione agli eccidi di Bardine di S. Terenzo, Valla di Fivizzano e Vinca di Fivizzano, realizzati dal Battaglione Reder nel mese di agosto 1944 ed è pertanto immaginabile lo sconcerto determinato dal comportamento dei suoi superiori e commilitoni a Marzabotto. Comunque, anche se si ritenesse che la diserzione sia stata determinata dalla finalità di sottrarsi ai rischi derivanti dalla partecipazione alle operazioni belliche, ciò non avrebbe una inevitabile ripercussione negativa sulla attendibilità dei testi.

Fra le motivazioni che hanno spinto i due militari sopra indicati a disertare, e quindi a dichiarare agli ufficiali inglesi ed americani che li interrogavano quanto a loro conoscenza sui fatti di Marzabotto, può certamente essere annoverata la disillusione circa le sorti del conflitto bellico ed il rifiuto di quel sentimento di cameratismo e di condivisione con gli altri appartenenti ai reparti SS che ha portato, fra i reduci delle stesse SS, ad un inaccettabile comportamento di copertura reciproca, e di ostinata negazione dei crimini commessi, che rasenta la vera e propria

omertà, tipica delle associazioni criminali (è sufficiente ricordare la dichiarazione del teste Stuppner sul sequestro di fogli ciclostilati, acquisiti all'udienza del 25 ottobre 2006, nei quali si invitavano gli ex militari delle SS a non rispondere a nessuno sui fatti di Marzabotto): l'organizzazione delle SS fu d'altro canto dichiarata organizzazione "criminale" dal Tribunale di Norimberga, nella sentenza del 30 settembre 1948, sia con riguardo agli uffici dello R.S.H.A. (Servizio principale di sicurezza dello Stato), sia con riguardo alle Allgemeine SS ed alle Waffen SS.

Quanto poi al contesto in cui gli interrogatori sono avvenuti, va in primo luogo sottolineato che la dichiarazione del Legoll fu resa a Roma (presso il Comando Francese, 2eme Bureau), il 1 novembre 1944, dinanzi al Capitano Golodetz, in presenza del Capitano Archer, del S.I.B. (Special Investigation Branch), 76^ Sezione, mentre quella di Kneissl fu resa a Firenze, l'11 novembre 1944, dinanzi al Commissario per i crimini di guerra per la Quinta armata U.S.A. Edwin S. Booth, ed alla presenza di altri ufficiali americani: la circostanza che le due deposizioni siano state acquisite in località diverse e da soggetti diversi e contengano ciò nonostante informazioni in gran parte corrispondenti ne conferma senza dubbio l'attendibilità.

Va inoltre fatto presente che gli inquirenti americani hanno specificamente negato di aver sottoposto i prigionieri ad alcun tipo di costrizione o di pressione psicologica (cfr. deposizione di Edwin S. Booth, in data 5 settembre 1950, dinanzi alla Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto del Montana: *"Wilhelm Kneissl era un prigioniero di guerra al momento dell'interrogatorio. Egli non era stato sottoposto a*

qualsiasi violenza fisica o morale per dare la sua testimonianza e non si trovava sotto paura di punizione né gli era stata fatta promessa di favore se avesse testimoniato. Dopo aver giurato di dire la verità egli fece le risposte indicate nella copia").

In ogni caso, anche se Legoll e Kneissl fossero stati in qualche modo motivati dalla prospettiva di acquisire dei benefici, in conseguenza della loro collaborazione con le Autorità Alleate, va escluso che questo, di per sé, comporti un apprezzamento negativo sulla loro credibilità. Al contrario, la professionalità degli interroganti non poteva che manifestarsi nel sollecitare i prigionieri a dichiarare le informazioni di cui erano a conoscenza, ma senza alterazioni o falsità. Va aggiunto che Legoll e Kneissl erano semplici militari di truppa, giovanissimi (20 anni il primo, 18 il secondo) e non è dato individuare quali recondite finalità avrebbero potuto perseguire nel dichiarare fatti non conformi a verità.

Ciò che appare comunque risolutivo in relazione all'apprezzamento circa la credibilità di Legoll e Kneissl è la verifica sulla esistenza di riscontri in ordine alle circostanze dagli stessi dichiarate, nonché l'accertamento sul fatto che si evidenzino o meno aspetti dimostratisi contrari alla verità o comunque non verosimili. Al riguardo va osservato che le deposizioni dei suddetti militari appaiono circostanziate, ricche di dettagli ed anche dei nomi dei militari tedeschi coinvolti; esse, inoltre, nei punti suscettibili di verifica, si sono sostanzialmente dimostrate veridiche.

Va considerato che sia il Legoll, teste oculare, che lo Kneissl, teste *de relato*, quali militari di truppa, non avevano consultato carte topografiche, e neppure conoscevano i nomi di molte delle località in cui

avvennero i massacri (così la località S. Martino viene erroneamente ma inequivocabilmente ricordata come S. Martello da Legoll), o la distanza fra di esse. Su alcuni aspetti il loro racconto è quindi inevitabilmente approssimativo (nel Rapporto n. 846 del 1 novembre 1944 del Quartier generale della V^ Armata, si avverte, così che le informazioni acquisite dai prigionieri di guerra "*sono frammentarie*"; si aggiunge anche che "*i prigionieri di guerra non sono molto intelligenti*"), ma, ad una lettura integrale e non prevenuta delle loro dichiarazioni, appare evidente che si tratta di testimonianze attendibili.

Ad esempio è impressionante che già al primo novembre 1944, pochi giorni dopo l'eccidio, le Autorità alleate erano messe a conoscenza, tramite le dichiarazioni di Legoll, del numero approssimativo, ma preciso (circa 800), dei civili uccisi a Marzabotto, quale poi sostanzialmente confermatosi in esito alle approfondite indagini compiute negli anni successivi: ciò che peraltro dimostra la veridicità di quanto affermato da Kneissl, secondo cui "*ogni soldato doveva riferire sul numero delle persone da lui direttamente uccise. ... Questi rapporti si dovevano fare per iscritto al comandante di compagnia*".

Questo aspetto della dichiarazione di Kneissl (che, va ulteriormente sottolineato, fu resa dopo poco più di un mese dalla strage e quindi senza che il teste potesse essere venuto a conoscenza degli elementi acquisiti solo negli anni successivi durante lo svolgimento del processo a carico di Walter Reder) trova peraltro una conferma indiscutibile nel Bollettino sulla operazione, trasmesso da Reder ai Comandi superiori, che menziona il numero esatto delle persone uccise, sia pure falsamente indicandole

tutte come partigiani o fiancheggiatori, in termini corrispondenti, in linea di massima, al dato numerico subito portato a conoscenza degli inquirenti americani, come pure al dato numerico definitivamente accertato.

Vi è di più: già nell'Allegato N. 1 al Rapporto G2 n. 52 (documento che, come si vedrà, non appare utilizzabile come prova decisiva per affermare la responsabilità dei singoli imputati, ma può essere invece valutato nella parte in cui riporta dati oggettivi e di carattere generale), alla data del 23 ottobre 1944, e prima quindi della cattura di Legoll, avvenuta il 26 ottobre successivo, si citano, in quanto appresi da tre prigionieri di guerra, dati precisi e corrispondenti a quelli poi accertati (ribaditi poi nel Rapporto n. 846, in data 1 novembre 1944, del Quartier generale della V^ Armata): "*Il 29-30 settembre 1944 l'intero 16° bat. SS rcn. Della 16^ Divisione Reichsfuhrer SS, ad eccezione forse della 4^ compagnia, che in quel periodo stava compiendo uno speciale corso di addestramento nella zona di Parma, è stato impiegato in 'azioni di rappresaglia' contro i civili italiani a seguito di attività partigiana. Detta azione è avvenuta nella zona di S. Martino – La Quercia (sud di Bologna). In seguito a questo massacro circa 800 donne e bambini sono rimasti uccisi*".

Fra i molti dettagli rappresentati (in questo caso anche nella dichiarazione sottoscritta da Legoll) un altro su cui richiamare l'attenzione è quello relativo alla circostanza che già il 23 ottobre 1944 era noto che a prendere parte all'azione furono la 1^,2^,3^ e 5^ compagnia del Battaglione Reder, e non invece la 4^ compagnia; sul punto anche Kneissl afferma che il 4° "Squadrone" a quell'epoca si trovava nella zona

di Parma. Un altro dettaglio, in questo caso citato da Kneissl, che si è rivelato veridico è quello relativo alla circostanza che era stato anche impartito l'ordine di uccidere il bestiame (cfr., fra le altre, deposizione di Max Saalfrank, in data 12 marzo 1947, secondo cui "*il bestiame doveva essere razziato allo scopo di privare i partigiani di ogni possibilità di nutrirsi*").

Va ulteriormente sottolineato che la deposizione di Kneissl non è riferita a "voci" o a notizie che egli semplicemente avrebbe "sentito dire". Il teste infatti precisa: "*le mie dichiarazioni sono il risultato dei racconti uditi da altre persone ma questi racconti mi sono stati fatti da persone che hanno direttamente partecipato all'azione*". Quindi, alla domanda "*come si chiamano le persone che vi hanno riferito questi racconti ?*", risponde: "*Le persone che io ora nominerò sono tutte appartenenti alla 2^ compagnia ...*"; segue l'indicazione dei nominativi di Sillert (Szillat), Zimmermann, Frach e Bollet, Mayer (Meier), Dreschaler.

6.1.3. Le dichiarazioni dei citati testi Legoll e Kneissl, sulla esistenza di un ordine, proveniente dal Comando di Battaglione, di uccidere i civili, incluse donne e bambini, sono poi confermate in modo palese, come argomentato dal giudice di primo grado, dalle modalità in cui la strage fu realizzata.

Quali furono le esatte espressioni verbali con cui l'ordine di Reder fu impartito ai diretti subordinati è ormai impossibile accertare: ciò che conta è che tale ordine fu chiaramente percepito e compreso da coloro che lo avevano ricevuto. Se ne trae conferma anche dal comportamento successivo di Reder il quale, pur se, fra la fine di settembre ed i primi di

ottobre 1944, fu presente sui luoghi degli eccidi (nella sentenza del Tribunale militare di Bologna, del 31 ottobre 1951, si ritiene provato, in particolare, che egli, il 5 ottobre 1944, aveva il proprio comando in Cerpiano; Reder dichiara, nell'interrogatorio in data 23 febbraio 1951, che costituì un posto di Comando avanzato nella scuola di Cerpiano, dove giunse la mattina del 9 ottobre), non ebbe a muovere alcun rimprovero ai subordinati per la uccisione di donne e bambini, ma anzi rappresentò ai superiori l'operazione come un completo successo, ricevendone elogi e riconoscimenti, per sé e per i militari del suo reparto.

Può quindi anche ipotizzarsi che le parole pronunciate nell'occasione da Reder siano state di "*non aver riguardo per la popolazione civile*"; ma se così fu, è evidente che per i suoi interlocutori il senso palese di tali parole, avendo riferimento anche alle precedenti azioni di sterminio della popolazione civile compiute dalla stessa 16^ Divisione SS, era quello di effettuare il massacro nei termini in cui poi fu effettuato.

Il significato delle parole deriva dal contesto e, nel contesto della operazione che veniva disposta nell'ambito del Battaglione ricognitori della 16^ Divisione, due asserzioni sembrano davvero difficilmente confutabili.

La prima, secondo cui Reder, ufficiale determinato, sicuramente non propenso a esercitare in modo debole ed equivoco la propria autorità gerarchica, non può aver certo impartito ai subordinati ordini dal contenuto incerto (a volte può essere sufficiente un gesto, od una espressione mimica, per rendere inequivocabile il senso di parole che di

per sé lascino spazio ad interpretazioni diverse: cfr. dichiarazione di Musolesi Lucia, secondo cui "*questa mitragliatrice fu posta su un treppiedi, alla vista di ciò le due ragazze e le donne cominciarono a gridare e l'Ufficiale disse: 'Nichts kaput" vidi che l'ufficiale faceva l'occhiolino all'uomo che cominciò a sparare*": chi potrebbe negare che mediante la suddetta espressione del volto, di per sé equivoca – ma non tale per il soldato addetto alla mitragliatrice, che ne comprese perfettamente il significato – sia stato impartito l'ordine di uccidere ? Cfr. inoltre dichiarazioni di Wilhelm Ernst Kusterer, sentito come testimone il 28 giugno 2004, secondo cui "*se veniva impartito un ordine inerente ad una operazione, tale ordine doveva essere chiaro. A mio parere non è possibile che un ordine sia così poco chiaro che i comandanti di squadra e di compagnia non sappiano esattamente cosa fare. Forse ciò potrebbe non essere chiaro alla truppa, ma lo sarebbe comunque ai comandanti di compagnia*").

La seconda, relativa alla circostanza che in un reparto militare dell'Esercito tedesco (ed ancor più in una Divisione delle Waffen SS) non è assolutamente immaginabile che i comandanti delle singole unità (compagnie, plotoni, squadre) agissero in significativa difformità rispetto agli ordini ricevuti.

Quando poi il comportamento di tutte le unità operanti è, come nel caso di specie, assolutamente uniforme (ed il comportamento successivo del Comandante è di definitiva convalida delle condotte degli inferiori), appare indiscutibilmente provata l'esistenza di un ordine preventivo corrispondente alle condotte effettivamente tenute dai militari, e quindi di

un ordine di uccisione indiscriminata dei civili, compresi anziani, donne e bambini.

Tale ordine fu comunicato da Reder ai comandanti di compagnia la sera del 28 settembre 1944 e dai comandanti di compagnia ai propri subordinati nella stessa sera del 28 ovvero, come testimoniato da Legoll, la mattina del 29 settembre, prima che i reparti si muovessero dalle basi di partenza.

Legoll ha anche dichiarato che, secondo l'ordine loro impartito da Segelbrecht, l'uccisione indiscriminata dei civili era subordinata alla circostanza che i partigiani avessero sparato contro di loro mentre erano in marcia: tale specificazione è apparentemente in contrasto con la circostanza che in molte località si procedette allo sterminio delle popolazioni civili anche se i partigiani non erano in nessun modo presenti.

In realtà la dichiarazione di Legoll non appare incompatibile con il reale andamento delle operazioni. Anche ammettendo che l'ordine preventivamente impartito fosse quello di uccidere tutti i civili se fossero stati sparati dei colpi contro i soldati tedeschi, non appare possibile escludere che dei partigiani abbiano effettivamente fatto fuoco, poco dopo l'inizio dell'operazione e prima dei più aspri combattimenti avvenuti a Cadotto, contro i militari delle SS: a quel punto anche i reparti dislocati in altre località, o per aver udito i colpi di arma da fuoco, o per aver avuto notizie via radio, eseguirono di conseguenza l'ordine di uccidere ogni civile reperito nella zona delle operazioni.

Una tale possibile ricostruzione dei fatti nulla cambia rispetto alla valutazione sulla responsabilità degli imputati, considerata comunque la

manifesta criminosità di un ordine di uccidere civili, incluse donne e bambini, solo perché dimoranti in località (relativamente) prossime a quella dove si trovavano i partigiani che avevano compiuto azioni ostili contro militari nazisti.

6.1.4. La tesi difensiva, secondo cui non vi fu un ordine di procedere allo sterminio della popolazione civile, ma si trattò di danni inflitti durante il fuoco incrociato con i partigiani, nel caso in particolare di attacchi compiuti da lontano senza potersi prima accertare della identità degli occupanti di case o luoghi chiusi, contrasta anzitutto con le numerose testimonianze (di decine di italiani scampati, a volte in modo fortunoso, alla morte, ed anche di militari tedeschi ulteriori a Legoll e Kneissl: cfr. deposizione di Vysek Rudi del 13 marzo 1946, secondo cui "*davanti a questa casa giacevano due vecchie, che erano state ambedue fucilate. Ebbi immediatamente l'impressione che esse non erano state vittima del combattimento, ma persone che erano state fucilate in seguito. Pervenni a questa conclusione osservando la posizione dei cadaveri*") secondo cui le uccisioni dei civili furono effettuate quasi sempre in modo deliberato, dopo averli fatti uscire dai luoghi in cui si trovavano ed averli allineati, ovvero condotti in un diverso luogo (appare sufficiente per tutti ricordare gli eccidi dell'oratorio di Ceprano e del cimitero di Casaglia, per la cui descrizione si richiama la motivazione della sentenza di primo grado); contrasta inoltre con una considerazione tratta dalla evidente sproporzione fra il grande numero dei civili uccisi ed il numero invece molto limitato delle perdite fra i militari tedeschi ed i partigiani.

Al riguardo non si può negare che nel corso dell'operazione "Marzabotto" vi furono dei combattimenti impegnativi per i militari tedeschi, ma ricondurre a questi anche uccisioni avvenute in luoghi distanti e dove non vi era alcuna presenza partigiana, risulta evidentemente inammissibile (cfr. sent. del tribunale militare territoriale di Bologna, 31 ottobre 1951, cit.: "*Nessun dubbio, per il Collegio, che il 29 ebbe inizio una grande operazione antipartigiana ... . Queste dunque la premesse di natura puramente militare; ma come per altri episodi nel corso dello svolgimento l'operazione perde la sua sostanza militare, per divenire terroristica nei danni degli indifesi*").

Sulla base dei dati riportati nel bollettino della 14^ armata, citato nella deposizione dei consulenti dr. Gentile e prof. Pezzino ed acquisito agli atti, risulta che negli scontri contro i partigiani i tedeschi ebbero in totale sette morti – oltre a 29 feriti di cui otto gravi – dei quali deve ritenersi che tre o quattro militari siano caduti a Cadotto, e i restanti in località Le Scope, presso Casaglia. Le perdite dei partigiani furono invece, secondo il prof. Pezzino, di una ventina di uomini.

Nel citato bollettino si specifica: "*sulla base delle intense ricognizioni condotte da settimane, unità della 16. SS Panzergrenadieren –Division, in concorso con reparti del reggimento Flak 105 e del battaglione volontari dell'est 1059, dopo due giorni di duri combattimenti nell'impervio sistema di fortificazioni appenninico, hanno circondato e annientato a nordest di Vergato la brigata partigiana comunista 'Stella rossa' la quale si è difesa con accanimento. In particolare sono stati conseguiti i seguenti risultati: 718 nemici uccisi, tra cui 497 banditi e 221*

fiancheggiatori delle bande. Il comandante di brigata Lupo ed almeno quindici comandanti di compagnia caduti ed identificati. 456 civili di sesso maschile catturati per essere inviati al lavoro obbligatorio. Sette località e casolari con complessivamente 174 edifici dati alle fiamme".

Appare al riguardo decisivo, per una conferma indiscutibile degli effettivi caratteri della operazione compiuta a Marzabotto, riportare i nominativi, e le date di nascita e di morte, delle 221 più giovani vittime (il più grande era nato il 30 gennaio 1931 ed aveva quindi tredici anni) decedute nei comuni di Marzabotto, Monzuno e Grizzana (come risulta nella documentazione ufficiale acquisita presso i rispettivi comuni) nei giorni 29 settembre – 5 ottobre 1944.

I bambini uccisi e di seguito elencati corrispondono quindi alle 221 persone che nel Bollettino sulla operazione sono indicate alla voce "fiancheggiatori" (*"bandenhelfer"* nell'originale in lingua tedesca acquisito all'udienza del 26 ottobre 2006): anche in questo caso un modo ipocrita e disumano per indicare piccole vittime innocenti che non si vede quale attività di "fiancheggiamento" avrebbero mai potuto compiere.

Va sottolineato che, dei bambini uccisi, 22 avevano meno di un anno, 80 avevano meno di cinque anni e 172 avevano meno di dieci anni.

N.	Nome e Cognome	Data di nascita	Data del decesso	Luogo del decesso
1	~~Tito LOLLI~~	~~06/09/1944~~	~~29/09/1944~~	~~Salvaro Creda~~
2	~~Roberto IUBINI~~	~~05/09/1944~~	~~29/09/1944~~	~~Caprara~~
3	~~Giovanni LAFFI~~	~~02/09/1944~~	~~30/09/1944~~	~~Colulla di Sotto~~
4	~~Anna Maria FERRETTI~~	~~23/08/1944~~	~~29/09/1944~~	~~Quercia~~

5	Franco PASELLI	20/08/1944	29/09/1944	San Martino
6	Teresa DAINI	19/08/1944	29/09/1944	Casaglia
7	Massimo LAFFI	09/06/1944	30/09/1944	Colulla di Sotto
8	Iole MARCHI	09/06/1944	30/09/1944	Abelle
9	Mario MOSCHETTI	03/06/1944	29/09/1944	Caprara
10	Luigi PASELLI	03/06/1944	29/09/1944	Casaglia
11	Maria PASELLI	03/06/1944	29/09/1944	Casaglia
12	Vittoria MOSCHETTI	20/05/1944	29/09/1944	San Martino
13	Mirella LAFFI	19/04/1944	29/09/1944	Casaglia
14	Giorgio BENASSI	11/03/1944	29/09/1944	Albergana
15	Luigi PEDRIALI	09/03/1944	04/10/1944	Ca' Beguzzi
16	Paolo LAVA	15/01/1944	29/09/1944	Casaglia
17	Lucia LANZARINI	07/01/1944	29/09/1944	Caprara
18	Gabriella NANNI	04/01/1944	29/09/1944	Cadotto
19	Valter CARDI	/1944	29/09/1944	Salvaro Creda
20	Idalba GAMBERINI	29/12/1943	29/09/1944	Cadotto
21	Maria Luisa RIDOLFI	16/12/1943	29/09/1944	San Martino
22	Bruno TONELLI	07/11/1943	29/09/1944	Canaglia
23	Franco CASTAGNARI	01/07/1943	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
24	Vittoria MIGLIORI	26/05/1943	29/09/1944	Vallego di Sopra
25	Alberto CARDI	22/05/1943	29/09/1944	Salvaro Creda
26	Franca FIORI	28/03/1943	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
27	Elena LOLLI	12/03/1943	29/09/1944	Salvaro Creda
28	Maria Rosa VENTURA	/1943	29/09/1944	Salvaro Creda

29	Giovanni CERI	17/09/1942	29/09/1944	Canaglia
30	Claudio PASELLI	05/09/1942	29/09/1944	Canaglia
31	Giovanna BENINI	29/08/1942	29/09/1944	Canaglia
32	Gaudenzio ACQUAVIVA	27/08/1942	30/09/1944	Sperticano
33	Bruna SABBIONI	16/07/1942	29/09/1944	Canaglia
34	Bianca COMASTRI	15/07/1942	29/09/1944	Salvaro Creda
35	Bruna MUSOLESI	04/06/1942	29/09/1944	Caparra
36	Annita SANDRI	24/05/1942	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
37	Clara VENTURA	23/05/1942	29/09/1944	Caparra
38	Anna GHERARDI	10/05/1942	29/09/1944	Cerpiano
39	Francesco LAFFI	07/05/1942	29/09/1944	Canaglia
40	Claudio FERRETTI	14/04/1942	29/09/1944	Quercia
41	Paolo TEDESCHI	14/04/1942	29/09/1944	Canaglia
42	Lea FIORI	22/03/1942	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
43	Lucia DAINI	09/03/1942	29/09/1944	Canaglia
44	Vilma GAMBERINI	18/02/1942	29/09/1944	Cadotto
45	Elisa BARNABA'	01/01/1942	29/09/1944	Maccagnano
46	Paolina TONDI	16/12/1941	29/09/1944	Caparra
47	Anna GANDOLFI	15/11/1941	29/09/1944	Salvaro Creda
48	Anna Rosa SASSI	25/10/1941	29/09/1944	Prunaro di Sotto
49	Damiano PIRINI	27/09/1941	30/09/1944	Cerpiano
50	Anna MASSA	19/08/1941	29/09/1944	Canaglia
51	Marisa AMICI	10/08/1941	30/09/1944	Roncadelli
52	Anna PASELLI	26/07/1941	29/09/1944	San Martino

53	Lina MIGLIORI	05/07/1941	29/09/1944	Vallego di Sopra
54	Pietro LAFFI	25/05/1941	30/09/1944	Colulla di Sotto
55	Agostina LORENZINI	25/05/1941	29/09/1944	San Martino
56	Adriana PACCHI	05/05/1941	29/09/1944	Caparra
57	Giuseppina CERI	23/03/1941	29/09/1944	Canaglia
58	Adriana FIORI	15/03/1941	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
59	Marcella LORENZINI	27/01/1941	29/09/1944	San Martino
60	Marta STEFANI	/1941	29/09/1944	Roncadelli
61	Franco OLEANDRI	/1941	29/09/1944	Cerpiano
62	Pietro LORENZINI	24/11/1940	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
63	Alberto TONELLI	28/10/1940	29/09/1944	Canaglia
64	Elisa LOLLI	08/10/1940	29/09/1944	Salvaro Creda
65	Irene SABBIONI	16/09/1940	29/09/1944	Canaglia
66	Maria Luisa GAMBERINI	04/09/1940	29/09/1944	Cadotto
67	Domenico OLEANDRI	14/07/1940	29/09/1944	Carpiano
68	Giuseppe ROSSI	06/06/1940	29/09/1944	Cerpiano
69	Marino MIGLIORI	11/05/1940	29/09/1944	Vallego di Sopra
70	Maria GANDOLFI	02/05/1940	29/09/1944	Salvaro Creda
71	Zeno TEDESCHI	28/03/1940	29/09/1944	Canaglia
72	Adolfo FERRETTI	13/03/1940	29/09/1944	Quercia
73	Paola PIZZOLI	/1940	29/09/1944	San Martino
74	Ugo VENTURA	30/12/1939	29/09/1944	Salvaro Creda
75	Gaetano STEFANELLI	17/12/1939	29/09/1944	Prunaro di Sopra
76	Franca PEDRIALI	15/11/1939	04/10/1944	Ca' Beguzzi

77	Giuseppe DAINI	01/11/1939	29/09/1944	Canaglia
78	Vincenzo SOLDATI	14/10/1939	29/09/1944	Canaglia
79	Clara LORENZINI	05/10/1939	29/09/1944	San Martino
80	Gabriele PEDRIALI	29/09/1939	04/10/1944	Ca' Beguzzi
81	Augusto LORENZINI	11/09/1939	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
82	Enrica Maria MACCHELLI	07/09/1939	29/09/1944	Salvaro Creda
83	Livia ROSA	03/06/1939	29/09/1944	Cadotto
84	Gianna SASSI	02/06/1939	29/09/1944	Prunaro di Sotto
85	Maria BENINI	17/05/1939	29/09/1944	Canaglia
86	Nello BEVILACQUA	12/05/1939	29/09/1944	Maccagnano
87	Ildegarda NATALINI	01/05/1939	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
88	Bruno IUBINI	21/04/1939	29/09/1944	Caparra
89	Amedeo Ugo LOLLINI	01/04/1939	29/09/1944	Salvaro Creda
90	Giacomo TONDI	26/03/1939	29/09/1944	Caparra
91	Cleto MUSOLESI	22/02/1939	29/09/1944	Monzuno
92	Demetrio LAFFI	16/02/1939	30/09/1944	Colulla di Sotto
93	Franco MIGLIORI	11/02/1939	29/09/1944	Vallego di Sopra
94	Cesare FIORI	08/01/1939	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
95	Carlo BERTUCCI	/1939	29/09/1944	San Martino
96	Ivana MONTECRISTI	/1939	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
97	Luisa ACACCI	/1939	29/09/1944	Maccagnano
98	Giuseppe OLEANDRI	22/11/1938	29/09/1944	Cerpiano
99	Martino PIRINI	03/11/1938	30/09/1944	Cerpiano
100	Giovanna TONELLI	03/11/1938	29/09/1944	Canaglia

101	Alfredo FABRIS	26/10/1938	29/09/1944	Cerpiano
102	Lina RUGGERI	09/10/1938	29/09/1944	Canaglia
103	Gabriella ANGIOLINI	23/08/1938	30/09/1944	Colulla di Sotto
104	Dina LOLLI	13/08/1938	29/09/1944	Salvaro Creda
105	Cesare LUCCARINI	09/08/1938	29/09/1944	San Martino
106	Riccardo PIRETTI	01/07/1938	29/09/1944	Canaglia
107	Arrigo LAFFI	24/06/1938	29/09/1944	Canaglia
108	Ilia LAVA	24/06/1938	29/09/1944	Canaglia
109	Paola PASSARINI	29/03/1938	29/09/1944	San Martino
110	Franco LAFFI	22/03/1938	29/09/1944	Canaglia
111	Italo LAFFI	17/03/1938	30/09/1944	Colulla di Sotto
112	Adalgisa TEDESCHI	13/02/1938	29/09/1944	Canaglia
113	Anna LANZARINI	22/01/1938	29/09/1944	Caparra
114	Rosanna LANZARINI	22/01/1938	29/09/1944	Caparra
115	Zaira BUGANE'	21/01/1938	29/09/1944	Canaglia
116	Rosina GAMBERINI	21/01/1938	29/09/1944	Cadotto
117	Guido DAINI	16/01/1938	29/09/1944	Canaglia
118	Graziella ROMANELLI	/1938	29/09/1944	Vallego di Sopra
119	Carlo BARNABA'	/1938	29/09/1944	Maccagnano
120	Mario VALDISERRA	23/12/1937	29/09/1944	Cerpiano
121	Pierino CALZOLARI	20/11/1937	29/09/1944	Caparra
122	Martina FERRETTI	11/11/1937	30/09/1944	Montorio
123	Anna MIGLIORI	31/10/1937	29/09/1944	Vallego di Sopra
124	Silvio OLEANDRI	02/09/1937	29/09/1944	Cerpiano

125	Giovanna SABBIONI	26/08/1937	29/09/1944	Canaglia
126	Giorgio LAFFI	20/08/1937	29/09/1944	Canaglia
127	Dario PACCHI	25/05/1937	29/09/1944	Caparra
128	Primo LAFFI	11/05/1937	30/09/1944	Colulla di Sotto
129	Cesarina M. GANDOLFI	14/03/1937	29/09/1944	Salvaro Creda
130	Vito VANNINI	/1937	29/09/1944	Canaglia
131	Lucia NANNI	09/12/1936	29/09/1944	Cadotto
132	Alfredo SANDRI	10/11/1936	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
133	Anna Maria FIORI	09/11/1936	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
134	Lodovico VANNINI	29/10/1936	29/09/1944	Caparra
135	Giuseppina TONDI	28/10/1936	29/09/1944	Caparra
136	Ferdinando ROSA	24/10/1936	29/09/1944	Cadotto
137	Rossana PIRINI	12/10/1936	30/09/1944	Cerpiano
138	Dante CINCINNATI	14/09/1936	29/09/1944	Scope di Canaglia
139	Armando MIGLIORI	18/08/1936	29/09/1944	Vallego di Sopra
140	Vittorio TONELLI	12/08/1936	29/09/1944	Marzabotto
141	Giuseppe IUBINI	26/06/1936	29/09/1944	Caparra
142	Mario MASSA	15/05/1936	29/09/1944	Canaglia
143	Emilio FANTI	14/05/1936	29/09/1944	Ca' Veneziani
144	Domenico PIRETTI	16/02/1936	29/09/1944	Canaglia
145	Dario FERRETTI	18/01/1936	30/09/1944	Montorio
146	Ersilio RIGHI	05/01/1936	29/09/1944	Salvaro Creda
147	Lucio MENGOLI	/1936	29/09/1944	San Martino
148	Nara MONTECRISTI	/1936	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto

149	Maria PAGANELLI	/1936	29/09/1944	Colulla di Sopra
150	Anna LORENZINI	/1936	29/09/1944	San Martino
151	Gino BARNABA'	/1936	29/09/1944	Maccagnano
152	Ersilia FERRETTI	28/12/1935	29/09/1944	Quercia
153	Natale CALZOLARI	24/12/1935	29/09/1944	Caparra
154	Lena MONTI	07/11/1935	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
155	Fernando LAFFI	31/10/1935	30/09/1944	Colulla di Sotto
156	Anna Maria AMICI	09/09/1935	30/09/1944	Roncadelli
157	Alberto NANNI	31/08/1935	29/09/1944	Pernizzo
158	Giancarlo ANGIOLINI	29/08/1935	30/09/1944	Colulla di Sotto
159	Luciano PACCHI	22/08/1935	29/09/1944	Caparra
160	Rita LUCCARINI	24/07/1935	29/09/1944	San Martino
161	Maria PETRIZZI	20/07/1935	29/09/1944	Vallego di Sopra
162	Giovanna FABRIS	14/07/1935	29/09/1944	Cerpiano
163	Augusta LORENZINI	02/06/1935	29/09/1944	Marzabotto
164	Celestino GANDOLFI	19/05/1935	29/09/1944	Salvaro Creda
165	Imelde GAMBERINI	18/05/1935	29/09/1944	Cadotto
166	Corrado ROSA	22/03/1935	29/09/1944	Cadotto
167	Lucia TESTI	20/03/1935	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
168	Giuseppina PIRINI	18/03/1935	30/09/1944	Cerpiano
169	Celestina CINCINNATI	11/03/1935	29/09/1944	Scope di Canaglia
170	Dino VANNINI	22/02/1935	29/09/1944	Canaglia
171	Agostino SANDRI	19/02/1935	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
172	Emma IUBINI	27/10/1934	29/09/1944	Caparra

173	Enrico FIORI	11/08/1934	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
174	Adriana SABBIONI	27/07/1934	29/09/1944	Canaglia
175	Maria TONELLI	12/02/1934	29/09/1944	Canaglia
176	Antonio TONDI	17/01/1934	29/09/1944	Caparra
177	Giorgio MENGOLI	/1934	29/09/1944	San Martino
178	Anna Rosa ASTRALI	05/11/1933	29/09/1944	Caparra
179	Bruno ZEBRI	24/10/1933	30/09/1944	Marzabotto
180	Sergio FIORI	02/10/1933	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
181	Giancarlo FERRETTI	26/09/1933	30/09/1944	Montorio
182	Arrigo BARBIERI	08/09/1933	29/09/1944	Canaglia
183	Aurelio FERRETTI	29/08/1933	29/09/1944	Quercia
184	Giorgio IUBINI	23/08/1933	29/09/1944	Caparra
185	Marisa BUGANE'	18/08/1933	29/09/1944	Ca' Beguzzi
186	Ezio BALDAZZI	02/08/1933	29/09/1944	Lastra di Montorio
187	Dino LAFFI	20/07/1933	30/09/1944	Colulla di Sotto
188	Anna ROSSI	14/07/1933	29/09/1944	Salvaro Creda
189	Alfredo MACCHELLI	25/06/1933	29/09/1944	Salvaro Creda
190	Armando LAFFI	23/06/1933	30/09/1944	Colulla di Sotto
191	Agostino DANI	18/05/1933	29/09/1944	Cadotto
192	Enzo PIRETTI	31/03/1933	29/09/1944	Canaglia
193	Giuseppe GANDOLFI	19/03/1933	29/09/1944	Salvaro Creda
194	Giuseppe GRANI	12/03/1933	29/09/1944	San Martino
195	Armando ROSA	24/02/1933	29/09/1944	Cadotto
196	Maria Concetta MOSCHETTI	07/12/1932	29/09/1944	Caparra

197	Teresa PIRETTI	04/11/1932	29/09/1944	Cerpiano
198	Luciano RICOLINI	01/11/1932	29/09/1944	San Martino
199	Argentina TONELLI	29/09/1932	29/09/1944	Canaglia
200	Pietro ROVIGO	24/09/1932	30/09/1944	Sperticano
201	Vittorina BARBIERI	14/07/1932	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
202	Marta PIRINI	03/07/1932	30/09/1944	Cerpiano
203	Nerina PALMIERI	/1932	29/09/1944	Salvaro Creda
204	Gina CARDI	17/05/1932	29/09/1944	Salvaro Creda
205	Anna LUCCARINI	21/06/1932	29/09/1944	San Martino
206	Vittorina LANZARINI	14/06/1932	29/09/1944	Caparra
207	Luigi LUCCARINI	21/06/1932	29/09/1944	San Martino
208	Otello SABBIONI	20/04/1932	29/09/1944	Canaglia
209	Gino STEFANELLI	15/01/1932	29/09/1944	Prunaro di Sopra
210	Luigia TIVIROLI	02/08/1932	29/09/1944	Prunaro di Sopra
211	Germano NADALINI	02/10/1931	29/09/1944	San Giovanni Di Sotto
212	Anselmo TOMESANI	01/01/1931	29/09/1944	Roncadelli
213	Marta TONDI	29/07/1931	29/09/1944	Caparra
214	Alfredo TONELLI	20/06/1931	29/09/1944	Marzabotto
215	Linda VENTURA	24/12/1931	29/09/1944	Caparra
216	Bruno BECCACCIA	14/06/1931	29/09/1944	Casone di Riomoneta
217	Marino BRUNETTI	16/10/1931	29/09/1944	San Martino
218	Francesco FIOCCHI	09/05/1931	29/09/1944	Caparra
219	Lucia IUBINI	30/11/1931	29/09/1944	Caparra
220	Marina LAFFI	17/02/1931	30/09/1944	Colulla di Sotto

221	Rina ZAGNONI	30/01/1931	30/09/1944	Roncadelli

6.1.5. Secondo una tesi difensiva i fatti di Marzabotto sarebbero riconducibili a iniziative individuali, diversificate in ragione dei luoghi e delle attitudini personali, mentre gli ordini impartiti erano del tutto generici e ciascun gruppo, a seconda delle circostanze, dava ad essi diversa interpretazione: a riprova di tale affermazione si ricordano i casi in cui i militari delle SS non mostrarono crudeltà verso la popolazione, ciò che smentirebbe l'univocità di intenti asserita nella sentenza di primo grado.

Al riguardo va ribadito che nel processo in esame, come anche in analoghi procedimenti relativi a stragi naziste avvenute in Italia nel 1944, sono emerse testimonianze di italiani sopravvissuti, secondo cui, in qualche caso, i soldati delle SS consentirono alle vittime designate di salvarsi la vita, dimostrando sentimenti di umanità e di pietà nei confronti dei civili che avrebbero dovuto uccidere.

Ciò non dimostra certo l'inesistenza di un piano di sistematico sterminio. Dimostra soltanto che le indagini relative a tali fatti sono state compiute senza prevenzione e senza mettere in disparte deposizioni favorevoli ai militari tedeschi (e ciò costituisce anche una conferma della attendibilità delle testimonianze che invece consentono di ricostruire i dettagli dei massacri): così, solo a titolo di esempio, se può certamente ritenersi credibile la deposizione del teste Leoni Lautizi Franco, relativa alla circostanza che uno o due giorni dopo il suo ferimento, avvenuto il 1° ottobre 1944, egli ricevette le prime cure da un militare tedesco, va anche

ritenuto credibile il medesimo teste quando dichiara che lo stesso giorno primo ottobre i soldati tedeschi uccisero la nonna e la madre incinta e, durante il successivo tragitto, prima di ricevere le cure, aveva visto in una fossa una donna morta con un bambino, anch'esso morto, e ancora un bambino piccolo morto legato a un palo "a mò di spaventapasseri".

Pertanto, anche se ogni persona umana preferirebbe credere che gli episodi più agghiaccianti ricordati dai testi risentano di rielaborazioni successive che abbiano portato, anche in buona fede, a rendere ancora più drammatica una realtà comunque disumana, appare davvero difficile ritenere non integralmente credibili deposizioni, come quella del teste in ultimo citato, in cui si riferiscono, senza alcuna reticenza, anche i gesti di pietà compiuti dai militari tedeschi.

Anche tra i militari delle SS è necessario quindi operare, come in ogni comunità umana, delle distinzioni. Agli estremi, ve ne erano alcuni che, da autentici sadici, agivano traendo piacere per le sofferenze provocate: come ad esempio il caporale Mayer (Meier) che, secondo la testimonianza di Kneissl, confermata da quella di alcuni dei sopravvissuti, dopo aver lanciato una bomba a mano dentro l'oratorio di Cerpiano, in cui erano rinchiusi decine di donne e bambini, li lasciò agonizzare tutta la notte, "*per far soffrire, come più tardi si vantò, queste persone un po' di più*", e solo il mattino successivo tornò ad uccidere, con le armi leggere, quelli rimasti in vita (ciò che non impedì comunque a tre di loro di salvarsi, tra cui la maestra Benni di cui tra poco si dirà); vanno ricordate inoltre anche le deposizioni di Franco Brizzi, Maria Tidiroli e Antonio Tondi, che hanno tutti raccontato di bambini di pochi mesi di età lanciati

in aria e centrati a colpi di fucile; il teste Tondi ha aggiunto di aver appreso dal padre che questi aveva assistito da un nascondiglio alla uccisione della moglie e di sette figli: i tedeschi avevano prima ucciso i figli e solo all'ultimo la madre, in modo che questa, prima di morire, potesse assistere alla uccisione dei suoi figli; la teste Tidiroli ha ricordato ancora come il nonno, un uomo di ottantadue anni, fu sollevato di peso e gettato vivo in un pagliaio in fiamme; il teste Giorgio Ugolini ha invece raccontato che "*in tale occasione vidi che un soldato tedesco, afferrato brutalmente un bambino, lo scagliò lontano e poi gli scaricò contro una raffica di mitra. Non posso dire, in verità, se il bambino rimase ucciso*".

Tra i militari più indifferenti alle altrui sofferenze deve essere annoverato naturalmente lo stesso Reder, che, nella sentenza del Tribunale militare territoriale di Bologna del 31 ottobre 1951, fu definito come "criminale in occasione della guerra", nel senso che "*egli nella guerra trovò le condizioni più idonee per l'esplosione di quegli istinti criminali propri della sua indole*". Quale fosse il livello morale di Reder e di molti dei militari suoi collaboratori è d'altro canto testimoniato nel modo più palese dalle testimonianze relative alle violenze sessuali realizzate, sotto l'esplicita minaccia di morte, a Cerpiano, a danno di Antonietta Benni, Cincinnati Cleofe, Cincinnati Lina, Venturi Cesarina: lo stesso Reder, all'udienza del 28 settembre 1951, dinanzi al tribunale militare di Bologna, dichiarava al riguardo di aver bevuto molto e di non ricordare, ma precisava di non poter escludere di aver compiuto atti di libidine su una delle predette (cfr. sent. tribunale militare di Bologna, 31 ottobre 1951, cit.: "*Reder è l'uomo che toccando il fondo della bassezza*

morale (vedensi le deposizioni Benni e Cincinnati) ha in Cerpiano abusato e consentito ai suoi uomini ed ufficiali di abusare di donne che da poco tempo erano state estratte di sotto ai mucchi dei cadaveri dei propri amici, genitori, parenti trucidati in massa") .

Altri militari invece, presumibilmente soprattutto fra i più giovani ed arruolati, nell'ultima fase della guerra, tramite la leva obbligatoria, non avevano del tutto smarrito ogni sentimento di umanità (anche se qualche intervento ispirato ad intenti di pietà non sempre andò a buon fine: cfr. deposizione di Gino Chirici, secondo cui *"mia figlia ... fu individuata e fatta segno a scariche varie che la colpirono al gomito sinistro. Si buttò in un fosso e quivi rimase. Fu trovata dai tedeschi che la portarono alla Gardella e la medicarono. Più tardi però venne uccisa nel modo che dirò"*). Appare d'altro canto evidente che la diversa inclinazione dei comandanti delle singole pattuglie non poteva non riflettersi sulle modalità più o meno crudeli della esecuzione delle vittime.

Occorre inoltre considerare che la accertata sussistenza di un piano preventivo, e di un ordine trasmesso tramite la via gerarchica, di uccidere indiscriminatamente i civili delle località in questione, non appare affatto incompatibile con l'esistenza, nell'ambito dei reparti militari cui appartenevano gli imputati, di un certo margine di discrezionalità, della possibilità cioè di agire di iniziativa, quando ciò fosse ritenuto necessario dal militare di grado più elevato presente *in loco* (non deve così ritenersi contraddittorio quanto dichiarato da Legoll, secondo cui mentre il Capitano Segelbrecht, comandante della 1^ compagnia, verso le ore 8.00 del 29.9.1944 aveva personalmente ordinato l'uccisione di *"circa trenta*

civili in tutto, due dei quali erano vecchi, ed il resto donne e bambini", successivamente, in una casa colonica, *"trovammo 15-20 donne e bambini e un civile e li arrestammo. Essi furono fatti marciare con noi per circa 15 minuti quando incontrammo il comandante della 1^ compagnia Obersturmfuhrer Segelbrecht e il comandante della 5^ compagnia Obertsturmfuhrer Saalfang* (Saalfrank), *e quest'ultimo ci ordinò di condurre con noi questa gente per qualche chilometro e poi di rilasciarli. Ciò fu fatto"*.

Così, la scelta di inseguire o meno dei civili in fuga non poteva che essere effettuata in concreto dai militari operanti, in relazione alla distanza dei fuggitivi, all'esistenza o meno di zone boscose in cui avrebbero potuto rifugiarsi, all'opportunità o meno di sospendere per il tempo necessario il cammino in direzione degli obiettivi che era stato ordinato di raggiungere (fra le molteplici dichiarazioni relative a casi in cui i militari tedeschi spararono su civili in fuga, a volte dopo averli inseguiti, cfr. quella di Julien Legoll del 1 novembre 1944: *"Dopo una marcia di circa mezz'ora vedemmo tre donne e tre o quattro bambini che scappavano via da noi./ Non appena essi furono individuati, il sottufficiale incaricato del comando del plotone mitraglieri di fanteria Underscharfuhrer Wolf diede l'ordine di sparare su di loro tutti./ Due militari di cui non posso ricordare i nomi, corsero al loro inseguimento e li vidi sparare su di essi da una distanza di 10-20 metri. Successivamente uno di questi due militari fu incaricato di accertarsi del loro decesso, ma essi erano tutti morti e i loro cadaveri furono lasciati a terra dove erano caduti. Ciò accadde verso le ore 8.30"*).

La stessa circostanza che alcuni dei civili (le cui deposizioni sono acquisite al presente processo) si siano potuti salvare in quanto creduti morti insieme alle altre vittime, dopo il mitragliamento e/o il lancio di bombe a mano, dimostra che il controllo sul decesso dei civili (con l'eventuale colpo di grazia inferto ai sopravvissuti) era più o meno accurato nelle diverse occasioni in cui interi gruppi di civili furono trucidati. Ma ciò non perché non vi fosse un ordine indiscriminato di uccidere i civili, ma perché è ovvio che l'interesse militare a controllare l'avvenuto decesso era evidentemente secondario, trattandosi dopotutto di persone inermi, che non potevano costituire in nessun modo un pericolo per le operazioni belliche; certamente il controllo sulla effettiva morte delle persone colpite diventava più scrupoloso quando concerneva dei partigiani armati.

L'operazione di Marzabotto, in altre e crude parole, aveva la finalità, da un lato, di contrastare le formazioni partigiane, dall'altro di uccidere un grandissimo numero di persone, senza distinzioni di sesso o di età, e per far ciò, considerati i limiti spaziali e temporali dell'intervento militare, il metodo più efficace non era quello di impiegare attenzioni e tempo all'omicidio di ogni civile preso come singolo, ma di colpire soprattutto là dove ci fossero comunità e famiglie numerose che contribuivano significativamente al macabro "conteggio" delle vittime (particolarmente toccante è la strage della famiglia Laffi: di diciassette componenti, in gran parte donne e bambini, rimasero in vita solo due; v. deposizione di Laffi Ferruccio e Laffi Mario: "*il padre fu fatto assistere*

alla scena terrificante della morte di tutta la famiglia e poi ucciso anche lui").

Vi è d'altro canto un episodio, riferito e ritenuto attendibile dal prof. Pezzino (secondo cui nella zona della quinta compagnia alcuni civili furono liberati dopo che una donna, che parlava un buon tedesco, ebbe a lungo discusso con il comandante delle SS: da identificare nel Saalfrank, che riferisce infatti di una tale vicenda nella deposizione in data 12 marzo 1947; l'episodio è peraltro citato anche dal teste Legoll), che non dimostra affatto che non fosse stato impartito l'ordine di uccidere i civili.

La circostanza che la signora in questione abbia dovuto insistere a lungo con il Saalfrank dimostra al contrario che tale ordine vi era (non si comprenderebbe altrimenti quale dovesse essere l'oggetto della discussione), ma, come è normale nell'ordinamento militare, non precludeva ai comandanti sul campo la possibilità di agire di iniziativa, per cui, nei margini di una certa ineliminabile discrezionalità, poteva essere deciso, in casi specifici, che non si procedesse alla esecuzione di determinate persone (non può peraltro escludersi che Saalfrank, che riferisce di aver istallato, proprio nella località in cui i suddetti civili furono liberati, una stazione radio, abbia chiesto al magg. Reder di poter derogare, in quella circostanza, all'ordine ricevuto e sia stato espressamente autorizzato in tal senso).

6.1.6. Quanto alla progettazione e costruzione di un campo per i prigionieri, questa non esclude affatto che l'intenzione decisa e programmata dell'azione fosse lo sterminio fisico della popolazione civile. Premesso infatti che coloro che venivano identificati come

partigiani erano comunque immediatamente passati per le armi, il campo per prigionieri poteva servire soltanto per la custodia di adulti maschi, da utilizzare come ostaggi o da inviare in Germania nei campi di lavoro (nel Bollettino sulla operazione risulta infatti che 456 civili di sesso maschile furono catturati per essere inviati al lavoro obbligatorio).

Ciò dimostra quindi soltanto che anche in questo caso le SS avrebbero adoperato il cinico e spietato criterio utilizzato nei più conosciuti campi di sterminio: la selezione fra i soggetti utili al lavoro (mantenuti, provvisoriamente, in vita, in vista del loro sfruttamento per la produzione bellica) e quelli inadatti al lavoro (bambini, invalidi, anziani), che venivano invece immediatamente eliminati (cfr. comunicazione al Tribunale militare della Spezia in data 27.10.2006, della teste Monti Giovanna: "*divisero in due gruppi i prigionieri, un gruppo di uomini giovani ed abili, il secondo gruppo di anziani ed invalidi; essendo mio padre in licenza per malattia venne messo nel secondo gruppo e considerato invalido; aveva appena 37 anni;* coloro che facevano parte di questo secondo gruppo furono in seguito uccisi).

Con la paradossale conseguenza, peraltro, nel caso di specie, che un adulto, pur appartenente alle formazioni partigiane, ma trovato senza armi e senza segni riconoscibili, avrebbe potuto essere inviato al campo per i prigionieri e salvarsi, almeno per il momento, la vita, mentre i bambini, gli anziani e le donne non avevano alcuna possibilità di scampo, in quanto la loro vita non aveva alcun interesse per la macchina bellica tedesca.

6.2. La responsabilità per concorso nel reato. Nella sentenza di primo grado si afferma che la responsabilità dei militari sottoposti a

giudizio può essere dichiarata o per la accertata partecipazione di essi ad almeno un omicidio, ovvero per aver essi ricoperto, quali ufficiali o sottufficiali, un incarico di comando, nell'ambito del Battaglione, così da aver partecipato alla fase della organizzazione e pianificazione dell'eccidio, o da aver comunque contribuito, sotto la forma del concorso morale, alla sua realizzazione, trasmettendo alla truppa gli ordini manifestamente criminosi ricevuti dai superiori.

Secondo i difensori degli imputati, invece: la mera presenza degli imputati nella zona delle operazioni (ovvero, per Albers, la presenza accanto al Comandante Reder) non è sufficiente per l'affermazione della responsabilità penale; anche il grado rivestito non può assurgere a prova della partecipazione alle stragi di Marzabotto, neppure sotto il profilo concorsuale; con riguardo ai comandanti di plotone o di squadra, non sussiste prova della conoscenza degli ordini, sulle modalità esecutive dell'operazione, che dal Reder furono impartiti ai comandanti di compagnia (manca infatti la prova che gli ordini di Reder, come ricostruiti dal tribunale militare, siano stati trasmessi senza modifiche o cambiamenti agli inferiori gerarchici).

6.2.1. La questione giuridica che la difesa pone è quindi in definitiva la seguente: possono gli imputati essere considerati responsabili del reato di cui sono accusati, pur non essendo stato provato che essi abbiano ucciso personalmente, od ordinato di uccidere, almeno una delle vittime ?

Al riguardo, va rilevato che agli imputati nel presente procedimento non è contestato di aver cagionato direttamente la morte di una, o più, delle persone indicate nel capo di imputazione, ma piuttosto del concorso

nel reato continuato di violenza con omicidio, con riferimento non soltanto alle persone uccise dai militari dipendenti, ma a tutti i civili che in quei giorni trovarono morte violenta nella zona di Marzabotto.

Risolutiva è quindi la verifica circa l'esistenza dei requisiti del concorso di persone nel reato, che il giudice di primo grado risolve in senso positivo, con motivazione che questa Corte condivide pienamente e che è richiamata come parte integrante anche della presente sentenza.

In termini generali, la giurisprudenza più recente ha affermato, quanto all'accertamento del nesso causale nei casi di concorso di persone nel reato, ex art. 110 c.p., che, fra i requisiti strutturali del concorso di persone vi è quello che il contributo atipico del concorrente abbia avuto una reale efficacia causale, sia stato condizione "necessaria" per la concreta realizzazione del fatto criminoso, secondo un modello unitario ed indifferenziato, ispirato allo schema della *condicio sine qua non*, proprio delle fattispecie a forma libera e causalmente orientate. Così che il criterio di imputazione causale dell'evento cagionato dalla condotta concorsuale, secondo il classico modello condizionalistico, costituisce il presupposto indispensabile di tipicità della disciplina del concorso di persone nel reato e la fonte ascrittiva della responsabilità del singolo concorrente (v. Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino).

Alla stregua dei predetti criteri di diritto, va condiviso il criterio utilizzato dal giudice di primo grado, ovvero di ritenere responsabili, in ordine al reato indicato in imputazione, tutti gli ufficiali e sottufficiali, investiti di funzioni di comando, che parteciparono all'operazione del 29 settembre 1944 e giorni successivi.

Ai fini dell'accertamento del nesso di causalità va considerato che il contributo fornito dagli imputati ai fini della realizzazione dell'evento si estrinseca (come sostenuto dall'accusa, ciò che sarà oggetto di specifica verifica con riguardo a ciascuno di essi, dovendosi in particolare considerare a parte la posizione di Spieler e Stockinger, e, sotto diverso aspetto, di Albers) nella partecipazione alla operazione del 29 settembre 1944, quali appartenenti, in un ruolo gerarchico corrispondente al grado di ufficiale o sottufficiale rivestito, ad una delle unità che agirono nelle località in cui furono compiute uccisioni indiscriminate di uomini, donne e bambini, e furono date alle fiamme numerose abitazioni civili.

Non vale quindi ad escludere il nesso di causalità la circostanza che non risulti provata la partecipazione diretta di ognuno dei diversi imputati almeno ad uno degli omicidi compiuti quel giorno.

Ai fini di una valutazione giuridica corretta, con riguardo in primo luogo alla sussistenza del nesso di causalità, occorre infatti chiedersi: se i soggetti oggi imputati si fossero rifiutati di prestare obbedienza all'ordine manifestamente criminoso impartito da Reder, la strage dei civili si sarebbe realizzata in termini del tutto identici, così che sostanzialmente la loro scelta personale di adesione agli ordini ricevuti può essere considerata del tutto indifferente rispetto al verificarsi degli eventi ?

Al riguardo, è certo che una scelta (doverosa, anche alla luce della normativa, internazionale ed interna, in vigore all'epoca dei fatti: in part. l'art. 46 del Regolamento allegato alla IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907, sulle "*Leggi e usi della guerra terrestre*", prevedeva, nell'ambito della Sezione III, relativa alla "*Autorità militare sul territorio*

dello Stato nemico", che "*L'onore e i diritti della famiglia, la vita degli individui e la proprietà privata, del pari che le convinzioni religiose e l'esercizio dei culti, devono essere rispettati*"; inoltre l'art. 28 della "*Legge di guerra*" italiana, approvata con r.d. 8 luglio 1938, n. 1415, prevede che "*In quanto la legge non disponga altrimenti, i privati che non compiano atti di ostilità, ancorché si trovino al seguito delle forze armate ..., devono essere protetti per quanto concerne la sicurezza della persona, l'inviolabilità della proprietà e il godimento e l'esercizio di ogni altro loro diritto*") di non obbedire all'ordine manifestamente criminoso ricevuto, avrebbe influito nella realizzazione del piano criminoso organizzato nell'ambito della divisione, quanto meno nel senso di un contenimento del numero delle vittime dell'eccidio.

Infatti, l'obbedienza agli ordini criminosi da parte di tutti i graduati del reparto era essenziale per la buona riuscita dell'azione militare che mirava deliberatamente all'uccisione delle persone civili reperite nelle località in questione. Pertanto, il rifiuto di obbedienza da parte di uno degli ufficiali o sottufficiali appartenenti ai reparti impiegati quel giorno avrebbe reso necessario un adattamento del piano da eseguire e quindi, anche se non avrebbe certamente impedito l'esecuzione del massacro, avrebbe influito nella sua realizzazione, consentendo a qualcuno degli uccisi di salvarsi la vita.

Per non dire che una tale scelta avrebbe potuto spingere altri militari del reparto, in particolare fra gli inferiori in grado (alcuni dei quali già poco persuasi della legittimità di quanto veniva richiesto dai superiori), ad agire nello stesso modo, piuttosto che accettare come una fatalità

ineluttabile il fatto di rendersi corresponsabili di un crimine così grave ed atroce: in questo senso la scelta di obbedienza di ognuno degli ufficiali e sottufficiali non può che aver rafforzato il proposito criminoso di ogni altro appartenente all'unità militare.

6.2.2. Né si può dubitare dell'esistenza dei requisiti soggettivi del concorso di persone nel reato, sotto lo specifico profilo della consapevolezza circa il carattere dell'azione criminosa e della volontà di partecipare alla sua realizzazione insieme a tutti gli altri militari coinvolti.

Infatti, anche a prescindere dalla partecipazione di ciascuno degli imputati a specifiche riunioni effettuate anche a livello di compagnia, prima della strage (a prescindere da Albers, che sicuramente partecipò alla riunione avvenuta nella sera del 28 settembre 1944), appare sicuro, anzitutto, che i caratteri essenziali dell'azione siano stati specificamente indicati dal Comando prima del suo inizio, quanto meno agli ufficiali e sottufficiali, in modo che ciascuno potesse guidare i propri uomini nelle zone assegnate ed ivi eseguire quanto ordinato (ciò appare confermato dalla dichiarazione dell'imputato Träger, in data 23 giugno 2005, secondo cui "*ebbi un colloquio la sera prima con il mio comandante di plotone, che a sua volta guidava tre gruppi di 10 soldati ciascuno*"). Inoltre è possibile ritenere provato, considerato l'uniforme e generale comportamento dei soldati tedeschi nelle diverse località interessate alla strage, che gli ordini impartiti da Reder siano stati fedelmente trasmessi lungo la catena gerarchica, dai comandanti di compagnia a quelli di plotone e di squadra, e da questi a tutti i militari di truppa.

Appare altresì certo che tra gli ordini fosse compreso quello di dar corso alla uccisione indiscriminata dei civili, ed alla devastazione degli abitati. Specificamente, nel richiamare quanto già sopra estesamente argomentato, va ribadita l'impossibilità di immaginare che, in assenza di un tale specifico e preventivo ordine, più unità militari, soggette peraltro ad una disciplina particolarmente rigorosa, abbiano potuto, con le stesse modalità operative, realizzare autonomamente comportamenti contrari ad ogni regola giuridica, oltre che alla stessa etica ed onore militare.

Non appare dubbio, al riguardo, che per ogni militare tedesco, anche nel 1944, l'uccisione di un bambino, realizzata di iniziativa del singolo soldato, costituisse un fatto severamente punito come omicidio (cfr. dichiarazione di Paul Albers, sentito come testimone il 19 ottobre 2004, secondo cui *"un soldato tedesco non spara a donne e bambini"*): solo in presenza di un espresso ordine dei superiori appare quindi essersi resa possibile l'uccisione, nel contesto della medesima operazione, di oltre duecento bambini.

E' significativo al riguardo che nelle c.d. 10 regole, presenti nel tesserino militare di ogni soldato tedesco, fosse compreso (al n. 7) il divieto di colpire i civili, ma era poi previsto (al n. 10) che *"si può contravvenire a queste regole solo su ordine dei comandanti superiori delle truppe"* (norma peraltro da non ritenere compatibile con l'art. 47 del codice penale militare germanico dell'epoca, secondo cui *"un subordinato che esegue un ordine superiore che per esso implica un crimine comune o militare, sarà punito come complice"*).

La circostanza che quello del 29 settembre non fosse il primo dei crimini contro la popolazione civile compiuto da reparti del Battaglione esplorante della 16^ Divisione SS (poiché già in precedenza, nei giorni 19, 24, 25 e 26 agosto 1944, furono compiute stragi di civili non meno crudeli e terribili nelle località di Bardine in S. Terenzo, Valla e Vinca di Fivizzano, con l'uccisione, rispettivamente, di 17, 107 e 160 persone, in prevalenza vecchi, donne e bambini, come accertato dal Tribunale militare di Bologna, che per tali fatti, oltre che per quelli di Marzabotto, con sentenza del 31 ottobre 1951, condannò Reder all'ergastolo) rende in conclusione indiscutibilmente certo che gli ufficiali e sottufficiali del Battaglione Reder, nel momento in cui, la mattina del 29 settembre 1944, hanno acconsentito a prendere parte alla operazione programmata, ne conoscevano senza dubbio i caratteri essenziali.

6.3.3. In ordine alla contestazione, nei confronti di ciascuno degli imputati, di tutte le uccisioni avvenute il 29 e 30 settembre e 1 e 5 ottobre nella zona di Monte Sole, presso i comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno, occorre peraltro specificare quanto segue.

Nella sentenza di primo grado è recepita, senza particolari approfondimenti critici, l'impostazione accusatoria secondo cui la morte di circa ottocento persone civili fu cagionata, nelle circostanze di tempo e di luogo sopra indicate, da ciascuno degli imputati "*in concorso fra loro e con altri militari del battaglione esplorante della 16^ Divisione Panzer Grenadieren delle Waffen SS rimasti non identificati, o deceduti*".

Nella stessa sentenza di primo grado si fa presente che nell'operazione furono impiegati anche altri reparti militari tedeschi, ma

si precisa che tali reparti erano "*incaricati di fare da 'cintura' delimitando l'area operativa del battaglione Reder (unità di artiglieria, unità della FLACK – la contraerea – altre unità della Whermacht, la compagnia di scorta divisionale della 16^ SS)*", in conformità, d'altro canto, alle dichiarazioni di alcuni testi (Giuseppe Giannoni, Carlo Gentile) secondo cui "*i reparti non appartenenti alla divisione SS parteciparono all'azione di Marzabotto esclusivamente con compiti di contenimento della sacca in cui operava il battaglione Reder*".

Non si prende invece in esame la circostanza che Reder, nella sentenza del Tribunale militare territoriale di Bologna, del 31 ottobre 1951, sopra citata, fu assolto, in relazione ad alcuni degli eccidi compiuti nella zona di Marzabotto, perché si ritenne che fossero stati compiuti da militari non appartenenti al Battaglione esplorante della 16^ Divisione. Si affermava infatti nel 1951: "*ritiene il Collegio che non possa escludersi, circa la possibile partecipazione di altre truppe, la sussistenza di un dubbio ragionevole, quando, sempre dai grafici più volte menzionati, si rileva che le zone in questione erano nel raggio di azione del 105 Flak e di reparti mongolici – per quanto in merito il teste Albert Ekkehard abbia precisato che le "altre truppe" avevano compiti limitati al contenimento di eventuali fuoriuscite dei partigiani dalla zona. / Pertanto il Collegio, disattendendo la richiesta principale della difesa, ed in accoglimento della subordinata, assolve l'imputato, per quanto inerisce alla sua responsabilità per: Colulla di Sopra e di Sotto, Abelle, Cà Roncadelli, per insufficienza di prove. ...Invece per le località Creda, Pioppe di Salvaro ... ritiene il Collegio sia mancata in tutte la prova della relativa*

responsabilità del Reder, il quale va pertanto, per questo, assolto, per non aver commesso il fatto".

Ritiene la Corte non possa essere condiviso né il criterio adottato nella sentenza appellata, del Tribunale militare della Spezia, né quello fatto proprio dal Tribunale militare di Bologna nel 1951.

Va in primo luogo evidenziato che, pur nella difficoltà di stabilire con precisione, con riguardo ad alcune delle località in cui furono uccise persone civili, quale ne fu il reparto militare responsabile, appare d'altro canto ben possibile, avendo riguardo alla dislocazione delle unità militari operanti, che alcuni eccidi siano stati realizzati da militari diversi da quelli che appartenevano al Battaglione Reder.

In particolare vanno menzionate le località di Pioppe di Salvaro e Creda, che si trovavano nella zona in cui operava il Battaglione della Whermacht composto anche di volontari russi (n. 1059) e rispetto alle quali Reder era assolto nel 1951 con formula piena. E' significativo al riguardo che nella deposizione, nel dibattimento di primo grado, del M.llo Giuseppe Giannoni, nella parte in cui si elencano analiticamente le località in cui operarono le singole compagnie del Battaglione Reder, ed il numero di civili uccisi in ciascuna di esse, non si menzionano né Creda né Pioppe di Salvaro, che non sono nemmeno indicate nell'"elenco delle località toccate dal Battaglione Reder", nella parte relativa alla "ricostruzione del fatto storico" della sentenza di primo grado. Inoltre, anche nello "Schizzo" – n. 3 – redatto da Reder sulle "Posizioni della truppa impiegata nell'operazione e disposizione della direzione progettata dell'attacco contro la Brig. Part. Stella Rossa del 29.9.1944", le posizioni

delle compagnie del 16° Btg. sono indicate in località distanti da Pioppe di Salvaro, che è invece considerata di pertinenza dello "Ost. Btg.".

Ciò tuttavia non significa, a parere della Corte, l'esclusione di una responsabilità penale degli attuali imputati, per concorso nel reato, rispetto a tali uccisioni. Non può essere infatti condivisa la ricostruzione del Tribunale militare di Bologna che attribuisce esclusivamente a Reder, in ordine alle località in cui operarono i militari da lui dipendenti, la responsabilità per l'ideazione e l'attuazione della strage, e prende in considerazione solo come ipotesi che vi sia stato un ordine proveniente dai comandi superiori.

In realtà, conformemente ai rilievi sopra effettuati, se anche in località, come Creda e Pioppe di Salvaro, in cui non vi fu nessuna resistenza armata da parte dei partigiani, avvennero, presumibilmente ad opera di militari diversi da quelli delle SS ma con modalità analoghe, episodi gravissimi di violenza ai danni della popolazione civile, ciò implica che l'ordine criminoso non era opera del solo Reder, ma proveniva da comandanti di grado più elevato (quanto meno dal Comando della 16^ Divisione ed in particolare dal Comandante gen. Max Simon, che infatti, anche e soprattutto per la strage di Marzabotto, fu condannato, il 26 giugno 1947, da un tribunale militare inglese, alla pena di morte, poi commutata nell'ergastolo e, quindi, in pena detentiva temporanea; è lo stesso Reder, nell'interrogatorio in data 20 febbraio 1951, a dichiarare che il Generale Simon verso le ore 8.30 comparve presso il suo comando per informarsi sull'andamento delle operazioni).

D'altro canto è provato che l'operazione antipartigiana nella zona di Monte Sole fu ideata ed ordinata dal I Corpo d'armata paracadutista, da cui la 16^ Divisione SS dipendeva in quel periodo (cfr. deposizione spontanea del gen. Max Simon, in data 20 novembre 1946).

Pertanto, trattandosi di una unica operazione, avvenuta nello stesso contesto territoriale e temporale, e con il perseguimento di un medesimo obiettivo militare, appare evidente che gli appartenenti ad uno dei reparti impiegati nella azione debbano rispondere anche dei reati, realizzati con le medesime modalità operative, da militari di altri reparti. Appare infatti del tutto arbitrario restringere la responsabilità a ciò che è stato compiuto nell'ambito di una stessa unità, non rinvenendosi un criterio plausibile per individuare un eventuale limite, per una significativa partecipazione alla realizzazione del reato, nell'ambito dei diversi livelli in cui si articola l'organizzazione militare (squadra, plotone, compagnia, battaglione, divisione, corpo d'armata).

Ciò che rileva, va ribadito, non è il criterio, strutturale, della appartenenza ad uno od altro reparto, ma quello, funzionale, dell'impiego in una medesima operazione militare, con la consapevolezza della partecipazione degli altri militari e della esistenza di un piano criminoso da perseguire (il carattere unitario dell'operazione consente peraltro di attribuire la responsabilità per ciascuna delle uccisioni compiuta il 29 settembre 1944 e nei giorni successivi, nella zona di Monte Sole, anche agli imputati, Schneider Max e Träger, che risultano feriti nella mattina del giorno 29).

7. Scriminanti. Un altro aspetto che è opportuno trattare unitariamente con riguardo a tutti gli imputati è quello che concerne l'eventuale configurabilità di cause di giustificazione.

In proposito, il giudice di primo grado ha estesamente argomentato come la condotta dell'imputato non possa essere giustificata, in particolare con riferimento alle scriminanti dell'adempimento del dovere e dello stato di necessità.

Per quanto concerne la prima delle indicate scriminanti è sufficiente osservare, in conformità ad un pacifico orientamento giurisprudenziale, che (se l'inserimento in una compagine strutturata secondo una rigida disciplina gerarchica può tendere a deresponsabilizzare l'individuo, in ordine alle azioni compiute per ordine dei superiori) in tema di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra l'obbedienza ad ordini che siano manifestamente ed incontrovertibilmente criminosi non può mai assumere rilievo scusante, ai sensi dell'allora vigente art. 40 c.p.m.p. (attualmente art. 4, comma 5, l. 11 luglio 1978, n. 382). In particolare poi i militari che abbiano il grado di ufficiale e sottufficiale debbono essere di esempio per gli inferiori e, nel fare le proprie scelte, si assumono una responsabilità che trascende il proprio concreto operare e si estende anche alla influenza che il comportamento del superiore esercita sugli inferiori.

In ordine alla possibilità di applicare l'esimente di cui all'art. 54 c.p. (stato di necessità) nell'atto di appello di Spieler si ricordano le deposizioni di Rudolf Jacobi, secondo cui nel corso di addestramento si insegnava che chi non obbediva agli ordini veniva punito con la morte, e di Fernando Piretti, che vide un soldato minacciato perché si rifiutava di

fare fuoco all'interno di una Chiesa, e "*per questo fu fatto uccidere con un colpo di pistola alla testa*". Va anche richiamato il passo della deposizione di Legoll, secondo cui "*le donne e i bambini furono poi allineati contro il muro della casa colonica dove era stata uccisa la vecchia. Essi fecero un tentativo di fuga ma furono ripresi. Boehler ordinò allo Sturman Pieltner di procedere alla loro esecuzione con la sua mitragliatrice. Udii Pieltner mormorare una obiezione, motivo per cui Boehler tirò fuori il suo revolver, sotto la minaccia del quale io allora vidi Pieltner falciare col fuoco della sua mitragliatrice le donne e i bambini*".

Nella sentenza di primo grado, in cui la problematica è affrontata in modo esauriente, si richiama la circostanza che "*nei numerosi processi a carico di criminali nazisti, a partire da quello di Norimberga, sia stata sempre invocata tale esimente senza che, però, sia stato comprovato un solo caso di esecuzioni sommarie di militari disobbedienti*". Al riguardo, il consulente tecnico, prof. Paolo Pezzino, ha dichiarato di non essere a conoscenza di casi di fucilazione per disobbedienza ad ordini illegittimi nelle Forze armate tedesche; certamente non ve ne erano stati in Italia, dove l'unico caso di esplicito rifiuto di eseguire tali ordini, da parte del comandante del reparto di polizia che aveva subito l'attentato di Via Rasella a Roma, non diede luogo a sanzioni di sorta.

Quanto alla deposizione di Fernando Piretti, premesso che la persona "*fatta uccidere con un colpo di pistola alla testa*", citata nella precedente dichiarazione del teste di cui alla contestazione difensiva (p. 65 trascr.), dovrebbe essere identificata nel "*contadino del luogo*", ucciso

a bruciapelo "*proprio sul gradino della chiesa*" (cfr. p. 63 trascr.), va rilevato che il teste ha nel dibattimento chiarito di non aver visto se il soldato tedesco fu ucciso oppure no, mentre ha confermato che fu minacciato con la pistola perché non si sentiva di sparare.

In ordine quindi alle specifiche affermazioni dei testi, che parlano di soldati tedeschi che avrebbero esitato e sarebbero stati costretti ad obbedire con la minaccia delle armi, il giudice di primo grado osserva che "*i pochi casi ricordati erano relativi a meri esecutori materiali e mai a militari investiti di funzioni di comando, i quali, anzi, erano proprio gli autori delle minacce finalizzate ad ottenere l'obbedienza agli ordini. ... Per gli attuali imputati, inoltre – e ci si riferisce ai pianificatori del comando di battaglione, ai comandanti di compagnia, di plotone e di squadra – vi è da considerare che erano militari scelti, con una specifica formazione orientata proprio alla partecipazione ad operazioni come quella di Marzabotto. ...si giunge inevitabilmente ad escludere che essi possano aver minimamente pensato di dover agire sotto la spinta della minaccia di morte*".

Le suddette affermazioni del giudice di primo grado sono pienamente condivisibili, essendo impensabile che gli attuali imputati, e specificamente quelli aventi il grado di ufficiale o sottufficiale delle SS, che operavano nell'ambito di un reparto già impiegato in operazioni analoghe a quella di Marzabotto, agissero solo perché diversamente avrebbero messo a rischio la propria vita.

Al contrario, l'esistenza di casi in cui militari di truppa delle SS furono "forzati" dai superiori a sparare contro i civili implica che la

realizzazione della strage si poneva in tal modo in conflitto con la coscienza individuale dei militari chiamati ad eseguirla, che per gli ufficiali e sottufficiali fu necessario un impegno straordinario, tanto che fu necessario in qualche caso il ricorso alla minaccia nei confronti di soldati esitanti. Ciò induce a ritenere ancora più grave la colpevolezza di chi esercitò durante l'azione responsabilità di comando.

In conclusione, va quindi rilevato che, in adesione a molteplici precedenti sentenze relative a casi analoghi (cfr. ad es. Corte mil. app., 7 marzo 1998, Hass e Priebke: in ultimo v. anche Cass., sez. I, 8 novembre 2007, Sommer), non possa certo ammettersi l'applicazione della scriminante dello stato di necessità nelle situazioni, come quella in oggetto, in cui si pretenda di giustificare il fatto commesso, rappresentato dalla immediata soppressione della vita di più persone civili, con l'esistenza di un pericolo, in concreto insussistente, per gli ufficiali e sottufficiali delle SS, quale quello relativo alla esecuzione sul posto da parte dei superiori (quanto invece al rischio di un procedimento giudiziario, ovvero di sanzioni disciplinari o trasferimenti punitivi, appare palesemente assente, come osservato anche dal tribunale militare, il requisito della proporzione, fra fatto commesso e pericolo, che è espressamente richiesto dall'art. 54 c.p.).

8. La posizione dei singoli imputati: 6.1. Wache Georg. Per l'imputato Wache è stata chiesta concordemente, dalle parti, la declaratoria di estinzione del reato per morte del reo. La Corte ritiene di pronunciarsi in modo conforme alla richiesta delle parti, non essendo possibile pervenire nei confronti del medesimo (per le ragioni indicate

nella sentenza di condanna in primo grado, e per quanto sopra si è già osservato in termini generali) ad una pronuncia assolutoria nel merito, ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

8.2. Spieler Kurt. Lo Spieler deve essere assolto dal reato contestatogli, per non aver commesso il fatto, non essendo state acquisite prove che dimostrino in modo adeguato la sua partecipazione all'eccidio.

Va anzitutto ricordato che Spieler Kurt non aveva un grado di ufficiale o sottufficiale, ma era all'epoca un semplice soldato (fuciliere SS), si' che la dimostrazione della sua responsabilità non può provenire dalla semplice prova della sua partecipazione all'operazione militare, ma dalla prova della materiale realizzazione di almeno uno degli omicidi indicati nella imputazione.

Per l'imputato Spieler si pone tuttavia un dubbio preliminare, concernente la circostanza che egli fosse o meno presente nei ranghi del Battaglione Reder nei giorni degli eccidi.

L'attuale imputato Kurt Spieler, infatti, sulla base della documentazione acquisita presso gli archivi tedeschi, non apparteneva al Battaglione Reder, ma, come correttamente indicato nello stesso capo di imputazione, alla 5^ Compagnia, II Battaglione, 36° Reggimento, della 16^ Divisione SS.

Le ragioni per cui si è pervenuti a contestare anche ad lui la partecipazione all'eccidio risultano pacificamente dagli atti e sono riportate nella sentenza di primo grado. Nella deposizione del teste, prigioniero di guerra, Wilhelm Kneissl (datata 11 novembre 1944) si legge infatti: "*un altro che partecipò a queste azioni fu il soldato Spieler*"

(le "azioni" cui si riferisce Kneissl sono precedentemente indicate, come già ricordato, nel modo seguente: "*come io appresi dai miei camerati, essi furono impiegati in una azione contro i cosiddetti partigiani, e fu loro ordinato di dare alle fiamme interi villaggi, di uccidere il bestiame e di uccidere tutti i civili incluse donne e bambini*").

Inoltre, nel già citato "Allegato N. 1 al Rapporto periodico G-2 n. 52" del 23 ottobre 1944, in corrispondenza del nominativo Spieler, si legge: "*Schutze delle SS Spieler – appartenente alla 2^ Compagnia del 16° bat. recn. – età 18 anni e mezzo – capigliatura nera – colore degli occhi celesti – corporatura media – altezza 1/74 – Uccise due vecchi*".

Lo "Spieler" citato da Kneissl (e indicato come appartenente alla 2^ Compagnia del Battaglione Reder) è stato identificato con l'attuale imputato Spieler Kurt (che pur risulta appartenente ad un Battaglione diverso da quello comandato da Reder) con un procedimento che (se può essere considerato accettabile nella fase delle indagini preliminari) non appare idoneo a consentire, in assenza di ulteriori riscontri, una affermazione di responsabilità penale: preso atto della circostanza che nessun soldato di nome Spieler prestava servizio presso il Battaglione Reder, si sono controllati gli organici dell'intera 16^ Divisione SS, si è accertato che in essa era presente uno Spieler, l'attuale imputato Kurt Spieler, pur se risultava in servizio presso altro Battaglione e si è formulata la tesi che per l'operazione Marzabotto tale Kurt Spieler fosse stato aggregato al Battaglione Reder (ovvero in tale Battaglione egli fosse precedentemente assegnato, senza che tuttavia ne fosse rimasta traccia

documentale: tale ipotesi sembra peraltro allo stesso giudice di primo grado fornita di scarsa razionalità).

Il ragionamento che porta alla affermazione di responsabilità di Kurt Spieler appare a questa Corte non condivisibile. Va anzitutto ricordato che Kneissl è un teste che parla poco dopo la realizzazione dei crimini ed è certamente credibile, ma è un teste che riferisce ciò che ha appreso dai suoi commilitoni. Egli non dichiara di conoscere personalmente l'indicato "Spieler", né fornisce il nome di battesimo di questi, né afferma di aver visto quali condotte il suddetto "Spieler" avrebbe compiuto. La possibilità di una imprecisione nella verbalizzazione del suddetto nominativo è pertanto assai rilevante.

E' da aggiungere che l'ipotesi della aggregazione di un singolo militare ad un Battaglione diverso da quello in cui era organicamente inserito appare piuttosto improbabile.

E' vero che i casi di aggregazione potevano essere motivati dalle contingenze belliche e che agli atti risulta, per l'appunto, che per l'operazione del 29 settembre 1944, un plotone della 5^ Compagnia fu aggregato alla 1^ Compagnia: si tratta tuttavia, in questo caso, della assegnazione di una intera unità militare, pur appartenente ad altra Compagnia, ma nell'ambito dello stesso Battaglione, quale rinforzo per il reparto militare che si presumeva dovesse affrontare il combattimento più impegnativo.

Nel caso di Spieler si avrebbe invece una situazione per cui un singolo militare viene spostato dal Battaglione di appartenenza ad altro Battaglione destinato ad operare in diversa zona di operazioni.

Inoltre il citato Allegato N. 1 indica una descrizione fisica che, se pure per certi caratteri presenta coincidenze con i caratteri personali di Kurt Spieler (ad esempio l'età e l'altezza) ne diverge tuttavia per altri non meno significativi: così ad esempio "Spieler" è indicato avere una "*capigliatura nera*", mentre i capelli di Kurt Spieler sono indicati, nella documentazione acquisita, come "*biondo scuri*".

Va in ultimo considerato che, anche se si ritenesse provato (ma così non è, oltre ogni ragionevole dubbio) che lo Spieler citato da Wilhelm Kneissl sia proprio l'imputato Kurt Spieler, ciononostante non sussisterebbero elementi sufficienti per poter pervenire alla sua condanna.

Premesso infatti che la prova della effettuazione, da parte sua, di materiali condotte di omicidio, non può essere tratta dall'Allegato N. 1 citato (là dove è scritto: "*uccise due vecchi*"), perché tale documento, come condivisibilmente ritenuto dal giudice di primo grado, difetta dei requisiti minimi di utilizzabilità probatoria (cfr. piu' approfonditamente *sub* prg. 8.9), per il resto la deposizione di Kneissl, nei confronti di "Spieler", è del tutto generica: si afferma infatti che egli partecipò all'azione (azione in cui si procedette anche alla uccisione di tutti i civili, incluse donne e bambini) ma non si precisa se, quando, dove e come egli avrebbe materialmente cagionato la morte di almeno una delle vittime.

In altre parole, la circostanza che Spieler abbia partecipato all'azione non aggiunge nulla a ciò che risulta per tutti gli altri soldati, non ufficiali o sottufficiali, appartenenti al Battaglione esplorante e che non è stato tuttavia ritenuto sufficiente per affermare la loro responsabilità penale.

8.3. Albers Paul. Paul Albers, sottotenente, è l'unico imputato nel presente processo che rivestiva al momento dei fatti il grado di ufficiale (e non sottufficiale come erroneamente indicato nell'atto di appello): il tribunale militare ritiene dimostrato che egli non fosse presente nei luoghi in cui avvenne l'eccidio ma che, nonostante questo, egli debba esserne considerato corresponsabile, in ragione del ruolo di aiutante maggiore di battaglione, che ne faceva il più stretto collaboratore del Maggiore Reder e quindi inevitabilmente partecipe nella organizzazione e pianificazione della strage.

In particolare si ritiene dimostrata la sua partecipazione nella riunione avvenuta la sera del 28 settembre 1944, in cui furono messi a punto i particolari dell'operazione che si sarebbe svolta il giorno successivo.

L'appellante rileva che nella suddetta riunione erano presenti i comandanti di compagnia e quindi l'Albers, ammesso che fosse presente, rimase mero spettatore, dato che gli ordini furono impartiti direttamente da Reder e non vi era alcuna necessità che egli dovesse trasmettere tali ordini ai comandanti di compagnia, che avevano peraltro un grado superiore al suo. Le sue funzioni inoltre (che si riferivano, come lui stesso afferma, ai *"problemi del personale. La mia attività comprendeva indicativamente il resoconto giornaliero alla divisione riguardo le perdite: numero di caduti e feriti, nonché le perdite di materiale, munizioni etc."*) non lo portavano a condividere le responsabilità di comando.

In termini generali va evidenziato che i compiti di un aiutante maggiore, quale diretto collaboratore del comandante, concernevano una pluralità di attività essenziali per la funzionalità dell'unità militare: i collegamenti con il Comando di Divisione e con i reparti dipendenti; la redazione di tutti i documenti di pertinenza del battaglione, in primo luogo quelli relativi allo svolgimento delle operazioni militari; il ruolo di consigliere del comandante. Vanno al riguardo considerate rilevanti le deposizione del teste D'Elia, secondo cui l'Aiutante maggiore era il braccio destro del comandante e lo supportava in tutti gli aspetti della sua azione di comando, e del consulente tecnico Carlo Gentile, secondo cui l'Aiutante maggiore di battaglione era il principale assistente del comandante, incaricato della trasmissione degli ordini, di inoltrare le informazioni al comandante, di compilare bollettini e relazioni.

E' certo che le decisioni operative non potevano che essere prese dal comandante e che l'aiutante maggiore non aveva una diretta responsabilità di comando ma è altrettanto vero che questi non era un mero segretario o attendente ma svolgeva un ruolo attivo, corrispondente al suo grado di ufficiale, e di ufficiale che doveva avere un necessario rapporto fiduciario con il comandante.

Nel caso specifico, che Albers svolgesse a pieno titolo i compiti dell'aiutante maggiore è dimostrato dalla sua partecipazione alla riunione tenuta la sera del 28 settembre 1944, in cui certamente furono anche impartiti gli ordini relativi al comportamento da tenere nei confronti delle popolazioni civili (la partecipazione di Albers a tale riunione risulta provata in modo certo dalla deposizione di Max Saalfrank, secondo cui "*i*

seguenti ufficiali del Btg. erano presenti a questo rapporto: Reder, Segebrecht, Sillard, Schidt-Kunz, Schildbach, Kunth, Albers", nonché dalla dichiarazione di Reder, nell'interrogatorio in data 17 febbraio 1951, secondo cui erano presenti tutti gli ufficiali del Comando, e quindi anche Albers).

Albers era il meno elevato in grado fra i presenti e può anche essere presumibile che, per questo motivo, la sua opinione non avesse una particolare autorevolezza: appare d'altro canto certo che egli potesse prendere la parola e manifestare la propria contrarietà alla programmata uccisione dei civili (egli, in occasione del processo Reder, ebbe ad affermare, in data 23 giugno 1950, "*le dichiarazioni dei testi, che il comandante abbia ordinato di operare senza riguardo alla popolazione civile in caso che da parte dei partigiani si fosse opposta resistenza, sono esatte. Anche quest'ordine venne accolto dai comandanti di Compagnia con molta ripugnanza*": ammesso che tale affermazione corrisponda al vero, anch'egli avrebbe dovuto esprimere la propria contrarietà al piano criminoso del comandante).

Non solo egli non ha fatto ciò ma invece, nei giorni successivi, ha continuato a svolgere regolarmente i propri compiti, garantendo, per quanto lo riguardava, la buona riuscita di una operazione che egli sapeva essere tale da suscitare ripugnanza.

La circostanza, rilevata dall'appellante, che negli anni del dopoguerra le autorità inquirenti, pur perseguendo Reder, abbiano ritenuto di non promuovere alcun processo penale nei confronti di Albers (pur essendo a conoscenza di informazioni sostanzialmente corrispondenti

a quelle che hanno portato, oggi, all'esercizio dell'azione penale) non appare particolarmente significativa: è certo che oggi l'orientamento degli organi di giustizia si è indirizzato verso un maggior rigore nell'accertamento delle responsabilità per crimini di guerra, non ritenendosi ammissibile che militari, i quali rivestano gradi di ufficiale o sottufficiale, possano giustificare la partecipazione ad un crimine scaricando ogni responsabilità sui superiori, ovvero sui militari di truppa che abbiano materialmente compiuto le condotte di omicidio.

La normativa che oggi si applica è tuttavia la stessa già in vigore al tempo del processo Reder e che prevede, nel caso di concorso di persone, come sopra osservato in termini generali, la responsabilità di chiunque abbia partecipato alla realizzazione del crimine, quale che sia l'anello occupato nella catena gerarchica.

Va anche considerato che Albers non solo aveva ricevuto apprezzamenti da Reder, nel documento valutativo del 13 giugno 1944 ("*di avveduta azione di comando dei suoi uomini in azione, è di chiara impronta nazionalsocialista; il suo comportamento al fronte è energico, severo e militaresco; viene valutato idoneo al comando superiore di Compagnia*"), ma venne proposto per un avanzamento (poi attuato con la promozione, in data 9 novembre 1944, al grado di Tenente) dallo stesso Reder in data 30 agosto 1944.

8.4. Wulf Helmut. In relazione ai motivi dell'appello concernente Wulf, già sopra sintetizzati, occorre rilevare, in primo luogo, che la celebrazione del processo dopo oltre sessanta anni dalla commissione dei fatti è certamente inusuale, ma nessuna lesione è stata realizzata a

pregiudizio dei diritti di difesa dell'imputato, essendosi applicate, con riguardo alla ammissione ed alla utilizzazione delle prove, le garantistiche norme previste dal codice di procedura penale.

Si è così pervenuti alla condanna anche del Wulf (mentre per alcuni degli altri imputati è stato inevitabile prendere atto della inadeguatezza, ai fini della declaratoria di responsabilità penale, delle prove acquisite) perché, oltre alla diretta acquisizione in dibattimento delle deposizioni di numerose persone sopravvissute all'eccidio: da un lato, negli archivi militari tedeschi, è stata conservata documentazione, relativa al servizio militare dell'imputato, tale da dimostrare che egli faceva parte del Battaglione Reder ed era presente al reparto nei giorni della strage; dall'altro, negli archivi italiani, sono ugualmente stati conservati i verbali delle prove assunte durante il processo a carico del Magg. Walter Reder.

Si tratta di documenti che non hanno un mero valore storico, come ritenuto dalla difesa, ma che possono assumere una piena validità nel processo penale, non essendo subordinata la loro efficacia, per così dire, ad alcun termine finale: fermo restando che, ovviamente, per le prove dichiarative, l'utilizzabilità dei verbali degli interrogatori è ammessa solo in caso di consenso dell'imputato o di accertata impossibilità di natura oggettiva alla formazione della prova nel contraddittorio delle parti (art. 111 Cost. e, più specificamente, art. 500 ss. c.p.p.).

Che la difesa si sia trovata nella impossibilità di procedere al controinterrogatorio di quello che è indicato come unico teste diretto di accusa, in quanto deceduto, costituisce quindi evenienza disciplinata dal codice di procedura penale, non legata ad una situazione eccezionale e

non necessariamente connessa al trascorrere di un periodo di tempo così lungo come è nel caso di specie. Come sarà meglio precisato in seguito, d'altro canto, la responsabilità del Wulf non si basa solo sulla deposizione del teste Julien Legoll, ma anche su una diverse serie di prove avente valenza autonoma.

Quanto alle osservazioni generali del difensore (sulla circostanza che: la popolazione civile italiana non era particolarmente ostile ai tedeschi, bensì maggiormente spaventata dalle possibili ripercussioni derivanti dalle operazioni di guerriglia condotte dai partigiani; le rappresaglie effettuate a seguito di attacchi partigiani potevano coinvolgere anche coloro che prestavano attivo supporto a tali operazioni, ma non indiscriminatamente la popolazione civile; i cittadini italiani non belligeranti non erano certamente considerati nemici anche in considerazione del fatto che le truppe tedesche operavano unitamente ai combattenti italiani della Repubblica sociale; una ricostruzione che veda tutti i militari tedeschi come soggetti dediti in modo spietato alla eliminazione della popolazione civile secondo un preciso e preordinato disegno criminoso appare incompatibile con le deposizioni di Elide Ruggeri e Rudolf Jacobi) può essere osservato anzitutto che il compito del processo penale è di accertare i fatti e le responsabilità individuali e, se per fare ciò in modo adeguato, occorre anche considerare il contesto ambientale in cui i fatti stessi si assumono realizzati, ciò non può mai condurre alla espressione di valutazioni generali, che rimane compito precipuo degli storici.

Ciò premesso, che gran parte della popolazione italiana non fosse particolarmente ostile ai tedeschi occupanti (alleati con l'Italia fino a pochi mesi prima), almeno prima che diventassero frequenti le stragi di civili come quelle per cui è processo, può essere sostenuto, ma non costituisce certo circostanza di attenuazione di massacri della popolazione civile come avvenuto a Marzabotto.

Al contrario tale circostanza, se vera, sarebbe idonea solo a dimostrare che la popolazione civile veniva trucidata non in funzione dell'appoggio, anche morale, dato alla guerriglia partigiana, ma solo come misura terroristica: l'assoluto spregio della vita umana delle vittime portava a ritenere del tutto ininfluente ogni apprezzamento, sia di tipo umanitario, sia in relazione agli orientamenti di favore o sfavore da ciascuno manifestati nei confronti delle parti impegnate nel del conflitto bellico (così che non veniva ad esempio risparmiato chi mostrava la tessera di iscrizione al partito fascista: cfr. deposizione del teste Fernando Piretti, all'udienza del 6 ottobre 2006, secondo cui "*sulla porta c'erano delle persone e tra i quali c'era un signore, un padrone di un podere che ha preso i documenti ed ha fatto vedere che aveva la tessera del fascio; ... Lui è stato il primo che l'hanno falciato*"), sia con riguardo ad una valutazione anche di massima sulla circostanza che si trattasse di civili che avessero in qualsiasi modo appoggiato la guerriglia partigiana (ed è presumibile che gran parte della popolazione rurale, con famiglie numerose, dei comuni di Marzabotto, Grizzana e Monzuno fosse così impegnata nell'affrontare le difficoltà della vita quotidiana, da non voler o poter assumere alcuna posizione esplicita, di sostegno o, al contrario, di

avversione, verso le formazioni della resistenza: dal censimento effettuato nell'aprile del 1936, secondo la documentazione acquisita all'udienza dell'8 novembre 2006, risulta che il 67 % dei residenti nel comune di Marzabotto erano impiegati nell'agricoltura). Certamente false sono comunque le affermazioni del gen. Simon, in data 20 novembre 1946, secondo cui "*durante questa operazione caddero in nostre mani prove dell'esistenza di una Brigata ben condotta, ben organizzata e ben equipaggiata che terrorizzava l'intera popolazione della zona*".

L'oggetto del processo non è quindi certo costituito dalla valutazione se tutti i militari tedeschi fossero "*soggetti dediti in modo spietato alla eliminazione della popolazione civile*". Una affermazione così generalizzante come quella ipotizzata dall'appellante deve certo essere considerata inaccettabile: qui si tratta invece di verificare la responsabilità di determinati militari, ufficiali o sottufficiali, appartenenti ad un ben determinato reparto militare (il Battaglione esplorante della 16^ Divisione SS) che di fatto, e con l'impiego di tutte le compagnie che ne facevano parte, esclusa la IV^, eseguì un piano di sterminio della popolazione civile nella zona di Monte Sole nei giorni 29 settembre 1944 e seguenti.

Come sopra è stato evidenziato in termini generali, inoltre, la circostanza che anche nell'ambito della operazione per cui è processo si siano verificati dei casi in cui fu risparmiata la vita ad alcuni civili, non incide in nessun modo sulla responsabilità penale accertata in ordine agli omicidi che furono nell'occasione realizzati.

Venendo alla specifica posizione del Wulf, l'appellante ritiene confuse, contraddittorie e superficiali le affermazioni del Legoll (testimone peraltro di cui nulla sarebbe dato sapere).

Al riguardo va in primo luogo osservato che quanto dichiarato dal Legoll è pienamente credibile, come in precedenza si è chiarito. Le pretese contraddizioni o confusioni nella deposizione del teste in realtà non sono affatto tali.

Anzitutto l'affermazione secondo cui, pur senza ordini espressi, in alcuni casi dei militari si erano staccati dalla colonna e avevano proceduto all'eliminazione dei civili, non appare in contraddizione con la dichiarazione secondo cui alcune uccisioni erano state ordinate da Wolf (Wulf): è certo infatti che in una unità militare in azione tutte le condotte compiute dai militari di truppa non possono che conformarsi alla volontà del militare più elevato in grado che in quel momento esercita funzioni di comando: in certi casi può essere ritenuto opportuno ribadire l'ordine (per specificare ad esempio il momento in cui far fuoco su un gruppo di civili, precedentemente raggruppati ed allineati), in altri casi invece l'esecuzione dell'ordine in precedenza impartito non richiede un nuovo esplicito intervento del superiore, che continua comunque anche in questo caso ad esercitare le proprie funzioni di comando controllando l'operato dei subordinati (ad esempio nelle occasioni in cui singoli civili erano colpiti mentre tentavano di fuggire: in questo caso la mancanza di un ordine esplicito non dimostra certo che i militari di truppa agivano di loro iniziativa, indipendentemente dagli ordini superiori; dimostra invece inequivocabilmente che l'ordine, di uccidere tutti i civili che si

incontravano, era stato impartito in precedenza e non occorreva rinnovarlo volta per volta).

Si spiega quindi facilmente anche l'affermazione secondo cui l'ordine di uccidere i civili in certi casi veniva impartito direttamente dal comandante di compagnia e non dai comandanti di plotone: quando si era in presenza di situazioni che rendevano necessario un intervento di coordinamento da parte dei superiori, è evidente che, se era presente lo stesso comandante di compagnia, fosse questi, come militare più elevato in grado, ad impartire direttamente gli ordini.

Quanto infine alla dichiarazione del Legoll – in relazione all'elogio del comandante di compagnia Segebrecht, per l'uccisione di 800 partigiani – il quale si diceva "*convinto che la maggior parte dei partigiani erano donne e bambini*", è palese che l'osservazione del teste deve essere intesa nel senso che, a suo parere, la maggior parte delle persone indicate come partigiani non erano altro, in realtà, che donne e bambini, come d'altro canto è poi indiscutibilmente risultato, anche alla semplice lettura dei dati anagrafici delle persone in quel frangente decedute.

La credibilità del Legoll concerne anche la parte della sua deposizione in cui si esplicitano i nomi di militari direttamente coinvolti nell'eccidio e appare del tutto plausibile che, con il riferimento a Wolf, Legoll intendesse riferirsi proprio all'attuale imputato Kurt Wulf, essendo stato escluso, sulla base degli accertamenti esperiti in relazione ai quadri della 16^ Divisione, che prestassero servizio presso il Battaglione Reder altri militari, aventi il grado di sergente, che potessero essere richiamati

con tale nominativo (così Kurt Friedrich Wolf, citato nell'atto di appello, aveva il grado di tenente ed era in servizio presso la 5^ compagnia del 36° Reggimento: è quindi escluso che Legoll abbia voluto riferirsi a questi).

Va peraltro precisato che, anche indipendentemente dalla esplicita menzione del Legoll, è stato provato che Wulf facesse parte della V^ compagnia del Battaglione Reder e fosse al comando del Plotone mitraglieri, nell'occasione aggregato alla I^ compagnia (ed è indiscutibile che la sua condotta trovasse il pieno apprezzamento dei superiori, come dimostrato dalla attribuzione di una onorificenza, croce di ferro di 1^ classe, in data 23 ottobre 1944).

E' quindi certa, in conformità ai criteri precisati sopra in termini generali, la sua responsabilità per ognuno dei delitti commessi nel corso dell'operazione militare cui fu chiamato a partecipare.

8.5. Schneider Adolf. Secondo l'appellante la circostanza che Schneider Adolf, durante il periodo delle stragi naziste avvenute nel Comune di Marzabotto, rivestisse il grado di maresciallo capo delle SS Comandante di Plotone, appartenente alla 3^ compagnia del Reparto ricognizione 16 della 16^ Divisione SS, non può assurgere a prova della sua partecipazione alle stragi, neppure sotto il profilo concorsuale.

Non vi è prova inoltre, si sostiene nell'atto di appello, che egli abbia partecipato alle riunioni preoperative nelle quali si sarebbero pianificate le azioni contestate, né che abbia preso parte alle fasi di ideazione, organizzazione o esecuzione dell'azione criminosa. Non appare inoltre decisiva l'assenza di documentazione attestante il ricovero dell'imputato presso Ospedali militari nei giorni 29-30 settembre e 1 e 5

ottobre 1944, dal momento che per i ricoveri effettuati nelle infermerie da campo non veniva redatto alcun documento o quanto meno non è stata rinvenuta documentazione. Nessuna documentazione o testimonianza è stata acquisita in grado di dimostrare la presenza dell'imputato nei luoghi degli eccidi, né le singole azioni di cui lo stesso si sarebbe reso responsabile.

Ritiene la Corte, al riguardo, che la presenza dello Schneider Adolf presso il reparto di appartenenza sia stata adeguatamente provata mediante la documentazione acquisita durante l'istruzione dibattimentale. Le assenze dal reparto, per malattia o altra causa, erano sempre meticolosamente annotate, come è ovvio in qualsiasi amministrazione militare (e quella tedesca non si distingueva certo per inefficienza o superficialità); in particolare se fosse stato rilevata una condizione di non idoneità alla prestazione del servizio militare, tale da determinare una temporanea assenza del militare dal proprio reparto, ciò sarebbe certamente risultato, indipendentemente dalla autorità sanitaria militare – ospedale, infermeria da campo od altro – che ne avesse effettuato l'accertamento.

La mancata annotazione nei documenti militari della assenza dal reparto fa ritenere provata la presenza dell'imputato presso il proprio reparto anche nei giorni della strage e ciò appare sufficiente ai fini della affermazione della sua responsabilità penale alla luce delle argomentazioni di carattere generale sopra sviluppate. La circostanza che l'imputato sia stato promosso (al grado di Maresciallo capo) in data 1

settembre 1944 dimostra peraltro che la condotta militare di questi era pienamente apprezzata da parte dei superiori.

L'appellante chiede anche la concessione delle attenuanti generiche: tale aspetto sarà trattato al seguente prg. 9.

8.6. Schneider Max. Il difensore di Schneider rileva nell'atto di appello che:

- il suo assistito ha dichiarato, nell'interrogatorio in data 24 ottobre 2003, che il 28 settembre 1944 apprese che un veicolo con 12-15 commilitoni era stato attaccato, con l'uccisione di tutti i soldati probabilmente da un gruppo di partigiani, e di conseguenza nei giorni successivi avrebbe avuto luogo un'azione di contrattacco in quella zona da parte della sua unità; il 29 settembre successivo egli ricevette l'ordine di portarsi in tale zona al comando della sua squadra (otto uomini) agli ordini di un ufficiale che è emerso con buona probabilità si trattasse di Segebrecht;

- dalla verlustmeltung n. 54 risulta che il prevenuto fu ferito nella mattina del 29 settembre 1944 in località Monzuno;

- non appare condivisibile l'affermazione del tribunale militare secondo cui tale ferimento non può essere avvenuto prima delle ore 8.30, mentre le stragi iniziarono alle ore 8.00 e la penale responsabilità del prevenuto discende non solo dalla mera partecipazione materiale alla strage, bensì dall'azione di comando esercitata dall'imputato certamente ben prima che egli venisse ferito, essendo al riguardo doveroso verificare se sussiste la comprovata conoscenza da parte del sergente Schneider

Max degli ordini impartiti dal maggiore Reder in merito alle modalità esecutive della operazione "Marzabotto";

- è certo che Scheneider Max: non partecipò alla riunione tenuta nella sera del 28 settembre 1944; non era a conoscenza delle modalità operative impartite dal magg. Reder, relativamente, in particolare, alla circostanza che nessun riguardo doveva essere tenuto nei confronti dei civili che avessero opposto resistenza; ebbe a ricevere ordini in merito alle modalità esecutive delle operazioni belliche da parte del suo comandante di compagnia e queste, dato il suo ferimento nella prima mattinata del 29 settembre 1944, furono limitate all'inizio dell'operazione contro la brigata "Stella Rossa", dimostrando inequivocabilmente che il prevenuto nulla poteva sapere in merito al piano criminoso che determinò le stragi perpetrate in quella giornata e nei giorni successivi nella zona di Marzabotto;

- la condotta del sergente Schneider Max durante la sua breve partecipazione all'operazione "Marzabotto", si limitò all'esecuzione di meri ordini tattici provenienti dai superiori di grado senza assolutamente coinvolgere la popolazione civile;

- l'imputato non partecipò in alcun modo alla strage di civili avvenuta in località Monzuno e riguardante i civili che si trovavano in due casolari posti in tale località: tale strage, infatti, avvenuta alle 8 circa di mattina, venne ordinata personalmente dal comandante di compagnia che, fatti uscire i civili dal loro rifugio, senza indugio alcuno impartiva ad un soldato semplice di sparare;

- non appare quindi provata la responsabilità penale dell'imputato e se ne chiede l'assoluzione per non aver commesso il fatto o con altra appropriata formula.

Ritiene anzitutto il Collegio che sia pacifica l'affermazione dell'appellante secondo cui lo Schneider Max, come gli altri sottufficiali del Battaglione, non partecipò alla riunione tenuta da Reder la sera del 28 settembre 1944.

Richiamando però le argomentazioni sopra sviluppate in termini generali può ritenersi provato che l'ordine di procedere alla uccisione indiscriminata dei civili fu impartito dai comandanti di compagnia ai comandanti delle unità subordinate, plotoni e squadre, prima dell'inizio dell'operazione.

Poiché infatti le compagnie non operavano unitariamente ma frazionate in pattuglie, le uccisioni di civili, avvenute nelle molteplici località toccate dai reparti della 16^ Divisione SS non potevano essere sempre ordinate dagli ufficiali che comandavano le compagnie, ma dovevano essere disposte di volta in volta da chi comandava il plotone o la squadra interessata. Ciò che peraltro non esclude che, nei casi in cui era presente un ufficiale, fosse questi ad impartire l'ordine omicida.

La circostanza, provata in modo certo, che gli ordini di procedere al massacro della popolazione civile siano stati impartiti dagli ufficiali ai sottufficiali prima dell'inizio della operazione (e, quindi, nella stessa serata del 28 settembre o all'alba del 29 settembre) fa ritenere conseguentemente provato che anche Schneider Max, come gli altri

sottufficiali del Battaglione Reder, fosse a conoscenza del contenuto criminoso dell'operazione alla quale si accingevano a partecipare.

Il punto centrale della valutazione concernente l'imputato in oggetto è quindi piuttosto un altro: aveva avuto questi l'opportunità di trasmettere gli ordini ricevuti ai militari che componevano la sua squadra, oppure il ferimento avvenuto nella mattina del 29 settembre precluse la stessa possibilità di fornire un contributo causale rilevante alla perpetrazione del massacro ?

Secondo la Corte l'esame circa la successione cronologica degli eventi avvenuti nel giorno 29 settembre 1944, in relazione anche all'itinerario seguito dal reparto di cui faceva parte l'imputato, si rivela decisiva in relazione all'apprezzamento circa la sua responsabilità penale. Così come correttamente osservato dai difensori delle parti civili, e come facilmente riscontrabile nelle carte topografiche acquisite in atti, la I^ compagnia, cui apparteneva lo Schneider Max, prima di essere impegnata in località Cadotto in aspri combattimenti con i partigiani, raggiunse e superò alcune località (in particolare Albergana, che doveva necessariamente essere superata dalla prima compagnia per raggiungere Cadotto) in cui si verificarono, fra le ore sei e le ore otto del mattino del 29 settembre, numerose uccisioni di persone civili (cfr. deposizione di Fabbri Medardo).

La circostanza che le uccisioni dei civili iniziarono poco dopo l'alba, e prima quindi che la I^ compagnia raggiungesse Cadotto, è dimostrata da una pluralità di testimonianze (cfr. ad es. Bonetti Silvano, che parla di colpi di fucile venti minuti circa dopo l'alba), in molte delle

quali è anche riferito di razzi, uno bianco e altro rosso, che verso le ore 7.00 del mattino del 29 settembre diedero inizio alla strage (v. dep. di Marzari Quinto, Lippi Mario, Macchelli Pietro).

Ciò dimostra inequivocabilmente che la partecipazione anche dell'imputato in oggetto alla esecuzione dell'ordine criminoso si realizzò ben prima del suo ferimento avvenuto non prima delle ore 8.30, quando la I^ compagnia raggiunse Cadotto e ivi si verificarono i combattimenti con i partigiani.

8.7. Träger Heinz. La parte principale dell'appello proposto a favore di Träger è stata trattata nel precedente prg. 6, concernendo questioni comuni a tutti gli imputati. Per quanto specificamente concerne la posizione del suddetto imputato il difensore rileva che Träger, comandante di squadra, ha ricordato, nell'interrogatorio cui è stato sottoposto in qualità di persona indagata, che il giorno precedente all'azione fu chiamato dal comandante di plotone che gli illustrò i termini dell'azione, in cui non si aveva affatto come obiettivo la popolazione civile, ma solo un'azione antipartigiana. Egli, portatosi con la propria squadra presso il punto di partenza, fu ferito, nella fase iniziale dei combattimenti, il 29 settembre 1944, trasportato presso l'ospedale da campo e poi ricoverato: non si comprende quindi quale contributo causale egli comunque possa aver dato. Non vi è alcun elemento probatorio che denoti una qualsiasi adesione o partecipazione psichica o morale ad alcun fatto criminosa e non appare ammissibile condannare l'imputato, ferito in un'azione di guerra, prima del verificarsi delle atrocità.

Ritiene la Corte che la posizione di Träger abbia significative analogie con quella di Schneider Max, appartenente anch'egli alla prima compagnia e ferito nella mattina del 29 settembre durante gli scontri con i partigiani in località Cadotto. Nello stesso modo che per Schneider Max va rilevato che il punto decisivo del giudizio sulla sua responsabilità penale è costituito dalla individuazione del momento in cui ebbero inizio le atrocità a danno dei civili.

Poiché è stato provato che Träger, come Schneider Max, è stato ferito non prima, ma dopo che la stessa compagnia di cui faceva parte realizzasse numerosi omicidi di civili (nell'interrogatorio reso dal Träger, in qualità di indagato, il 23 giugno 2005, questi ha dichiarato di essere stato ferito fra le ore 9.00 e le ore 10.00 del 29.9.1944), che si trovavano nelle località attraversate dal reparto prima di raggiungere Cadotto (come nel precedente prg. è stato più specificamente dimostrato), ciò appare sufficiente ai fini della affermazione della sua responsabilità.

In ordine alla richiesta dell'appellante di concessione delle attenuanti generiche e di contenimento della pena, cfr. prg. 10 e 11.

8.8. Kusterer Wilhelm Ernst. In accoglimento dell'appello del pubblico ministero occorre dichiarare (in riforma, nella parte che lo concerne, della sentenza di primo grado) la colpevolezza dell'imputato Kusterer per il reato contestato.

Come più estesamente sopra precisato, il tribunale militare perviene alla assoluzione del Kusterer ritenendo non provato che questi, che rivestiva il grado di sergente, avesse nella occasione un incarico di comando, tale da giustificare una affermazione di responsabilità anche in

mancanza della prova circa la realizzazione materiale di almeno uno degli omicidi indicati in imputazione.

Il pubblico ministero appellante rileva invece che:

- numerose deposizioni testimoniali hanno confermato che nell'Esercito tedesco, ed in particolare nell'ambito delle Divisioni Waffen-SS, i sergenti erano tutti a capo di una squadra di uomini e come tali, pertanto, rivestivano funzioni di comando;

- ciò è confermato anche dalla tipologia del suo armamento: il Kusterer ha dichiarato di avere in dotazione personale un fucile mitragliatore e tale arma era destinata alla dotazione individuale dei capi squadra;

- la circostanza che nella *verlusmeltung* relativa al ferimento di Kusterer manchi la menzione del "comando di squadra" non ha alcun rilievo, in quanto non era previsto che nelle *verlusmeltungen* fosse riportato, oltre al grado, anche il comando del militare interessato e, d'altro canto, in nessuno di tali documenti, come può constatarsi in quelli relativi ad altri imputati, è riportato l'eventuale comando assegnato;

- a meno che svolgessero servizi di carattere non operativo (e non è il caso di Kusterer, come egli stesso ha affermato nelle sue dichiarazioni) i sergenti erano sempre al comando di uomini: addirittura in quella fase della guerra, data la penuria di uomini, in particolare fra gli ufficiali e sottufficiali, era frequente il caso di sottufficiali destinati al comando di unità ben superiori alla squadra;

- il Kusterer ricopriva il grado di sergente già dal 1 maggio 1943 ed era quindi il più anziano in grado rispetto a tutti i suoi parigrado imputati in questo processo;

- in definitiva *"la presenza del Sergente KUSTERER sui luoghi e nei giorni dei fatti è pacificamente provata, così come è altrettanto provato il suo grado, la sua esperienza, la sua anzianità nel grado, il suo ruolo operativo (giacché, essendo in zona di operazione, è escluso che egli fosse addetto a ruoli sedentari o di ufficio che lo tenessero lontano dalle azioni condotte dal reparto) e la conseguente partecipazione in tale qualità alla preparazione, organizzazione e coordinamento di un'operazione di sterminio e di morte"*.

Le contestazioni mosse dal pubblico ministero alla sentenza di primo grado, nella parte relativa all'imputato Kusterer, devono essere condivise.

Va premesso anzitutto che (come riconosciuto dallo stesso giudice di primo grado) le ragioni addotte dall'imputato per spiegare la sua scelta di arruolarsi nelle SS (in quanto avrebbe così potuto contrarre matrimonio con la fidanzata in stato di gravidanza: cfr. dichiarazione dell'imputato e della moglie Emma Kusterer, in data 1 ottobre 2006, acquisita all'udienza del 23 ottobre 2006) hanno una rilevanza del tutto marginale in ordine alla valutazione sulla sua responsabilità penale per il reato imputatogli. Inoltre, la circostanza che nella scheda per prigionieri di guerra che lo riguarda fosse inserita una formula (*platoon sergeant)* che si riferisce al grado, piuttosto che al comando, ha anch'essa un significato secondario, atteso che tali schede era redatte sulla base delle dichiarazioni personali

dei militari fatti prigionieri e non hanno quindi, al riguardo, l'attendibilità propria dei documenti ufficiali provenienti dagli archivi militari tedeschi.

L'argomentazione del tribunale – basata sul significato che assume, in negativo, la mancata annotazione di un incarico di comando, nella *verlusmeltung*, datata 4 ottobre 1944, da cui risulta il ferimento del Kusterer in località Rioveggio (documento che costituisce anche prova indiscutibile della sua presenza nella zona nei giorni della strage, e della appartenenza al 16° Battaglione SS, con il grado di sergente) – non può essere condivisa, potendo facilmente essere accertato, come osservato dal pubblico ministero appellante, che in tale tipo di documenti non era prevista, e non veniva di fatto mai effettuata, l'annotazione dell'eventuale incarico di comando.

Pertanto, per Kusterer, allo stesso modo che per tutti gli altri sottufficiali imputati nel presente procedimento, la circostanza, provata in modo certo, che egli fosse militare rivestito di un grado, quale sottufficiale, e che abbia partecipato alla operazione durante la quale è stata effettuata la strage indiscriminata di persone civili, appare adeguata alla affermazione di responsabilità penale (non risultando peraltro applicabile, anche nei suoi confronti, alcuna scriminante, come osservato in termini generali al prg. 7).

Non appare infatti ragionevole l'argomentazione del giudice di primo grado, secondo cui un sottufficiale, per il quale non sia dimostrata la destinazione ad uno specifico comando, deve essere considerato alla stregua di un semplice militare di truppa. E' da ritenere al contrario fondata la deduzione dell'appellante, nella parte in cui si afferma che non

aveva eccezioni la regola per la quale un sergente, nelle Divisioni delle Waffen-SS, era posto a capo di una squadra: è stato accertato, così come ad esempio riferito dal teste Alfonso Ventura, che "*l'operazione è stata condotta da numerose squadre che rastrellavano tutto il terreno e che erano composte di non piu' di 8-10 uomini l'una*". Appare quindi del tutto inverosimile che in una di tale squadre l'imputato Kusterer si trovasse in sottordine rispetto ad altro sottufficiale.

Così come si è osservato con riguardo all'imputato Albers, tutti gli ufficiali e sottufficiali che hanno partecipato alla operazione compiuta nella zona di Marzabotto ne conoscevano il carattere di intervento diretto in modo indiscriminato contro la popolazione civile ed hanno contribuito, ciascuno per la sua parte, alla realizzazione del crimine.

Quali azioni in concreto abbia compiuto Kusterer non è possibile oggi accertarlo (nello stesso modo in cui non è possibile accertare in concreto quali siano stati i comportamenti, nel dettaglio, di altri imputati) e ciò che sarebbe stato veramente apprezzabile, riguardo al suo interrogatorio, più che una generica presa di distanza dalla ideologia nazista, sarebbe stata una piena disponibilità a dichiarare come realmente si svolsero i fatti, ciò che invece nessun imputato, nonostante l'avanzata età, si è ancora deciso a fare, in coerenza con l'opera di mistificazione, circa la reale natura dell'operazione di Marzabotto, che si cercò di perseguire già dall'ottobre del 1944 (v. il trafiletto pubblicato sul "Resto del Carlino", giornale di Bologna, dell'11 ottobre 1944, secondo cui: "*le solite voci incontrollate, prodotto tipico di galoppanti fantasie in tempo di guerra, assicuravano fino a ieri che nel corso di una operazione di*

polizia contro una banda di fuori-legge, ben centocinquanta fra donne, vecchi e bambini erano stati fucilati da truppe germaniche di rastrellamento nel comune di Marzabotto. Siamo in grado di smentire queste macabre voci e il fatto da esse propalato. Alla smentita ufficiale si aggiunge la constatazione compiuta durante un apposito sopraluogo ...).

Significativo appare anche il "Memoriale" del Questore di Bologna Dino Fantozzi, in data 20 marzo 1948, il quale riferisce: di aver saputo della strage già il 1° o 2 ottobre 1944, quando gli si presentò piangendo il segretario del comune di Marzabotto, sig. Grava; di aver immediatamente informato il Capo del Governo ed il Ministero dell'Interno ed altre autorità della Repubblica sociale italiana; di essersi recato, per chiedere informazioni e protestare, dal comandante di piazza tedesco; di aver incontrato il 10 o 11 ottobre alcuni alti ufficiali tedeschi, fra cui il col. Dolmann delle SS, che assicurarono l'effettuazione di una inchiesta sull'eccidio di Marzabotto; di aver avuto poi, in un incontro con il dr. Sach, dell'Ambasciata tedesca, l'informazione che dalla inchiesta ordinata "*era risultato che le notizie fornite non corrispondevano alla realtà, nonostante che fosse vero che nella zona di Marzabotto avevano trovato la morte alcune donne e dei ragazzi. ... durante tale operazione, essendo stata fatta della resistenza a fuoco da alcuni casolari anche mimetizzati con frasche od altro, le truppe avevano diretto il fuoco contro tali nidi di resistenza e che vi avevano trovato la morte delle donne e dei fanciulli che si trovavano ricoverati*".

E' quindi accertato che, subito dopo il compimento dell'eccidio, una falsa versione fu diffusa da parte dei comandi militari tedeschi (cfr.

deposizione del gen. Max Simon, in data 20 novembre 1946, secondo cui "*poco dopo la cattura della base ed in altre località venne alla luce che donne e bambini erano stati uccisi dal fuoco di artiglieria e dei mortai. Durante l'interrogatorio risultò che da parte dei partigiani si era fatto abusivo impiego di donne e bambini per i loro noti scopi. Ordinai di redigere immediatamente uno speciale rapporto scritto poiché per esperienza sapevamo che ci si dovevano aspettare delle lagnanze. Poco tempo dopo al 1° Corpo paracadutista fu ordinato di condurre una inchiesta, perché si erano lanciate presso a poco le attuali identiche accuse, che noi potemmo facilmente confutare)*: tale falsa versione sarebbe poi stata recepita e fatta propria da altri dei militari delle SS indagati per l'omicidio dei civili di Marzabotto.

Una indiretta conferma, da parte tedesca, sul compimento, nell'estate 1944, da parte di militari germanici, di eccessi, certo non riconducibili al "fuoco incrociato", o al fuoco di artiglieria o dei mortai, proviene d'altro canto dalle stesse direttive del Feldmaresciallo Kesserling, il quale (dopo aver, nell'ordine del 17 giugno 1944, disposto che "*La lotta contro i Partigiani deve essere portata avanti con ogni mezzo a disposizione e con estrema severità. Proteggerò ogni Comandante che vada oltre le nostre abituali restrizioni, nella scelta e nella durezza dei mezzi adottati nella lotta contro i Partigiani. In quest'ottica vale sempre il vecchio detto per cui un errore nella scelta dei mezzi per il raggiungimento di un obiettivo è sempre meglio della sconfitta o della negligenza*" ed aver il 1° luglio precisato che "*E' dovere della polizia e di tutte le truppe sotto il mio comando adottare le misure*

più severe. Ogni atto di violenza commesso dai partigiani deve essere punito immediatamente. I rapporti riferiti devono fornire dettagli delle contro misure prese. Dove vi sono numeri considerevoli di gruppi partigiani, una parte della popolazione maschile di quell'area sarà arrestata e nel caso di atti di violenza questi stessi uomini saranno uccisi."), successivamente invitava ad una maggiore moderazione. Infatti, il 21 agosto 1944 Kesserling comunicava ai comandi militari dipendenti quanto segue: "*Nel rispetto delle operazioni contro i partigiani e dei combattimenti su larga scala contro di essi vari incidenti sono capitati nelle ultime settimane i quali hanno causato danno morali e fisici alla dignità e disciplina delle Forse Armate Tedesche che non hanno nulla a che fare con le misure punitive.*

Poiché le operazioni contro i partigiani andavano condotte con tutti i mezzi disponibili, a volte persone innocenti possono soffrirne.

L'operazione principale invece di rappacificare una zona causava gravi inquietudini tra la popolazione e causava carenza di cibo o seri degradi, con l'eventuale ricaduta dell'onere sulle Forse Armate Tedesche, questo era un chiaro segno di come l'azione veniva mal eseguita e poteva essere considerata come "Scorrerie per Saccheggiare".

Il Duce come sempre, si lamentava amaramente con il plenipotenziario del Supremo Reich Tedesco con il Governo Italiano, Ambasciatore Rahn, sul metodo di esecuzione di varie operazioni contro i partigiani e sulle misure punitive, le quali in seguito venivano anche condotte contro la popolazione locale e non contro i partigiani veri e propri.

Il risultato di tutto ciò era che la confidenza con le Forze Armate Tedesche veniva gravemente minacciata, ci aveva procurato nuovi nemici e assisteva la propaganda nemica.

Il capogruppo responsabile delle operazioni individuali contro i partigiani doveva quindi provenire da prima dell'inizio degli ordini chiaramente relativi alla situazione attuale, come il trattamento della popolazione nelle zone frequentate dai partigiani ed in particolare alle condizioni richieste come permissibili e delle misure punitive che potevano essere prese. Tali misure punitive non dovevano essere lasciate alla discrezione dei Comandanti subordinati. Il principio era che le misure dovevano essere prese contro gli attuali partigiani, e non contro la popolazione innocente. Faccio qui appello al senso di responsabilità individuale dei comandanti, i quali sono responsabili per il mantenimento della dignità e della disciplina delle Forze Armate Tedesche e Polizia. Anche qui come in precedenza i partigiani sono attaccati con ogni possibile mezzo; nel caso di ingiustificate azioni contro la popolazione civile sarò inflessibile nel portare questi responsabili a darne conto".

E' evidente che l'ordine del 21 agosto 1944 era del tutto ignorato, nell'ambito della 16^ Divisione SS, ancora a fine settembre 1944.

8.9. Stockinger Franz. Per la valutazione in ordine alla responsabilità di Stockinger appare decisivo, nello stesso modo che per Spieler, il giudizio circa l'efficacia probatoria dell'Allegato 1 al Rapporto G – 2 n. 52 del 23 ottobre 1944 (dove, con riguardo a Stockinger è precisato: "*uccise donne e bambini e dette alle fiamme numerosi casolari*") e della deposizione di Wilhelm Kneissl (che riferì, fra l'altro:

"i seguenti soldati sono invece autisti e personale addetto alle retrovie che furono obbligati a partecipare a questa azione; io non so che cosa essi allora abbiano fatto, ma essi sono in grado di chiarire maggiormente le mie dichiarazioni: sold. Stockinger ...").

Il pubblico ministero contesta la decisione assolutoria emessa in primo grado rilevando, in primo luogo, che in sede di interrogatorio l'imputato, pur avendo accettato di rispondere alle domande del P.M., non ha detto il vero: ciò appare evidente sia per il contrasto con le dichiarazioni di Kneissl, sia perché non appare affatto credibile che egli non sia stato a Marzabotto (intendendosi con tale nome la sintesi della zona geografica ove si svolsero i tragici fatti), avuto riguardo alla circostanza obiettiva che dai documenti acquisiti presso gli archivi militari germanici egli risulta essere stato in servizio esattamente con lo stesso grado e con la stessa funzione (autista) che risultano attribuitigli dall' "Allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52". Kneissl afferma con precisione che le cose che racconta gli sono state riferite dai militari che avevano partecipato all'operazione (fra i quali Stockinger): "*dunque Kneissl conosceva personalmente Stockinger il quale, insieme agli altri autisti e agli altri militari del reparto, gli raccontò come erano andate le cose a Marzabotto*".

Aggiunge l'appellante che Kneissl, nel momento in cui si riferisce ad alcuni militari che furono obbligati a "partecipare" all'operazione (fra i numerosi, da egli ben conosciuti, appartenenti al Battaglione esplorante), intende specificare per costoro non una generica partecipazione all'azione nel suo complesso, ma nel senso che costoro "presero parte"

all'esecuzione dei crimini, ovvero nel senso di aver concretamente eseguito gli ordini criminosi di "*uccidere tutti i civili, incluse donne e bambini*".

Secondo il pubblico ministero appellante, inoltre, documenti quale quello denominato Allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 , ovvero documenti (rapporti) di servizio redatti dal servizio di controspionaggio militare sulla base delle dichiarazioni rilasciate da prigionieri di guerra nell'immediatezza della loro cattura, mantengono una loro validità ed attendibilità in funzione del fatto che sono tratti in un contesto preciso e ben determinato, ossia quello di un reparto militare nemico i cui componenti sono persone fisiche conosciute ed individuate. L'Allegato n. 1 in questione chiarisce, così, che " ... Questa circostanza è confermata da 3 prigionieri di guerra appartenenti alla 2^ e 5^ compagnia del Battaglione –SS Ricognizione 16. Testimone principale Willi Kneissl". Lo stesso Allegato, inoltre, contiene il nominativo del soggetto che ha condotto gli interrogatori (serg. Magg. Kurt Weinberg, sotto la direzione del Cap. Joseph M Polish e del Magg., J.A.G.D. Edwin S. Booth, tutti in servizio presso l'Esercito USA).

La Corte ritiene che l'assoluzione di Stockinger debba essere confermata. In primo luogo è vero che, se potesse essere attribuito un pieno valore probatorio al citato Allegato 1 (che indica l'imputato come autore diretto della uccisione di donne e bambini), in questo caso potrebbe ritenersi raggiunta la prova della colpevolezza del suddetto imputato.

Tuttavia, il documento in esame si limita a fornire una serie di informazioni, riferendole nella intitolazione al "*rapporto di un interrogatorio*" di un prigioniero di guerra, senza però precisarne il nominativo. Nel testo del documento, proprio con riguardo alle "*azioni di rappresaglia in seguito ad attività partigiana*" (ove sono indicati, come in precedenza già rilevato, particolari molto specifici, come quello relativo al numero delle vittime – circa 800 donne e bambini – ovvero quello relativo alla circostanza che all'azione partecipò tutto il Battaglione Reder, ad eccezione della 4^ compagnia, che in quel periodo stava compiendo uno speciale corso di addestramento nella zona di Parma) si precisa per l'appunto che "*questi fatti sono confermati da tre prigionieri di guerra tedeschi della 2^ e della 5^ compagnia del 16 batt. rcn. Il nome dell'informatore risponde a quello di Willi Kneissl della 2^ compagnia del 16° batt. SS rcn.*".

Nel documento in esame non si indicano anzitutto i nomi dei due prigionieri di guerra diversi da Kneissl né si indica con precisione quale, tra i tre prigionieri di guerra interrogati, abbia riferito le specifiche informazioni relative ai militari, successivamente elencati, quali "*Ufficiali responsabili del massacro*".

Non sono inoltre indicate le modalità di redazione del rapporto: è evidente che si tratta di un documento non destinato ad un uso processuale (come dimostrato dalla attenzione riservata, nella prima parte di esso, alle notizie di interesse specificamente militare, quali l'armamento e la dislocazione delle unità nemiche cui appartenevano i prigionieri di guerra, nonché la posizione delle mine e delle postazioni

difensive) e quindi redatto senza le garanzie e senza i requisiti di precisione e fedeltà alle dichiarazioni dell'interrogato che sono indispensabili per verbalizzare la deposizione di un teste.

Non si tratta di una questione relativa alla mera regolarità formale del documento sulla base del quale il pubblico ministero chiede di affermare la responsabilità penale dell'imputato, ma della osservanza di un principio fondamentale del nostro processo penale, che è anche un principio di civiltà giuridica: una condanna non può basarsi sulla accusa di un soggetto non identificato, con la radicale negazione, quindi, del diritto dell'accusato di confrontarsi con il suo accusatore. Una simile evenienza poteva essere tollerata nel processo inquisitorio, ma appare del tutto incompatibile con il modello processuale vigente attualmente in Italia (cfr. art. 111, comma 3, Cost.: "*nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato ... abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico*"; art. 6, comma 3, lett. d) Conv. eur. diritti dell'uomo: "*ogni accusato ha diritto soprattutto a ... d) interrogare o fare interrogare i testimoni a carico*").

Nella giurisprudenza è stato peraltro precisato che non è consentita, neppure ai fini della emissione di misure cautelari, l'utilizzabilità di una documentazione che si risolva in una relazione riassuntiva – sia pur redatta da una autorità giudiziaria straniera – degli atti compiuti e dei risultati acquisiti (Cass., Sez. I, 25 giugno 1990, Ferrante).

Il verbale relativo all'interrogatorio di Kneissl, in data 11 novembre 1944, è invece pienamente utilizzabile in quanto redatto con un

particolare rigore, anche formale: nella sua deposizione tuttavia Kneissl non accusa Stockinger di nessun fatto preciso. Dichiara che questi fu obbligato a partecipare all'azione, quale autista, ma aggiunge che non sa cosa Stockinger abbia fatto, e che lui stesso potrà precisarlo meglio.

Il contenuto del verbale dell'interrogatorio di Kneissl induce peraltro a pensare che l'indicazione relativa a Stockinger, nell'Allegato n. 1 al rapporto G2 n. 52 (*"uccise donne e bambini e dette alle fiamme diversi casolari"*) non trovi la proprie fonte nelle dichiarazioni dello stesso Kneissl: se così fosse questi, nel momento in cui, il successivo giorno 11 novembre 1944, veniva formalmente interrogato, avrebbe ribadito con precisione tali accuse e non affermato, con riferimento anche a Stockinger, *"non so che cosa essi allora abbiano fatto"*. Va d'altro canto ribadito che Kneissl si presenta non come testimone oculare, ma come soggetto che è stato posto al corrente dei fatti da altri militari.

In definitiva, poiché non risulta chi abbia accusato l'imputato Stockinger di aver ucciso donne e bambini (e non è quindi possibile pervenire ad una valutazione di attendibilità di tale accusa) e non può ritenersi quindi provato, oltre ogni ragionevole dubbio, che questi abbia materialmente partecipato alla esecuzione degli omicidi contestati, od abbia comunque fornito un consapevole contributo causale così da giustificare una imputazione a titolo di concorso nel reato (cfr. deposizione testimoniale di Alexander Wojtecki, del 12 aprile 2006, secondo cui *"non so quali ordini vennero impartiti in occasione di queste operazioni. Come autista mi venivano comunicati solo dei dati, cioè io sapevo a che ora sarei dovuto partire. Non sapevo neppure quale fosse la*

meta, anzi seguivo solamente la colonna"), deve essere confermata l'assoluzione del medesimo cui si è già pervenuti nel giudizio di primo grado.

9. Qualificazione giuridica. Aggravanti. Poiché negli atti di appello non sono mosse contestazioni né in tema di qualificazione giuridica del fatto, né in relazione al riconoscimento delle numerose aggravanti contestate, si rinvia al riguardo alla articolata motivazione contenuta nella sentenza di primo grado, con specifico riferimento alle ragioni, pienamente condivisibili, per cui si sono ritenute sussistenti le aggravanti della premeditazione, dei motivi abietti e dell'aver adoperato sevizie e crudeltà, che determinano l'applicabilità della pena dell'ergastolo e, di conseguenza, l'imprescrittibilità del reato.

Le stesse considerazioni valgono anche per l'imputato Kusterer, di cui è stata affermata, in riforma della sentenza assolutoria di primo grado, la responsabilità penale, non essendo ravvisabili ragioni, che attengano alla sua specifica posizione, per un differente apprezzamento; anche per questi va peraltro esclusa, analogamente a quanto stabilito dal giudice di primo grado per i coimputati condannati, l'aggravante di cui all'art. 47, n. 3, relativa all'aver commesso il fatto con le armi in dotazione.

10. Attenuanti. Negli atti di appello degli imputati Schneider Adolf e Träger Heinz Fritz è stata chiesta l'applicazione delle attenuanti generiche, avendo riguardo sia alla giovanissima età degli imputati ed alla loro incensuratezza, sia alla circostanza che lo scenario di guerra nel quale i fatti sono stati commessi e conseguentemente lo status emotivo degli imputati abbiano determinato una "distorta percezione del disvalore

sociale delle azioni poste in essere", che non possono pertanto essere valutate alla stregua di fatti commessi in tempo di pace.

Secondo la Corte non appare ammissibile, avendo riferimento ai criteri indicati dall'art. 133 c.p., la concessione (sia agli imputati che ne hanno fatto richiesta, sia agli altri parimenti condannati alla pena dell'ergastolo) delle attenuanti "generiche", di cui all'art. 62 bis c.p., norma che consente al giudice di prendere in considerazione "circostanze diverse" da quelle espressamente indicate nel precedente articolo 62, "qualora le ritenga tali da giustificare una diminuzione di pena" (così da rendere rilevante una valutazione in concreto del fatto, che "permette di rendere congrua la pena e quindi rispettosa del principio di ragionevolezza e della finalità rieducativa": Cass., 18 luglio 1995, Faletto).

Nel caso di specie le suddette attenuanti non possono essere concesse in virtù della gravità intrinseca del fatto di reato, sia per il numero delle vittime che per la loro qualità, civili inermi e tra questi anche bambini, donne ed anziani e della mancanza di elementi, in tema di capacità a delinquere, anche successivi alla realizzazione della condotta, che assumano un peso decisivo a favore dell'imputato.

In particolare, quanto alla osservazione che lo scenario di guerra può aver determinato una distorta percezione del disvalore sociale delle azioni poste in essere, va considerato, quale dato risolutivo, che il disvalore sociale connesso alla uccisione di centinaia di bambini (e, tra questi, decine di neonati e bambini in tenerissima età) appare evidente per chiunque ed in qualsiasi contesto e non esiste scenario di guerra che possa

anche solo parzialmente giustificare una diversa percezione ed attenuare un comportamento di così manifesta ignominia.

Quanto alla condotta susseguente al reato, pur se non risulta che gli imputati nel presente processo, nei decenni successivi al settembre-ottobre 1944, abbiano commesso ulteriori reati, non risultano nemmeno in atti ulteriori elementi da valutare positivamente: al contrario, appare assai significativo, a dimostrazione della inevitabilità di un apprezzamento negativo nei loro confronti, che in nessun modo abbiano dimostrato, fino ad oggi, forme di resipiscenza (accompagnate da una spontanea ed integrale esposizione del ruolo avuto nella strage) ovvero comunque di interesse per la sorte delle persone uccise, o per i loro familiari (per il rilievo secondo cui il trascorrere del tempo senza la commissione di ulteriori reati e l'età avanzatissima dell'imputato appaiono dati marginali e trascurabili, rispetto alla inaudita gravità del fatto contestato, cfr. Corte militare appello, 7 marzo 1998, Hass).

11. Ergastolo ed isolamento diurno. In accoglimento della richiesta dell'appellante Träger, che ha sollecitato il contenimento della pena inflitta, la Corte ritiene di escludere, dalla pena dell'ergastolo, l'isolamento diurno.

Al riguardo va in primo luogo considerato che sussiste una costante interpretazione della Corte militare di appello (instaurata con la sentenza 15 aprile 1998, Hass e Priebke e confermata, senza eccezioni, nelle successive pronunce concernenti condanne all'ergastolo per il reato continuato di cui all'art. 185 c.p.m.g.: esplicitamente cfr. anche in ultimo sent. 4 dicembre 2007, Nordhorn) secondo cui "*la disposizione dell'art.*

72 c.p. è comunque inapplicabile per i reati militari, in quanto derogata da quella contenuta nell'art. 54 c.p.m.p.. In detta disposizione si prevedeva che al colpevole di più reati puniti con l'ergastolo si applicasse la pena di morte. Caduto il riferimento alla pena di morte per effetto dell'art. 1, comma 1, d.l. 22 gennaio 1948, n. 21 in relazione ai reati previsti nel codice penale militare di pace, esso è oggi pure caduto in forza dell'art. 1 l. 13 ottobre 1994, n. 589 in relazione ai reati previsti dal codice penale militare di guerra: resta tuttavia la deroga alla norma comune, che oggi è quindi in senso favorevole al reo, dovendosi intendere operata la sostituzione della pena di morte con l'ergastolo".

Secondo il tribunale militare tale assunto non può essere condiviso in quanto l'art. 1 della legge 589/1994 non parla di ergastolo, bensì di "pena massima prevista dal codice penale" e tale "pena massima" è attualmente proprio l'ergastolo con isolamento diurno che "*non costituisce una mera modalità di esecuzione della pena, bensì una pena autonoma, oggi la pena massima prevista dall'ordinamento penale italiano: si vedano, sul punto, Cass., I, 780, del 14.4.2003 e Cass., I, 2116 del 10.5.2000*".

Ritiene il Collegio di confermare il proprio pregresso orientamento per le ragioni che seguono.

Va in primo luogo considerato che l'affermazione della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'*isolamento diurno* costituisce autonoma sanzione penale, per i reati concorrenti a quelli puniti con l'ergastolo, non equivale alla affermazione secondo cui è l'*ergastolo con isolamento diurno* una sanzione autonoma (rispetto all'ergastolo) e

specificamente la sanzione massima oggi prevista dall'ordinamento penale italiano, anche per gli effetti che ne derivano ai sensi della legge n. 589/1994.

Per ciò che interessa appare infatti inequivocabile la volontà del legislatore del 1994, espressa anche mediante gli interventi effettuati in sede parlamentare, di sostituire alla pena di morte, per i delitti previsti dalle leggi penali militari di guerra, l'ergastolo (e non l'ergastolo con l'isolamento diurno), in conformità peraltro alle precedenti normative (d.lgs.lt. 10 agosto 1944, n. 224; d.l. 22 gennaio 1948, n. 21) che avevano espressamente sostituito la pena di morte con l'ergastolo, prima per i delitti previsti dal codice penale e poi per i delitti previsti dalle leggi speciali, diverse da quelle militari di guerra.

La ragione per cui nel 1994 si effettuò il riferimento alla "pena massima prevista dal codice penale" emerge con chiarezza dall'intervento della senatrice Salvato, nella riunione, in data 14 settembre 1994, delle Commissione II e IV del Senato della Repubblica, in cui si prospetta che anche l'ergastolo possa in futuro essere soppresso nella legge penale comune. L'intenzione del legislatore è quindi ben altra che quella di stabilire un trattamento sanzionatorio più rigoroso, rispetto alle precedenti leggi abolitive della pena di morte: si tratta al contrario di una espressione proiettata verso una futura possibile (e di fatto poi mai realizzata) scelta legislativa di sostituire lo stesso ergastolo, quale pena massima, con una sanzione detentiva non perpetua.

Deve poi essere sottolineata l'incongruità della interpretazione proposta dal giudice di primo grado, che comporterebbe la applicazione

dell'ergastolo con isolamento diurno non solo nel caso di concorso di reati, in conformità a quanto prevede l'art. 72 c.p., ma anche per ogni reato previsto dalle leggi di guerra, pur al di fuori di ogni ipotesi di concorso, per il quale era stabilita la pena di morte.

La tesi, in altra sede proposta, secondo cui la legge n. 589 del 1994 avrebbe determinato l'abrogazione implicita dell'art. 54 c.p.m.p., così da rendere applicabile direttamente l'art. 72 c.p., determina peraltro una ulteriore perplessità, relativa alla applicazione delle vigenti disposizioni in tema di successione di leggi penali nel tempo. Al riguardo va infatti rilevato che l'art. 2, comma 4, c.p. prevede, nel caso di modifiche normative sfavorevoli al reo, la irretroattività delle medesime, in conformità al principio affermato dall'art. 25 Cost.. Se pertanto si fa discendere la possibilità di applicare l'isolamento diurno dalla modifica normativa introdotta con la legge del 1994 (mentre sulla base della normativa preesistente, in fattispecie corrispondenti a quella in questione, si applicava l'ergastolo, senza isolamento diurno: v. così nella sentenza di condanna del tribunale militare territoriale di Bologna, in data 31 ottobre 1951, relativa a Walter Reder, per lo stesso fatto di cui al presente processo), allora tale trattamento sanzionatorio, sfavorevole, dovrebbe poter aver applicazione solo per i fatti commessi a partire dal 1994, e non per i fatti commessi in precedenza.

Trattandosi di una statuizione della sentenza di primo grado che appare non conforme alla vigente normativa, l'esclusione dell'isolamento diurno deve essere operata anche per gli altri imputati, condannati all'ergastolo con isolamento diurno, appellanti (ALBERS, SCHNEIDER

Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER e WULF), ed anche ai coimputati non appellanti (BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max), trattandosi in questo caso di un motivo di appello non esclusivamente personale.

12. Pubblicazione della sentenza di condanna. L'affermazione della responsabilità penale dell'imputato Kusterer comporta la condanna del medesimo, oltre che alle spese di entrambi i gradi di giudizio, alla pubblicazione della presente sentenza di condanna, ai sensi degli artt. 32, comma 2, c.p.m.p. e 36, comma 2, c.p., mediante affissione negli Albi dei Comuni di Roma, della Spezia, Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, nonché a spese del condannato, per estratto e per una sola volta, nei quotidiani "La Repubblica" ed "Il Resto del Carlino";

13. Questioni civili. In conseguenza della affermazione di colpevolezza dell'imputato Kusterer, con la condanna alla pena dell'ergastolo, questi deve essere condannato, in solido con ALBERS Paul, BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich) e WULF Helmut, anche al risarcimento del danno alle parti civili, nonché al pagamento delle provvisionali già liquidate, ed alle spese del procedimento, anche per il primo grado di giudizio, sostenute dalle parti civili.

Per quanto concerne la determinazione degli importi dovuti quale provvisionale, non sono state formulate eccezioni da nessuno degli appellanti: deve essere quindi confermata anche in tale parte la sentenza di primo grado.

Gli imputati ALBERS Paul, KUSTERER Wilhelm, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich) e WULF Helmut devono inoltre essere condannati al pagamento delle ulteriori spese di giudizio ed al pagamento delle spese processuali sostenute dalle parti civili, nella misura indicata in dispositivo, distintamente per onorari ed indennità di trasferta: per i difensori che assistono più parti civili è stata indicata la misura complessiva, calcolata tenuto conto della maggiorazione prevista dalle tariffe forensi per la pluralità di parti assistite.

14. Correzione di errore materiale. Ai sensi dell'art. 130, primo comma, seconda parte, occorre disporre la correzione dell'errore materiale contenuto nella sentenza di primo grado, mediante l' inserimento, nella parte dispositiva della stessa, dell'espressione: "Deposito della sentenza entro novanta giorni"; espressione già contenuta nell'originale del dispositivo, allegato al verbale dell'udienza del 13.1.2007.

P. Q. M.

Visti ed applicati gli artt.261 c.p.m.p.; 3 l. 180/81; 150 c.p.; 129, 130, 530 comma 2, 533, 538 ss., 592, 597 e 605 c.p.p.,

in parziale riforma dell'impugnata sentenza,

D I C H I A R A

non doversi procedere nei confronti di WACHE Georg, in ordine al reato ascrittogli, essendo il reato estinto per morte del reo;

A S S O L V E

SPIELER Kurt, dal reato ascrittogli, per non aver commesso il fatto;

DICHIARA

KUSTERER Wilhelm Ernst, contumace, responsabile del reato di "concorso in violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata " e, ritenute sussistenti le circostanze aggravanti contestate, con la sola esclusione di quella di cui all'art. 47 n.3 c.p.m.p., lo

CONDANNA

alla pena dell'ergastolo, al pagamento delle spese processuali di entrambi i gradi di giudizio, alle altre conseguenze di legge ed alla pubblicazione della presente sentenza di condanna, mediante affissione negli Albi dei Comuni di Roma, della Spezia, Marzabotto, Monzuno e Grizzana Morandi, nonché a spese del condannato, per estratto e per una sola volta, nei quotidiani "La Repubblica" ed "Il Resto del Carlino";

CONDANNA

altresì, il KUSTERER, in solido con ALBERS Paul, BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich) e WULF Helmut: 1. Al risarcimento dei danni, da liquidarsi in separata sede, a favore delle costituite parti civili; 2. Al pagamento delle relative provvisionali, così come già determinate nella sentenza di primo grado; 3. Al pagamento delle spese processuali, per il giudizio di primo grado, in favore delle parti civili, così come anch'esse già determinate nella stessa sentenza;

CONDANNA

ALBERS Paul, KUSTERER Wilhelm, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER Heinz Fritz (Heinrich) e WULF Helmut, in

solido fra loro, al pagamento delle spese processuali relative al secondo grado di giudizio in favore delle parti civili, che liquida come segue:

Presidenza del Consiglio dei Ministri: Euro 600,00 per onorari;

Parti civili assistite dall'avvocato Speranzoni Andrea: complessivi Euro 1.750,00 per onorari ed Euro 250,00 per indennità di trasferta;

Parti civili assistite dall'avvocato Bonetti Manrico: complessivi Euro 1.700,00 per onorari ed Euro 250,00 per indennità di trasferta;

Parti civili assistite dall'avvocato Giampaolo Giuseppe: complessivi Euro 1.600,00 per onorari ed Euro 250,00 per indennità di trasferta;

oltre, per tutti, I.V.A. e C.P.A., come per legge, sugli onorari;

E S C L U D E

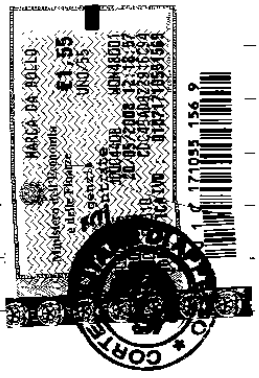
nei confronti dei suindicati ALBERS, SCHNEIDER Adolf, SCHNEIDER Max, TRÄGER e WULF, nonché nei confronti dei condannati in primo grado non appellanti BAUMANN Josef, BICHLER Hubert, ROITHMEIER Max, l'isolamento diurno dalla pena dell'ergastolo loro inflitta;

C O N F E R M A

nel resto, la sentenza di primo grado, di cui dispone la correzione di errore materiale, mediante inserimento, nella parte dispositiva della stessa, dell'espressione:"Deposito della sentenza entro novanta giorni", già contenuta nel dispositivo allegato al verbale dell'udienza del 13.1.2007.

Deposito della presente sentenza entro trenta giorni.

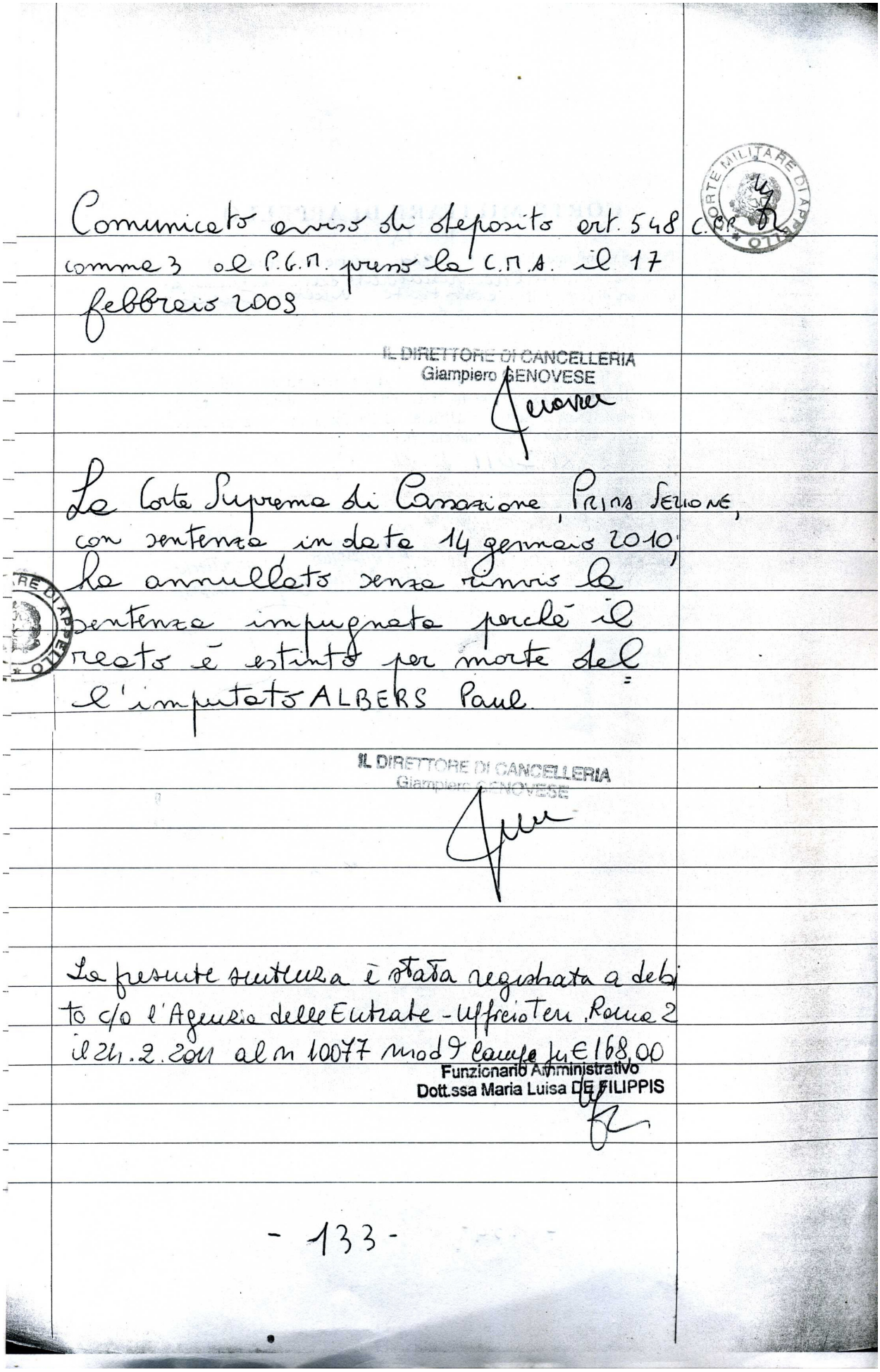
Roma, sette maggio duemilaotto



IL GIUDICE ESTENSORE
(Giuseppe MAZZI)

IL PRESIDENTE
(Giuseppe MONICA)

131



Comunicato avviso di deposito art. 548 comma 3 c.p.p. presso la C.M.A. il 17 febbraio 2009

IL DIRETTORE DI CANCELLERIA
Giampiero GENOVESE

La Corte Suprema di Cassazione, PRIMA SEZIONE, con sentenza in data 14 gennaio 2010, ha annullato senza rinvio la sentenza impugnata perché il reato è estinto per morte dell'imputato ALBERS Paul.

IL DIRETTORE DI CANCELLERIA
Giampiero GENOVESE

La presente scrittura è stata registrata a debito c/o l'Agenzia delle Entrate - Ufficio Ter. Roma 2 il 24.2.2011 al n. 1007 mod. 9 campo fu € 168,00

Funzionario Amministrativo
Dott.ssa Maria Luisa DE FILIPPIS

- 133 -

CORTE MILITARE DI APPELLO

ROMA

Per copia conforme all'originale di 134 pagine che si rilascia in forma esecutiva a richiesta del rappresentante della parte civile difensore di parte civile. costituita Walter Cardi

REPUBBLICA ITALIANA

in nome della legge

Comandiamo

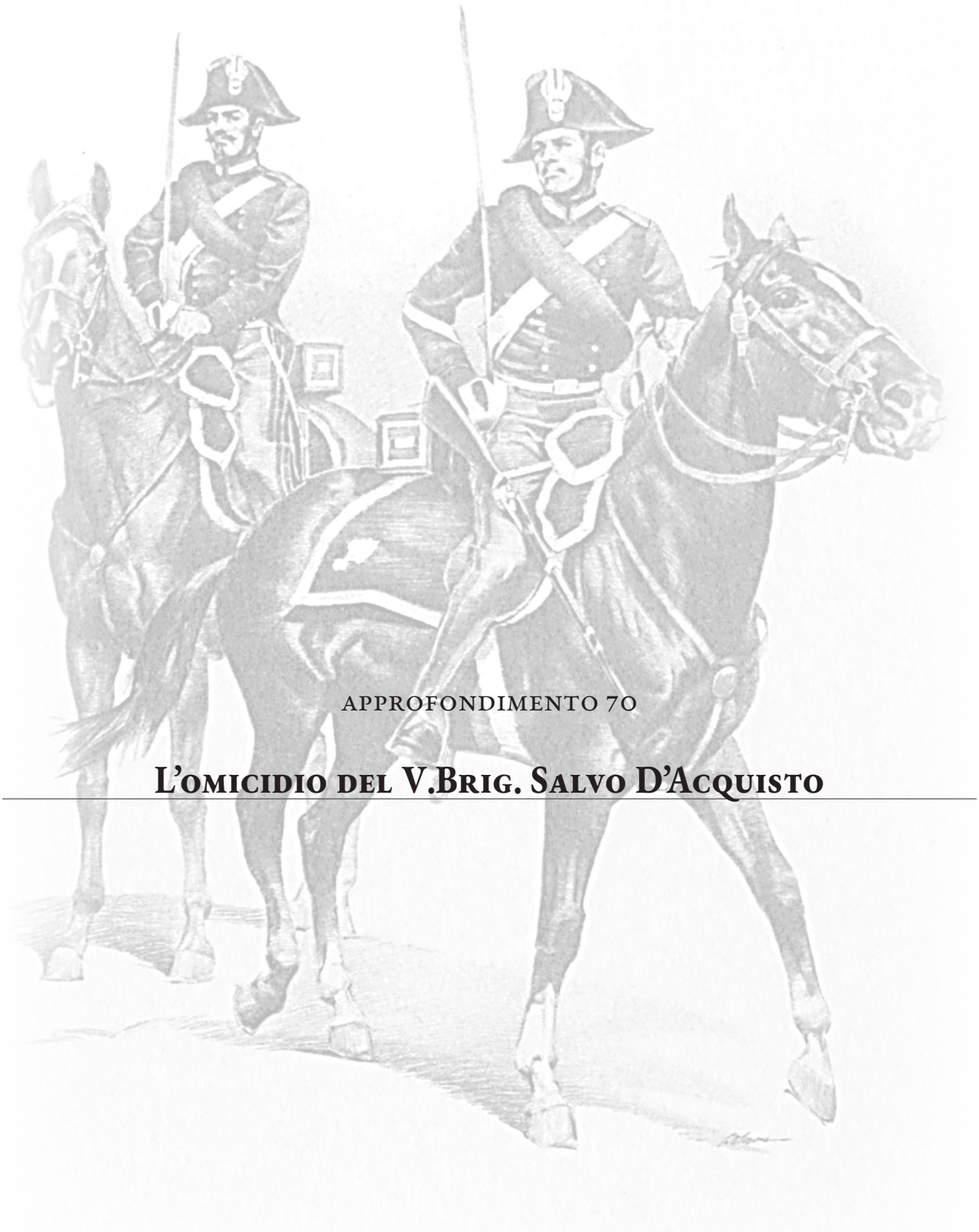
A tutti gli Ufficiali Giudiziari che ne siano richiesti ed a chiunque spetti di mettere a esecuzione il presente titolo, al Pubblico Ministero di darvi assistenza, a tutti gli Ufficiali della forza pubblica di concorrervi quando ne siano legalmente richiesti.

Roma 2.XI.2011

CORTE MILITARE DI APPELLO

Il Funzionario di Cancelleria
(dr. Maria Luisa De Filippis)

- 134 -



APPROFONDIMENTO 70

L'omicidio del V.Brig. Salvo D'Acquisto

Fonte: Cfr. Documentazione custodita presso l'Archivio della Direzione dei beni Storici e Documentali dell'Arma dei carabinieri

1/

Vicebrigadiere a piedi Salvo D'ACQUISTO
Medaglia d'oro al valor militare "alla memoria"

"""Esempio luminoso di altruismo,spinto fino alla suprema rinunzia della vita,sul luogo stesso del supplizio,dove,per barbara rappresaglia,era stato condotto dall'orde naziste,insieme con 22 ostaggi civili del territorio della sua stazione,pur essi innocenti,non esitava a dichiararsi unico responsabile d'un presunto attentato contro le forze armate tedesche.Affrontava così - da solo - impavido la morte,imponendosi al rispetto dei suoi stessi carnefici e scrivendo una nuova pagina indelebile di purissimo eroismo nella storia gloriosa dell'Arma.- Torre di Palidoro (Roma),23 settembre 1943""".

(D.L. 15 febbraio 1945 - Boll.Uff.Min.Guerra - anno 1945 - Disp.11ª - pag.1045)

Indirizzi dei famigliari: Signora Marignetti Ines
Via S. Gennaro Antignano al Vomero, 2.
Napoli

Vicebrigadiere Medaglia d'Oro
Salvo D'ACQUISTO

La sera del 22 settembre 1943 alcuni soldati tedeschi, accasermati nella "" Torre di Palidoro "" abbandonata qualche giorno prima dalla Guardia di Finanza, nel rovistare in una cassa colà rinvenuta, venivano investiti dall'esplosione di una bomba: un tedesco rimase ucciso, altri due gravemente feriti.
Attribuito il fatto a sabotaggio, i tedeschi decidevano di attuare una rappresaglia.

Il mattino successivo due tedeschi portatisi, a bordo di moto, in Torre in Pietra, chiedevano del Comandante della locale stazione Carabinieri: essendo questi assente, si presentava loro il Vicebrigadiere Salvo D'ACQUISTO il quale, fatto salire sul mezzo, venne condotto a Palidoro.

////// Un testimone, ZUCCON Ernesto, riferisce che già da quel momento il Sottufficiale venne sottoposto a disumani maltrattamenti, venendo dai tedeschi reiteratamente percosso al capo con il calcio della pistola.---------- //////

Dopo qualche ora giungevano in Torre in Pietra, in autocarro, altri tedeschi i quali, dopo aver inutilmente ricercato altri militi dell'Arma, catturavano quali ostaggi 22 civili trasportandoli a Palidoro ove venne fatto salire anche il D'ACQUISTO.

////// Altra testimone, BAGLIONI Wanda, riferisce che il nostro sottufficiale, mentre sostava nella piazza di Palidoro, guardato a vista dai tedeschi in attesa di venir fatto salire sull'autocarro, pur essendo sottoposto a continui maltrattamenti, manteneva un contegno sereno ed altamente dignitoso.---------- //////

334/6-957 6.1.1958 43/4-957 Gruppo Est. Roma

Gli ostaggi vennero condotti ai piedi della "" Torre di Palidoro„„ : sottoposti a sommario interrogatorio per conoscere l'eventuale autore del presunto atto di sabotaggio, essi protestarono indarno la loro innocenza.
Con barbaro cinismo, infatti, i tedeschi ordinarono agli ostaggi di scavare una fossa destinata a raccogliere i loro corpi essendo stata decisa la loro fucilazione.

In un clima di ben comprensibile costernazione e nel pianto i civili iniziarono la loro opera: solo il Sottufficiale , chino anch'Egli sul mesto lavoro, conservava la calma imperturbabile dei Forti, prodigandosi nel confortare gli sventurati.
////// Così afferma altro testimone, AMODIO Angelo.- //////

Il lavoro di scavo volgeva ormai al termine quando il nostro sottufficiale, avvicinatosi all'interprete, gli parlò:al termine del colloquio del quale nessuno per il particolare momento ebbe modo intendere verbo alcuno, l'interprete si portò presso l'ufficiale che comandava il drappello.

Fu così che poco dopo gli ostaggi vennere rimessi in libertà: Avevano da pochi istanti lasciato la tragica località, quando venne udita la scarica di fucileria che stroncava la vita del D'ACQUISTO, unico rimasto sul ciglio del fossato.

Per stessa ammissione dei tedeschi che presero parte alla fucilazione il Sottufficiale aveva immolato la vita per salvare quella degli ostaggi assumendosi la responsabilità del fatto al quale Egli era estraneo.

==========
==========
==========

Gli ostaggi vennero condotti ai piedi della "" Torre di Palidoro„„ : sottoposti a sommario interrogatorio per conoscere l'eventuale autore del presunto atto di sabotaggio, essi protestarono indarno la loro innocenza.
Con barbaro cinismo, infatti, i tedeschi ordinarono agli ostaggi di scavare una fossa destinata a raccogliere i loro corpi essendo stata decisa la loro fucilazione.

In un clima di ben comprensibile costernazione e nel pianto i civili iniziarono la loro opera: solo il Sottufficiale , chino anch'Egli sul mesto lavoro, conservava la calma imperturbabile dei Forti, prodigandosi nel confortare gli sventurati.
////// Così afferma altro testimone, AMODIO Angelo.- //////

Il lavoro di scavo volgeva ormai al termine quando il nostro sottufficiale, avvicinatosi all'interprete, gli parlò:al termine del colloquio del quale nessuno per il particolare momento ebbe modo intendere verbo alcuno, l'interprete si portò presso l'ufficiale che comandava il drappello.

Fu così che poco dopo gli ostaggi vennere rimessi in libertà: Avevano da pochi istanti lasciato la tragica località, quando venne udita la scarica di fucileria che stroncava la vita del D'ACQUISTO, unico rimasto sul ciglio del fossato.

Per stessa ammissione dei tedeschi che presero parte alla fucilazione il Sottufficiale aveva immolato la vita per salvare quella degli ostaggi assumendosi la responsabilità del fatto al quale Egli era estraneo.

==========
==========
==========

D I C H I A R A Z I O N E

Io sottoscritto AMADIO Angelo di Domenico, abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara al Comandante della Tenenza Carabinieri Aurelia quanto segue:

Il mattino del 23 settembre 1943 fui catturato dai tedeschi unitamente ad altri civili.

A mezzo di un autocarro tedesco sul quale a Palidoro fu fatto salire anche il brigadiere D'ACQUISTO venimmo portati alla Torre ove i tedeschi ci fecero scavare una buca profonda un metro e lunga cinquanta: essi erano decisi a fucilarsi tutti -malgrado le nostre pretese di innocenza- per la morte di un loro commilitone, causa lo scoppio di una bomba, nella caserma della R.Guardia di Finanza da loro occupata ubicata nella Torre stessa.

All'ultimo momento però contro ogni nostra aspettativa fummo tutti rilasciati eccetto il brigadiere D'ACQUISTO.

Conoscevo già quest'ultimo: nella circostanza io gli ero vicino e potetti constatare che mentre tutti piangevano e si raccomandavano egli solo rimaneva calmo pronunciando parole di conforto e di speranza a quelli che a lui si rivolgevano per avere notizie in merito alla nostra sorte.

Ci eravamo già rassegnati al nostro destino quando il sottufficiale parlamentò con un ufficiale tedesco a mezzo dell'interprete.

Cosa disse il D'ACQUISTO all'ufficiale in parola non ci é dato conoscere: sta di fatto che poco dopo fummo tutti rilasciati: io fui l'ultimo ad allontanarmi dalla detta località.

Quella sera stessa apprendemmo dagli stessi tedeschi che il brigadiere era morto da eroe assumendosi lui la responsabilità del fatto non commesso per salvare i civili innocenti.

Torre in Pietra-Roma, li 3 novembre 1957.

Amadio Angelo

DICHIARAZIONE

^^^^^^^^^

La sottoscritta BAGLIONI Wanda di Guido e di PALAZZETTI Velia,nata a SARNANO il 5 marzo 1921 e residente alla contrada "Palidoro a richiesta del Comandante della Tenenza dei CC. ""Aurelia"" dichiara: -

"" La sera del 22 settembre 1943, causa lo scoppio di una bomba, avvenuto nella caserma della Guardia di Finanza, sita in località ""Torre di Palidoro"" e temporaneamente occupata dai tedeschi rimaneva ucciso uno di essi mentre altri due riportavano gravi ferite e il mattino successivo, i tedeschi catturarono 22 civili di Torrimpietra nonchè il VICE Brigadiere D'ACQUISTO Salvo di detta Stazione che vennero condotti alla ""Torre"" a mezzo di un autocarro, per essere fucilati per rappresaglia. All'ultimo momento i civili vennero tutti rilasciati mentre il solo Sottufficiale - venne trucidato. Io non fui tra quelli catturati dai tedeschi,conoscevo alcuni di questi ultimi che assistettero alla fucilazione del sottufficiale e parlando con loro la sera stessa uno di essi mi disse testualmente:""" IL VOSTRO BRIGADIERE E' MORTO DA EROE. IMPASSIBILE ANCHE DI FRONTE ALLA MORTE. SI E' ASSUNTA INTERA LA RESPONSABILITA' DEL FATTO PER SALVARE LA VITA AI CIVILI I QUALI NON FACEVANO ALTRO CHE PIANGERE ED IMPRECARE.""" - - - - -

Soggiungo che il Sottufficiale prima di raggiungere la ""Torre"" ove venne fucilato, fu fatto sostare - guardato a vista dai tedeschi - nella Piazza di Palidoro e quantunque ripetutamente bastonato dai suoi guardiani, serbò un contegno calmo e dignitoso. Ciò lo potetti constatare in quanto abito nella stessa piazza.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo.- - - - - - - - - - - - - -

Baglioni Wanda

Torrimpietra-Roma-21 Novembre 1957

DALLA PARROCCHIA DI PALIDORO

D I C H I A R A Z I O N E

Io sottoscritto Parroco di Palidoro Don BRANCACCIO Luigi dichiaro che avendo avvicinato le persone che si trovavano insieme al brigadiere dei CC.D'ACQUISTO Salvo, comandante la Stazione di Torre in Pietra al momento della cattura, che condotti assieme a lui nella località "" Torre di Palidoro"" per essere fucilati dai tedeschi dalla Comp.P.G., in numero di circa venticinque, mi riferirono che nel momento della esecuzione il brigadiere, sebbene anche lui innocente eroicamente addossando sopra di sè solo tutte le responsabilità scusava gli altri, per cui venivano rilasciati, mentre lui coraggiosamente affrontava la morte per tutti.
Dichiaro altresì, che dopo 19 giorni, essendo partita da Palidoro la Compagnia P.G. tedesca, per interessamento di alcune signorine e signore di Palidoro, fu fatta costruire una cassa decente, ci portammo al luogo ove era stato sotterrato, lo scavammo e messo nella cassa avvolto in un lenzuolo lo portammo al Camposanto di Palidoro, dove letto le preghiere dei defunti gli fu dato onorevole sepoltura.
E tutt'ora la cara salma riposa in pace nel detto Cimitero di Palidoro.
Tutto per la verità.
Palidoro li 20 settembre I944

F/to Don Luigi Brancaccio
Arciprete,Parroco e Viacrio Foraneo

P.....C.....C.
IL TENENTE COMANDANTE LA TENENZA
= Enrico Coppola =

Roma,li 8 dicembre 1957.

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto PITON Attilio fu Angelo abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara:
Il mattino del 23 settembre 1943 il brigadiere dei CC.Salvo D'ACQUISTO, della Stazione di Torre in Pietra, fu arrestato da due tedeschi e caricatolo su di una motocarrozzetta fu condotto come seppi dopo a Palidoro.
Mentre che il Sottufficiale montava su detta moto, vidi che i due tedeschi percossero esso sottufficiale alla testa col calcio della rivoltella.
Più tardi fui catturato a mia volta e con altri condotto a Palidoro, con un autocarro dove fu rilevato dai tedeschi il D'ACQUISTO e tutti insieme proseguimmo per la "" Torre "".
Quest'ultimo non sembrava affatto preoccupato, ed anzi infondeva coraggio a coloro che gli stavano più vicino. Giunti in luogo ci fecero scavare una buca, ma quando questa fu ultimata, improvvisamente fummo tutti liberati eccetto il Sottufficiale in parola il quale, pare, che non fosse stato estraneo alla nostra salvezza.
In fede di quanto sopra mi sottoscrivo.

Torre in Pietra,li 25 settembre 1944.

F/to PITON Attilio.

P.....C.....C.
IL TENENTE COMANDANTE LA TENENZA
= Enrico Coppola =

Roma,li 8 dicembre 1957.

Io sottoscritto ROSSIN Gedeone di Giuseppe, abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara al Comandante della Tenenza Carabinieri Aurelia quanto segue:

Il 23 settembre 1943 anch'io ero tra le persone arrestate dai Tedeschi in Torre in Pietra e che erano destinati ad essere fucilati ai piedi della Torre di Palidoro.

Quasi giunti i tedeschi ci ordinarono di preparare la buca: e ad un tratto quando tutto era ormai pronto per la esucuzione vidi il brigadiere dei CC. D'ACQUISTO, anche lui catturato, parlare con l'interprete il quale subito si avvicinò al comandante del drappello.

Fu così che poco dopo fummo tutti liberati eccetto il sottufficiale il quale si immolò per noi.

Torre in Pietra-Roma, li 7 novembre 1957.

Rossin Gedeone

Io sottoscritto TREVISIOL Umberto di Luigi, abitante in Torre in Pietra al Centro Aurelia, spontaneamente dichiara al Comandante della Tenenza Carabinieri Aurelia quanto segue:
E' ormai noto a tutti il motivo per il quale taluni civili e tra essi io fummo condotti il 23 settembre 1943 alla Torre di Palidoro e quale la sorte alla quale eravamo destinati.
Voglio solo aggiungere che il brigadiere dei CC. della Stazione di Torre in Pietra D'ACQUISTO Salvo catturato con noi, fino all'ultimo momento, con la sua parola ed il suo contegno infuse coraggio e rassegnazione.
Egli fu sempre sereno: ad un certo punto lo vedemmo parlare con l'interprete il quale subito si portò presso l'ufficiale che comandava il drappello tedesco.
Cosa il D'ACQUISTO abbia esattamente detto all'interprete non mi é dato di conoscere: sta di fatto che subito dopo noi fummo posti di nuovo in libertà.
Rimase solo il sottufficiale il quale con il suo sublime estremo sacrificio salvò tutti noi già destinati a morte certa.

Torre in Pietra-Roma, li 10 novembre 1957.-

Trevisiol Umberto

DICHIARAZIONE

^^^^^^^^^

Il sottoscritto VUERICH Michele di Giovanni, abitante in Torrimpietra, spontaneamente dichiara al Comandante della Tenenza Carabinieri Aurelia quanto segue: - - - - - - - - - - -

""Il mattino del 23 settembre 1943 giunsero in questa Borgata diversi soldati tedeschi che procedettero al fermo di 22 persone, tra i quali il sottoscritto, che vennero caricati su di un autocarro e condotte a "Palidoro". Quì fu fatto salire anche il Vice Brigadiere D'ACQUISTO Salvo della Stazione CC. di Torrimpietra, che a sua volta era stato prelevato poco prima dai Tedeschi dalla Caserma. Tutti fummo portati alla ""Torre"".-

Il Sottufficiale durante tutto il percorso non solo si mostrò calmo e sereno, ma infondeva anche coraggio a coloro che piangevano e si disperavano per la triste sorte cui andavano incontro avendo compreso che sarebbero stati fucilati.- Giunti in luogo i tedeschi ci fecero scavare una fossa lunga diversi metri mentre gli stessi si preparavano per l'esecuzione.

An un tratto vidi il V.Brigadiere D'ACQUISTO avanzarsi all'interprete e discutere con lui: subito dopo l'interprete si portò presso il Comandante dei tedeschi. Causa la forte emozione non ebbi modo di capire cosa il D'ACQUISTO ebbe a dire all'Ufficiale: stà di fatto che dopo che questi aveva parlato con il Comandante tedescho, ci fu ordinato di uscire dalla fossa ed allontanarci. Solo il Sottufficiale rimase sul posto. -

Torrimpietra-Roma-21 Novembre 1957

Vuerich Michele

D I C H I A R A Z I O N E

Io sottoscritto ZUCCON Ernesto di Giordano, abitante in Torre In Pietra, spontaneamente dichiara al Comandante della Tenenza Carabinieri Aurelia quanto segue:

Il mattino del 23 settembre I943 vidi due tedeschi percuotere col calcio della loro rivoltella la testa del brigadiere D'ACQUISTO Salvo, della Stazione di Torre in Pietra, nel momente in cui quest'ultimo veniva fatto montare su una motocarrozzetta e condotto, come appresi più tardi, alla borgata Palidoro.

Dopo un paio d'ore venni arrestato a mia volta con altre persone e tutti condotti a mezzo di un autocarro nella suddetta borgata.

Quì rilevato il D'ACQUISTO, proseguimmo con lo stesso mezzo per la Torre ove ci fu ordinato dai tedeschi di scavare una buca.

Ad un tratto il D'ACQUISTO si avvicinò all'interprete e parlò con lui: dopo tale colloquio l'interprete si portò subito dal comandante del drappello tedesco.

Poco dopo fummo tutti liberati eccetto il nostro sottufficiale il quale conservò fino all'ultimo un contegno calmo e sereno, ed offerse la Sua giovine esistenza per salvare tutti noi, destinati ormai a morte certa.

Torre in Pietra- Roma,li 3 novembre I957.

Zuccon Ernesto

LEGIONE TERRITORIALE DEI CARABINIERI REALI DI ROMA
- Ufficio Servizio -

----------o----------

n.20/3-12- 1944 di prot. ris. Roma, 7 genn. 1945

OGGETTO: Morte del Vicebrigadiere a piedi D'Acquisto Salvo.
Proposta di medaglia d'Oro al V.M. (alla memoria).

Al Comando della 4a Brigata dei CC.RR.
R O M A

La sera del 22 settembre 1943, soldati tedeschi, pre=cedentemente installatisi nella caserma della R. Guardia di Fi=nanza, sita in località "Torre di Palidoro", nel rovistare in una cassa abbandonata in detta caserma, venivano investiti dal=lo scoppio di una bomba. In seguito all'esplosione, uno dei te=deschi rimase ucciso e altri due furono gravemente feriti.

Per questo fatto, ritenuto dai tedeschi preordinato in loro danno, essi decisero di procedere ad atti di rappresaglia. Pertanto il mattino del 23 successivo, due militari tedeschi in motocicletta si portarono a Torre in Pietra e chiesero del coman=dante la locale stazione dei cc.rr. maresciallo Monteforte Alfon=so.

Poichè questi era assente, si presentò in sua vece, il Vi=cebrigadiere a piedi D'Acquisto Salvo, effettivo a quella stazio=ne. I due tedeschi lo fecero montare sulla moto e partirono alla volta di Palidoro.

Qualche ora dopo giunse in Torre in Pietra un autocarro montato da un certo numero di militari tedeschi i quali, dopo aver inutilmente ricercati gli altri carabinieri di quella stazione, presero come ostaggi 22 civili che fecero montare sull'automezzo partento alla volta di Palidoro. Colà giunti dopo aver rilevato il vicebrigadiere D'Acquisto, proseguirono diretti a Torre di Pa=lidoro.

Durante le ore che il sottufficiale rimase in Palidoro fu fatto sostare sulla piazza del paesino, guardato a vista dai te=

deschi che lo malmenarono e le bastonarono, ma il D'Acquisto serbò sempre un contegno calmo e dignitoso, come è affermato da una testimone oculare.

A Torre di Palidoro gli ostaggi furono sottoposti ad un sommario interrogatorio che tendeva a stabilire chi fosse stato l'autore di quello che i tedeschi ritenevano un attentato.

Tutti gli interrogati protestarono la loro innocenza, affermando di non sapere nulla circa lo scoppio della bomba.

I tedeschi ordinarono quindi ai malcapitati di scavare una fossa nella quale, ad avvenuta fucilazione, dovevano essere inumati i loro cadaveri. Il terrore fu generale. Solo il D'Acquisto rimase calmo e si prodigò nel confortare gli altri con buone parole, cercando di infondere a tutti coraggio.

Già il lavoro di scavo volgeva al termine quando fu visto il vicebrigadiere D'Acquisto parlare con un interprete. Questi, subito dopo il colloquio, si recò al comando germanico evidentemente per riferire il colloquio avuto col D'Acquisto e mentre qualche istante dopo, per ordine dello stasso comando, tutti i civili furono messi in libertà, l'eroico vicebrigadiere venne invece abbattuto con una scarica di fucileria.

Come venne in seguito affermato, il sottufficiale, in quel tragico momento, conscio della fine che attendeva tutti gli ostaggi, pur essendo del tutto innocente, si era accusato colpevole per salvare la vita ai civili, compagno di sventura.

Il comportamento del D'Acquisto, davanti ai suoi carnefici fu tanto fermo e nobile da destare l'ammirazione dei suoi stessi carnefici.

Alcuni di costoro, difatti, presenti alla fucilazione del sottufficiale, parlando la stessa sera con una giovane del luogo (Baglioni Wanda) le dissero testualmente: "Il vostro brigadiere è morto da eroe. Impassibile anche di fronte alla morte. Si è assunta intera la responsabilità del fatto per salvare la vita ai civili, i quali non facevano altro che piangere ed imprecare."

Perchè tanto eroismo sia ricordato e premiato, propongo che alla memoria del vicebrigadiere D'Acquisto Salvo venga concessa la medaglia d'Oro al V.M. con la seguente motivazione:

./..

"Catturato dai tedeschi e, per barbara rappresaglia di un presunto attentato, destinato alla fucilazione insieme a ventidue astaggi civili, dopo aver con essi, secondo il feroce costume nazista, scavata la fossa in cui tutti dovevano essere seppelliti, si accusò, pur essendo innocente, quale autore dell'attentato, ottenendo la liberazione dei ventidue civili.

Poco dopo affrontava impavido la morte per mitraglia nemica, imponendosi, per la sua fierezza, al rispetto dei suoi stessi carnefici".

Torre di Palidoro, li 23 settembre 1943.

Allego le dichiarazioni originali dei testi sottonotati:

1.- Baglioni Wanda

2.- Piton Attilio

3.- Trevisan Umberto

4.- Parroco di Palidoro Don Brancaccio Luigi

5.- Giannasco Antonio

6.- Amadio Angelo

7.- Vuerich Michele

8.- Rossini Gedeone

9.- Zucon Ernesto.-

Il Ten.Colonnello Comandante
-Carlo Perinetti-

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto AMADIO Angelo di Domenico e di Chiozzi Angela nato a Vaiano il 26 agosto 1926 e residente a Palidoro, a richiesta del comandante la stazione carabinieri di Torre in Pietra dichiaro:

Il mattino del 23 settembre 1943 fui catturato dai tedeschi unitamente al vicebrigadiere D'Acquisto Salvo della stazione di Torre in Pietra e di altri 21 civili. -Fummo a mezzo di un auto= carro tedesco condotti alla "Torre" di Palidoro ove quei tedeschi ci fecero scavare una buca profonda un metro e lunga cinquanta giacchè erano decisi a fucileria tutti malgrado le nostre proteste di innocenza per la morte di un loro commilitone, e causa lo scop= pio di una bomba, nella caserma della R.Guardia di Finanza da loro occupata sita nella Torre stessa. -All'ultimo momento però contro ogni nostra aspettativa fummo tutti rilasciati eccetto il vicebri= gadiere D'Acquisto.-

Conoscevo già quest'ultimo e per tutto il tempo rimasto presso i tedeschi fui sempre vicino al predetto sottufficiale il quale mentre tutti piangevano e si raccomandavano egli solo rimaneva calmo pronunciando parole di conforto e di speranza a quelli che a lui si rivolgevano per aver notizie in merito alla nostra sorte.

-Ci eravamo già rassegnati al nostro destino quando si vide che il prefato sottufficiale parlamentare con un ufficiale tedesco a mezzo dell'interprete. -Cosa disse il D'Acquisto all'ufficiale in parola non ci è dato conoscere ma poco dopo fummo tutti rila= sciati anzi io fui l'ultimo ad allontanarmi dalla detta località.-

Quella sera stessa io ed altri apprendemmo dai tedeschi che il brigadiere era morto da eroe assumendosi lui la responsabilità del fatto non commesso per salvare i civili innocenti.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo

Torre in Pietra, li 11 agosto 1944

firmato: Amadio Angelo

D I C H I A R A Z I O N E

La sottoscritta BAGLIONI Wanda di Guido e di Palazzetti Veglia, nata a Sarnano il 5 maggio 1921 e residente alla Contrada Palidoro a richiesta del comandante la stazione carabinieri reali di Torre in Pietra dichiara:

La sera del 22 settembre 1943, causa lo scoppio di una bomba, nella caserma della R.Guardia di Finanza, occupata dai tedeschi, sita in località "Torre di Palidoro" rimaneva ucciso un soldato tedesco mentre altri due rimanevano feriti gravemente. -E perciò il mattino successivo, ossia il 23 detto, furono catturati 22 civili di Tàrre in Pietra nonchè il vicebrigadiere D'Acquisto Salvo di detta stazione che condotti alla "Torre" a mezzo di un autocarro tedesco dovevamo essere tutti fucilati. -All'ultimo momento però i civili furono tutti rilasciati mentre il solo vicebrigadiere D'Acquisto venne verso le ore 17,15 trucidato.-

Non fui tra quelli catturati dai tedeschi, ma conoscevo alcuni di questi ultimi che assistettero alla fucilazione del suttufficiale in parola con i quali parlando quella sera stessa della morte del povero vicebrigadiere quelli ebbero a dirmi testualmente:

""IL VOSTRO BRIGADIERE E' MORTO DA EROE. IMPASSIBILE ANCHE DI FRONTE ALLA MORTE. SI E' ASSUNTA INTERA RESPONSABILITA' DEL FATTO PER SALVARE LA VITA AI CIVILI I QUALI NON FACEVANO ALTRO CHE PIANGERE ED IMPREGARE""

Soggiungo che il prefato sottufficiale prima di raggiungere la"Torre" ove fu poi fucilato fu fatto sostare, guardato a vista dai tedeschi, nella piazza di Palidoro e quandunque malmenato ed a volte anche bastonato dai suoi guardiani, il D'Acquisto serbò un contegno calmo e dignitoso. -Ciò potetti constatare perchè io abito nella stessa piazza.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo

Torre in Pietra, li 11 agosto 1944

firmato Baglioni Wanda

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto Parroco di Palidoro Don BRANCACCIO Luigi, dichiaro che avendo avvicinato le persone che si trovavano insieme al brigadiere dei CC.RR. D'Acquisto Salvo, comandante della stazione di Torre in Pietra nel momento della cattura, che condotti assieme a lui nella località "Torre di Palidoro" per essere fucilati dai tedeschi della Comp.P.G., in numero di circa venticinque, mi riferirono che nel momento della esecuzione il brigadiere, sebbene anche lui innocente eroicamente addossando sopra di sè solo tutte le responsabilità scusava gli latri, per cui venivano rilasciati, mentre lui coraggiosamente affrontava la morte per tutti.-

Dichiaro altresì, che dopo diciannove giorni, essendo partita da Palidoro la compagnia P.G. tedesca, per interessamento di alcune signorine e signore di Palidoro, fu fatta costruire una cassa decente, ci portammo al luogo ove era stato sotterrato, lo scavammo e messo nella cassa avvolto in un lenzuolo lo portammo al camposanto di Palidoro, dove letto le preghiere dei defunti gli fu dato onorevole sepoltura. - E tutt'ora la cara salma riposa in pace nel detto cimetero di Palidoro.-

Tanto per la verità.=

Palidoro, li 20 settembre 1944

firma:Don Luigi Brancaccio

Arciprete, Parroco e Vicario Foraneo

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto GIANNASCO Antonio fu Michele da Torre in Pietra, spontaneamente dichiara:

Il mattino del 23 settembre 1943 feci parte del gruppo di persone arrestate dai tedeschi in Torre in Pietra e condotti in località "Torre" ove, come ci riferì l'interprete, dovevamo essere tutti fucilati. -Nella borgata Palidoro i tedeschi rilevarono anche il brigadiere dei carabinieri D'Acquisto Salvo, poco prima ivi condotto dagli stessi tedeschi e tutti insieme proseguimmo per la suddetta località a mezzo di un autocarro.-

Ivi giunti questi ultimi ci fecero scavare una buca che evidentemente doveva servire per raccogliere le nostre salme. -Già il plotone di esecuzione era pronto quando fummo improvvisamente liberati eccetto il predetto sottufficiale.-

Debbo dire che questi dimostrò in tale circostanza un coraggio non comune; serbò un contegno assolutamente calmo infondendo coraggio a coloro che già si disperavano per la triste sorte che l'attendeva.-

Più tardi sentii dire che il D'Acquisto, all'ultimo momento si era assunto la responsabilità della morte di qualche tedesco avvenuta alla stessa Torre in seguito allo scoppio di una bomba, allo scopo di salvare i civili, come infatti si verificò, condannati a morte sicura.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo

Torre in Pietra, li 27 settembre 1944

firmato: Giannasco Antonio

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto PITON Attilio fu Angelo abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara:

Il mattino del 23 settembre 1943 il brigadiere dei CC.RR. D'Acquisto Salvo, dalla stazione di Torre in Pietra, fu arrestato da due tedeschi che caricatolo su di una motocarrozzetta, fu condotto come seppi dopo a Palidoro. -Mentre che il sottufficiale montava su detta moto, vidi che i due tedeschi percossero esso sottufficiale alla testa col calcio della rivoltella.-

Più tardi fui catturato a mia volta e con altri condotto a Palidoro con un autocarro dove fo rilevato dai tedeschi il D'Acquisto e tutti insieme proseguimmo per la "Torre".

Quest'ultimo non sembrava affatto preoccupato, ed anzi infondeva coraggio a coloro che gli stavano più vicono. -Giunti in luogo ci fecero scavare una buca, ma quando questa fu ultimata, improvvisamente fummo tutti liberati eccetto il sottufficiale in parola il quale, pare, che non fosse stato estraneo alla nostra salvezza.-

In fede quanto sopra mi sottoscrivo.-

Torre in Pietra, li 25 settembre 1944

firmato Piton Attilio

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto ROSSIN Gedeone di Giuseppe, abitante il in Torre in Pietra, spontaneamente dichiaro:

Il 23 settembre 1943 feci parte delle persone arrestate dai tedeschi in Torre in Pietra e condotti alla Torre di Palidoro ove, come ci spiegò l'interprete, dovevamo essere tutti fucilati.-

Infatti giunti in luogo ci fecero preparare la buca e quando tutto era pronto vidi il brigadiere dei CC.RR. D'Acquisto Salvo, della stazione di Torre in Pietra anche lui catturato dai tedeschi, discutere con l'interprete che si recò subito dal comandante. - Cosa successe e cosa gli disse non sono in grado di dire -. -Certo è che poco dopo fummo tutti liberi eccetto il sottufficiale.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo.-
Torre in Pietra, li 28 settembre 1944

firmato Rossin Gedeone

Il Tenente Comandante
firmato Gildo Di Lullo

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto TREVISION Umberto di Luigi, abitante in Torre in Pietra al Centro Aurelia, spontaneamente dichiaro:

Perchè e come fummo condotti il 23 settembre 1943 alla Torre di Palidoro, per essere fucilati, è noto a codesto comando.-

Debbo solo aggiungere che con noi fu anche catturato il vicebrigadiere dei CC.RR. della stazione di Torre in Pietra D'Acquisto Salvo. Costui fino all'ultimo momento con la sua parola tranquillizzò noi tutti assicurando che non vi era nulla di grave. - Fu sempre sereno; ad un certo punto fu visto confabulare con l'interprete che subito si portò dall'ufficiale comandante dei tedeschi. -Cosa disse a detto interprete non è a mia conoscenza, ma certo è che poco dopo fummo tutti liberati -eccetto il predetto sottufficiale- che si addimostrò coraggioso in modo assoluto e forse con il suo estremo sacrificio salvò tutti noi da morte sicura.-

Torre in Pietra, li 27 settembre 1944

firmato: Trevision Umberto

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto VUERICH Michele di Giovanni, abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara:

Il mattino del 23 settembre 1943 giunsero in quella borgata diversi tedeschi armati di mitragliatrici e bombe a mano. Gli stessi procedettero subito al fermo di 18 persone, tra i quali il sottoscritto e caricati tutti su di un autocarro ci condussero a Palidoro. -Qui si unì a noi anche il vicebrigadiere D'Acquisto Salvo della stazione CC.RR. di Torre in Pietra, a sua volta rivelato poco prima dai tedeschi dalla caserma, proseguendo poscia con lo stesso mezzo fino alla "Torre". -Il prefato sottufficiale durante tutto il percorso non solo si mostrò calmo e sereno, ma infondeva anche coraggio a coloro che piangevano ed impregavano per la triste sorte che l'attendeva giacchè dovevano essere tutti fucilati. -Infatti giunti in luogo ci fecero scavare una fossa lunga diversi metri si preparava il plotone di esecuzione. -Ad un tratto vidi il brigadiere dei CC.RR. discutere con l'interprete che subito si portò dal comandante dei tedeschi.

Cosa disse non lo so ma poco dopo fummo liberati eccetto il sottufficiale in parola.-

In fede di quanto sopra mi sottoscrivo.-

firma: Vuerieh Michele

D I C H I A R A Z I O N E

Il sottoscritto ZUCON Ernesto di Giordano, abitante in Torre in Pietra, spontaneamente dichiara:

Il mattino del 23 settembre 1943, vidi due tedeschi percuotere col calcio della loro rivoltella la testa del brigadiere D'Acquisto Salvo, della stazione di Terre in Pietra, nel momento in cui quest'ultimo veniva fatto montare su una motocarrozzetta e condotto, come appresi più tardi, alla borgata Palidoro.-

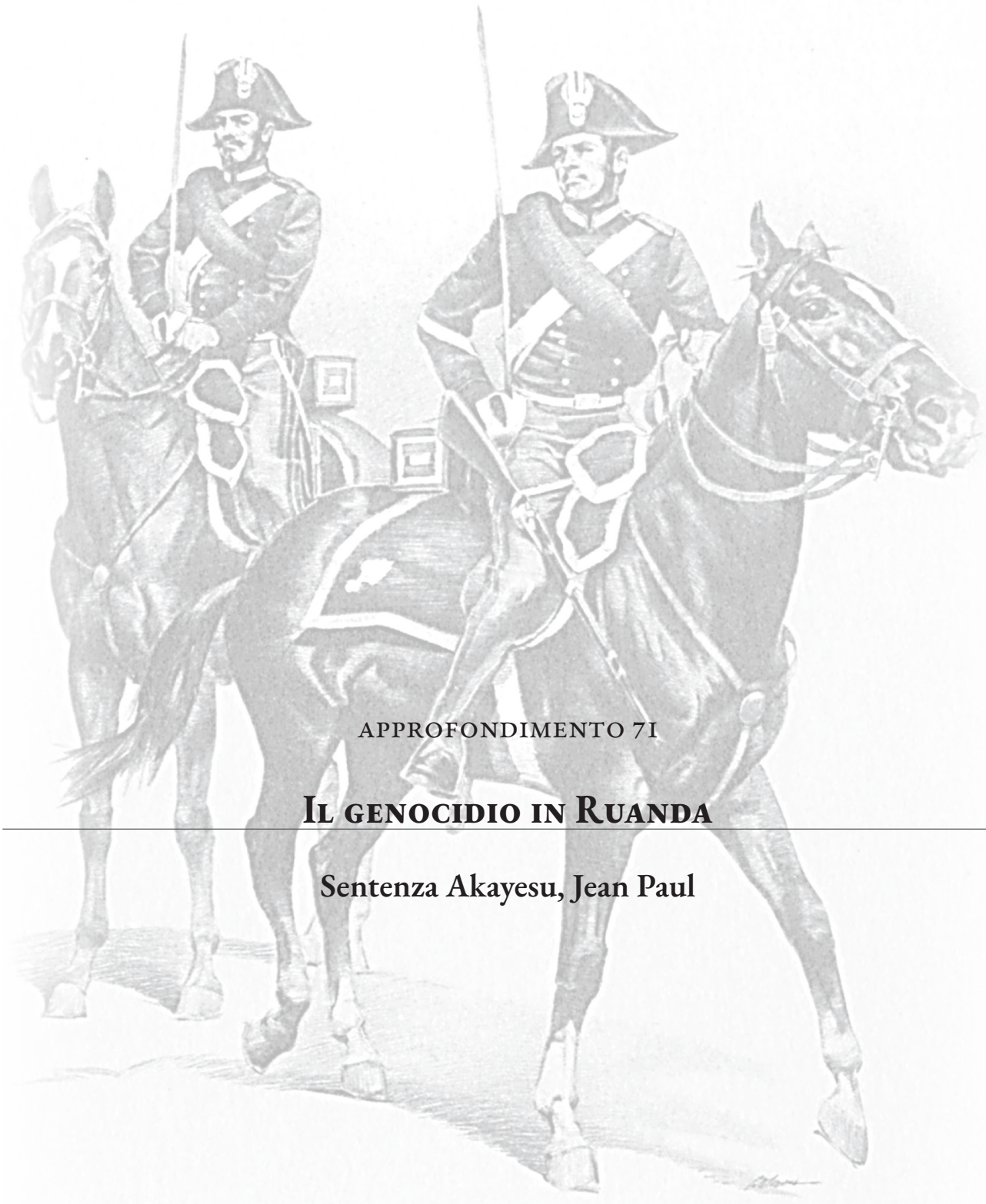
Dopo un paio d'ore venni arrestato a mia volta con altre persone e tutti condotti a mezzo di un autocarro nella suddetta borgata. -Qui rilevato il D'Acquisto, proseguimmo con lo stesso mezzo per la "Torre" ove ci fu ordinato dai tedeschi di scavare una buca. -Ad un tratto fu visto quest'ultimo discutere con l'interprete che si portò subito dal comandante.-

Poco dopo fummo tutti liberati eccetto il sottufficiale.-

Questo, che serbò fino all'ultimo un contegno calmo e sereno, offerse, forse; la sua giovenezza per salvare tutti noi, destinati, indubbiamente, a morire.-

Torre in Pietra, li 24 settembre 1944

firmato: Zucon Ernesto



APPROFONDIMENTO 71

Il genocidio in Ruanda

Sentenza Akayesu, Jean Paul

Fonte: https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-96-04#appealsChamberJudgement

Condanna all'ergastolo confermata in appello il 1° giugno 2001

Dopo aver a lungo tentato di costruire l'unità nazionale attraverso la discriminazione dei Tutsi, il regime a oartito unico (Mouvement Révolutionaire National pour le Dèveloppement, MRND), guidato da Juvenal Habyarimana e appoggiato dalla maggioranza Hutu, entrò in crisi nel settembre 1990, quando il Rwandese Patriotic Front avviò un'offensiva dalle sue basi in Uganda. Il RPF era formato da esuli Tutsi che, in gran parte, avevano militato nel Resistance Army del presidente ugandese Yoweri Museveni. Incalzato dal RPF, Habyarimana annunciò nel luglio 1991 la transizione al multipartitismo e aprì a un luogo negoziato che, il 4 agosto 1993, portò alla firma degli Accordi di pace di Arusha.
La sera del 6 aprile 1994, l'aereo che trasportava Juvenal Habyarimana, presidente del Ruanda, e Cyprien Ntaryamira, presidente del Burundi, fu abbattuto da un missile sopra Kigali. A tutt'oggi non è stata fatta luce sull'episodio che ha scatenato le accuse vicendevoli tra il RPF e i sostenitori di Habyarimana.
Indipendente delle reali cause che provocarono dell'abbattimento dell'aereo presidenziale venne preso a pretesto dagli estremisti Hutu per dare via al massacro degli oppositori.
Durante i 100 sanguinosi giorni che seguirono, violenze inimmaginabili si impadronirono del paese. Genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra sono stati perpetrati su scala orribile, principalmente contro i civili tutsi e gli hutu moderati. Soldati, gendarmi, politici, Interahamwe e semplici cittadini sono stati tra i colpevoli.
Tra gli ottocentomila e il milione di uomini, donne e bambini furono massacrati dagli estremisti hutu, un tasso di uccisioni quattro volte superiore a quello dell'Olocausto nazista.
Oltre due milioni di ruadensisi cercarono riparo in Tanzania, Burundi e Congo (allora Zaire), La forza di pace delle Nazioni Unite, dispiegata a seguito degli Accordi di Arusha, venne attaccata e, dopo l'uccisione di alcuni militari di nazionalità belga, lasciò il Paese, incapace di fermare il conflitto
Sotto l'offensiva del RPF le forze armate ruandesi vennero rapidamente sconfitte e, nel 1994, RPF pose fine alla guerra civile, costituendo un governo di transizione che portò alla presidenza della Repubblica e a capo dell'esecutivo due Hutu moderati, rispettivamente Pasteur Bizimungu e Faustin Twagiramungu. Le leve del potere rimasero saldamente nelle mani del RPF e, in particolare, dell'allora ministro della Difesa Paul Kagame.
La scalata al potere dei Tutsi fu coronata nel 2000, quando Kagame si impossessò della presidenza per poi essere confermato alla guida del Paese con risultati plebiscitari alle elezioni del 2003 (95% dei voti) e del 2010 (93%dei voti). La comunità internazionale tornò in Ruanda con uno sforzo umanitario imponente nell'ambito della United Nations Assistance Mission in Rwanda (UNAMIR) che terminò solo nel 1996.
Il processo di riconciliazione e ricomposizione sociale passò anche per la costituzione ad Arusha, nel 1994, del tribunale internazionale che, su mandato delle nazioni Unite, ha perseguitato gli ideatori e pianificatori del genocidio.
Migliaia di esecutori materiali sono stati individuati e processati a partire dal 2001.

ICTR-96-4-A
23RD NOVEMBER 2001
(6052/Abis-5883/Abis)

6052/Abis

International Criminal Tribunal for Rwanda
Tribunal pénal international pour le Rwanda

UNITED NATIONS
NATIONS UNIES

Arusha International Conference Centre
P.O.Box 6016, Arusha, Tanzania - B.P. 6016, Arusha, Tanzanie
Tel: 255 27 2504207-11 2504367-72 or 1 212 963 2850 Fax: 255 27 2504000/2504373 or 1 212 963 2848/49

ENGLISH
Original : ENGLISH/ FRENCH

Before Judges: Claude Jorda, presiding
Lal Chand Vohrah
Mohamed Shahabuddeen
Rafael Nieto-Navia
Fausto Pocar

Registry: Adama Dieng

Judgment of: 1 June 2001

ICTR
JUDICIAL RECORDS/ARCHIVES
RECEIVED
2001 NOV 23 A 11:06
23/11/2001

THE PROSECUTOR

v.

JEAN-PAUL AKAYESU

JUDGMENT

Office of the Prosecutor:
Carla Del Ponte
Solomon Loh
Wen-qu Zhu
Sonja Boelaert-Suominen

Counsel for the Defence:
John Philpot
André Tremblay

Translation certified by LCSS, ICTR

HAG(A)01-001 (E)

6051/ABS

....Page

I. INTRODUCTION

A. Trial Proceedings..... 8
B. Proceedings on Appeal..... 8

II. GENERAL ISSUES RAISED ON APPEAL..... 10

A. Admissibility of the Prosecution's Appeal..... 10
1. Arguments of the Parties..... 10
2. Discussion..... 12
B. Preliminary issues relating to Akayesu's Appeal..... 16
1. Akayesu's strategy..... 16
2. Form of the Prosecution's Response..... 19

III. AKAYESU'S GROUNDS OF APPEAL..... 20

A. First Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to be defended by Counsel of his choice..... 20
1. Factual and procedural background..... 20
2. Arguments of the parties..... 22
(a) The right to counsel of one's own choosing..... 22
(b) The right to defence in person..... 24
3. Discussion..... 25
(a) The right to counsel of one's own choosing..... 25
(b) The right to conduct one's own defence..... 26
B. Second Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to a competent Counsel 27
1. Arguments of the parties..... 27
(a) Standards of review..... 27
(b) Evidence of incompetence of Counsel..... 28
2. Discussion..... 32
C. Third Ground of Appeal: Biased and Partisan Tribunal..... 34
(a) The Trial Chamber was neither impartial nor independent..... 35
(i) Akayesu's submissions..... 35
(ii) Discussion..... 35
(b) Selective Prosecution 36
(i) Akayesu's submissions..... 36
(ii) Discussion..... 37
(c) Functioning of the Tribunal and approach to the conflict in Rwanda..... 37
(i) Akayesu's arguments..... 37
(ii) Discussion..... 38
D. Fourth Ground of Appeal: Total Absence of the Rule of Law: *Erreurs fatales au jugement de culpabilité.* 39
1. Sub-Ground One: Improper amendment of the original indictment..... 39
(a) Arguments of the parties..... 39
(b) Discussion..... 41
(i) Absence of *inter partes* hearing prior to the Trial Chamber's Decision 41
(ii) The merits of the leave granted by the Trial Chamber to amend the original indictment and the possible prejudice suffered by Akayesu..... 41
2. Sub-Ground Two: Improper treatment of prior witness statements..... 44
(a) The Trial Chamber's policy of favouring evidence given at trial..... 45
(i) Arguments of the parties..... 45

		Page
	(ii) Discussion	46
	(b) Disclosure of evidence and extrinsic evidence	52
	(i) Akayesu's arguments	52
	(ii) Discussion	53
	(c) Conclusion	57
3.	Sub-Ground Three: Non-application of the reasonable doubt standard and substantive factual errors	57
	(a) Scope of review on appeal	58
	(b) Issues raised by Akayesu	60
	(i) Paragraphs 12A and 12B of the Indictment: Charges of sexual violence	60
	a. Paragraph 460 of the Judgment	60
	(i) Arguments of the parties	61
	(ii) Discussion	61
	b. Testimony of the Accused	62
	(i) Arguments of the parties	62
	(ii) Discussion	62
	c. Impartiality of the Trial Chamber Judges	63
	(i) Arguments of the parties regarding Judge Pillay's comments	63
	(ii) Discussion on Judge Pillay's comments	64
	(iii) Arguments of the parties concerning Judge Kama's Comments	64
	(iv) Discussion of Judge Kama's comments	65
	d. The words used for rape in Kinyarwanda	67
	(i) Arguments of the parties	67
	(ii) Discussion	67
	(ii) Paragraph 14 of the Indictment: the Meeting at Gishyeshye and the call for the killing of Tutsis in Taba	68
	a. Paragraph 349 of the Judgment	68
	(i) Arguments of the parties	69
	(ii) Discussion	69
	b. Paragraphs 361 and 362 of the Judgment	70
	(iii) Arguments of the parties	71
	(iv) Discussion	72
	(iii) Paragraph 18 of the Indictment: the killing of Ephrem Karangwa's brothers and the destruction of his house	73
	(a) Arguments of the parties	73
	(b) Discussion	75
4.	Sub-Ground Four: Out-of court Evidence	76
	(a) Arguments of the parties	77
	(b) Discussion	79
5.	Other issues	84
E.	**Fifth Ground of Appeal: Total absence of the Rule of Law**	**84**
F.	**Sixth Ground of Appeal: Improper hearsay evidence**	**84**
1.	Arguments of the parties	85
2.	Discussion	87
G.	**Seventh Ground of Appeal : Irregularities in the Examination and Cross-Examination**	**94**
1.	Limits on Cross-Examination	94
	(a) Arguments of the Parties	94

60.49/A

		Page
	(b) Discussion	95
2.	Prohibition from asking Leading Questions	97
	(a) Arguments of the parties	97
	(b) Discussion	98
H.	**Eighth Ground of Appeal: Unlawful disclosure of Defence Witness Statements**	**99**
I.	**Ninth Ground of Appeal: The letter written by Witness DAAX to the judges**	**99**
1.	Issues raised	100
	(a) The Letter dated 3 March 1998 sent to the judges of Trial Chamber I	101
	(b) Testimony of Witness DAAX	105
2.	Conclusion	105
J.	**Tenth Ground of Appeal: Unlawful Detention**	**106**
1.	Background	106
2.	Discussion	107
	(a) Violation of the right to be promptly charged	110
	(b) Violation of the right to be informed of the nature of the charges against him	112
3.	Conclusion	114
K.	**Eleventh Ground of Appeal: Appeal Against Sentencing Judgment**	**114**
1.	Akayesu's preliminary prayer	115
	(a) Arguments of the parties	116
	(b) Discussion	117
2.	First sub-ground of appeal against sentence	118
	(a) Arguments of the parties	118
	(b) Discussion	119
3.	Second sub-ground of appeal against sentence	120
4.	Third sub-ground of appeal against sentence	121
	(a) Arguments of the parties	121
	(b) Discussion	122
L.	**Finding on Akayesu's Appeal**	**127**
IV.	**PROSECUTION'S GROUNDS OF APPEAL**	**127**
A.	**First and Second Grounds of Appeal: Article 4 of the Statute (violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II)**	**127**
1.	Arguments of the parties	128
2.	Discussion	129
B.	**Third Ground of Appeal: Article 3 of the Statute (crimes against humanity)**	**134**
1.	Arguments of the parties	134
2.	Introduction to the issue raised	136
3.	Discussion	137
C.	**Fourth Ground of Appeal: Article 6 (1) of the Statute**	**140**
1.	Arguments of the parties	140
2.	Discussion	141
V.	**DISPOSITION**	**144**
DECLARATION OF JUDGE SHAHABUDDEEN		**1**
DISSENTING OPINION OF JUDGE NIETO-NAVIA		**1**
ANNEX A: PROCEEDINGS ON APPEAL		**145**

		Page
A.	**Assignment of Counsel to Akayesu**	**145**
B.	**Background to the filings on appeal**	**146**
	1. Notices of appeal	146
	2. Filings	147
C.	**Hearings on Appeal**	**148**
D.	**Delivery of the Appeal Judgement**	**148**
E.	**Motions filed by Akayesu**	**148**
F.	**Motions filed by the Prosecution**	**151**
ANNEX B: AKAYESU'S GROUNDS OF APPEAL		**153**
A.	**First Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to be defended by Counsel of his choice**	**153**
B.	**Second ground of appeal: Akayesu was denied the right to a competent Counsel**	**154**
C.	**Third Ground of appeal: Biased and Partisan Tribunal**	**156**
D.	**Fourth ground of Appeal: Total absence of the Rule of Law**	**158**
	1. First sub-ground: illegal amendment of the initial indictment	158
	2. Second sub-ground: unlawful use of prior statements	159
	3. Third sub-ground: the non-application of the criteria of reasonable doubt, errors of fact	159
	4. Fourth sub-ground: out-of-court evidence	160
	5. Other issues	161
	(a) Judicial notice of United Nations investigation reports	161
	(b) Interpretation	161
	(c) Inaccurate transcripts	161
	(d) Disclosure of evidence	161
	(e) Expert witnesses	162
	(f) Witness protection	162
	(g) Pressure on witnesses and intervention by the Tribunal	162
	(h) Informal conversation between a judge and a witness during proceedings	162
E.	**Fifth ground of appeal: Total absence of the rule of law**	**163**
F.	**Sixth ground of appeal: Improper hearsay evidence**	**163**
G.	**Seventh Ground of Appeal: Irregularities in the examination and cross Examination**	**163**
H.	**Eighth Ground of Appeal: Unlawful disclosure of Defence Witness Statements**	**164**
I.	**Ninth Ground of Appeal: the letter of Witness DAAX to the Judges**	**....164**
J.	**Tenth Ground of Appeal: Unlawful detention**	**167**
K.	**Eleventh Ground of Appeal: Appeal Against Sentencing Judgment**	**167**
	1. First Ground of Appeal Against Sentence	167
	2. Second Ground of Appeal Against Sentence	167
	3. Third Ground of Appeal Against Sentence	167
ANNEX C: GLOSSARY		
A.	**Filings of the parties**	**168**
	1. Jean-Paul Akayesu's Appeal	168
	2. Prosecutor's Appeal	168
B.	**Other references**	169

6047/A Ks

The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January and 31 December 1994 ("the Appeals Chamber" and "the Tribunal" respectively) is seized of appeals lodged by Jean-Paul Akayesu ("Akayesu" or "the Appellant") and the Prosecutor against the Judgment and the Sentencing Judgment rendered by Trial Chamber I of the Tribunal ("the Trial Chamber") on 2 September 1998 and 2 October 1998 respectively in the case of *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T. ("The Judgment" and "the Sentencing Judgment" respectively).[1]

1. Having heard the parties and their submissions, the Appeals Chamber

HEREBY RENDERS ITS JUDGMENT.

[1] Judgment, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 September 1998 and Sentencing Judgment, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, 2 October 1998. A list of designations and abbreviations used in this Appeals Judgment is included in Annex C.

I. INTRODUCTION

A. Trial Proceedings

3. The original indictment charged Akayesu, as *bourgmestre* of Taba *commune*, Murehe *secteur*, with involvement in criminal acts committed between 7 April and the end of June 1994 in this *commune*.("the original indictment") Akayesu was charged under Article 6(1) of the Statute (individual criminal responsibility, with 12 counts of crimes within the jurisdiction of the Tribunal as follows: Genocide, punishable by Article 2(3)(a) of the Statute (count 1); Complicity in Genocide, punishable by Article 2(3)(e) of the Statute (count 2); Crimes against Humanity, punishable by Article 3(a), 3(b) and 3(f) (counts 3, 5, 7, 9, and 11); Direct and Public Incitement to Commit Genocide, punishable by Article 2(3)(c) of the Statute (count 4); violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949, as incorporated in Article 4(a) of the Statute (counts 6, 8, 10 and 12).[2]

4. On 17 June 1997, the original indictment was amended with three additional counts of sexual violence, violence and murder perpetrated at the *bureau communal* between 7 April and the end of June 1994 being included ("The indictment"). Akayesu was thus charged (individual criminal responsibility) under Article 6(1) and /or Article 6(3) of the Statute with: Crimes Against Humanity, (rape) punishable by Article 3(g) of the Statute (count 13), crimes against Humanity (other inhumane acts) punishable by Article 3(i) of the Statute, (count 14), and violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 and of Article 4(2)(e) of Additional Protocol II, as incorporated in Article 4(e) of the Statute (outrages upon personal dignity, in particular rape, humiliating and degrading treatment and indecent assault (count 15).[3]

5. Akayesu pleaded not guilty to all counts in the original indictment (on 30 May 1996) and the amended indictment (on 23 October 1997). The trial commenced on 9 January 1997 and concluded on 26 March 1998 when it was adjourned for deliberations.

6. By Judgment dated 2 September 1998 the Trial Chamber found Akayesu guilty of the following crimes under Article 6(1) of the Statute:

Count 1	Genocide
Count 4	Direct and public incitement to commit genocide
Counts 3, 5, 7, 9, 11, 13 and 14	Crimes against humanity.

7. It found him not guilty of:

Count 2	Complicity in genocide
Counts 6, 8, 10, 12 and 15	Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 1949 and, under count 15 of violations of Additional Protocol II.

[2] As referred to in the original indictment.
[3] See indictment.

60.45/A615

8. Akayesu was found individually criminally responsible under Article 6(1) alone. By Sentencing Judgment dated 2 October 1998, Akayesu was sentenced to several terms of imprisonment ranging from 10 years to life in respect of the counts he was convicted of. The Trial Chamber decided that each sentence should be served concurrently and therefore directed that Akayesu should serve a single sentence of life imprisonment.

B. Proceedings on Appeal[4]

9. Both Akayesu and the Prosecutor appealed from the Judgment. In addition, Akayesu lodged an appeal against the Sentencing Judgment.

10. The grounds of appeal raised by Akayesu can be summarized as follows:[5]

1. Akayesu was denied the right to be defended by Counsel of his own choice.
2. Akayesu was denied the right to competent Counsel.
3. The Tribunal was biased and lacked independence.
4. Absence of the Rule of law/Errors invalidating the finding of guilty.

    i. Unlawful amendment of the original indictment;
    ii. Improper treatment of prior statements;
    iii. Failure to apply the "beyond a reasonable doubt", standard of proof; substantive errors of fact;
    iv. Out-of-court evidence;
    v. Other issues;

        (a) Judicial notice of United Nations reports;
        (b) Interpretation;
        (c) Non conforming transcripts;
        (d) Disclosure of evidence;
        (e) Expert witnesses;
        (f) Witness Protection;
        (g) Unlawful treatment of defence witnesses and court interference;
        (h) Informal conversations between a judge and a witness before the Tribunal.

5. Total absence of the Rule of Law.
6. Improper treatment of hearsay evidence.
7. Irregularities during direct examination and cross-examination.
8. Unlawful disclosure of defence witness statements.
9. Letter of Witness DAAX to the judges.
10. Unlawful detention.[6]
11. Appeal against the sentencing judgment.

---

[4] The Appellant proceedings are detailed in Annex A.
[5] In general, the grounds of appeal are set out here as presented by Akayesu and grouped by the Appeals Chamber. Annex B provides a detailed presentation.
[6] This is a "proposed ground of appeal." *See,* in the relevant section below, Tenth Ground of Appeal.

(i) Denial of right to counsel during pre-sentencing hearing on 28 September 1998;
(ii) Denial of right to counsel during the 2 October 1998 hearing;
(iii) Unreasonable and unwarranted sentence.

11. The Prosecution's grounds of appeal, are as follows:[7]

1. The Trial Chamber erred in law in applying a "public agent of government representative test" in determining who can be held responsible for Serious Violations of Common Article 3 and Additional Protocol II thereto. (para. 630-631 and 640);

2. *Alternative Ground of Appeal:* Having applied the "public agent or government representative test," the Trial Chamber erred in fact in finding that Jean-Paul Akayesu did not fall within the category of persons who could be responsible under Article 4. (para. 641-643);

3. The Trial Chamber erred in law in finding that discriminatory intent is required for a crime mentioned in Article 3 to constitute a crime against humanity by holding that "The victim must have been murdered because he was discriminated against on national, ethnic racial, political or religious grounds" (para. 590);

4. The Trial Chamber erred in law in holding that instigation[8] in Article 6(1) must be direct and public.

II. GENERAL ISSUES RAISED ON APPEAL

A. Admissibility of the Prosecution's Appeal

1. Arguments of the Parties

12. Akayesu submits that the Prosecution's appeal must be found inadmissible since no error that the Prosecutor attributes to the Trial Chamber falls within the scope of Article 24 of the Statute.[9] Indeed, the Prosecutor alleges errors which will not affect the Judgment and seeks no remedy which would impact on the verdict of culpability. Akayesu recognizes that to be sure ICTY Appeals Chamber considered in the *Tadic* Appeal Judgment, issues which did not fall within the terms of Article 25 of ICTY Statute but were of general significance to the Tribunal's jurisprudence.[10] It is Akayesu's submission, that that matter must be distinguished from the instant case. In the *Tadic* case, the Appeals Chamber had considered general issues raised together with other grounds of appeal which fell squarely within the confines of Article 25 of ICTY Statute and

[7] Such grounds are set out here as they appear in the Prosecutor's Notice of appeal.
[8] The original Notice of appeal was filed in English. It refers to "instigation". Therefore, the Chamber uses here the original term and not its French rendition in the Statute (incitation).
[9] Following the filing of the Prosecutor's Brief, Akayesu filed, in response, a document titled "Motion for inadmissibility of the Appellant's Brief and Respondent's Brief", in which he prayed the Appeals Chamber to dismiss the Prosecution's appeal. See annex A. Cf. Akayesu's Response, paras. 1 to 14; T(A), 2 November 2000, p.4.
[10] The text of this article is identical to that of Article 24 of ICTR Statute.

6043/A

within the context of an appeal which "stood on its own".[11] In the instant case, a decision by the Appeals Chamber to entertain the Prosecution's appeal would be a complete departure from the provisions of the Statute, amounting to creating a new appellate jurisdiction devoid of a legal basis,[12] vested with an "advisory … jurisdiction over academic and general issues".[13] Akayesu recalls that national jurisdictions which consider such questions do so with statutory authority.

13. Akayesu further submits that all of the Prosecutor's grounds of appeal deal with *obiter dicta* that are immaterial to the Judgment. Akayesu submits that, the Prosecution only seeks to widen the scope the Tribunal's jurisdiction,[14] since "there is no dispute or tangible conflict between the Prosecutor and the Respondent regarding the matters raised by the Prosecutor, and [therefore] the prerequisite for the exercise of appellate jurisdiction seems to be lacking".[15] Citing Canadian jurisprudence, Akayesu submits that the adversarial principle is a fundamental tenet of the Tribunal and that, as a result he should not be called upon to participate in an academic or theoretical debate. Akayesu argues that such questions may alone give rise to an appeal.[16]

14. The Prosecution acknowledges that in and of themselves the errors alleged in Grounds 1, 3 and 4 of its appeal will not invalidate the findings made in the Trial Judgment as to Akayesu's culpability so as to expressly fall within the ambit of Article 24 of the Statute.[17] Nevertheless it submits that errors were committed by the Trial Chamber which raise important matters of general significance to the Tribunal's jurisprudence.[18] The Prosecution submits that while Article 24 of the Statute governs the proceedings on appeal, the functioning of the Appeals Chamber is not restricted

---

[11] Akayesu's Response, para. 5.
[12] Akayesu's Response, para. 5.
[13] T(A). 2 November, 2000, p.6. What the Prosecution is asking here, is creation of a new legal appeal with no legal text. Cf. T(A), 2 November 2000, pp. 8 and 9: "…".
[14] Akayesu's Response, para. 9.
[15] Akayesu's Response, para. 9.
[16] Generally speaking, Akayesu submits that each of the Grounds concerns alleged errors, which would not affect the verdict of the Trial Chamber as the alleged findings were *obiter dicta*. As to Grounds 1 and 2, he submits that "The remark made by the Trial Chamber on the mandate test seems to be incidental and *obiter* (sic); even if the Chamber set them aside that will not have altered anything in its decision not to apply Article 4 for lack of a nexus between the alleged facts and the armed conflict. This ground of appeal therefore seems to be futile (sic). Regarding Prosecution Ground 3, Akayesu submits that the Prosecutor "suggests an interpretative Statement on how Article 3 is to be construed. The remedy sought has no bearing on the verdict or the finding on this point.. She challenges the Respondent, Akayesu, to an academic debate that does not concern him, but other accused. Consequently, the Respondent does not wish to engage the Prosecutor in a debate that has no direct relationship with his case and whose conclusion will have no bearing on him. The respondent is not bound to subscribe to the interpretation of Article 3 sought by the Prosecutor, nor does he have to fight against it. The statements impugned by the Prosecutor seem to be *obiter* and their revision by the Appeals Chamber will not in any way alter the legal finding [of the Trial Chamber]". Lastly, concerning Ground 4, Akayesu submits that like in Ground 3, " The remedy sought by the Prosecutor would have no effect on the Respondent and would allow the Prosecutor to broaden the scope of the Statute in such a way as to encompass scenarios outside its ambit. It is therefore with respect to future cases that the Prosecutor wants to correct the purported deficiencies of the Statute". Cf. Akayesu Response, para. 8. See also T(A) 2 November 2000, pp. 8 and 9: " We didn't want to involve ourselves in this kind of exercise and we thought that may be you could have chosen a case which was more interesting where the stakes or issues would be discussed in depth by the two parties interested in an interlocutory debate".
[17] Prosecution's Brief, para. 1.17; T(A) 1 November 2000, p. 236.
[18] Prosecution's Brief, para. 1.17, It submits that the Appeals Chamber has already considered such issues in the past and the Prosecution believes "that it is very important for the Appeals Chamber to pronounce on these questions for a variety of reasons … to give one example, the test of the link with the armed conflict which was laid down in the *Akayesu* decision, has also been taken over by other trial chambers …And as regards all the questions which form the grounds of appeal, we believe they are of general importance for the jurisprudence of this Tribunal and for the developments and clarification of international criminal law. All these questions are questions of law which are important to all trial chambers. *Cf.* T(A). 2 November 2000, pp. 22 to 26.

to a narrow area within purview of Article 24; on the contrary, the Appeals Chamber may consider issues which strictly do not fall within Article 24 of the Statute; in other words it may consider errors which in themselves would not invalidate the decision or occasion a miscarriage of justice.[19] In the Prosecution's submission the Appeals Chamber should follow the approach taken by ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* Appeals Judgment and resolve issues it characterizes as being "of general significance to the Tribunal's jurisprudence.[20]

15. As to who has standing to bring such an appeal, the Prosecution submits that reference to various national jurisdictions suggests that guidance on points of law may be sought by the Prosecution for the purpose of future practice before the courts.[21] However, the Prosecution also submits that if the Appeals Chamber should find that the Prosecution is not properly before it, (given the nature of the errors alleged and the fact that they fall outside the scope of Article 24 of the Statute), the Prosecution can properly raise these issues as a Respondent. Lastly, it submits that the Appeals Chamber still has the power to review such issues *proprio motu.*[22]

2. Discussion

16. Article 24 of the Statute outlines the circumstances under which a party may appeal from a Judgment by a Trial chamber.[23] A party raising a particular ground of appeal, must show an error under Article 24 which provides:

> 1. The Appeals Chamber shall hear appeals from persons convicted by the Trial Chamber or from the Prosecutor on the following grounds:
>
> (a) An error on a question of law invalidating the decision; or
>
> (b) An error of fact which has occasioned a miscarriage of justice.
>
> 2. The Appeals Chamber may affirm, reverse or revise the decisions taken by the Trial Chambers.

17. Article 24 of the Statute seeks to circumscribe the scope of review on appeal. On this point, the Appeals Chamber endorses the statement by ICTY Appeals Chamber that "the role of the Appeals Chamber *is limited*, pursuant to Article 25 of the Statute, to correcting errors of law invalidating a decision, and errors of fact which have occasioned a miscarriage of justice" (emphasis added).[24] Nevertheless the Appeals Chamber underscores that within the framework predefined by the Statute, the Appeals Chamber may consider issues *proprio motu,* as previously held by ICTY Appeals Chamber in the *Erdemovic* case.[25]

---

[19] Prosecution's Reply, paras. 2.5 and 2.6; T(A), 1 November 2000, pp. 236 – 238.
[20] Citing the *Tadic* Judgment. The Prosecution submits that "it would be very interesting if the Appeals Chamber can entertain these appeals and come out with judgments that will help shape the future of appeals, the future of trials, both to Trial Chambers and the parties before the Tribunal" *(sic)* T(A), 1 November 2000, pp. 239 and 240. See generally, Prosecution's Reply paras. 2.6 – 2.8.
[21] Prosecution's Reply, paras. 2.10 – 2.14 T(A), 1 November 2000, pp. 240 – 243.
[22] Prosecution's Reply, paras. 2.16 and 2.17.
[23] In the *Tadic Decision* (interlocutory motion), ICTY Appeals Chamber recalled that Article 25 of ICTY Statute (it should be recalled, is identical to Article 24 of ICTR Statute) "[…] opens up the possibility of appellate proceedings within the International Tribunal. […] stands in conformity with the International Covenant on Civil and Political Rights which insists upon a right of appeal" (para. 4).
[24] *Furundzija* Judgment, para 40.
[25] Indeed, ICTY Appeals Chamber stated: "The Appeals Chamber has raised preliminary issues *proprio motu* pursuant to its inherent powers as an appellate body once being seized of an appeal lodged by either party pursuant to Article 25

604 bis

18. Can the Appeals Chamber consider all the alleged errors of law? Article 24 (1) covers *prima facie* only errors of law invalidating the decision, that is, errors which, if proved, would have an effect on the verdict of guilty. Yet, ICTY Appeals Chamber has agreed to consider errors of law the review of which had no bearing on the verdict and which therefore did not *stricto sensu* fall within the scope of the provisions of the Statute relating to appellate proceedings. Indeed, in the *Tadic* case, the Prosecution had raised several grounds of appeal three of which raised issues of general significance to the jurisprudence and functioning of the Tribunal.[26]The Prosecutor had acknowledged that the Appeals Chamber's decision would have no bearing on the relevant charges. But the Appeals Chamber explained each ground of appeal in issue, respectively:

> 247. Neither party asserts that the Trial Chamber's finding that crimes against humanity cannot be committed for purely personal motives had a bearing on the verdict in terms of Article 25(1) of the Tribunal Statute. Nevertheless this is a matter of general significance for the Tribunal's jurisprudence. It is therefore appropriate for the Appeals Chamber to set forth its views on this matter.
>
> [...]
>
> 281. Thus, this ground of appeal does not, *prima facie*, appear to fall within the scope of Article 25(1). Nevertheless, and as with the previous ground of appeal, the Appeals Chamber finds that this issue is a matter of general significance for the Tribunal's jurisprudence. It is therefore appropriate for the Appeals Chamber to set forth its views on this matter.
>
> [...]
>
> 315. While neither party asserts that the Witness Statements Decision had a bearing on the verdicts on any of the counts or that an appeal lies under Article 25(1), they both agree that this is a matter of general importance which affects the conduct of trials before the Tribunal and therefore deserves the attention of the Appeals Chamber. [...]
>
> 316. The Appeals Chamber has no power under Article 25 of the Statute to pass, one way or another, on the decision of the Trial Chamber as if the decision was itself under appeal. But the point of law which is involved is one of importance and worthy of an expression of opinion by the Appeals Chamber.

19. The Appeals Chamber endorses the above line of reasoning and, like ICTY Appeals Chamber, rules that it has jurisdiction to determine issues which, though they have no bearing on the verdict reached by a Trial Chamber, are of general significance to the Tribunal's jurisprudence.

20. However, as submitted by Akayesu, the Appeals Chamber must be mindful of the difference between the *Tadic* case and the instant case referred to it. In the instant, the Prosecution's grounds of appeal raise solely issues of general importance, which are the reason for its appeal. In the *Tadic* Judgment, issues of general significance were raised together with a series of grounds of appeal which met the requirements of Article 24 of the Statute, that is, they were likely to have a bearing on the verdict of guilt. At issue in the case at bar is therefore whether the Appeals Chamber may entertain an appeal that raises only issues which fall outside the scope of Article 24 of the Statute or whether, on the contrary, such issues must necessarily be raised alongside grounds of appeal which meet the requirements of Article 24 of the Statute.

---

of the Statute. The Appeals Chamber finds nothing in the Statute or the Rules, nor in practices of international institutions or national judicial systems, which would confine its consideration of the appeal to the issues raised formally by the parties". Cf. *Erdemovic* Judgment, para. 16.

[26] The three grounds of appeal were as follows: Appeal Ground 3 contends that the Trial Chamber erred in considering that crimes against humanity cannot be committed for purely personal motives (*Tadic* Judgment, paras. 238 to 272); Ground 4 contends that the Appeals Chamber erred in considering that all crimes against humanity require a discriminatory intent (*Tadic* Judgment, paras. 237 to 305) and Ground 5 concerned dismissal of Prosecution motion for disclosure of Defence witness statements (*Tadic* Judgment, paras. 306 to 326).

21. To that end, it may be useful to recall the rationale behind the approach taken by ICTY Appeals Chamber. In this case, it was agreed that issues of general significance may be raised essentially in order to ensure the development of the Tribunal's jurisprudence. As ICTY Appeals Chamber explained, consideration of an issue of general significance is appropriate since its resolution is important to the development of the Tribunal's jurisprudence and since at issue here is an important point of law which merits review. Thus, the need to pass on issues of general importance is justified in light of the Appeals Chamber's role in unifying the applicable law. Indeed, the Appeals Chamber must provide guidance to the Trial Chambers in interpreting the law. Such a role of "the final arbiter of the law of the Tribunal",[27] must be defined according to the special nature of the Tribunal and, in particular, as an *ad hoc* and temporary body. As submitted by the Prosecution " The Tribunal is at an early stage of its development and the Appeals Chamber would therefore be justified in allowing the Parties to raise points of law, which affects the jurisprudence of the Tribunal in order to ensure an effective and equal administration of justice ".[28]

22. Indeed, the Appeals Chamber recalls that since the Tribunal is not a permanent court, its jurisdiction is time bound.[29] Furthermore, the crimes covered by the Statute of the Tribunal are, by nature, particularly serious and their definition given the courts contributes to the overall development of international humanitarian law and criminal law. Such a definition must be uniform. ICTY Appeals Chamber specified that "The need for coherence is particularly acute in the context in which the Tribunal operates, where the norms of international humanitarian law and international criminal law are developing and where, therefore, the need for those appearing before the Tribunal, the accused and the Prosecution, to be certain of the regime in which cases are tried is even more ponounced."[30] Consequently, the Appeals Chamber is of the opinion that in deciding to pass on an issue of general importance, it is playing its role of unifying the law.

23. That an appeal is based solely on issues of general importance does not fundamentally change the case. Akayesu submits that were it to entertain such an appeal the Appeals Chamber would be arrogating powers it does not have and which are not provided in the Statute. The Appeals Chamber recalls that consideration of issues of general significance does not seek to create a new remedy or a possible advisory power. Unlike the International Court of Justice[31] or certain municipal courts,[32] the Appeals Chamber of the Tribunal does not have advisory power. On the

---

[27] *Furundzija* Judgment on Appeal, para. 35.
[28] Prosecution's Brief in Reply, para. 2.14.
[29] Article 1 of the Statute of the Tribunal provides: "The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994, in accordance with the provisions of the present Statute".
[30] *Aleksovski* Judgment, para. 113.
[31] An avenue provided for under Article 65 of the Statute of the International Court of Justice. Any organ or agency authorized by the United Nations Charter may apply to the Court for advisory opinion on any legal issue.
[32] Common Law prohibits the Prosecutor from lodging an appeal where a person tried on indictment is acquitted of a crime. However, he may refer an issue to the High Court in order to clarify a point of law. In such a case, the opposing party is not compelled to refute the arguments submitted by the Prosecutor. Here, the purpose of such reference is not to alter the verdict on the matter before the Tribunal, but rather to explain the law in view of its application in future cases. The Court's response will affect only future decisions and not the decision on the ongoing case. Cf. Section 36 of the *Criminal Justice Act 1972* as amended by the *Prosecution of Offences Act 1985* (Great Britain): "Where a person tried on indictment has been acquitted (whether in respect of the whole or part of the indictment) the Attorney General may, if he desires the opinion of the Court of Appeal on a point of law which has arisen in the case, refer that point to the court, and the court shall, in accordance with this section, consider the point and give their opinion on it" [Section 36(1)]. Cf. Also *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995*: "123. –(1) Where a person tried on indictment is acquitted

6039/Absi

other hand, it may deem it necessary to pass on issues of general importance if it finds that their resolution is likely to contribute substantially to the development of the Tribunal's jurisprudence. The exercise of such a power is not contingent upon the raising of grounds of appeal which strictly fall within the ambit of Article 24 of the Statute. In other words, it is within its discretion. While the Appeals Chamber may find it necessary to address issues, it may also decline to do so. In such a case (if the Appeals Chamber does not pass on an issue raised), the opinion of the Trial Chamber remains the sole formal pronouncement by the Tribunal on the issue at bar. It will therefore carry some weight.

24. Therefore, the Appeals Chamber will not consider all issues of general significance. Indeed, the issues raised must be of interest to legal practice of the Tribunal and must have a nexus with the case at hand.

25. In the case at bar, issues raised by the Prosecution concern, in the main: firstly, the application by the Trial Chamber of the " 'public agent or Government representative test' to determine persons who may be held responsible for serious violations of Article 3 and Additional Protocol II thereto";[33] secondly, the requirement to prove a discriminatory intent for a crime stipulated under Article 3 of the Statute to be defined as a crime against humanity; thirdly, the requirement that instigation as provided under Article 6(1) of the Statute be direct and public.

26. The Prosecution explains why, in its submission, all issues raised are "of general significance to the Tribunal's jurisprudence and practice".[34] With respect to the second issue, in particular, it submit that "crimes against humanity under Article 3 of the Statute are alleged in all of the indictments currently issued by ICTR. There is a possibility (and the Prosecution would submit, danger) that the Trial Chamber's conclusions regarding the requirements of murder as a crime against humanity may be extended to the other enumerated crimes in Article 3 of the Statute. Clarification of the requirements of Article 3 is, therefore, timely and will provide guidance to Trial Chambers and the parties in future cases"[35] Regarding the third issue, the Prosecution submits that "As instigation under Article 6(1) is one of the pillars of individual criminal responsibility under the Statute, [it is submitted] that clarification of this issue by the Appeals Chamber would be of benefit to Trial Chambers and the parties in future cases".[36]

27. The Appeals Chamber is satisfied by the Prosecution's arguments and finds that the issues raised in the instant case, do meet the above-mentioned admissibility requirements. Indeed, all the issues raised relate to the legal definition of certain offences covered in the Statute and as such go to the jurisdiction *ratione materiae* of the Tribunal. Therefore they relate to the legal practice of the Tribunal. Moreover, all the issues have a nexus with the case before the Trial Chamber. Indeed, they all concern the constituent elements adopted by the Trial Chamber in its interpretation of Articles 3, 4 and 6 of the Statute.[37]

---

or convicted of a charge, the Lord Advocate may refer a point of law which has arisen in relation to that charge to the High Court for their opinion […]".

[33] This issue constitutes the First Ground of Appeal raised along with another ancillary ground of appeal based on the erroneous application of the test defined by the Trial Chamber: indeed, in the Prosecution's submission, having applied the public agent or Government representative test, the Trial Chamber erred in fact in finding that Akayesu did not fall within the category of persons who could be held responsible under Article 4.

[34] Prosecutor's Akayesu Brief, para. 1.17.

[35] Prosecutor's Akayesu Brief, para. 4.5.

[36] Prosecutor's Akayesu Brief, para. 5.3.

[37] Indeed, the Trial Chamber held with respect to the first issue raised, that: "The Chamber further finds that it has not been proved beyond reasonable doubt that Akayesu was a member of the armed forces, or that he was legitimately mandated and expected, as a public official or agent or person otherwise holding public authority or *de facto* representing the Government, to support or fulfill the war efforts" (para. 643 of the Trial Judgment); regarding the

28. For all the foregoing reasons, the Appeals Chamber shall address the four grounds of appeal raised by the Prosecutor.

B. Preliminary issues relating to Akayesu's Appeal

1. Akayesu's strategy

29. Akayesu's strategy in his appeal has been to somehow call into question the entirety of the trial proceedings. To this end, he has adopted the following approach:

30. Firstly, the Appeals Chamber observes that Akayesu has attempted to establish some hierarchy among his grounds of appeal making his first alleged denial by the Tribunal of Counsel of his own choosing and second (alleged denial of assistance by competent counsel) grounds of Appeal the linchpin of his entire case. Thus, he alleges that the Tribunal denied him the right to be assisted by Counsel of his own choosing and that, on the other hand, Counsel assigned to him by the Registry were incompetent. Regarding the alleged incompetence of his Counsel, Akayesu submits that, in general, the latter failed to afford him a proper defence and raises, in this respect, several of his other grounds of appeal. The Appeals Chamber observes, in particular, that whenever Akayesu has alleged on appeal that the Trial Chamber committed an error of law or of fact, he has attributed his failure to react before the Trial Chamber to the incompetence of his Counsel at the time.[38] Consequently, in the opinion of the Appeals Chamber following such an approach, the first two grounds of appeal thus govern all the others (which mainly concern proceedings before the Trial Chamber).

31. Secondly, Akayesu envisages three remedies for the alleged errors: he contends that some of the errors alleged in his grounds of appeal could in and of themselves justify an order "for termination of proceedings to cure the discernibly irreparable prejudice",[39] he requests the "setting aside of the verdict" for the other sentences;[40] and as regards the eighth ground of appeal and what

---

second issue, the Trial Chamber found that in ordering the killing of Simon Mutijima, Thaddée Uwanyiligira and Jean Chrysostome, in ordering the killing of eight refugees and in ordering the killing of five teachers, Akayesu had " the requisite intent to kill them as part of a widespread or systematic attack against the civilian population of Rwanda on ethnic grounds" (paras. 650, 658 and 668 of the Judgment); concerning the third issue, the Trial Chamber explained that it "is satisfied beyond a reasonable doubt that, by the above-mentioned speeches made in public and in a public place, Akayesu had the intent to directly create a particular state of mind in his audience necessary to lead to the destruction of the Tutsi group, as such. Accordingly, the Chamber finds that the said acts constitute the crime of direct and public incitement to commit genocide, as defined above. In addition, the Chamber finds that the direct and public incitement to commit genocide as engaged in by Akayesu, was indeed successful and did lead to the destruction of a great number of Tutsi in the *commune* of Taba" (paras. 674 and 675 of the Judgment).

[38] Allegations of incompetence raised under grounds of appeal 3 to 11 are covered as a whole in the section on the Second Ground of Appeal (incompetence of Counsel).

[39] Akayesu's Brief, Chapter 15, para.1. Akayesu included the first and second grounds of appeal (choice of counsel and incompetence of Counsel), the third ground of appeal (lack of independence and impartiality of the Tribunal), the fourth ground of appeal (fatal errors of the verdict of culpability), the fourth submission of the last ground of appeal (out-of-court evidence) and ninth ground of appeal (the letter from DAAX to the judges). See also Akayesu's Reply, para. 9.

[40] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 3. Akayesu also prays the Appeals Chamber to rule "that the specific findings in respect of the above chapters support the central or fundamental submission of the Appellant for a termination of proceedings". This includes the fourth ground of appeal in its first submissions (amendment to the initial indictment),

6037/A bis

the Appeals Chamber referred to as "Other issues", he submits that the alleged irregularities discussed therein constitute an additional justification for ordering "a stay of proceedings".[41]

32. Thirdly, Akayesu submits that the Appeals Chamber should consider, *in their entirety,* the errors which, he alleges in his grounds of appeal, were committed by the Trial Chamber. He submits that:

> The above violations would justify a retrial or an order for a stay of proceedings. Taken separately, some of the irregularities would not justify recourse to such an exceptional remedy to wit, a stay of proceedings. But, taken together, they involve or call into question the Rule of Law: each error of law or of fact and each violation of the rights of the Appellant is serious and affects his right to a just and fair trial.[42]

33. Akayesu submits that if such grounds of appeal taken together (and not separately), and once all the alleged errors have been proved, the Appeals Chamber must rule that they offer sufficient ground to "order a complete stay of proceedings and his immediate release".[43]

34. The Appeals Chamber is of the opinion that it is necessary to reaffirm here its role in appellate proceedings under Article 24 of the Statute.

35. As a rule, it falls to the Appellant to prove that the alleged error of law and of fact is such as would invalidate the decision or occasion a miscarriage of justice.[44] In other words, an error of law or of fact does not necessarily require the intervention of the Appeals Chamber.[45] The Appeals Chamber shall address this issue in due course in this judgment. As to the remedies that the Appeals Chamber may grant, Article 24(2) of the Statute limits them by providing for the power to "affirm, reverse or revise" the impugned decision.

36. The Appeals Chamber indicates that, in the instant case, it shall consider, as a matter of priority, those grounds of appeal in which Akayesu submitted that the alleged error had a bearing on the verdict of the Trial Chamber. This applies in particular to Akayesu's fourth and eighth grounds of appeal. During the hearing on appeal, the Appeals Chamber confirmed to Akayesu which issues would be grouped under the fourth ground of appeal.[46] Those are the following four issues which the Appeals Chamber shall address which are separate "grounds of appeal ":

(1) Improper amendment of the initial indictment;

(2) Improper treatment of prior statements;

---

second submission (prior statements) and third submission (reasonable doubt), sixth submission (hearsay evidence) and seventh ground of appeal (cross-examination).

[41] Appellant's Brief, Chapter 15, para. 4.

[42] Akayesu's Reply, para. 13. See also Akayesu's Reply, paras. 7 to 13 in general.

[43] Akayesu's Reply, para. 13.

[44] The principle requiring the Appellant to prove his allegations is, however, not absolute, since the Appeals Chamber may, if necessary, exercise its discretionary power in the matter. *See Furundzija*, paras. 35 to 37, *Kambanda* Appeals Judgment, para. 98.

[45] *Furundzija* Appeals Judgment, paras. 36 and 37.

[46] Statement by the Appeals Chamber. The Appeals Chamber is of the opinion that Akayesu has mixed up the grounds of appeal in the first notice of appeal with those contained in the second notice of appeal and, in certain cases, has gleaned from both in order to present an argument. Akayesu accepted the grouping of his grounds of appeal by the Appeals Chamber.

(3) Non-application of the reasonable doubt standard and resulting material errors of fact; and

(4) Out-of-court evidence.

37. The Appeals Chamber indicates that several other "grounds" raised by Akayesu mainly in Chapter 13 of his brief, which also includes the eighth ground, are also grouped under the fourth ground of appeal. However, the Appeals Chamber observes that Akayesu has, in fact, withdrawn or renounced several of these grounds of appeal;[47] some are incorporated in the arguments set out in other grounds of appeal,[48] whereas by the Decision of 22 August 2000, he was denied leave to add two other grounds of appeal.[49] Grounds abandoned or excluded shall therefore be disregarded.

38. As to the rest, there are eight "Other Issues"[50] that the Appeals Chamber has grouped under the fourth ground of appeal, and on which it ruled at the same time as the Eighth ground. It is not Akayesu's contention that, taken individually, the alleged errors caused him irreparable prejudice and that they are such as would invalidate the judgment rendered by the Trial Chamber or that they occasioned a miscarriage of justice. Thus he submits that he lacks sufficient evidence to support the allegation relating to interpretation, but, however, he maintains the said allegation all the more since a reading of the trial record shows serious interpretation problems throughout the trial;[51] that inaccurate transcripts of his trial "caused difficulties to the Appellant, although he cannot aver that such shortcomings are in and of themselves fatal or material;"[52] that although no evidence in the transcripts supports the allegation that a judge and a witness held, on at least one occasion, informal conversations and although such irregularity would not invalidate the judgment, he argues that "such a conduct is unacceptable".[53] Other allegations are simply made but are not supported by any

[47] These grounds of appeal are: Ground 19, first notice of appeal, concerning the illness of Witness DFX (Akayesu's Brief, Chap. 8, para. 7); Ground 30, First Notice of Appeal and Ground 4(z), Second Notice of Appeal, concerning the Trial Chamber's rejection of a motion for false testimony by Witness R. The Appeals Chamber observes that regarding this issue, Akayesu first stated that he had erred in the title he gave to this ground, which he had withdrawn. Nevertheless, he insists " that Witness R is completely without credibility". The Appeals Chamber has no reason to further consider such an unfounded assertion, since this ground of appeal has been withdrawn (Akayesu's Brief Chap. 13, para. 11; Ground 6, first Ground of Appeal concerning corroboration (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 13); Ground 4(w), Second Notice of Appeal concerning testimony behind curtains (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 14). The Appeals Chamber observes that Ground 28 of the first notice of appeal relates to the latter issue and must be included in the abandoned grounds.

[48] Grounds 33 of first Notice of Appeal and 4(cc) of the second Notice of Appeal concern the disclosure of evidence. Akayesu submits that this argument is discussed in the first Ground of Appeal and the Second submission of the fourth Ground of Appeal (Akayesu's Brief, Chap. 13 para. 4). The Appeals Chamber observes that Akayesu has not included the merit of Ground 4(cc) in the above-mentioned notices of appeal. Consequently, the Appeals Chamber classes it as one of the other issues. Grounds 26 of the first Notice of Appeal and 4(y) of the second Notice of Appeal concern the allegation that the Trial Chamber erred in deciding that General Dallaire was an expert witness. Akayesu submits that this argument is discussed in the second Ground of Appeal (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 5). Ground 31 of the first Notice of Appeal, concerning the Trial Chamber's dismissal of the motion by the accused for an inspection of the site for purposes of forensic analysis, considering in particular, Count 15 of the indictment, is discussed in the Third submission of the fourth Ground of Appeal (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 10).

[49] Grounds of appeal concerning the testimony of Dr. Mathias Ruzindana, expert-witness, and Trial Attorney Pierre Prosper (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 5), were excluded by the Appeals Chamber.

[50] The Appeals Chamber observes that Akayesu mentioned these issues just briefly in Chapter 13 of his Brief and advanced no substantial argument, neither in his Reply nor during his hearing on appeal. Only arguments effectively presented have been included in the text.

[51] Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 2 (sic). Regarding paragraph 1 (the Trial Chamber erred in taking certain United Nations reports into account), Akayesu submits that he "does not know which facts in these reports were relied on in his trial and cannot therefore aver that this error of law alone might have caused him irreparable prejudice".

[52] Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 3.

[53] Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 12.

6035/Abi

submissions, detailed arguments or references to a prejudice possibly suffered. In his Reply, Akayesu makes a reference to these issues by referring to "Other irregularities of lesser importance".[54]

39. The Prosecution argues generally that Akayesu has failed to identify any legal and/or factual errors and seeks to support his allegations without any arguments to which the Prosecutor can respond.[55] It submits that such allegations must, as a result, all fail.[56] The Prosecution has made no substantial submissions in response. During the hearing on appeal, Akayesu submitted the following in response:

> *[Le Procureur] a fait référence au chapitre 13. Le chapitre 13, nous ne l'avons pas développé, nous ne l'avons pas beaucoup développé. Il s'agit de questions qui sont claires et simples, certaines des erreurs dont il [n']y a [pas] de preuve. [Nous avons dit qu'elles ne sont pas prouvées]. Il s'agit d'autres questions, il y a également des erreurs, des vices, nous n'avons pas dit qu'elles affectaient le Jugement. Mais, Messieurs les Juges, en tant que juristes, je pense qu'il est important de comprendre, lorsque l'on doit prendre note, ce dont on doit tenir compte. Nous disons qu'à votre [...] en tant que juges, Messieurs les Juges, vous devez savoir exactement ce dont il faut tenir compte.* [57] *(sic)*

40. However, Akayesu had, in general, submitted that, taken as a whole, the errors alleged may constitute *an additional justification* for ordering "a stay of proceedings".[58] He has not expressly alleged that these grounds of appeal independently provide justification for a relief, such as is provided in Article 24 of the Statute..

41. Under these conditions, the Appeals Chamber shall deal with these issues (as defined above) and the appeal, in general, as follows. It will first consider what it has identified as Akayesu's main grounds of appeal, to determine whether the Trial Chamber has committed the errors alleged. There after it will decide whether to consider what Akayesu has referred to as "Other irregularities of lesser importance" that is, the other issues and ground eight. Only then will it consider, if necessary, the errors alleged as a while (provided they have been proved).

2. Form of the Prosecution's Response

[54] Akayesu's Brief in Reply.para. 13I.

[55] Prosecution's Response, para. 14. 3.

[56] T(A), 1 November 2000, pp.149 and 150. The Prosecution submits that " The Appellant has failed in the Prosecution's submission to sustain these grounds in his appeal brief with any argument, as the Prosecution has pointed out in Chapter 14 of the respondent brief. Today the Appellant did not make any argument to sustain all the allegations or any of the allegations in Chapter 13 of his appeal brief and the Prosecution, therefore, submits that all these grounds must fail".

[57] T(A), 1 November 2000. The English version of the transcripts (pp. 183 to 184) reflects the following: "*[The Prosecution] referred to chapter 13, and chapter 13, we didn't develop it in a great deal terribly. And there are issues which are clear and simple. Some of the errors there's no proof of – we said there is no proof of it. Others are questions which are errors inappropriate. We did not say it affected the Judgment but, your Lordships, as jurists, I think it is important to understand what one can take judicial notice of, because if you take judicial notice of United Nations reports, you don't need trials.*" The Appeals Chamber is of the opinion that the last sentence of this quotation should be rendered as follows: "[...] But as jurists, I believe it is important for us to know what can be judicially noticed, because if you take judicial notice of UN reports, then you do not need a trial". The last observation concerned the ground of appeal alleging that the Chamber had erred in law by deciding that it could take judicial notice of United Nations reports (Akayesu's Brief, Chap. 13, para. 1). See also T(A), 1 November 2000, p.117 (French): "*Le chapitre 14 ...13, nous allons donc vous renvoyer à notre mémoire, étant donné que nous n'avons pas beaucoup de temps*". But the English version (p. 85) states: "Chapter 13, which we will leave you with that, because we've stated clearly there are not enough".

[58] Akayesu's Brief, Chap. XV, para. 4: "[...] the Appellant requests this Chamber to find that other irregularities discussed therein constitute an additional justification for ordering a stay of proceedings".

42. The Appeals Chamber notes that in the Prosecution's Response, the Prosecution appears to have adopted a policy with regard to certain grounds of appeal by designating the issues which, it believes to have been raised by Akayesu under the particular ground of appeal and addressing only those issues. In addition, the Prosecution elected not to respond to any of the "[o]ther [i]ssues" under Ground 4 nor to the ninth Ground of appeal. It submitted in this regard that: "Should the Appeals Chamber wish to have the Prosecution's response to other questions raised by the Appellant [...] the Prosecution would respectfully seek leave to file a supplementary response on any such matter".[59]

43. The Appeals Chamber confirms that the Prosecution's right to file a response to an appellant's brief is *prima facie* laid down by Rule 112 of the Rules which provides that "a Respondent's brief shall contain all the arguments and authorities. It shall be served on the other party and filed with the Registrar within thirty days of the filing of the Appellant's brief." On the other hand, there is no provision in the Rules that a party may chose the issues to which it will respond, in the hope that if it erred in so doing, it would have the opportunity to file a supplementary response at a later date.[60] The Prosecution errs in so assuming. The Appeals Chamber will only consider the submissions contained within the Prosecution's Response and those made during the hearing on appeal.

III. AKAYESU'S GROUNDS OF APPEAL

A. First Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to be defended by Counsel of his choice [61]

44. Akayesu submits generally, that the Trial Chamber erred in depriving him of his right to Counsel of his own choosing, and of his right to defend himself in person. He contends that the resulting prejudice carries a termination of proceedings.[62]

1. Factual and procedural background

45. On 8 March 1996, Akayesu made a request to the Registrar for assignment of counsel to be paid by the Tribunal. On 25 April 1996, Akayesu requested that Mr. Scheers be assigned as his Counsel.[63] On 10 May 1996, the Registrar assigned Mr. Scheers.[64] Mr. Karnavas, with Mr. Scheer's

[59] Prosecution's Response, para. 9.6. See also para. 11.5 and 14.4.
[60] Subject of course to the decision on the motion for extension of time-limit, as long as the requesting party shows good cause, in the meaning of Rule 116 of the Rules.
[61] The grounds of appeal grouped under this general ground of appeal are detailed in annex B. The Appeals Chamber notes that Akayesu himself withdrew the following ground of appeal from his Consolidated Notice of Appeal: " One other time, on or about 27 January 1997, the Appellant asked to change counsel. An Attorney offered to defend him *pro bono*, but the court refused. Once more, the Court committed an error of law that goes to jurisdiction, by violating the Statute." The Appeals Chamber further adds, that on 17 April 2000, it requested the Registrar to furnish both parties with copies of certain documents relating to the trial before the Trial Chamber. See Decision of 17 April 2000. On the other hand, in its Decision of 22 August 2000, the Chamber dismissed Akayesu's "Motion for an Order to Produce the Transcript of the Hearing of 23 January 1997 and for the Transcript to be Admitted as New Evidence, and for Leave to Amend the Notice of Appeal with regard to the Exclusion of the Appellant from the Said Hearing." Akayesu wanted to add a new ground of appeal relating to the choice of Counsel based on the transcript of the aforementioned hearing. Therefore, the Appeals Chamber did not consider that ground of appeal.
[62] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 1.
[63] Jean-Paul Akayesu's request for assignment of Counsel, filed on 24 June 1996.

6033/A bis

agreement, represented Akayesu at the 31 October 1996 hearing.[65] At the beginning of the hearing, Mr. Karnavas made an oral request to represent Akayesu on an exceptional basis, and expressed the wish to be assigned as Lead Counsel by the Tribunal.[66] Akayesu did not object to said assignment.[67] Thus, on that same day, the Trial Chamber issued a decision directing the Registrar to withdraw Mr. Scheers' assignment as Counsel for Akayesu and to immediately assign Mr. Karnavas as his Lead Counsel.[68] On 1 November 1996, the Registrar formally assigned Mr. Karnavas and withdrew Mr. Scheers' assignment, on 4 November 1996.

46. On 11 November 1996, Akayesu filed an application with the Tribunal for the withdrawal of Mr. Karnavas' assignment, and on 12 November 1996, he requested the Registrar to assign Mr. Scheers as his Counsel. On 20 November 1996, the Tribunal heard *in camera* Akayesu's application to withdraw the assignment of Mr. Karnavas. At the end of the hearing, the Tribunal withdrew Mr. Karnavas' assignment and directed the Registrar to assign another counsel to Akayesu before the trial, which was scheduled to commence on 9 January 1997.[69]

47. On 22 November 1996, the Registrar assigned Mr. Tiangaye as Lead-Counsel for Akayesu. Akayesu continued to seek the services of other Counsel such as Mr. Lisulo.[70] On 16 December 1996, Akayesu wrote to the Registry insisting on his choice of Mr. Scheers and complaining about Mr. Tiangaye's assignment. On 27 December 1996, Akayesu requested that the Registrar assign to him another Counsel, Mr. Marchand. On 30 December 1996, the Registrar in reply to the letter of 27 December 1996, informed Akayesu that Mr. Tiangaye would be his Defence Counsel and that he would be assisted by Mr. Monthe as Co-counsel.

---

[64] From the time of his arrest in Zambia until he was declared indigent by the Registrar, Akayesu was defended by Mr. Lisulo, Mr. De Temmerman and Mr. Scheers.

[65] Indeed, the Trial Chamber received a letter from the assigned Counsel in which he said that he would not be present at the 31 October 1996 hearing because of unresolved financial claims between himself and the Registry, but the rights of the accused would be adequately protected by the temporary assistance of Mr. Karnavas as Defence Counsel in his stead.

[66] Transcript of 31 October 1996, p. 50.

[67] *Ibid*, p. 52.

[68] Indeed the Trial Chamber held that 'Taking into account that the officially assigned defence counsel has not appeared before the Tribunal on the scheduled date for commencing the trial on 31 October 1996, which was fixed by the Chamber on 27 September 1996, due to unresolved financial claims presented to the Registrar; Being of the opinion that a financial dispute with the Registrar does not constitute an acceptable reason for refusing to appear on the scheduled trial date, which was fixed in agreement with the assigned Counsel; Finding, therefore that the non-appearance of the assigned counsel, based on reasons which are neither acceptable nor justifiable, provides an exceptional circumstance in this case within the meaning of Article 19 of the Directive [on the Assignment of Defence Counsel]" (Cf. Decision Concerning a Replacement of an Assigned Defence Counsel and Postponement of the Trial), 31 October 1996, p. 3.

[69] See Transcript, 20 November 1996, p. 101 (F). The Chamber's oral decision was confirmed in a written Decision of the same date: "Whereas Jean-Paul Akayesu has requested the replacement of Mr. Karnavas, the reason being the latter's behaviour which he considers inappropriate and which, in his opinion, would result in a total lack of confidence in the ability of his counsel to act fully for his defence; Whereas Mr. Karnavas takes exception to all the grievances set forth by Jean-Paul Akayesu, while not objecting, however, to the request made by his client and that, in that regard, he himself had written in his memorandum of 15 November 1996: 'Given the fact that Mr. Akayesu (...) is unwilling to accept his currently assigned Counsel, it behoves the Registrar to bring this matter immediately to the Tribunal's attention and urge that a hearing be scheduled forthwith. Mr. Akayesu is entitled to have counsel of his choice. We all must respect his wishes.'; Whereas the Tribunal, without taking a position in the conflict between the accused Akayesu and Mr. Karnavas, notes, however, that given the present circumstances and the resulting lack of confidence of the accused in his counsel, there was indeed an exceptional case, as provided in paragraph (D) of Article 19 of the Directive [on the Assignment of Defence Counsel], as a condition for the replacement of assigned counsel upon decision by a Chamber; Whereas the Tribunal consequently considers it appropriate to accede to the request made by Jean-Paul Akayesu for the replacement of his counsel". See "Decision on the Request of the Accused for the Replacement of Assigned Counsel," 20 November 1996, pp. 2 and 3.

[70] Mr. Lisulo has represented him in Zambia.

48. The trial commenced on 9 January 1997. On that same day, Akayesu filed a motion in which he requested that his Counsel be replaced and reiterated his wish to be represented by Mr. Marchand. On 13 January 1997, Akayesu made a request to the presiding judge, asking to be the only person allowed to cross-examine the first three witnesses and stating that he wished to defend himself in person. The Trial Chamber granted him leave to do so at that hearing, but stressed that both Counsel would remain his assigned Counsel pending the Chamber's decision on his request for replacement of Counsel.[71] On 16 January 1997, the Chamber rendered its decision dismissing Akayesu's request for change of Counsel on the grounds mainly that Akayesu had failed to show "exceptional circumstances" as required under Article 19(A) of the Directive on the Assignment of Defence counsel.[72] On 21 January 1997, at the start of the hearing, the Trial Chamber advised Akayesu that he could have another Counsel (i.e. Mr. Marchand), provided Counsel agreed to represent him *pro bano*.[73] On 31 January 1997, allegedly under pressure, from his Counsel, Akayesu wrote to the President of the Tribunal stating that he was satisfied with his Counsel.

2. Arguments of the parties

49. Akayesu submits that he was deprived of his right to counsel of his own choosing and of his right to defend himself in person. He argues that, those two rights are set forth in Article 20 (4) (d) of the Statute of the Tribunal.

(a) The right to counsel of one's own choosing

50. Akayesu recalls that the Tribunal refused to assign him two Counsel of his own choosing (Mr. Scheers and Mr. Marchand) on the ground that it could not bear the costs of assigning another defence counsel. He submits that despite such refusal, on 9 January 1997, the Registry assigned him two Counsel (Mr. Tiangaye and then Mr. Monthe) against his will. He submits further that on that date, the regulations in force did not allow for the assignment of more than one counsel. Akayesu contends that, the construction of the Statute by the Registry (denying indigent accused the right to counsel of their own choosing) "nullifies the right to choose one's own counsel since all those accused before the Tribunal are, as far as he knows, indigent".[74]

---

[71] Transcript of 13 January 1997, p. 4.

[72] The Trial Chamber held that, "Considering the extensive correspondence from the accused Jean-Paul Akayesu addressed to the President of the Tribunal regarding the replacement of his Counsel, especially his letter dated 8 January 1997, in which he states that he no longer needs the Tribunal to act on his various letters concerning the assignment of his counsel; Taking note of the successive applications by the accused Jean-Paul Akayesu requesting replacement of counsel assigned to him, having already granted his request twice; Whereas Article 19 of the Directive on the Assignment of Defence Counsel states that only in exceptional cases may the assigned counsel be replaced; Whereas the Tribunal considers that the accused Jean-Paul Akayesu has not proved the existence of such exceptional circumstances" (See "Decision on the Request of the Accused for the Replacement of Assigned Counsel", 16 January 1997, p. 2.

[73] Indeed The Presiding Judge stated that "The Accused has stated that to the best of his interest [sic] this means that no Lawyer on his own initiative could present himself to defend the Accused. The Tribunal would like to know whether this is the right interpretation. The Registry wanted him to understand that the Tribunal can only pay for one counsel assigned to him but if he can pay for himself or if counsel is willing to represent him free of charge then there is no problem. If Mr. Marshall [sic] is going to represent himself at his expense the Tribunal will have no problem, the Tribunal will not be concerned if he wants to do it free of charge. The only condition is that Mr. Marshall will have to be a qualified counsel who would have all the qualifications to enable him to plead before this Tribunal. Before this Tribunal considers the qualifications of Mr. Marshall, the hearing can continue." Transcript, 21 January 1997, p 4.

[74] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 92.

6031/Abis

51. Relying on the Tribunal's case law, Akayesu contends that the right to counsel of one's own choosing must be real and effective.[75] Under Article 20 of the Statute, which is "constitutional in nature",[76] any person accused of such serious crimes must be able to freely choose counsel to represent him throughout the proceedings. It is Akayesu's submission that, such an interpretation is, in particular, supported by the practice before the Nuremberg Tribunal[77] with respect to assignment of counsel to the accused and, are also a reflection of international law, including the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights.[78] ("The ICCPR")"

52. Akayesu also points out inconsistencies in the Registry's conduct. Indeed, he asserts that at the 31 October 1996 hearing, the Tribunal denied him assistance by more than one counsel but two months later, "in contravention of the Rules", the Registrar assigned him two counsel who were, unknown to him.[79] He submits further that the delay in the trial is not attributable to him, but rather to the Tribunal's management services and to the Prosecution, which was late in disclosing evidence.[80]

53. Akayesu further avers that even if, at any particular time, he chose one or the other of the Counsel proposed by the Registry, such choice was not free and, in any case, was made under exceptional circumstances.[81] As regards Mr. Karnavas, Akayesu argues that he was "faced with an imminent trial and subjected to pressure from Mr. Karnavas, who gave him the impression that he ran the risk of being convicted if he did not say that he was his counsel", and consequently, he "acquiesced to being represented by Mr. Karnavas. Once he realized what Mr. Karnavas' tactics' were, he requested that his assignment be withdrawn."[82] Akayesu contends that, "in the face of the Tribunal's repeated and unjustified refusals, he was obliged to accept the situation but such acceptance should in no way be considered as a waiver of his right which had been systematically violated over the preceding months."[83] Consequently, all his efforts were "normal and logical actions in the circumstances."[84]

54. Moreover, Akayesu submits that he legitimately insisted on being represented by Mr. Scheers, firstly because the Trial Chamber had never explicitly ruled out the possibility of his

---

[75] Particularly *Tadic* Decision (additional evidence); "Decision on the Prosecution Motion to Resolve Conflict of Interest Regarding Attorney Borislav Pisarevic, *The Prosecutor v. Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric"*, Case No. IT 95-9-PT, ICTY Trial Chamber III of 25 March 1999, See "Akayesu's Brief ", Chapter 12, para. 70.
[76] "Akayesu's Brief", Chapter 12, para 72.
[77] *Ibid*, para. 73.
[78] *Ibid*, para. 75.
[79] *Ibid*, para. 85.
[80] *Ibid*, Chapter 12, paras. 83 and 84. See also Akayesu's Reply, paras. 58 and 218.
[81] Transcript, 1 November 2000, p. 37.
[82] Akayesu's Reply, para. 19. According to Akayesu the choice of Mr. Karnavas was therefore dictated by circumstances. Akayesu states that all he accepted was for Mr. Karnavas to represent him for the day, on 31 October 1996. See Akayesu's Brief, Chapter 2, para. 87.
[83] Akayesu's Brief, Chapter 2, para 91.
[84] The following explanation is given of Akayesu's behaviour: "Firstly, he wanted to keep Mr. Scheers. Then, he sought the services of Mr. Lisulo, who had defended him in Zambia and whose name was on the list of assignable counsel. He told Mr. Tiangaye of his lack of confidence and satisfaction when he was appointed. He saw Mr. Tiangaye for only a few minutes after he was appointed. Shortly before the trial, Mr. Akayesu was alone: Mr. Tiangaye did not appear until only a few days before the trial. Akayesu's family had contacted Mr. Marchand, who came to the Tribunal to defend him. The Tribunal did not even allow Mr. Marchand to speak. Mr. Akayesu had emphasized, with good reason, that his lawyers' preparation of his case was inadequate [...]. The two Counsel, Tiangaye and Monthe, ought to have withdrawn from the Appellant's case, as they were ethically obliged to do." Akayesu's Brief , Chapter II, paras. 88 and 90.

being on the Defence team,[85] and secondly because he had never been informed that Mr. Scheers had been struck off the list of assignable counsel.[86]

55. Lastly, citing to the *Kambanda* Appeals Judgment, Akayesu contends that the Appeals Chamber can in no event hold that he waived the right to raise the issue of the violation of his right inasmuch as "he has, on several occasions, often expressed his dissatisfaction, both in writing and orally."[87]

56. On the other hand, the Prosecution submis that, neither the Statute nor the Rules expressly recognizes the right to counsel of one's own choosing. While the Tribunal's case law affords the accused the possibility of indicating their preference when counsel is to be assigned,[88] it remains that change of Defence Counsel occurs only under exceptional circumstances. Now, one of the factors to be taken into consideration in determining whether there exists such exceptional circumstances is the interests of justice. More specifically, the issue is whether change of counsel will cause undue delay in the proceedings.[89] The Prosecution submits that in the case at bench the prevailing practice at the Tribunal was complied with, and that the Trial Chamber's decision was justified in the interests of justice. Thus, the Trial Chamber properly exercised its discretion in directing the Registrar to withdraw Mr. Scheers' assignment to Akayesu after it had found that he had failed to appear before it without any acceptable or justifiable reason.[90]

57. It is the Prosecution's submission that, the Trial Chamber deemed it necessary to commence the trial on 9 January 1997: "necessary measures were thus taken to ensure that the trial proceed normally,"[91] including the assignment of a Co-counsel to Akayesu. The Prosecution points out that such assignment in no way caused prejudice to Akayesu and that, to the contrary, it was beneficial for him to be able to come to trial in the best of conditions on the date set by the Trial Chamber.[92]

(b) The right to defence in person

58. Akayesu contends that the Trial Chamber never ruled on this issue. He submits that he asked to defend himself in person on several occasions, namely on 17 January 1997, 21 January 1997, 27 January 1997 and 5 February 1997, and concludes that the Trial Chamber

---

[85] Akayesu cites in support of his argument a Trial Chamber Decision whereby "Considering the request made by the accused before the Tribunal to have Mr. Karnavas assigned as his Defence Counsel without, however, excluding for all time Mr. Scheers as Co-Counsel, if and when the Directive is amended to this effect", "Decision Concerning a Replacement of an Assigned Co-Counsel and Postponement of the Trial", 31 October 1996, p. 3. See "Akayesu's Reply", para. 20. According to Akayesu , the Trial Chamber gave him the hope of seeing Mr. Scheers return as Co-Counsel (see Transcript, Appeals Chamber , p. 172).

[86] "Akayesu's Reply", para. 21. Akayesu adds that he has never seen any document showing that Mr. Scheers had been disqualified. See Transcript, Appeals Chamber, 1 November 2000, p. 172.

[87] Transcript, 1 November 2000, p. 35.

[88] "Decision on the Motions of the Accused for Replacement of Assigned Counsel", *The Prosecutor vs. Gérard Ntakirutimana*, Case Nos. ICTR-96-10-T and ICTR-96-17-T, Trial Chamber I, 11 June 1997, p. 6; "Decision on Request by Accused Mucić for Assignment of New Counsel", *Prosecutor vs. Zejnil Delalić et al.*, ICTY Case No. IT-96-21-T, 24 June 1996, para. 2.

[89] "Prosecution's Response", 4 September 2000, para. 3.13.

[90] *Ibid*., para. 3.23. At the hearing on appeal, the Prosecutor stated "Maître Scheers, for personal reasons, could not be in Arusha for the start of the trial. He was disqualified for that. I therefore do not see [...] what errors the Chamber made. [Akayesu] freely chose [Mr. Karnavas]. Mr. Scheers was disqualified only [...] at the end of the hearing" Transcript, Appeals Chamber, 1 November 2000, pp. 120 and 121.

[91] Transcript, Appeals Chamber, 1 November 2000, p. 123.

[92] *Ibid*, p. 165.

6029/Abis

nevertheless refused to entertain his requests. Akayesu submits further that he was fully capable of representing himself and that the Trial Chamber could not force him to be represented by counsel.[93]

59. In the Prosecution's submission it is up to the Trial Chamber to decide whether it is necessary for an accused to be represented by counsel.[94] The Prosecution argues that in the case at bench the Trial Chamber granted Akayesu leave to cross-examine witnesses.[95] In the Prosecution's submission, the Chamber ruled correctly when it required Akayesu to have counsel. It is the Prosecution's contention that such a decision was justified for three main reasons: firstly, Akayesu's attitude was not entirely clear inasmuch as he was at one and the same time asking to represent himself and to be represented by counsel of his own choosing. Secondly, Akayesu was charged with the most serious crimes under international law, which made for a more complex case. Thirdly, that he made repeated such requests shows that he required assistance of counsel.[96]

3. Discussion

(a) The right to counsel of one's own choosing

60. In general, the issue of the right of an indigent accused to counsel of his own choosing raises the issue of balancing two requirements: on the one hand, affording the accused as effective a defence as possible to ensure a fair trial, and on the other hand, proper use of the Tribunal's resources.

61. The Appeals Chamber holds that, in principle, the right to free legal assistance of counsel does not confer the right to counsel of one's own choosing. The right to choose counsel applies only to those accused who can financially bear the costs of counsel. In this connection the Appeals Chamber recalls its findings in *Kambanda*:

> "The Appeals Chamber refers [...] to the reasoning of Trial Chamber I in the *Ntakirutimana* case and concludes, in the light of a textual and systematic interpretation of the provisions of the Statute and the Rules, read in conjunction with the right to choose one's counsel relevant decisions from the Human Rights Committee and the organs of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, that the right to free legal assistance by counsel does not confer the right to choose one's counsel."[97]

62. The Registrar assigns counsel to an indigent accused from a list of available counsel whom he finds eligible under the Tribunal's formal requirements.[98] To be sure, in practice an indigent accused may choose from among counsel including in the list and the Registrar generally takes into consideration the choice of the accused.[99] Nevertheless, in the opinion of the Appeals Chamber the

---

[93] "Akayesu's Reply", paras. 26 and 27.
[94] "Prosecution's Response", 4 September 2000, paras. 3.25 to 3.40.
[95] At the hearing on 13 January 1997. *Ibid.*, para. 3.41.
[96] Prosecution's Response, para. 3.42.
[97] *Kambanda*, Appeal Judgment, pp. 11 and 12.
[98] Rule 45 (A) of the Rules provides that "A list of counsel who speak one or both of the working languages of the Tribunal, meet the requirements of Rule 44, have at least 10 years relevant experience, and have indicated their willingness to be assigned by the Tribunal to indigent suspects or accused, shall be kept by the Registrar."
[99] The Appeals Chamber indeed endeavours to take into consideration the practice of the Tribunal in assessing the circumstances of the case. In its Judgment on the assignment of counsel, the Appeals Chamber held that "(..) the practice of the Tribunal has been to provide a list of approved counsel from which an accused may choose and that Mr. John Philpot was included in this list by the Registrar at the insistence of the Appellant that he desired that Mr. Philpot be assigned to him, and considering further that the Registrar thereby gave the Appellant a legitimate

Registrar is not necessarily bound by the wishes of an indigent accused. He has wide discretion, which he exercises in the interests of justice.

63. In the instant case, the Appeals Chamber holds that the rights of the Accused as provided under Article 2(4) of the Statute were indeed complied with. The Appeals Chamber recalls that Akayesu requested three times to change counsel, addressed numerous letters and requests to the President of the Tribunal and the Registrar, and that the Trial Chamber allowed him to change counsel twice. Firstly, Akayesu's initial request was for Mr. Scheers to be assigned to him as Counsel and, Mr. Scheers was indeed so assigned by the Registrar on 10 May 1996. Thus, Akayesu was granted his first choice. Secondly, as the Trial Chamber, in its Decision of 31 October 1996, had withdrawn Mr. Scheers' assignment,[100] the Registrar rightly concluded that said Counsel did not meet the Tribunal's requirements for inclusion in the list of counsel and, consequently, struck him from the list. Therefore, Akayesu could no longer request that Mr. Scheers be assigned to him. Lastly, once the trial had commenced, the Trial Chamber had a duty to ensure that the rights of the Accused were respected and that the trial proceeded fairly and expeditiously. In this context, the refusal to assign Mr. Marchand was justified, all the more so, since as the presiding judge stated on 21 January 1997, the credentials of said Counsel, at least at that time, had not been verified. Therefore, the Appeals Chamber is of the view that the Trial Chamber reasonably considered all the facts of the case, prior to and after the commencement of the trial. The Trial Chamber ensured that Article 91(1) of the Statute[101] and Article 19(A) of the Directive on Assignment of Defence Counsel were effectively applied. Indeed, the Appeals Chamber recalls that under Article 19(1) of the Directive assignment of counsel may be withdrawn only "in exceptional circumstances." [102]

64. In the circumstances of this case, the Appeals Chamber finds that there were indeed reasonable grounds for denying Akayesu's request for assignment of the two Counsel concerned. Akayesu failed to show any serious prejudice suffered by him. Accordingly, the Appeals Chamber dismisses all of Akayesu's grounds of appeal in respect of choice of counsel and finds it appropriate to state its disagreement with the manner in which the right for an indigent accused to legal assistance paid for by the international community was abused in the instant case.

(b) The right to conduct one's own defence

expectation that Mr. Philpot would be assigned to represent him before the Tribunal" Appeals Chamber, 27 July 1999, p. 2. See also "Decision on the Motions of the Accused for Replacement of Assigned Counsel", *The Prosecutor v. Gérard Ntakirutimana*, Case Nos. ICTR-96-10-T and ICTR-96-17-T, Trial Chamber I, 11 June 1997, p. 6; "Decision on Request by Accused Mucic for Assignment of New Counsel", *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, ICTY Case No. IT-96-21-T, 24 June 1996, para. 2.

[100] See "Decision on Replacement of Counsel and Postponement of Trial, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR 96-4-T, Trial Chamber I, 31 October 1996.

[101] Article 19(1) of the Statute provides that: " The Trial Chamber shall ensure that a trial is fair and expeditious and that proceedings are conducted in accordance with the Rules of Procedure and Evidence, with full respect for the rights of the accused and due regard for the protection of victims and witnesses."

[102] Article 19(A) of the Directive provides that the Registrar may: (i) In exceptional circumstances, at the request of the accused, or his Counsel, withdraw the assignment of Counsel; (ii) In exceptional circumstances, at the request of Lead Counsel withdraw the assignment of Co-Counsel ; (iii) In the case of a serious violation of the Code of Conduct, withdraw the assignment of Counsel or Co-Counsel.

6028/A bis

65. Given Akayesu's insistence on being represented by counsel of his own choosing, the Appeals Chamber finds that it was difficult for the Trial Chamber to discern any firm and unyielding desire on the part of the accused to represent himself. Even though Akayesu did, on several occasions, express the desire to defend himself, his attitude towards the Chamber suggested otherwise. Moreover, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber allowed Akayesu, pending assignment of new counsel, to cross-examine Witness K by himself. Therefore, Akayesu has failed to show proof of alleged errors by the Trial Chamber.

66. The Appeals Chamber finds that Akayesu's allegations are without merit and that the Trial Chamber acted reasonably in light of most exceptional circumstances in the instant case. Therefore, the Appeals Chamber rejects all the grounds of appeal relating to the right to conduct one's own defence.

B. Second Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to a competent attorney[103]

67. Akayesu alleges generally that he was not afforded assistance by a competent counsel. He submits that he was deprived of the possibility to defend himself and prays the Appeals Chamber to "remedy the serious miscarriage of justice by ordering a stay of proceedings or, in the alternative, a retrial."[104]

1. Arguments of the parties

68. Akayesu contends that he was deprived of his right to a full and complete defence and of his right to a competent counsel. He submits that his Counsel Mr. Tiangaye, and his Co-counsel, Mr. Monthe were incompetent. Akayesu argues that the issue warrants consideration by the Appeals Chamber due to the direct link between the misconduct of his Counsel and the prejudice he suffered, to wit the miscarriage of justice committed by the Trial Chamber.

(a) Standards of review

69. Akayesu reiterates that gross misconduct by Counsel can occasion a miscarriage of justice and constitute a ground of appeal. On this point, he refers to the reasoning by ICTY Appeals

[103] The breakdown of the grounds of appeal grouped together under this general ground is to be found in annex B. In the second Notice of Appeal, Akayesu alleges primarily that: "The Accused was denied his right to a full and complete defence because he was deprived of his right to a competent Counsel. The trial was therefore totally vitiated by this violation causing a complete denial of justice for the accused." He presents a non-exhaustive list of several errors committed as follows: (he submits that the errors include [...])" In his Appellant's Brief, Akayesu makes "complaints" against his Counsel, presenting the "gist" of those complaints (Appellant's Brief, Chapter III, para. 8). Consequently, the Appeals Chamber considered the grounds of appeal set out in the Appellant's Brief in a global and comprehensive manner. However, the Appeals Chamber notes that certain grounds of appeal which initially figured in the first or second Notice of Appeal were not included by Akayesu either in his Brief or in his Brief in Reply. In particular, "The Chamber objected to the presentation of 19 important Defence witnesses, thus committing an error which goes to jurisdiction, in violation of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) as well as the basic rights of the accused" (first Notice of Appeal); "In its haste to end the trial, the court prevented the Appellant from exercising his right to a complete and unfettered defence by refusing illegally to hear the testimony of fourteen important defence witnesses. " (second Notice of Appeal , part 4, para. 4).

[104] Akayesu's Brief, Chapter 3, para. 48. See also Chapter 15, para. 1.

Chamber in *Tadic*.[105] He asserts that the question of incompetence of Counsel, must be linked to the principle of equality of arms.[106]

70. Akayesu submits that the legal tests applicable for bringing an appeal based on incompetence of Counsel should be defined in light of ICTY Appeals Chamber case law and the principles generally applied in Common Law read together.[107] Akayesu submits that the approach adopted by some Anglo-Saxon national jurisdictions, which prefer "not to assess and evaluate [misconduct of Counsel] on a qualitative basis, but rather [consider] the effect of such misconduct on the fairness of the trial is relevant."[108] It is the Appellant's submision that the misconduct and negligence by his Counsel should also be considered in light of the effects on the fairness of the trial.[109]

71. Citing ICTY Appeals Chamber case law, in particular in the *Tadic* (additional evidence), the Prosecutor submits that the Appellant has the burden of proving, on the one hand, gross professional misconduct by his Counsel, and on the other hand, the existence of reasonable doubt as to a possible miscarriage of justice.[110] In the Prosecution's submission the reference to the approach adopted by Anglo-Saxon national jurisdictions, which in its arguement apply "a different test"[111] shows the Appellant's willingness to disregard the first part of the test established by ICTY Appeals Chamber. Yet, Akayesu has failed to show that their exists in the instant case "cogent reasons [...] requiring a departure from a previous decision."[112] Therefore, the Prosecutor argues that the tests applicable in the instant are those laid down by ICTY Appeals Chamber.

(b) Evidence of incompetence of Counsel

72. On 22 August 2000, the Appeals Chamber rejected an affidavit by Akayesu on the incompetence of his counsel. Notwithstanding the rejection of said document, Akayesu claims that he can prove that his rights were violated by relying on two letters from him to the President of the Tribunal dated 9 January 1997 and 18 September 1998 respectively.[113]

73. Akayesu alleges:

---

[105] Indeed ICTY Appeals Chamber held that: "The unity of identity between client and counsel is indispensable to the workings of the International Tribunal. If counsel acted despite the wishes of the Appellant, in the absence of protest at the time, and bearing special circumstances which do not appear, the latter must be taken to have acquiesced even if he did so reluctantly. An exception applies where there is some lurking doubt that injustice may have been caused to the accused by gross incompetence." "Decision on Appellant's Motion for the Extension of the Time-Limit and Admission of Additional Evidence." *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber, 15 October 1998, para. 65.

[106] Citing once again ICTY Appeals Chamber case law which, itself, refers to case law by the European Court of Human Rights (ECHR), Akayesu argues that the concept of "equality of arms" implies that "each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent" *Tadic* Judgment on Appeal, para. 48.

[107] Akayesu's Brief, Chapter 3, paras. 39 to 48.

[108] *Ibid*, para. 43.

[109] Akayesu's Reply, para. 38.

[110] *Tadic* Decision (additional evidence), para. 49.

[111] Prosecution's Response, para. 4.10.

[112] *Aleksovski* Judgment on Appeal, para. 108.

[113] Akayesu's Reply, para. 40.

(1) Counsel's lack of preparation[114] (failure to study the indictment, lack of a strategy, failure to retain investigators, etc.[115]) as well as other alleged errors[116] tend to raise doubts as to the existence of injustice. Akayesu contends that :

> " [...] a trial of such importance, which is ill prepared, starts without Defence witnesses, without investigators, without a Defence strategy, can only amount to a travesty of justice or a fictitious exercise in which the Appellant, almost powerless, is invited to watch the procession of Prosecution witnesses."[117]

(2) Failure to raise violations of fundamental rights that his Counsel[118] failed to raise the question of his detention was a "relevant and serious issue."[119] Akayesu submits that he was "deprived of a ground that could be relied upon for a stay of the proceedings", and, consequently, failure by Counsel to raise that issue occasioned injustice.[120]

(3) Failure to work with the Appellant and to give him adequate advice.[121]

(4) Failure to work together stemming from an uncoordinated rotational work system.[122] Akayesu submits that such a system "is, *ipso facto*, prejudicial to the rights of the accused, who, under it, does not have two counsel, but one counsel on duty alternating with the other, both of whom come from two different countries, do not receive transcripts of hearings in which they are absent and, therefore, are unaware of the proceedings. This system is worse than one in which the accused is entitled to only one counsel who, at least, will keep track of the various stages and

---

[114] He cites in support of this allegation the letter of 9 January 1997.

[115] Akayesu insists on "the failure by Counsel to retain investigators under the pretext of confidentiality and on the consequences of such failure: inability to produce reliable witnesses for the defence or to make the most of the witnesses called. He blames his Counsel for failing to search for defence witnesses between January and February 1997 and to call a sufficient number of suitable witnesses." Akayesu's Brief, Chapter 3, para 11.

[116] In his Reply, Akayesu submits that "The lack of preparation and the fact that there were no depositions, witness statements on some of the acts, with which the accused was charged, certain counts and also the fact that the Counsel did not consult with each other, neither of them knew what the other was doing. They came late. They did not come back. They did not follow his instructions. Because Akayesu knew some of the witnesses, he knew why they were lying. He knew how to cross-examine them, but the Counsel did not follow his instructions. Transcript of the hearing of 1 and 2 November 2000, p. 74. Akayesu quotes a statement made by Mr. Muna to the effect that "[...] certain people lose their trial because of a mediocre lawyer, possibly poor Akayesu lost his trial because the lawyer didn't have the liveliness of spirit required to cross-examine experts and witnesses." Transcript of the hearings of 1 and 2 November 2000, p. 45.

[117] Akayesu's Reply, para. 43.

[118] On this point, Akayesu makes a distinction between initiatives taken by Mr. Scheers and those taken by his two assigned Counsel. He indeed submits that "Mr. Scheers, Counsel for the Appellant, had raised the issue of unlawful arrest in his motion of 30 May 1996 and at the hearing of 26 September 1996 as can be found in the trial record. The Prosecutor responded in writing to the submission of the Appellant. The issue of unlawfulness was therefore addressed at that time, though not fully examined. It is the Appellant's submission that counsel imposed on him should have examined the issue and followed it up." *Ibid*, paras. 44 and 45.

[119] *Ibid,* para. 46.

[120] *Ibid,* para. 46.

[121] Akayesu's Brief, Chapter 3. Para. 15. Akayesu submits that the letters of 9 January 1997 and 18 September 1998 contain specific assertions in this regard. See Akayesu's Brief in Reply, para. 48.

[122] Akayesu submits that the letter of 18 September 1998 supports certain allegations. See Akayesu's Reply, para. 52.

proceedings of the trial."[123] Akayesu argues that such an arrangement "proved" ineffective during the examination of General Dallaire.[124]

(5) Lateness and failure of Counsel to appear in court.[125] By their repeated lateness and absences, Counsel engendered "a feeling of injustice"[126] and undermined the fundamental principle of "unity between client and counsel", yet upheld by ICTY Appeals Chamber.[127]

(6) Failure to prepare the Appellant's testimony with him and to rebut the Prosecutor's submissions.[128] Akayesu submits that the Trial Judgment contains references to certain allegations or charges respecting which he did not testify.[129] Akayesu contends that the failure to prepare his testimony is a fundamental error on the part of his Counsel, particularly in light of the very prejudicial lack of defence witnesses.[130]

(7) Failure to follow the Appellant's instructions and to provide him with quality defence.[131] Akayesu submits that "appropriate and often pertinent questions were never put to the Prosecutor's witnesses in spite of his suggestion and appeals to Counsel to do so".[132]

(8) Failure to inform the Appellant of their management of the case.[133] Akayesu contends that he was kept "in the dark concerning the management and organization of his case and that he was unaware of the objectives and strategy pursued by Counsel, or their line and grounds of defence, the

---

[123] Akayesu's Reply, para. 49. In general, see Akayesu's Brief , Chapter 3, paras. 16 to 20. Akayesu argues that the system put in place by his Counsel was "adopted without his knowledge, was against his wishes since both counsel were expected to work together to discuss and coordinate their actions. The system resulted in absences of counsel and several adjournments of hearing. " He cites in support of this argument several incidents which occurred during hearings and which testify to the lack of coordination between the Counsel as well as their repeated absences (paras. 17 to 18).

[124] Akayesu's Brief, Chapter 3, para. 20.

[125] Akayesu's Brief, Chapter 3, para. 2. 21 to 24. Akayesu takes the example of the absence of his counsel from the hearing of 10 March 1997 held to hear the arguments of the parties on the Defence motion filed on 29 January 1997. He explains that "(…) the hearing of this motion which could not take place on 10 March 1997 due to the absence of counsel imposed on the Appellant, only took place one year later, on 6 March 1998." Akayesu's Reply, para. 54.

[126] Akayesu's Reply, para 55.

[127] Akayesu echoes the words of ICTY Appeals Chamber to the effect that: "The unity of identity between client and counsel is indispensable to the workings of the International Tribunal", "Decision on the Appellant's Motion for the Extension of the Time-Limit and Extension of Additional Evidence", *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Appeals Chamber, 15 October 1998, para. 65, Akayesu's Reply, para. 58.

[128] Akayesu's Brief, Chap. 3, paras. 25 to 27. Akayesu submits that the letter of 18 September 1998 proves this allegation.

[129] Akayesu cites paras. 254 and 267, 307 and 406 of the Trial Judgment. He submit: that "Such are monumental failures on the part of counsel: failing to cause their client to testify on charges of murder (paras. 254, 267 and 307) or threats (para. 406) where the accused has a defence." Akayesu's Reply , para. 63.

[130] *Ibid*, para 64. Akayesu's Çounsel declared during the appeal hearings, "Someone will probably (sic) read Akayesu's testimony [….] about 180 pp., is a monologue. A monologue is not the way to testify […] Akayesu testified on some of the events. He did not testify on the murder of the Brothers of Karangwa. He did not testify on the assaults and threats against Witness K. The murders of the Brothers of Karangwa are central and the very weak testimony of Akayesu in the sense […] he did not reply to the charges against him." Transcript of the hearings of 1 and 2 November 2000, p.47. See also p. 48 of the English version.

[131] Akayesu's Brief, Chapter 3, paras. 28 and 29. Akayesu submits that the factual basis of his allegations appear in the letter of 18 September 1998.

[132] *Ibid*, Chapter 3, para. 29. In general, Akayesu would have liked to ask the witnesses questions which were not asked by his Counsel. However, he contends on this point that "Asking the Appellant to show that success to obtain other evidence or discrediting the particular witnesses could have affected the outcome of the case is tantamount to asking the impossible." Akayesu's Reply, para 59.

[133] *Ibid*, Chapter 3, para. 30. He cites the letter of 18 September 1998 in support of this argument.

6024/Abis

stakes involved in the trial, the state of the law or the rationale behind their actions."[134] Akayesu adds that his Counsel "participated, unbeknownst to him, in the status conference of 29 November 1996, in the hearing of 23 January 1997 and in the status conference of 6 February 1998."[135]

(9) Failure to raise timely objections.[136]

(10) Failure to locate defence witnesses (to procure their statements and to call them to testify). Akayesu blames his Counsel for not requesting that one or more investigators be appointed to assist them in their investigations."[137] Thus, Akayesu intends to prove "negligence and carelessness" on the part of his Counsel and to show that there was no opportunity for him to make his case.[138]

(11) Refusal of witnesses or failing to contact them through carelessness or negligence.[139]

74. The Prosecutor submits that the arguments raised by Akayesu are not admissible for several reasons which can be summarized as follows:

(1) The Prosecution submits, firstly, that most of Akayesu's arguments are not supported by any evidence.[140] The two letters on which Akayesu relied (following the rejection of his affidavit by the Appeals Chamber) are neither relevant, nor admissible. The letter dated 9 January 1997 only shows that Akayesu did not complain about the attitude of his Counsel during the trial while the letter of 18 September 1998 was admitted merely as additional evidence in support of the ground of appeal relating to choice of counsel (second ground of appeal), and not in support of the ground of appeal relating to his competence (third ground of appeal).[141] Moreover, in the Prosecution's submission a single letter written by the Appellant cannot have probative value.[142]

(2) The Prosecutor further submits that some of Akayesu's arguments (based on evidence other than the two letters referred to above) rely on a broad interpretation of the Trial Judgment or transcripts of hearings;

(3) Lastly, the Prosecutor submits that the arguments set forth in support of the evidence are devoid of any relevance.

75. Consequently, it is the Prosecutor's submission that Akayesu has failed to prove any negligence on the part of his Counsel and to show that it is reasonable to doubt that the Trial

---

[134] *Ibid*, Chapter 3, para. 30.
[135] Akayesu's Reply, para. 67.
[136] *Ibid*, Chap. 3, para. 31. In his Brief, Akayesu recalls situations or proceedings to which his Counsel should have objected : "(1) The Prosecution fails to produce its witnesses' statements ; (2) The Prosecution consistently asks his witnesses leading questions; (3) The Chamber prohibits the Defence from asking leading questions during cross-examination; (4) Counsel fail to point the partiality of Mrs. Desforges , called as an expert ; (5) The experts give testimonies outside of their areas of expertise; (6) The Judges make inappropriate judicial statements; (7)The Judges receive private testimonies unbeknownst to the Appellant; (8) The Prosecutor's representative in charge of the case finds himself in a conflict of interest. He considers that such a failure is reflected in the trial record. Akayesu's Reply, para. 70.
[137] *Ibid*, Chapter 3, para. 32 to 34. Akayesu submits that the letter of 18 September 1998 "provides information on the list of defence witnesses transmitted by the Appellant to his Counsel ", that Counsel did not pursue. See Akayesu's Reply, para. 72.
[138] Akayesu's Reply, para. 74.
[139] Akayesu's Brief, Chapter 3, paras. 35 and 36.
[140] Transcript of the hearings of 1 and 2 November 2000, pp.124, 143 and 148.
[141] Transcript of the hearings of 1 and 2 November 2000, p. 142.
[142] Transcript of the hearing of 1 November 2000, p. 143.

Chamber committed a miscarriage of justice.[143] The Prosecutor concedes that Akayesu did not benefit from a good defence strategy, and agrees that the lateness and absences were indicative of a negligent attitude on the part of his Counsel.[144] However, said situation does not necessarily imply that he suffered injustice.[145] On the contrary, it is the Prosecutor's submission that the Presiding Judge of the Trial Chamber exercised efficient control over the trial proceedings, particularly by coming to his assistance during his examination of witnesses.[146]

2. Discussion

76. The Appeals Chamber recalls that indigent accused have the right to competent assigned counsel. The Appeals Chamber reiterates, in this connection, its findings in *Kambanda* that: the effectiveness of representation by assigned counsel must be assured in accordance with the principles relating to the right to a defence, in particular the principle of equality of arms.[147] It recalls that the right to competent counsel is guaranteed under the International Covenant on Civil and Political Rights (Article 14),[148] the European Convention on Human Rights (Article 6)[149] and the American Convention on Human Rights (Article 8).

77. With respect to the applicable tests for assessing counsel's ineptitude, the Appeals Chamber endorses the tests applied by ICTY Appeals Chamber in the *Tadic* Decision.[150] In this regard, ICTY Appeals Chamber held that an Appellant alleging incompetence of counsel must show the "gross incompetence" of the latter. The Appellant may do so by "demonstrate [ing] that there was reasonable doubt as to whether a miscarriage of justice resulted".[151] Indeed,

> "(..) when evidence was not called because of the advice of the defence counsel in charge at the time, it cannot be right for the Appeals Chamber to admit additional evidence in such a case, even if it were to disagree with the advice given by counsel. The unity of identity between client and counsel is indispensable to the workings of the International Criminal Tribunal. If counsel acted despite the

[143] Prosecution's Response, para. 4.65.
[144] Transcript of the hearings of 1 November 2000, pp. 146.
[145] *Ibid*, pp. 126 and 127.
[146] *Ibid*, p. 184.
[147] *Kambanda* Judgment on appeal, para. 34, including footnote 49.
[148] The Human Rights Committee has been seized of several cases in which the client argues incompetence of counsel resulting in unfair trial under Article 14.3(d) of the International Covenant on Civil and Political Rights. In the matter, *Hezekiah Price v. Jamaica*, in which the complainant alleges unfair trial due to the incompetence of his counsel ("legal aid lawyers"), the Committee held that it was not up to it to assess the performance of the counsel and that the national jurisdiction should not only ascertain whether the counsel has consequently consulted with and informed the accused but also whether counsel's conduct is in conformity with the interests of justice. *Cf.* Hezekiah Price v. Jamaica, Communication No. 572/594 of the Human Rights Committee of 20 November 1996, CCPR/C/58/D/572/1994. The Committee found that the accused did not enjoy effective representation during the appeal and that there was a violation of Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights. See also O. Brown and B. Parish v. Jamaica, Communication No. 665/1995 of the Human Rights Committee, 5 August 1999, CCPR/C/66/D/665/1995.
[149] The European Commission for Human Rights endeavours to determine whether lack of diligence on the part of an accused's counsel could entail the responsibility of the State. To that end, it verifies whether national jurisdictions have effectively provided the Accused with adequate legal assistance. Cf. *Koplinger v. Austria*, European Commission for Human Rights, Decision 1850/63 (dismissal of motion). "The Commission recalls that, in accordance with its established precedents, the courts have a duty to provide the accused with *adequate legal assistance* (emphasis added). In the case "*F. v. Switzerland*, the Commission stated: "[…] it is up to the authorities responsible for providing free legal assistance and assigning defence counsel to make sure that counsel can defend the accused effectively" (*F. v. Switzerland*, European Commission for Human Rights, Decision of 9 May 1989, Motion No. 12152/86.
[150] *Tadic* Decision (additional evidence) paras. 46 to 50.
[151] *Tadic* Decision (additional evidence), para. 49.

6022/A-bis

wishes of the Appellant, in the absence of protest at the time, and barring special circumstances which do not appear, the latter must be taken to have acquiesced, (…)".[152]

78. In other words, the Statute of the Tribunal affords an indigent accused the right to be represented by a competent counsel. The latter is presumed to be competent and such a presumption of competence can only be rebutted by evidence to the contrary. In most cases, the accused would have to show prejudice as set out in the above-mentioned *Tadic* Decision and should such prejudice be proven, the Appeals Chamber would have to acknowledge that the right of the Accused as guaranteed under the Statute had been violated. However, even if such prejudice is not proven the question remains, as to whether the proven incompetence constitutes a violation of the statutory right of the accused to assistance by competent counsel and would consequently warrant a remedy.

79. In the case at bench, did Akayesu show the incompetence of his Counsel? The Appeals Chamber has considered all the evidence adduced by Akayesu in support of his arguments. It has taken into consideration not only the submissions relating to the instant ground of appeal, but also those made in connection with other grounds of appeal. Indeed, as stated above by the Appeals Chamber, Akayesu views this ground of appeal as a material irregularity warranting a stay of proceedings, which explains why incompetence of counsel is raised not only under this ground of appeal but also with respect to several other grounds of appeal, such as in the third submission under the fourth ground as well as under the sixth, eighth and ninth grounds of appeal.

80. The Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to prove incompetence of his Counsel (as understood by the Tribunal): he failed to provide any tangible example of gross professional misconduct by his Counsel such as resulted in a miscarriage of justice.

81. Firstly, the letters of 9 January 1997 and 18 September 1998[153] by Akayesu to the President do not constitute sufficient evidence. Indeed, the Appeals Chamber cannot accept Akayesu's own allegations at trial as evidence of incompetence of his Counsel. The two aforementioned letters have probative value only to the extent that they confirm Akayesu's insistence on having his assigned counsel withdrawn. Thus, assuming that the aforementioned letters suffice to prove incompetence of his Counsel, they cannot constitute sufficient and adequate proof since they emanate from the Appellant himself.

82. Secondly, Akayesu cites extracts from the Trial Judgment, including paragraphs 30, 254, 257, 307 and 406 as indicia of his Counsels' incompetence. The Appeals Chamber cannot accept such an allegation. The aforementioned paragraphs in no way show gross misconduct on the part of Akayesu's Counsel. Indeed, absence of a defence strategy may not be inferred from paragraph 30 of the Trial Judgment.[154] With respect to the remaining paragraphs, the Appeals Chamber does not find that they show "monumental failures on the part of Counsel", to wit, failing to cause their client to testify on charges of murder (paras. 254, 267 and 307) or threats (para. 406) where the

[152] *Tadic* Decision (additional evidence) para. 65 (footnote omitted).
[153] The letter of 18 September was admitted into the record by the Appeals Chamber in its Decision of 17 April 2000. The Prosecutor submits that the said letter was not admitted as additional evidence in support of the first ground of appeal (Akayesu was deprived of the right to counsel of his choice . See Akayesu's Reply on this point , Transcript of 1 November 2000, pp. 229 and 230. The Appeals Chamber rejects that argument. The Decision of 17 April 2000 is clear : The Appeals Chamber directed the Registry to provide copies of the letter to the parties and to include it in the record on appeal .As an exhibit in the appeal case, it can be relied on for all grounds.
[154] Akayesu submits that the Trial Chamber's finding that "In essence, (…) insofar as the Chamber has been able to establish it – the Accused did not commit, order or participate in any killings, beatings or acts of sexual violence alleged in the Indictment" shows that the Trial Chamber "had difficulty in understanding where the defence was heading to" and suggests that the Defence had no strategy. See Akayesu's Reply, para. 41.

accused had a defence."[155] Such extracts from the Trial Judgment only define the scope and limitations of Akayesu's testimony. That the Accused did not respond to certain allegations does not constitute evidence of incompetence of his Counsel.

83. Lastly, with respect to the transcript extracts cited by Akayesu,[156] the Appeals Chamber finds that they clearly do not offer evidence of gross misconduct.[157] Furthermore, it should be noted, that Akayesu failed to quote some extracts in their proper context and that sometimes the transcripts submitted to the Appeal Chamber offer contradictory information. For example, while the absence of Akayesu's Counsel from Court at the start of the 19 March 1998 hearing has been established, and while it was categorically condemned by the President of the Tribunal, it would also appear that, as stated by the President of the Tribunal that "since the beginning" of the trial, Akayesu's Counsel had " shown a sense of cooperation."[158] With respect to the conduct of Counsel during trial, for example, their alleged failure to prepare adequately for effective examination and cross-examination, or to object to the admission of hearsay evidence, the Appeals Chamber finds that there is no evidence that the possible omissions by the Defence were not part of a strategy agreed on beforehand with Counsel. Similarly, where Akayesu asserts that Counsel failed to raise certain matters because of incompetence,[159] there is no reason to conclude that Counsel did not strategically choose to do so with the agreement of the Accused. Consequently, Counsel's failure to raise any issues or to raise objections[160] is not proof of incompetence. The Appeals Chamber further finds that, in any case, it was not incumbent upon the Trial Chamber to make up for Counsel's failure to react which is *a priori* deliberate. The Trial Chamber may intervene only where it observes offensive or prejudicial conduct.[161]

84. For all the foregoing reasons, the Appeals Chamber rejects the grounds of appeal relating to incompetence of Counsel.

C. Third Ground of Appeal : Biased and Partisan Tribunal[162]

[155] Akayesu's Reply, para. 63.
[156] Akayesu cites *inter alia* the hearings of 16 January 1997, 27 January 1997, 28 October 1997, 31 October 1997, 9 February 1998, 25 February 1998, 12 March 1998 and 19 March 1998.
[157] For example the lateness (repeated) apparently due to transport (Transcript, 25 February 1998, p. 4) or mere misunderstanding between Counsel and their client (Transcript, 31 October 1997, pp. 140 and 141), in the opinion of the Chamber, do not offer sufficient proof.
[158] The President of the Tribunal in fact noted: "I think you are right. Since the beginning you have shown a sense of cooperation. We are aware of this and that is why the judges are rather surprised that at the end of this trial, at a moment as crucial as this one, we witness this kind of situation, the situation we saw this morning, which was considered by the judges as a serious contempt, and the judges felt that this morning you should have come at 9.30 to explain to them your difficulties and, if possible, ask for adjournment of the case or the trial. I think this point had to be raised." Transcript, 19 March 1998, pp. 101 and 102.
[159] For example, the issue of unlawful detention. See tenth Ground of Appeal.
[160] For example, Akayesu submits that the Trial Chamber did not allow the parties to raise objections and that in any case, no objection was raised. On that point, he criticizes altogether his Counsel, the Tribunal and the Prosecutor. See sixth Ground of Appeal.
[161] The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber reasonably exercised its control provided for under the legal instruments by issuing a warning to the two defence counsel. Having failed to appear in court for the hearing of 19 March 1998, the Trial Chamber did, indeed, pursuant to Rule 46(A) of the Rules warn the counsel by threatening them with sanctions and specifying that: "the conduct of the two counsel in the instant case [..] is not only outrageous and disrespectful, but also constitutes a hindrance to the proceedings and runs counter to the interests of justice." See "*Avertissement aux conseils de la Défense* ", *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 19 March 1998, p. 2.
[162] The breakdown of the grounds of appeal appear in Annex B.

6021/A 6u

85. Akayesu alleges that the Tribunal before which he was tried was neither impartial nor independent and that, he was not afforded a fair trial and that as a result, the guilty verdicts should be "quashed, with prejudice to the Prosecution."[163]

86. This ground of appeal was originally raised in Akayesu's second Notice of Appeal.[164] By a motion dated 7 December 1999,[165] Akayesu requested leave to amend this ground of appeal to include several more paragraphs and to present twenty-four documents as additional evidence. In its Decision of 22 August 2000 the Appeals Chamber rejected both requests.

87. The Prosecution submits that as Akayesu based this ground of appeal on the 24 documents which had been rejected "there is no support for the Appellant's allegations in the Record on appeal. As there is no factual basis for the Appellant's allegations and arguments in [*Akayesu's Brief*], it is the Prosecution's submission that they should be dismissed without further consideration."[166] Consequently, the Prosecution puts forward no arguments in response.

88. The Appeals Chamber notes that Akayesu did not respond to the submissions by the Prosecution in his Reply and that, although he did refer to the said ground of appeal briefly during the Hearing on Appeal,[167] he failed to clarify his position nor did he argue the matter further. Although, as recalled by the Prosecutor, all the evidence adduced by Akayesu in support of his arguments were rejected by the Appeals Chamber on 22 August 2000, nevertheless the Appeals Chamber agree that it is properly seized of this ground of appeal, which was not excluded by the Decision of 22 August 2000 and of which it is validly seized. Therefore, the Appeals Chamber cannot accept the argument put forward by the Prosecution that this ground of appeal should be rejected on that basis. Thus, the Appeals Chamber intends to consider the arguments put forth in support of such grounds, if being understood that only those arguments put forward in Akayesu's Brief and those which are not based exclusively on the evidence rejected by the Appeals Chamber will be taken into consideration. In this regard, the Appeals Chamber recalls that the onus is on the Appellant to provide the Appeals Chamber with enough evidence to prove either an error of fact or an error of law, such as may occasion a miscarriage of justice or invalidate the decision.

89. As matters stand, Akayesu's arguments may be summarized as follows:[168]

(a) The Trial Chamber was neither impartial nor independent

---

[163] Akayesu's Brief, Chapter 6, para. 22.
[164] The Appeals Chamber notes that certain grounds of appeal set out in the first Notice of Appeal and which, in the Chamber's opinion, emanate from the general issue of the independence and impartiality of the Tribunal are not cited in the Akayesu's Brief (particularly in the Annex to Chapter 6). Therefore, grounds 9, 29 and 34 can be cited.
[165] "Motion to Amend Notice of Appeal relating to the Impartiality and Independence of the Tribunal and to Add New Grounds of Appeal."
[166] Prosecution's Response, paras. 7.3 to 7.4.
[167] Indeed, during the hearing on appeal Akayesu submitted: "So it will be, myself, who will present the majority of the grounds, and we may come back at points three and five and we may wish to have a discussion between ourselves on points three and five, given your Judgment on the 22nd of August which has left us in a state of not being perfectly sure how it will be presented…", See Transcript, 1 November 2000 p. 28.
[168] The Appeals Chamber notes that Akayesu did not wish to pursue the argument regarding the establishment of the Tribunal advanced in his First Notice of Appeal. Indeed, he submits in his Brief that "He does not intend to proceed with this argument in greater detail because the 2 October 1995 Decision of ICTY Appeals Chamber in *The Prosecutor v. Tadic,* seems to settle the matter. He therefore prefers to focus on another central aspect of his arguments, namely that the Tribunal fails to comply with fundamental guarantee of impartiality and independence." See Akayesu's Brief, Chapter 6, para. 2.

(i) Akayesu's submissions

90. Firstly, Akayesu submits that remarks made by the judges both in public and in private suggest a lack of impartiality on their part and constitute a violation of their duty to be independent and impartial.[169] He further alleges the existence of "pressure and special arrangements" that tended to undermine the independence of the Tribunal. Akayesu cites in support of that assertion the Judgment of 31 March 2000 rendered by the Appeals Chamber in the *Barayagwiza* case, which he claims "does not provide a remedy for the interference, pressure and arrangements that prevailed in the past [...]"[170] Finally, Akayesu points out the "defamatory and false statements made by the Registrar [which] constitute a serious violation of his obligation to exercise "judicial restraint"; they undermine the neutrality, impartiality and independence of the Tribunal".[171]

(ii) Discussion

91. As held by ICTY Appeals Chamber, there is a presumption of impartiality that attaches to a Judge or a Tribunal and, consequently, partiality must be established on the basis of adequate and reliable evidence. On this point, the Appeals Chamber endorses the standards of admissibility of an allegation of partiality as set out by ICTY Appeals Chamber in *Furundzija*, whereby:

> "[...] there is a presumption of impartiality which attaches to a Judge. This presumption has been recognized in municipal law."[172]
> [...] in the absence of evidence to the contrary, it must be assumed that the judges of the International Tribunal can disabuse their minds of any irrelevant personal beliefs or predispositions. It is for the Appellant to adduce sufficient evidence to satisfy the Appeals Chamber that [the Judge in question] was not impartial in his case. There is a high threshold to reach in order to rebut the presumption of impartiality."[173]

92. In the instant case, the arguments put forward by Akayesu are too general and abstract to rebut the presumption of impartiality. The arguments relating to biased statements allegedly made by certain Judges of the Tribunal are neither substantiated nor detailed. Similarly, there is no evidence that the Tribunal entered into "special arrangements", or that there was "influence" or "pressure" brought to bear by some authorities. Consequently, the Appeals Chamber rejects this patently unfounded allegation.

(b) Selective Prosecution

(i) Akayesu's submissions

---

[169] Akayesu's Brief, Ch. 6, para. 4. The Appeals Chamber notes that Akayesu left out of his Brief, a ground of appeal that he had raised in his second Notice of Appeal. The said ground of appeal was formulated as follows: "Judge Laïti Kama has systematically violated the presumption of innocence of the Appellant. When several witnesses, alleged to be victims of sexual violence, finished testifying, he expressed sympathy for their suffering even before the defence had began He decided they were telling the truth in advance.. By deciding in advance that the witnesses were telling the truth, the judge violated the presumption of innocence invalidating the entire Judgment." Therefore, the Appeals Chamber will not consider the said ground of appeal but will rather remark on its similarity with another argument raised in the third and fourth grounds of appeal to which the Appeals Chamber has responded. See arguments advanced under the ground of appeal relating to paragraphs 12A and 12 B of the Indictment (charges of sexual violence).
[170] Akayesu's Brief, Chapter 6, para 12.
[171] Akayesu's Brief, Chapter 6, para. 13.
[172] *Furundzija* Judgment on appeal, para. 196.
[173] *Furundzija* Judgment on appeal, para. 197.

93. Akayesu submits that the Tribunal is prosecuting only the "losers" in the Rwandan conflict by failing to prosecute the perpetrators of "crimes of extermination of the Hutu" who enjoy "complete immunity" from prosecution.[174] He submits that such failure exhibits partiality in the punishment of crimes committed in Rwanda during the relevant period. He compares this to the contrary situation before ICTY where persons from "both camps", including Croat leaders, have been prosecuted.

(ii) Discussion

94. The Appeals Chamber cannot admit Akayesu's argument that failure to prosecute persons possible perpetrators of crimes against the Hutu population is an indication of the Tribunal's partiality. On this point, the Appeals Chamber wishes to recall that "investigation and prosecution" of persons responsible for serious violations within the jurisdiction of the Tribunal fall to the Prosecutor[175] and that it is her responsibility to "assess the information received or obtained and decide whether there is sufficient basis to proceed."[176] On this point, the Appeals Chamber agrees with the analysis made by ICTY Appeals Chamber in *Celebici*, where it held that:

> "In the present context, indeed, in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation in indictments. […]"[177]

95. The allegation that the failure to prosecute possible perpetrators of crimes against the Hutu population is an indication of the Tribunal's partiality cannot properly be sustained since Akayesu advanced no evidence in support thereof.

96. Assuming that the Prosecutor pursues a discriminatory prosecutorial policy, Akayesu has failed to show any causal relationship between such a policy and the alleged partiality of the Tribunal. Furthermore, Akayesu has failed to show how such a general allegation relates to his case, that is how the alleged discriminatory prosecution on policy pursued by the Prosecutor was so prejudicial to him as to put in issue the lawfulness of the proceedings instituted against him. Akayesu has not indicated to the Appeals Chamber whether he had raised the issue at trial, the most appropriate stage to do so. Nor did he show how the alleged prosecutorial policy has or had affected the arrest of other individuals. The Appeals Chamber recalls in this context the statements made by ICTY Appeals Chamber in *Celebici*:

> "[…] the evidence of discriminatory intent must be coupled with the evidence that the Prosecutor's policy has a discriminatory effect, so that other similarly situated individuals of other ethnic or religious backgrounds were not prosecuted. […]"[178]

97. For all the foregoing reasons, the Appeals Chamber rejects this argument.

(c) Functioning of the Tribunal and approach to the conflict in Rwanda

(i) Akayesu's arguments

[174] See Annex B. Akayesu's Brief, Chapter 6, paras. 5 to 8.
[175] Article 15 of the Statute.
[176] Article 17 (1) of the Statute.
[177] *Celebici* Judgment on appeal, para. 602.
[178] *Celebici* Judgment on appeal , para. 613.

98. Akayesu argues that the very functioning of the Tribunal suggests that he could not have had a fair trial. The difficulties encountered in conducting investigations were even recognized by the Prosecution during the trial[179] and the specific example of the problems concerning Witness DAAX, show that it was impossible for Akayesu to have a fair trial since the Witness himself was arrested and imprisoned in Rwanda after his testimony.[180] In addition, Akayesu submits that the Tribunal cannot properly function when it does not have the power to issue subpoenas and compel witnesses to appear before it.[181]

99. Akayesu further submits that the Trial Chamber's approach to the Rwandan conflict is erroneous. The Appeals Chamber notes, however, that most of the arguments put forward in support of such an allegation were not reiterated by Akayesu in his Brief. [182] Therefore, the Appeals Chamber will not consider the said arguments. Akayesu's Brief containg only the argument that the Tribunal made erroneous findings concerning the incident that sparked off the conflict in April 1994, to wit the crash of the presidential plane. Indeed, Akayesu submits that the Tribunal erred in its Judgment by "referring on nine occasions, without exception, to the missile attack on the Presidential plane which took place on 6 April 1994, as a "crash", [whereas] it was not a crash, but a ground to air missile attack. That attack, which sparked off the political and interethnic conflict which began in April 1994, was wrongly characterized thereby affecting the overall assessment of the evidence.[183]

(ii) Discussion

100. With respect to this argument, the Appeals Chamber finds that, here again, Akayesu failed to show the prejudice suffered by him in his own case. The allegations are too sweeping to be rightly considered by the Appeals Chamber. With respect, firstly, to the Prosecutor's statements on travel within Rwanda and the difficulties encountered in conducting investigations, Akayesu has failed to show the relevance of that example. Similarly, he failed to explain why the episode of the testimony of Witness DAAX illustrates the impossibility of having a fair trial. Lastly, the issue of erroneous findings regarding the "crash" of the presidential plane was not elaborated on and,

---

[179] Akayesu refers to the hearing of 17 June 1997 during which the Prosecutor, in a bid to justify the belated amendment of the initial indictment, explained the difficulties encountered in conducting investigations. Indeed, the Prosecutor asserted that "We began our investigation but it was difficult. I have to say at that time back in March and April and even May. It was difficult because the majority of Rwanda was categorized as what is known as Phase 4. A phase 4 means that our investigators cannot travel into the field without armed escort [...]" See in connection with this point the issues grouped under this ground of appeal in relation to amendment of unlawful initial indictment (First sub-ground of the fourth ground of appeal).

[180] Akayesu's Brief, Chapter 6, paras. 9 to 10.

[181] Akayesu submits that "The Tribunal is not functional, because it lacks the power to subpoena, to order witnesses to appear before it. The only power of constraint held by the Tribunal is its power – legally dubious at that - to order the arrest of a suspect in a third country and his/her transfer – also probably illegal – to the seat of the Tribunal in Arusha. This disequilibrium between the power to arrest an accused person wherever he/she may be, and the absence of power to arrest an accused to appear before the Tribunal causes an incurable prejudice to the defence." See Annex B.

[182] The arguments concerned are the following: (set forth in the second Notice of Appeal): The Tribunal erred in fact and in law by characterising the conflict in Rwanda in 1994 as an internal conflict [para n]; The Tribunal made a crucial error by concluding that it was necessary to clearly distinguish the military conflict between the Rwandan Patriotic Front (RPF) and the Rwandan Armed Forces (RAF) from the civil conflict between those who were ostensibly non-combatants. [para. o]; The Tribunal ruled *ultra petita* that there was genocide in Rwanda between April and July 1994 [para p.]; The Tribunal erred in concluding that there had been a planned genocide against the Tutsi in Rwanda between April and July 1994 [para. q] See Annex B.

[183] See Annex B.

therefore, cannot be duly considered by the Appeals Chamber. Therefore, the Appeals Chamber rejects this last argument.

101. Consequently, and given the inadequacy of the arguments put forward, the Appeals Chamber rejects all the grounds of appeal relating to the impartiality of the Tribunal.

D. Ground Four: Total Absence of the Rule of Law; *Erreurs fatales au jugement de culpabilité.*[184]

1. Sub-Ground One: Improper amendment of the original indictment[185]

102. Broadly speaking, Akayesu submits that the Chamber erred in law in allowing the Prosecutor to amend the indictment to include three counts relating to sexual crimes. Therefore Akayesu prays the Appeals Chamber "to quash all convictions relating to sexual violence, with prejudice to the Prosecutor".[186]

(a) Arguments of the parties

103. Akayesu submits that at the hearing of 17 June 1997 the Trial Chamber erred in law, by belatedly granting leave to amend the original indictment. Indeed, during the said hearing, the Prosecutor moved orally the Trial Chamber for leave to amend the said indictment. Now, only on the eve of the hearing in the evening did the Prosecutor serve Counsel for Akayesu with copies of a few witness statements and the amended indictment. Despite objections from Akayesu's Counsel and his request for written submissions to argue the merits of the case, the Trial Chamber granted leave to amend the indictment without holding an *inter partes* hearing.[187]

104. Akayesu submits in the main that such late amendment caused him a substantial prejudice arising from several cumulative factors:

The timing of the amendment: the amendment was effected after all the Prosecution witnesses with respect to that specific crime (to wit Witnesses J and H) had been heard by the Chamber. Moreover, at the time the indictment was amended, the witnesses who had already been heard had returned to Rwanda.[188] Not only was Akayesu unable to cross-examine those witnesses after the amendment of the indictment,[189] but it was also impossible for him to do so during their testimony.[190] Indeed, the prior statements of those witnesses made no reference to sexual violence. Thus, it was not possible to cross-examine those witnesses in relation to the crimes of sexual violence during their appearance since such acts were not mentioned in the original indictment. Therefore, the Trial Chamber was wrong to blame him for failing to cross-examine the said witnesses on the allegations of sexual violence.[191]

---

[184] This ground of appeal was so worded by Akayesu in his second Notice of Appeal and confirmed at the start of the hearing on appeal.
[185] See Annex B concerning the grounds of appeal relating to this issue.
[186] Akayesu's Brief, Chap. 5, para. 19; Akayesu's Brief, Chap. 15, para. 3.
[187] Akayesu's Brief, Chap. 5, paras. 4 to 6.
[188] Akayesu's Brief, Chap. 5, para. 16; T(A), 1 November 2000, p. 87 (French).
[189] Akayesu's Reply, para. 79.
[190] Akayesu's Reply, paa. 78.
[191] Akayesu quotes para. 453 of the Trial Judgment which states that: "In making its factual findings, the Chamber has carefully considered the cross-examination by the Defence of Prosecution witnesses and the evidence presented by the Defence. With regard to cross-examination, the Chamber notes that the Defence did not question the testimony of

The amended indictment as "completely new".[192] The amended indictment refers to events which took place between 7 April and the end of June 1994 and therefore goes beyond the period covered by in the original indictment, namely 18, 19 and 20 April 1994. Akayesu contends that the new indictment amounts to a "radical change in his trial".[193]

105. In the alternative, Akayesu submits that an additional factor aggravated the prejudice already suffered: that is the 19-month time lapse between the date of his detention and the date of amendment of the indictment.[194] Akayesu contends that the Prosecutor, "had she been diligent, could have brought the charges of sexual violence much earlier".[195]

106. Akayesu maintains that the consequences of such prejudice are irreparable and that the late amendment of the indictment resulted in a violation of his right to full answer and defence.[196] It is Akayesu's submission that both the case law of the Tribunal and that of the United Kingdom, the United States of America and Canada[197] show that the only test for granting leave to amend an indictment is the absence of prejudice to the accused.[198] Arguing tha there is "serious prejudice",[199] Akayesu prays the Appeals Chamber to set aside the conviction regarding sexual violence as a remedy.[200]

107. The Prosecution submits, firstly, that Akayesu failed to show prejudice caused to him and it is therefore not required to respond.[201] In any event, it submits that even by basing his argument on the case law of the Tribunal (which incidentally is only partially relied on) Akayesu failed to show that the amendment of the indictment was inadmissible.[202] Moreover, the Appellant failed to show that the postponement of his trial, under the circumstances, from 29 September to 23 October 1997 constituted undue delay.[203]

108. The Prosecution further submits that under Rule 50 of the Rules it may amend the indictment where evidence is obtained after the issuance of an indictment. In the instant case, it actually had, from an early stage of its investigations, certain information about sexual violence at the *Bureau communal*. However, this evidence was not sufficient to proffer any charges against Akayesu. The Prosecution moved for leave to amend the indictment as soon as it had evidence which showed Akayesu's responsibility for rape and other acts of sexual violence in Taba (in particular, the evidence of Witnesses J and H at trial satisfied it that sexual crimes had, indeed, been

---

Witness J or H on rape at all, although the Chamber itself questioned both witnesses on this testimony;" Akayesu's Brief, Chapter 5, para. 16.

[192] Akayesu's Brief, Chapter 5, para. 16.

[193] Akayesu's Reply, para. 81. During the hearing on appeal, Akayesu argued that: "There was a complete change of the offences over a period of three months with regard to sexual violence". T(A), 1 November 2000, p. 87.

[194] Akayesu's Reply, paras. 76 and 80.

[195] Akayesu's Brief, Chapter 5, para. 5; Akayesu's Reply, para. 80.

[196] Akayesu's Brief, Chapter 5, para. 19.

[197] Akayesu's Brief, Chapter 5, paras. 10 to 14.

[198] Akayesu's Brief, Chapter 5, paras. 10 to 14; T(A), 1 November 2000, p. 86 (Fr.).

[199] T(A), 1 November 2000, p.88.

[200] Akayesu's Brief, Chapter 5, para. 19.

[201] Prosecution's Response, para. 6.4.

[202] Prosecution's Response, para. 6.7.

[203] Prosecutor's Response, Chapter 6, para.6.8. The Prosecutor refers to the oral decision rendered by the Trial Chamber on 17 June 1997 in which the said Chamber "decided to postpone the resumption date of the trial to 22 October 1997", T(A), 17 June 1997. See also the written Decision: "Leave to amend the Indictment", 17 June 1997, p. 3. Actually, the trial resumed only on 23 October 1997.

6015/A bis

committed).[204] The Prosecution further submits that a large number of national jurisdictions allow amendments of indictments at trial.[205] Furthermore, the amendments to the indictment were neither substantial nor totally new.[206]

109. Lastly, the Prosecution acknowledges that Akayesu's Counsel did not cross-examine Witnesses J and H as reflected in the Judgment. However, the Trial Chamber, is assessing the evidence, questioned the witnesses about the acts attributed to Akayesu and found the charges of sexual violence in Taba proved beyond a reasonable doubt, based on numerous other testimonies.[207]

(b) Discussion

(i) Absence of *inter partes* hearing prior to the Trial Chamber's Decision

110. Following the filing by the Prosecution on 16 June 1997 of its written motion for the Trial Chamber to hold a hearing as soon as possible on the issue of amendment of the original indictment,[208] the Trial Chamber sat on 17 June 1997 in order mainly to hear the parties on the said motion. During the said hearing, the Prosecution put forth its arguments and Counsel responded thereto. However, Counsel did not submit on the merits of the issue. Counsel argued that he lacked adequate sufficient time to peruse the documents submitted in support of the motion and requested leave to file written submissions.

111. Following a short adjournment of the hearing, the Trial Chamber granted leave to the Prosecution to amend the original indictment provided the amended indictment was served on the Defence and the latter afforded a period of four months to prepare its defence.

112. The Appeals Chamber recalls that every accused is entitled to a fair hearing. Nevertheless, in the instant case, the Trial Chamber did not totally deny the Defence's right to be heard. The question here is whether the Trial Chamber acted reasonably in refusing to adjourn the hearing, which would have occasionned a delay of several weeks.

113. Akayesu argues that his right to be heard prior to the amendment of the original indictment has been violated because the time afforded him was inadequate. The Appeals Chamber holds that it must not consider this argument further. It observes that the accused had pleaded not guilty to the new charges and had actually pleaded his case with respect thereto without raising any further objection. In light of the foregoing, even if the rights of the accused had been violated, there is cause to find that the Defence had renounced all right to invoke such violations before the Appeals Chamber.

114. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber finds that the grounds raised are not such as to warrant its intervention, although it concedes that had it been in the Trial Chamber's shoes it would have probably acted otherwise.

(ii) The merits of the leave granted by the Trial Chamber to amend the original indictment and the possible prejudice suffered by Akayesu

[204] Prosecution's Response, para. 6.13.
[205] Prosecution's Response, paras. 6.14 to 6.22.
[206] T(A) 1November 2000, pp. 197 to 200 (Fr).
[207] Prosecution's Response, paras. 6.24 to 6.26.
[208] Prosecution's request to seize the Trial Chamber of an urgent oral motion seeking amendment of the indictment in the instant case, 16 June 1997.

115. In its decision dated 17 June 1997, the Trial Chamber held that it was "convinced" that the Prosecutor's motion "is well-founded".[209]

116. Rule 50 of the Rules as worded in June 1997 read as follows:

> The Prosecutor may amend an indictment, without leave, at any time before its confirmation, but thereafter only with leave of the Judge who confirmed it or, if at trial, with leave of the Trial Chamber. If leave to amend is granted, the amended indictment shall be transmitted to the accused and to his counsel and where necessary the date for trial shall be postponed to ensure adequate time for the preparation of the defence.

117. The Appeals Chamber recalls that the said Rule must be applied pursuant to Article 9(2) of the ICCPR and Articles 19 and 20 of the Statute of the Tribunal. It recalls in this connection the decision rendered by ICTY Appeals Chamber in *Kovacevic*.[210]

118. To determine whether the Trial Chamber erred in granting leave to amend the indictment, the Appeals Chamber must take into account several factors so as to enable it to assess any prejudice Akayesu might have suffered.

The scope of the proposed amendments

119. The Trial Chamber granted the Prosecutor leave to include three new counts of sexual violence.[211] The original indictment against Akayesu includes 12 counts. Said indictment underwent several amendments which, the Appeals Chamber finds, are not such as would make the amended indictment a "completely new" one. Indeed, the three new counts related to the sites (Taba *commune*, in particular, the *Bureau communal*) and the material time (from April to end of June 1994), referred to in the initial indictment. Therefore, the purpose of the amendments to the indictment was to reflect more accurately Akayesu's actual responsibility in the crimes allegedly committed in Taba *commune* in particular at the *Bureau communal*. Therefore, the Trial Chamber did not err in law in finding that the scope of the amendments to the initial indictment was not objectionable.[212]

The timing of the amendment

120. The Appeals Chamber recalls that the Prosecutor may amend an indictment during trial subject to leave from the Trial Chamber. As the Appeals Chamber found in its *Barayagwiza* decision, such amendment may be sought based on the results of her investigations.[213] In the instant case, the reasons put forth at the hearing of 17 June 1999 by the Prosecution justified the belated filing of the amendment request. The Prosecution reminded the Trial Chamber of the stages in its

---

[209] Leave to Amend the Indictment, 17 June 1997, p.3.
[210] Decision Stating Reasons for Appeals Chamber's Order of 29 May 1998, *The Prosecutor v. Milan Kovecevic*, Case No. IT-97-24-AR73, ICTY Appeals Chamber, 2 July 1998.
[211] Count 13: Crimes against humanity (rape), crimes punishable under Article 3(g) of the Statute of the Tribunal; Count 14: Crimes against humanity (other inhumane acts), crimes punishable under Article 3(i) of the Statute; Count 15: Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and Article 4(2) (e) of Additional Protocol II as reproduced under Article 4(e) [Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment rape and any form of indecent assault] of the Statute.
[212] The Appeals Chamber echoes the statements of ICTY Appeals Chamber to the effect that in order to assess whether the leave granted by the Trial Chamber to amend the indictment was well-founded in law asked itself "whether the size of the proposed amendments was objectionable". See "Decision Stating Reasons for Appeals Chamber Order of 29 May 1998," *The Prosecutor vs. Milan Kovacevic*, Case No. IT-96-24-AR73, ICTY Appeals Chamber, 2 July 1998, paras. 22 to 25.
[213] *Barayagwiza* Decision, para. 95.

investigations and highlighted the particularly difficult security conditions prevailing in Rwanda at the time.[214] Furthermore, the Prosecution filed sufficient material in support of its request.[215] Consequently, the Trial Chamber properly granted leave to amend the indictment albeit belatedly.

121. As regards the fact that it was impossible for Akayesu's Counsel to cross-examine Witnesses J and H on sexual crimes (these witnesses appeared before the Trial Chamber prior to the amendment of the indictment[216]) the Appeals Chamber wishes to make the following observations: The Appeals Chamber holds the view that Akayesu's Counsel could not have guessed that there had been acts of sexual violence Akayesu was charged with subsequently after the Trial Chamber had granted the amendment of the indictment. Indeed, the prior statements of the relevant witnesses did not mention acts of rape perpetrated at or in the vicinity of the *Bureau communal.*[217] When Witnesses J and H testified to acts of rape on or near the premises of the *Bureau communal* in Taba[218] the judges of the Chamber questioned them about those crimes, but Counsel for Akayesu did not cross-examine them on those specific acts. However, it must be noted that Counsel for Akayesu did not choose to request the Trial Chamber subsequently to recall the witnesses. Consequently, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err in law by taking into account in its factual findings the fact that Akayesu's Counsel "did not question the testimony of Witness J and Witness H on rape at all",[219] nor other evidence.

Extension of time afforded to Akayesu

122. In its Decision of 17 June 1997, the Trial Chamber, pursuant to Rule 50 of the Rules, granted Akayesu's Counsel a 4 month extension to prepare his defence adequately.[220] The Appeals Chamber holds that such time-limit was reasonable and adequate. It further holds that Akayesu did

---

[214] The Prosecutor explained at the hearing of 17 June 1997 that the earlier investigations were not adequate to establish the responsibility of the Accused in the acts of violence. She had received statements from witnesses working with non-governmental organizations about the acts of sexual violence in Taba *commune* and had examined those statements in the summer of 1996. Thereafter, a team was established in October 1996 to look into the issue of sexual violence. However, the evidentiary material was still not sufficient because "the women were ashamed to admit to the sexual violence they had suffered." After the testimony of Witness H (March 1997), the Prosecutor decided to go further and refocus the investigations. The investigations were therefore continued "but it was difficult to come to any sort of conclusion in March, April or May, the task was not easy because Rwanda was in phase IV of the Security Plan, which means that [the] investigators could not go to the field without United Nations escort [...]. Conducting investigations on such an important issue as the protection of witnesses [...] with an armed escort, is not practical due to the risk of attracting attention to the witnesses." Thus, the Prosecutor resorted to other approaches in order to contact the witnesses. In this way, the investigators managed to take statements, which were forwarded to the Office of the Prosecutor one week before the hearing of 17 June 1997. T(A), 17 June 1997.

[215] Supporting material. Witness statements redacted pursuant to Order of 27 September 1996 to ensure confidentiality. This material was submitted to the Chamber on 17 June 1997. See "Leave to amend indictment", 17 June 1997, p. 2.

[216] Witness J appeared on 27 January 1997 and Witness H on 7 March 1997 or about five and three months and a half respectively prior to the amendment of the initial indictment.

[217] Exhibits 101 and 107.

[218] Witness J testified before the Trial Chamber that her six-year old daughter was raped by three *Interahamwe* who had come to kill her father and Witness H testified that she herself was raped in a field and that she had seen other Tutsi women being raped close to the *Bureau communal.* See Judgment, para. 416.

[219] More specifically, the Trial Chamber explained: "In making its factual findings, the Chamber has carefully considered the cross-examination by the Defence of prosecution witnesses and the evidence presented by the Defence. With regard to cross-examination, the Chamber notes that the Defence did not question the testimony of Witness J or Witness H at all, although the Chamber itself questioned both witnesses on this testimony." See para. 453 of the Judgment.

[220] After having granted leave to amend the original indictment, it "remind[ed] the Prosecutor of her obligation, under Rule 50 of the Rules, to transmit the amended indictment and the evidentiary material submitted in support of these amendments to the accused and his counsel, as soon as possible and in the two official languages of the Tribunal" and "decid[ed] to postpone the resumption date of the trial to Wednesday, 22 October 1997, at 09:30 hours". Cf. "Leave to amend the indictment", 17 June 1997, p. 3.

submit on the merits by pleading not guilty to the new charges, without subsequently challenging the amendment of the initial indictment.[221] Furthermore, the extension was not excessive and was in consonance with Articles 19 and 20 of the Statute."[222]

123. Consequently, the Appeals Chamber rejects all the grounds of appeal relating to the amendment of the original indictment.

2. Sub-Ground Two: Improper treatment of prior witness statements

124. Akayesu submits that:

> The court erred by taking a collective blanket decision to consider as more truthful the witness statements before the court as opposed to their prior out-of-court statements. Whenever there is divergence between a statement made in court and one made out of court, the court must consider on an individual basis – witness by witness and statement by statement – the divergences between the out-of-court statement and the statement in court. By taking a blanket decision, the court violated the presumption of innocence and favoured unduly Prosecution witnesses thereby causing a miscarriage of justice.[223]

125. Akayesu essentially submits that the Trial Chamber erred in adopting what he describes as a "policy" of accepting as more truthful, direct evidence of witnesses before the Trial Chamber than that contained in their prior statements ("Precedence of testimonies").[224] He also submits that the Trial Chamber erred in refusing to order the production of evidence proving the existence, contents and truthfulness (or otherwise) of prior statements made by witnesses, where the latter deny having made them. Lastly, Akayesu submits that the disclosure of evidence left much to be desired.[225]

---

[221] For instance, the Appeals Chamber recalls the wording of Rule 73 of the Rules in force in June 1997: "Subject to Rule 72, either party may move before a Trial Chamber for appropriate ruling or relief after the initial appearance of the accused. Such motions may be written or oral, at the discretion of the Trial Chamber".

[222] On this point, see "Decision Stating Reasons for Appeals Chamber Order of 29 May 1998", *The Prosecutor v. Milan Kovacevic,* Case No. IT-97-24-AR73, Appeals Chamber, 2 July 1998, paras. 26 to 33. It must be understood that the Trial Chamber showed concern for the rights of the Accused: "Whereas the Tribunal takes due note that the rights recognized to the accused thus correspond to the principles established under Article 20(4) of the Statute which provides in sub-article (a) that he must be informed promptly and in detail in a language which he or she understands, of the nature and cause of the charge against him; and in sub-article (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his or her defence and to communicate with counsel of his or her own choosing."

[223] The Appeals Chamber holds the view that this represents Akayesu's main ground of appeal in this section. See annex B. Akayesu also requested to amend this ground of appeal to include an allegation that the Trial Chamber erred in permitting the testimony of expert-witness Mathias Ruzindana, to explore matters which fell outside the witness's field of expertise. This included, *inter alia,* the fact the witness testified that Rwandans were more likely to tell the truth before the Tribunal than to investigators. Though these submissions are included in Chapter 8 of Akayesu's Brief (parts of paras. 1 and 6 and paras. 19 to 22 regarding "*oath helping*", the prohibition against calling evidence in general of the credibility of witnesses before such evidence has even been challenged, and the fact that a witness may not be called to lend weight to the credibility of another witness, para. 26 and part of para. 27), and the Appeals Chamber refused leave to amend this ground of appeal in its Decision of 22 August 2000 and therefore these arguments will not be considered. Akayesu submits that his grounds of appeal concerning the disclosure of evidence are also reproduced in this section. Akayesu's Brief, Chapter 13, Section 4. However, in arguments advanced in support of this ground of appeal, Akayesu only cited the shorter of the said grounds, that is, Ground 33 of the first Notice of Appeal.

[224] Akayesu's Brief, Chapter 8, para.6.

[225] Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 4 and 5. Akayesu also alleges that statements disclosed to him were incomplete and did not include the questions put to the witnesses.

126. In the Prosecution's submission the latter arguments concern the taking of evidence and fall outside the scope of this ground of appeal. They should therefore be disregarded.[226] The Appeals Chamber disagrees. It is not the case that each and every argument in support of a ground of appeal should be set out in the notice of appeal, which often is very brief. Clearly, it all depends on the facts of the case in case at bar, the Appeals Chamber finds that the issues are sufficiently linked for the Appeals Chamber to consider them as being raised in support of the main ground mentioned above.[227]

127. As to the remedy sought, Akayesu submits that the error committed has caused him irreparable prejudice and violated his right to a fair trial.[228] As a result, he prays the Appeals Chamber to order "*cassation du verdict*", "quash the verdict".[229] During the hearing on appeal, Akayesu submitted further that this issue was "central to the entire trial".[230] He stated that "the consequence of this is the invalidation of the entire trial unless the Prosecutor can prove that there's absolutely no consequence, because it permeates the entire trial".[231]

(a) The Trial Chamber's policy of favouring evidence given at trial[232]

(i) Arguments of the parties

128. Akayesu submits that while he does not allege that the Trial Chamber failed to look into contradictions between testimonies and prior statements, its "examination of the prior declarations was conditioned by a principle and by legal principles which are illogical".[233] In his submission, the Trial Chamber failed to evaluate the evidence before it on a case-by-case basis.[234] He asserts that

[226] Prosecution's Response, paras. 9.3 and 9.4. As a result, the Prosecution does not put forward any arguments in response. In Akayesu's Reply, Akayesu submits that the two issues are clearly linked and that the Trial Chamber itself relied on the lack of access to transcripts of the interviews of witnesses, in adopting its policy with regard to prior witness statements. Akayesu holds the view that evidence produced supports the main ground of appeal and that he "is simply indicating in the said paragraph 5 of his Brief the appropriate procedure to be followed when a witness denies his prior statement or when there is inconsistency between his testimony at trial and his prior statement. The approach the Appellant adopts here supports the main ground of appeal and calls into question paragraph 137 of the Judgment, in which the Chamber does not consider whether it could or should call the investigators and/or interpreters to ascertain the content and accuracy of statements", Akayesu's Reply, paras. 90 and 91.

[227] The Prosecution also identifies other issues which it states are raised in this ground of appeal, including the alleged violation of the right to have adequate time and means to prepare the defence, and issues as to the right to have effective free legal assistance and which it submits have nothing to do with the main question raised. Prosecution's Response, para. 9.6. The Appeals Chamber has not identified these issues as having been raised by Akayesu in this ground of appeal and hence will not respond in relation to them.

[228] Akayesu's Brief, Chapter 13, para. 31.

[229] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 3.

[230] In the English transcripts of the hearing, Counsel for Akayesu stated that this issue was "central to the entire trial", TA(A), 1 November 2000, p. 77. This sentence is not in the French transcripts (the interpreter's microphone was closed, T(A), 1 November 2000, pp. 107 to 108.

[231] T(A), 1 November 2000, pp. 113 to114. See also Akayesu's Reply, para. 95: "The prejudice suffered by the Appellant is enormous and arises from testimonies given by most of the lay witnesses". He submits that "This constitutes a fatal error in the trial which pervades almost all the evidence, hence justifying the quashing of the verdict on all the counts".

[232] In his Brief, Akayesu submits that three issues are raised in this ground of appeal: "disclosure of evidence, discrepancies between statements and testimonies, and the precedence given to statements", Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 3. However, the Appeals Chamber holds that, based on Appellant's arguments, it is proper to treat the first two issues together, since the third constitutes the main issue.

[233] T(A), 1 November 2000, p. 78 (French). In his Reply, Akayesu asserts that he has "never stated that the Chamber failed to consider witnesses' prior statements. He contended that the Chamber had adopted a policy according more probative value to the testimony at trial whenever there were discrepancies" (para. 93).

[234] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 6.

though on one or two occasions, prior statements justified the rejection of testimony, this does not mean that the judges were not applying a policy.[235] Akayesu submits that the Trial Chamber failed to consider the strengths and weaknesses of both the live testimony and prior statements before reaching a decision as to which is reliable.[236] He argues that, on the contrary, the Trial Chamber adopted one overall policy, which essentially favoured live testimony.[237] He submits that a Trial Chamber cannot reject prior declarations, "as a principle."[238] One of the primary ways of impeaching the credibility of a witness is by establishing that he or she made a contrary statement on another occasion. Akayesu submits that the Trial Chamber's overall policy of favouring live testimony prevented him from doing so.[239]

129. The Prosecution submits that on the contrary the Trial Chamber's findings illustrate that it did in fact assess discrepancies and inconsistencies on a case by case basis and not pursuant to a policy to reject the witnesses prior statements without assessing their credibility.[240]

(ii) Discussion

130. The Trial Chamber devoted considerable attention to the issue of prior statements and to the fact that there exists numerous inconsistencies between them and evidence given by witnesses in court.[241] The Appeals Chamber observes that in fact, as a result of the frequent allegations of in consistencies made by Akayesu during the trial, the Trial Chamber requested the Prosecutor "in view of the exceptional nature of the offences, to submit to the Tribunal all written witness statements already made available by her to the Defence Counsel in this case".[242] The Trial

---

[235] T(A), 1 November 2000, Chapter 8, para. 6, p. 82 (English transcripts). This argument does not appear in its entirety in the French transcripts (p. 113).

[236] Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 6 and 24. In his view, it is necessary to consider the strengths and weaknesses of evidence and testimonies, as well as the reasons or explanations offered for any inconsistencies. Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 8.

[237] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 6. Akayesu makes reference particularly to paras. 137, 140, 261 and 408 of the Judgment as illustrative of this approach. See also TA(A), 1 November 2000, pp. 113 and 114.

[238] T(A), 1 November 2000, p. 81.

[239] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 23. Akayesu submits that resort to prior statements accords with the presumption of innocence. This includes the right to evaluate evidence and witnesses by reference to their prior statements in order to consider both the strengths and weaknesses of testimony and prior statements, together with any reasons or explanations as to discrepancies between them. This is something which should be done on a case-by-case basis. Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 8 and 23. He submits: "By adopting a rule which, for all intents and purposes, establishes a presumption of veracity of live testimony even where the witness concerned had offered differing accounts, the Tribunal disregarded the principles of presumption of innocence and of reasonable doubt operating in favour of the accused. The Tribunal should have adopted a rule in consonance with the rule laid down in the *Kayishema* case where a discrepancy between testimonies before the Tribunal and statements to investigators should raise a doubt as to evidence of the fact in issue, and where the discrepancy is considerable, it should raise a doubt as to the witness's entire evidence."

[240] Prosecution's Response, para. 9.18. The Prosecution submits that Akayesu misconceives the Trial Chamber's reasoning and findings and that in fact "the Trial Chamber … analyses all the inconsistencies and contradictions (alleged by both the Defence and the Prosecution throughout the proceedings) on a case by case basis. In doing so, the Trial Chamber makes it clear that it is the credibility of the witnesses that is at stake". Prosecution's Response, para. 9.11. The Prosecution proceeds to give examples as to when this was done. Prosecution's Response, paras. 9.12 to 9.18. It submits that contrary to Akayesu's allegations "The Trial Chamber treated the prior statements of both Prosecution and Defence witnesses in the same way." Prosecution's Response para. 9.19. In fact, the Prosecution submits in the same para. that a number of Prosecution witnesses wered declared unreliable due to contradictions between their prior statements and their testimony before the Trial Chamber".

[241] See also Akayesu's Brief, Chapter 8, para.30.

[242] Decision by the Tribunal on its request to the Prosecutor to submit the written witness statements, dated 28 January 1997.

6009/A bis

Chamber clarified this decision following a Prosecution motion,[243] by stating that, this was sought specifically "so as to enable the Tribunal to better follow the arguments put forward by the parties and to monitor any possible contradictions".[244]

131. In the Judgment, the Trial Chamber initially set out what it referred to as "general evidentiary matters of concern".[245] By way of introduction, it indicated having "attached probative value to each testimony and each exhibit individually according to its credibility and relevance to the allegations at issue".[246] Having noted that both parties often relied on pre-trial statements in cross-examination, it found:

> In many instances, the Defence has alleged inconsistencies and contradictions between the pre-trial statements of witnesses and their evidence at trial. The Chamber notes that these pre-trial statements were composed following interviews with witnesses by investigators of the Office of the Prosecution. These interviews were mostly conducted in Kinyarwanda and the Chamber did not have access to transcripts of the interviews, but only translations thereof. It was therefore unable to consider the nature and form of the questions put to the witnesses, or the accuracy of interpretation at the time. The Chamber has considered inconsistencies and contradictions between these statements and testimony at trial *with caution* for these reasons, and in the light of the time lapse between the statements and the presentation of evidence at trial, the difficulties of recollecting precise details several years after the occurrence of the events, the difficulties of translation, and the fact that several witnesses were illiterate and stated that they had not read their written statements. Moreover, the statements were not made under solemn declaration and were not taken by judicial officers. In the circumstances, the probative value attached to the statements is, in the Chamber's view, considerably less than direct sworn testimony before the Chamber, the truth of which has been subjected to the test of cross-examination.[247]

132. Akayesu alleges that the last sentence of the paragraph above, reflects a "policy" which gave precedence to testimonies over prior statements.[248] The Appeals Chamber disagrees and can find no error in such a general finding by the Trial Chamber for the following reasons. It is well established that a Trial Chamber is primarily responsible for assessing and weighing the evidence presented at trial. In this regard, ICTY Appeals Chamber has reaffirmed on several occasions that it is guided by the following overriding principle:

> Trial Chambers are best placed to hear, assess and weigh the evidence, including witness testimonies, presented at trial …it is for a Trial Chamber to consider whether a witness is reliable and whether evidence

---

[243] *Prosecution's motion to reconsider and rescind the order of 28 January 1997 for the disclosure of witness statements,* filed on 4 February 1997.

[244] *Decision on the Prosecutor's motion to reconsider and rescind the order of 28 January 1997,* dated 6 March 1997. The Trial Chamber found that "it is mainly because the Defence, during its cross-examinations, would frequently contend that there were contradictions between the statements made by the witnesses for the Prosecutor to the investigators of the Office of the Prosecutor and those made in court, that the Tribunal asked the Prosecutor to submit to the Tribunal copies of written witness statements already disclosed to the Defence so as to enable the Tribunal to better follow the arguments put forward by the parties and to monitor any possible contradictions". The Trial Chamber found that this decision "specifies clearly that the order of 28 January 1997 could only be interpreted with respect to written witness statements already disclosed to the Defence" (Decision of Trial Chamber I of March 1997, p. 5). This decision was also cited within the context of Akayesu's allegation, made in the eighth Ground of Appeal, that the Trial Chamber had ordered the disclosure of all Defence witness statements. The Appeals Chamber has already explained how it intends to proceed with this ground of appeal.

[245] Trial Judgment, para. 130.

[246] Trial Judgment, para. 131.

[247] Trial Judgment, para. 137 (emphasis added).

[248] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 6.

presented is credible. The Appeals Chamber therefore has to give a margin of deference to the Trial Chamber's evaluation of the evidence presented at trial.[249]

133. In the case at bar, the Trial Chamber observed that it was faced frequently with allegations of inconsistency between prior statements and live testimony. It found generally that "[i]n the circumstances, the probative value attached to the [prior] statements is, in the Chamber's view, considerably less than direct sworn testimony before the Chamber".[250] The Appeals Chamber finds that such a general finding is, in the circumstances of a particular case, properly open to a Trial Chamber, but it is not, as suggested, reflective of a "policy".

134. Rule 90(A) of the Rules provides that "[w]itnesses shall, in principle, be heard by the Chambers unless a Chamber has ordered that the witness be heard by means of a deposition as provided for in Rule 71".[251] Although there are well-accepted exceptions to this rule, which will be discussed below,[252] the general principle is that Trial Chambers of the Tribunal shall hear live, direct testimony. In the opinion of the Appeals Chamber prior statements of witnesses who appear in court are as a rule relevant only insofar as they are necessary to a Trial Chamber in its assessment of the credibility of a witness.[253] It is not the case, as appears to be suggested by Akayesu, that they should or could generally in and of themselves constitute evidence that the content thereof is truthful. For this reason, live testimony is primarily accepted as being the most persuasive evidence before a court.

135. However, as pointed out by ICTY Appeals Chamber, disclosure of witness statements "is a matter that touches upon the duty of a Trial Chamber to ascertain facts, deal with credibility of witnesses and determine the innocence or guilt of the accused person.[254] The Appeals Chamber finds that it is mainly in this context that any prior statement is considered by a Trial Chamber. Therefore, it falls to the Trial Chamber to assess and weigh the evidence before it, in the circumstances of each individual case, to determine whether or not the evidence of the witness as a whole is relevant and credible.

136. In the instant case, the Appeals Chamber finds that the credibility of witnesses was the primary concern of the Trial Chamber in considering the evidence. This is reflected both in its general observations and in its examination of the evidence before it reached its factual findings on each count of the Indictment.[255] The Trial Chamber stated that "[i]n its assessment of the evidence, as a general principle, the Chamber has attached probative value to each testimony and each

---

[249] *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 63; *Tadic* Appeal Judgment, para. 64; *Furundzija* Appeal Judgment, para. 37: "The reason the Appeals Chamber will not lightly disturb findings of fact by a Trial Chamber is well known; the Trial Chamber has the advantage of observing witness testimony first-hand, and is, therefore, better positioned than this Chamber to assess the reliability and credibility of the evidence"; See also *Celebici* appeal Judgment, para. 491.

[250] Judgment, para. 137.

[251] Rule 90(A) of the Rules governs witness testimony.

[252] See the sixth Ground of Appeal relating to hearsay evidence.

[253] *Kayishema/Ruzindana* Judgment, para. 77. See *Archbold* 2000, para. 8-130: "In criminal proceedings, the inconsistency goes to credit and the earlier statement cannot be treated as evidence of the truth of its contents."

[254] *Tadic,* Appeals Judgment, para. 317. The Appeals Chamber notes that the analysis carried out by the Appeals Chamber in this case concerned primarily the disclosure of prior statements of defence witnesses after examination-in-Chief. However, this principle concerns equally the disclosure of Prosecution witness statements, which enables a Trial Chamber to "fulfill its mandate to ascertain the credibility of the evidence brought before it." See, *Tadic* Appeals Judgment, para. 321. The Appeals Chamber also notes that Akayesu relies on the reasoning in this decision in his submissions in this ground of appeal, and in the *Kayishema and Ruzindana* Judgment, paras. 76 to 80. Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 9 and 10.

[255] The factual findings are found in Trial Judgment, paras. 157 to 460. In general, see also the third sub-ground of the fourth Ground of Appeal.

6007/A bis

exhibit individually according to its credibility and relevance to the allegations at issue."[256] Thereafter, and as pointed out by the Prosecution, the Trial Chamber considered the testimony of each witness (both Prosecution and Defence)[257] on which it relied to convict or acquit Akayesu of the respective charges. In particular, it elaborated on and reasoned its findings respecting alleged inconsistencies between prior statements and live testimony which emerged during cross-examination.[258] In some cases, The Trial Chamber accepted the prior statement as more credible,[259] while in others it preferred the live testimony, accepting a witness's explanation for the inconsistency.[260] Contrary to Akayesu's submission it is not the view of the Appeals Chamber that such a review was carried out in a biased fashion such that inconsistencies in Prosecution evidence were always deemed immaterial, while those of Defence witnesses were adjudged material.[261] On the contrary, the Trial Chamber considered the inconsistencies in the light of its evaluation of the overall credibility of each particular witness.[262] For example, the Appeals Chamber notes the finding by the Trial Chamber that Akayesu had "successfully challenged" the credibility of a Prosecution witness, such that the Trial Chamber could not convict on paragraph 17 of the Indictment.[263] The Trial Chamber found that "[w]hile the Chamber has been cautious in allowing the contents of pre-trial written statements to impeach the testimony of witnesses before it, in this case the inconsistencies between the testimony and the written statement of Victim X are many and too significant to justify a finding of credibility without corroboration of other testimony."[264]

137. Akayesu relies on the fact the Trial Chamber found that there were "*many instances*" where inconsistencies arose.[265] He is selective in his citation of the Trial Judgment as in fact it is clear that it was Akayesu who alleged that there were such inconsistencies "[i]n many instances".

138. Akayesu lists in his Brief several instances where he alleged such discrepancies occurred.[266] However, he failed to show how the Trial Chamber erred in its assessment of the testimonies in question or how he suffered prejudice as a result. During the Hearing on Appeal, he stated that he

---

256 Trial Judgment, para. 131.
257 This is contrary to Akayesu's allegation that in fact the Trial Chamber treated prior statements unfairly, as between Defence witnesses and Prosecution witnesses. Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 30. He submits that: "the Chamber applied its rule of assessing prior statemens unfairly, often taking defence witnesses to task for having made different statements on another occasion". Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 30.
258 See also, Judgment para. 140.
259 See Trial Judgment, para. 185, where the Trial Chamber held that concerning contradictions between Witness R's prior statements and live testimony, Witness R's prior statement, "rather it was a matter for the evaluation of the credibility of the witness in question". It held that despite the said contradictions, "taken in the light most favourable to the accused, it corroborates the accused's account".
260 See Trial Judgment, para. 261, where the Trial Chamber stated that it " accepts [Prosecution Witness] Karangwa's explanation for the inconstant prior statement and notes that his evidence that this brother died of injuries inflicted by gunshots is consistent throughout his testimony an is corroborated by the testimony of Witness S". In the next para. 262, it found that "[W]itness S confirmed Karangwa's evidence in all material respects"; para. 266, where it found Witness S's explanation for the omission of a particular detail as being reasonable; paras. 454 and 455, where the Trial Chamber found that the inconsistencies raised by the defence as to the witnesses to the crimes of sexual violence, were "unfounded or immaterial". In para. 454, it found that "[t]he Chamber considers that the inconsistencies are not of material consequence and that they are not substantial enough to impeach the credibility of the witnesses."
261 Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 7.
262 The Trial Chamber stated that "…the credibility of each witness must be assessed on its merits, taking into account the witness's demeanour and the consistency and credibility or otherwise of the answers given by him or her under oath". Trial Judgment para. 47.
263 Trial Judgment, para. 407.
264 Trial Judgment, para. 408.
265 Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 30, T(A), 1 November 2000, p. 82.
266 266 Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 5 and 30. Akayesu gives examples of inconsistencies between the testimonies of Prosecution witnesses and their prior statements, concerning Witnesses A, W,Z, V, G, E, J, R, Q, S, D (Ephrem Karangwa), U, A, JJ, OO, KK, NN and PP.

had a notebook full of other examples, referring in particular to Witnesses D and S.[267] Elsewhere in the present Judgment, the Appeals Chamber reviews in detail the evidence of these two witnesses. However, Akayesu failed to show, under this ground of appeal, how the Trial Chamber committed other errors in assessing such evidence.[268]

139. Akayesu gives two examples (Witness DFX and Akayesu), to show how the Trial Chamber had, in his view, treated Defence witnesses unfairly.[269] However, here again, he failed to put forward any argument in support of this allegation.

140. That the Trial Chamber did not accept as truthful Akayesu's testimony on some occasions, because of, *inter alia,* inconsistencies between his prior statement and his live testimony, does not suffice to show, as alleged by Akayesu unfairness by the Trial Chamber. It is *prima facie* within the Trial Chamber's discretion that is its right and duty to make a decision on the credibility of the witnesses before it.

141. With regard to Witness DFX, the Trial Chamber made no specific finding as to inconsistencies between her prior statement and her live testimony nor as to the credibility of the witness. It simply noted that with regard to the allegations of sexual violence, "on examination by the Chamber, the witness acknowledged that in her written statement submitted by the Defence she had mentioned reports that the *Interahamwe* were abducting beautiful Tutsi girls, and taking them home as mistresses. She conceded that such conduct could be considered sexual violence as it was not consensual."[270] Akayesu failed to show specifically why such findings (or others) are indicative of an unfair approach by the Trial Chamber.

142. The Appeals Chamber finds that there is no evidence that the Trial Chamber's assessment of the evidence was done on the basis of a pre-conceived notion that where there exist contradictions, all prior statements should be disregarded. The Appeals Chamber agrees with the finding in *Kayishema and Ruzindana* that, "inconsistencies may raise doubts in relation to the particular piece of evidence in question or, where such inconsistencies are found to be material, to the witnesses' evidence as a whole."[271] However, as stated above, in such circumstances, "[t]he Appeals Chamber … has to give a margin of deference to the Trial Chamber's evaluation of the evidence presented at trial."[272] Akayesu has failed to show how the Trial Chamber erred in its assessment of the evidence, and hence, has failed to prove a specific prejudice suffered. It is the opinion of the Appeals Chamber that contrary to Akayesu's assertion, the Trial Chamber duly assessed the credibility of the witnesses in light of the numerous items before it, including the inconsistencies found between live testimony and prior statements.[273]

---

[267] T(A), 1 November 2000, p.108, pp. 224 to 227. Akayesu also makes a brief reference to the statement of Witness D (Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 5 and 30) even if he puts forward no argument.
[268] As the Prosecutor explained, Akayesu "ought to have used all these examples to establish that there was any failure on behalf of the Trial Chamber in the assessment of the evidence. He has not done so". T(A), 1 November 2000, p.148.
[269] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 30.
[270] Trial Judgment, para. 444.
[271] *Kayishema and Ruzindana* Judgment, para. 77, as relied on by Akayesu in Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 23. As specified in the *Celebici* Judgment, para. 496 (during the discussion on contradictions in statements in general): "inconsistency is a relevant factor 'in judging weight but need not be, of [itself], a basis to find the whole of a witness' testimony unreliable.' "
[272] *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 63; *Tadic* Appeal Judgment, para. 64; *Furundzija* Appeal Judgment, para. 37.
[273] See, in general, *Celebici* Appeal Judgment, paras. 496 and 498.

143. Akayesu also disputes the reasons put forward by the Trial Chamber for following such a "policy", including its findings as to the impact of the lapse of time, the nature of the relevant testimony and difficulties in translation and interpretation. In Akayesu's submission it is not logical for the Trial Chamber to find that it is more difficult for a witness to recall events many years after the occurrence of such events and thereafter to accept such testimony as more reliable than a statement made at the time closer to the events. Akayesu submits that logic must surely go to support reliance on a statement or testimony given closer to the events over evidence given many years later.[274] He argues that the nature of the testimony being heard was such that many of the witnesses were sophisticated and understood both English and French. From this, he infers that such witnesses must have known what they were doing at the time they made their statements.[275]

144. Finally, Akayesu takes issue with the Trial Chamber's finding that evidence given in court under direct sworn testimony is more credible having been given under oath while statements previously given to investigators were not.[276] He submits that it follows from such reasoning that the Trial Chamber acknowledges that witnesses may have lied to investigators, which surely must call their credibility into question.[277]

145. The Prosecution did not respond to these allegations.

146. Akayesu has failed to show how such a reasoning was applied in any single case and how he might have been affected by such findings. At any rate, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err in any way in its general reasoning regarding the overall evaluation and assessment of the credibility of witness testimony and the factors to be taken into account. The Trial Chamber found, as stated above, that it had to consider inconsistencies and contradictions between prior statements and testimony at trial, with caution, in the light of the time lapse, difficulties for witnesses in recollecting precise details, difficulties in translation, the fact that certain witnesses were illiterate and the fact statements were not made under solemn declaration.[278] These are *prima facie* reasonable conclusions for the Trial Chamber to draw. In addition, it found that:

> The majority of witnesses who appeared before the Chamber were eye-witnesses, whose testimonies were based on events they had seen or heard in relation to the acts alleged in the Indictment. The Chamber noted that during the trial, for a number of these witnesses, there appeared to be contradictions or inaccuracies between, on the one hand, the content of their testimonies under solemn declaration to the Chamber and, on the other hand, their earlier statements to the Prosecutor and the Defence. However, this alone is not enough ground for believing that the witnesses in the instant case gave false testimony. Indeed, an often-levied criticism of testimony is its fallibility. Since testimony is based mainly on memory and sight, two human characteristics which often deceive the individual, this criticism is to be expected. Hence, testimony is rarely exact as to the events experienced. To deduce from any resultant contradictions and inaccuracies that there was false testimony, would be akin to criminalizing frailties in human perception[279]

---

[274] Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 6 and 29. He submits: "Simple logic would ascribe *prima facie* greater accuracy to statements before the investigators as being closer in time. It is erroneous to give precedence to live testimonies for the reason given by the Tribunal". See also Akayesu's Reply, para. 93(d).

[275] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 7. He also alleges that the Trial Chamber ought to have considered the possibility of collusion between witnesses, which is all the more likely to take place before or during court appearances, than before statements are given to investigators. The Appeals Chamber notes that these are wholly unsubstantiated allegations. Akayesu has put forward no reason as to why the Trial Chamber should have taken these factors into consideration.

[276] Akayesu's Brief, chapter 8, para. 27.

[277] Akayesu's Brief, Chapter 8, paras. 7, 27 and 28; Akayesu's Reply, para. 93(a).

[278] Trial Judgment, para. 137.

[279] Trial Judgment, para. 140. See also para. 455.

147. The Appeals Chamber can find no error in this reasoning. As stated above, the Appeals Chamber finds that it is within a Trial Chamber's discretion, after seeing a witness, hearing their testimony (and that of other witnesses) and observing them under cross-examination, to accept or reject such testimony. It makes this decision on a case-by-case basis while bearing in mind its overall evaluation of such evidence. The factors set out above, which were generally taken into account by this Trial Chamber in assessing testimonial evidence are, in the opinion of the Appeals Chamber, both valid and reasonable. Indeed, such factors are often considered by the Trial Chambers of both ICTY and ICTR and which have recently been confirmed by the Appeals Chamber for ICTY as being acceptable.[280]

(b) Disclosure of evidence and extrinsic evidence

(i) Akayesu's arguments[281]

148. Akayesu submits that the Trial Chamber erred in refusing to order disclosure of copies of the questions asked to witnesses, tape recordings and notes of investigators, which materials would have enabled him to verify, *inter alia,* the reliability of the translations.[282] By refusing to order such disclosure, he submits that "the Tribunal deprived him of both his right and duty to investigate the evidence."[283]

149. Akayesu submits that several witnesses denied having said certain things to investigators.[284] He argues that whenever they did so, it was the duty of the Prosecution, the Tribunal and even the Defence, to require that the relevant investigator or the person who took the statement, be caused to appear to give evidence as to the existence and content of the prior statement, by producing their notes, the questions asked and possibly to secure from the relevant interpreter confirmation that the statement was in fact correct.[285] In Akayesu's submission the Trial Chamber should have ordered that such evidence be supplied.[286] He contends that:

> The veracity of the statement is to be presumed and, where there is discrepancy in the testimony, extrinsic evidence of the statement may be proffered. Where the investigator could not testify and the Prosecutor did not admit that the statement was in accord with the testimony, in the Appellant's submission the Tribunal should have discounted all or part of the testimony or terminated the proceedings because it was impossible for the accused to have a full and unfettered defence.[287]

---

[280] *Celebici* Judgment, paras. 496 to 498.
[281] As stated above, the Prosecutor put forward no argument on these issues.
[282] Akayesu Brief, Chapter 8, para. 4.
[283] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 4. He submits that these statements were "incomplete and did not include the questions asked".
[284] Akayesu's Brief, Chapter 8, para.5.
[285] Akayesu's Brief, chapter 8, paras. 5 and 11. In the latter para., Akayesu submits that "Counsel for the Defence, for his part, must demand that the witnesses who made the statements be called to testify to their authenticity"(sic). In the instant case, he submits that the veracity of statements should have been tested since discrepancies between the testimony at trial and prior statements are material to the issue of witness's credibility. Akayesu's Brief, Chap 8, para. 13. See also paras. 24 and 25 and T(A), 1 November 2000, p. 112.
[286] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 11. Akayesu also submits that "[t]he only solution is that described in Chapter 8, paragraph 25 of the Appellant's [Akayesu's] Brief, requiring that the Chamber painstakingly verify the statement in the presence of the person who recorded it and with the help of the transcript of the statement, which includes the questions asked". Akayesu's Reply, para. 94.
[287] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 25. Akayesu refers in particular to precedent which regulates the cross-examination of witnesses as to prior inconsistent statements, the production to witnesses of their prior statements, and the production of "extrinsic evidence" as to the fact that there was a prior inconsistent statement. Akayesu's Brief, Ch. 8, paras. 12 –18. He submits that from this review, it is clear that firstly prior statements are an important tool in the

6603 (A bis

(ii) Discussion

150. The Appeals Chamber holds the view that issues raised here "..."[288] Consequently, the Appeals Chamber will consider them on the merits. However, it points out that it regards them as ancillary to the main allegation which, as stated above, has been rejected.

151. Akayesu contends that the Trial Chamber erred in its decision of 31 October 1996 in refusing to order the disclosure of tape recordings of statements, questions asked by investigators and notes of investigators.[289] However, Akayesu has been very selective in his interpretation of the events of that day, and here it is worth recalling both the circumstances of the hearing and the specific findings made by the Trial Chamber.

152. Akayesu's trial was scheduled to commence on 31 October 1996.[290] Mr. Karnavas, Counsel for Akayesu at the time, moved for an adjournment on the grounds, *inter alia*, that the Prosecution had failed to fully comply with the Rules in terms of disclosure to the Defence.[291] The Trial Chamber granted the adjournment and ordered the Prosecution to comply with its disclosure duty under Rule 66 of the Rules. The Appeals Chamber finds no error in this decision nor in the reasons given by the Trial Chamber.

153. Contrary to Akayesu's assertions, the Appeals Chamber does not interpret the Trial Chamber's decision of 31 October 1996 as flatly denying the request by Akayesu's Counsel for disclosure of the material in question. Mr. Karnavas claimed generally that disclosure by the Prosecution was incomplete. No specifics were given, save for a general request for disclosure of tape recordings of interviews conducted with witnesses and copies of the questions asked, to which he asserted he was entitled as of right.[292] It must be recalled that trial had not yet commenced and that the request covered all such material and not specifically those relating to a particular witness and which had clearly become necessary.

154. The Trial Chamber found initially that Akayesu was entitled to disclosure of all Prosecution evidence as provided for under the Rules.[293] The Trial Chamber held that:

> .. it is not provided within our rules that we give you the recordings of the interviews of witnesses. That is one point. Second, when the prosecutor presents his own evidence and his expert witnesses you have the right to cross-examine these (sic) experts so it is not useful right now to go right away and interview these experts before. The third point is that the statements made by the witnesses are interpreted by interpreters who have taken the oath. Of course, you will have the time to examine, cross-examine these witnesses. This is not in civil law. This is in common law that once the prosecution has submitted or has presented his own witnesses the defence has the right there to cross-examine these witnesses. So I think

evaluation of the credibility of witnesses and secondly, that when a witness denies having made a prior statement, it is both permissible and desirable to have extrinsic evidence of the prior declaration in order to establish the truth. Such a verification is effected on a case-by-case basis. Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 18. See also Akayesu's Reply, para. 94.

[288] See para. 128.

[289] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 4.

[290] Judgment, para. 14.

[291] T(A), 31 October 1996, pp. 6-8.

[292] T(A), 31 October 1996, pp. 6 – 7, 10, 12 – 16, 22 – 25, 33 – 34, 39 – 41, 46, 47, 59, 61, 64 – 65 (English).

[293] T(A), 31 October 1997, para. 45 (French).

> you have enough rights which have been provided as far as the cross-examination of these witnesses. [294]

155. The Trial Chamber found that: on the face of it the Rules do not provide for disclosure of tape recordings of interviews conducted with witnesses; that witness statements were interpreted by sworn interpreters; and that the rights of the accused would be protected through the cross-examination of witnesses in court. The Appeals Chamber can find no material error in such findings.

156. Akayesu insisted during the same hearing on the Trial Chamber ordering disclosure of the questions asked to the witnesses. The Trial Chamber responded as follows:

> Counselor, in order to emphasize the point I use the word that you used earlier that it is difficult to find. First of all, the Court needs to establish the balance between the arguments by the prosecution and what is material in his presentation. Whether or not it is documents, whether it is something presented by the witness or something presented by the defence it's up to the Court to decide. However, you do have the right when the witness is present there for us to cross-examine him. Perhaps you may find that he makes a mistake but that's the system you are talking about.[295]

157. The Trial Chamber reached its decision by weighing the arguments put forward by Akayesu against the Prosecution. Although the Trial Chamber rejected the request at the time, the Appeals Chamber does not find that in so doing the Trial Chamber had closed the door to any further applications. The Trial Chamber found that: "Whether or not it is documents, whether it is something presented by the witness or something presented by the defence it's up to the court to decide." If it subsequently became clear that a particular statement was incomplete resulting in prejudice to the defence a further application by Akayesu would conceivably have been granted. Obviously, this would have depended on circumstances of the case.

158. Later during the same hearing Akayesu requested again disclosure of the tape recordings of Prosecution witness interviews. The Trial Chamber stated that it did not intend to limit the rights of the defence. On the contrary, it ordered that:

> if [the Prosecution] has not thus far given all evidence to the defence that [it] is obliged to give by the Rules…then…[it] should hand them over to the defence. And…the cross-examination of the witnesses will take place in the public trial."[296]

159. Although it appears unclear whether the Prosecution had possession of tape recordings of Prosecution witness interviews the Trial Chamber found that even if it did, the Rules did not place any obligation on it to disclose them. [297] Most importantly, the Trial Chamber concluded by specifically ordering the Prosecution to disclose all evidence, material to the preparation of the defence. It advised Akayesu that it was fully within his right to contact the Prosecution before the start of the trial should items come up missing, or on the contrary, to file any relevant motions before the Trial Chamber.[298]

---

[294] T, 31 October 1996, pp. 56 *et seq.* (French).
[295] T, 31 October 1996, p. 60 (French).
[296] T, 31 October 1996, p. 54.
[297] T, 31 October 1996, pp. 82 to 86 (French).
[298] The Appeals Chamber notes that throughout this hearing, Akayesu persisted in asking in particular for the disclosure of the tape recordings of interviews with witnesses for the Prosecution. The Trial Chamber did not rule either way but

6001/Abu

160. The Appeals Chamber can find no errors in that. Notwithstanding Akayesu's allegations, it is of the opinion that this decision was broad enough to encompass any subsequent application for the disclosure of missing evidence which Akayesu could show to be material to his defence in any particular case. It is not the case that any general request for disclosure of evidence is to be automatically granted by the Trial Chamber. The Prosecution's obligations are clearly defined under the Rules, and Akayesu has failed to show that the Trial Chamber erred in this case, in finding that the Prosecution was at the time under no obligation to disclose the items sought. Should the need have arisen eventually and if in an identified case, Akayesu had succeeded in showing that he had problems with comprehension, then that would have been a different case. Thus, Akayesu had ample opportunity (no restriction was placed upon him in that regard) to make a specific application to the Trial Chamber for clarification. It is assumed that the Trial Chamber would have then considered the matter on its merits and reached a different decision. However, it would not have been under no obligation to automatically grant Akayesu's application. Akayesu has failed to show that he availed himself of this right.[299]

161. Akayesu alleges that there were contradictions between the Trial Chamber's 31 October 1996 decision and the findings in the Trial Judgment. In Akayesu's submission the Trial Chamber was inconsistent in asserting that prior statements had been translated by sworn interpreters (thereby suggesting that they were reliable) while in the Trial Judgment it found that such statements were not reliable because of problems with translations.[300] Akayesu alleges that the Trial Chamber was inconsistent in refusing on 31 October 1996 to order disclosure of the questions asked of the witnesses or recordings of the interviews (stating that it would be responsible for ascertaining the veracity of the witnesses), while it stated in the Trial Judgment that it "did not have access to transcripts of the interviews, but only translations thereof" and that therefore, it was "unable to consider the nature and form of the questions put to the witnesses, or the accuracy of the interpretation at the time."[301]

162. Here again Akayesu is somewhat selective in his reading of the Trial Chamber's findings on 31 October 1996. The Trial Chamber did state that the witness statements had been translated by interpreters under oath. However, as seen above, that statement was made by the Trial Chamber in the context of a discussion on the request made by Akayesu at the time. The Trial Chamber explained its reasons and one such reason was the fact that the interpreters who had translated the statements were under oath. It inferred therefrom that the witness statements should be *prima facie* deemed acceptable. The Appeals Chamber finds no error in such a statement.

---

simply repeated that there is an obligation upon the Prosecution to disclose all documents that will enable the Defence to prepare. It found that if Akayesu felt it had not properly complied, it should raise the matter before the Trial Chamber. T, 31 October 1996, pp. 82 to 86 (French).

[299] Following the hearing of 31 October 1996, the Appeals Chamber has been directed to no instance where Akayesu made a subsequent precise request to the Trial Chamber to e provided with further disclosure or clarification regarding the statement of a witness. The Trial Chamber had stated that if Akayesu found that he did not have all materials necessary, he should notify the court. Akayesu did not indicate when his Counsel made any such notification. On 29 November 1996, first appearance of Akayesu's new Counsel, the Trial Chamber again directed the Prosecution to comply with the disclosure obligations and directed the Defence to apply to the court if it should find out that any items were lacking. Even if this new Counsel were not to be expected to lodge an application for the documents at this status conference (having received them only on the eve), the Trial Chamber stated clearly that should he request it, or encounter difficulties with the disclosed documents, it would hold another status conference before commencement of the trial on 9 January 1997. T(A) 29 November 1996, pp. 24-25 and 27. Akayesu has failed to indicate to the Appeals Chamber any motion he filed after that date.

[300] Akayesu's Brief, Ch. 8, para. 24. See also Akayesu's Reply, para. 93(b).

[301] Akayesu's Brief, Ch. 8, para. 24. Citation from Trial Judgment, para. 137.

163. With regard to the transcripts of witness interviews and copies of questions put to the witnesses, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err in refusing to order disclosure of such items to Akayesu on 31 October 1996. Nevertheless, should it have required such items in its assessment of the credibility of a particular testimony, it is the case that it should have ensured it had access thereto. The Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber considered this issue in light of several others and in the context of its overall assessment of the evidence before it. It did not find in relation to a particular testimony that such items were lacking and that as a result, it should disregard the prior statement. In any event, the Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to point to any prejudice he suffered in a particular case as a result of problems in understanding any particular prior statement.

164. Lastly, it is Akayesu's submission that whenever a witness denies having stated something in a previous statement, it was incumbent upon the Prosecution, the Tribunal or the Defence to apply for leave to call the relevant investigator to testify as to the existence of and truthfulness of the previous statement.[302] Here again, Akayesu has failed to point to any instance where this should have been done and where he was caused prejudice.[303] Similarly, he has failed to point to any example of any instance where he made such an application which was wrongly denied by the Trial Chamber.

165. The Appeals Chamber dismisses this allegation as a whole.

166. As stated earlier, Trial Chambers are often faced with the situation where during his testimony and generally under cross-examination a witness, contradicts a statement given previously to investigators. In such a case, and as stated above, a Trial Chamber must be able to assess the credibility of the witness in question, for having witnessed their testimony both in chief and under cross-examination, and being in a position to assess it, where appropriate, against the alleged inconsistency and against the evidence of other witnesses. The question arises as to the weight to be attached to a particular inconsistency in assessing the overall credibility of the witness's testimony. Indeed, "[I]nconsistencies may raise doubt in relation to the particular piece of evidence in question or, where such inconsistencies are found to be material, to the witnesses' evidence as a whole."[304] Such a decision falls within the discretion of the Trial Chamber. Neither the Prosecution nor the Trial Chamber itself are under any obligation to request that further evidence be furnished to the Trial Chamber to enable it to make its decision.

167. At the same time, the Appeals Chamber concedes that as a matter of principle an accused is not limited in any way, in the applications that he or she may bring before a Trial Chamber. Although it has not been a practice at the Tribunal to proffer "extrinsic evidence" of a prior statement, this does not imply that any application to do so would be automatically denied. On the contrary, as in all cases, a Trial Chamber would have to make a decision based on the facts before it.[305]

---

[302] Akayesu's Brief, Ch. 8, para. 5.

[303] Akayesu states: "For example, a witness denied having made a statement whereas he confirmed it during his testimony". Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 5. In the footnote, Akayesu makes reference to Witness D and transcripts of his testimony of 6 February 1997. No reason was given as to why such evidence should have been sought concerning this witness.

[304] *Kayishema and Ruzindana* Judgment, para. 77, as relied on by Akayesu in Akayesu's Brief, Ch. 8, para. 23.

[305] Akayesu acknowledges that a Trial Chamber would make such a decision on a case-by-case basis. Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 18. He submits: "... when a witness denies having made a certain statement, it is permissible and desirable to lead extrinsic evidence of the statement in order to establish the truth. Such a verification is on a case-by-case basis, depending on the circumstances of the statement".

5999/ABS

168. However, Akayesu's allegation is more general. He submits that once a witness denies making a statement, the investigator who took such a statememt must be called to give evidence. He cites a case law to the effect that in his submission, before extrinsic evidence of a previous inconsistency may be called "a foundation" must be laid.[306] Without ruling on the applicability of such a test before the Tribunal, the Appeals Chamber notes that Akayesu has failed to show how such a "foundation" had been laid with regard to any of the witnesses in his case. Similarly, he has failed to show that at any given time he moved the Trial Chamber that extrinsic evidence should be called,[307] or that the Trial Chamber should have called such evidence *proprio motu*, at any given time but failed to do so. Akayesu has failed to show what prejudice was caused him as a result of the failure to call such evidence. It would be wrong to suggest that such evidence should be called in all cases.

(c) Conclusion

169. The Appeals Chamber does not dispute Akayesu's contention that prior statements constitute an important tool for assessing the credibility of a witness. The Trial Chamber has also acknowledged their importance in that regard. However, the Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show that the Trial Chamber did not properly assess the evidence before it nor that it assessed the credibility of witnesses in this case, in an unfair or biased fashion. Nor has Akayesu shown that the Trial Chamber adopted an improper policy as to the treatment of prior statements.

170. For these reasons, the grounds of appeal covered in this section must fail.

3. Sub-Ground Three: Non-application of the reasonable doubt standard and substantive factual errors.[308]

171. In support of this sub-ground of appeal, Akayesu advances several arguments, principally that:[309]

> The Court rendered its guilty verdict by applying the "balance of probabilities" standard of proof rather than the "beyond a reasonable doubt" standard;
>
> The Court distorted several testimonies, *inter alia*, by finding that the Appellant was seeking out Tutsis, whereas according to the evidence, he was looking for RPF infiltrators;
>
> The Chamber failed to take into consideration numerous improbabilities in the Accused's schedule, such as presented by the Prosecution witnesses;
>
> The Chamber based its Judgment solely on the testimonies of Prosecution witnesses, having dismissed beforehand the testimonies of Defence witnesses;

[306] Akayesu's Brief, Chapter 8, para. 17.
[307] When discussing this duty to call the investigator to give evidence, Akayesu refers in a footnote to the testimony of Witness D (Ephrem Karangwa), who he alleges denied making a previous statement to an investigator. In so doing, he appears to suggest that an investigator should have been called to verify his testimony. Akayesu's Brief, Ch. 8, para. 5. No application was made at the time to do so and other than the general reasoning discussed in the text, no reasons have been set out to establish why one should have been called.
[308] The Appeals Chamber reproduces here the wording used by Akayesu in his Brief. In the understanding of the Chamber Akayesu was referring to the non-application of the standard of proof beyond a reasonable doubt, resulting in substantive factual errors.
[309] See Annex B.

The Chamber often accorded probative value to irrelevant evidence;

The Chamber did not take into account the serious contradictions in the testimonies of Prosecution witnesses;

The Chamber contradicted itself on several points of fact;

The Chamber dismissed, without any valid reasons, the motion by the Accused for an inspection of the site for the purpose of forensic analysis.

172. The Appeals Chamber notes, firstly, that some of the aforementioned grounds of appeal (which are, in fact, presented in the introduction to Chapter 10 of Akayesu's Brief) were neither raised in Akayesu's Brief nor in his Reply, and were not mentioned during hearings on the appeal.[310] Furthermore, the said grounds are set out in the introduction in such general terms that the Appeals Chamber cannot, in the absence of any supporting arguments or examples, pass on their respective merits in law and in fact. Therefore, the Appeals Chamber will not address them.

173. Akayesu alleges both errors of law and of fact,[311] which he argues warrant that the factual findings relating to paragraphs 12A, 12B, 14 and 18 of the Indictment be reversed.[312]

(a) Scope of review on appeal

174. Before reviewing the allegations made by Akayesu, the Appeals Chamber wishes to respond to the preliminary observations made by Akayesu concerning the scope of appellate review. At issue is which standards are to be applied by the Appeals Chamber in considering possible errors of fact and/or of law committed by a Trial Chamber.

175. Akayesu cites ICTY case law on the principles governing the presumption of innocence and the burden of proof, placed on the Prosecutor.[313] Akayesu contends, in particular, that the principles applied by the Trial Chamber in *The Prosecutor vs. Delalic et al.* "should govern the instant appeal."[314] He explains that he is not requesting the Appeals Chamber to review all the facts and apply the standard of reasonableness as set forth in the Judgments rendered by ICTY Appeals Chamber in *Tadic* and *Aleksovski.* Akayesu argues that his approach is totally different:

> The Appellant's requests in this chapter do not emanate from an allegation of such unreasonable findings of fact as discussed by the Appeals Chamber in [the *Tadic* and *Aleksovski* cases]. The Tribunal's factual findings referred to in this chapter are

[310] The arguments in question are: The Tribunal distorted the testimonies of several witnesses, for example, by concluding that the Appellant was looking for Tutsis whereas, according to the evidence, he was looking for RPF infiltrators; the Chamber made erroneous findings in the Judgment due to a lack of knowledge of the geography of Taba *commune*. Moreover, it failed to take into account the numerous improbabilities in the Accused's schedule, such as presented by the Prosecution witnesses; the Chamber based its Judgment solely on the evidence given by Prosecution witnesses, while rejecting, *a priori*, that given by the Defence witnesses. The Chamber contradicted itself on several points of fact.

[311] Akayesu, in fact, explains that "The Chamber erred in law with respect to the burden of proof. In order to arrive at its findings, the Chamber at times relied on facts which contradicted the evidence, thus occasioning incurable prejudice to the Accused." Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 2.

[312] Akayesu's Brief, Chapter 10, para 3. Akayesu's Brief, Chap. 15, para. 3.

[313] *Ibid*, paras. 4 and 5.

[314] *Ibid*, para. 5.

5997/A bis

erroneous because of the substantive errors of fact and law committed within the meaning of Article 24 of the Statute.[315]

176. To begin with, the Appeals Chamber points out that Akayesu misconstrues the provisions of the Statute and the case-law of the Tribunal.[316] Indeed, he confuses the provisions relating to the Appeals Chamber (Article 24 of the Statute) with those which apply to the Trial Chamber. In citing the *Delalic et al.* case, Akayesu is seeking application of standards for assessing evidence which are the Trial Chamber's,[317] but which standards are not suited to the specific function of the Appeals Chamber.

177. As stated by ICTY Appeals Chamber, an appeal is not, from the point of view of the Statute, a *de novo* review.[318] The Appeals Chamber may hear only appeals brought pursuant to Article 24 of the Statute. The standards applied by the Appeals Chamber to pass on both errors of fact and of law are derived from consistent ICTY Appeals Chamber case-law. The Appeals Chamber reiterates and upholds those standards in the instant Judgment.

178. With respect to errors of fact, the Appeals Chamber confirms that the standard to be applied is the standard of reasonableness of the impugned finding, it being understood that "it is not any and every error of fact which will cause the Appeals Chamber to overturn a decision of the Trial Chamber, but one which has led to a miscarriage of justice."[319] The onus is therefore on the Appellant to show that an error was committed by the Chamber, which error occasioned a miscarriage of justice. ICTY Appeals Chamber has, on several occasions, applied this standard which can be summed up as follows:

> [..]. The test to be applied in relation to the issue as to whether the evidence is *factually* sufficient to sustain a conviction is whether the conclusion of guilt beyond reasonable doubt is one which no reasonable tribunal of fact *could* have reached. If an appellant is not able to establish that the Trial Chamber's conclusion of guilt beyond reasonable doubt was one which no reasonable tribunal of fact could have reached, it follows that there must have been evidence upon which such a tribunal could have been satisfied beyond reasonable doubt of that guilt. Under those circumstances, the latter test of legal sufficiency is therefore redundant, and the appeal must be dismissed. Similarly, if an appellant is able to establish that no reasonable tribunal of fact could have reached a conclusion of guilt upon the evidence before it, the appeal against conviction must be allowed and a Judgment of acquittal entered. In such a situation it is unnecessary for an appellate court to determine whether there was evidence (if accepted) upon which such a tribunal could have reached such a conclusion.[320]

---

[315] *Ibid*, para 8.

[316] Indeed, Akayesu argues that: "The Appellant's requests in this chapter are not a contention of unreasonableness of the factual findings, as discussed by the Appeals Chamber in its Judgment of 15 July in The *Prosecutor v. Dusko Tadic* or in the 24 March 2000 Judgment in The Prosecutor v. Aleksovski IT-95-14/1-A. The Courts's factual findings referred to in this chapter are erroneous because of the substantive errors of fact and law committed within the meaning of Article 24 of the Statute", Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 8.

[317] Rule 87 (A) provides: "After presentation of the closing arguments, the Presiding Judge shall declare the hearing closed, and the Trial Chamber shall deliberate in private. A finding of guilty may be reached only when a majority of the Trial Chamber is satisfied that *guilt has been proved beyond reasonable doubt.* (Emphasis added).

[318] "*Tadic* Decision (Additional Evidence), para. 41. ICTY Appeals Chamber further held in its Judgment rendered in the *Furundzija* case: "The Appeals Chamber finds no merit in the Appellant's submission which it understands to mean that the scope of the appellate function should be expanded to include *de novo* review. This Chamber does not operate as a second Trial Chamber. The role of the Appeals Chamber is limited, pursuant to Article 25 of the Statute, to correcting errors of law invalidating a decision, and errors of fact which have occasioned a miscarriage of justice." See *Furundzija Judgment*, para. 40.

[319] *Furundzija* Appeal Judgment, para. 37.

[320] *Celebici* Appeal Judgment, paras. 434 and 435; see also *Tadic* Appeal Judgment, para. 64; *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 63; *Furundzija* appeal Judgment, para. 37.

179. Where errors of law are concerned, the Appeals Chamber holds that the burden placed on the Appellant is somewhat different, although the Appellant must, similarly, prove the errors of law committed by the Trial Chamber and set forth arguments in support of his allegations:

> A party alleging that there was an error of law must be prepared to advance arguments in support of the contention; but, if the arguments do not support the contention, that party has not failed to discharge a burden in the sense that a person who fails to discharge a burden automatically loses his point. The Appeals Chamber may step in and, for other reasons, find in favour of the contention that there is an error of law.[321]

(b) Issues raised by Akayesu

180. Akayesu challenges on appeal the findings on the first four paragraphs of the Indictment (paras. 12A, 12B, 14 and 18) in a bid to show that generally, his trial "was unfair" and that the Trial Chamber committed substantive errors of fact.[322] The Appeals Chamber will therefore address the arguments of the parties relating to the said paragraphs of the Indictment. Thus, it will consider the merits of the remedy sought by Akayesu, namely, that the factual findings of the Trial Chamber on the aforementioned paragraphs of the Indictment should purely and simply be set aside.[323]

(i) Paragraphs 12A and 12B of the Indictment: Charges of sexual violence[324]

181. Here, Akayesu alleges several errors of fact and law. The Appeals Chamber wishes to recall the arguments of the parties regarding each of the errors alleged.

a. Paragraph 460 of the Judgment

182. Paragraph 460 of the Judgment reads as follows:

> "Faced with first-hand personal accounts from women who experienced and witnessed sexual violence in Taba and at the bureau communal, and who swore under oath that the Accused was

[321] *Furundzija* Appeal Judgment, para. 35.
[322] Akayesu's Brief, Chapter 10, para 9.
[323] *Ibid*, para. 7 and Chapter 15, para. 3.
[324] Para. 12 (A) of the Indictment: "Between April 7 and the end of June 1994, hundreds of civilians (hereinafter "displaced civilians") sought refuge at the bureau communal. The majority of these displaced civilians were Tutsi. While seeking refuge at the bureau communal, female displaced civilians were regularly taken by armed local militia and /or communal police and subjected to sexual violence, and/or beaten on or near the bureau communal premises. Displaced civilians were also murdered frequently on or near the bureau communal premises. Many women were forced to endure multiple acts of sexual violence which were at times committed by more than one assailant. These acts of sexual violence were generally accompanied by explicit threats of death or bodily harm. The female displaced civilians lived in constant fear and their physical and psychological health deteriorated as a result of the sexual violence and beatings and killings."
Para. 12(B) of the Indictment: "Jean-Paul Akayesu knew that acts of sexual violence, beatings and murders were being committed and was at times present during their commission. Jean-Paul Akayesu facilitated the commission of the sexual violence, beatings and murders by allowing the sexual violence and murders to occur on or near the bureau communal premises. By virtue of his presence during the commission of the sexual violence, beatings and murders and by failing to prevent the sexual violence, beatings and murders, Jean-Paul Akayesu encouraged these activities".

5995/A bis

present and saw what was happening, the Chamber does not accept the statement made by the Accused. The Accused insists that the charges are fabricated, but the Defence has offered the Chamber no evidence to support this assertion. There is overwhelming evidence to the contrary, and the Chamber does not accept the testimony of the Accused. The findings of the Chamber are based on the evidence which has been presented in this trial. As the Accused flatly denies the occurrence of sexual violence at the bureau communal, he does not allow for the possibility that the sexual violence may have occurred but that he was unaware of it. "

(i) Arguments of the parties

183. It is Akayesu's submission that the French version of the Trial Judgment must be considered as the official version, since it is the one which is most favourable to the accused.[325] Now, the statement that "*la Chambre ne sait quoi penser de la déclaration faite par l'accusé*" ["the Chamber does not know what to make of the statement made by the accused"] in paragraph 460 of the French version would appear to show that there was doubt as to the culpability of the accused with respect to the perpetration of acts of sexual violence in Taba. Akayesu submits that, the Trial Chamber therefore erred by disregarding the version of the accused.[326]

184. The Prosecutor submits that the English version of the Judgment is the original and that there is no such wording in the English text. In any event, the Prosecutor asserts that Akayesu has failed to identify the type of error that was committed by the Chamber and how it could have caused an invalidation of the Judgment.[327]

(ii) Discussion

185. The Appeals Chamber confirms that the English version of the Trial Judgment is the original version. There can be no doubt on this point.[328] The Appeals Chamber dismisses Akayesu's argument that the version which corresponds to the language spoken and understood by the accused should be accepted.[329] Only the original version of the Judgment is authoritative.

186. To determine whether the Trial Chamber erred in law, the Appeals Chamber must therefore refer to paragraph 460 in the English version of the Judgment which reads as follows:

Faced with first-hand personal accounts from women who experienced and witnessed sexual violence in Taba and at the bureau communal, and who swore under oath that the Accused was present and saw what was happening, *the Chamber does not accept the statement* made by the Accused. The Accused insists that the charges have been fabricated, but the Defence has offered the Chamber no evidence to support this assertion. There is overwhelming evidence to the contrary, and the Chamber does not accept the testimony of the Accused. The findings of the Chamber are based on the evidence which has been presented in this trial. As the Accused flatly denies the occurrence of sexual violence

[325] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 12; Akayesu's Reply, para. 103.
[326] Akayesu's Reply, para. 102.
[327] Prosecution's Response, paras. 11.13 and 11.16.
[328] In the top right-hand corner of the cover page of the Judgment is written (OR:ENG), showing that the Trial Chamber is of the opinion that only this version is authoritative.
[329] On this point, the Appeals Chamber notes the disparity between the Judgment and the Indictment. Indeed, the Trial Chamber indicated with respect to the "substantial disparity between the French and English versions of para. 14 of the Indictment", that [...] "the French version should be accepted in this particular case, because the Indictment was read to the Accused in French at his initial appearance, because the Accused and his Counsel spoke French during the hearings and, above all, because the general principles of law stipulate that, in criminal matters, the version favourable to the Accused should be selected". Cf. Judgment, para. 319.

at the bureau communal, he does not allow for the possibility that sexual violence may have occurred but that he was unaware of it (Emphasis added).

187. Indeed, it appears that there is a difference between the English version and the French version of the Judgment as to the meaning of the impugned statement. In the English version, the Trial Chamber states that it does not accept the statement made by the Accused. At no time does the Trial Chamber suggest that it entertains any doubt as to his culpability nor that it does not know "what to make of it". The Appeals Chamber further observes that paragraph 460 serves, in fact, as a kind of epilogue to the Trial Chamber's factual findings on sexual crimes, where the testimony of the Accused is assessed against the various "first-hand personal accounts by women who witnessed the acts of sexual violence".[330] Twice in the paragraph in question,[331] the Trial Chamber states that it does not accept Akayesu's testimony. Thus, a simple reading of the impugned paragraph shows that Akayesu's allegations of doubts entertained by the Chamber are without merit.

188. Consequently, the Appeals Chamber holds that the Trial Chamber did not err on this point.

b. Testimony of the Accused

(i) Arguments of the parties

189. Akayesu submits that the Trial Chamber erred in stating that he had denied that acts of sexual violence had been committed. On this point, he refers to paragraph 460 (cited above) and paragraph 32 of the Judgment.[332] He alleges that indeed the testimony of the Accused stands in contrast to the Chamber's finding thereon. The Accused allegedly did not flatly deny the occurrence of sexual violence.[333]

190. The Prosecution refutes Akayesu's arguments. It cites extracts from the examination and cross-examination of Akayesu on 12 and 13 March 1998 which, in its submission, prove that the Chamber did not err on this point.[334]

(ii) Discussion

191. During his examination-in-chief, to the question "What do you know of cases of rape in Taba during the events?" Akayesu answered:

> "[...] believe me in the name of God, Almighty God, in fact this accusation, this charge is just made up. I never saw - I never heard from my policemen at least - I was not all the time at the *bureau communal* - I never heard that a woman, any woman was raped at the *bureau communal*, never.[335]

---

[330] The approach taken by the Trial Chamber is crystal clear. The Chamber takes stock of the testimonies that it heard (and on which it commented earlier in the Judgment, in paras. 416 to 448) and ends its factual findings (paras. 449 to 459) by indicating that the "findings of the Chamber are based on the evidence which has been presented in trial."

[331] See the first and third sentences of para. 460.

[332] Para. 32 of the Judgment is worded as follows: "As for acts of sexual violence, the Defence case is somewhat different from that for killings and beatings, in that, whereas for the latter the Defence does not contest that there were killings and beatings, it does deny that there were acts of sexual violence committed, at least at the Bureau communal. During his testimony the Accused emphatically denied that any rapes had taken place at the Bureau communal, even when he was not there. The Chamber notes the Accused's emphatic denial of facts which are not entirely within his knowledge".

[333] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 14; Akayesu's Reply, para. 104.

[334] Prosecution's Response, paras. 11.17 to 11.23.

5993/A

192. There is nothing confusing about the tone used by Akayesu in answering this question.[336] True, under cross-examination, he testified to knowing about cases of rape that had been committed throughout the country, particularly in Kigali.[337] However, concerning Taba *commune*, in which the Trial Chamber was mainly interested, in light of the relevant paragraph of the Indictment, Akayesu insisted several times that he knew nothing of acts of sexual violence committed in his *commune*:

> "[…] but I heard here but nobody ever reported to me that it had taken place, that we had rape in my *commune*, and certainly nothing, to the best of my knowledge, was done in the *bureau communal* and I never saw with my eyes anybody being raped.[338] […]
>
> […] For me, therefore, this is an accusation. Allow me to say this. Allow me to say this as an accused. It is an invented accusation and I swore on everything yesterday I'm a Christian and I maintain it […].[339]
>
> […] It is possible. Nobody, in fact told me that at this or that point women or girls were taken and that they were raped but I would not say that I was everywhere. May be there were cases of rape but nobody talked to me about them […].[340]

193. Akayesu's statements words are therefore clear. He, indeed, denied knowledge of acts of sexual violence being perpetrated. Therefore, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not commit any error.

c. Impartiality of the Trial Chamber Judges

194. Akayesu's allegations with respect to this ground of appeal relate to comments and questions by two Trial Chamber Judges (Judge Pillay and Judge Kama) during the proceedings.

(i) Arguments of the parties regarding Judge Pillay's comments

195. Akayesu submits that "the Trial Chamber showed prejudice against him."[341] He cites as an example a question on the occurrence of sexual violence put by Judge Pillay to a witness, at the start of trial, whereas no witness had testified to sexual violence being committed at Taba and whereas such crimes were not included in the Indictment.[342] Akayesu argues that, the question shows that Judge Pillay was not impartial with regard to the specific issue of sexual violence committed at Taba.

---

335 T(A), 12 March 1998, pp. 215 and 216.
336 Akayesu repeated the adverb "never" more than five times. *Cf.* Transcript of the hearing of 12 March 1998, pp. 215 and 216.
337 T(A) , 13 March 1998, p. 189.
338 T(A), 13 March 1998, p. 190.
339 T(A), 13 March 1998, p. 200.
340 T(A),13 March 1998, p. 200.
341 Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 15.
342 Akayesu's Reply, para. 105. Akayesu's stand concerning the acceptance (or non acceptance) of this ground of appeal is not clear. In his reply, he states that he "[…] partially accepts the Prosecutor's view but asserts that Judge Pillay had no cause whatsoever for raising such an issue at the beginning of the trial, given that sexual violence was not part of the charges brought against the Appellant, nor had it been raised by any witness before 17 January 1997." (para. 105). The Appeals Chamber further notes that during the Appeal hearings, Akayesu's Counsel said: "We made a comment about Judge Pillay which the Prosecutor clarified us on and we accept the correction". Cf. Transcript of the Appeal hearing of 1 November 2000, p. 93.

196. The Prosecutor refers to the general rule laid down by ICTYAppeals Chamber in the *Furundzija* Appeal Judgment concerning the impartiality of a judge and submits that, according to the said case-law, Akayesu must show bias and the part of the judge. In the instant case, Akayesu has failed to provide such proof.[343] Furthermore, the English version of Judge Pillay's statement shows that she was not referring to any particular incident.[344]

(ii) Discussion on Judge Pillay's comments

197. The Appeals Chamber will start by recalling the question challenged by Akayesu. On 17 January 1997, Witness Zacharia testified before the Trial Chamber. At the end of his cross-examination, Judge Pillay put the following question to the said Witness: "Did you come across any incidence of rape?"(*Est-ce que vous avez vu des incidents de viols?*") to which the Witness replied: "*Non, à ma connaissance non*". Judge Pillay then asked: "Any reports of incidence of rape that you may have heard? » (*Est-ce qu'on vous a parlé, tout au moins, de ces viols, de ces agressions sexuelles?)*. It is this last question that Akayesu challenges, because, in his submission, the use of the demonstrative article "*ces*" by Judge Pillay shows that she is biased, and at least, that she is referring to incidents she had prior knowledge of.

198. The Appeals Chamber observes that in the English version of the transcript of the hearing, Judge Pillay's question is worded as follows: "*Any report of incidence of rape that you have heard?*" No demonstrative article was therefore used by the Judge. This question was asked in a neutral tone, just like all the other questions that Judge Pillay asked.[345] In this case, Judge Pillay was not referring to a specific charge, but talking generally.

199. The Appeals Chamber points out that in case of a dispute over an extract from a court transcript, the version which reflects the language spoken by the person who asked the question or who made the impugned comment, in this case, the English language, spoken by Judge Pillay should prevail.

200. Since the question as posed in English is in no way confusing, and in the absence of any basis therefor, the Appeals Chamber dismisses the allegations made by Akayesu.

(iii) Arguments of the parties concerning Judge Kama's comments

201. Akayesu takes issue with the statements made by Judge Kama during the cross-examination of Witness JJ. The Presiding Judge of the Trial Chamber did indeed interrupt Akayesu's Counsel in order to ask him: "Is that important? … She was raped so frequently that she can no longer remember how often it was; 4, 5, 6, 7 times…". In Akayesu's submission, "the Judge had decided

---

[343] Prosecution's Response, paras. 11.24 to 11.32.

[344] Prosecution's Response, para. 11.31.

[345] In this particularly case, Judge Pillay's question was part of a more general question put to Witness Zacharia concerning crimes against humanity committed in Rwanda. She explained: ["Doctor, the Office of the Prosecutor informed us that you came here to give testimony on crimes against humanity, in accordance with Article 3. I am therefore going to read this Article with you to see whether you witnessed the said events. You spoke about all these crimes against humanity in your testimony, but there are some aspects that you did not talk about[…] We shall therefore go through the list of crimes against humanity, such as murder. Did you hear people talk about murder?"] A few minutes later, after mentioning murder and torture, Judge Pillay logically asked the witness to say something about the occurrence of rapes. Cf. Transcript of the hearing of 17 January 1997 pp. 64 to 65.

that he believed the witness and wanted to protect her from questions that might have embarrassed her."[346]

202. The Prosecution submits that Akayesu's allegations are inadmissible. During cross-examination, Akayesu's Counsel asked the Witness several times if she had been raped and also asked her detailed questions about acts of sexual violence she had been subjected to. The Prosecution submits further that pursuant to Rule 90(F) of the Rules of Procedure and Evidence, the Trial Chamber has a duty to exercise control over the mode of cross-examination. The Chamber was therefore only exercising its role when it interrupted Akayesu's Counsel.[347]

(iv) Discussion of Judge Kama's comments

203. The Appeals Chamber recalls that impartiality is one of the obligations that the Judges undertook to abide by upon assuming their duties.[348] The tests governing the duty of impartiality, which derives from the Statute,[349] were defined by ICTY Appeals Chamber, thusly:

> "[..] a Judge should not only be subjectively free from bias, but also … there should be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance of bias. On this basis, the Appeals Chamber considers that the following principles should direct it in interpreting and applying the impartiality requirement of the Statute:
>
> A. A Judge is not impartial if it is shown that actual bias exists.
>
> B. There is an unacceptable appearance of bias if:
>
> (i) a Judge is a party to the case, or has a financial or proprietary interest in the outcome of a case, or if the Judge's decision will lead to the promotion of a cause in which he or she is involved, together with one of the parties. Under these circumstances, a Judge's disqualification from the case is automatic; or
>
> (ii) the circumstances would lead a reasonable observer, properly informed, to reasonably apprehend bias.[350]

204. In the case at bench, the Appeals Chamber is of the opinion that Akayesu has failed to show that Judge Kama was biased. The Appeals Chamber cannot be satisfied with the few arguments put

---

[346] Akayesu's Brief, para. 106. During the hearing on appeal, Akayesu submitted that " [..] Judge Kama had, at this time, decided in his head that these people were telling the truth, and so in this case I think he decided in advance, and this is before Akayesu's testimony. So, we submit to the Court that he made up his mind in advance." Transcript of the hearing of 1November 2000, p. 66.

[347] Prosecution's Response, paras. 11.33 to 11.36.

[348] Rule 14 (A) of the Rules concerning the solemn declaration provides: " Before taking up his duties each Judge shall make the following solemn declaration: I solemnly declare that I will perform my duties and exercise my powers as a judge of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and other serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for Genocide and other such violations committed in the territory of neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994, honourably, faithfully, impartially and conscientiously." Rule 15 (A) of the Rules further provides: "A judge may not sit at a trial or appeal in any case in which he has a personal interest or concerning which he has or has had any association which might affect his impartiality. He shall in any such circumstance withdraw from that case. Where the judge withdraws from the Trial Chamber, the President shall assign another Trial Chamber Judge to sit in his place. Where a Judge withdraws from the Appeals Chamber, the Presiding Judge of that Chamber shall assign another Judge to sit in his place".

[349] Indeed, this duty is in fact laid down in the Statute. Article 12 (1) of the Statute provides that "The judges shall be persons of high moral character, impartiality and integrity who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices […]".

[350] *Furundzija* Appeal Judgment, para. 189.

forward by Akayesu, especially as they are expressed in particularly vague terms.[351] At no time does Akayesu explain why Judge Kama would have wanted to protect the Witness under examination and why he believed her in advance. Therefore, the Appeals Chamber cannot address such serious allegations in the absence of any supporting argument.

205. Furthermore, the Appeals Chamber does not see what kind of error Judge Kama may have committed or how his comments could have been unlawful. The Appeals Chamber reiterates that Judge Kama's impugned comments must be placed in their proper context. In this particular case, Judge Kama was the Presiding Judge. During the cross-examination of Witness JJ, the Defence asked the witness how many times she had been raped. Seeing that the Witness had not answered the question specifically, the Presiding Judge intervened to put the question again to the Witness.[352] Finally, upon some further questioning, and on the basis of the Witness' statements, the Presiding Judge concluded that she had been raped at least seven times, leaving aside the other cases of rape she could not remember.[353] Subsequently, the Defence took the floor once again and resumed the cross-examination. Several questions were then asked as to the use of condoms when the rapes were being committed, and the question relating to the frequency of the rapes was therefore implicitly asked. The Presiding Judge interrupted once more to ask the Defence to "make some progress"[354] The Defence stated in reply to the Presiding Judge that "[…] there are a number of contradictions."[355] It was at this point that the Presiding Judge made the comment contested by Akayesu "[Is that important?] … She was raped so many times that she no longer remembers the exact number of times [4, 5, 6, 7 times]."

206. The Appeals Chamber recalls that the practice of the Tribunal requires the Trial Chamber, generally, to exercise control over the examination and cross-examination of witnesses. Such general practice was sanctioned by Rule 90 (F) of the Rules of Procedure and Evidence adopted on 8 June 1998.[356] In the instant case, the Appeals Chamber notes that Judge Kama did not ignore the initial question put by the Defence. On the contrary, he himself asked the Witness to be more specific about what she had said. The Appeals Chamber therefore holds that the Presiding Judge of the Chamber, upon noting that the witness was finding it difficult to remember the exact number of times she had been raped and being of the opinion that the Defence was asking for superfluous details, properly interrupted the Defence Counsel and thus exercised his duty in a reasonable manner. It is the Chamber's view that Judge Kama's comment meant that the Witness's testimony indicated that she had been raped so many times that she could not remember exactly how many times she had been raped.

207. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber holds that the Trial Chamber did not err on this point.

---

[351] Akayesu explains: "The Judge affirmed that it was a painful experience for the Witness, that she was raped so many times that the court could move on to another matter. Evidently, he believed her. Which informed observer who is familiar with the circumstances of the instant case, including the duty of the judges to be impartial, would not believe that Judge Kama was already satisfied with the veracity of the statements made by Witness JJ, before the Defence presented its case? […] Rather, the Judge had decided that he believed the Witness and wanted to protect her from questions that might have embarrassed her. This error vitiates the assessment of Witness JJ's testimony, which was deemed credible well before the presentation of evidence by the Defence." Akayesu's Reply, para. 107.

[352] Transcript, 24 October 1997, p. 15.

[353] Transcript, 24 October 1997, p. 10.

[354] Transcript, 24 October 1997, p. 23.

[355] Transcript, 24 October 1997, p. 11.

[356] Indeed, Rule 90 (F) provides that: "The Trial Chamber shall exercise control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence […]".

5989/A

d. The words used for rape in Kinyarwanda

(i) Arguments of the parties

208. Akayesu refers to paragraphs 146, 152, 153 and 154 of the Judgment. In paragraph 146, the Trial Chamber presents certain words used by the witnesses, as well as expressions used in Kinyarwanda for rape. The Trial Chamber explains that it relied on the testimony of Mathias Ruzindana. Akayesu submits that this witness did not mention any words relating to rape during his testimony.[357] Regarding paragraphs 152, 153 and 154 of the Judgment, Akayesu contends that expert opinion was not sought on the terms used by the Trial Chamber. The evidence relied on by the Chamber (in this case, after consulting the Tribunal's interpreters) is not reflected in the transcripts and, therefore, Akayesu cannot respond thereto, in spite of it being significant as pointed out by the Trial Chamber itself.[358]

209. The Prosecution recalls that some 20 Prosecution and Defence witnesses testified before the Trial Chamber about sexual violence. At no time did Defence Counsel point out to the Trial Chamber that the words used by the witnesses did not mean rape. Moreover, there is no doubt that Witnesses J, H, JJ, OO, KK, NN and PP were actually testifying about rape and not consensual sexual intercourse.[359]

(ii) Discussion

210. Paragraph 146 of the Judgment reads as follows :

> The words *Inkotanyi, inyenzi, icyitso/ibyitso* and *Interhamwe* and the expressions used in Kinyarwanda for "rape", because of their significance to the findings of the Chamber, are considered particularly, as follows: The Chamber has relied substantially on the testimony of Dr. Mathias Ruzindana, an expert witness on linguistics, for its understanding of these terms. The Chamber notes that in ascertaining the specific meaning of certain words and expressions in Kinyarwanda it is necessary to place them contextually, both in time and in space.

211. It is the view of the Appeals Chamber that Akayesu misinterpreted the above-mentioned paragraph. True, one could understand from a simple reading of the paragraph that the Trial Chamber relied solely on the testimony of Mathias Ruzindana to interpret all the words listed in the first sentence, including "rape". Nevertheless, a comprehensive reading of the entire portion of the Judgment devoted to the interpretation of Kinyarwanda terms into English and French shows otherwise. Actually, the Trial Chamber relied on the testimony of the expert witness only to interpret the words *Inkotanyi, inyenzi, icytso/ibyitso and Interahamwe*, as reflected in paragraphs 147 to 151 of the Judgment. At no time, did the Trial Chamber rely on the testimony of Mathias Ruzindana to ascertain the meaning of the terms used in Kinyarwanda for "rape". Indeed, the paragraphs in the Judgment dealing with the meaning of those terms contain no reference to the testimony of the expert witness.[360]

212. Furthermore, on this last point, the Appeals Chamber does not see how consulting the official interpreters of the Tribunal, as well as using the dictionary of the National Institute for Scientific Research constitutes a substantive error. The Trial Chamber showed itself to be well-informed and vigilant about the problem of translation and particularly on "the obvious risks of

[357] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 17; Akayesu's Reply, para. 108.
[358] *Ibid*, para. 19.
[359] Prosecution's Response, para. 11.37 to 11.39.
[360] See paras. 152 to 154 of the Judgment.

misunderstandings in the English version of the words spoken in the source language, *Kinyarwanda.*"[361] Akayesu submits that he could not challenge the meanings given to the words by the Chamber insofar as they do not appear in the transcripts of the proceedings. The Appeals Chamber holds that such allegations are without merit. As pointed out by the Prosecution, several Prosecution and Defence witnesses testified about sexual violence and at no time during the proceedings before the Trial Chamber did Akayesu raise the issue of a misuse of any term in Kinyarwanda or suggest that the witnesses were not referring to rape.

213. Consequently, in the absence of any valid argument, the Appeals Chamber holds that the Trial Chamber did not err in law.

214. Therefore, the Appeals Chamber dismisses all the arguments put forth by Akayesu with regard to the factual findings of the Trial Chamber on paragraphs 12 (A) and 12 (B) of the Indictment.

(ii) Paragraph 14 of the Indictment: the Meeting at Gishyeshye and the call for the killing of Tutsis in Taba.[362]

215. Akayesu alleges that the Trial Chamber committed two main errors, with respect to paragraphs 349, 361 and 362 of the Judgment. He submits generally, that "In order to find beyond a reasonable doubt[…] that there was a call to genocide, there had to be conclusive, consistent and corroborative evidence and the Chamber erred in law by conjuring up hypotheses in order to arrive at the finding that there had been a call to commit genocide or to kill the Tutsis."[363] Akayesu submits further that, "this is the most cogent error which weakens the Judgment."[364]

a. Paragraph 349 of the Judgment

216. Paragraph 349 of the Judgment reads as follows:

> With regard to the allegation made in paragraph 14 of the Indictment, the Chamber feels that it is not sufficient to simply establish a possible coincidence between the Gishyeshye meeting and the beginning of the killing of Tutsi in Taba, but that there must be proof of *a possible causal link*

[361] Indeed, the Chamber, devoted a para. to translation difficulties. In para. 145, it explains in fact that "most of the testimony of witnesses at trial was given in Kinyarwanda. The Chamber notes that the interpretation of oral testimonies of witnesses from Kinyarwanda into one of the official languages of the Tribunal has been a particularly great challenge due to the fact that the syntax and everyday modes of expression in the Kinyarwanda language are complex and difficult to translate into French or English. These difficulties affected the pre-trial interviews carried out by investigators in the field, as well as the interpretation of examination and cross-examination during proceedings in Court. Most of the testimony of witnesses at trial was given in Kinyarwanda, first interpreted into French, and then from French into English. This process entailed obvious risks of misunderstandings in the English version of words spoken in the source language by the witness in Kinyarwanda. For this reason, in cases where the transcripts differ in English and French, the Chamber has relied on the French transcript for accuracy. In some cases, where the words spoken are central to the factual and legal findings of the Chamber, the words have been reproduced in this Judgment in the original Kinyarwanda."

[362] Para. 14 of the Indictment reads as follows: "The morning of 19 April 1994, following the murder of M. Karera, Jean-Paul Akayesu led a meeting in Gishyeshye sector at which he sanctioned the death of Sylvère Karera and urged the population to eliminate accomplices of RPF, which was understood by those present to mean Tutsis. Over 100 people were present at the meeting. The killing of Tutsis in Taba began shortly after the meeting."

[363] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 32.

[364] Transcript, 1 November 2000, p. 70. Akayesu specifies that para. 14 of the Indictment refers to the crime of incitement to commit genocide. According to him, "it is […] the key factual determination for the finding of genocide", Transcript of the hearing 1 November 2000, p. 71.

between the statement made by the accused during the said meeting and the beginning of the killings (emphasis added).

[La Chambre considère que s'agissant de l'allégation ainsi formulée dans le paragraphe 14 de l'Acte d'accusation, il convient non seulement de démontrer une éventuelle coincidence entre le rassemblement de Gishyeshye et le début des massacres de Tutsis à Taba, mais encore de prouver *un lien de causalité éventuel* entre les propos tenus par l'Accusé lors dudit rassemblement et le début des massacres (non souligné dans l'original)]

(i) Arguments of the parties

217. Akayesu contends that the Trial Chamber erred by only requiring proof merely of a possible causal link between the gathering and the start of the massacres. Therefore, he alleges that the Trial Chamber substituted this standard of proof for the standard of proof beyond a reasonable doubt in assessing the events alleged in paragraph 14 of the Indictment.[365]

218. The Prosecutor submits that Akayesu has cited the Trial Chamber's statements out of context. The paragraph cited by Akayesu should be read in the context of paragraph 362 of the Judgment to understand the Trial Chamber's reasoning on the existence of a causal link between Akayesu's statements and the subsequent events.[366] The Prosecutor further submits that the crime of direct and public incitement to commit genocide can be punished even where such incitement was unsuccessful, as stated by the Trial Chamber in paragraphs 561 and 562.[367]

(ii) Discussion

219. The Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber must act pursuant to Rule 87 (A) of the Rules, which provides that the Prosecutor must prove the allegations brought against the accused beyond a reasonable doubt.

220. In the opinion of the Appeals Chamber the use of the word "possible" or "*éventuel*" in the paragraph at issue is unfortunate insofar as it can *a priori* be misleading. Indeed, it could, suggest that the Trial Chamber applied a less strict standard of proof than the standard of proof "beyond a reasonable doubt", by requiring the Prosecutor to prove a possible causal link rather than a causal link beyond a reasonable doubt. The Appeals Chamber finds that such interpretation, in the instant case, is overly simplistic and unfounded.

221. In fact, as submitted by the Prosecutor, Akayesu failed to cite the impugned paragraph in its proper context. The paragraph must be read in light of the following paragraphs, particularly, paragraph 362 which reads:

Finally, relying on substantial evidence which was not essentially called into question by the Defence, and as it was confirmed by the accused, the Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that there was a causal link between the statement of the accused at the 19 April 1994 gathering and the ensuing widespread killings in Taba.

222. Furthermore, it is clear form a reading of the factual findings, that the Trial Chamber assessed the evidence before it (Witnesses C, W, A, N, as well as the testimonies of the accused

[365] Akayesu's Brief, Chapter 10, para 23.
[366] Prosecution's Response, paras. 11.41 to 11.44.
[367] *Ibid*, paras. 11.47 to 11.50.

himself, Witness V and Joseph Matata) against the "beyond a reasonable doubt" standard. Paragraphs 359, 360 and 361 of the Judgment are clear on this point. In paragraph 359, the Trial Chamber states that "*it is satisfied beyond a reasonable doubt,* that the accused was present in Gishyeshye, during the early hours of 19 April 1994, and that he joined a crowd of more than 100 people gathered around the body of a young member of the *Interahamwe,* and that he took that opportunity to address the people [...]". The Chamber further states that "*it is satisfied beyond a reasonable doubt* that on that occasion, the accused, by virtue of his functions as *Bourgmestre* and the authority he held over the population, did lead the crowd and the ensuing proceedings." In paragraph 360, the Chamber "holds [...] that in the absence of conclusive evidence, the Prosecution has failed to establish *beyond reasonable doubt that* the accused publicly sanctioned the death of Sylvère Karera at the Gishyeshye gathering." In paragraph 361, the Chamber explains that "after considering the weight of all supporting and corroborative evidence, the Chamber is satisfied *beyond a reasonable doubt* that the accused clearly called on the population to unite and eliminate the sole enemy: the accomplices of the *Inkotanyi*". The Chamber goes on to state that "On the basis of consistent evidence heard throughout the trial and the information provided by Ruzindana, appearing as an expert witness on linguistic issues, *the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt* that the accused was himself fully aware of the impact of his statement on the crowd and of the fact that his call to wage war against *Inkotanyi* accomplices could be construed as one to kill the Tutsi in general" (Emphasis added).

223. Nothing in the Trial Chamber's Judgment gives cause for doubting that the Trial Chamber complied with Rule 87 (A) of the Rules, and a simple reading of the paragraphs following paragraph 146 shows that the Chamber duly applied the reasonable doubt standard. Moreover, Akayesu did not provide the Appeals Chamber with other examples tending to show that the Trial Chamber did indeed violate the aforementioned Rule 87(A).

224. Accordingly, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not commit any error.

b. Paragraphs 361 and 362 of the Judgment

225. Paragraph 361 reads:

> "With regard to the allegation that the accused urged the population, during the said gathering, to eliminate the accomplices of the RPF, after considering the weight of all supporting and corroborative evidence, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused clearly called on the population to unite and eliminate the sole enemy: accomplices of the *Inkotanyi.* On the basis of consistent evidence heard throughout the trial and the information provided by Dr. Ruzindana, appearing as an expert witness on linguistic issues, the Chamber is satisfied beyond reasonable doubt that the population construed the Accused's call as a call to kill the Tutsi. The Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the Accused was himself fully aware of the impact of his statement on the crowd and of the fact that his call to wage war against *Inkotanyi* accomplices could be construed as one to kill the Tutsi in general".

226. Paragraph 362 reads:

> "Finally, relying on substantial evidence which was not essentially called into question by the Defence, and as it was confirmed by the Accused, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that there was a causal link between the statement of the Accused at the 19 April 1994 gathering and the ensuing widespread killings in Taba".

5985/A bis

(i) Arguments of the parties

227. Akayesu identifies in the paragraphs cited above, three errors allegedly committed with respect to the testimony of Mathias Ruzindana, other evidence referred to as "corroborative" and the so-called "confirmation" by Akayesu.

228. As regards the testimony of Mathias Ruzindana, the Appeals Chamber notes, at the outset, that on 22 August 2000, it dismissed Akayesu's request for leave to amend his Notice of Appeal with regard to the issue of the independence of the Tribunal, particularly in order to challenge the evidence of Pierre Prosper as an expert in sociolinguistics and that of Mathias Ruzindana as an expert witness.[368] Therefore, the Appeals Chamber will not address Akayesu's allegations with respect to Witness Mathias Ruzindana's testimony. Indeed, the allegations presented by Akayesu with respect to his request for leave to amend his Notice of Appeal are similar to those set out in his Brief.

229. As regards the testimonies of other witnesses, Akayesu submits that the said testimonies (Witnesses C, N, A, Z, V, E) are inconsistent on the date of the meeting, the people Akayesu targeted in his speech and the identity of the enemy.[369] On this point, he neither requests the Appeals Chamber "to reassess the evidence nor to apply the test of unreasonableness. Taking into account the Tribunal's findings, it is necessary for the Chamber to note the *total* absence of proof, of a specific intent on the part of the accused to kill the Tutsi"[370] in the section of the Judgment relating to paragraph 14 of the Indictment.

230. The Prosecutor recalls that the standard to be applied in the instant case is the standard of "unreasonableness" as held by ICTY Appeals Chamber in *Tadic*.[371] There was a consensus among Prosecution witnesses as to the content of Akayesu's statement during the said gathering. Furthermore, Akayesu has failed to show that the reasonable doubt standard has not been applied and that under the circumstances, any reasonable person confronted with the same evidence would have come to a different conclusion.[372]

231. Regarding the testimony of the accused, Akayesu claims that he neither acknowledged nor confirmed that there existed a link between his statements and the killings which took place in Taba, contrary to the finding of the Trial Chamber in paragraph 362 of the Judgment.[373] The Prosecutor submits, on the contrary, that Akayesu did not actually deny that there were killings in Taba and that those killings started after the 19 April 1994 gathering. In the Prosecutor's submission, the only denial made by Akayesu during his testimony related to the content of his speech at this gathering.[374]

(ii) Discussion

[368] Decision of 22 August 2000.
[369] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 29. He explains, in fact, that "the testimonies were not adequately consistent to warrant the conclusion that the Appellant explicitly called for the killing of the Tutsi." Akayesu's Reply, para. 112.
[370] Akayesu's Reply, para. 115.
[371] The ICTY Appeals Chamber held that: "[..] the standard to be used when determining whether the Trial Chamber's factual finding should stand is that of unreasonableness, that is, a conclusion which no reasonable person could have reached."
[372] Prosecution's Response, para. 11.61.
[373] The Trial Chamber had indeed used the expression "as it was confirmed by the accused". See Judgment, para. 362. See Akayesu's Brief, Chapter 10, paras 30 and 31; Akayesu's Reply, para. 116.
[374] Prosecution's Response, para. 11.52.

232. Firstly, as regards alleged inconsistencies between the evidence given by Witnesses C, N, A, Z, V and E regarding the persons Akayesu targeted in his speech and the identity of the targeted enemy, the Appeals Chamber recalls that appellate proceedings are not intended as a trial *de novo*. In this case, the Appeals Chamber is guided by the following standard: "The task of hearing, assessing and weighing the evidence presented at trial is left to the Judges sitting in a Trial Chamber. [...] It is only where the evidence relied on by the Trial Chamber could not reasonably have been accepted by any reasonable person that the Appeals Chamber can substitute its own finding for that of the Trial Chamber".[375]

233. In the instant case, Akayesu has failed to show that plainly the Trial Chamber should not have found the above-mentioned testimonies to be inconsistent. Akayesu cites as an example the evidence of Witnesses C, N, A, Z, V, and E and provides with respect of each witness only a very brief background to the testimony and selected portions thereof. Akayesu merely submits that "the record shows that the Appellant urged the people to unite against the invaders or RPF or against the *Inkotanyi*, which appears to be a totally legitimate statement under the circumstances."[376] Akayesu does not explain why the Trial Chamber's findings are erroneous or without basis. In any case, the Appeals Chamber observes that the paragraphs of the Judgment dealing with the challenged witnesses, leave no doubt as to the consistency of the testimonies heard by the Trial Chamber, at least as regards the real meaning of Akayesu's statements during the meeting and interpretation thereof. The Trial Chamber explained in detail the content of each relevant testimony, and its finding in paragraph 361 appears quite logical and justified.[377]

234. Consequently, in the absence of any convincing explanation, the Appeals Chamber dismisses Akayesu's allegations.

235. Secondly, as regards the evidence given by the Accused, the Appeals Chamber emphasizes that it is the duty of the Trial Chamber to hear, assess and weigh the evidence presented at trial. In the instant case, the Trial Chamber found beyond a reasonable doubt that Akayesu's testimony included evidence which, in combination with the evidence of other witnesses, enabled it to find that there was "a causal link between the statement of the Accused at the 19 April 1994 gathering and the ensuing widespread killings in Taba." The Appeals Chamber is of the opinion that such a finding is not unreasonable. A reading of the Prosecution's cross-examination of Akayesu shows that, indeed, he did not deny that there might have been a link between anti-RPF utterances and the massacre of Tutsis:

> Q. My question was – please listen carefully – would you agree that by saying someone was an accomplice of the RPF it equals death, they would be killed?
>
> A. Of course. It's dangerous. [...]
>
> Q. [...] I want to touch upon something that you just said which is quite interesting, that is the saying by people that someone is an accomplice of the RPF where they have guns or they have lists to attack Hutus or whomever. Would you agree that that is a form of propaganda with an intent of, I guess, disturbing the *commune* or inciting the population?

---

[375] *Tadic* Appeal Judgment, para. 64. See also *Celebici* Appeal Judgment, para. 435.
[376] Akayesu's Brief , Chapter 10, para. 29.
[377] On the basis of consistent testimonies heard throughout the trial and the information provided by Ruzindana, appearing as an expert witness on linguistic issues, the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the population construed the Accused's call as a call to kill the Tutsi.

5983/A bis

A. If you place yourself in the middle of a population, the midst of a population, and you start making statements saying that some people, these men are accomplices of the RPF, that means a lot. It includes a lot of things [...]

Q. Would the population be more likely to listen to the burgomaster hypothetically if he was saying that or just a common individual?

A. Not only an individual. The population is carefully – would carefully follow what an authority says, particularly in this case the burgomaster. So if the burgomaster takes it on himself to talk about somebody the population will certainly follow with a lot of interest. [...]

A. If ever a burgomaster said that, asking why were Tutsis that were accomplices of the RPF, certainly he would be pointing at people and the outcome of this would be that those people would be killed. That is certain. [...][378]

236. The Appeals Chamber stresses that the above-mentioned excerpt is taken from the portion of Akayesu's cross-examination relating specifically to the meeting of 19 April 1994. The Chamber observes that in his Brief, Akayesu quotes another part of his testimony which deals with Akayesu's public reading of the Prime Minister's letter calling on the population to mobilize to fight the enemy. To the question by the Presiding Judge of the Trial Chamber as to whether the content of said letter "could [it] not be understood by some persons, maybe some ill-intentioned persons, as meaning a green light to fight the enemies of the *Inkotanyis*", Akayesu, indeed answered in the negative .[379] Still, concerning specifically the meeting of 19 April 1994 mentioned in paragraph 14 of the Indictment, Akayesu did not openly deny that there was a causal link.

237. Therefore, the Trial Chamber properly mentionned, in its factual findings on paragraph 14 of the Indictment, the Accused's testimony as part of the evidence that enabled it to find "that there was a causal link between the statement of the Accused at the 19 April 1994 gathering and the ensuing widespread killings in Taba." Therefore, the Appeals Chamber dismisses Akayesu's allegations.

238. Accordingly, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err and therefore dismisses all the arguments put forth by Akayesu with respect to paragraph 14 of the Indictment.

(iii) Paragraph 18 of the Indictment: the killing of Ephrem Karangwa's brothers and the destruction of his house[380]

(a) Arguments of the parties

239. Akayesu alleges that the Trial Chamber erred in assessing witness evidence relating the killing of Ephrem Karangwa's brothers and the destruction of his house. He contends that the

[378] Transcript, 13 March 1998, pp. 147-149.
[379] See Transcript, 13 March 1998, p. 115.
[380] Para. 18 of the Indictment reads: "On or about April 19, 1994, the men, who, on Jean-Paul Akayesu's instructions, were searching for Ephrem Karangwa destroyed Ephrem Karangwa's house and burned down his mother's house. They then went to search the house of Ephrem Karangwa's brother-in-law in Musambira *commune* and found Ephrem Karangwa's three brothers there. The three brothers – Simon Mutijima, Thaddée Uwanyiligira and Jean-Chrysostome Gakuba – tried to escape but Jean-Paul Akayesu blew his whistle to alert local residents to the attempted escape and ordered the people to capture the brothers. After the brothers were captured, Jean-Paul Akayesu ordered and participated in the killings of the three brothers.

charges contained in paragraph 18 of the Indictment are not substantiated by witness testimony before the Tribunal, notably that of Witness Ephrem Karangwa. Akayesu prays the Appeals Chamber to acquit him of Count 5, as "the decision was reached through an improper procedure and is unreasonable in view of the fact that the key-witness was not credible".[381]

240. Firstly, as regards the circumstances surrounding the death of Ephrem Karangwa's brothers and Akayesu's involvement in their murder, Akayesu submits that the Trial Chamber miscontrued Ephrem Karangwa's testimony and misapprehended the events alleged, having improperly accepted the said witness's account. In Akayesu's submission, Ephrem Karangwa's prior statements are inconsistent with his testimony before the Trial Chamber.[382] However, while acknowledging in paragraphs 260 and 261 of the Judgment that there are discrepancies in the Witness' testimony, the Trial Chamber considered the witness credible, stating that his evidence was corroborated by the testimony of Witness S. Now, Witness S's account of the circumstances surrounding the killing of Karangwa's brothers, was so different that Akayesu asserts that the two accounts are incompatible.[383] Moreover, Akayesu alleges that on 17 February 1998, the Trial Chamber denied a request by the Defence for a forensic analysis of the cause of their death, which might have proved conclusive.[384] Secondly, it is Akayesu's, submission that the witness's testimony regarding the burning down of his house is implausible in view of the location of the witness at the time. At a distance of at least 500 metres,[385] the witness would not indeed have been able to see and hear what was happening in his house, and, in particular, note the presence of Akayesu.[386]

241. With respect to the inconsistencies between Witness Karangwa's prior statements and his testimony before the Trial Chamber, the Prosecution, referring to *Kayishema/Ruzindana* Judgment,[387] submits that the witness explained them to and satisfied the Tribunal, which besides found that his testimony was corroborated by the testimony of another witness. Moreover, the Witness was consistent both throughout the examination-in-chief and the cross-examination.[388] Regarding Akayesu's request for forensic evidence, the Prosecution submits that the Trial Chamber acted properly in rejecting Akayesu's request on the basis that the location where Karangwa's brothers were purportedly buried had been the subject of previous exhumations and reburials. Furthermore, Akayesu fails to specify the nature of the error the Trial Chamber may have committed in refusing to order said forensic analysis.[389] With respect to the burning down of Karangwa's house, the Prosecution submits that the Trial Chamber did not act unreasonably in relying mainly upon Witness Karangwa's testimony to make its factual findings. Moreover,

---

[381] Akayesu's Brief, para. 129.
[382] *Ibid*, paras. 38 to 40. In his Reply, Akayesu further submits that: "Here, the Chamber had to consider two different versions of a murder incident, but it was mistaken about the evidence by finding that Karangwa had denied his statement. Since the Chamber should have known that Karangwa had made a statement in November 1995 to the effect that he saw Akayesu first at this brother and that the two other s had been killed with machetes as they tried to flee, it should have questioned the statement made by this police inspector who is supposed to be capable of testifying correctly. " (para. 123).
[383] *Ibid*, paras 41 to 44.
[384] *Ibid*, para. 46.
[385] Taking note of the figure differences between the English and French versions of Witness D's testimony, Akayesu concludes finally that: "the distance mentioned by Karangwa from his hiding place to the house was not 150 metres but rather approximately 500 metres or more." (Unofficial Translation). See Akayesu's Reply, para. 126.
[386] *Ibid*, para. 48.
[387] In this case, the Trial Chamber stated "corroboration of evidence is not a legal requirement to accept a testimony." See "Judgment", *The Prosecutor vs. Clément Kayishema and Obed Ruzindana,* paras. 76 to 80.
[388] Prosecution's Response, para 11.70 and 11.71.
[389] Prosecution's Response, para. 11.75 to 11.76.

Karangwa's testimony on this point was consistent throughout the examination-in-chief and the cross-examination before the Chamber.[390]

(b) Discussion

242. Firstly, with respect to the circumstances surrounding the death of Ephrem Karangwa's brothers, the Appeals Chamber recalls that it falls to the Trial Chamber to satisfy itself beyond a reasonable doubt as to the credibility of each witness appearing before it. The Appeals Chamber only reviews the reasonableness or otherwise the Trial Chamber's factual findings.

243. In the case at bar, Ephrem Karangwa's testimony before the Chamber differs indeed on various aspects from his statements to the Prosecution's investigators. Such contradictions relate in particular to the type of weapon used to kill his brothers.[391] Under cross-examination, Witness Karangwa confirmed having testified during his examination-in-chief that his three brothers had been shot and admitted at the same time to having stated to the investigators that two of his brothers had been machetted to death.[392] The Witness then explained the discrepancy in his accounts.[393] The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber took account of the discrepancies between the Witness's written statements and his live testimony. It did not consider that such discrepancies affected the Witness's credibility and accepted beyond reasonable doubt, the explanation given by the Witness:

> [...] The Chamber accepts Karangwa's explanation for the inconsistent prior statement and notes that his evidence that his brothers died by injuries inflicted by gun shots is consistent throughout his testimony and is corroborated by the testimony of witness S.[394]
>
> [...] The Chamber finds that Karangwa gave a truthful account of events actually witnessed by him and that he did so without exaggeration or hostility. The Chamber is satisfied that the witness could reasonably have seen and heard the matters to which he testified.[395]

244. Regarding Witness S, the Appeals Chamber does not accept Akayesu's argument that the evidence of Karangwa and Witness S "are too incompatible to be plausible" and that they are "fabricated."[396] Read together both testimonies are consistent in all material respects as to the

---

[390] Prosecution's Response, para. 11.71.
[391] During his testimony of 6 February 1997, Karangwa explained that as he saw Akayesu carrying a gun and having heard Akayesu say "You should shoot at the – at them", and "I drew the conclusion that it was Akayesu who had shot the gun". See Transcript of the hearing of 6 February 1997, pp. 65 to 68 and pp. 117 and 178. He asserts that his three brothers were shot. In his previous statement, on the contrary, Ephrem Karangwa had stated: ""I could see from the place where I was hidden, that Akayesu killed my brother Jean-Chrysostome with his gun. I saw, that my other two brothers tried to escape but they were caught by Akayesu's men and were killed by them with machetes." (Exhibit No. 105) According to this statement, only one of his brothers was shot. The Defence raised this contradiction during cross-examination. When the witness was asked if he remembered his prior statement, he confirmed having made it to the investigators ("Yes, I said that"). See Transcript of the hearing of 6 February 1997, p. 170.
[392] On this point, Akayesu criticizes the Trial Chamber for incorrectly recording Karangwa's cross-examination, in which it states in para. 260 that during his cross-examination "Karangwa denied stating this to the Office of the Prosecutor" and "reaffirmed his testimony that all three of his brothers were shot." It is true that the witness did not explicitly deny his statements to the investigators when Defence Counsel reminded him of the contents of his statement. He even confirmed having said that. Nevertheless, the witness immediately explained the reasons for this contradiction, and he did not take over the substance of his testimony before the Trial Chamber.
[393] The Witness testified that "During that time when people were being killed, after they were killed, they would make- they would made them. They would fortune their bodies. Let me tell you that they would even – they would even cut out people's bones. They would do this to mock them simply because they were Tutsi." Transcript, 6 February 1997, pp. 170 and 171.
[394] Judgment, para. 261.
[395] Judgment, para. 262.
[396] Akayesu's Brief, Chapter 10, para. 44.

circumstances attending the death of Witness Karangwa's three brothers: Witness S confirms Karangwa's testimony regarding the vehicle used,[397] the main witnesses to the crimes,[398] the presence of a group of people around the three brothers,[399] the order given by Akayesu that they be shot[400] and the weapons used.[401]

245. Furthermore, the Appeals Chamber finds, that the Trial Chamber's decision refusing to order a forensic analysis was justified and founded.[402]

246. Secondly, regarding the destruction by fire of Witness Karangwa's house and that of his mother, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber's finding was reasonable. On the basis of Karangwa's testimony, including one main detail which was corroborated by other witnesses (in this case, the clothes that Akayesu was wearing that day), the Trial Chamber held that "the houses of Karangwa and his mother were destroyed in his [Akayesu's] presence by men under his control."[403] Moreover, as pointed out by the Prosecutor, Witness Karangwa maintained, in substance, the same account of the facts from the time he made his statement to the Tribunal's investigators[404] and throughout his examination-in-chief[405] and cross-examination.[406]

247. For all the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Akayesu's allegations regarding paragraph 18 of the Indictment. Accordingly, it dismisses all the arguments put forward by Akayesu under his third sub-ground of appeal.

4. Sub-Ground Four: Out-of court Evidence.[407]

248. Akayesu submits that the Trial Chamber erred by relying on out-of-court evidence to pass on a central issue in his trial. He alleges that the said error is "an error in law (miscarriage of

---

[397] Transcript, 5 February 1997, p. 22 (Witness S) and Transcript, 6 February 1997 (Witness Karangwa), p. 59.
[398] Transcript , 5 February 1997, p. 23 (Witness S) and T, 6 February 1997 (Witness Karangwa), p. 64.
[399] Transcript, 5 February 1997, p. 31 (Witness S) and T, 6 February 1997 (Witness Karangwa), p. 66.
[400] Transcript, 5 February 1997, p. 49 (Witness S) and T, 6 February 1997 (Witness Karangwa), p. 67.
[401] Transcript, 5 February 1997, p. 53 (Witness S) and T, 6 February 1997 (Witness Karangwa), p. 67.
[402] On 17 February 1998, the Trial Chamber held in a decision on a Defence motion for forensic analysis of the three bodies that : "[…] considering the ancientness of the acts which allegedly occurred four years ago, and in light of the fact that a number of the purported mass graves, including, without a doubt, those supposedly in the vicinity of the Taba 'bureau communal', have been the subject of previous exhumations and reburials, the Tribunal finds that a new forensic analysis would not be appropriate nor, in any case, instrumental in the discovery of the truth. Rather, the Tribunal feels that the arguments raised by the Defence Counsel in support of his motion are pertinent mainly to evaluating the credibility of certain witness testimonies and not to showing the necessity for an exhumation and forensic analysis, as requested." See "Decision on "Defence Motion Requesting an Inspection of the Site and the Conduct of a Forensic Analysis," 17 February 1998.
[403] Judgment, para. 268.
[404] Exhibit No. 105.
[405] Transcript, 6 February 1997, pp. 43 to 53.
[406] Transcript, 6 February 1997, pp. 162 to 168.
[407] See Annex B. In the Decision of 24 May 2001, the Appeals Chamber granted Akayesu leave to amend his Notice of Appeal. In the same Decision, the Chamber granted leave to admit certain pages of the transcripts from the hearing held on 14 October 1997 in the case of *The Prosecutor vs. Georges Rutaganda,* Case No. ICTR-96-3-T, but denied several other applications including a Request to Admit an Affidavit into the Record. By its Decision of 12 July 2000, the Appeals Chamber granted the Prosecution leave to admit into evidence other extracts from the hearing of the same date in the same case. See Annex A.

justice) invalidating the decision."[408] Akayesu contends that the resulting prejudice carries a "termination of proceedings".[409]

(a) Arguments of the Parties

249. Akayesu alleges that:

> The court rendered its Judgment based on evidence taken outside the Court where the Appellant was being tried. The Appellant did not know about it and was absent.[410]

250. In particular, Akayesu argues that the Trial Chamber relied on evidence obtained outside his trial to find that like the other *Bourgmestres* and *Préfets*, he, Akayesu changed his attitude towards the genocide, after a meeting held on 18 April 1994.[411] Akayesu alleges that:

> The Chamber contravened the basic or cardinal principle which requires the judge to decide in the light of the evidence produced or adduced before the court or at trial and not on the basis of his personal knowledge obtained from other sources: [...][412]

251. Akayesu alleges, essentially, that the judges of Trial Chamber I took active steps to obtain additional evidence regarding his case from a witness testifying in another trial being heard before the same Trial Chamber, that is, *The Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T ("the *Rutaganda* case").[413] He alleges specifically that on 14 October 1997, while Expert Witness Filip Reynjtens ("the Expert Witness") was testifying in the *Rutaganda* case, the presiding judge suddenly changed the course of the witness's testimony by specifically asking questions on the alleged change in attitude of the *Bourgmestres* after the meeting held in Gitarama on 18 April 1994.[414] Akayesu argues that the Expert Witness testified that some *Bourgmestres* did change their attitude after this meeting, and stated that he knew that such change in attitude was of interest to the Trial Chamber in the context of the case of *Akayesu*.[415], In Akayesu's submission the issue was of no relevance to the *Rutaganda* case.[416] On the contrary, it concerned only the facts of his case.[417]

---

[408] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 2.

[409] *Ibid*, para 26, *Ibid*, Chapter 15, para. 1 and Akayesu's Reply, paras. 13 and 135. The Appeals Chamber notes that Akayesu asserts in the last paragraph that: "Alternatively, the Appeals Chamber could quash the Judgment rendered by the Trial Chamber and order a re-trial." However, the Appeals Chamber stresses that such statements contradict other arguments put forward by Akayesu with respect to the remedy sought by him. Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 2 where Akayesu submits that "such a remedy is not sought by the Appellant as an appropriate cure under the circumstances".

[410] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 1

[411] *Ibid*, para. 2.

[412] *Ibid*, Ch. 11, para. 23 (footnote omitted).

[413] In the case of *Rutaganda*, Trial Chamber I was composed of the same judges as in the case of Akayesu: Judge Laïty Kama (Presiding), Judge Lennart Aspegren and Judge Navanethem Pillay.

[414] Akayesu's Brief, Ch. 11, para. 8.

[415] *Ibid*, para. 9.

[416] Akayesu's Brief, Chapter 1, paras. 9 and 10 "requests the Prosecutor to indicate, where, if at all, in the transcript of the Georges Rutaganda trial the points raised by the Presiding Judge [...] are to be found", i.e. generally this alleged change in attitude. Should the Prosecutor fail to provide such information, the Appellant submits that the Appeals Chamber must infer that the questions put to the expert, Reyntjens, concerned the Appellant's trial, the only other ongoing trial before the Tribunal at the time. Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 12. See also Akayesu's Reply, para. 133 and Transcript, 1 November 2000, p. 83.

[417] Akayesu's Brief, Chapter 11, paras. 10 to 12. Akayesu submits that the presiding judge's interventions during the Expert Witness's testimony, in particular when he referred to "*une question qui est revenue de manière récurrente dans*

252. Akayesu alleges that the questions asked by the presiding judge during the Expert Witness's testimony were at the heart of his trial[418] and were the basis of the finding in the Trial Judgment, that Akayesu had changed his attitude after the meeting on 18 April 1994.[419] Akayesu argues that he was not present when the Trial Chamber heard what he referred to as this crucial evidence from the Expert Witness.[420] Akayesu submits that the Trial Chamber made these findings on the basis of evidence heard in his absence,[421] obtained following what he referred to as an "investigation conducted by the Tribunal on pivotal facts of his case";[422] which were not disclosed to him; and in relation to which he was not afforded the opportunity to cross-examine the witness.[423] He asserts that the Trial Chamber undervalued the importance of his right to a fair and public hearing.[424] As a subsidiary argument, Akayesu submits that the Trial Chamber permitted the Expert Witness, at the end of his testimony, to make an "unfavourable and unsympathetic" comment about his case (sic).[425]

253. Akayesu submits that in obtaining evidence in this manner, that is in his absence, the Trial Chamber denied him the right to cross-examine the Witness and violated his fundamental rights. Thus, the Trial Chamber seriously has prejudiced the fairness and integrity of the trial and "discredit[ed]" the administration of the Trial Chamber.[426]

254. The Prosecution generally disputes both Akayesu's interpretation of the transcript in the *Rutaganda* case and his factual allegations. It is the Prosecution's submission that the presiding judge's questioning of the Expert Witness was, contrary to Akayesu's allegations, pertinent to that case, and relevant to placing the acts of Georges Rutaganda in proper context.[427] In the Prosecution's submission that through his questions the presiding judge was only seeking clarification on events relevant to that trial only, and did not venture beyond it into the realm of Akayesu's trial.[428]

255. The Prosecution submits that there is nothing on the Record supporting the contention that the presiding judge in *Rutaganda* questioned the expert witness for the purposes of obtaining

---

le procès" (a question which has been recurring throughout the trial) of Georges Rutaganda, related not to that trial, but to his own.

[418] Akayesu submits that the argument of the Prosecutor (accepted by the Trial Chamber) was that the Appellant did a lot to protect the Tutsi minority until 18 April 1994. Thereafter, the Appellant allegedly changed and sought to exterminate the Tutsis." Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 14.

[419] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 14.

[420] *Ibid*, para. 15.

[421] Akayesu submits that pursuant to Rule 80 of the Rules (regulating "Control of Proceedings"), he had the right to be present while the Expert Witness was testifying in relation to his case. Akayesu's Brief, Chapter 11, paras. 17 and 18.

[422] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 15.

[423] *Ibid*, paras. 15 and 17 to 20, Akayesu states that "[..] in the instant case, the conduct of the trial by the Chamber amounted to a hearing of evidence in closed session, in the absence of the accused." Akayesus's Brief, Chapter 11, para. 22. See also Akayesu's Reply, para. 135 and Transcript, 1 November 2000, p. 116.

[424] *Ibid*, para. 21.

[425] *Ibid*, para. 16.

[426] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 25.

[427] Prosecution's Response, para. 12.4. It submits that "the accused in that case was active throughout April and early May. The Presiding Judge was entitled to ask whatever questions he felt relevant to place the acts of that accused within the unfolding of the genocide in Rwanda during April 1994."

[428] Prosecution's Response, paras. 12.4 – 12.12. In para. 12.9, it is submitted that: "There is nothing on the Record supporting the contention that the Presiding Judge in *Rutaganda* began questioning the expert witness for the purposes of obtaining evidence in the *Akayesu* trial."

5977/Abu

evidence in the Akayesu trial.[429] In fact, the Prosecution asserts that the presiding judge made it clear that he did not want to engage the expert witness regarding Akayesu's trial.[430] In the Prosecution's submission the expert witness, on his own initiative, contemplated that his evidence may be of interest in the context of the Appellant's trial, without, however, saying more.[431] The Prosecution submits that the fact that the Trial Chamber in *Rutaganda* found the testimony of the expert witness generally instructive does not show that it used evidence obtained from that trial for the conviction of Akayesu.[432] Lastly, the Prosecution asserts that the Trial relied on ample evidence in finding that Akayesu changed his behaviour following the meeting of 18 April 1994.[433] It is the Prosecution submission that the Trial Chamber clearly indicated the basis on which it reached its conclusion and made no reference whatsoever to the testimony of the Expert Witness in *Rutaganda*.

(b) Discussion

256. Akayesu alleges that the Trial Chamber reached its findings on the basis of crucial evidence which was heard in his absence and in relation to which his right to a fair trial was violated, as he was deprived of the right to cross-examine the Witness. The Appeals Chamber recognizes that an accused generally has the right to cross-examine any Prosecution witness. Indeed, this right is guaranteed in Article 20(4)(e) of the Statute and Rule 85(B) of the Rules.[434] At issue is whether the Trial Chamber erred in the instant, in denying Akayesu the right to cross-examine a Prosecution witness. In this case, the Appeals Chamber must determine whether there is evidence to find that the expert witness was questioned by the Trial Chamber on issues pertaining to Akayesu's case. In particular, it must determine whether the Trial Chamber took such testimony into account in convicting Akayesu on the relevant counts in the Indictment.

257. The Appeals Chamber notes that both parties rely, in large part, on discrepancies they find in the translation of statements made by the Presiding Judge, as recorded in the relevant pages of the English transcripts in the case of *Rutaganda*.[435] The Appeals Chamber confirms that English and French are the two working languages of the Tribunal.[436] Transcripts are prepared simultaneously in both languages during live testimony of witnesses. However, since, in the instant case, certain

---

429 Prosecution's Response, para. 12.9.
430 *Ibid*, paras. 12.11 to 12.12.
431 *Ibid*, para. 12.10.
432 *Ibid*, para. 12.14.
433 Prosecution's Response, para. 12.16. The Prosecution also submitted that the English transcript in *Rutaganda* was wrong and that according to it, that transcript should clearly reflect that the Presiding Judge had asked a question regarding the issue which the Presiding Judge stated had arisen "throughout our trials" as opposed to only in his (Akayesu's) trial. (Prosecution's Response, paras. 12.6 to 12.8). The Prosecution has clearly failed to make a distinction between arguments put forward by Akayesu in his Brief, in support of this ground of appeal, and those which were included in his motion to amend this ground of appeal.("Motion for Extension of Time-Limits on Appeal for the Admission of New Evidence on Appeal pursuant to Rules 115 and 116 of the Rules of Procedure and Evidence.") It is clear that Akayesu had abandoned this particular argument pursuant to the Decision of 24 May 2000 in which Akayesu's application to amend his Notice of Appeal was dismissed (See Akayesu's Reply, para. 134).
434 The right to cross-examine a witness is of course subject to the exceptions to the principle of live, in court testimony which are discussed above with regard to hearsay evidence. In the case envisaged here, however, these exceptions do not apply, as the evidence concerned was allegedly provided in the course of the live testimony of a witness. There is also no suggestion by the Prosecution that it sought the admission of the testimony of the Expert Witness in the case of *Rutaganda* as for example, hearsay evidence.

435 For example, Prosecution's Response, paras. 12.4 to 12.5 (relying on the English transcript), paras. 12.11 – 12.13 (relying on the French transcript). Akayesu's Brief (relying generally on the French transcripts), Akayesu's Reply, paras. 133 and 134.
436 Rule 3(A) of the Rules.

discrepancies go to the heart of the issue raised in this ground of appeal, the Appeals Chamber will rely on the transcript reflecting the language in which the presiding judge spoke, that is French.[437]

258. The trial of Georges Rutaganda took place between 18 March 1997 and 17 June 1999[438] and therefore overlapped with the trial of Akayesu which commenced on 9 January 1997 and concluded on 16 March 1998. The expert witness testified in chief on 14 October 1997 in the *Rutaganda* case. Akayesu contends that the presiding judge suddenly changed the course of the expert witness's testimony to leave issues relevant to the *Rutaganda* case and "to make an assessment of evidence tendered during the trial of Jean-Paul Akayesu."[439]

259. Firstly, Akayesu has submitted no evidence (nor sought leave to do so) showing that the expert witness digressed so substantially from his earlier testimony. Secondly, it is clear from the transcript that the presiding judge did not, as suggested by Akayesu, suddenly change the course of the proceedings.[440] On the contrary, the Expert Witness had already finished answering a question put to him by Judge Aspegren. The presiding judge stated that he was going to adjourn, but before doing so he wished to put a question to the Expert Witness.[441] Akayesu provides no evidence to show that the Presiding Judge "changed the course of the proceedings."

260. As to the allegation that the Presiding Judge indeed sought evidence relevant only to the Akayesu trial, the Appeals Chamber can find no ambiguity in the statement made at the start of his question. Indeed, the Presiding Judge stated: "*Je demanderai au Professeur, je lui poserai une question qui est revenue d'une manière récurrente durant le procès.*"[442] This is translated in the English text as being "I would like to ask him a question which has been recurring throughout this trial."[443] The Appeals Chamber finds that this statement is not ambiguous and must, necessarily, refer to the ongoing trial (to wit the *Rutaganda* trial) and to an issue which the Presiding Judge considered to have been "recurring throughout this trial." In fact, the Presiding Judge went on to say:

> *You spoke of this earlier, that is to say, when the Government was moved to Gitarama. I would like to know why the Government was moved to Gitarama and, secondly, we also spoke of the cause-effect relationship between the moving of the Government and the speeches following which we saw a change in behaviour, a lot of the burgomasters and prefects who up to that time had seemed to want to protect the population and who after these speeches made a complete turnabout.*[444]

261. Here, the Presiding Judge appears to be linking his questions with testimony given earlier. Akayesu submits no evidence to show that the said issue had not been recurring during the trial before the Trial Chamber, both in general and during the testimony of the Expert Witness. The Appeals Chamber notes that Akayesu places upon the Prosecution the burden of showing where in the transcripts of the Rutaganda trial, the said issue arises in a recurrent manner.[445] Akayesu contends that since the Prosecution has failed to do so, the necessary implication is that the

---

[437] See also Akayesu's Reply, para. 133.
[438] *Rutaganda* Trial Judgment, para. 11.
[439] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 8.
[440] Akayesu submits that the Presiding Judge "suddenly changed the course of the proceedings by venturing into a line of questioning outside of Rutaganda's case. […] and he made an assessment of evidence tendered during the trial of Jean-Paul Akayesu." Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 8.
[441] Transcript, *Rutaganda,* 14 October 1997, p. 73 (English) and 84 (French).
[442] *Ibid*, p. 84 (French).
[443] Transcript, *Rutaganda*, 14 October 1997, p. 73.
[444] Transcript, *Rutaganda,* 14 October 1997, p. 73.
[445] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 12; Akayesu's Reply, para. 132.

Presiding Judge was referring to another trial, namely Akayesu's trial.[446] The Appeals Chamber does not share Akayesu's opinion and finds that he has failed to show that, as submitted by him, that there was "no connection with the examination-in-chief" of the Expert Witness.[447]

262. Akayesu submits that, clearly, the Presiding Judge was referring to his case because the questions he asked did not relate to the *Rutaganda* case but only to his case. It is not for the Appeals Chamber to determine whether the issues discussed by the Expert Witness in the *Rutaganda* case were relevant to the said case, if only because said case is not currently before it. The Appeals Chamber simply observes that it is neither unusual nor improper that ICTY and ICTR Trial Chambers generally refer to the historical context of or background to the events that took place in Yugoslavia and Rwanda (respectively), in order to fully appreciate the circumstance of the accused appearing before them.[448] In this regard, the Appeals Chamber agrees with the Prosecution's submission that the Presiding Judge had every right to ask any questions he felt were relevant in order to place the acts of the Accused Georges Rutaganda in proper context in the April 1994 genocide in Rwanda. Similarly, the Appeals Chamber holds that the fact that the Trial Chamber found in the *Rutaganda* case that the testimony of the Expert Witness allowed it "to have an overview of the general situation in the country", and that "the Tribunal found it very informative",[449] does not mean that the information obtained was relied on to convict Akayesu.[450]

263. Akayesu alleges that it is clear that the enquiry by the Trial Chamber was specifically directed at discovering facts that were of relevance only to his trial. In his submission, this is exemplified by the fact that the Expert Witness referred to *Akayesu*'s case, in the course of his testimony. While discussing in general terms, the events which occurred around 18 April 1994, the Expert Witness readily stated: "That is all I can say. That is all I can tell you as for the interest of the Akayesu trial, but I don't have any further information."[451] The Presiding Judge intervened immediately to say that he only wanted information "of a general nature."[452] The Presiding Judge made it very clear that he did not want any information regarding the *Akayesu* case and, in any event, the Expert Witness stated that he did not have any further information.[453] Clearly, the remarks made by the Expert Witness regarding Akayesu's trial were pure unsolicited speculation. They do not support the argument that the Trial Chamber or its Presiding Judge were seeking information regarding Akayesu's trial or that evidence had been obtained in that context.

---

[446] Akayesu's Reply, para. 132; Transcript (A), 1November 2000, pp. 114 to 115 (see in particular the English version of the transcript, pp. 83 and 84).

[447] Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 8.

[448]In this regard, the Appeals Chamber notes the remark made by the Presiding Judge at the conclusion of the Expert Witness's testimony, to the effect that : "*Et il me plaît de vous dire que votre interrogatoire a été plein d'enseignements pour nous parce qu'il nous a permis, au-delà du procès dirigé contre Georges Rutaganda, de connaître, d'avoir une vue de la situation d'ensemble de ce pays.*" (I can tell that your testimony was very informative to us. It has allowed us, in the context of the trial of Georges Rutaganda, it has allowed us to have an overview of the general situation in the country) Transcript, *Rutaganda,* 14 October 1997, p. 115. The Appeals Chamber notes that as pointed out by Akayesu (Akayesu Reply, para. 133), the English translation of this remark differs in the sense that the record indicates that the Presiding Judge observed that the testimony allowed the Trial Chamber "in the context of the trial of George Rutaganda…to have an overview of the general situation in the country." (p. 115). As the Presiding Judge spoke in French, the Appeals Chamber relies, as pointed out earlier, on the French transcript and construes this remark as expressing the Trial Chamber's intention to have an overview of the historical context and background to the situation

[449] Transcript, *Rutaganda*, 14 0ctober 1997, p. 115.

[450] Prosecution's Response, para. 12.14.

[451] Transcript, *Rutaganda*, 14 October 1997, p. 74.

[452] *Ibid*, p. 86 (French).

[453] He testified that he could simply confirm that the meeting did occur and that "according to the facts before us, there were not all but some burgomasters who made, who changed after this meeting", Transcript, *Rutaganda,* 1 October 1997, p. 74.

264. Accordingly, the Appeals Chamber can find no evidence to conclude that the Trial Chamber sought or obtained evidence from the *Rutaganda* case, which pertained only to the *Akayesu* case. The evidence in question was elicited by a question put by the Presiding Judge, with regard to testimony of a general nature which the Trial Chamber did not link to the *Akayesu* trial and which can be said to have been elicited with the sole purpose of obtaining general information.

265. Furthermore, Akayesu submits, that the evidence elicited from the Expert Witness in the *Rutaganda* case was crucial to the Trial Chamber finding that, Akayesu's attitude changed after the meeting held on 18 April 1994 and convicting him on several counts, whenever it was established that he had committed acts after that date.[454] Akayesu provides no evidence in support of this allegation and fails to point to any passage in the Trial Judgment, from which one can reasonably (or at all) infer that the Trial Chamber relied on the evidence given by the Expert Witness in the *Rutaganda* case to find that Akayesu's attitude changed after 18 April 1994. On the contrary, and as submitted by the Prosecution, "the Trial Chamber clearly indicates the basis on which it reached its conclusion and makes no reference whatsoever to the testimony of 14 October 1997 in the *Rutaganda* case."[455]

266. The Trial Chamber found with respect to the allegations under paragraph 12 of the Indictment,[456] that it was "necessary to distinguish between the period before 18 April 1994 when the key meeting between members of the Interim Government and the *bourgmestres* took place in Murambi, in Gitarama, and the period after 18 April 1994. Moreover, on the Prosecution's own case, a marked change in the accused's personality and behaviour took place after 18 April 1994."[457] Although the Trial Chamber found that there was substantial evidence to conclude that Akayesu prevented acts of violence before 18 April 1994, in the *commune* of Taba,[458] it concluded that:

> *A substantial amount of evidence has been presented indicating that the conduct of the Accused, did, however, change significantly after the meeting on 18 April 1994, and many witnesses, including Witnesses E, W, PP, V and G, testified to the collaboration of the Accused with the Interahamwe in Taba after this date.*[459]

267. The Trial Chamber also relied on the testimonies of Witnesses A, DAX, DBB, R, DAAX, DCC, DCX and JJ to point out inconsistencies and defence testimony.[460] As a result, the Trial Chamber found:

> "[…] beyond a reasonable doubt that the conduct of the Accused changed after 18 April 1994 and that after this date the Accused did not attempt to prevent the killing of Tutsi in the *commune* of Taba. In fact, there is evidence that he not only knew of and witnessed killings, but that he participated in and even ordered killings […] there is evidence establishing beyond a reasonable doubt that he consciously chose the course of collaboration with violence against Tutsis rather than shielding them from it"[461]

---

454 Akayesu's Brief , Chapter 11, paras. 14 and 15.
455 Prosecution's Response, para. 12.19.
456 The relevant passage reads as follows: "[...] Although he had the authority and responsibility to do so, Jean-Paul Akayesu never attempted to prevent the killing of Tutsis in the commune in any way or called for assistance from regional or national authorities to quell the violence."
457 Trial Judgment, para. 183.
458 Trial Judgment, paras. 184 to 186 and 192.
459 Trial Judgment, para. 187.
460 Trial Judgment, paras. 187 to 191.
461 Trial Judgment, para. 193.

5973/A bis

268. The Appeals Chamber finds that there is no evidence that the Trial Chamber relied on the testimony of the Expert Witness in making this finding. The Expert Witness did not testify in the Akayesu case, and consequently, there was no violation of Article 20(4)(e) of the Statute or Rule 85(B) of the Rules which guarantee the Accused the right to cross-examine Prosecution witnesses. Nor was the general principle[462] that an accused has a right to be present at his or her own trial violated. The Appeals Chamber points out that there was a partial overlap between Akayesu's trial and Rutaganda's trial. Akayesu has failed to demonstrate any error.

269. Lastly, the Appeals Chamber will briefly recall[463] that, as held by ICTY Appeals Chamber, it must be presumed that, "in the absence of evidence to the contrary, Judges of the Tribunal 'can disabuse their minds of any irrelevant personal beliefs or predispositions.'"[464] That is to say, judges of the Tribunal must be presumed to be impartial.[465] In the context of the allegations made in the instant case, it should be recalled in particular, that they "are professional judges, who are called upon to try a number of cases arising out of the same events [or arising out of the same contextual background], and that they may be relied upon to apply their mind to the evidence in the particular case before them."[466] The judges of this Tribunal and those of ICTY often try more than one case at the same time, which cases, given their very nature, concern issues which necessarily overlap. It is assumed, in the absence of evidence to the contrary, that by virtue of their training and experience, judges will rule fairly on the issues before them, relying solely and exclusively on the evidence adduced in the particular case. Akayesu has submitted no evidence to show that his trial judges imported into his case evidence adduced in another case, and that they relied on such evidence to make their findings.

270. Finally, Akayesu submits that the Expert Witness was allowed, "without the least reprimand" to make unfavourable and unsympathetic comments about his case.[467] No substantive argument is advanced in support of this allegation, and it appears that Akayesu has been somewhat selective in his citations from the transcripts. The Appeals Chamber wishes to put such adverse comment in perspective. At the conclusion of the examination-in-chief, the Presiding Judge stated that the Defence intended to cross-examine the Expert Witness at a date to be determined later.[468] A discussion ensued as to the date on which the Expert Witness would return. The Expert Witness discussed in general his up coming journeys and in so doing, stated:

> *Yes, and Mr. President, let me give you another piece of information, which may affect your schedule. I was contacted on two occasions by Counsel Monthe who is the Counsel to Akayesu, two months ago. I also received –I thought that I had convinced him that I would not be a good Defence witness in that case, but Counselor Monthe seems that he is still playing with the idea of calling me as an expert witness for the Defence. Now, perhaps, in that case, if that is the case, and I hope Counsel Monthe will not call me, but if that's the case then perhaps we could try to combine the two, [....] I'm*

---

462 A principle which is subject to exceptions under Rule 80 of the Rules.

463 Having taken note, in this regard, of Akayesu's argument that "The conduct of the Trial Chamber is prejudicial to a pillar in the administration of justice or to the incontrovertible requirement 'of fundamental importance that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done'" Akayesu's Brief, Chapter 11, para 24 (footnote omitted).

464 *Furundzija* Appeal Judgment, para. 197, referring to the case of *President of the Republic of South Africa and Others v. South African Rugby Football Union and Others, Judgment on Recusal Application*, 1999 (7) BCLR 725 (CC), 3 June 1999, para. 48.

465 *Furundzija* Appeal Judgment, para. 196: "In the view of the Appeals Chamber, there is a presumption of impartiality which attaches to a Judge." See also Celebici Appeals Judgment para. 683 and 697 Article 12 (1) of the Statute.

466 "Decision on Application by Momir Talić for the Disqualification and Withdrawal of a Judge, *Prosecutor v. Radoslav Brdanin and Momir Talić* Case No. IT-99-36-PT, 18 May 2000, para. 17, reference *Čelebići* Appeal Judgment, para. 700.

467 Akayesu's Brief, Chapter 11, para. 16.

468 Transcript, *Rutaganda* , 14 October 1997, p. 110.

just informing you of that because that's an element which could perhaps help solve these scheduling problems.[469]

271. The Appeals Chamber finds that the Expert Witness simply made a remark in the course of a discussion as to his future testimony. This remark was unsollicited and it is, therefore, misleading for Akayesu to suggest that the Trial Chamber allowed the Expert Witness to make this remark "without the least reprimand."[470] There is no evidence to suggest that this remark was taken into account or even considered by the Trial Chamber in a manner, which would in any way have prejudiced his case as suggested by Akayesu.

272. The Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show that the Trial Chamber erred. This ground of appeal must fail.

5. Other issues[471]

273. Akayesu refers to such issues as "irregularities of lesser importance". The Appeals Chamber has stated above how it intends to treat issues identified as falling under this title. Indeed, it is only after having considered the main grounds of appeal that the Appeals Chamber would rule on these issues.[472]

E. Fifth Ground of Appeal: Total absence of the Rule of Law

274. Akayesu submits as a separate ground of appeal that there was a total absence of the rule of law and asserts that:

> The Tribunal was established to bring the Rule of Law to Rwanda and to end a so-called "culture of impunity". Since 1994, impunity is the rule for the new murderous dictators of Rwanda concerning their acts in Rwanda and in the East of Congo-Zaire from late 1996, 1997 and 1998. The Prosecutor, Appeal Justice Louise Arbour from Canada, hired Canadian policeman, Pierre Duclos known for fabricating false evidence in the Matticks affair. Duclos was assigned to "handle" ex-Prime Minister Jean Kambanda. The behaviour of the Tribunal and its administration and the systematic violation of the Appellant's fundamental rights as described in this notice of appeal would not be acceptable in Canada and in the Court of Appeal of Ontario from which the Appeal Justice Louise Arbour received leave to work as Chief Prosecutor for this Tribunal. The Appellant has the right to recover his human dignity and his freedom (sic).[473]

275. This ground of appeal, raised in Akayeus's Second Notice of Appeal, was neither discussed in his Brief, nor in his Reply nor at the hearing on appeal. Therefore, the Prosecution did not respond to it.

276. The Appeals Chamber finds that this ground of appeal must be rejected and consequently will not consider it.

F. Sixth Ground of Appeal: Improper hearsay evidence[474]

[469] Transcript, *Rutaganda*, 14 October 1997, pp. 122 and 113.
[470] Akayesu's Brief, Chapter 11, paras. 2 and 16.
[471] See Annex B.
[472] See paras. 38 to 41.
[473] See Annex B.
[474] Decision of 24 May 2000, granted Akayesu leave to add the main ground of appeal in this section. In his Brief, Akayesu also cited two grounds of appeal initially included in his First Notice of Appeal.

5971/A bis

277. Akayesu submits that the Trial Chamber erred in the way it treated hearsay evidence. While submittting, on the one hand, that he cannot affirm that the Trial Chamber's treatment of hearsay evidence alone suffices to establish a miscarriage of justice or error of law,[475] Akayesu argues on the other hand, that should the Appeals Chamber admit this ground of appeal, such a finding would "invalidate in particular his conviction under Count 12 of the Indictment".[476]

1. Arguments of the Parties

278. Akayesu alleges that the Trial Chamber erred in generally admitting hearsay into evidence without applying the provisions of Rule 89(C) of the Rules and taking account of the requirements for admissibility of hearsay evidence, as laid down in *Tadic*.[477] As a result, hearsay evidence was admitted as a matter of practice throughout the trial without first testing its reliability.[478] Akayesu submits that although the Trial Judgment found that hearsay evidence was treated with prudence, in fact, this was not the reality.[479] He submits that the Trial Chamber did not permit the parties to raise objections[480] and that, in any event, no objection was raised. In this regard, he criticizes as a whole, his own Counsel, the Tribunal and the Prosecution.[481] Akayesu relies on ICTY case-law to submit that the Trial Chamber has a duty to verify the circumstances under which the evidence was obtained and the content of the statement, as well as to take into consideration "the truthfulness, voluntariness and trustworthiness" of the evidence.[482]

279. To illustrate the Trial Chamber's treatment of hearsay evidence, Akayesu cites its rejection of the testimony of Defence Witness DJX on two issues.[483] He submits that the Trial Chamber

---

[475] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 14.
[476] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 3.
[477] Akayeus's main ground of appeal. Akayseus's Brief, Chapter 9, para. 1. The Appeals Chamber notes that although Akayesu began to discuss this ground of appeal during the Hearing on Appeal, in fact, he made no specific submissions thereon. Akayesu submits that the Rules are not as strict as the criminal procedure followed by common law jurisdictions but that despite that there is still the crucial obligation to establish the veracity of evidence. In other words, he alleges in general that during the trial, "hearsay was not discussed". T(A), 1 November 2000, pp. 90-91.
[478] Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 3, 12 and 13.
[479] Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 2 and 3.
[480] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 4. Akaysesu did not discuss this point under this ground of appeal. However, the Appeals Chamber observes that Akayesu made reference, in support of this allegation, to the cross-examination of Witness S. The Chamber's presiding Judge instructed the Prosecution to keep its comments (in fact, correction of a statement made by the Defence Counsel), for further cross-examination of the witness. He stated: "[...]" T(A), 5 February 1997, p.161. It is within this context that this observation was made and, at any rate, it has no link with the issue raised under this ground of appeal. In any case, Akayesu does not insist on this point.
[481] Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 4 and 14. Akayesu "criticized the Tribunal, his Counsel and the Prosecutor for the improper use of hearsay evidence". Akayesu's Reply, para. 96. The allegations as to incompetence of counsel are treated as a whole in the second Ground of Appeal. Akayesu's Brief, Chapter 9, note 7, Akayesu's Reply, note 44. In particular, it is recalled that the fact that counsel did not object to the admission of hearsay evidence cannot in itself be indicative of incompetence. It is not for the Appeals Chamber to try to understand the "strategy" employed by counsel in a particular case.
[482] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 6, relying on: Decision concerning Defence motion for collateral evidence, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Trial Chamber, 5 August 1996. He also relies on the *Blaskic* Judgment and the Decision relating to Prosecution's oral requests for admission of exhibit 155 into the file of evidence and for compelling the accused Zdravko Mućić to produce a sample of written documents, *The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al*, Case No. IT-96-21-T, 19 January 1998 (Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 7 and 9). Akayesu also submits that the law that obtains in ICTY and the Tribunal should be uniform. Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 5.
[483] The witness was testifying as to (1) the fact that his father had worked with Akayesu to calm the population and try to prevent further conflict (2) the fact the *Interahamwe* killed some police officers; and (3) the fact that Akayesu had saved the life of "one Gakwaya" Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 15 – 16.

rejected the Witness's evidence on the points in question without first testing its reliability.[484] This error by the Trial Chamber resulted in particular in rejecting relevant exculpatory evidence in relation to Count 12 of the Indictment. It is Akayesu's submission that as a result, the conviction under this ground should be reversed.[485] Finally, Akayesu submits that the Trial Chamber erred in admitting hearsay evidence proffered by the Prosecution while rejecting evidence tendered by the Defence, thereby showing what he refers to as "discriminatory attitude."[486]

280. The Prosecution submits generally that Akayesu has requested no remedy in this ground of appeal, and simply alleged that the error "in particular invalidates the conviction on Count 12"; that Akayesu should have "as a minimum specif[ied] what part of the Judgment is affected by the alleged errors"; that the words "in particular" (in his application for remedy) suggest that other unspecified counts may also be affected by the error alleged, that Akayesu has conceded that the admission of hearsay could not in and of itself invalidate the decision and that no objection was raised by the Defence at trial. As a result, the Appeals Chamber should dismiss this ground of appeal.[487]

281. In the Prosecution's submission citing the example of Witness DJX as illustrative of a practice of applying to Defence witnesses a higher standard for the admission of hearsay evidence is misleading[488]. The Prosecution submits that contrary to Akayesu's allegations, the testimony of Witness DJX was in fact admitted by the Trial Chamber, that Akayesu confuses the question of admissibility of evidence with the question of evaluation of evidence.[489] It is the Prosecution's submission that the issue of assessement of such evidence was not raised under this ground of appeal.[490] In addition, even if the Trial Chamber has excluded such testimony it nevertheless found that, as stated by the Witness, Akayesu had attempted to prevent killings before 18 April 1994.[491]

282. It is the Prosecution's submission that the Trial Chamber clearly considered the requirements for admission of hearsay evidence throughout the trial and Akayesu has not mentioned any instance where the Trial Chamber admitted hearsay evidence when it should not have.[492] The Prosecution recalls that Akayesu also requested the admission of hearsay evidence during the trial.[493] The Prosecution contends that the argument that the Trial Chamber admitted as a matter of policy Prosecution hearsay evidence as opposed to Defence hearsay evidence is "absolutely inaccurate."[494] It is the submission of the Prosecution that Akayesu has failed to mention any specific factual finding that could be vitiated due to improper admission of hearsay evidence. In the Prosecution's submission this is so because, firstly there was no such improper

---

[484] Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 14 – 17. In para. 17, he asserts that: "On two occasions, the Chamber did not permit verification of the circumstances of the knowledge about the events and dismissed the hearsay evidence. The Chamber acted unreasonably and unlawfully to the prejudice of the Defence". Akayesu's Reply, para. 100.
[485] Akayesu's Brief, Ch. 9, para. 18. Akayesu's Reply, para. 100. Akayesu submits that "in excluding relevant hearsay evidence which could have cast doubt on the attitude of the Appellant towards the Tutsi population and on his attempts at protecting it, the Chamber committed a major error causing prejudice to the Appellant".
[486] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 3.
[487] Prosecution's Response, paras. 10.4 – 10.8.
[488] Prosecution's Response, para. 1024.
[489] Prosecution's Response, paras. 10.11 – 10.12.
[490] Prosecution's Response para. 10.12.
[491] Prosecution's Response, paras. 10.24 – 10.26.
[492] Prosecution's Response, paras. 10.16 – 10.17.
[493] Prosecution's Response, para. 10.18.
[494] Prosecution's Response, paras. 10.21 – 10.23. The Prosecution refers in particular to the Defence witnesses who testified regarding paras. 12A and 12B of the Indictment. It points out in particular, that in its factual findings in relation to these paras., the Trial Chamber took into consideration hearsay testimony of 10 defence witnesses.

admission of hearsay evidence and secondly because, there is no factual finding throughout the Trial Judgment which is solely supported by hearsay evidence.[495] The Prosecution submits that "[o]n the contrary, the Trial Chamber has not only assessed hearsay evidence with caution but, at most, it has used hearsay as corroborative evidence."[496]

283. Finally, the Prosecution submits that Akayesu did not oppose the admission of hearsay evidence during the trial and therefore he has waived his right to raise this issue on appeal.[497]

2. Discussion

284. The Appeals Chamber identifies two separate allegations in arguments put forward under this ground of appeal, firstly the allegation that the Trial Chamber frequently admitted hearsay evidence without first verifying their reliability, and secondly, the allegation that the Trial Chamber unfairly disregarded hearsay evidence, in particular, when it is tendered by the Defence.[498]

285. Before considering Akayesu's various submissions, in light of the general question raised by this ground of appeal, the Appeals Chamber deems it appropriate to clarify the law governing the admission and assessement of hearsay evidence before the Tribunal.[499] As pointed out by the Prosecution, the two issues must properly be separated.[500]

286. The Rules of both this Tribunal and ICTY generally reflect a preference for direct, live, in-court testimony. With respect to this Tribunal, such a rule is primarily laid down in Rule 90 of the Rules which provides that witnesses shall, in principle, be heard directly by the Chambers.[501] Such a rule is subject to one exception, where a Trial Chamber has ordered that the witness may be heard by means of deposition, as provided for in Rule 71 of the Rules.[502] However, Rule 89(C) of the Rules also provides that a "Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have

---

[495] Prosecution's Response, para. 10.20. The Prosecution stated its belief that the Trial Chamber did not admit any hearsay evidence which was inadmissible under Rule 89 (C). In addition it submits that, it has to be said that the Defence throughout the proceedings also shared this belief, insofar as the Defence did not oppose the admission by the Trial Chamber of hearsay evidence in any instance. Prosecution's Response para. 10. 17.

[496] Prosecution's Response, para. 10.20.

[497] Prosecution's Response, para. 10.18.

[498] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 3.

[499] The Appeals Chamber notes that this subject has been considered in some detail by the Trial Chambers and the Appeals Chamber of ICTY. *See* for example: *Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on Defence Motion on Hearsay,* Case No. IT-94-1-T, 5 August 1996 (as relied on by Akayesu in Akayesu's Brief, Ch. 9, paras 1 and 6); *The Prosecution v. Tihomir Blaškić, Decision on the Standing Objection of the Defence to the Admission of Hearsay With no Inquiry as to its Reliability,* Case No. IT-95-14-T, 21 January 1998; *Blaškić* Trial Judgment; *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Decision on Prosecutor's Appeal on Admissibility of Evidence,* Case No. IT-95-14/1-AR73, 16 February 1999 ("the *Aleksovski* Decision"); *Prosecutor vs. Dario Kordić and Mario Čerkez, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness,* Case No. IT-95-14/2-AR73.5, 21 July 2000 ("the first *Kordić* Decision") and *Decision on Appeal Regarding the Admission into Evidence of Seven Affidavits and one Formal Statement,* 18 September 2000 ("the second *Kordić* Decision") *(To Add ICTR Jurisprudence)*.

[500] The Appeals Chamber agrees with the Prosecution's submission that Akayesu "is confusing the question of *admissibility* of evidence with the question of *evaluation* of evidence." *See,* Prosecution's Response, para. 10.12. Indeed, the Appeals Chabmer notes that in Akayesu's Reply, Akayesu persists in confusing the two concepts in his analysis of the testimony of Witness DJX. Akayesu's Reply, paras. 99 and 100.

[501] Rule 90 (A) of the Rules.

[502] The Appeals Chamber notes that a second exception to the general preference for live testimony, can be the filing of expert testimony, if the opposing party states that he or she does not wish to cross-examine the witness (Rule 94*bis* of the Rules). This Rule was added during the fifth plenary of 8 June 1998 and, consequently it did not apply to Akayesu's case.

probative value."[503] This provision grants a Trial Chamber a broad discretion in assessing admissibility of evidence and under ICTY case-law, "relevant out-of-court statements which a Trial Chamber considers probative, are admissibile under Rule 89(C)....Trial Chambers have a broad discretion under Rule 89(C) to admit relevant hearsay evidence."[504] This discretion, however, is not unlimited and on the contrary it has been found that "the reliability of a statement is relevant to its admissibility, and not just to its weight. A piece of evidence may be so lacking in terms of the indicia of reliability that it is not "probative" and is therefore inadmissible."[505] In the opinion of the Appeals Chamber the test to be met before ruling evidence admissible is accordingly high. It must firstly be shown that the evidence is so lacking in terms of the indicia of reliability as to be devoid of any probative value.

287. The Appeals Chamber recalls that in the case law cited by Akayesu and in the decisions referred to above, the Appeals Chamber and Trial Chambers were confronted with hearsay evidence in the form of either documents or formal statements which were sought to be admitted and in relation to which an opposing party had not been afforded an opportunity to cross-examine. The situation in the instant case is rather different.[506] Akayesu challenges in a general way, the admission of hearsay evidence in the form of statements made by witnesses during live testimony, regarding events which they allegedly had not witnessed first hand.[507] The Appeals Chamber considers that when a witness testifies, their evidence is admitted in that, in the absence of timely objection, it becomes part of the trial record, as reflected in the transcripts. ICTY Appeals Chamber has found that "Rule 89(C) must be interpreted so that safeguards are provided to ensure that the Trial Chamber can be satisfied that the evidence is reliable."[508] The main safeguard applicable in this case, is the preservation of the right to cross-examine the witness on the hearsay evidence, which has been called into question.[509] This right is enshrined in Article 20(4)(e) of the Statute[510] and Rule 85(B) of the Rules.[511] In these circumstances, the Appeals Chamber holds that although it will always depend on the case at hand, it is unlikely considering the stage of the proceedings and, in particular, in the absence of an objection, that a Trial Chamber would find that the live testimony of a witness it had just heard, was so lacking in terms of indicia of reliability as to be inadmissible.[512]

---

[503] Rule 89 of the Rules provides in full: (A) The rules of evidence set forth in this Section shall govern the proceedings before the Chambers. The Chambers shall not be bound by national rules of evidence. (B) In cases not otherwise provided for in this Section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law. (C) A Chamber may admit any relevant evidence which it deems to have probative value. (D) A Chamber may request verification of the authenticity of evidence obtained out of court.

[504] *See* the second *Kordić* Decision, para. 24, referring to the *Aleksovski* Decision, wherein it was also stated that "[i]t is well settled in the practice of the Tribunal that hearsay evidence is admissible." (para. 15.). See also first *Kordic* Decision, para. 23.

[505] The first *Kordić* Decision, para. 24.

[506] *See,* The first *Kordić* Decision, footnote 21.

[507] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 12.

[508] The first *Kordić* Decision, para. 22: *"Rule 89(C) must be interpreted so that safeguards are provided to ensure that the Trial Chamber can be satisfied that the evidence is reliable".*

[509] In the *Aleksovski* Decision, the Appeals Chamber found that "[t]he absence of the opportunity to cross-examine the person who made the statements, and whether the hearsay is "first-hand" or more removed, are also relevant to the probative value of the evidence." (para. 15, footnote omitted).

[510] Article 20(4)(e) of the Statute provides that the accused shall be entitled: "[t]o examine, or have examined, the witnesses against him or her and to obtain the attendance and examination of witnesses on his or her behalf under the same conditions as witnesses against him or her;"

[511] Rule 85(B) provides in particular that: "[e]xamination-in-chief, cross-examination and re-examination shall be allowed in each case".

[512] The first *Kordic* Decision, para. 24.

5967/A bis

288. In this case, the Trial Chamber found as follows

> 131. In its assessment of the evidence, as a general principle, the Chamber has attached probative value to each testimony and each exhibit individually according to its credibility and relevant to the allegations at issue....In accordance with Rule 89 of its Rules...the Chamber has applied the rules of evidence which in its view best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit and general principles of law.
> [....]
> 136. The Chamber can freely assess the probative value of all relevant evidence. The Chamber had thus determined that in accordance with Rule 89, any relevant evidence having probative value may be admitted into evidence, provided that it is being in accordance with the requisites of a fair trial. The Chamber finds that hearsay evidence is not inadmissible *per se* and has considered such evidence, with caution, in accordance with Rule 89.[513]

289. The Appeals Chamber finds that clearly the Trial Chamber has taken into account the requirements of Rule 89 of the Rules and has in particular lived up to its intention to assess hearsay evidence "with caution." The Appeals Chamber can find no substantive error in these general findings.

290. As stated above, in this case the hearsay evidence challenged by Akayesu was elicited in the course of live, in-court testimony.[514] It consisted of testimony given under oath before the Tribunal, that was subject to cross-examination by Akayesu and which was known to be, primarily but not solely "first hand" evidence, that is, evidence which was generally not far removed from the original source. In these circumstances, the Appeals Chamber finds that it falls in principle within the Trial Chamber's discretion to find that such testimony is sufficiently reliable to warrant admission under the general principle governing admissibility of hearsay evidence before the Tribunal. In any case, Akayesu has cited no specific instance of non-compliance with such rules.

291. Akayesu has not submitted that irrelevant hearsay evidence was admitted. In fact, Akayesu does not cite any instance where the Trial Chamber improperly admitted hearsay evidence or where his Counsel objected to the admission of hearsay evidence by the Trial Chamber. Similarly, Akayesu fails to identify any specific prejudice he suffered as a result. Akayesu submits generally that the Trial Chamber erred. This does not suffice to show that the error was such as to call for the Appeals Chamber's intervention. Accordingly, the Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show that the Trial Chamber erred in general in admitting hearsay evidence.[515]

292. The Appeals Chamber observes, that admission of hearsay evidence does not automatically carry any particular finding as to its assessement. That a Trial Chamber admits a hearsay statement, does not necessarily imply that it accepts it as reliable and probative. Those are qualities which a Trial Chamber will freely consider at the end of trial when weighing and evaluating the evidence as

---

513 Trial Judgment, paras. 131 and 136. The Appeals Chamber also makes reference to the testimony of Mathias Ruzindana who stated that " a clear distinction could be articulated by the witnesses between what they had heard and what they had seen". The Trial Chamber consequently made a consistent effort to ensure that "this distinction was drawn throughout the trial proceedings". Judgment, para. 155.

514 Akayesu submits: "At trial, hearsay evidence was generally admitted. The expression 'Have you heard or did you hear it being said that' was frequent. Sometimes, the Tribunal or Counsel for the different parties specified that the testimony was hearsay or that the person was an eye-witness." Akayesu's Brief, Chapter 9, para.12.

515 The Appeals Chamber notes that Akayesu relies in particular on the *Blaškić* case, regarding which he submits "the discussions were animated and acrimonious but in the Appellant's trial there were no discussions" Akayesu' Brief, Chapter. 9, para. 8. However, in that case, the Trial Chamber was primarily concerned with the admission of hearsay evidence submitted in the form of documents, or, for example the statement of a dead witness. A distinction has already been made between that case and the instant case.

a whole, in light of the context and of the nature of the evidence itself, including the credibility and reliability of the relevant witness. Akayesu submits that throughout the trial, the Trial Chamber failed to distinguish between admissibility of hearsay evidence and its probative value.[516] The Appeals Chamber has already recalled that the Trial Chamber had pledged to consider hearsay evidence "with caution." Akayesu has put forward no evidence to show that the Trial Chamber failed to do so. Accordingly, the Appeals Chamber has been given no reason to find that the Trial Chamber acted otherwise.[517]

293. Akayesu submits that the Trial Chamber unfairly admitted hearsay evidence by Prosecution witnesses while rejecting such evidence by Defence witnesses. As has been found, Akayesu has not pointed to any instance where the Trial Chamber unfairly admitted such Prosecution evidence. On the other hand, and as pointed out by the Prosecution, the Trial Chamber admitted a large amount of hearsay evidence presented by defence witnesses, many of whom testified to events which they had not witnessed.[518] This fact alone serves to rebut this argument. However, Akayesu cites in support of his argument one specific example, that is, the Trial Chamber's rejection of the testimony of Defence Witness DJX.[519] Akayesu submits that, "The Tribunal did not test the reliability of the information and, on its own initiative, excluded [the] evidence."[520] He argues that "the burden of proof is to raise a doubt."[521] Contends that, "in excluding relevant hearsay evidence which could have cast doubt on the attitude of the Appellant towards the Tutsi population and on his attempts to protect it, the Chamber committed a major error causing prejudice to the Appellant"[522]. In Akayesu's submission this prejudice "vitiated his conviction under Count 12 of the Indictment."[523] The Appeals Chamber identifies three arguments as based on this Witness's testimony.

294. Firstly, Akayesu appears to submit that this example is illustrative of the fact that the Trial Chamber applied a higher standard to the Defence hearsay evidence than to the Prosecution's.[524]

295. The Appeals Chamber points out that the Trial Chamber found Akayesu not guilty on Count 12 of the Indictment.[525] In addition, it observes that the Trial Chamber did not, as Akayesu

---

[516] Akayesu's Reply, para. 100.
[517] This caution is also reflected in some of the findings reached by the Trial Chamber. For example, with regard to the charges of sexual violence in Counts 13 to 15 of the Indictment, the Trial Chamber found that "[i]n considering the role of the Accused in the sexual violence which took place and the extent of his direct knowledge of incidents of sexual violence, the Chamber has taken into account only evidence which is direct and unequivocal." Trial Judgment, para. 451. See also para. 460.
[518] That is, insofar as the Trial Chamber makes clear references to testimonies during its determination of the case and does not exclude them. *See* for example, Trial Judgment, paras. 439 (Witness DBB), 444 (Witness DFX), 445 (Witness DEEX), 457 and 458 (concerning testimony by Defence witnesses in general, some of which was found to be first hand and other, hearsay).
[519] Akayesu's Brief, Chapter 9, paras. 14 to 17. The Prosecution argues that this example is in fact misplaced. It submits that this is the "only factual basis offered in support of the allegation that the Trial Chamber illegally admitted hearsay evidence" and that this example in fact concerns the Trial Chamber's alleged rejection of this witness's hearsay evidence. *See* Prosecution's Response, paras. 10.9 to 10.12.
[520] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 15.
[521] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 18.
[522] Akayesu's Reply, para. 100.
[523] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 18.
[524] In Akayesu's Reply, para. 99, he submits that "[…] the incident concerning DJX […] suggests that the Chamber applied the rules in error."
[525] Akayesu was acquitted on Count 12 of the Indictment, namely, violation of Article 3 common to the Geneva Conventions (cruel treatment). The Appeals Chamber understands that Akayesu was referring to paragraph 12 of the Indictment.

submitted, reject outright the testimony of Witness DJX. This witness testified on 11 February 1997.[526] His testimony was specifically mentioned by the Trial Chamber in the Trial Judgment in its consideration of the allegations of sexual violence (Counts 13 to 15 of the Indictment) and in the discussion of the accused's line of defence.[527]

296. Consequently, Akayesu has failed to show how the Trial Chamber erred in admitting and assessing this evidence. More specifically, in evaluating this evidence against Counts 13 to 15, the Trial Chamber noted, in particular, that Witness DJX was a minor, that he was 12 years old at the time of the events in question and that he did not go to the *bureau communal* during the material period.[528] Furthermore, the Trial Chamber considered his testimony in light of the other evidence before it from other witnesses on the allegations in question. There is no evidence that the Trial Chamber rejected this witness testimony, that is it refused to admit it. This also emerges from the specific context referred to by Akayesu, which will be discussed below.

297. Secondly, Akayesu suggests that the Trial Chamber's "discriminatory attitude" towards defence hearsay evidence is reflected in its treatment of Witness DJX testimony before it. Akayesu submits that the Presiding Judge interrupted Witness DJX as he was trying to answer questions, pressured him into testifying whether or not he had actually witnessed any event and expressed a sort of "satisfaction" when witness DJX finally testified that he had not.[529] It is Akayesu's submission that "[o]n two occasions, the Chamber did not permit verification of the circumstances of the knowledge of the events and dismissed the hearsay evidence. The Chamber acted unreasonably and unlawfully to the prejudice of the Defence".(sic)[530]

298. The Appeals Chamber finds that Akayesu's allegations are misplaced. During examination-in-chief, Witness DJX testified in general as to his knowledge of Akayesu during the relevant time period. The Presiding Judge did not interrupt during this questioning save to clarify one minor point with Akayesu's Counsel.[531] Under cross-examination the Witness testified (both in response to questions and on his own motion) *inter alia* that he had not witnessed certain of the events or acts he had referred to.[532] When the Prosecution asked the Witness whether he had seen the *Interahamwe* kill police officers, the Witness appears to have become evasive. Consequently, the Presiding Judge asked him to answer the question. When the Witness finally answered the Presiding Judge stated "*voila*."[533] Despite Akayesu's insinuations, the Appeals Chamber finds no error in this line of questioning and does not find that one can infer from this remark that the Trial Chamber was happy or pleased with witness DJX's response. This also applies to the questioning as

---

[526] T, 11 February 1998, pp. 47 to 67.
[527] *See* Trial Judgment, paras. 443 and 458. See also Trial Judgment, para. 36.
[528] Trial Judgment, paras. 443 and 458.
[529] Akayesu's Brief, Ch. 9, paras. 15 to 17. Akayesu's Reply, para. 99. The Appeals Chamber here understands Akayesu to be suggesting a sort of satisfaction when he cites the Presiding Judge's response to the witness.
[530] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 17. Akayesu's Reply, para. 99: Akayesu submits that "The Tribunal stopped the witness from providing details which might have been useful, according to the *Tadic* tests, as regards the reliability of such information with respect to the Appellant's actions in saving Gatwaya's life". (sic)
[531] T, 11 February 1998, p. 7 to 8.
[532] *See* T(A), 11 February 1998, p. 57, where the witness testified that: "...No, I was not able to go to the bureau communal but we learned what was happening there because people who would go there would come back and tell us what was happening especially concerning security." See also, pp. 60, 62 to 67.
[533] T, 11 February 1998, pp. 64 to 66. The questioning ran as follows: Q : You mention that police officers were killed. Did you see this happening or happen ? You can answer with a yes or no. A : I cannot answer with a yes or no. I can explain how I heard the matter and how, what I saw. Q. Did you see someone kill a police officer, yes or no ? A : The *Interahamwe* killed policemen. Q : Did you see it happen ? A : That is what I want to explain. Mr. President : There is no explanation. You just have to say whether you saw it or not. That's all. The Witness : I heard people talk about it. Mr. President : But you didn't see it? Witness, you didn't see it happen ? The Witness : I heard people talk about it. Mr. President : But you didn't see it happen? The Witness : I didn't see it happen.

to whether or not Witness DJX had seen Akayesu save Gukwaya's life.[534] In light of the relevant transcripts, it is once again clear to the Appeals Chamber that Witness DJX had evinced evasiveness and that the Presiding Judge wished to establish whether or not he had witnessed the events.

299. The Appeals Chamber finds no error or impropriety in both the Prosecution and the Trial Chamber trying to establish whether Witness DJX had witnessed these events or rather had heard about them. It is important for a Trial Chamber to be in possession of such information to be in a position to assess any evidence before it. Contrary to Akayesu's assertions, the Appeals Chamber is not of the opinion that on both of these occasions, the Trial Chamber would not permit "the verification of the circumstances of the knowledge of the events and dismissed the hearsay evidence"[535] or that it prevented Witness DJX from providing details "which might have been useful" with respect to Gatwaya[536]. Once these questions had concluded (questions which in the opinion of the Appeals Chamber were neither improper nor intimidating), the Prosecution concluded its cross-examination. Akayesu's Counsel indicated that he did not wish to re-examine and the Witness was discharged. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber's treatment of this testimony in no way reflects an overall "discriminatory attitude" by the Trial Chamber with regard to defence hearsay evidence or an improper conduct towards the potential evidence of Witness DJX.

300. Thirdly, Akayesu alleges that the Trial Chamber erred in rejecting exculpatory evidence from this witness. Akayesu submits that Witness DJX provided evidence in rebuttal of the allegation in paragraph 12 of the Indictment, that "Akayesu never attempted to prevent the killing of Tutsis in the *commune* [...]"[537]. He further submits that the Trial Chamber failed to verify the reliability thereof.[538] The Prosecution submits that even if the Trial Chamber had excluded this Witness's testimony, "no harm would have been caused" because the Trial Judgment had already found "in relation to the period of time referred to by Witness DJX" that there was substantial evidence that before 18 April 1994, Akayesu had prevented acts of violence.[539] On the other hand, Akayesu submits that the Witness testified in general as to events prior to his departure on 28 June 1998 and that his testimony contradicted the findings by the Trial Chamber on this point. In addition, Akayesu submits that the Trial Chamber interrupted the Witness when he tried to explain how Akayesu had saved Gakwaya's life after 19 April 1994.[540]

301. The Appeals Chamber has already found that the Trial Chamber did not exclude the testimony of Witness DJX, which is sufficient to reach a finding on this issue.

302. Witness DJX testified during direct examination that the material time period extended to the date when he left Taba (which he guessed to be 25 June 1994.[541]) The parties disagree on the answer given by the witness under cross-examination when he was asked to state exactly the time

---

[534] T, 11 February 1998, pp. 65 to 67.
[535] Akayesu's Brief, Ch. 9, para. 17.
[536] Akayesu's Reply, para. 99.
[537] Although the Witness expressed thanks before the re-examination Akayesu confirmed that he had no further questions to ask T, 11 February 1998 p. 67.
[538] Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 18. Akayesu submits that "the evidence could have made a difference".
[539] Prosecutor's Response, para. 10.26. Citing Trial Judgment, para. 192.
[540] Akayesu's Reply, para. 99.
[541] T(A), 11 February 1998, pp. 53 to 54. See also pp. 57 and 59 to 60 [wherein 26 June and 28 June are mentioned respectively].

S963/A

period to which he referred.[542] Upon review of the transcript, the Appeals Chamber finds that Witness DJX testified in general terms about events which occurred up to the date he left Taba.

303. Therefore, the Appeals Chamber finds that this witness's evidence was relevant to events both before and after 19 April 1994. The Appeals Chamber observes also that the Trial Chamber did not specifically refer to this witness's testimony in reviewing the allegations contained in paragraph 12 of the Indictment and in reaching its findings in relation thereto.[543] However, the Trial Chamber mentioned it during its presentation of Akayesu's line of defence. It found that:

> Turning to the specific allegations contained in the Indictment, the Defence case is that there was no change in Akayesu's attitude or behaviour before and after the Murambi meeting of 18 April 1998. Both before and after, he attempted to save Tutsi lives. [...]. Witnesses DIX and DJX also heard that Akayesu had saved Tutsi lives.[544]

304. Here again, this shows that the Trial Chamber did not, as alleged, totally reject this testimony. As regards the Trial Chamber's discussion of paragraph 12 of the Indictment, it should be noted that it was conducted in two stages, corresponding to the periods before and after 19 April 1994. The Trial Chamber found as follows:

> The Chamber finds that the allegations set forth in paragraph 12 cannot be fully established. The Accused did take action between 7 April and 18 April to protect the citizens of his *commune*. It appears that he did also request assistance from national authorities at the meeting on 18 April 1994. Accordingly, the Accused did attempt to prevent the killing of Tutsi in his *commune*, and it cannot be said that he never did so.[545]

305. As to the period after 18 April 1994, the Trial Chamber found (for the reasons set forth in the Trial Judgment) that beyond this date Akayesu did not attempt to prevent killings of Tutsis in his *commune*. It found that a "substantial amount of evidence has been presented" indicating that Akayesu's conduct changed after the meeting on 18 April 1994. Thus it also referred to the testimony of Defence witnesses who testified that he had failed to prevent killings after this date.[546]

306. Although it could be argued that the Trial Chamber should have specifically explained why it did not accept Witness DJX's testimony on this point, it is also the case that the Trial Chamber is not obliged to set forth each and every reason for its decision.[547] As stated above, there is no evidence that the Trial Chamber rejected the testimony of Witness DJX and, in actuality, it did mention it in the Judgment. Concerning the weight given to it by the Trial Chamber, the Appeals Chamber recalls once again that "the task of hearing, weighing and assessing the evidence, lies primarily within the discretion of the Trial Chamber".[548] It falls to the Trial Chamber to rule on the reliability of evidence before it, in light of the circumstances of the case. The Trial Chamber found that there was substantial evidence on which it could base its findings on this paragraph. Akayesu has failed to establish that the Trial Chamber did not evaluate all the evidence before it[549] or that it erred in making its finding or that it erred in failing to mention specifically the testimony of

---

[542] The Prosecution has alleged that the witness only provided evidence as to such events one or two weeks after the death of the President. Prosecutor's Response, para.10.26. Akayesu's Reply, para. 99.
[543] Trial Judgment, paras. 178 to 193.
[544] Trial Judgment, para. 36.
[545] Trial Judgment, para. 192.
[546] Trial Judgment, paras. 187 to 193.
[547] *Celebici* Judgment, para. 481. The Trial Chamber is not compelled to include in the Judgment detailed arguments concerning each witness.
[548] *Celebici* Judgment, paras. 491 and 506; *Aleksovski* Judgment, para.36; *Tadic* Judgment, para. 64.
[549] *Celebici* Judgment, para. 481.

Witness DJX in its finding on this allegation.[550] Akayesu has not shown why the Trial Chamber's finding is not one which could be reached by a reasonable court nor has he shown that the Trial Chamber reached such a finding because it had rejected the hearsay evidence in question by applying a test standard higher than was applied to Prosecution evidence.

307. Lastly, the Appeals Chamber notes that Akayesu also includes in his argument two grounds of appeal taken from his first Notice of Appeal:

> 10. In rendering its Judgment, the Chamber lent credence to hearsay.
> 11. The Chamber lent credence to circumstantial evidence not supported by any real evidence.[551]

308. The Appeals Chamber observes that these grounds of appeal are general in nature and unsupported by any specific arguments. The Appeals Chamber has already found that the Trial Chamber properly considered the evidence before it and that Akayesu has failed to show otherwise.

309. For the foregoing reasons, the grounds of appeal raised in this section must fail.

G. Seventh Ground of Appeal : Irregularities in the Examination and Cross-Examination

310. Akayesu raises several grounds of appeal with respect to AD cross-examination: [552]

> The Chamber refuted the manner in which his Counsel cross-examined the Defence witnesses, whereas the Prosecution had recourse, unperturbed, to the same methods in respect of Prosecution witnesses.
>
> The Accused was deprived of his right to cross-examine witnesses.
>
> At the outset of the trial, at the hearing of 15 January 1997, Judge Laïty Kama, disallowed the Accused from asking leading questions in cross-examining a Prosecution witness. Judge Kama made a statement of principle to that effect. That prohibition is unlawful. Leading questions are nearly always allowed on cross-examination On the other hand, Judge Kama allowed the Prosecutor to ask leading questions of his own witnesses on several occasions throughout the trial. In principle, leading questions by Counsel of their own witnesses is not permitted.

311. Akayesu raises two separate issues. Firstly, he submits that the Trial Chamber erred in law by restricting the scope of the cross-examination, and, secondly, that the Trial Chamber unlawfully prohibited the Accused from asking leading questions. Akayesu submits that the convictions on all counts should be quashed as a result of such irregularities.[553]

1. Limits on Cross-Examination

(a) Arguments of the Parties

[550] The Appeals Chamber notes that Akayesu has submitted that " [t]he burden of proof of the Appellant is to raise a doubt" Akayesu's Brief, Chapter 9, para. 18. As has been pointed out, Akayesu errs in this assertion. It is not the case that on appeal, an appellant must simply raise a doubt. The standard of review on appeal has been set out above and an appellant must discharge his or her burden thereunder for a ground of appeal to succeed.
[551] Akayesu's first Notice of Appeal.
[552] Akayesu was granted leave to add a ground of appeal relating to this issue. See annex B.
[553] Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 28; Chapter 15, para. 3.

5961/A bis

312. Akayesu submits that on 14 January 1997, the Trial Chamber set strict and improper limits on cross-examination when it directed the parties to ask questions which had direct bearing on the facts as set out in the Indictment. He submits that such prohibition violates Article 20 of the Statute as well as Sub-Rule 90 (G) of the Rules[554] and is at variance with jurisprudence of the United States, Great Britain and Canada.[555] Akayesu claims that, ultimately, his fundamental right to cross-examine Prosecution witnesses was violated. Therefore, Akayesu contends that he suffered grievous prejudice in that his Counsel were unable "to explore the various tools available to them to cross-examine witnesses for the Prosecution and the wide range of options to impugn the reliability of their testimony with facts not referred to in the Indictment."[556] The Trial Chamber was thus "deprived of information essential for its determination of the guilt of the accused."[557]

313. The Prosecution submits that Akayesu patently misinterpreted the remarks by the Presiding Judge of the Trial Chamber.[558] Furthermore, Sub-Rule 90 (G) was only adopted in June 1998 and was not in force in January 1997. Therefore, Akayesu cannot argue that such a provision of the Rules was breached.[559] It is the Prosecution's submission that Article 20 of the Statute was not breached either. Lastly, Akayesu failed to show that he suffered prejudice.[560] He also failed to cite a single example of material evidence which was not tendered before the Trial Chamber. Nor did he show that the testimony of any of the Prosecution witnesses might possibly have been impugned.

(b) Discussion

314. On 14 January 1997, the Presiding Judge of the Trial Chamber stated as follows:

---

[554] Akayesu submits that although Sub-Rule 90 (G) was adopted only in June 1998 (and therefore not applicable at the time the impugned remarks were made), it still applies in the instant case. In his opinion, "the adoption of this rule goes to confirm principles already applied by legal systems where cross-examination is practised [...]. It is difficult to imagine that the right to cross-examine witnesses on matters that are not included in the indictment applies solely to trials that took place after June 1998, but not to that of the Appellant." See Akayesu's Reply, para. 84.

[555] Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 4: Akayesu submits that the only limit to cross-examination is provided in Sub-Rule 90 (G) of the Rules, patterned on United States Law, i.e. that cross-examination shall be conducted taking into account the points raised in the examination-in-chief. See Transcript (A), 1 November 2000, p. 86.

[556] Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 5. Akayesu submits that, "this amounts to a formal refusal to allow cross-examination on all peripheral issues, on all material matters which form part of the process of cross-examination which should go beyond the charges brought against the accused in the indictment." See Transcript (A), 1 November 2000, p. 87.

[557] Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 25. Akayesu submits further that the question put to the lay witnesses and expert witnesses should have focussed on: the involvement of a witness's family in the RPF; recruitment of members of a witness's family by RPF since 1989; political activities of a witness in Rwanda since 1990; organization of witnesses, possible, membership in a syndicate of informers (here, Akayesu is referring to paras. 45, 46 and 47 of the Trial Judgment and submits that the Trial Chamber unfairly "criticised Defence Counsel for not questioning Prosecution witnesses on, *inter alia*, the "membership" of witnesses in a syndicate of informers"); the relationship between witnesses; evidence given by a witness in other trials in Rwanda; an interest or benefit to be derived in testifying and obtaining a verdict of guilty; their relationship with key witness, Ephrem Karangwa; persons who travelled with the witnesses; the preparation of testimony (with whom? when? etc...); bias on the part of the expert witness, Alison DesForges, and her involvement since the 1960s. See Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 27.

[558] Prosecution's Response, para. 8.8 The Prosecutor notes that the passage cited by Akayesu actually contains two directives issued by the Presiding Judge of the Trial Chamber: first, he directed Akayesu to stay within the boundaries of the examination-in-chief and second, he made it known to the parties that other questions would be allowed as long as they did not take the form of general comments.

[559] Prosecution's Response, para. 8.11.

[560] *Ibid*, para. 8.14.

> Second important decision, as regards the accused, the cross-examination of the witness must be done within the limits of the Prosecutor's examination. In other words, the accused is free to ask for clarification on any point on which the answer was not clear. He may also ask other questions of the witness, given that these questions are only questions and that he does not provide commentary. I would also like to remind both the Defence and the Prosecution that questions put to a witness must be directly linked to the facts as they are described in the indictment and that they must not give general commentary.[561] [...]

315. Can Akayesu argue, on the basis of the Presiding Judge's remarks, that his right to cross-examine witnesses before the Trial Chamber was violated? It is the opinion of the Appeals Chamber that Akayesu may not, for several reasons.

316. The Appeals Chamber points out once again, that extracts from transcripts must, firstly, be placed in their proper context so that the intent of the persons who made the impugned remarks may be understood. In the instant case, the 14 January 1997 hearing was devoted, *inter-alia*, to the cross-examination of Witness K by Akayesu himself.[562] Judge Kama wished to open the hearing with some introductory remarks aimed at "remind[ing] [...] the parties of some provisions of the Rules which he deemed important for them to bear in mind",[563] i.e. Rules 77 and 80 of the Rules, as well as the rules of evidence.[564] The latter part of the Presiding Judge's remarks was more specifically directed at the accused. That is precisely when Judge Kama made general comments on the rules governing cross-examination together with the remarks impugned by Akayesu.

317. Thus, the Presiding Judge's remarks were mainly aimed at guiding and controlling the proceedings before the Trial Chamber. In this case, his remarks were addressed to all the parties at trial (including the Prosecution, the Accused and his Defence Counsel). Although the latter part of such remarks relating to cross-examination were specifically aimed at the Accused, (which was understandable since Akayesu was about to cross-examine a witness himself), the Presiding Judge's introductory remarks, challenged by Akayesu in the instant case, were intended for all the parties at trial.

318. Having recalled the context in which Judge Kama's remarks were made, it is easier to understand their true import. It is clear to the Appeals Chamber that the Presiding Judge of the Trial Chamber had actually sought to underscore the vital distinction to be made, during cross-examination, between matters germane to the case and other extraneous comments of a general nature. In other words, when Judge Kama directed the parties to ask questions that are directly related to the facts as described in the Indictment, and not general questions, he was reminding them, properly so, that cross-examination should not be impeded by matters that were immaterial and/or not relevant to the case. Thus, Judge Kama's remarks were made squarely within his duty as the Presiding Judge of the Trial Chamber, to ensure that cross-examination not be impeded by useless and irrelevant questions. Such clarification was in no way intended to restrict or limit

---

561 Transcript, 14 January 1997, pp. 8 and 9.
562 At the time, Akayesu was personally cross-examining Witness K. On 13 January 1997, the Trial Chamber allowed Akayesu, together with Counsel assigned to him, to cross-examine Prosecution witnesses pending the Chamber's ruling on his motion to replace his Counsel. This provisional order was ultimately withdrawn on 16 January 1997. See "Decision on the Motion by the Accused to Replace Counsel Assigned to Him," *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Trial Chamber I, 16 January 1997.
563 Transcript, 14 January 1997, p. 2.
564 Transcript, 14 January 1997, pp. 2 to 6.

5959/Abis

cross-examination.[565] It was solely meant to guide the proceedings to ensure that there were no undue departure from the case at bar. Accordingly, the Appeals Chamber finds that in so doing the Presiding Judge was merely performing his duty to exercise control over the process of examination and cross-examination of witnesses appearing before the Chamber as has since been enacted under the Rules.[566] Consequently, the Appeals Chamber finds that Judge Kama's remarks imposed no undue limitation on the scope of cross-examination nor did they unfairly deprive Akayesu of his right to cross-examine Prosecution witnesses.

319. The Appeals Chamber further notes that Akayesu had failed to cite a single example showing that he had clearly been denied his right to cross-examine witnesses. No transcript extract was tendered to show that Akayesu was not allowed to ask a particular question following the clarifications provided by Judge Kama. Thus, he failed to show any prejudice. Accordingly, the Appeals Chamber finds that no error was committed by the Trial Chamber in this regard.

2. Prohibition from asking Leading Questions

(a) Arguments of the parties

320. Akayesu submits that on 15 January 1997, the Trial Chamber unlawfully forbade him from asking leading questions during his cross-examination of a Prosecution witness. He recalls that while leading questions are not allowed during direct examination, they are generally allowed during cross-examination.[567] Such is the case under American, British and Canadian Law. Furthermore, the Trial Chamber imposed such restriction only on the Accused but not on his Counsel nor on the Prosecutor.[568]

321. The Prosecution recalls, firstly, that Akayesu has made no reference to the record to sustain his allegations[569] and, secondly, that he is not seeking any particular remedy for the prejudice he allegedly suffered.[570] The Prosecution further submits that the Statute and the Rules do not contain any provisions on leading questions. Akayesu relies on a number of examples drawn from domestic jurisprudence, but he has not established that in this case such jurisprudence is binding on the Tribunal.[571] Furthermore, it is within the Trial Chamber's discretion to determine the procedure

---

[565] The limits to cross-examination were also outlined by the Presiding Judge of the Trial Chamber. He had stated, just before making the remarks now being challenged by Akayesu: "Second important clarification addressed to the accused, cross-examination by the accused must necessarily stay within the boundaries of matters raised by the Prosecutor in her examination-in-chief; in other words, the accused is absolutely free to seek clarification of any point to which the answer given did not seem to him to be clear." See Transcript (Trial Chamber), 14 January 1997, p. 8 Akayesu obviously does not disagree with the above remarks which are absolutely in conformity with generally accepted rules of cross-examination.

[566] Sub-Rule 90 (F) and (G) as adopted on 8 June 1998 provides that: "(F) The Trial Chamber shall exercise control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to: (i) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth; and (ii) avoid needless consumption of time. (G) Cross-examination shall be limited to points raised in the examination-in-chief or matters affecting the credibility of the witness. The Trial Chamber may, if it deems it advisable, permit enquiry into additional matters, as if on direct examination.

[567] Akayesu's Brief, Chapter 7, para. 22; Akayesu's Reply, para. 88.

[568] Akayeus's Brief, Chapter 7, para. 7.

[569] Prosecution's Response, para. 8.16.

[570] *Ibid*, para. 8.18.

[571] *Ibid*, para. 8.19.

to be adopted for questioning,[572] and in the instant case, the Presiding Judge did exercise effective control over the trial proceedings.[573] In any event, Akayesu has failed to show any prejudice.

(b) Discussion

322. On 15 January 1997, the Presiding Judge of the Trial Chamber stated the following:

> I would like to say something to the Accused. When you are asking him a question, "So you went to the forest" it means you are giving him a suggestive, a leading question. Please, next time do not pose leading questions. Ask him, "Where were you taken to". Thank you.[574]

323. The Appeals Chamber recalls that the Rules of the Tribunal have never contained any specific provision on the issue of leading questions. However, they do lay down general rules on examination and cross-examination of witnesses,[575] which appear to be patterned on the United States Federal Rules of Evidence.[576] True, under this system, leading questions are allowed and used during cross-examination whereas they are not permitted during examination-in-chief. Still in the opinion of the Appeals Chamber, the Rules take on a life of their own upon adoption. Interpretation of the provisions thereof may be guided by the domestic system it is patterned after, but under no circumstance can it be subordinated to it.[577]

324. Did Akayesu suffer such prejudice as to invalidate the Judgment on account of the remarks made by Judge Kama on 15 January 1997? The Appeals Chamber points out that error invalidating a Judgment may not be shown by pointing to an anecdotal breach of the Rules by the Trial Chamber. It must be shown on an overall assessment of the trial that the Trial Chamber failed to render justice. In the instant case, Akayesu, firstly, failed to show that the Trial Chamber adopted a general policy on leading questions and applied it throughout the trial. The only example mentioned by Akayesu is that of the 15 January 1997 hearing. He does not cite any other example. The Appeals Chamber further notes that the prohibition imposed by Judge Kama on 15 January 1997 was directed solely at the Accused and not at his Counsel, much less at the Prosecution. It must also be observed that Akayesu suffered no prejudice during the hearing, since

---

[572] *Ibid*, para. 8.20.

[573] Transcript, 1 November 2000, pp. 140 and 141.

[574] Transcript, 15 January 1997, p.30.

[575] These were adopted on 8 June 1998. Sub-Rule 90(F) provides that: "The Trial Chamber shall exercise control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to: (i) Make the interrogation and presentation effective for ascertaining the truth; and (ii) needless consumption of time." Sub-Rule 90(G) provides, on the other hand, that "Cross-examination shall be limited to points raised in the examination-in-chief or matters affecting the credibility of the witness. The Trial Chamber may, if it deems advisable, permit enquiry into additional matters, as if on direct examination.

[576] Rule 611 of the United States Federal Rules of Evidence reads as follows: "(a) Control by Court. The court shall exercise reasonable control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (1) make interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth; (2) avoid needless consumption of time; and (3) protect witnesses from harassment or undue embarrassment; (b) Scope of the cross-examination. Cross-examination should be limited to the subject matter of the direct examination and matters affecting the credibility of the witness. The court may in the exercise of discretion, permit inquiry into additional matters as if on direct examination; (c) Leading questions. Leading questions should not be used on the direct examination of a witness testimony. Ordinary leading questions should be permitted on cross-examination. When a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party, interrogation may be by leading questions".

[577] In this connection, the Appeals Chamber recalls Rule 89(A) of the Rules: "The rules of evidence set forth in this Section shall govern the proceedings before the Chambers. The Chambers shall not be bound by national rules of evidence.

5957/A bis

the question disallowed by the Presiding Judge had already been put to and answered by the Witness before the Presiding Judge made his remarks. Lastly, Akayesu also failed to show any prejudice suffered by him as a result of Judge Kama's remarks. He did not show that he was subsequently prevented from effectively cross-examining all or most of the witnesses. The Appeals Chamber notes that during the appeal hearings, Akayesu conceded that his Counsel had been able to ask a number of questions and that there was no need "to exaggerate the importance of the refusal to allow leading questions." [578]

325. Accordingly, the Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show any prejudice such as would invalidate the Judgment.

326. As a result, in light of its findings with respect to the first issue raised by Akayesu and of its observations on the second issue, the Appeals Chamber rejects all the grounds of appeal against the cross-examination.

H. Eighth Ground of Appeal: Unlawful disclosure of Defence Witness Statements[579]

327. Akayesu describes the alleged error as a "minor irregularity". The Appeals Chamber has explained above how it intends to address issues falling under this heading. Indeed, only after the Appeals Chamber has addressed the main grounds of appeal will it pass on such issues.[580]

I. Ninth Ground of Appeal: The letter written by Witness DAAX to the judges [581]

328. This ground of appeal relates, essentially, to the testimony of Defence Witness DAAX and to a letter that he allegedly sent to the judges of Trial Chamber I following his testimony. Akayesu fails to specify whether the alleged error is one of fact or of law, but he submits in his Brief that the appropriate remedy is a "termination of proceedings" under the abuse of process doctrine.[582] He submits that the error committed is sufficient, in itself, to justify a termination of proceedings.[583]

---

[578] Transcript (A), 1 November 2000, p. 122.
[579] The Appeals Chamber granted leave to Akayesu to add this ground of appeal in its Decision of 24 May 2000. See annex B.
[580] See paras. 38 to 41.
[581] The Appeals Chamber granted leave to Akayesu to add this ground of appeal in its Decision of 24 May 2000. See annex B for further details.
[582] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. VII. In fact, Akayesu cites principles referred to in Chapter 4 of his Brief without detailing how they should be applied in the instant case. "The appropriate remedy to such a situation is a termination of proceedings in accordance with the principles laid down in Chapter 4 on conflict of interest." The request for leave to add the ground of appeal referred to in Chapter 4 was dismissed in the Decision of 22 August 2000. However, the Appeals Chamber also noted that, overall, the review of the case-law cited in that chapter related to the specific issue raised in ground of appeal and not to the ground of appeal envisaged in the instant case. See also Akayesu's Brief, para VII (sic) where Akayesu mentions the "irreparable prejudice caused to the Appellant by the accusatory letter (the verdict would have been different)."
[583] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 1. During the hearing on appeal, Akayesu did not put forward any arguments on the merit concerning this ground of appeal, except to say that "[..] Chapter 12 on DAAX we will leave you with. We will not address ourselves to that question, we understand it's a certain irregularity which in and of itself would not be sufficient to stay the proceedings by itself. It is an irregularity which we think should have been drawn out publicly." Transcript (A), 1 November 2000, p. 85. Since Akayesu has advanced specific arguments in his Brief, and since he stated in his Reply that he was reiterating his arguments as set out in his Brief, the Appeals Chamber will address this ground of appeal.

1. Issues raised

329. Two main issues will be addressed under this ground of appeal: (i) the impact (if any at all) of the letter sent by Witness DAAX to the judges of the Trial Chamber following his testimony; (ii) the allegedly inadequate and selective nature of Witness DAAX's testimony. Akayesu submits that it was impossible for him to have a fair trial under such circumstances.[584]

330. As a preliminary remark, the Appeals Chamber notes that Akayesu raises the issue of the alleged arrest of Witness DAAX upon his return to Rwanda following his testimony before Trial Chamber I. [585] Akayesu alleges that Witness DAAX was arrested and detained by the authorities of Rwanda on 1 May 1998, when he returned to Kigali.[586] Akayesu, submits in his Brief that he had written to the Registry about that,[587] but that at the time of filing his Brief, the Registry had not confirmed, as directed by the Decision of 24 May 2000,[588] whether Witness DAAX had been detained by the authorities of Rwanda. This arrest was later confirmed in a letter dated 20 June 2000 from the Registry, which was attached to a fax dated 13 July 2000.[589] Nevertheless, the Appeals Chamber notes that, upon receipt of said information, Akayesu failed to show either in his Reply nor during the Hearing on Appeal, [590] why the arrest of Witness DAAX was relevant to the issue raised in this ground of appeal.[591] The same goes for the other evidence sought to be disclosed in this regard.[592] Akayesu has failed to show the relevance of the information in question

---

[584] Akayesu's Brief, Chapter 12. Para. 1.10.

[585] See also Akayesu's Brief, Chapter 6, para. 10 on Akayesu's third Ground of Appeal. In this Section, Akayesu submits that: "Furthermore, the Appellant intends to show, with supporting facts, that the incident testified to on 3 March 1998 by Witness DAAX (Defence Witness), does illustrate that the Appellant could not have had a just and fair trial under the circumstances, his witness having been arrested and detained upon his return to Rwanda following his testimony. He further intends to argue most strenuously that he was deprived of his right to produce his witnesses and to present his case, in breach of the guarantees affirmed by ICTR Appeals Chamber [..]" The Prosecutor submits in this instance that "t(here are allegations concerning the arrest of DAAX in Rwanda, but the Appellant has made no arguments and is seeking no relief in respect of them." Prosecution's Response, footnote 295.

[586] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1. 9. Akayesu describes in some detail, the transfer of the Witness between prisons until he arrived several months after his arrest, in the Kimironko prison.

[587] Akayesu requests leave to file his letter to the Registry concerning this issue dated 19 June 2000. Akayesu's Brief, Chapter 12, para. V. The letter is later filed as Exhibit 51 in the Appellant's Appeal's Book Exhibits 30 to 53, Chapter 6 to 14. This letter has already been received by the Appeals Chamber and in any event, for the reasons which will be set out below as irrelevant to the issues raised in this ground of appeal. It is therefore not necessary to formally rule on this request.

[588] In the Decision of 24 May 2000, the Registry was directed to confirm, based on documentary material available to it at the time, whether Witness DAAX had been imprisoned by the authorities of Rwanda.

[589] Akayesu filed this confirmation letter in the Supplementary Appeals Book , Exhibit 6, on 13 October 2000. It appears that the letter was dated 20 June 2000, the Registry did not send it to Akayesu until the time for filing his Brief had lapsed. It is stated in this letter that "DAAX was a senior official in Rwanda who was called to appear by Akayesu's Counsel. The witness was subpoenaed and after discussion with him regarding and based on fears expressed by him, the Witnesses and Victims Support Section (WVSS) filed a request with the Trial Chamber for additional protective measures. Following a hearing in camera, the Trial Chamber granted the request and directing that the order sought be complied with. After testifying, Witness DAAX was sent back to Kigali. A month later, he was arrested."

[590] In his Reply (para. 136), Akayesu merely states that he reiterates and reaffirms the submissions made in Chapter 12 of his Brief and submits that the failure to denounce the disclosure of out of court evidence undermines the administration of justice.

[591] Or even under Akayesu's third Ground of Appeal

[592] This refers to the transcript of the meeting held in the Office of the Prosecutor (although the Decision of 24 May 2000 and subsequent correspondence refer to the "Prosecutor") and the motion filed on 18 February 1998 by the Witnesses and Victims Support Section. On appeal, Akayesu requested that the two documents be disclosed. The motion was disclosed by the Registry to him on 10 July 2000, but it appears that the minutes of the meeting were not disclosed. In any case, Akayesu failed to show the relevance of the documents.

5955/A bis

to this ground of appeal.[593] Witness DAAX testified on 3 March 1998. He was arrested on 1 May 1998, that is after he had testified. With respect to this ground of appeal, Akayesu failed to show the relevance of protective measures put in place to ensure the safety of Witness DAAX during his testimony before the Tribunal on the one hand and of his arrest following his testimony on the other hand.[594] The Appeals Chamber finds this information to be of no relevance. Therefore, it will disregard the documents in question and related facts.

(a) The Letter dated 3 March 1998 sent to the judges of Trial Chamber I

331. Akayesu alleges that his trial was tainted as a result of a letter dated 3 March 1998 ("the Letter"),[595] sent by Witness DAAX to the judges of Trial Chamber I following his testimony. Akayesu claims that in the Letter, Witness DAAX provides additional information on his, [Akayesu's], conduct during the events of 1994. Akayesu submits that the five points revisited or expanded in the Letter were very prejudicial to his case.

332. The Appeals Chamber notes, firstly, that Akayesu seeks leave to file a copy of the Letter before it.[596] The Prosecution does not deny that the Letter existed, nor its contents, nor the fact that it was sent.[597] Therefore, the Appeals Chamber considers that the said Letter may be considered under this Ground of Appeal.[598]

333. Akayesu sets out the contents of the Letter, of which only some parts relate to the testimony of Witness DAAX before the Trial Chamber.[599] He takes issue with the points raised as, for

---

[593] Akayesu submits that "The Chamber also determined that as relates to the merits of the appeal, the Appellant would have to prove the allegation made in this ground of appeal. This implies putting into evidence the material and documents referred to in the motion to amend the Notice of Appeal." Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 2.

[594] As mentioned earlier, Akayesu refers to the arrest of Witness DAAX under his third Ground of Appeal. In this third ground, while alleging that it was impossible for the Accused to have a fair trial due to the war in Rwanda, as well as intimidation and murder of potential defence witnesses, Akayesu submits (there again in very general terms), that several witnesses were afraid and did not come to testify. Akayesu's Brief, Chapter 6, Annex, para. 1L. Moreover, in his conclusions regarding "Other Issues" (protection of witnesses), he submits that the fact that the Trial Chamber disclosed information concerning protected witnesses, frightened other witnesses whom they wish to call. In particular, he referred to the disclosure to the Press of the name of his wife and the identity of the *Préfet* of Gitarama, as well as the identification by the Presiding Judge of the Trial Chamber of the identity of Witness DFX (although he states that the Presiding Judge apologized later). Lastly, he mentions that Witness DAAX was identified in the 6 March 1998 issue of the *Hirondelle* Newspaper as "that former high official." Akayesu's Brief, Chapter 13, para 6. The Appeals Chamber has already explained how it intends to address the issues raised in this section of Akayesu's Appeal. It notes, however, that such general allegations are not, no matter the context in which they are made, supported by any argument or examples of initiatives taken by Akayesu or his Counsel to call witnesses to the stand and specifying when and why such persons allegedly refused to testify and how it ties in with a ground of appeal. Similarly, Akayesu gives no example of instances where he brought such information to the attention of the Trial Chamber and requested assistance from the Chamber to prevent a witness from appearing. See with respect, generally, to the requirements for the presentation of witnesses at trial and recourse to protective and coercive measures: *Tadic* Decision (Additional Evidence).

[595] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1. This seems to be the central issue of Ground 1 and moreover, is the only issue to which the Prosecution responded, para. 13.1 to 13.11.

[596] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 5, Akayesu has filed the Letter as exhibit 49 in the Appeals Book, Exhibits 30 to 53,Chapters 6 to 14.

[597] Prosecution's Response, para. 13.3 to 13.11. The Prosecution also submits that "it is not in dispute that a copy of this letter was in fact also received by counsel for the Prosecution and the Defence.", para. 13.9.

[598] In the Decision of 24 May 2000, the Appeals Chamber held that Akayesu could request a copy of the Letter from the Registrar and that he was at liberty to request that it be included in the Record on Appeal. The Registry misconstrued the Decision of 24 May 2000 – to its letter of 10 July 2000 sent to Akayesu, the Registry attached a document which it thought was the requested Exhibit R1, whereas the document concerned was the exhibit R1 referred to in Section 1 of the Decision of 24 May 2000 which had been rejected.

[599] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1.7.

example, "pure denouncement or accusatory denigration based on hearsay with no possibility for the accused to defend himself."[600] He further asserts in the same vein that this was a "pernicious attack against the accused, behind his back "[601] and a "negative Judgment, which is an attack on the accused [...] a stab in the back of the accused [...]."[602]

334. Akayesu submits that it can be presumed that the Judges (and the Prosecution) received and read the Letter.[603] From that moment on, it was impossible for him to have a fair trial on the grounds, *inter alia,* that the Letter (private communication) generally constitutes a violation of his right to a fair and public trial; private communications between a Trial Chamber and a witness, in particular one who is a senior official, are inadmissible evidence which violate the fundamental principle that criminal trials are to be conducted in public; Akayesu was prevented from cross-examining Witness DAAX on the issues raised in the Letter; the Trial Chamber would have reached a different verdict if Akayesu had enjoyed a full and more zealous defence ; the Tribunal failed to condemn the fact that the Letter was sent and to take any safeguards in relation thereto.[604]

335. The Prosecution submits that if Akayesu wants to rely on the abuse of process doctrine, he must "show either that there has been a delay which has made a fair trial of the accused impossible, or that the circumstances of this case are such that proceeding with the trial of the accused would contravene the court's sense of justice, due to pre-trial impropriety or misconduct."[605] The Prosecution does not dispute the general proposition that "it is improper for a person who is not a party to the proceedings to send *ex parte* communications to a judge concerning the merits of issues in dispute in a matter pending before the judge."[606] However, the Prosecution argues that in the absence of evidence to the contrary, one must presume that a professional judge would "completely disregard" such communication.[607] The Prosecution submits that Akayesu fails to allege any evidence that the judges took the Letter into account in their Judgment. The Prosecution argues that since both itself and the Defence received the Letter and declined to raise the matter before the judges, it could indicate their "understanding and satisfaction that the Judges would disregard it." [608] The Prosecution submits that the Appellant's request for a stay of proceedings should be rejected.[609]

336. No evidence has been brought before the Appeals Chamber to show that the issue of the Letter and its impact was formally raised by either party before the Trial Chamber.[610] ICTY Appeals Chamber recently upheld the general principle that "a party should not be permitted to refrain from making an objection to a matter which was apparent during the course of the trial and to raise it only in the event of an adverse finding against that party."[611] However, in the instant case,

---

[600] *Ibid*, para. 1.7(b) [referring to the second point raised].
[601] *Ibid*, para. 1.7(c) [referring to the third point raised and similar to the criticism under point 4, para. 1.7(d)].
[602] *Ibid*, para. 1.7 (e).
[603] *Ibid*, para. 1.8 Akayesu submits that: "The Appellant received a copy and is in possession of information to the effect that this important missive was actually read by those to whom to whom it was sent."
[604] Akayesu's Brief, chapter 12, para. 1.10 and chapter 6. As already explained, the question of Counsel's incompetence is addressed essentially under Akayesu's second Notice of Appeal.
[605] Prosecution's Response, para. 13.4.
[606] *Ibid*, para. 13.5.
[607] *Ibid*, para. 13.5 to 13.7. The Prosecution submits that " The mere fact that such a communication has been sent to and received by a Judge cannot give rise to a presumption that the Judge took the contents of the communication into account as evidence in the trial before any court, simply by sending a letter relating to the proceedings to the Judges."
[608] Prosecution's Response, para. 13.8.
[609] *Ibid*, para. 13.11.
[610] See Akayesus's Brief, Chapter 12, para. 1.10 (e), where Akayesu complains of the Counsel's incompetence in this regard (see below).
[611] *Celebici* Appeal Judgment, para. 640. See also *Tadic,* para. 55, quoted in the *Kambanda* Appeal Judgment, para. 25.

5953/A bis

the Letter had been sent to the judges. The parties do not appear to dispute the fact that the judges had received it. Under those circumstances, the Appeals Chamber finds that the matter had been brought to the attention of the Trial Chamber.[612] Consequently, the instant case is a "special circumstance" such as would warrant an exception to the principle of waiver.[613]

337. Akayesu's arguments are largely based on speculation as to decisions or action taken by the Trial Chamber upon receipt of the Letter. It bears recalling that Akayesu invoked the abuse of process doctrine in arguing for a stay of proceedings. The Appeals Chamber has already had occasion to consider the issue of abuse of process, albeit it in a different factual context. In the *Barayagwiza* Decision, the Appeals Chamber held that : "Under the doctrine of abuse of process, proceedings that have been lawfully initiated may be terminated after an indictment has been issued if improper or illegal procedures are employed in pursuing an otherwise lawful process."[614]

> "It is important to stress that the abuse of process doctrine may be invoked as a matter of discretion. It is a process by which Judges may decline to exercise the court's jurisdiction in cases where to exercise that jurisdiction in light of serious and egregious violations of the accused's right would prove detrimental to the court's integrity." [615]

338. The question that arises is whether the sending of the Letter violated Akayesu's right so as to cause the Appeals Chamber to consider that the Decision of the Trial Chamber to proceed on the charges against him, or a Decision by the Appeals Chamber to uphold the convictions "would cause serious harm to the integrity of the judicial process."[616]

339. It should be noted that case-law on this issue reflects mainly findings of serious injustice. Courts generally invoke procedural defects when they find it necessary to protect an accused from an abuse or a prejudice, for example. Abuse of process has been defined as "something so unfair and wrong that the court should not allow a Prosecutor to proceed with what is in all other respects a regular proceeding."[617] Indeed, the Appeals Chamber observes that Akayesu himself recognizes

---

[612] See *Tadic* Appeal Judgment, para. 55, quoted in the *Kambanda* Judgment, para 25: "The obligation is on the complaining party to bring the difficulties to the attention of the Trial Chamber forthwith so that the latter can determine whether any assistance could be provided under the Rules or the Statute to relieve the situation. The party cannot remain silent on the matter only to return on appeal to seek a trial *de novo* [..]."

[613] In *Kambanda's* Appeal Judgment, para 25, the Appeal Chamber held that: "t(he fact that the Appellant made no objection before the Trial Chamber…means that, in the absence of special circumstances, he has waived his right to adduce this issue as a valid ground of appeal." (reference *Furundzija* Appeal Judgment, para. 174). The Appeals Chamber notes that in para. 649 of the *Celebici* Appeal Judgment, ICTY Appeals Chamber held that, with respect to one of the grounds of appeal, it did not accept "the explanation by counsel […] for her failure to raise the issue before the Trial Chamber itself." Nevertheless, ICTY Appeals Chamber considered the merits of the ground of appeal, at that stage, and eventually dismissed it for lack of real prejudice (para. 615).

[614] *Barayagwiza* Appeal Decision, para. 74. Reference is made to the case of R. Latif; R. Shahzad,[1996] 1All ER 353, or the House of Lords (citing *R. v. Horseferry Road Magistrates' Court*[1993] 3All ER 138)' held that "Proceedings may be stayed in the exercise of the judge's discretion not only where a fair trial is impossible but also where it would be contrary to the public interest in the integrity of the criminal justice system that a trial should take place."

[615] *Barayagwiza* Appeal Decision, para. 74.

[616] *Barayagwiza* Appeal Decision, para. 75.

[617] *Hui-Ch-Ming v. R* [1992] 1 A. C. 34, PC See also *Connelly v. DPP,* (1964 (AC, 1254 (HL): "'The power (which is inherent in a court's jurisdiction) to prevent abuses of its process and to control its own procedure must in a criminal court include a power to safeguard an accused person from oppression or prejudice", *DPP v. Humphreys* (1977(A.C. 1, HL, at p. 55E-G: "While Judges should pause long before staying proceedings which on their face are perfectly regular, it would indeed be bad for justice if in such fortunately rare cases…their hands were tied and they were obliged to allow the further trial to proceed." Also, *Re Barings Plc and others (No.2); Secretary of State for Trade and Industry v. Baker and others [1999]* 1 All E.R. 311, CA (Civ. Div), "a court may stay proceedings where to allow them to continue would bring the administration of justice into disrepute among right thinking people and that this would be the case if the court was allowing its process to be used as an instrument of oppression, injustice or unfairness." *See* also, *Hui-Ch-Ming v. R* (1992(1A.C. 34, PC.

that a stay of proceedings is an exceptional remedy for a finding of abuse of process,[618] although, he submits that this case warrants resort to such an exceptional remedy.

340. It is the opinion of the Appeals Chamber that the burden of showing that there has been an abuse of process rests with the accused. Establishing such abuse will depend on all the circumstances of the case.[619] The Appeals Chamber finds that it is, however, more important that the accused show that he had suffered prejudice. Thus, "an order staying proceedings on the ground of abuse of process [...] should never be made where there were other ways of achieving a fair hearing of the case, *still less where there was no evidence of prejudice to the defendant.*"[620]

341. This case is unique in that Akayesu has not shown in any way to what extent or on what grounds this doctrine is applicable to his case. Above all, he failed to explain how the sending of the Letter caused him prejudice and has merely alleged, in general terms, *inter alia* that the verdict would have been different (without explaining how), that he was denied the right to a fair and public hearing and that as a result of the Letter being sent he was denied the right to cross-examine the Witness on the contents thereof. Such rights could only be found to have been violated, if Akayesu had managed to show clearly that the contents of the Letter were taken into account as evidence against him. Now, Akayesu has offered no evidence to suggest that the contents were in any way taken into account or relied upon by the Trial Chamber in arriving at its above decision.

342. Witness DAAX testified *in camera* on 3 March 1998. The Trial Chamber referred to his testimony in its findings on paragraphs 3 and 4,[621] 12[622] 12(A) and 12(B)[623] of the Indictment. The Trial Chamber makes no direct reference to the Letter in its findings and Akayesu did not show how the findings in the Judgment reflect the said allegations.[624] Akayesu has failed to provide any evidence of a prejudice that he might have suffered.

343. The Appeals Chamber agrees with the Prosecution that in general "it is improper for a person who is not a party to the proceedings to send e*x parte* communications concerning the merits of issues in dispute in a matter pending before the judge."[625] However, the fact that this occurred is not sufficient to justify a stay of proceedings. As stated above, the judges of this Tribunal are professional judges – it must be assumed that they will consider each case before them on the basis of the evidence presented and admitted in that case and that they will disregard evidence not presented to them. Furthermore, it is to be presumed that they will only enter a conviction of guilt

---

[618] Akayesu's Brief, Chapter 4, para. 37, where Akayesu states that: "a stay of proceedings is an exceptional remedy for abuse of process."
[619] Archbold 2000, para. 4-51 and 4-57: "Each case will depend on its own facts."
[620] *DPP v. Hussain*, The Times, 1 June 1994, cited in Archbold 2000, para. 4 to 55 (emphasis added).
[621] Trial Judgment, para. 75.
[622] Trial Judgment, paras. 185, 186 and 189.
[623] Trial Judgment, para. 458 – The Trial Chamber simply noted here that the witness was not in a position to know what occurred in the *bureau communal* as he was not present in the *commune* of Taba during this period. He also testified that he had lost contact with Akayesu after 18 April 1994 before the killings began.
[624] The Letter poses five questions which may be summarised as follows: (1) Why did Akayesu wear a military shirt and carry a military gun? (2) Why did the ex-*bougmestre* of Musambira allege that Akayesu took part in attacks on families in Musambira and killed Tutsis in certain families in the evening of 19 April 1994? (3) Why did Akayesu not warn the *Préfet* about a massive attack by the *Interahamwe* on refugees and certain families and only pointed out some acts of intimidation? (4) Why was Akayesu not dismissed, as recommended by a Minister of President Kambanda? and (5) Why did Akayesu stay with the *Interahamwe*, leaving the country with them when it was well known that most of the B*ourgmestres* not directly involved in the genocide did not leave Rwanda "so as to dissociate himslef, albeit belatedly, from the genocidal Government?" *See* also, Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1.7.
[625] Prosecution's Response, para. 13.5. See also Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1.10.

5951/A Bis

if, solely on the evidence before them, they are satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the Accused.[626]

344. The Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show that the sending of the Letter constituted a violation of his right to cross-examine Prosecution witnesses. Nor did Akayesu show that he suffered a prejudice as a result. Consequently, this argument is dismissed.

(b) Testimony of Witness DAAX

345. Secondly, Akayesu alleges that his trial was unfair as a result of the testimony given by Witness DAAX in camera on 3 March 1998. Akayesu characterizes the testimony as "selective" and asserts that the witness forgot to mention material facts, in particular, the fact that Akayesu had asked for more *gendarmes* prior to 18 April 1994 and his "*interventions*" during the meetings in Murambi on that date.[627] Here again, Akayesu contends that it was impossible for him to have a fair trial due, *inter alia*, to the said testimony.[628] The Prosecution did not respond to this argument.

346. It is important to state, from the outset, that it should be assumed that Akayesu was involved in the decision to call this Witness as a witness for the Defence. Clearly, in principle, such a decision rests solely with the person calling the witness, in this case the accused. Similarly, it should be presumed that the accused takes such a decision after having assessed the information and evidence that he believes he can reasonably elicit from the witness, generally after talking with the witness and collecting his/her prior statement. Akayesu submits that:

> 2. This witness who initially was a potential Prosecution witness, was expected to testify for the Prosecution. But he was not called by the Prosecutor because, on the one hand, the witness, out of fear, was reluctant to appear and, on the other hand, his testimony would be favourable to the Defence, in light in particular of his prior statement.
>
> 3. Since the Prosecutor did not wish to call the witness, the Defence, which was not succeeding in causing the requested witnesses to appear in court, "recuperated" him and got him to testify "for the Defence" with leave from the Tribunal. [...].[629]

347. Akayesu alleges that the Prosecution had originally intended to call Witness DAAX. When the Prosecution thought the better of it, Akayesu moved the Trial Chamber by motion to subpoena the witness to appear for the Defence. It appears that this decision was based primarily on Witness DAAX's prior statement, which Akayesu considered to be favourable to his defence. The Trial Chamber granted the motion,[630] and the Witness was called. This is the factual background to the decision to call this Witness.

348. No party can predict with certainty what a witness will testify to in court. It is of course a risk that all parties take. The only duty imposed on any witness is that reflected in the solemn declaration which he or she must swear prior to testifying: "I solemnly declare that I will speak the

[626] Rule 87(A) of the Rules: "After presentation of closing arguments, the Presiding Judge shall declare the hearing closed and the Trial Chamber shall deliberate in private. A finding of guilty may be reached only when a majority of the Trial Chamber is satisfied that guilt has been proved beyond reasonable doubt."
[627] Akayesu's Brief, Chapter 12, para. 1.6.
[628] Akayesu describes the situation as "public failings" *Ibid*, para. 1.7.
[629] Akayesu's Brief, Chapter 12, paras. 1.2 and 1.3.
[630] "Decision on a Motion for the Appearance and Protection of Witnesses called by the Defence" 9 February 1998.

truth, the whole truth and nothing but the truth."[631] That the witness's evidence did not fully reflect what had allegedly been originally disclosed to Akayesu is no reason for Akayesu to suggest that the trial was inherently unfair or so tainted as to result in a miscarriage of justice. Here again, it should be recalled that it was open to the Trial Chamber to assess and weigh the evidence it had heard in light of both the context in which it had been elicited and the other testimonies and evidence.

349. The Appeals Chamber finds that this argument by Akayesu must fail.

2. Conclusion

350. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber rejects this ground of appeal.

J. Tenth Ground of Appeal: Unlawful Detention[632]

1. Background

351. By motion dated 2 June 2000 Akayesu sought leave, *inter alia*, to amend his Notice of Appeal to include a ground of appeal challenging the legality of his detention.[633] In its Decision of 22 August 2000, the Appeals Chamber found that "the lawfulness of [Akayesu's] detention in Zambia was not raised before the Trial Chamber" and that as a result, there was "cause to reject [Akayesu's] request…to amend the Notice of Appeal."[634]

352. On 20 October 2000, Akayesu filed a motion requesting the Appeals Chamber to rectify its decision dated 22 August 2000, on the ground that issues relating to the lawfulness of his detention and the failure to inform him promptly of the charges brought against him had been raised before the Trial Chamber albeit in the pre-trial phase, within the framework of the motion for termination of proceedings.[635] Having received the Prosecution's response to the Motion to rectify,[636] and Akayesu's Reply,[637] the Appeals Chamber rendered an oral decision on 1 November 2000 at the start of the Hearing on Appeal in which it resolved: "to join to the appeals on the merits [and to

---

[631] Rule 90(B) of the Rules of Procedure and Evidence (testimony). Witness DAAX was not an exception. Transcript, 3 March 1998, pp. 3 and 4 (in camera).

[632] See annex B.

[633] Consolidation or summarization of motions not yet disposed of (in execution of the Scheduling Order of 24 May 2000), filed on 2 June 2000. This request was originally included in the motion to amend the notice of appeal on the impartiality and independence of the Tribunal, and to add new grounds of appeal, filed on 7 December 1999.

[634] Decision of 22 August 2000.

[635] Notice of Motion to Rectify or Correct and Reconsider Part of the Decision of 22 August 2000 (Decision on the consolidation or summarization of motions not yet disposed of) (Re: Amendment of Notice of Appeal), filed on 20 October 2000 ("Motion to Rectify"). It is noted that almost two months elapsed between the issuance of the Decision of 22 August 2000 and the filing of the Motion to Rectify by Akayesu. In addition, it was filed less than two weeks before the Hearing on Appeal. Akayesu sets out reasons for the delay at para. 10 of the Motion to Reply, stating that although his Counsel noticed shortly after the rendering of the Decision of 22 August 2000 that there was a mistake, it was only"[o]n or about 16 October 2000" that they "conceived a possible legal remedy." Despite the very long delay in filing the Motion to Rectify, the Appeals Chamber decided at the Hearing on Appeal to hear the arguments of the parties on this issue.

[636] Prosecution's Response to "Notice of Motion to rectify or correct and reconsider part of the Decision of 22 August 2000", filed on 25 October 2000" ("Prosecution's Response to the Motion to Rectify).

[637] *Appellant's Reply to Prosecution's Response to his "Notice of Motion to rectify or correct and reconsider part of the Decision of August 22, 2000"(Decision on the consolidation or summarization of motions not yet disposed of) (Re: Amendment of Notice of Appeal),* filed 26 October 2000 ("Reply to the Motion to Rectify").

5949/A

allow the Appellant to submit] thereon for some minutes, [you will be authorized], but, at that point in time, the Prosecution will have to respond."[638]

353. During the Hearing on Appeal, the Prosecution stated that it wished to file certain documents to support its proposed response to the ground of appeal. Akayesu did not object and the Appeals Chamber accordingly granted the Prosecution leave to file the said documents.[639]

354. Akayesu submits that this ground of appeal is two fold. He alleges that there was a violation of his right: (1) to be charged promptly, and (2) to be informed promptly of the nature of the charges against him.[640] However, ultimately he appears to be submitting that he had been detained unlawfully in violation of Rule 40 of the Rules on provisional measures.[641] As a result, he submits as follows:

> The Appeals Chamber is hereby requested to order a stay of proceedings, the continuation of such in the face of the serious violations of the rights of the Appellant, would seriously undermine the integrity of the judicial process and bring into disrepute the international Criminal Court as an institution, as it did in the case of Jean-Bosco Barayagwiza.[642]

355. The Prosecution submitted on this ground only during the Hearing on Appeal on 1 and 2 November 2000 and in its Response to the Motion to Rectify.[643]

2. Discussion

356. Before proceeding to consider this ground of appeal on the merits, the Appeals Chamber must first determine whether it is properly before it.

---

[638] T(A), 1 November 2000, p. 16.

[639] T(A), 1 November 2000, pp. 108 to 110. The Prosecution filed a letter dated 5 September 2000 from the Ministry of Legal Affairs, Republic of Zambia, enclosing a copy of a Judgment of the High Court of Zambia dated 1 February 1996, the Request for detention of Akayesu filed on 22 November 1995 by the Prosecution pursuant to Rule 40 of the Rules and Notice of Appeal against the decision of the Zambian High Court of 1 February 1996, filed on behalf of Akayesu on 16 February 1996. In addition, at the request of Akayesu, the Prosecution provided a copy of the letter it had sent to the Minister of Legal Affairs of Zambia to obtain information on the arrest and detention of Akayesu [T(A), 1 November 2000, pp. 177 to 179, 2 November 2000, p. 41].

[640] Akayesu's Brief, Ch. 1, para. 21. The submissions in relation to each limb are set out in Akayesu's Brief, Ch. 1, paras. 22 to 44 and paras. 45 to 53 respectively.

[641] Regarding his detention, Akayesu submitted the following facts: He entered Zambia between August 1994 and the start of 1995. He possessed a visa authorizing him to stay in Zambia until 29 October 1995. On 10 October 1995, he was arrested by the Zambian authorities following a letter from the Ambassador of Rwanda in a letter dated 6 September 1995, asking them to detain him and others on suspicion of having committed genocide in Rwanda. On 22 November 1995 the Prosecution submitted a request to the authorities of Zambia to detain Akayesu (and others) provisionally under Rule 40 of the Rules. On 1 February 1996 the High Court of Zambia ruled in a Judgment that Akayesu should not be released from custody but that he should be handed over to the Tribunal, pursuant to both the Prosecution request and Security Council resolution 978. On 13 February 1996, the Prosecution filed its Indictment against Akayesu. On 16 February 1996, the Indictment was confirmed, an arrest warrant issued and an order issued for the continued detention of Akayesu in Zambia. One week later the Indictment was submitted to the authorities of Zambia to be served on Akayesu. Akayesu submits that it was only on 29 March 1996 that the authorities of Zambia informed Akayesu of the arrest warrant, the extension of his detention and the decision by the Tribunal to confirm his indictment. He was transferred to the Detention Facility in Arusha on 26 May 1996 and had his initial appearance on 30 May 1996. *See* also, Trial Judgment, paras. 9 to 12.

[642] Akayesu's Brief, para. 54.

[643] As leave to add this ground of appeal was denied by the Appeals Chamber in the Decision of 22 August 2000, the Prosecution did not respond to Akayesu's arguments contained in Akayesu's Brief, para. 2.1. (T(A), 2 November 2000, pp. 31, 32). During the Hearing on Appeal, it did not request leave to file further written submissions.

357. Akayesu has submitted that both issues raised in this ground of appeal had been raised before the Trial Chamber.[644] That explains why he requested the Appeals Chamber to rectify its earlier decision denying him leave to add this ground of appeal and to consider the issue on the merits.

358. The Prosecution for its part submits that Akayesu has waived his right to raise on appeal the issue of the propriety of the request filed by the Prosecution under Rule 40 of the Rules, since it was never raised during proceedings before the Trial Chamber.[645] While conceding that Akayesu has filed a pre-trial motion raising several issues concerning his detention in general, the Prosecution however submits that the only issue relating to his arrest and detention concerned the lawfulness of his arrest by the Zambian authorities following a request by Rwanda, and his detention conditions.[646] The Prosecution alleges that Akayesu made no mention of the steps taken by the Prosecution to have him arrested or the request it filed under Rule 40.[647] The Prosecution submits that Akayesu never raised the issue again either through the so-called counsel of his choice or any other counsel, and that Akayesu can point to no place in the record where he raised the issue of the legality of the Prosecution's request for his arrest in Zambia.[648] It is the Prosecution's submission that the [...][649] that Akayesu has, as a result, waived his right to raise this issue now on appeal.[650]

359. The Appeals Chamber observes firstly that as to whether this issue was raised before the Trial Chamber, Akayesu appears to have put forward, during the appeal proceedings, rather contradictory and selective submissions. Although he alleges in certain submissions that the issue of the lawfulness of his detention had been raised at trial,[651] he takes issue with his Counsel, in his second Ground of Appeal, based on incompetence of counsel for failing to follow his instructions and to raise issues relating to the lawfulness of his arrest, detention and imprisonment.[652] Subsequently, in response to the Prosecution's criticism that he failed to prove that he had

---

[644] Motion to Rectify, para. 1: "[T]he issue of unlawful detention and failure to notify the Appellant of the charges against him in a timely manner was raised before the Trial Chamber accompanied by a request to stay proceedings." Also, in Reply to the Motion to Rectify, paras. 5 – 7: Akayesu submits: "The Appellant never abandoned his complaints about unlawful detention and the failure to be informed of the charges pending against him that were duly raised before the Trial Chamber."

[645] T(A), 2 November 2000, p. 47. The Prosecution also began by presenting its arguments concerning the merits of this ground of appeal, that is, to know whether the detention was unlawful as Akayesu submits.

[646] T(A), 2 November 2000, pp. 48 and 49. Prosecution's Response to the Motion to Rectify, para. 12 *et seq.*

[647] T(A), 2 November 2000, pp. 48 to 51. The Prosecution submits that Akayesu was "challenging the manner in which Rwanda made its request, stating that it was improper that the Rwandan request was made through the embassy in Pretoria and not directly from Kigali, and different things of that nature." The Prosecution acknowledges that in the Prosecution's Response to the Preliminary Motion, it set out the facts relating to the request filed under Rule 40. However, it submits that Akayesu cannot rely on this as evidence that the issue was brought to the attention of the Trial Chamber such that it rebuts an argument of waiver. The Prosecution also submits that there is no mention of this issue in the transcript of the oral arguments of 26 September 1996, on statements by the parties on the preliminary motion.

[648] T(A), 2 November 2000, p. 51.

[649] Prosecution's Response to the Motion to Rectify, para. 13.

[650] T(A), 2 November 2000, pp. 50 to 54.

[651] Consolidation or summary of motions not yet disposed of (in execution of scheduling order dated 24 may 2000), filed on 2 June 2000, para.35; Motion to amend the notice of appeal on the impartiality and independence of the Tribunal, and to add new grounds of appeal, filed on 7 December 1999, para. 24; Akayesu's Brief, Chapter 1, paras. 14 and 15.

[652] Akayesu's Brief, chapter 3, paras. 10 and 14. Akayesu submits: "The Appellant blames his counsel for failing, despite his instructions, to raise issues related to the legality of his arrest, detention and imprisonment. They were expected to and should have raised the issue of the violation of his right to be informed promptly of the cause for his arrest and of his right, as an accused, to be informed promptly of the charges against him and to be arraigned before the Tribunal".

5947 Albis

instructed to his Counsel to raise the issue of his unlawful detention in Zambia,[653] Akayesu asserted that Mr. Scheers, his Counsel at the time, did raise the issue of his unlawful detention, that the issue of unlawfulness was therefore addressed at that time, though not fully examined.[654] Akayesu blames the Counsel subsequently assigned to his defence for failing to examine and follow up the issue. He submits:

> Since it was not raised at trial by counsel for the Appellant, the Chamber ruled against raising the matter on appeal [...]. Yet, this is a relevant and serious issue. Failure by counsel imposed on Appellant to raise it occasioned a miscarriage of justice for the Appellant, who was deprived of a ground that could be relied upon for a stay of proceedings.[655]

360. In sum, Akayesu attempts to rely on this alleged failure to sustain his second Ground of Appeal, while alleging the opposite in support of the present ground. However, although this contradiction is not sufficient to justify the Appeals Chamber refusing to consider the issue, the Appeals Chamber notes the selective manner in which Akayesu presented the issue. Consequently, for the reasons stated below, the Appeals Chamber must first determine whether this issue was raised before the Trial Chamber.

361. It is well established by now that proceedings before the Appeals Chamber do not constitute a trial *de novo*.[656] On the contrary, a party is under an obligation to formally raise with the Trial Chamber (either during the trial or pre-trial,[657]) any issues that require resolution. A party "cannot remain silent on [a] matter only to return on appeal to seek a trial *de novo*."[658] If a party raises no objection to a particular issue before the Trial Chamber (though all things considered it could reasonably have done so), in the absence of special circumstances the Appeals Chamber will find that the party "has waived his right to adduce the issue as a valid ground of appeal."[659]

362. During the Hearing on Appeal Akayesu submitted that the Prosecution's arguments as to waiver should be rejected, as the Appeals Chamber had already decided to grant the Motion to Rectify and "to allow [him] to plead on the merits with respect to the amended Notice of Appeal."[660] This is not the case. In the light of the Motion to Rectify which had been filed, particularly, at such a late stage, the Appeals Chamber permitted the parties to submit during the Hearing on Appeal both on the Motion to Rectify itself and on the merits of the proposed ground of appeal. At no point did the Appeals Chamber find that Akayesu had satisfied it that the issues raised in this ground of appeal had been properly brought before the Trial Chamber, such that the Appeals Chamber had erred in its Decision of 22 August 2000. This preliminary issue remained to be

---

[653] The Prosecution asserts that "[w]ithout reference to any evidence the Appellant alleges that despite his instructions, his former Counsel did not file any motion concerning alleged violations of his rights during his detention in Zambia. The Prosecution submits that the Appellant failed to prove that any instructions were given and for this reason these allegations should be rejected". Prosecution's Response, para. 4.23.

[654] Akayesu's Reply, para. 44.

[655] Akayesu's Reply, paras. 45 and 46.

[656] *Celebici* Appeal Judgment, para. 724; *Furundzija* Appeal Judgment, para. 40; *Tadic* Decision (additional evidence), paras. 41 and 42.

[657] The ICTY Appeals Chamber has found that a party validly raises an issue, such that he or she rebuts an allegation of waiver, if it is raised either during the trial or pre-trial phase: *Furundzija* Appeals Judgment para. 174: "[The Appellant] could have raised the matter, if he considered it relevant, before the Trial Chamber, either pre-trial or during trial. On that basis, the Appeals Chamber could find that the Appellant has waived the right to raise the matter now and could dismiss his ground of appeal."

[658] *Tadic* Appeal Judgment, para. 55, cited in *Kambanda* Appeal Judgment, para. 25.

[659] *Kambanda* Appeal Judgment, para. 25. *See* also *Aleksovski* Decision , para. 20: "...no such complaint was made to the Trial Chamber...and it should not be permitted to be made for the first time on appeal." *Celebici* Appeal Judgment, para. 640.

[660] T(A), 2 November 2000, pp. 56 and 57.

resolved before the Appeals Chamber could consider the merits of the arguments put forward. In other words, did Akayesu, as he asserts, raise these issues before the Trial Chamber such that he did not waive the right to raise them on appeal?[661]

363. The Appeals Chamber will address this preliminary issue by considering successively the two limbs of this ground of appeal as put forward by Akayesu, to wit, violation of the right to be charged promptly and violation of the right to be informed of the nature of the charges.

(a) Violation of the right to be promptly charged

364. The Appeals Chamber finds that Akayesu's submissions are misplaced in this respect.

365. Akayesu relies on a preliminary motion filed on 27 May 1996 ("the Preliminary Motion")[662] and the subsequent hearings held before the Trial Chamber on 26 and 27 September 1996 as evidence that this issue was raised before the Trial Chamber.[663] It is not in dispute that Akayesu filed the Preliminary Motion, but contrary to his assertions, the Appeals Chamber finds no evidence to suggest that the particular issue raised in this ground of appeal was brought before the Trial Chamber. Akayesu's submissions in this proposed ground of appeal,[664] revolve around the allegation that the provisions of Rule 40 of the Rules, as worded at the time, were violated by his detention in Zambia at the behest of the Prosecution from 22 November 1995 (when the Prosecution requested the Zambian authorities to detain Akayesu (and others) provisionally under Rule 40 of the Rules), until confirmation of the Indictment on 16 February 1996, and his initial appearance on 30 May 1996.[665] Akayesu submits that a correct interpretation of this Rule meant that the Tribunal could only legally detain him for 20 days.[666] Therefore, after 9 December 1995, his detention was illegal.[667]

366. The Appeals Chamber finds that although Akayesu did raise certain issues concerning his arrest and detention as part of the Preliminary Motion, at no time did he raise concern regarding his

---

[661] In this connection, during the Hearing on Appeal, the Appeals Chamber observed that "The initial question here is as to the admissibility of the ground. You raised with the Appeals Chamber a question of the legality of the detention of your client, and the Appeals Chamber granted your motion for inclusion of appropriate ground. This was done on the basis of your contention that the issue had been raised in the law of court (sic). So it becomes important, if not imperative, to scrutinize the arguments in the court below to see what were the grounds which were presented, because those are the grounds which will control the scope of the leave which this Appeals Chamber granted to you to raise this point". T(A), 2 November 2000, p.75.

[662] Preliminary Motion filed by Akayesu, on 27 May 1996, attached as exhibits 2 and 3 to Akayesu's Motion to Rectify (titled "conclusions").

[663] The Prosecution filed its response on 5 September 1996: *Réponse à la requête en exception préjudicielle introduite par la défense,* attached as exhibits 4 and 5 to the Motion to Rectify.

[664] Akayesu's Brief, Chapter 1, paras. 22 to 44. See, para. 42: "In the submission of the Appellant the period of time which he spent in custody, prior to confirmation of the indictment, was in violation of legal norms governing provisional detention of suspects under international law." See also, para. 44: "The Appellant submits that the Prosecutor unlawfully extended his custody in Zambia and that he could not detain the Appellant in such a manner under the pretext that investigations were yet to be completed and that he was not in a position to charge the Appellant. To avoid detaining Appellant unlawfully, the Prosecutor should have released the Appellant. No system of administration of justice should allow a Prosecutor to assume such broad powers as to deprive any detained person of his basic rights".

[665] T(A), 2 November 2000, p. 56.

[666] T(A), 1 November 2000, pp. 101 to 104.

[667] Akayesu's Brief, Chapter 1, para. 32.

5945/A

detention at the behest of the Prosecution and at no time did he allege that the Prosecution had violated Rule 40 of the Rules, as he argues now in his Brief.[668]

367. The Preliminary Motion was argued on 26 September 1996.[669] Here again, in the transcripts of the hearing, the Appeals Chamber finds no evidence of the fact that this particular issue was raised.[670] The Preliminary Motion was rejected in an oral decision rendered by the Trial Chamber the following day, 27 September 1996. It is important to recall here the intent of the Trial Chamber's Decision:

> During the oral presentation of his motion [...] the Counsel for the Defence departed significantly from his written submission and limited himself to raising a number of complaints regarding the conditions of detention [...] in custody in Zambia and the delay in communicating the indictment and the supporting material to him.
>
> The Chamber does not wish to contend the fact that the suspect was arrested by the Zambian authorities upon a request or a suggestion presented through the Rwandan Embassy in Pretoria, nor is the Chamber inclined to deny the possibility that the detention facilities in Lusaka may have been inadequate. Both objections, however, are beyond the realm of the Tribunal's competence.
>
> [···]
>
> **Having also heard** the oral arguments of the Prosecutor, [...].
> [...]
>
> Having then heard the pleading of the Defence in the cause of the hearing of this motion held on 26 September 1996, during which, however, the Counsel for the Defence limited himself in essence to raising complaints about the conditions of custody in Zambia and delays in communicating the indictment and the supporting material to him.
>
> [...][671]

368. In both filings seeking rectification of the Decision of 22 August 2000 (Motion to Rectify and Response to the Motion to Rectify) and during the Hearing on Appeal, Akayesu attempted to convince the Appeals Chamber that this matter had been raised before the Trial Chamber. Akayesu, in particular, sought to persuade the Appeals Chamber that arguments put forward in this ground of appeal had been raised in the Preliminary Motion. He submited that although it may not have been clear, the information was indeed before the Trial Chamber and it reached its decision based on it.[672]

369. The Appeals Chamber finds that the Preliminary Motion did not address the first issue raised in this ground of appeal, that is, the lawfulness of Akayesu's detention based on the interpretation of Rule 40 of the Rules in force at the time and the allegation that his detention

---

[668] In the Motion, Akayesu argued: (in general) violation of the right to be notified of the charges against him; that neither he nor his lawyer had access to documents concerning his arrest and charges; that he had been arbitrarily arrested by the Zambian authorities; that he had been inhumanely treated in the detention centre in Lusaka central prison; that he was denied access to counsel while in detention in Lusaka and that the decision to transfer him to the Tribunal should not have been taken in his absence. In addition, he applied for the exclusion of certain evidence and alleged that his right to a fair and public trial by an independent and impartial court has been disregarded.

[669] T, 26 September 1996, pp. 10 to 39 (Akayesu) and pp. 39 to 45 (Prosecution).

[670] Akayesu submitted during the hearing: "The third problem [...] is the way in which...Akayesu was arrested in Zambia." Akayesu refers then to the letter requesting Akayesu's arrest from the Rwandan authorities. T, 26 September 1996, pp. 18 and 19.

[671] *Decisions on the Preliminary Motions presented by the Prosecution and the Defence*, before Trial Chamber I, 27 September 1996, p. 3 (emphasis added).

[672] T(A), 2 November 2000, pp. 57 to 65. Akayesu interprets the Motion, the Prosecution's Response to the Motion and oral argument by his Counsel on 26 September 1996, as effectively arguing at trial, the issue raised in the proposed ground of appeal. See also, T(A), 2 November 2000, p. 77.

exceeded the alleged statutory twenty-day limit. On the contrary, the Preliminary Motion raised more general complaints regarding his conditions of detention and the circumstances of his arrest.[673] Similarly, during the hearing on the Preliminary Motion, on 26 September 1996, Counsel for Akayesu did not raise this point as one of the issues in contention.[674] During the Hearing on Appeal, the Appeals Chamber specifically asked Counsel for Akayesu to direct it to the relevant part of the Record on Appeal which supported his submission that the matter had been raised before the Trial Chamber.[675] In particular, the Chamber asked him: "[I]s there anything in the citations which you have used which shows that Mr. Scheers presented to the Trial Chamber an argument to the effect that the provisional detention in Zambia exceeded the temporal limit specified in Rule 40?"[676] Counsel for Akayesu eventually conceded that there was not.[677]

370. The Appeals Chamber finds that Akayesu did not raise this matter before the Trial Chamber. In addition, Akayesu wrongly asserted in the Motion to Rectify that he had raised the matter. As a result, the Appeals Chamber finds that he has waived his right to raise it now on appeal.

(b) Violation of the right to be informed of the nature of the charges against him

371. Akayesu alleges that this issue was also properly raised before the Trial Chamber and that, therefore, he has not waived his right to raise it now on appeal.

372. Akayesu submits that his right to be promptly informed of the nature of the charges against him was violated. He submits that it was not until 29 March 1996, or six weeks after the indictment had been confirmed that he was informed of the cause for his arrest and of the charges against him, even though he had learned on three occasions that his detention was linked to events in Rwanda. Thus, his right to be promptly informed was violated.[678] Akayesu submits that he was only transferred to the Tribunal three and a half months after confirmation of the Indictment, in violation of Article 19 of the Statute.[679] In addition, he contends that he made his initial appearance six months after the Prosecution filed its motion under Rule 40 of the Rules and three and a half

[673] As pointed out by the Prosecution "the issues raised in the [Motion] are not the same as those raised in [Akayesu's] additional Ground of Appeal." Prosecution Response to the Motion to Rectify, para. 13. *See* also, Trial Judgment, para. 14.

[674] The Appeals Chamber notes that the Prosecution submitted that it had stated in their response to the Preliminary Motion, the facts regarding the motion they filed under Rule 40. The Prosecution submits that although the matter was brought to the attention of the Trial Chamber, Akayesu could not rely on the Prosecution to bring up a ground of appeal if, for its part, he has not in one way or the other at least put forward some arguments in support of this ground. The Prosecution submits that Akayesu "cannot rely on the prosecutor bringing up an issue for his appeal if he has not, in some way or other, at least made some arguments on that issue". T(A), 2 November 2000, p. 50. The Appeals Chamber agrees that Akayesu cannot rely on the fact that the Prosecution had allegedly raised the issue before the Trial Chamber and holds that, in any case, Akayesu failed to further develop the material within the context of arguments worthy of the name. The Prosecution simply stated the information when it summarized the events.

[675] *See,* question asked by Judge Shahabuddeen during the Hearing on Appeal, T(A), 1 November 2000, pp. 245 and 246 and 2 November 2000, pp. 73 to 78.

[676] T(A), 2 November 2000, p. 74.

[677] T(A), 2 November 2000, pp. 74 and 76 to 78: "The argument raised by Mr. Scheers did not explicitly deal with the legality, whether there were 90 days in Rule 40....Mr. Scheers simply stated that it was illegal....I recognise that Mr. Scheers was not clear....The Prosecutor was very clear, and the Court weighed the arguments and applied the law."

[678] Akayesu's Brief, chapter 1, para.45. T(A), 1 November 2000, pp.106 to 107.

[679] Akayesu's Brief, Ch. 1, paras. 46 - 47. Akayesu submits that during his detention he was denied the right to be informed promptly of the general nature of the charges against him and that following the confirmation of the indictment, he was not immediately informed of the charges held against him.

3943/A6b5

months after he had been arrested and charged in accordance with the relevant provisions of the Statute and Rules.[680] Akayesu submits that whether he is considered as a suspect (detained since 22 November 1995) or as an accused (detained from 16 February 1996) he was informed only on 29 March 1996 of the legal and factual bases of his detention and the charges against him. Consequently, his right to be promptly informed was violated.[681]

373. The Prosecution submits that Akayesu was clearly aware of at least the nature of the charges against him. It recalls that Akayesu has himself conceded that he was informed "if not on the precise charges against him, then at least of the nature of the charges."[682]

374. Here again the Appeals Chamber finds that this issue was not raised before the Trial Chamber. In his Preliminary Motion, Akayesu had alleged that he had been detained as a result of a request by the Rwandan authorities and that "at no time [was he]...notified of the reasons for his arrest; it was rather during his interrogation on 10 and 11 April 1996 at the Lusaka Prison that [he]...was informed of the charges against him."[683] During the hearing on 26 September 1996, Akayesu reiterated this allegation and submitted that it was after seven months "that he knew or at least his counsel knew what the charges were that were brought against him"[684] In addition, Akayesu submits that he was served with the Indictment only on 30 May 1996.[685]

375. The Appeals Chamber finds no evidence that the specific facts and arguments cited in this limb of the ground of appeal were, as asserted by Akayesu, raised before the Trial Chamber. The submissions made at the time did not allege any error on the part of the Prosecution such as is being raised now before the Appeals Chamber. Rather, Akayesu confined himself to a general allegation that he had not been informed of the cause for his arrest, presumably as a result *inter alia* of an error by the authorities of Zambia. No clarification was provided thereon during the hearing of 26 September 1996. As a result, the Appeals Chamber finds that in this case too Akayesu has waived his right to raise this issue on appeal.

3. Conclusion

[680] Akayesu's Brief, Chapter 1, para. 48. Akayesu submits that the right to be brought promptly before the Tribunal is guaranteed in both international human rights norms and before the Tribunal and that the period of time in question here clearly violates these norms. He submits that in *Barayagwiza*, the Appeals Chamber clearly confirmed the right to be informed of charges during the period of initial detention. Akayesu's Brief, paras. 51 and 52.

[681] Akayesu's Brief, Ch. 1, para. 51.

[682] T(A), 2 November 2000, p. 43 to 45. The Prosecution submits that Akayesu conceded that he knew even before the Rule 40 Request of 22 November 1995, that the Tribunal was interested in his case and that he himself has referred to a letter dated 31 October 1995 from the Prosecution of the Tribunal. In addition, he was aware of the decision of the High Court of Zambia of 1 February 1996 - it is clear from that decision that the whole issue of transfer to the Tribunal occupied the mind of the High Court. Finally, it is clear that Akayesu met with a former chief of investigations of the Tribunal at the start of February 1996. As to the allegation of late service of the Indictment, the Prosecution submits that the Indictment was confirmed on 16 February 1996 and served on the Zambian authorities on 8 March 1996 to be later served on Akayesu. Although Akayesu alleges that he received the Indictment late March 1996, the Prosecution submits that this can be through no fault of theirs.

[683] The Motion, para. B.2. He goes on to allege "even his Counsel has still not received a copy of the Indictment or of any subpoena served to the defendant and informing him formally of the charges made against his client."

[684] T, 26 September 1996, p. 16.

[685] T, 26 September 1996, pp. 15 to 17). In its oral decision on 27 September 1996, the Trial Chamber stated that "there ha[d] been apparently some delay in communication of the indictment and the supporting material in French to the Counsel for the Defence. The Office of the Prosecutor, however, is not bound by any specific time-limit in the Rules save the provision in Rule 66 that it shall be done as soon as practicable."

376. Akayesu was convicted and sentenced by the Trial Chamber on 2 September 1998 and 2 October 1998 respectively. Neither in the first Notice of Appeal filed by Akayesu himself nor in the second Notice of Appeal filed by Akayesu's Counsel was the question of the lawfulness of detention raised in the terms stated above. Although Akayesu filed several requests for leave to amend his Notice of Appeal during the course of 1999,[686] only on 7 December 1999 did Akayesu seek leave to amend his Notice of Appeal to add a ground of appeal challenging the legality of his detention.[687] Such a request may have been prompted by the Appeals Chamber's 3 November 1999 Decision in the matter of Jean-Bosco Barayagwiza.[688] Akayesu's request was denied by the Appeals Chamber in its Decision of 22 August 2000 on the grounds that the issue raised therein had not been raised at first instance. In his Reply, Akayesu seems to rely partly on this fact to show the incompetence of his Counsel. In the Motion to Rectify, Akayesu asserted that the issue had been raised at first instance and that the Appeals Chamber had erred on this point in its Decision of 22 August 2000. However, he has failed to show that this was so. The Appeals Chamber sees no reason to depart from its finding on this issue as reflected in its Decision of 22 August 2000 and finds accordingly that there is no cause for it to consider further the issues raised in this ground of appeal.

377. The Appeals Chamber denies the Motion to Rectify and upholds its Decision of 22 August 2000 denying leave to add this ground of appeal.

K. Eleventh Ground of Appeal: Appeal Against Sentencing Judgment [689]

378. In his appeal against the Sentencing Judgment, Akayesu raises three separate issues, which are referred to as grounds of appeal against the sentence in the relevant Notice of Appeal. For the purposes of this Section, the said issues shall be referred to as "sub-grounds of appeal against the sentence."[690] The first two sub-grounds of appeal against the sentence relate to alleged violations of Akayesu's rights during the pre-sentencing hearings held on 28 September 1998 and 2 October 1998, while the third sub-ground is a general allegation challenging the sentence imposed by the Trial Chamber. In his Notice of Appeal Against the Sentence, Akayesu prayed the Appeals Chamber: (1) to declare that the Trial Chamber acted illegally and without jurisdiction in its sentencing proceedings; (2) to join the sentence appeal to the pending appeal on the convictions;

---

[686] Most of these requests were disposed of in the Decision of 24 May 2000.

[687] Motion to amend the notice of appeal on the impartiality and independence of the Tribunal and to add new grounds of appeal, filed on 7 December 2000, as reflected in consolidation or summary of motions not yet disposed of (in execution of the Scheduling Order dated 24 May 2000), filed on 2 June 2000.

[688] *Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor, Decision*, Case No. ICTR-97-19-AR72, 3 November 1999. Akayesu acknowledges that this decision led him to apply for leave to add this ground of appeal. "The Appellant applied diligently to amend his Notice of Appeal on November 30, 1999 following the well-known November 3, 1999 Appeals Chamber decision…that established important new precedent in the area of illegal detention, *habeas corpus* and the right on an accused person to be informed of the charges against him." Notice to Rectify, para. 8. In the same vein, his initial request made reference in general to the development of "…". Motion to amend the notice of appeal on the impartiality and independence of the Tribunal , filed on 7 December 1999, para. 24. In the motion for consolidation, the Counsel stated that they had scrutinized the Decision. Consolidation or summary of motions not yet disposed of (in execution of the scheduling order dated 24 May 2000), filed on 2 June 2000, para. 35.

[689] See Annex B.

[690] The Appeals Chamber notes that in his Notice of Appeal Against the Sentence, Akayesu presents the background to the concerns raised, in relation to what he alleged to be a continuous violation of his fundamental rights by the Tribunal's Administration (paras. 27 *et seq*). His allegations reiterate concerns about the assignement of Counsel, citing firstly a letter dated 18 September 1998 from Akayesu to the Registrar of the Tribunal. In addition he refers to these facts in Chapter 15 of his Brief.

5941/A Gis

and (3) if the appeal on the conviction is rejected, to reduce considerably the sentence on all counts.[691]

379. In his Notice of Appeal Against the Sentence, Akayesu set out the following sub-grounds of appeal:

> First ground of appeal against the sentence:
>
> The Appellant was deprived of his fundamental rights to defence by an attorney at the sentence hearing on 28 September 1998. He requested an attorney and was wilfully deprived of this fundamental right by the Tribunal. The Tribunal lost all jurisdiction to deal with the Appellant as a result of its most unconscionable behaviour.
>
> Second ground of appeal:
> On 2 October 1998, the Tribunal illegally deprived the Appellant of his right to address the Tribunal. Its unconscionable actions once again confirm the loss of all jurisdiction and moral authority.
>
> Third ground of appeal:
> The sentence is unreasonable and unwarranted.[692]

1. Akayesu's preliminary prayer

380. Before considering the merits of these sub-grounds of appeal against the sentence, it is necessary to review a preliminary prayer of Akayesu's.

(a) Arguments of the parties

381. Akayesu prays the Appeals Chamber to consider his appeal on the merits separately from his appeal against the sentence. He submits that if the Appeals Chamber dismisses his appeal against the merits, a full hearing relating to his appeal against sentence will be required, which would afford him an opportunity to seek admission of additional evidence and leave to file further submissions regarding his sentence.[693]

382. The Prosecution submits in response that such a separation of proceedings has never been the practice of the Appeals Chamber and that the Rules do not provide for such "bifurcation" in the appeals proceedings.[694] It submits that there is no precedent in the practice of the Tribunal for allowing the separation of the appeals proceedings on the merits and the appeal proceedings on the sentence.[695] The Prosecution notes that although the Rules, earlier on, provided for a Trial Chamber first rendering its findings on the merits and subsequently handing down the sentence, the Rules were amended in June 1998 to allow the Judgment on the merits and the Sentence to be delivered at the same time. So the said amendments were already in force when the Judgment and Sentencing

---

[691] Notice of Appeal of Sentence, Prayers.
[692] Notice of Appeal of Sentence, para. 24.
[693] Akayesu's Brief, Chapter 14, para. 7 and Chapter 15, para. 5, Akayesu's Reply, para. 137. Akayesu provided no detailed argument in support of his third sub-ground of appeal (where he claims that the sentence was unreasonable and unwarranted). He reserves the right to present arguments regarding the determination of the sentence and the fact that he was detained for six months before his initial appearance. Regarding this latter prayer, it should be remembered that Akayesu's allegations concerning his unlawful detention were addressed by the Appeals Chamber in its consideration of the tenth Ground of Appeal (See *supra*).
[694] Prosecution's Response, para. 15.3.
[695] Prosecution's Response, para. 15.3.

were rendered and when Akayesu filed his appeal.[696] The Prosecution recalls that Akayesu himself had, in his Notice of Appeal of Sentence, asked the Appeals Chamber to join the sentence appeal "to the pending appeal on the convictions."[697] The Prosecution submits that Akayesu would not suffer any prejudice from joint proceedings on both appeals and that his request for a separate appeal proceeding on his appeal against the sentence should be dismissed.[698]

(b) Discussion

383. The Appeals Chamber notes, firstly, that in his Notice of Appeal against Sentence, Akayesu specifically requests the Appeals Chamber "… to join the sentence appeal to the pending appeal on the convictions…";[699] and that if the appeal on the conviction is rejected, the Appeals Chamber should "…[reduce] considerably the sentence on all counts."[700] In the opinion of the Appeals Chamber this request suggests *prima facie* that the Appellant prays the Appeals Chamber to consider both appeals as one.[701]

384. There is no explicit provision in the Rules of Procedure and Evidence, nor in the Statute which allows for a separate consideration of appeals on the merits and appeals against sentence. Infact, the Rules provide a specific time-limit for the parties to file their briefs. More specifically, under the Rules the Appellant shall file his or her Appellant's Brief within 90 days of the Notice of Appeal, which Appellant's Brief shall contain "all the arguments and authorities."[702] There is no provision in the Rules for a separate filing or filing within a separate time-limit of the Appellant's Brief relating to sentence. Rule 111 cannot be construed as meaning that once a Notice of Appeal against Sentence is filed, the Appellant's Brief may not include submissions on the appeals against sentence. Of course, time-limits under the Rules may always be extended by way of a motion for that purpose. In such cases, the moving party shall have to show good cause. [703] Akayesu did not call the attention of the Appeals Chamber to any such request. [704]Furthermore, it is the opinion of the Appeals Chamber that none of the arguments set forth in the above-mentioned Appeal Briefs could be viewed as a motion for extension of time-limits, all the more since no such motion was filed and no good cause shown.

385. It is the opinion of the Appeals Chamber that, to a certain extent, Akayesu advanced, both in his filings and during the hearing on appeal, arguments on the issue raised by what it characterized as the first sub-ground of Appeal in his Appeal against the Sentence.[705] Morever, the Appeals

[696] Prosecution's Response, para. 15.5 to 15.7.
[697] Prosecution's Response, para. 15.7.
[698] Prosecution's Response, paras. 15.8 and 15.9.
[699] Notice of Appeal of Sentence, Prayers.
[700] Notice of Appeal of Sentence, Prayers.
[701] The Appeals Chamber also notes that another significant fact is that Akayesu included these grounds of appeal in what he referred to as "Consolidated Notice of Appeal", attached to his Brief. Akayesu's Brief, Introduction, para. 5
[702] Rule 111 provides that: "An Appellant's brief shall contain all the arguments and authorities. It shall be filed with the Registrar and served on the other party within ninety days of the notice of appeal pursuant to Rule 108 (As amended during the fifth plenary session of 8 June 1998).
[703] Rule 116 of the Rules provides that "The Appeals Chamber may grant a motion to extend a time-limit upon showing of good cause.
[704] In the Scheduling Order of 24 May 2000, the Appeals Chamber had ordered the parties to file their Appellant's Brief under Rule 111 of the Rules by 10 July 2000.
[705] In particular, during the hearing on appeal, it was not mentioned anywhere that the arguments relating to that ground of appeal should be considered merely as preliminary arguments, pending another hearing on the matter. In the Prosecution's Response, it is asserted that Akayesu's arguments on this issues "seem directed towards the request for a bifurcation of the Appeal procedure …" Prosecution's Response, para. 15.11. Nevertheless, the Appeals Chamber finds that in reality, Akayesu seemed to be discussing the merit of this sub-ground of appeal against the sentence.

5939/A bis

Chamber confirmed that Akayesu filed a Notice of Appeal against the sentence at the beginning of the hearing on appeal. The Appeals Chamber had set a time-limit for Akayesu to orally present arguments in support of all his grounds of appeal, including his ground of appeal against the sentence.

386. The Appeals Chamber recalls that it has heretofore been the practice of the Appeals Chamber to consider both appeals against the merits and appeal against the sentence at the same time.[706] The consideration of an appeal lodged against a sentence has been withheld only once in a case before ICTY.[707] However, the Appeals Chamber notes that that was due to special circumstances which cannot be compared to those invoked in the instant case. Indeed, in that case, the Appellant had appealed from both the the Trial Chamber's Judgment and the sentence imposed by the Chamber. Having substituted findings of guilty for acquittals on certain counts, ICTY Appeals Chamber deemed it appropriate to withhold a ruling on the appeal against the sentence pending the outcome of the sentencing proceedings before a Trial Chamber on the new counts.[708]

387. The Appeals Chamber sees no reason to depart from the procedure set out under the Rules and the time-limits prescribed there under. It was incumbent upon Akayesu to exercize diligence and to file on time his submissions as part of his Appellant's brief. Consequently, the Appeals Chamber will proceed with a consideration of the issues brought before it, taking into account the arguments contained in Akayesu's written filings or those put by him orally during the hearing on appeal.[709]

2. First sub-ground of appeal against sentence

(a) Arguments of the parties

388. Akayesu submits that his right to be represented by Counsel was violated. He alleges that the right to counsel applies equally to proceedings on the merits and on sentence, and that in that context, he was deprived of the right to be represented by counsel at the pre-sentencing hearing held on 28 September 1998.[710] Akayesu also alleges that although he repeatedly requested assistance of counsel,[711] the Trial Chamber denied his requests and took issue with him for having waited until the sentencing hearing to request assignment of a new counsel.[712] He submits that as soon as he requested assistance of Counsel, the Trial Chamber should have adjourned the pre-sentencing hearing until such time as counsel was assigned to him.[713] However, the Trial Chamber

[706] Appeal Judgments in *Furundzija, Celebici* , *Kambanda* and *Aleksovski.*
[707] *Tadic* Appeal Judgment.
[708] *Tadic* Appeal Judgment. Disposition. It should also be recalled that in the *Celebici* Appeal Judgment the issue of the sentence was deferred to a new Trial Chamber to be designated by the President. Also in that case, all the parties concerned had lodged appeals against sentence before the Appeals Chamber, which had ruled on the merits of the grounds of appeal against the sentence, but had left it to the discretion of a Trial Chamber, yet to be designated, to adjust the sentence to the new findings. *Celebici* Appeal Judgment, Disposition.
[709] See also *Kambanda's* Appeal Judgment, para. 97.
[710] Akayesu's Brief, Chapter 14, para. 7.
[711] *Ibid*, para 4. Akayesu submits that "he complained unequivocally about the absence of Counsel."
[712] *Ibid*, para. 4. Akayesu submits in this connection that the Trial Chamber seems to have forgotten that a 30-day time-limit is prescribed for the filing of a Notice of Appeal and that his Counsel had abandoned him. Akayesu submits that during the pre-sentencing hearing, he clearly requested repeatedly that he needed the services of counsel. See Akayesu's Reply, para. 137. See also Transcript (A), 1 November 2000, pp.93 and 94.
[713] Akayesu's Reply, para. 137. Akayesu submits that during the hearing he again complained that he could not adequately respond to the Prosecutor's submissions without counsel. See Akayesu's Brief , para. 137. See also Transcript (A), 1 November 2000, p. 94 where Akayesu submits that as a result of failure to adjourn the hearing the sentencing proceedings was fatally flawed.

did nothing and Akayesu submits that what transpired subsequently suggested that he had waived his right, whereas this was the result of a free choice.[714] Akayesu claims that if he had been assisted by Counsel, he would have been able to call defence witnesses and, furthermore, request the Trial Chamber to take account of the fact that he had been detained unlawfully, an issue that he had raised at the hearing held on 26 September 1996.[715] Lastly, Akayesu asserts that while the Presiding Judge wished to assign him duty counsel, that was not what he wanted.

> It's not that Akayesu wanted Counsel that he had confidence in, and he wanted a permanent Counsel. Another time Mr. Akayesu had already requested the assignment of Mr. Philpot, and Judge Kama, instead of reacting to the letter of Mr. Akayesu, was proposing to him the duty Counsel, for some hours. That is not exactly what the Appellant wanted.[716]

389. The Prosecution submits that Akayesu misrepresents what took place both prior to and at the pre-sentencing hearing on 28 September 1998.[717] Contrary to Akayesu's submissions, the Prosecution submits that it was rather the Presiding Judge who "was forcing" Akayesu to agree to be assigned Counsel.[718] He was not preventing Akayesu from having a Counsel.[719] After summing up the proceedings of that day, the Prosecutor submits that "there can be no doubt that …[Akayesu]was informed that he could be assisted by Counsel if he so wished."[720] However, Akayesu "positively chose to make his own submissions on the question of sentence,"[721] and "voluntarily waived his right" to be represented at the pre-sentencing hearing.[722]

390. The Prosecution further submits that given his status and position in society, together with the fact that he was "responsible for the execution of laws and regulations and the administration of justice,"[723] Akayesu must certainly have "appreciated the consequences of a decision to waive counsel."[724] The Prosecutor submits that this is further exemplified by the fact that Akayesu was clearly familiar with the law and made detailed submissions on his own behalf during the pre-sentencing hearing in mitigation of sentence.[725] The Prosecution observes that Akayesu "displays a kind of knowledge, which cannot be ascribed to a lay person"[726] and submits that the instant appeal against sentence "is frivolous, [and] should be dismissed."[727]

(b) Discussion

[714] Transcript (A), 1 November 2000, p. 187. The Prosecutor "suggest a waiver by Mr. Akayesu."
[715] Akayesu's Brief, Chapter 15, para. 7.
[716] Transcript(A), 1 November 2000, p. 190.
[717] Prosecution's Response, para. 15.12.
[718] Transcript(A), 1 November 2000, p. 164.
[719] Transcript (A) , 1 November 2000, p. 164.
[720] Prosecution's Response, para 15.18.
[721] *Ibid.*
[722] Prosecution's Response, paras. 15.13 to 15.18; Transcript (A), 1 November 2000, pp. 164 to 169.
[723] Prosecution's Response, para 15.20. The Prosecutor submits that 'a person in his position, that is one executing laws and administering justice must necessarily be acquainted with fundamental notions such as rights of accused individuals.
[724] Prosecution's Response, para. 15.21. The Prosecution submits that "in the circumstances of this case interest of justice did not require the Appellant to be represented by counsel at the pre-sentencing hearing.''
[725] Prosecution's Response, paras. 15.19 to 15.23.
[726] Prosecution's Response, para. 15. 23.
[727] Transcript (A), 1 November 2000, p. 169.

5937/A bis

391. The Appeals Chamber accepts the Prosecution's argument to the effect that Akayesu, misrepresented to a certain extent, the facts relating to the pre-sentencing hearing of 28 September 1998. It is the Appeals Chamber's opinion that contrary to Akayesu's assertions, he waived his right to have counsel present at the hearing and agreed to proceed without assistance of counsel, pleading his own case in favour of mitigation of sentence. A brief reminder of the facts will establish this fact.

392. By a letter dated 18 September 1998, Akayesu requested from the Trial Chamber a change of counsel, which request was granted.[728]

393. At the start of the hearing of 28 September 1998, before hearing the submissions of the parties, the Presiding Judge urged Akayesu to make clear his position on his counsel and to say whether or not he wished to be assisted by counsel at the pre-sentencing hearing. The Presiding Judge remarked as follows:

> The accused has decided once again to change counsel but I have been made to understand that this will - this applies to the appeals stage and I have sent a letter pointing out that, this does not apply to the guilt. I think the guilt has been pronounced, this may probably apply to the sentence. I would like to know your position following the letter that was written by the accused. Jean-Paul Akayesu you have the floor.[729]

394. Akayesu responded: "[...] you yourself have just said that in your understanding, you thought that I had asked that my counsel be changed for the appeal stage. But that was not necessarily so because we are still in the course of trial and I suppose that my trial is ending today, if I am not mistaken."[730] Having asked Akayesu why he had not waited until the end of the trial to request a change of Counsel, the Presiding Judge then stated that Akayesu's Counsel had not appeared at the hearing because they had received an insulting letter from Akayesu.[731] The following exchange ensued:

> [Presiding judge] [...] I am asking you now whether you are in a position to take the floor, so as to talk about mitigating circumstances or we are not coming back to the facts. Your guilt has been pronounced. So, what is your position?
>
> [Akayesu] Since that be the case, Mr. President, in my usual humility, I will take the floor as I can.[732]

395. Immediately after this exchange, the Prosecutor made his submissions on the sentence. The following exchange ensued after his submission:

> [Presiding Judge] Mr. Jean-Paul Akayesu, before I give you the floor, I want you to indicate to the tribunal, if, as I have told you, on behalf of the judges, that you intended yourself to make observations concerning mitigating circumstances, that's up to you. Or whether you wish to have counsel assigned in order to represent you on sentencing? For the appeal, you can see the matter later but we are dealing with the sentencing.
>
> [Akayesu] Mr. President, as you know, I'm I am preparing the appeal, in other words, I need time. I would wish that the hearing of today be adjourned, so that there could be counsel simply for the sentence. I am not well conversant with law, the few words which I have prepared, I can submit to you and we would have then finished with sentencing hearings.[733]

---

[728] This letter was addressed in the Decision of 17 April 2000. See also with respect to this point, the Second Ground of Appeal.
[729] Transcript, 28 September 1998, p. 3.
[730] Transcript, 28 September 1998, pp. 4 and 5.
[731] Transcript, 28 September 1998, pp. 5 and 6.
[732] Transcript, 28 September 1998, p. 6.
[733] Transcript, 28 September 1998, pp. 25 and 26.

396. Consequently, the Presiding Judge gave Akayesu the floor to present any likely mitigating circumstances. However, Akayesu immediately began to repeat that his rights continued to be violated since his former Counsel was no longer assisting him and he had been assigned a new Counsel for the hearing.[734] Here again, the Presiding Judge asked him several times whether or not he wished to be represented by Counsel.[735] Finally, Akayesu answered:

> I think I will repeat, I am here for the sentencing and I don't have counsel in these circumstances.[736]

397. The Presiding Judge once again asked him: "[…] Do you not need any counsel?" Akayesu said he did not, [737] then he presented his arguments regarding the sentence. [738] The Appeals Chamber notes that twice during the said presentation, Akayesu mentioned, in passing, that he did not have a Counsel.[739] The Appeals Chamber finds that such brief references do not contradict the repeated assertions by Akayesu that he was happy to continue the proceedings without assistance of Counsel. On the transcripts of the hearing of 28 September 1998, and in particular, the extracts cited above, the Appeals Chamber finds no reason to hold that Akayesu did not voluntarily waive his right to assistance of counsel at that hearing.

398. Lastly, the Appeals Chamber notes that during the hearing on appeal, Akayesu acknowledged that, he had indeed, been offered the services of counsel, albeit not counsel of his choosing, but of duty counsel.[740] The Appeals Chamber confirms, as explained above, that when an accused is found to be indigent, he or she does not have the right to counsel of his own choosing.[741] In this regard, it held in the *Kambanda* Appeal Judgment that "… the right to free legal assistance does not confer the right to choose one's counsel "[742] Such a right is reserved for those who retain

---

[734] Akayesu submitted: "[…] I must inform you that I do not know anything in law, nothing concerning procedures and therefore, under normal conditions, it's my counsel, who should have responded to the observations made by the prosecutor. Unfortunately, I am separated before them, a little before this present hearing and no counsel has been assigned to me. In other words, my interests are not being defended. However, I shall […] " Transcript, 28 September 1998, pp. 26 and 27.

[735] Transcript, 28 September 1998, pp. 27 and 28 [Presiding Judge] " I don't want any confusion here. I have asked you before everyone here, we are talking about the sentencing. Do you want yourself to make your own observations or do you want to be assisted by counsel for the sentencing? And you said that you do not want to lose any time, so that, in order for us to finish today, you are going to defend yourself. So, let's not have a confusion in this matter at all. It's up to you to decide." Akayesu replied: "I would be going to the appeal myself." Still finding the answer unclear, the Presiding Judge asked the question again and stated: "Be clear. Do you want counsel to defend your interest in the matter of sentencing? I want this to be clear or do you want to do this yourself because we are dealing with sentencing here?" Again he said: "[..] Please answer. We must be very clear. What is your position?"

[736] *Ibid*, p. 28.

[737] *Ibid*, p. 28.

[738] *Ibid*, pp. 28 to 42.

[739] *Ibid*, pp. 34 and 35 "Now, Mr. President, I would like to avow sincerely to say that I am unable to adequately respond to the brief presented by the prosecutor, as would have done a professional person. I do not have any counsel. How therefore can I respond to the prosecutor since I do not have the same weapons? He is a lawyer, he is a man of law and very well experienced. He had persons in his assistance during this trial and he has tried to convince you of my guilt. How can I, before such a personality, a bourgmaster by a matter of chance, how can I also show how I can be protecting myself? I do not ---I am only a simple teacher and I could like to say on a few words on the exorbitant demands requested by the prosecutor." Once again, p. 42, Akayesu mentioned "the mitigating circumstances" although he was not able to present them "with the appropriate words and the necessary professionalism as a professional counsel would do."

[740] Transcript (A) 1 November 2000, p. 190.

[741] See Discussion under the first Ground of Appeal.

[742] *Kambanda* Appeal Judgment, para. 33 referring *inter alia* to "a textual and systematic interpretaion of the provisions of the Statute" read in conjunction with the relevant provisions of the Human Rights Committee and the organs of the

5935/A bis

counsel. The Appeals Chamber finds that Akayesu was offered assistance of counsel and positively turned it down.

399. For the foregoing reasons, this sub-ground of appeal against sentence is rejected.

3. Second sub-ground of appeal against sentence

400. Akayesu alleges that on 2 October 1998 he was unlawfully deprived of his right to address the Trial Chamber at the delivery of the Sentencing Judgment. He submits that the Trial Chamber's "unconscionable actions once again confirm the loss of all jurisdiction and moral authority" of the Tribunal.[743] Akayesu never elaborated on this argument, neither in his written submissions[744] nor during the hearing on appeal and the Prosecution, for its part, did not respond thereto either orally or in writing.

401. Accordingly, the Appeals Chamber finds that this sub-ground of appeal against sentence must be rejected and that there is no need to consider it further.[745]

4. Third sub-ground of appeal against sentence

(a) Arguments of the parties

402. Akayesu submits that the sentence is unreasonable and unjustified and that if the appeal on the conviction is rejected, the Appeals Chamber should reduce considerably the sentence on all counts he was convicted on.

403. The Prosecution submits firstly that since Akayesu has not advanced any meaningful argument in support of this sub-ground of appeal against sentence, the Appeals Chamber should reject it out right.[746] At the same time, it submits that, in any case, that general allegation is devoid of merit.[747] In that regard, it submits that the Trial Chamber gave due weight to the relevant provisions of the Statue and the Rules[748] and, considered *inter alia*, the gravity of the offences and the personal circumstances of Akayesu. It is the Prosecution's submission that " the sentence is well-founded in law and that the Trial Chamber committed no discernible error in the exercise of its discretion when it measured the sentence against the Appellant."[749]

(b) Discussion

European Commission on Human Rights....." read in conjunction with the relevant provisions of the Human Rights Committee and the organs of the European Commission on Human Rights.

[743] Akayesu Notice of Appeal Against Sentence, para. 24.

[744] Neither Akayesu's Brief nor his Reply refer to this allegation; the ground is mentioned only in the Brief.

[745] Here, the Appeals Chamber will simply note (without ruling on the matter) that on the transcripts of 2 October 1998, there is nothing to suggest that Akayesu asked to speak before the Trial Chamber or that the Trial Chamber refused such a request. Transcripts, 2 October 1998, pp. 1 to 35.

[746] Prosecution's Response, paras. 15.26 to 15.28. The Prosecution had advanced a similar argument in the submisisons filed in the Kambanda trial. See *Kambanda* Appeal Judgment, para. 96.

[747] Prosecution's Response,paras. 15.29 to 15.33.

[748] Prosecution's Response, para. 15.30.

[749] Prosecution's Response, para. 15.33.

404. As indicated above, the Appeals Chamber has previously considered a similar situation in *Kambanda*: in that case, the Appellant had practically put forward no argument at all in support of his appeal against sentence. The Appeals Chamber found that:

> In the case of errors of law, the arguments of the parties do not exhaust the subject. It is open to the Appeals Chamber, as the final arbiter of the law of the Tribunal, to find in favour of an Appellant on grounds other than those advanced: *jura nova curia*. Since the Appeals Chamber is not wholly dependent on the arguments of the parties, it must be open to the Chamber in proper cases to consider an issue raised on appeal even in the absence of substantial argument. The principle that an appealing party should advance arguments in support of his or her claim is therefore not absolute: it cannot be said that a claim *automatically* fails if no supporting arguments are presented.[750]

405. As in that case, the Appeals Chamber has decided to exercise its discretion to consider this ground of appeal on the merits.

406. For ease of reference, the relevant provisions of the Statute and the Rules are set out below:

Article 23 of the Statute: Penalties

1. The penalty imposed by the Trial Chamber shall be limited to imprisonment. In determining the terms of imprisonment, the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of Rwanda.

2. In imposing the sentences, the Trial Chambers should take into account such factors as the gravity of the offence and the individual circumstances of the convicted person.

3. In addition to imprisonment, the Trial Chambers may order the return of any property and proceeds acquired by criminal conduct, including by means of duress, to their rightful owners.

Rule 101 of the Rules: Penalties

(A) A person convicted by the Tribunal may be sentenced to imprisonment for a fixed term or the remainder of his life.

(B) In determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account the factors mentioned in Article 23 (2) of the Statute, as well as such factors as:

(i) Any aggravating circumstances;

(ii) Any mitigating circumstances including the substantial cooperation with the Prosecutor by the convicted person before or after conviction;

(iii) The general practice regarding prison sentences in the courts of Rwanda;

(iv) The extent to which any penalty imposed by a court of any State on the convicted person for the same act has already been served, as referred to in Article 9(3) of the Statute.

(C) The Trial Chamber shall indicate whether multiple sentences shall be served consecutively or concurrently.

(D) Credit shall be given to the convicted person for the period, if any, during which the convicted person was detained in custody pending his surrender to the Tribunal or pending trial or appeal.

[750] *Kambanda* Appeal Judgment, para. 98.

5933/A

407. In the context of appeals lodged against sentence, ICTY Appeals Chamber has found that:

> Trial Chambers exercise a considerable amount of discretion (although it is not unlimited) in determining an appropriate sentencing. This is largely because of the overriding obligation to individualise a penalty to fit the individual circumstances of the accused and the gravity of the crime. To achieve this goal, Trial Chambers are obliged to consider both aggravating and mitigating circumstances relating to an individual accused. [751]

408. Given the "considerable amount of discretion" vested in the Trial Chamber, the question arises as to what role the Appeals Chamber should play in the consideration of an appeal against sentence, that is in the instant case, the penalty imposed by the Trial Chamber on Akayesu. In this instance, this Appeals Chamber will follow the test which has recently been upheld by ICTY Appeals Chamber as the appropriate test:

> The Appeals Chamber reiterates that "the appeal process of the International Tribunal is not designed for the purpose of allowing parties to remedy their own failings or oversights during trial or sentencing." Appeal proceedings are rather of a corrective nature and, [...] they do not amount to a trial de novo
> [...].
> The test to be applied in relation to the issue as to whether a sentence should be revised is that moist recently confirmed in the Furundzija Appeal Judgment. Accordingly, as a general rule, the Appelas Cahmber will not substitute its sentence for that of a Trial Chamber unless it believes that the Trial Chamber has committed an error in exercising its discretion or has failed to follow applicable law." The Appeals Chamber will only intervene if it finds that the error was "discernible." As long as a Trial Chamber does not venture outside its "discretionary framework" in imposing sentence, the Appeals Chamber will not intervene. [752]

409. Consequently, before the Appeals Chamber is able to revise a sentence or substitute its own sentence for the one imposed by the Trial Chamber, it must be shown that the Trial Chamber ventured outside discretiona in imposing sentence.

410. The Trial Chamber's discretion is, primarily, governed by the Statute and the Rules which contain the general guidelines for a Trial Chamber to take into account in sentencing: "These amount to an obligation on the Trial Chamber to take into account aggravating and mitigating circumstances (including substantial cooperation with the Prosecution), the gravity of the offence, the individual circumstances of the convicted person and the general practice regarding prison sentences in the courts"[753] of Rwanda. In the instant case, it was held that the Trial Chamber "will prefer to lean more on its unfettered discretion each time that it has to pass sentence [...],taking into account the circumstances of the case and the standing of the accused persons."[754] Taken out of context, this holding could be understood as meaning that the Trial Chamber enjoys unlimited discretion. In the opinion of the Appeals Chamber this is a matter of interpretation of the language used by the Trial Chamber and of the context in which the holding was made, which holding should be viewed as a whole. When that is done, it become apparent that the holding did not mean that the Trial Chamber was claiming unfettered power; clearly, the Trial Chamber was aware that it had to take into account the applicable law, the circumstances of the case and the conduct of the accused. Provided it took into account all relevant considerations, the Trial Chamber had wide discretion in sentencing as illustrated by the citation from the Trial Judgment contained in paragraph 412 below.

---

[751] *Celebici* Appeal Judgment, para. 717.
[752] *Celebici* Appeal Judgment, paras. 724 and 725, citing respectively (footnote omitted): *Erdemovic* Appeal Judgment, para .15; *Tadic* Decision (Additional Evidence), paras. 41 and 42; *Furundzija* Appeal Judgment, para. 239; *Serushago* Appeal against Sentence Judgment, para. 32; *Tadic* Appeal against Sentence, para. 22; and *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 187; *Tadic* Appeal against Sentence, para 20.
[753] *Celebici* Appeal Judgment, para. 716. Although, this applied to ICTY, the provisions in question are indentical to those applicable to theTribunal.
[754] Sentence, para 17. See also para. 21.

411. In the circumstances, the Appeals Chamber must now determine whether, in the instant case, the Trial Chamber considered the relevant factors and took due account thereof. Failing which, it would have committed an error of law. Whether or not said error was such as to invalidate the decision is another matter.[755]

412. In the Sentence, prior to proceeding with its review, the Trial Chamber enumerated the factors or arguments that it intended to take into account. In this connection, the Trial Chamber stated that it would consider the fact that the Judgment had been rendered one month earlier, the offences of which Akayesu was found guilty, the Prosecutor's Brief on the sentence, the submissions made by Akayesu and by the Prosecution at the pre-sentencing hearing held on 28 September 1998, and lastly, the relevant provisions of the Statute and the Rules.[756] This summary was *prima facie* correct.

413. It is equally clear to the Appeals Chamber that, in its review, the Trial Chamber duly considered and took account of the relevant factors. In its Sentence, the Trial Chamber discussed firstly how to interpret the relevant provisions of the Statute and the Rules. The Trial Chamber held, in particular, that "precisely on account of their extreme gravity, genocide and crimes against humanity must be punished appropriately."[757] Indeed, the Trial Chamber was to view the issue of sentencing from this perspective. In that regard, the Appeals Chamber endorses the well-established principle applied by the Appeals Chamber of ICTY whereby "the litmus test for the appropriate sentence is the gravity of the offence."[758] It requires "a consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crime."[759] It has not been shown that the Trial Chamber shirked its duty to undertake such a review.

414. After defining the legal principles on which it was to rely, the Trial Chamber set out its findings on the merits of the arguments put forward by Akayesu and the Prosecution. The Trial Chamber considered factors in mitigation and aggravation and held that : "the degree of the magnitude of the crime is still an essential criterion for evaluation of sentence. A sentence must reflect the predominant standard of proportionality between the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender."[760] The Trial Chamber took into account the fact that "Akayesu consciously chose to participate in the systematic killings that followed in Taba,"[761] and that he was

> [...] the highest Government authority in Taba and as such he was entrusted with the protection of the population and he betrayed this trust. He publicly incited killings in Taba. He also ordered and participated in the killing of a number of people, some of whom were killed in his presence. He also condoned and by his presence and actions, encouraged the rape of many women at the *bureau communal*.[762]

---

[755] *Kambanda* Appeal Judgment, paras. 116, 117, 123 and 124.
[756] Sentence, para. 2.
[757] Sentence, para. 10.
[758] *Celebici* Appeal Judgment, para. 731, endorsing the finding in the *Kupreskic* Judgment, para. 852 and cited in the *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 182. See also *Kambanda* Appeal Judgment, para. 125.
[759] *Kupreskic* Judgment, para. 852, cited in *Aleksovski* Appeal Judgment, para. 152.
[760] Sentence, paras. 39 and 40.
[761] Sentence, para. 36.
[762] Sentence, para. 36.

5931/A

415. Consequently, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber duly considered and took into account the inherent gravity of the crimes Akayesu was convicted of and his degree of responsibility therefor.

416. In considering the factors set out under Article 23(2) of the Statute and Rule 101(B) of the Rules, the Trial Chamber submitted that "it is a matter, as it were, of individualizing the penalty."[763] To the Trial Chamber this meant that "as far as the individualization of penalties is concerned, the Judges cannot limit themselves to the factors mentioned in the Statute and the Rules. Here again their unfettered discretion to evaluate the facts and attendant circumstances should enable them to take into account any other factor they deem pertinent."[764] The Appeals Chamber finds no policy error in this finding. The right to take into account other pertinent factors goes hand in hand with the overriding obligation to individualize a penalty to fit the individual circumstances of the accused, the overall scope of his guilt and the gravity of the crime the overriding consideration being that the sentence to be imposed must reflect the totality of the accused's criminal conduct.[765] The Trial Chamber then turned its attention specifically to the mitigating and aggravating circumstances and to the individual circumstances of the Accused. It recalled the mitigating circumstances invoked by Akayesu during the pre-sentencing hearing held on 28 September 1998 and the counter aggravating circumstances raised by the Prosecution [766] in its brief and in its oral submissions at the hearing of 28 September 1998. The Trial Chamber held that it had "scrupulously examined all the submissions presented by the parties in determination of sentence." It drew the following conclusion therefrom:

> [...] the aggravating factors overwhelm the mitigating factors, particularly in the light of the fact that Akayesu consciously chose to participate in the genocide.[767]

417. The Appeals Chamber finds no error in this analysis. In particular, it has not been shown that the Trial Chamber committed an error of Judgment in according a weight to each of the arguments presented by the parties. Akayesu was individually responsible, under Article 6(1) of the Statute, for genocide, direct and public incitement to commit genocide, and crimes against humanity, all extremely serious crimes. The Appeals Chamber finds that the sentence imposed is proportionate to the gravity of the offences committed and, consequently, remains within the discretion of the Trial Chamber.

418. In light of the foregoing, in its summary of the acts which served as a basis for the counts on which Akayesu was found individually responsible, the Trial Chamber included *inter alia*: killing and causing serious or bodily or mental harm to members of the Tutsi group; aiding and abetting in the commission of acts of sexual violence, including rape and other inhuman acts; addressing a meeting, knowing full well that his utterances would be construed by the people present as a call to kill the Tutsi which touched off widespread killing of Tutsis in Taba; ordering the killing of three people ; ordering the killing of eight refugees, which order was executed in his presence; ordering the killing of five teachers ; as well as the torture of six victims.[768]

419. With respect to this last finding, the Trial Chamber identified the torture victims as Victims U, V, W, X, Y, and Z. Now, the same Chamber had found that the torture of Victim X had not

---

[763] Sentence, para. 20.
[764] Sentence, para. 21.
[765] *Celebici* Appeal Judgment, paras. 429 and 771.
[766] Sentence, para. 37.
[767] Sentence, para. 37.
[768] Sentence, para 25

been shown.[769] The question is whether there can be discerned in this instance an error such as would warrant the Appeals Chamber intervening and substituting the sentence imposed by another sentence. Akayesu was sentenced to a term of 10 years of imprisonment for torture, as a crime against humanity. He was also handed three sentences of life imprisonment, four fifteen-year sentences and another ten-year prison sentence for the remainder of the crimes he was convicted of. It is the view of the Appeals Chamber that in light of all of the sentences imposed, the offences Akayesu was convicted of and the totality of his criminal conduct, the erroneous inclusion of Victim X in the brief summary contained in the Sentencing Judgment is not such as to justify a reduction of sentence.

420. Lastly, the Appeals Chamber confirms that Trial Chambers are duty bound to "resort" to the general practice regarding prison sentences in the courts of Rwanda. [770] and to "take account"[771] thereof. Neither the Rules nor the Statute specify to what extent the Trial Chamber must resort to said practice, although there is consistent authority at ICTR that the said provisions "do not oblige the Trial Chamber to conform to that practice; they only oblige the Trial Chambers to take account of that practice."[772] In the instant case, the Trial Chamber considered whether it could rely on the practice in courts of Rwanda. It found rightly, that the said practice "is but one of the factors that it has to take into account in determining sentences," and that, it should be used for guidance but is not binding.[773] The Trial Chamber held that although trials relating the 1994 events had been conducted in Rwanda resulting in death sentences and prison terms on several occasions, it had "not been able to have information on the contents of these decisions, particularly their underlying reasons."[774] Finally, the Trial Chamber recalled that "Rwanda, like all States which have incorporated genocide or crimes against humanity in their domestic legislation, has envisaged the most severe penalties in its criminal legislation."[775]

421. With the exception of the single error referred to above, the Appeals Chamber can discern no error in the Trial Chamber's overall analysis, nor in the sentence imposed on Akayesu (and, besides, none has been pointed to the Appeals Chamber). Such minor error by the Trial Chamber does not suffice to warrant a revision of the trial sentence by the Appeals Chamber.

422. Lastly, the Trial Chamber decided that all the sentences imposed shall be served concurrently and directed that Akayesu serve a single term of life imprisonment (*une peine unique d'emprisonnement à vie* in the French translation of the Sentence). Thus as found in the *Kambanda* Appeal Judgment this is the maximum sentence which may be imposed by the Tribunal, to wit, "imprisonment for [...] the remainder of [...] life" (*emprisonnement à vie*) as provided for under Rule 101 (A) of the Rules.[776] The sentence should be served in accordance with the applicable law of the State in which the convicted person will be detained, subject to the supervision of the Tribunal (Article 26 of the Statute). As a result, the sentence may always be reduced if so provided

[769] Judgment, paras. 407, 676 to 684 and 713 ("Regarding the acts alleged in para. 17, the Prosecutor has failed to satisfy the Chamber that they were proven beyond a reasonable doubt.)"
[770] Article 23 (1) of the Statute.
[771] Rule 101 (B) of the Rules.
[772] *Serushago*, Judgment on Appeal, para. 30. See also the more recent Judgment of ICTY Appeals Chamber in the *Celebici* case, *Celebici* Appeal Judgment, para. 813.
[773] Sentence, para. 14.
[774] Sentence, para. 15. The reasons why the Trial Chamber had been confronted with such difficulties are unclear , but the Appeals Chamber is not in a position to speculate on the issue.
[775] Sentence, para. 11 and also para. 16.
[776] *Kambanda* Appeal Judgment, footnote 144. As in that case, the original text of the Sentence was drafted in French.

5929/A bis

for under the applicable law of the State and if the President of the Tribunal, in consultation with the judges, so decides (Article 27 of the Statute).

L. Finding on Akayesu's Appeal

423. The Appeals Chamber has considered all the arguments put forward by Akayesu, both separately and in conjunction with each other. The Appeals Chamber finds that Akayesu has failed to show that the Trial Chamber committed any of the errors of fact and law as alleged. Consequently, the Appeals Chamber holds that there is no need for it to consider the Other Issues and the eighty Ground of Appeal. As explained above, Akayesu has failed to fully articulate his grounds of appeal and he concedes that some of these grounds find no support in the evidence and consist, rather, of groundless allegations. As a result, all the grounds of appeal raised in these sections are rejected.

424. Lastly, since Akayesu neither explained nor even mentioned the other grounds of appeal set out in his first and second Notices of Appeal, the Appeals Chamber finds that it must reject them and therefore will not consider them.

IV. PROSECUTION'S GROUNDS OF APPEAL

A. First and Second Grounds of Appeal: Article 4 of the Statute (violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II)

425. The Prosecution raises two grounds of appeal relating to the Trial Chamber's analysis of Article 4 of the Statute. Akayesu was charged with five counts under Article 4 of the Statute and was acquitted on each of the said counts.[777] The first Ground of Appeal alleges that the Trial Chamber erred in law in applying a "public agent or government representative test" in determining who can be held responsible for Serious Violations of Common Article 3 and Additional Protocol II thereto ("the public agent test"). The second Ground of Appeal is raised as an alternative ground of appeal, with the Prosecution submitting that it will only be necessary for the Appeals Chamber to consider it if it rejects the Prosecution's first Ground of Appeal.[778] The Prosecution's second ground, alleges that, having applied the public agent or government representative test, the Trial Chamber erred in fact in finding that Jean Akayesu was not a public agent or government representative who could incur responsibility under Article 4 of the Statute.[779]

[777] The Indictment charged Akayesu with five counts under Article 4 of the Statute as follows: Count 6 (murder) under Article 4(a) of the Statute; Count 8 (murder) under Article 4(a) of the Statute; Count 10 (murder) under Article 4(a) of the Statute; Count 12 (cruel treatment) under Article 4(a) of the Statute; Count 15 (Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault) under Article 4(e) of the Statute. Akayesu was found not guilty on each of these counts, the Trial Chamber having found that it had not been proved beyond reasonable doubt that the acts perpetrated at the time of the events, were committed in conjunction with the armed conflict, and that it had not been proved beyond reasonable doubt that Akayesu was a member of the armed forces, or that he was legitimately mandated and expected, as a public official or agent or person otherwise holding public authority or *de facto* representing the Government, to support or fulfil the war efforts. *Cf.* Trial Judgment, para. 643.

[778] Prosecution's Brief, para. 1.18.

[779] The second ground concerns the application of the test to the facts of the case. The Prosecution intends to raise the issue of the application of the law and not of errors committed by the Trial Chamber. It submits that "[t]he application

426. As for the remedy sought, the Prosecution moves that with respect to the first Ground of Appeal, the Appeals Chamber set aside the Trial Chamber's findings on this issue. With respect to the second Ground of Appeal, the Prosecution moves the Appeals Chamber to hold that the Trial Chamber erred in applying the public agent test in its factual findings in this case.[780]

1. Arguments of the parties

427. The Prosecutor submits that the Trial Chamber erred in law in finding that for civilians to be responsible for violations of Common Article 3 and Additional Protocol II they must be "legitimately mandated and expected, as public officials or agents or persons otherwise holding public authority or *de facto* representing the Government, to support or fulfil the war efforts".[781] The Prosecutor submits that there is no basis in neither the Statute (nor in the *travaux préparatoires* of the Statute) for the public agent test,[782] and similarly that it is contrary to the object and purpose of the Geneva Conventions and Additional Protocols,[783] as well as International Jurisprudence (including that of ICTY[784]) and Doctrine.[785]

428. With respect specifically to the object and purpose of the Geneva Conventions and Additional Protocols, it is the Prosecution's submission that the Trial Chamber itself indicated that these instruments' primary purpose is "to protect the victims as well as potential victims of armed conflicts".[786] It submits that international case-law and doctrine strongly support the view that humanitarian law "imposes obligations not only upon senior officers of a State's armed forces and the members of its government but all servicemen, whatever their rank, and, indeed, upon the entire civilian population".[787] In the Prosecution's submission the only general requirement under Article 4 of the Statute is "that there exist a link or nexus between the crimes committed and the armed conflict".[788] There is no general requirement that the perpetrator of crimes under Article 4 of the Statute belong to a particular class of persons.[789] Consequently, it submits that "[I]t would be an

---

of the [test] …to *Bourgmetstres* in Rwanda is of general importance to the jurisprudence of the Tribunal as a number of other accused before the Tribunal were *Bourgmestres* at the time of the crimes with which they are charged. It is respectfully submitted that the Appeals Chamber therefore has the inherent power to clarify the application of the Public Agent or Government Representative Test if the test is applicable under the law of the Statute". *Cf.* Prosecution's Brief, para. 1.19.

[780] *Ibid*, paras. 2.42 to 3.23 respectively; T(A), 1 November 2000, pp. 210 to 212.

[781] *Ibid*, para. 2.3; *Ibid*, paras 2.39 to 2.41.

[782] Prosecution's Brief, paras. 2.7 to 3.13. The Prosecution submits that it is clear from the formulation of the Statute and the intention of the Security Council, as set out in its Resolution 955, that any person who meets the conditions provided for in Articles 1, 4, 5, 6 and 7 of the Statute (none of which includes the test in question) may be prosecuted for the violations stipulated in Article 4 of the Statute. The import of the test is therefore contrary to the object and purpose of the Statute.

[783] *Ibid*, paras. 2.14, 2.16.

[784] *Ibid*, paras. 2.28 to 2.36; T(A), 1 November 2000, pp. 206 to 208.

[785] *Ibid*, paras. 2.17 to 2.27, 2.37 and 2.38.

[786] *Ibid*, paras. 2.4, 2.14 to 2.16; T(A), 1 November 2000, pp. 230 to 231. The citation is from the Trial Judgment, para. 630. The Prosecution submits that contrary to the Trial Chamber's holdings, the object and purpose of the Geneva Conventions "require that anyone who commits serious violations of Common Article 3 or Additional Protocol II, be held individually responsible for the crimes if those crimes are related to the armed conflict". Prosecution's Brief, para. 2.16.

[787] *Ibid*, para. 2.37.

[788] *Ibid*, para.2.6.

[789] *Ibid*, para. 2.5.

5927/A bis

aberration" if an ordinary civilian who commits an atrocity in relation to armed conflict would not entail individual criminal responsibility under Article 4 of the Statute.[790]

429. Akayesu submits that the disputed findings of the Trial Chamber must be reviewed within their proper context, and are not those alleged by the Prosecution.[791] He submits that if the Chamber did not to find him guilty under Article 4 of the Statute, it was because it found that it had not been proved beyond a reasonable doubt that the acts perpetrated were committed in conjunction with the armed conflict. The Trial Chamber's holdings on the test were mere *obiter dicta* and were not designed to add a further requirement to Article 4 of the Statute.[792] An analysis of the holdings shows that the Trial Chamber actually admitted that the criminal responsibility of civilians can be considered under Article 4 and hence that "the holdings of the Trial Chamber are more intricate than the Prosecutor would have us believe".[793]

2. Discussion

430. The Trial Chamber found as follows:

> 630. The four Geneva Conventions – as well as the two Additional Protocols – as stated above, were adopted primarily to protect the victims as well as potential victims of armed conflicts. This implies thus that the legal instruments are primarily addressed to persons who by virtue of their authority, are responsible for the outbreak of, or are otherwise engaged in the conduct of hostilities. *The category of persons to be held accountable in this respect then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces.*
>
> 631. Due to the overall protective and humanitarian purpose of these international legal instruments, however, the delimitation of this category of persons bound by the provisions in Common Article 3 and Additional Protocol II should not be too restricted. *The duties and responsibilities of the Geneva Conventions and the Additional Protocols, hence, will normally apply only to individuals of all ranks belonging to the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or to individuals who were legitimately mandated and expected, as public officials or agents or persons otherwise holding public authority or de facto representing the Government, to support or fulfil the war efforts.* The objective of this approach, thus, would be to apply the provisions of the Statute in a fashion which corresponds best with the underlying protective purpose of the Conventions and the Protocols.[794]

431. Subsequently, having applied this finding to Akayesu's circumstance to determine whether he could be held individually responsible for the crimes charged under Article 4 of the Statute, the Trial Chamber held that:

> 640. For Akayesu to be held criminally responsible under Article 4 of the Statute, it is incumbent on the Prosecutor to prove beyond a reasonable doubt that Akayesu acted for either the Government or the RPF in the execution of their respective conflict objectives. As stipulated earlier in this judgment, this implies that Akayesu would incur individual criminal responsibility for his acts if it were proved that by virtue of his authority, he is either responsible for the outbreak of, or is otherwise directly engaged in the conduct of

---

[790] T(A), 1 November 2000, p. 211.
[791] Akayesu's Reply, paras. 8(a) and 17 to 24.
[792] Akayesu's Response, para. 8(a); T(A), 2 November 2000, pp. 10 to 13.
[793] T(A), 2 November 2000, pp. 10 to 13. Akayesu also submits that insofar as the Prosecution renounced its ground of appeal relating to the Chamber's main finding on this issue (the Trial Chamber erred in not taking into account the totality of evidence presented at trial, which showed that the acts perpetrated by Akayesu were committed in conjunction with the armed conflict in Rwanda in 1994), this ground of appeal has no legal basis. Cf. Akayesu's Response, para. 25. This ground of appeal was renounced in the Prosecution's Brief, para. 1.13. The Prosecution submits that "if the Prosecution was to be successful on this ground of appeal the likely outcome would be that the matter would have to be remitted to the Trial Chamber. For reasons of judicial economy, the Prosecution – without prejudice to any position the Prosecution may take if the case for other reasons should be remitted to the Trial Chamber – does not wish a re-opening of the case solely on this matter".
[794] Trial Judgment, paras. 630 and 631 (emphasis added).

hostilities. Hence, the Prosecutor will have to demonstrate to the Chamber and prove that Akayesu was either a member of the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or that he was legitimately mandated and expected, as a public official or agent or person otherwise holding public authority or *de facto* representing the Government, to support or fulfil the war efforts. Indeed, the Chamber recalls that Article 4 of the Statute also applies to civilians.[795]

432. In the opinion of the Appeals Chamber, there is no doubt that the Trial Chamber applied the public agent test in interpreting Article 4 of the Statute, to consider subsequently the particular circumstances of Akayesu's case. While pointing out that the Geneva Conventions and the Protocols have an "overall protective and humanitarian purpose"[796] and consequently, "the delimitation of this category of persons bound by the provisions in Common Article 3 and Additional Protocol II should not be too restricted",[797] the Trial Chamber found that the category of persons likely to be held responsible for violations of Article 4 of the Statute includes "only [...] individuals of all ranks belonging to the armed forces under the military command of either of the belligerent parties, or to individuals who were legitimately mandated and expected, as public officials or agents or persons otherwise holding public authority or de facto representing the Government, to support or fulfil the war efforts". The Trial Chamber, held that this approach would allow application of ... in a fashion which "corresponds best with the underlying protective purpose of the Conventions and the Protocols".[798]

433. The issue here is whether this interpretation is consistent with the provisions of the Statute in particular and international humanitarian law in general. To that end, it is necessary, firstly, to review the relevant provisions of the Statute as interpreted by the case-law of the Tribunals and, secondly, the object and purpose of Common Article 3 to the Geneva Conventions.[799]

434. The Appeals Chamber shall firstly recall the provisions of Article 4 of the Statute:

> Article 4: Violations of Article 3 common to the Geneva Conventions and of Additional Protocol II
>
> The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims, and of Additional Protocol II thereto of 8 June 1977. These violations shall include, but shall not be limited to:
>
> (a) Violence to life, health and physical or mental well-being of persons, in particular murder as well as cruel treatment such as torture, mutilation, or any form of corporal punishment;
>
> (b) Collective punishments;
>
> (c) Taking of hostages;
>
> (d) Acts of terrorism;
>
> (e) Outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape, enforced prostitution and any form of indecent assault;

[795] Trial Judgment, para. 640.
[796] *Ibid*, para. 631.
[797] *Ibid*, para. 631.
[798] *Ibid*, para. 631 (emphasis added).
[799] Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) provides that: "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose".

5925/A

(f) Pillage;

(g) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous Judgment pronounced by a regularly constituted court, affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples;

(h) Threats to commit any of the foregoing acts.

435. Article 4 makes no mention of a possible delimitation of classes of persons likely to be prosecuted under this provision. It provides only that the Tribunal "shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed" in particular, serious violations of Article 3 common to the Geneva Conventions. A reading of Article 4 together with Articles 1 and 5 of the Statute respectively relating to the Tribunal's overall competence and personal jurisdiction, sheds no further light on the class of persons likely to be prosecuted under these articles, in particular under, Article 4. Indeed, the said Articles read as follows:

Article 1

[The Tribunal] shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and Rwandan citizens responsible for such violations committed in the territory of neighbouring States [...].

Article 5

The International Tribunal for Rwanda shall have jurisdiction over natural persons pursuant to the provisions of the present statute.

436. Thus, there is no explicit provision in the Statute that individual criminal responsibility is restricted to a particular class of individuals. In actuality, articles of the Statute on individual criminal responsibility simply reflect the principle of individual criminal responsibility as articulated by the Nuremberg Tribunal.[800] An analysis of the provisions of the Statute is therefore not conclusive. As a result, the Appeals Chamber must turn to the article which serves as a basis for Article 4, to wit, Article 3 Common to the Geneva Conventions, which provides that:

In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions:

1. Persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention, or any other cause, shall in all circumstances be treated humanely, without any adverse distinction founded on race, colour, religion or faith, sex, birth or wealth, or any other similar criteria.

To this end the following acts are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever with respect to the above-mentioned persons:

(a) Violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture;

(b) Taking of hostages;

(c) Outrages upon personal dignity, in particular, humiliating and degrading treatment;

[800] *Cf.* The Trial of the Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, Part. 22, p. 447.

(d) The passing of sentences and the carrying out of executions without previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples.

2. The wounded and sick shall be collected and cared for.

437. It must be noted that Article 3 common to the Geneva Conventions does not identify clearly the persons covered by its provisions[801] nor does it contain any explicit reference to the perpetrator's criminal liability for violation of its provisions. The chapeau of Common Article 3 only provides that "each party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions". The primary object of this provision is to highlight the "unconditional"[802] character of the duty imposed on each party to afford minimum protection to persons covered under Common Article 3. In the opinion of the Appeals Chamber, it does not follow that the perpetrator of a violation of Article 3 must of necessity have a specific link with one of the above-mentioned Parties.

438. Despite this absence of explicit reference in the common Article 3,[803] ICTY Appeals Chamber nevertheless held that authors of violation of provisions of this article incur individual criminal responsibility.[804] Furthermore, it developed a certain number of other tests for the application of article 3 which the Appeals Chamber can summarize here as follows:

- The offence (serious violation) must be committed within the context of an armed conflict;
- The armed conflict can be internal or international;[805]
- The offence must be against persons who are not taking any active part in the hostilities;[806]

[801] *Celebici* Appeal Judgment, para. 153 [referring to the *Tadic* Appeal Judgment (objection to jurisdiction), para. 128].
[802] ICRC Commentary, p. 42.
[803] *Tadic* (jurisdiction Decision), para. 128; *Celebici* Appeal Judgment, para. 153.
[804] *Tadic*, (jurisdiction Decision), para. 128; *Celebici* Appeal Judgment, para. 153; The Appeals Chamber further recalled the terms used by the Secretary-General of the United Nations during adoption of the Statute: "Article 4 of the Statute [...] for the first time criminalizes common Article 3 of the Geneva Conventions (see Report of the Secretary-General of the United Nations, (Security Council resolution 955) on the establishment of an international tribunal for the [sole] purpose of prosecuting persons responsible for genocide and other serious violations of international humanitarian law.
[805] In *Tadic* (jurisdiction Decision), ICTY Appeals Chamber indeed demonstrated, with reference to the Nicaragua case (para. 128) that "States specified certain minimum mandatory rules applicable to internal armed conflicts in common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949" and that "[...] at least with respect to the minimum rules in common Article 3, the character of the conflict is irrelevant" (para. 102). ICTY Appeals Chamber recently confirmed this interpretation in the *Celebici* case: "It is both legally and morally untenable that the rules contained in common Article 3, which constitute mandatory minimum rules applicable to internal conflicts, in which rules are less developed than in respect of international conflicts, would not be applicable to conflicts of an international character. The rules of common Article 3 are encompassed and further developed in the body of rules applicable to international conflicts. It is logical that this minimum be applicable to international conflicts as the substance of these core rules is identical. In the Appeals Chamber's view, something which is prohibited in internal conflicts is necessarily outlawed in an international conflict where the scope of the rules is broader. The Appeals Chamber is thus not convinced by the arguments raised by the appellants and finds no cogent reasons to depart from its previous conclusions". *Cf. Celebici* Appeal Judgment, para. 150.
[806] On this point, ICTY Appeals Chamber recently recalled that "Common Article 3 of the Geneva Conventions is intended to provide minimum guarantees of protection to persons who are in the middle of an armed conflict but are not taking any active part in the hostilities. Its coverage extends to *any* individual not taking part in hostilities and is therefore broader than that envisioned by Geneva Convention IV incorporated into Article 2 of the Statute". *Cf. Celebici* Appeal Judgment, para. 420.

5923/A Pics

- There must be a nexus between the violations and the armed conflict.[807]

439. Although ICTY Appeals Chamber has, on several occasions, addressed the issue of the interpretation of common Article 3, it should be noted that it has never found it necessary to circumscribe the category of persons who may be prosecuted under Article 3. Therefore, no clarification has to date been provided on this point in the jurisprudence of the Tribunals, except for recent holdings by an ICTY Trial Chamber. The latter indeed found that "common Article 3 may also require some relationship to exist between a perpetrator and a party to the conflict."[808] However, the Appeals Chamber observes that this holding finds no support either in statute or in case law. In any case, the *Kunarac* Trial Chamber has not found it necessary to elaborate on this point in light of the circumstances of the case.[809]

440. In this context, the Appeals Chamber deems it appropriate to analyze the object and purpose of common Article 3 in particular, and of the Geneva Conventions, in general, which object and purpose, in its view, are determinative in the interpretation of Article 4 of the Statute.[810]

441. ICRC commentaries outline the principles underlying the adoption of common Article 3:

> "This Article is common to all four Geneva Conventions [...]. It marks a new step forward in the unceasing development of the idea on which the Red Cross is based, and in the embodiment of that idea in the form of international obligations. It is an almost unhoped for extension of Article 2 [...]. Extending its solicitude little by little to other categories of war victims, in logical application of its fundamental principle [the Red Cross] pointed the way, first to the revision of the original Convention, and then to the extension of legal protection in turn to prisoners of war and civilians. The same logical process could not fail to lead to the idea of applying the principle to all cases of armed conflicts, including those of an internal character". [811]

442. Thus, common Article 3 seeks to extend to non international armed conflicts, the protection contained in the provisions which apply to international armed conflicts. Its object and purpose is to broaden the application of the international humanitarian law by defining what constitutes minimum humane treatment and the rules applicable under all circumstances. Indeed, "[i]n the words of ICRC, the purpose of common Article 3 [is] to ensure respect for the few essential rules of humanity which all civilized nations consider as valid everywhere and under all circumstances and as being above and outside war itself. These rules may thus be considered as the *quintessence* of humanitarian rules found in the Geneva Conventions as a whole".[812] *Protection of victims* is therefore the core notion of common Article 3.

443. The Appeals Chamber is of the view that the minimum protection provided for victims under common Article 3 implies necessarily effective punishment on persons who violate it. Now, such punishment must be applicable to everyone without discrimination, as required by the principles governing individual criminal responsibility as laid down by the Nuremberg Tribunal in particular. The Appeals Chamber is therefore of the opinion that international humanitarian law would be lessened and called into question if it were to be admitted that certain persons be

---

[807] ICTY Appeals Chamber noted that "[I]t is sufficient that the alleged crimes were closely related to the hostilities occurring in other parts of the territories controlled by the parties to the conflict". *Cf. Tadic* Appeal Judgment (objection to jurisdiction), para. 70. In the instant case, the issue is not raised before the Appeals Chamber, nor is the interpretation of this requirement given by the Trial Chamber in the Judgment.
[808] *Kunarac* Judgment, para. 407.
[809] *Ibid.*
[810] See Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. (*supra*)
[811] ICRC Commentaries, p. 38.
[812] *Celebici* Appeal Judgment, para. 143.

exonerated from individual criminal responsibility for a violation of common Article 3 under the pretext that they did not belong to a specific category.

444. In paragraph 630 of the Judgment, the Trial Chamber found that the four Conventions "were adopted primarily to protect the victims as well as potential victims of armed conflicts". It went on to hold that "[t]he category of persons to be held accountable in this respect then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces". Such a finding is *prima facie* not without reason. In actuality authors of violations of common Article 3 will likely fall into one of these categories. This stems from the fact that common Article 3 requires a close nexus between violations and the armed conflict. This nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict. However, such a special relationship is not a condition precedent to the application of common Article 3 and, hence of Article 4 of the Statute. In the opinion of the Appeals Chamber, the Trial Chamber erred in requiring that a special relationship should be a separate condition for triggering criminal responsibility for a violation of Article 4 of the Statute.

445. Accordingly, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred on a point of law in restricting the application of common Article 3 to a certain category of persons, as defined by the Trial Chamber.

446. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber entertains this ground of appeal and finds further that it is therefore not necessary to pass on the Prosecution's alternative ground of appeal.

B. Third Ground of Appeal: Article 3 of the Statute (crimes against humanity)

1. Arguments of the parties

447. The Prosecution alleges that in holding in paragraph 590 of the Judgment that "[t]he victim must have been murdered because he was discriminated against on national, ethnic, racial, political or religious grounds", the Trial Chamber committed an error of law in finding that the discriminatory intent was an essential element for one of the crimes enumerated under Article 3 of the Statute to constitute a crime against humanity. The Prosecution submits that the Trial Chamber's reasoning on this point is contradictory and inconsistent, and that it appears to have specifically found that a discriminatory intent is required in respect of one of the crimes enumerated under Article 3 of the Statute.[813] Although this ground of appeal refers explicitly to a finding in relation to murder, the Prosecution submits that the Trial Chamber committed the same error in its reasoning in relation to rape.[814]

448. The Prosecution submits that the holding in paragraph 590 of the Trial Chamber's Judgment is inconsistent with the plain language of the Statute and international customary law,[815] and is inconsistent with the humanitarian object and purpose of the Statute and international humanitarian law in general.[816] In the Prosecution's submission, the requirements of Article 3 are " very

[813] Prosecution's Brief, para. 4.6.
[814] Prosecution's Brief,.para. 4.6.
[815] Prosecution's Brief, para. 4.2.
[816] Prosecution's Brief, paras. 4.16 to 4.25. The Prosecution submits that "one of the prime objectives of international humanitarian law is the protection of the weak and the vulnerable in such situations where their lives and security are in danger and also the primary purpose of the establishment of both Tribunals is not to leave unpunished any person guilty of a serious violation of international humanitarian law", T(A), 1 November 2000, para. 222.

5921/ABis

different from the requirement that each enumerated crime be committed by a perpetrator who discriminates against a particular victim on any of the specific grounds".[817] It submits that the motive of the perpetrator is irrelevant.[818] What is required on the other hand is that the enumerated act "be committed by a perpetrator who knew that his act contributed to, or was part of, a widespread or systematic attack against a civilian population on discriminatory grounds".[819] The Prosecution submits that any other interpretation would mean that perpetrators of crime against humanity could evade conviction by invoking other motives in defence of their conduct. It argues that this would create significant lacunae by failing to protect victims who are killed on non-discriminatory grounds by perpetrators who, nonetheless, fully realize that their acts are connected to, or part of, a widespread or systematic attack against a civilian population on discriminatory grounds.[820]

449. In the Prosecution's submission, while the requirement of discriminatory grounds in the chapeau to Article 3 is a jurisdictional limitation upon the Tribunal, it does not transform such grounds into a substantive element of the *mens rea* of the crimes in question.[821] However, it is the Prosecution's submission that even if the discriminatory grounds requirement were a substantive element of the *mens rea* of the crimes, the provisions of the Statute should still be interpreted as stated above.[822] In the Prosecution's submission, the wording of Article 3 leads to the conclusion that the commission of an enumerated crime does not have to be on discriminatory grounds. If such an element were required, then the requirement in Article 3(h) that persecutions be on "political, racial and religious grounds" would be redundant.[823]

450. The Prosecution submits that the Security Council intended to deviate from customary international law in drafting Article 3 of ICTR Statute by requiring that the widespread or systematic attack against the civilian population be on discriminatory grounds.[824] It argues that no authority, however, is referred to by the Trial Chamber in support of the proposition that the Security Council, in doing so, intended to deviate from customary international law to the extent of requiring that each enumerated crime under Article 3 be committed on discriminatory grounds.[825] The Trial Chamber departed from customary international law, and the clear wording of the Statute by equating the requirement of "discriminatory grounds" in Article 3 with one of "discriminatory intent", whereas the former relate to objective knowledge while the latter relates to subjective motives.[826]

---

[817] Prosecution's Brief, para. 4.9. The Prosecution submits that the provisions of Article 3 "are clear and unambiguous. There are four main requirements: a specified crime listed in Article 3 must be committed; these crimes must have been committed as part of a widespread or systematic attack; the attack must be against a civilian population, and the attack must be on national, political, ethnic, racial or religious grounds". See also T(A), 1 November 2000, pp. 218 to 220.
[818] TA(A), 1 November 2000, p. 220.
[819] Prosecution's Brief, para. 4.3 The Prosecution submits that "an enumerated crime may be committed without a discriminatory intent against the victim provided that the accused knows that his acts fit into the widespread or systematic attack against the civilian population on discriminatory grounds". Prosecution's Brief, para. 4.10; T(A), 1 November 2000, pp. 219 to 220.
[820] Prosecution's Brief, 4.22.
[821] Prosecution's Brief, para.4.11.
[822] Prosecution's Brief, para. 4.12.
[823] Prosecution's Brief, para. 4.14; T(A), 1 November 2000, p. 220. In the Prosecution's Response (para.5.3) it is also mentioned that Article 7 of the Rome Statute requires a discriminatory intent only in relation to the crime of persecution.
[824] Prosecution's Brief, para. 4.29.
[825] Prosecution's Brief, paras. 4.26 to 4.33.
[826] Prosecution's Brief, para. 4.32. The Prosecution cites several cases which, it submits, support the proposition that the crimes enumerated in Article 3 may be committed without a discriminatory intent (paras. 4.33 to 4.38).

451. As a remedy, the Prosecution moves that the Appeals Chamber set aside the finding in paragraph 590 of the Judgment and hold that the discriminatory grounds required in the chapeau of Article 3 of the Statute relate to the widespread or systematic attack against any civilian population.[827]

452. In response Akayesu submits that, in accordance with the basic rules of interpretation, Article 3 must be construed strictly.[828] He further submits that the Prosecution in its submissions moves from an interpretative approach to a "legislative"[829] approach, in suggesting that the terms in issue be struck out from the chapeau of the article. He avers that the Prosecutor must live with the Statute and its limitations and observes that in the article in question, the Security Council departed from customary international law.[830] Akayesu refers to the Statute of Rome as reflective of the state of international opinion.[831] He complains that he is invited "to participate in an academic debate, a theoretical debate which doesn't concern him but concerns other accused persons". He submits that "he doesn't have to subscribe to the interpretation suggested by the Prosecutor, [neither] does he have to challenge it".[832] He submits further that the findings made on the issue were *obiter dicta* and that a decision of the Appeals Chamber to set aside will not have any effect on the verdict.[833]

2. Introduction to the issue raised

453. The Trial Chamber found that the category of crimes enumerated in Article 3 of the Statute may be broadly broken down into four essential elements, including the requirement that "the act must be committed on one or more discriminatory grounds, namely national, political, ethnic, racial or religious grounds".[834]

> The Statute stipulates that inhumane acts committed against the civilian population must be committed on 'national, political, ethnic, racial or religious grounds.' Discrimination on the basis of a person's political ideology satisfies the requirement of 'political grounds envisaged in Article 3 of the Statute [...].
>
> Inhumane acts committed against persons not falling within any one of the discriminatory categories could constitute crimes against humanity if the perpetrator's intention was to further his attacks on the ground discriminated against on one of the grounds mentioned in Article 3 of the Statute. The perpetrator must have the requisite intent for the commission of crimes against humanity.[835]

454. The Prosecution submits that if the " intention" referred to is defined as including the conscious desire of the perpetrator that his crime further the attack on the group discriminated against, or knowledge or foresight that such a result is the likely consequence of his actions, then this holding is correct[836]. However, the Prosecution submits that it contradicts other findings by the Trial Chamber concerning murder and rape.

455. In its findings relating to murder as crime against humanity, the Trial Chamber held *inter alia* that:

---

827 Prosecution's Brief, paras. 4.47 to 4.48.
828 Akayesu's Response, paras. 37 and 38.
829 Akayesu's Response, paras. 37 and 38.
830 Akayesu's Response, para. 41.
831 Akayesu's Response, para. 42.
832 T(A), 2 November 2000, pp. 17 to 18.
833 T(A), 2 November 2000, p. 18.
834 Trial Judgment, para. 578.
835 Trial Judgment, paras. 583 and 584 (footnotes omitted).
836 Prosecution's Brief, paras. 4.40 and 4.41.

5919/A bis

> Murder must be committed as part of a widespread or systematic attack against a civilian population. [...] The victim must have been murdered because he was discriminated against on national, ethnic, racial, political or religious grounds.[837]

456. Similarly, regarding rape as crime against humanity, the Trial Chamber found *inter alia* that:

> The act must be committed: (a) as part of a widespread or systematic attack; (b) on a civilian population; (c) on certain catalogued discriminatory grounds, namely national, ethnic, political, racial, or religious grounds.[838].

457. On the other hand, with respect to extermination and torture as crimes against humanity, the Trial Chamber found that it is the *attack* which "must be on discriminatory grounds namely national, ethnic, political, racial, or religious grounds".[839]

458. The Appeals Chamber finds there appears to be *prima facie* a contradiction in the reasoning and the findings of the Trial Chamber. Indeed, although it appears to have found, on the one hand, that for murder and rape to constitute crimes against humanity their perpetrators must have the discriminatory *intent to* commit such crimes against the victim, and, on the other hand, that where extermination and torture are concerned, the *attack* must be on discriminatory grounds.

459. The issue before the Appeals Chamber is to determine whether this ingredient of crimes against humanity within the jurisdiction of the Tribunal, as referred to in the chapeau of Article 3 of the Statute, requires the perpetrator to have knowledge that his act is part of a widespread or systematic attack against a civilian population on discriminatory grounds, or is in furtherance of the attach, or whether this ingredient requires that the perpetrator of each crime enumerated in the article must have the discriminatory intent to commit the said crime against his victim in particular, on one of the enumerated grounds.

3. Discussion

460. The Appeals Chamber will first recall the provisions of Article 3 of the Statute.

> Article 3: Crimes against Humanity
>
> The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds:
>
> (a) Murder;
>
> (b) Extermination;
>
> (c) Enslavement;
>
> (d) Deportation;
>
> (e) Imprisonment;

[837] Trial Judgment, para. 590.
[838] Trial Judgment, para. 598.
[839] Trial Judgment, para. 592 (concerning extermination). Para. 595 reflects, in similar terms, the Trial Chamber's interpretation of the ingredients of torture.

(f) Torture;

(g) Rape;

(h) Persecution on political, racial and religious grounds;

(i) Other inhumane acts.

461. ICTY Appeals Chamber has had occasion to consider the issue of discriminatory intent within the context of crimes against humanity, as defined in Article 5 of the Statute of ICTY. In the *Tadic* Appeal Judgment, the Appeals Chamber found that:

> [...]the Trial Chamber erred in finding that all crimes against humanity require a discriminatory intent. Such an intent is an indispensable legal ingredient of the offence only with regard to those crimes for which this is expressly required, that is, for Article 5 (h), concerning various types of persecution.[840]

462. This Appeals Chamber is, however, of the view that this jurisprudence as well as the interpretation of Article 5 of ICTY Statute are of limited relevance in the instant case and to the Appeals Chamber's consideration of Article 3 of the Statute especially as both provisions are substantially different. Indeed, Article 5 of ICTY Statute does not include the same requirement in its chapeau namely that crimes against humanity may be prosecuted "when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds"[841]. However, it does not follow automatically that the "addition" to Article 3 of ICTR Statute allows a reading contrary to that contained in *Tadic* and that, consequently, Article 3 required that the perpetrator (s) of any crimes against humanity must have a discriminatory intent.

463. Therefore, the Appeals Chamber must pass on how the lawmaker (to wit, the Security Council) intended Article 3 of the Statute to be understood and, in particular, it must determine whether there exists a difference between Article 3 and Article 5 of ICTY Statute such that the Appeals Chamber must depart from the interpretation of crimes against humanity contained in *Tadic*.

464. In the opinion of the Appeals Chamber, except in the case of persecution, a discriminatory intent is not required by international humanitarian law as a legal ingredient for all crimes against humanity[842]. To that extent, the Appeals Chamber endorses the general conclusion and review contained in *Tadic*, as discussed above.[843] However, though such is not a requirement for the crime *per se*, all crimes against humanity, may, in actuality, be committed in the context of a discriminatory attack against a civilian population. As held in *Tadic*: "[i]t is true that in most cases, crimes against humanity are waged against civilian populations which have been specifically

---

[840] *Tadic* Appeal Judgment, para. 305.
[841] Article 5 of ICTY Statute reads as follows "The Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; and (i) other inhumane acts".
[842] *Tadic* Appeal Judgment, para. 288.
[843] *Ibid*, para. 287 *et seq*. Following its review in para. 292, the Appeals Chamber found that "[t]his warrants the conclusion that customary international law, as it results from the gradual development of international instruments and national case-law into general rules, does not presuppose a discriminatory or persecutory intent for all crimes against humanity". In *Tadic*, ICTY Appeals Chamber relied, in particular, on the interpretation of the London Agreement of 8 August 1945, the Statute of the International Tribunal for Tokyo, Council Control Law No. 10, the Draft Code of crimes against the peace and security of mankind and the Statute of Rome.

5917/Abis

targeted for national, political, ethnic, racial or religious reasons".[844] It is within this context, and in light of the nature of the events in Rwanda (where a civilian population was actually the target of a discriminatory attack), that the Security Council decided to limit the jurisdiction of the Tribunal over crimes against humanity solely to cases where they were committed on discriminatory grounds. This is to say that the Security Council intended thereby that the Tribunal should not prosecute perpetrators of other possible crimes against humanity.

465. The Appeals Chamber found that in doing so, the Security Council did not depart from international humanitarian law[845] nor did it change the legal ingredients required under international humanitarian law with respect to crimes against humanity. It *limited* at the very most the jurisdiction of the Tribunal to a sub-group of such crimes, which in actuality may be committed in a particular situation. By the same token, the Appeals Chamber notes that ICTY Statute contains in its Article 5 explicitly an express requirement for a nexus with an armed conflict. As held in *Tadic*, this "creates a narrower sphere of operation than that provided for crimes against humanity under customary international law".[846] Here again, by limiting the scope of the article, the Security Council did not, however, intend that the definition contained in ICTY Statute should constitute a departure from customary international law. In the case at bench, the Tribunal was conferred jurisdiction over crimes against humanity (as they are known in customary international law), but solely "when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population" on certain discriminatory grounds; the crime in question is the one that falls within such a scope. Indeed, this narrows the scope of the jurisdiction, which introduces no additional element in the legal ingredients of the crime as these are known in customary international law.

466. Consequently, apart from this restriction of jurisdiction, such crimes continue to be governed in the usual manner by customary international law, namely that discrimination is not a requirement for the various crimes against humanity, except where persecution is concerned.

467. The meaning to be collected from Article 3 of the Statute is that even if the accused did not have a discriminatory intent when he committed the act charged against a particular victim, he nevertheless knew that his act could further a discriminatory attack against a civilian population; the attack could even be perpetrated by other persons and the accused could even object to it. As a result, where it is shown that the accused had knowledge of such objective nexus, the Prosecutor is under no obligation to go forward with a showing that the crime charged was committed against a particular victim with a discriminatory intent. In this connection, the only known exception in customary international law relates to cases of persecutions.

468. In light of this interpretation and the finding that persecution is the only crime which requires a discriminatory intent, the Appeals Chamber is of the view that any interpretation of the chapeau of Article 3 of the Statute such as would add a requirement for a showing of a discriminatory intent with respect to all crimes against humanity would likely render redundant the express if more succinct reference to discrimination – contained in Article 3 of the Statute

---

[844] *Ibid*, para. 297.
[845] In this connection, the Appeals Chamber recalls the finding in *Tadic* (para. 296): "it is open to the Security Council – subject to respect for peremptory norms of international law (*jus cogens*) – to adopt definitions of crimes in the Statute which deviate from customary international law [footnotes omitted]. Nevertheless, as a general principle, provisions of the Statute defining the crimes within the jurisdiction of the Tribunal should always be interpreted as reflecting customary international law, unless an intention to depart from customary international law is expressed in the terms of the Statute, or from other authoritative sources".
[846] *Tadic* Judgment, footnote 356.

(Persecutions), which reference is understood as a requirement of a discriminatory intent.[847] As is known, one of the basic rules of interpretation requires that a provision or part thereof should not be interpreted in a manner to render it redundant or bereft of any object, unless such a conclusion is inevitable. One must proceed from the assumption that the lawmakers intended to give some effect to *each* of the words used.

469. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber considers the present ground of appeal and finds that:

(1) Article 3 of the Statute does no require that all crimes against humanity enumerated therein be committed with a discriminatory intent.

(2) Article 3 restricts the jurisdiction of the Tribunal to crimes against humanity committed in a specific situation, that is, "as part of a widespread or systematic attack against any civilian population" on discriminatory grounds.

C. Fourth Ground of Appeal: Article 6 (1) of the Statute

1. Arguments of the parties

470. In the Fourth Ground of Appeal, the Prosecution submits that the Trial Chamber erred in law in finding that instigation under Article 6(1) of the Statute must be direct and public.[848] It is the Prosecution's submission that instigation has a broader ambit than direct and public incitement and specifically, that it is not limited by any direct and public requirement[849].

471. Relying on the canons of interpretation laid down in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the Prosecution submits that "the forms of criminal participation set out in Article 6(1) should be given their ordinary and natural meaning in light of the object [of] purpose of the Statute [and] instigation its ordinary meaning [which] does not require [...] a public and direct element"[850]. The Prosecution argues that if the requirement set forth by the Trial Chamber is introduced, a person who instigates the commission of an offence falling within the jurisdiction of the Tribunal could be held criminally responsible only if the instigation happened to have been made in a "public place" so legally defined[851]. It submits that for criminal responsibility to attach, it

[847] The chapeau refers to discrimination on "national, political, ethnic, racial or religious" grounds while Article 3(h) of the Statute envisages cases of "persecutions on political, racial and religious grounds".

[848] Prosecution's Brief, para. 5.1. The Prosecution observes that while Akayesu was found guilty of instigating various acts, no acquittal was entered on the basis of any alleged instigation not being direct and public. Prosecution's Brief, 5.2

[849] Prosecution's Brief, para. 5.9. The Prosecution recalls that the Trial Chamber relies on an observation made in *The International Criminal Tribunal for Rwanda* [of V. Morris and M. P. Scharf (hereinafter "Morris and Scharf"), *Transnational Publishers Inc.* 1998, Vol. P.239] and on a comparison between Article 6(1) of the Statute and Article 2(3)(b) of the Draft Code of crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996 (hereinafter "the Code of Crimes"). The Prosecution alleges that whilst it is true that Morris and Scharf state that "instigation under Article 6(1) corresponds to Article 2(3)(f) of the Draft Code [...] it may be argued that ...[they]...simply meant that public and direct incitement falls within the concept of, and has some similarities to, instigation, but not, necessarily, that the latter is confined and limited to the former". Prosecution's Brief, para. 5.9. The Prosecution submits that reliance upon the Draft Code as a subsidiary guide to interpretation cannot supplant the plain meaning of the Statute. Prosecution's Brief, para. 5.12.

[850] Prosecution's Brief, para. 5.17, T(A), 1 November 2000, p. 235.

[851] Prosecution's Brief, para. 5.21.

5915/A Bis

is immaterial whether the act of instigation is committed in a bus or public park, or in a private motor vehicle or a private garden, the moral responsibility of the instigator is the same. In both cases, individual criminal responsibility attaches under Article 6(1) of the Statute.[852] The Prosecutor further submits that to hold that incitement always has to be public and direct may render otiose the specific reference to "direct and public incitement to commit genocide" as stipulated under Article 2(3)(c) of the Statue.[853]

472. As a remedy, the Prosecution moves the Appeals Chamber to set aside the holding of the Trial Chamber.[854]

473. Akayesu submits that if the Appeals Chamber were to entertain this ground of appeal, that will not alter the verdict rendered by the Trial Chamber in any way and that, for that reason the Appeals Chamber need not even consider this ground of appeal.[855] Consequently, Akayesu submits that should the Chamber decide to hear this ground of appeal, it would also have to authorize Counsel for the other accused concerned to be joined to the proceedings.[856] Furthermore, Akayesu poses the question as to whether the issue raised warrants an intervention by the Appeals Chamber, and cites, in this respect, the Prosecution's reference to ILC Commentary on the Draft Code of Crimes.[857] Akayesu therefore submits that it is not necessary to entertain the Prosecution's appeal in order to make this cosmetic clarification.[858]

2. Discussion

474. The Trial Chamber reviewed Article 6 of the Statute (individual criminal responsibility) and found, *inter alia,* as follows:

> The second form of liability is 'incitation' (in the French version of the Statute) to commit a crime, reflected in the English version of Article 6(1) by the word *instigated.* In English, it seems the words incitement and instigation are synonymous. Furthermore, the word "instigated" or "instigation" is used to refer to incitation in several other instruments. However, in certain legal systems and, under Civil Law, in particular, the two concepts are very different. Furthermore, and even assuming that the two words were synonymous, the question would be to know whether instigation under Article 6(1) must include the direct and public elements, required for incitement, particularly, incitement to commit genocide (Article 2(3)(c) of the Statute) which, in this instance, translates *incitation* into English as "incitement" and no longer "instigation". Some people are of that opinion. The Chamber also accepts this interpretation.[859]

475. The Prosecution submits that this interpretation of Article 6(1) is erroneous, leading the Trial Chamber to require that "instigation" must be direct and public. Relying on a comparison of

---

[852] Prosecution's Brief, para. 5.21. The Prosecution submits that the "public and direct" requirement would be "unwarranted and would frustrate the intention of the drafters of the Statute by restricting those who could be held criminally responsible and […] deserving of penal sanction". Prosecution's Brief, para. 5.26.
[853] Prosecution's Brief, para. 5.27. Lastly, the Prosecutor submits that "[a]s long as a person knowingly instigates the commission of an offence (wishing it to be carried out or foreseeing that this is a likely consequence of his actions) and his participation directly and substantially affected the commission of that offence, he will be liable under Article 6(1)." Prosecution's Brief, para. 5.31.
[854] Prosecution's Brief, para. 5.32.
[855] Akayesu's Response, para. 44.
[856] Akayesu's Response, para. 45.
[857] Akayesu's Response, para. 46. Akayesu submits that if the Prosecution wanted to institute proceedings against inciters or instigators who acted privately, it could prepare their indictment taking into account the above remark.
[858] Akayesu's Response, para. 47.
[859] Trial Judgment, para. 481 (footnotes omitted).

Article 6(1) of the Statute (instigated) with Article 2(3)(c) of the Statute ([…] incitement to commit genocide), the Trial Chamber found that "some people" contend [instigation must include direct and public elements] adding that "it also accepts this interpretation".[860] In this holding, the Trial Chamber refers to the opinion of certain experts ("some people"), by citing Morris and Scharf in a footnote.

476. First and foremost, the Appeals Chamber considered the analysis made by Morris and Scharf in their book. In the opinion of the Appeals Chamber, it could be said that in fact Morris and Scharf only provided a general comparison of the approach followed by the Draft Code of Crimes (and commentaries included therein) with the approach contained in the Statute, with respect to individual criminal responsibility regarding incitement to commit crimes.[861] It is not clear that these authors reached specifically the alleged finding.[862] Regarding the Trial Chamber's review, its finding is based on a broad comparison of provisions of international instruments, which use the "public character" test and refer to it in the same context.[863] The issue here is whether the Trial Chamber erred in its review and, in particular, whether it erred in finding that the term "instigated" in Article 6(1) of the Statute is necessarily to be construed as direct and public incitement.

477. Article 6(1) of the Statute both texts of which are authoritative, provides that:

> A person who planned, *instigated,* ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in Articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime.[864]

478. There is a glaring disparity between the English text and the French text: indeed, the English word "instigated" is translated into French as "*incité*". That said, the Appeals Chamber is of the opinion that linguistically the two terms are synonymous. The Appeals Chamber points out in particular that neither text contains any suggestion or recommendation that incitement must be direct and public. Consequently, by interpreting this provision "in accordance with [its] ordinary meaning",[865] the Appeals Chamber holds that, although instigation may, in certain circumstances, be direct and public, this does not, however, constitute a requirement. Nothing in Article 6 (1) suggests that there is such a requirement. The Appeals Chamber concurs with the Prosecution's argument that "[…][i]f the drafters of the Statute had wished to similarly confine 'instigation' to situations where it was 'public and direct', it would be reasonable to expect that they would have specifically required it".[866] It goes without saying that "[a] special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended".[867] Such an intent has not been established.

---

[860] *Ibid*.
[861] In pp. 238 and 239 of their book, Morris and Scharf write that "the Security Council condemned the breaches of international humanitarian law in Rwanda and recalled the principle of individual criminal responsibility for the instigation of such acts. This element of Article 6(1) corresponds to Article 2(3)(f) of the Draft Code which is explained in the commentary (by ILC) as follows" (footnote omitted).
[862] The Appeals Chamber holds in particular that nothing in the text suggests that Morris and Scharf considered in particular the fact that Article 6(1) of the Statute does not include the term "public".
[863] The Trial Chamber referred to Article 2(3)(f) of the Draft Code of Crimes (as cited by Morris and Scharf) and Article 2(3)(c) of the Statute, Trial Judgment para. 481.
[864] Emphasis added.
[865] Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.
[866] Prosecution's Brief, para. 5.27.
[867] Article 31(4) of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

5913/A Bis

479. Furthermore, the Appeals Chamber is of the view that this interpretation is supported by Article 2(3)(c) of the Statute, where the Security Council specifically chose the same wording as that of the corresponding provision of the Convention on Genocide.[868] Article 2(3)(c) reads:

> The following acts shall be punishable:
>
> [...]
>
> (c) Direct and public incitement to commit genocide.[869]

480. With respect specifically to incitement to commit the crime of genocide, the Statute makes clear that the act must be direct and public, which plainly excludes any other form of incitement to commit genocide, including private incitement to commit genocide. Such additional element is not included in the text of Article 6(1) of the Statute. The Appeals Chamber is of the opinion that if such a requirement were to be included also in Article 6(1) of the Statute, then the specification contained in Article 2(3)(c) of the Statute would be superfluous.[870]

481. In this connection, it would be erroneous to superimpose this wording on the (discrete) wording of Article 6(1) of the Statute, so as to import into the latter language to the effect that Article 2(3)(c) of the Statute provides explicitly that incitement to commit genocide must be public. As stated above, this would run counter to the well-established rules of interpretation under, which, in general, disparities in meaning are seen as tantamount to disparities in language.

482. Consequently, the Appeals Chamber finds that there is no cause to hold that the Security Council intended Article 6(1) of the Statute to include an additional element (absent from the explicit language of the provision), which would require an interpretation inconsistent with its plain and ordinary meaning.

483. For the foregoing reasons, having considered this ground of appeal the Appeals Chamber finds that "incitement", as set out in Article 6(1) of the Statute, need not be "direct and public".

---

[868] Article III of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: The Following acts shall be punishable: (a) genocide; (b) conspiracy to commit genocide; (c) direct and public incitement to commit genocide; (d) attempt to commit genocide; (e) complicity in genocide.

[869] Article 2(3)(c) of the Statute (emphasis added). One may also cite Article 2(3)(f) of ILC Report which provides that "[a]n individual shall be responsible for a crime set out in articles 17, 18, 19 or 20 if that individual: [...] (f) directly and publicly incites another individual to commit such a crime which in fact occurs" .(p.18)

[870] *Tadic* Appeal Judgment para. 284.

5912/Abis

V. DISPOSITION

For these reasons, **The Appeals Chamber,**

Considering Article 24 of the Statute and Rule 118 of the Rules,

Noting the respective written submissions of the parties and their oral arguments at the hearings of 1 and 2 November 2000,

Sitting in open court,

Unanimously dismmisses each of the grounds of appeal raised by Jean-Paul Akayesu,

Affirms the verdict of guilty entered against Jean-Paul Akayesu of all the counts on which he was convicted and the sentence of life imprisonment handed down,

Rules that this judgement shall be enforced immediately pursuant to Rule 119 of the Rules,

Considers the First, Third and Fourth Grounds of Appeal of the Prosecutor and **Finds** that, with respect to the points of law in issue in the Prosecution's appeal, this Judgement sets out the relevant legal findings thereon.

Done in English and French, the French text being authoritative.

(Signed)

Claude Jorda Lal Chand Vohrah Mohamed Shahabuddeen

Rafael Nieto-Navia Fausto Pocar

Judge Shahabuddeen appends a Declaration to this Judgment

Judge Nieto-Navia appends a Dissenting Opinion to this Judgment

Done on this first day of June 2001

At Arusha (United Republic of Tanzania)

[Seal of the Tribunal]

ANNEX A
PROCEEDINGS ON APPEAL[871]

A. Assignment of Counsel to Akayesu

484. As a result of certain issues that had arisen between Akayesu and Counsel assigned to defend him at trial, and following the verdict rendered on 2 September 1998,[872] Akayesu was left without Counsel. On 20 January 1999, Akayesu filed a Motion for judicial review, in which he requested the Appeals Chamber to rule *inter alia* "null and void and discriminatory" the Registrar's "policy" excluding John Philpot from assignment as his Counsel and to order the Registrar to assign Mr. Philpot as Defence Counsel for Akayesu's retroactively to 18 September 1998 ("the Motion for judicial review").[873] On 30 March 1999, the Appeals Chamber directed the Registrar to respond to the Motion for Judicial Review by 12 April 1999 and notified Akayesu that he had until 26 April 1999 to file his Reply together with the supporting documentation referred to in the Motion.[874]

485. At the same time, the Registrar was working on assigning a Defence Counsel to Akayesu and, thus, by letter of 9 February 1999, assigned Giacomo Barletta Caldarera as Lead Counsel for Akayesu. Following a correspondence from Giacomo Barletta Caldarera alleging that John Philpot and Akayesu were persistently urging him to withdraw as Counsel, the Registrar decided on 31 March 1999 to maintain Giacomo Barletta Caldarera as Defence Counsel for Akayesu.[875]

486. On 12 April 1999,[876] the Registrar filed his response to Akayesu's Motion for Judicial Review, and Akayesu filed his Reply on 28 April 1999.[877] Furthermore, the Appeals Chamber was seized of a petition dated 28 April 1999[878] from the *Association internationale des avocats de défense* (International Criminal Defence Attorneys Association) to appear as *amicus curiae*, pursuant to Rule 74 of the Rules.

487. The Appeals Chamber decided not to hold an *inter partes* hearing on the Motion for Judicial Review and rendered a decision on 27 July 1999 solely on the basis of the aforementioned filings.[879]

---

[871] The titles of the documents cited in the footnotes to this annex reflect verbatim the original documents and therefore contain any errors or omissions reflected therein.
[872] This review procedure relates only to the assignment of counsel and the necessary intervention by the Appeals Chamber.
[873] Motion for Judicial Review under Article 19 of the Statute and Rules 73 and 105 of the Rules of Procedure and Evidence, urgent motion for oral hearing, filed on 20 January 1999.
[874] Scheduling Order, dated 30 March 1999 but issued on 31 March 1999.
[875] Decision to maintain Giacomo Barletta Caldarera as Counsel for Akayesu, dated 24 March 1999, but filed on 31 March 1999. Akayesu filed a "Reply" to the said Decision of 4 May 1999 (*Réplique d'Akayesu sur la décision du Greffier datée du 24 mars 1999 pour maintenir la commission de Me Giacomo*).
[876] Registry's Brief in Reply to Motion for Judicial Review under Article 19 of the Statute and Rules 73 and 105 of the Rules of Procedure and Evidence, filed on 12 April 1999.
[877] Appellant's Reply to Registrar's arguments, dated 23 April 1999 but filed on 28 April 1999.
[878] "Petition for Intervention as *Amicus Curiae* of the International Criminal Defence Attorneys Association (Rule 74 of the Rules of Procedure and Evidence)", filed 28 April 1999. On 1 June 1999, a Brief was filed in support of the said Petition ("Brief of the International Criminal Defence Attorneys Association [Article 74 of the Rules of Procedure and Evidence])". Rule 74 of the Rules provides that: "A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to any State, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber."
[879] Decision Relating to Assignment of Counsel, dated 27 July 1999 and rendered on 28 July 1999.

488. The Appeals Chamber found that although there is no provision in the Directive on Assignment of Defence Counsel for right of appeal against a decision by the Registrar not to assign a specific counsel, such a right is necessary in order to ensure that the accused is effectively able to exercise his rights under Article 20(4) of the Statute, and, indeed as recognized by ICTY in other cases. The Appeals Chamber, considering that John Philpot's name was included in the list of Counsel eligible for assignment by the Registrar at the Appellant's urgent request and, moreover, that the Registrar had thus given the Appellant a legitimate hope that Mr. Philpot would be assigned to defend him before the Tribunal, directed the Registrar to assign Mr. Philpot as Lead Counsel with effect from 22 September 1998, when his name was included in the list of counsel maintained by the Registry. The Appeals Chamber also decided to dismiss the petition by the International Criminal Defence Attorneys Association to appear as *amicus curiae.*

489. Subsequently, the Registrar, by a decision dated 10 August 1999, withdrew the assignment of Mr. Caldarera as Defence Counsel with effect from 27 July 1999.[880]

B. Background to the filings on appeal

1. Notices of appeal

490. Akayesu filed his first Notice of Appeal (a handwritten letter) on 1 October 1998. His second Notice of Appeal, prepared by his Counsel, was filed with the Registry on 2 October 1998.[881] Akayesu filed his Notice of Appeal Against Sentence on 2 November 1998.[882] In its Decision of 24 May 2000 the Appeals Chamber granted Akayesu leave to include four additional grounds in his Notice of Appeal relating to the admissibility of "hearsay" evidence, the refusal by the Trial Chamber to permit Akayesu to ask leading questions during cross-examination, the unlawful disclosure of Defence witness statements and an allegation concerning witness DAAX. Akayesu was also allowed to amend the ground of appeal relating to out-of-court evidence. In its Decision of 22 August 2000, the Appeals Chamber denied Akayesu leave to add further grounds of appeal or to amend certain grounds of appeal already filed.[883]

491. On 2 October 1998, the Prosecution filed its Notice of Appeal setting out eight grounds of appeal[884] in which it requested the Appeals Chamber: (1) to quash the Trial Chamber's verdict in respect of Counts 6, 8, 10, 12 and 15 (acquittals under Article 4 of the Statute), and to substitute verdicts of guilty for them; and (2) to quash the erroneous legal findings put forward in the Trial Judgement. On 15 October 1999, the Prosecution filed a Notice Abandoning Ground 6[885] while in

---

[880] "Decision on Withdrawal of Barletta Caldarera as Counsel for Jean-Paul Akayesu, dated 10 August 1999 and filed on 1 December 1999.

[881] Notice of Appeal, filed on 2 October 1998. The Prosecution submitted that the Appeals Chamber must dismiss the first Notice of Appeal and only take into account the second Notice of Appeal. Prosecution's Response, paras. 1.33 to 1.38 (see with respect to this issue Akayesu's Reply, para. 3). At the start of the hearing on appeal, the Appeals Chamber dismissed the said argument. It found that although it had followed the grouping of Akayesu's grounds of appeal, as presented by him in his second Notice of Appeal, it had not rejected the first Notice of Appeal. Transcript(A) 1 November 2000, pp. 7 and 8.

[882] Notice of Appeal Against the Sentence rendered by the Chamber, filed on 2 November 1998.

[883] The Appeals Chamber notes that Akayesu withdrew or abandoned several grounds of appeal. These grounds of appeal are not referred to in this Judgment.

[884] Notice of Appeal, filed on 2 October 1998.

[885] Ground 6 alleged that the Trial Chamber erred in law in holding that an accused, to be found responsible for planning under Article 6(1), must have planned the crime with the perpetrator of the crime.

the Prosecution's Brief, it notified the Appeals Chamber that it no longer wished to proceed on Ground 4.[886] The Prosecution submitted that Ground 1 "does not as such constitute a ground of appeal, but rather intends to group Grounds 2 to 4" [887] and that it did not request that any further grounds be included under Ground 8.[888]

2. Filings

492. Following the filing by the parties of their respective notices of appeal, the issue of the assignment of Counsel to Akayesu arose. The Appeals Chamber ruled on the issue in its Decision of 27 July 1999 discussed above and, at the same time, issued a briefing schedule. The Appeals Chamber ordered that the parties must file their Appellant's Briefs by 25 October 1999, their Respondent's Briefs by 22 November 1999 and the Briefs in Reply by 6 December 1999.[889]

493. On 21 October 1999, the Appeals Chamber suspended the above time-limits pending a ruling on various motions filed by Akayesu on, *inter alia*, alleged errors in the composition of the trial record.[890] These motions were disposed of in the 24 May 2000 Decision. In a Scheduling Order also dated 10 August 2000, the pre-hearing Judge ordered that the Briefing schedule should be resumed, that Appellant's Briefs should be filed by 10 July 2000, Respondent's Briefs should be filed by 10 August 2000 with Briefs in Reply to be filed by 25 August 2000.[891]

494. Akayesu filed his Appellant's Brief on 7 July 2000 ("Akayesu's Brief")[892] and the Prosecution filed its Brief on 10 July 2000 ('Prosecution's Brief"). On 24 July 2000, Akayesu filed a motion for the Appeals Chamber to declare the Prosecutor's Brief inadmissible.[893] By a Decision dated 27 July 2000, the pre-hearing judge ruled that to the extent that the Appellant's motion addressed the "merit" of the Prosecution's appeal, it could be considered as Akayesu's Response, unless he chose to file another Respondent's Brief within the prescribed time-limit.[894] On the same date, the pre-hearing judge suspended the briefing schedule pending disposition of several pending motions. He ordered that the Respondent's Briefs and Briefs in Reply be filed within 13 to 28 days, respectively, from the date the Appeals Chamber rules on the pending motions.[895] The Appeals Chamber ruled on the pending motions in a Decision rendered on 22 August 2000 and the Prosecution filed its Respondent's Brief on 4 September 2000 (Prosecution's Response).[896] Akayesu

[886] Ground 4 alleged that the Trial Chamber erred in fact in finding "...that it has not been proved beyond reasonable doubt that the acts perpetrated by Akayesu in the *commune* of Taba at the time of the events alleged in the Indictment were committed in conjunction with the armed conflict."
[887] Prosecution's Brief, para. 1.12.
[888] Prosecution's Brief para. 1.15. Ground 1 alleged that Trial Chamber erred in fact and in law in finding Jean-Paul Akayesu not guilty on Counts 6, 8, 10, 12 and 15 and Ground 8 intended to include such further grounds of appeal as the Prosecutor may advise and the Appeals Chamber may permit.
[889] Decision relating to Assignment of Counsel, delivered on 27 July 1999.
[890] Order for the suspension of time-limits for the filing of appeal briefs, dated 21 October 1999 but filed on 26 October 1999.
[891] Scheduling order issued on 24 May 2000.
[892] Akayesu filed together with his Brief, a document entitled "Consolidated Notice of Appeal" which "grouped together " the grounds of appeal set out in his two Notices of Appeal and other grounds added after the filing of motions.
[893] Motion Objecting Inadmissibility of Appellant's Brief and the Respondent's Brief, filed on 24 July 2000.
[894] Appeals Decision (Motion to Declare Prosecution's Appeal Inadmissible), rendered on 27 July 2000.
[895] Scheduling Order, issued on 27 July 2000.
[896] Prosecution's Response, filed on 4 September 2000.

did not file any response to the Prosecution's Brief. Akayesu and the Prosecution filed their Briefs in Reply on 19 September 2000 ("Akayesu's Reply" and "Prosecution's Reply") respectively.[897]

495. Lastly, by Order of 2 October 2000, the *inter partes* hearing on appeal was set for 1 November 2000 to continue on 2 November 2000, if necessary.[898]

C. Hearings on Appeal

496. The Appeals Chamber heard the arguments of the parties on 1 and 2 November 2000 at the seat of the Tribunal at Arusha.

D. Delivery of the Appeal Judgement

497. On 16 May 2001, the Appeals Chamber issued a Scheduling order stating that the appeal Judgment would be delivered at the seat of the Tribunal at Arusha on 1 June 2001.[899]

E. Motions filed by Akayesu

498. The instant appeal has been marked, primarily, by the filing, often in very rapid succession, of a large number of motions by Akayesu. In said motions, Akayesu raised both procedural issues and issues relating to the merits of his appeal, including requests for leave to add new grounds of appeal and to admit additional evidence on appeal.

499. Due to the number and, in particular, the frequency of the motions filed by Akayesu, the Appeals Chamber ordered him on two occasions to file "consolidated" motions in a bid to oblige him to set out clearly and concisely the arguments put forward in support of each of the requests made in his various motions. The relevant Scheduling Orders were issued on 30 November 1999[900] and 24 May 2001[901] respectively.

500. In the Order of 30 November 1999, the Appeals Chamber directed Akayesu to consolidate nine motions that he had filed between 23 September and 15 November 1999.[902] Akayesu filed his

[897] On 22 August 2000, Akayesu filed another motion ("Urgent Motion by Defence Counsel to Suspend the Briefing Schedule") which was dismissed by an Order dated 24 August 2000 but rendered on 25 August 2000. The Prosecution filed a Response to that motion on 25 August 2000 ("Prosecution Response to Appellant's Motion for Extension of Time", dated 21 August 2000).
[898] Order (Hearing on appeal) issued on 2 October 2000. See below with respect to Akayesu's Motion for a postponement of the hearing date, filed on 30 October 2000.
[899] Scheduling order issued on 16 May 2001.
[900] Scheduling order issued on 30 November 1999.
[901] Scheduling order issued on 24 May 2001.
[902] Motion for Extension of Time-Limits and for Admission of New Evidence on Appeal pursuant to Rule 115 and 116 of the Rules of Procedure and Evidence, filed on 23 September 1999; Motion to Set Aside Registry's Certification of the Record on Appeal, to Rectify the Contents of the 'Record' and to Extend the Time-Limits in Respect of Appeals Pursuant to Articles 19 and 20 of the Statute and Rules 73 and 105 of the Rules of Procedure and Evidence, filed on 25 September 1999 and 4 October 1999; Motion on Violation of the Right to Counsel, for Extension of the Time-Limit for Appeal and Provisional Motion Seeking Admission of New Evidence on Appeal Pursuant to Rules 115 and 116 of

5907/Abis

Consolidated Motion on 10 December ("the First Consolidated Motion")[903] The Prosecution filed its Response on 21 December 1999[904] after having filed *inter alia*, on 15 December 1999, an urgent motion for extension of time-limits for filing its Response.[905] Said request was granted by Order of 30 December 1999,[906] and on 13 March 2000, the Prosecution filed an Additional Response.[907]

501. By a Decision dated 17 April 2000, the pre-hearing judge ruled on two motions grouped under the first consolidated motion and which related essentially to procedural issues and to the record on appeal. The pre-hearing judge directed the Registrar to incorporate certain documents in the record and to serve them on the parties.[908] In its Decision of 24 May 2000, the Appeals Chamber ruled on the other consolidated motions not already disposed of and which were included in the First Consolidated Motion ("the Decision of 24 May 2000").[909] The Appeals Chamber granted requests for leave to amend the Notice of Appeal and for Admission of New Evidence on Appeal.

502. In the Scheduling Order of 24 May 2001, the Appeals Chamber directed Akayesu to consolidate into a single document all his pending motions dating from 7 December 1999, namely all the motions filed since the Scheduling Order of 30 November 1999 and which had not been disposed of by the Appeals Chamber in its Decision of 24 May 2000.[910]Akayesu filed his

---

the Rules of Procedure and Evidence, filed on 25 October 1999; Motion for New Evidence Under Appeal, Extension and Suspension of Time-Limits and Stay of Proceedings. Motion Seeking Leave to Amend the Notice of Appeal in Respect of the Motion for New Evidence Under Appeal, Extension and Suspension of Time-Limits and Stay of Proceedings, filed on 25 October 1999; *Requête en communication de preuve et en prorogation des délais d'appel suivant les règles 86, 73, 107, 115 and 116 du Règlement de procédure et de preuve et suivant l'article 20 du Statut du Tribunal*, filed on 26 October 1999; Motion Seeking Leave to Amend the Notice of Appeal in Respect of the Motion for New Evidence Under Appeal, Extension and Suspension of Time-Limits and Stay of Proceedings (re. Witness DAAX), filed on 10 November 1999; Reply to the Prosecution's Response to the motion entitled "Motion to Set Aside the Registry's Certification of the Record on Appeal, to Rectify the Contents of the 'record' and to Extend the Time-Limits in Respect of Appeals Pursuant to Articles 19 and 20 of the Statute and Rules 73 and 105 of the Rules of Procedure and Evidence, filed on 4 November 1999; Motion Seeking Leave to Amend Notice of Appeal and for Suspension of Time-Limits, filed on 15 November 1999. *Requête en reconstitution de le case file, en communication de documentss de première instance et en prorogation des délais d'appel*, filed on 15 November 1999. In its Order of 30 November 1999, the Appeals Chamber also mentioned two Responses that the Prosecution had filed on 15 October 1999, namely Prosecution's Response to Appellant Jean-Paul Akayesu's Motion for Annulment of the Certification of the Record and Prosecution's Response to Appellant Jean-Paul Akayesu's Motion for Extension of Time-Limits for Appeal and for Admission of New Evidence on Appeal Pursuant to Rules 115 and 116 of the Rules of Procedure and Evidence.

[903] The Appellant's Brief relating to the following motions referred to in the Scheduling Order of 30 November 1999, filed on 10 December 1999.

[904] Prosecution's Response to the "*Mémoire de l'appelant concernant les requêtes suivant visées par l'ordonnance comportant calendrier du 30 novembre 1999*, filed on 21 December 1999.

[905] Prosecution's Urgent Request for Extension of Time to Respond to the "*Mémoire de l'appelant concernant les requêtes suivant visées par l'ordonnance comportant calendrier du 30 novembre 1999*, filed on 15 December 1999

[906] Order (Prosecution's Urgent Motion for Extension of Time-Limits), issued on 30 December 1999.

[907] Addendum to Prosecution's Response to Brief filed by the Defence pursuant to Appeals Chamber's Order of 30 December 1999. The Prosecution also filed on 3 November 2000 an Addendum to the Prosecutor's Additional Response to the Defence Brief filed pursuant to the Appeals Chamber's Order of 30 December 1999.

[908] Decision on Grounds 1 and 7 of the Appellant's Brief relating to the following grounds referred to in the Scheduling Order of 30 November 1999 (concerning the record on appeal), dated 17 April 2000 and filed on 18 April 2000.

[909] Decision (concerning motions 2,3,4, 5, 6 and 8 Appellant's Brief Relative to the Following Motions Referred to by the Order dated 30 November 1999), delivered on 24 May 2000.

[910] Scheduling Order of 24 May 2000. The motions concerned were the following: Motion Seeking Leave to Amend the Notice of Appeal Relating to the Impartiality and Independence of the Tribunal and Add New Grounds of Appeal, filed on 7 December 1999; Motion to Amend the Notice of Appeal (re: to clarify Part Two of the Appeal Relating to 'Denial of the Right to a Competent Counsel"), filed on 20 January 2001 (noting that the Registry had filed its observations on the Motion pursuant to Rule 33(B) of the Rules "Registry's observations on the Motion to Amend the Notice of Appeal (re: to clarify Part Two of the Appeal Relating to 'Denial of the Right to a Competent Counsel"), filed

Consolidated Motion on 2 June ('the Second Consolidated Motion")[911] and the Prosecution filed its Response thereto on 12 June 2000.[912] The Appeals Chamber rendered a Decision on the Second Consolidated Motion on 22 August 2000 ("the Decision of 22 August 2000")[913] In said Decision, the Appeals Chamber dismissed Akayesu's Request for Leave to Amend his Notices of Appeal and for Admission of New Evidence on Appeal.

503. Akayesu filed several other motions which were addressed neither in the Decision of 24 May 2000 nor in the Decision of 22 August 2000, including a Motion to set a date for the holding of a Status Conference which was dismissed by the Scheduling Order of 24 May 2000,[914] a Motion for the translation of documents filed by Akayesu before the Appeals Chamber which was dismissed in a Decision rendered on 25 May 2000[915] and a motion for correction of an Order which was allowed and dismissed in part by an Order issued on 25 May 2000.[916]

504. Furthermore, Akayesu filed two last-minute motions before the start of the hearing on appeal. Firstly, on 20 October 2000, Akayesu filed a Motion to Rectify or Correct and Reconsider Part of the Decision of 22 August 2000 relating to the Appeals Chamber's finding on his request for leave to add a new ground of appeal concerning, in general, his unlawful detention.[917] The said motion, is ruled on in the instant Judgement, as part of the consideration of Akayesu's tenth ground of appeal. Subsequently, on 30 October 2000, Akayesu filed a motion for a postponement of the hearing on appeal (scheduled for 1 November 2000) to allow for the translation of certain documents. [918] The Prosecution filed its Response thereto on 31 October, arguing that the motion

---

on 20 March 2000; Motion for an Order to transcribe the transcripts of the hearing of 23 January 1997 and to Amend the Notice of Appeal With Respect to Exclusion of the Accused from the Hearing, filed on 17 February 2000; *Requete pour produire des délais relativement à un conflit d'intérêt et inconduite du procureur*, filed on 17 February 2000; *Requête pour produire une preuve en appel re: Témoin Expert M. Serge A. Desouter (et Désistement d'un motif d'appel*, filed on 29 February 2000; Urgent Motion for Disclosure and for an Oral Hearing, filed on 10 April 2000 and Amended Urgent Motion for disclosure and for an oral Hearing and Motion to Amend, filed on 17 April 2000.

[911] Consolidation or Summary of Pending Appeals (pursuant to the Scheduling Order of 24 May 2000), filed on 2 June 2000.

[912] Prosecution's Response to the "Consolidation or Summary of Pending Appeals (Pursuant to the Scheduling Order of 24 May 2000).

[913] Decision on the Consolidation or Summary of Pending Appeals, delivered on 22 August 2000.

[914] Motion to Hold a Status Conference (Rules 65 *bis* and 107 of the Rules of Procedure and Evidence), filed on 12 February 2000. The Prosecution responded in its Prosecution's Response to the Defence Motion to Hold a Status Conference, filed on 13 March 2000.

[915] Decision (re: *Requête en urgence relative à la traduction de documents déposés par l'appelant pour étude par la Chambre d'appel),* 5 May 2000. The motion by Akayesu (*Requête en urgence relative à la traduction de documents déposés par l'appelant pour étude par la Chambre d'appel)* was filed on 7 March 2000 and the Reply (*Réplique d'Akayesu à la Requête en urgence relative à la traduction de documents déposés par l'appelant pour étude par la Chambre d'appel)* was filed on 21 March 2000.

[916] Decision [re: *Requête en rectification de l'ordonnance* (Prosecutor's Urgent Request for Extension of Time) filed on 30 December 1999], rendered on 25 May 2000. Akayesu's Motion [*Requête en rectification de l'ordonnance* (Prosecutor's Urgent Request for Extension of Time) filed on 30 December 1999, was filed on 13 January 2000. The Prosecution's Response (Prosecution's Response to the Defence's *Requête en rectification de l'ordonnance*) was filed on 20 January 2000.

[917] Notice of motion to Rectify or Correct and Reconsider part of the Decision of August 22, 2000 (Decision on the Consolidation or summarisation of motions Not Yet Disposed Of) (Re: Amendment of Notice of Appeal), filed on 20 October 2000.

[918] "Motion to Postpone a Hearing", filed on 30 October 2000. The Prosecution filed its Response on 31 October 2000 [Prosecution Response to the Motion for Postponement of the Hearing of the Appeal (filed on 31 October 2000). The Appeals Chamber was initially seized of the said motion through a letter from Counsel for Akayesu dated 24 October 2000 and filed on 25 October 2000 (Letter from John Philpot to Judge Claude Jorda, President of the Appeals Chamber).

was late and that such a postponement was unnecessary. On 1 November 2000, the Appeals Chamber denied the motion at the start of the hearing on appeal and proceeded with the hearing.[919]

505. Lastly, Akayesu filed two motions during the judges' deliberations following the hearing on appeal.

506. In his first motion, Akayesu sought translation of his Brief and Reply.[920] The Prosecution responded on 16 March 2001[921] and Akayesu filed a reply on 21 March 2001.[922] The Appeals Chamber rendered a decision on 29 March 2001 in which it stated that "it is imperative, for the proper administration of justice and for equality of treatment of the parties, that their written submissions, and particularly their briefs, are translated into the Tribunal's two working languages". Consequently, it directed the Registrar to have the briefs translated into English within a specific time-limit.[923]

507. On 17 April 2001, Akayesu filed a second motion requesting the Appeals Chamber to return the case to the Trial Chamber for review, pursuant to Rule 123 of the Rules,[924] which provides that: "If the judgement to be reviewed is under appeal at the time the motion for review is filed, the Appeals Chamber may return the case to the Trial Chamber for disposition of the motion". At that juncture, Akayesu had already filed before the Trial Chamber, on 12 April 2001, a motion for review of the Trial Chamber's decision rendered on grounds of what he alleged to be newly discovered facts.[925] The Prosecution filed its response on 4 May 2001.[926] On 9 May 2001Akayesu filed[927] a notice of intention to file a reply to the Prosecution's response, which he did on 11 May 2001.[928]

508. The Appeals Chamber disposed of the motion on 16 May 2001 finding that in the circumstances of the case, there was no cause to return the case to Trial Chamber I. It ruled that: (1) the case is not deemed to be before the Trial Chamber unless the Appeals Chamber decides to remit the case to it and that, in the absence of such a remit, the Trial Chamber has no power to rule on the motion for review; (2) in deciding whether there is cause to return the case to a Trial Chamber, the Appeals Chamber takes note of the provisions governing review before the Tribunal; (3) it appears *prima facie,* in the instant case, that Akayesu did not present new facts; (4) even assuming that the Appeals Chamber equates the motion for return of the case with an application

---

919 Transcript, 1 November 2000, p. 5.

920 Extremely urgent notice of motion requesting an order for translation of Appellant's Brief and Appellant's Brief in Reply, filed on 15 March 2001.

921 Prosecution Response to the "extremely urgent notice of motion requesting an order for translation of Appellant's Brief and Appellant's Brief in Reply", filed on 16 March 2001.

922 Reply to Prosecutor's Response to the Appellant's extremely urgent notice of motion requesting an order for translation of Appellant's Brief and Appellant's Brief in Reply, filed on 21 March 2001.

923 Order (for translation of Appellant's Briefs), filed on 29 March 2001.

924 Motion and Brief of argument pursuant to Rule 123 of the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda, filed on 17 April 2001.

925 Defence Motion for review of the Trial Chamber's decision of 2 September 1998 and Brief in support of Defence Motion for review of the Trial Chamber's decision of 2 September 1998, filed on 12 April 2001.

926 Prosecution Response to Appellant's motion pursuant to Rule 123 of the Rules of Procedure and Evidence filed on 17 April 2001, filed on 4 May 2001.

927 Notice of intention to file a reply to the Prosecution's response to the "Motion and brief of argument pursuant to Rule 123 of the (Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda), filed on 9 May 2001.

928 Reply to the Prosecution's response to the "motion and brief of argument pursuant to Rule 123 of the Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda, filed on 11 May 2001.

for leave to present new evidence on appeal, such an application must be dismissed since the requirements of Rule 115 of the Rules are not met in the instant case.[929]

F. Motions filed by the Prosecution

509. On 13 March 2000, the Prosecution filed the "Prosecutor's urgent motion for protection of witnesses", following a motion filed by Akayesu which included a document[930] disclosing the names of 12 witnesses, some of whom were covered by witness protection orders made during the trial. The Appeals Chamber ordered, *inter alia*, that a redacted version of the document in question be prepared and that the identity of all protected witnesses not be disclosed to any member of the public or to any other person not involved in this appeal.[931]

510. On 31 May 2000, the Prosecution filed a motion for admission as new evidence,[932] of certain material extracted from the transcripts of the *Georges Rutaganda* case. Akayesu responded thereto on 16 June 2000, stating that he saw no problem.[933] By a decision dated 12 July 2000, the Appeals Chamber admitted the transcripts in question as additional evidence.[934]

[929] *Decision (Motion for return of the case to Trial Chamber I)*, rendered on 16 May 2001.
[930] Motion to amend Notice of Appeal (Re: to clarify Part two of the Notice of Appeal relating to "Denial of the right to a competent counsel), filed on 24 January 2000.
[931] Order (Prosecutor's urgent motion for protection of witnesses), dated 20 March but rendered on 21 March 2000.
[932] Prosecution's Motion for admission of new evidence on appeal following the Appeals Chamber's Decision of 24 May 2000, filed on 31 May 2000.
[933] Response to the Prosecutor's Motion for admissibility of new evidence on appeal following the Appeals Chamber Decision on 24 May 2000, filed on 19 June 2000.
[934] Decision (Prosecution's Motion for admission of new Evidence on Appeal), rendered on 12 July 2000.

5903/A bis

ANNEX B
AKAYESU'S GROUNDS OF APPEAL[935]

A. First Ground of Appeal: Akayesu was denied the right to be defended by Counsel of his choice

First notice of appeal

The Accused was deprived of the choice of counsel from January 1998 when his trial opened. The Prosecution, in the person of Sarah Dareshori who was prosecuting the case, made public pronouncements about this in the New York Times. Proof thereof will be provided. (made available).[936]

The Accused was forced to accept Patrice Monthé and Nicholas Tiangaye whom he had earlier turned down. They were solely the choice of the Registrar.[937]

Disclosure was inadequate because the Prosecutor supplied names of witnesses too late, thereby impeding the preparation of a full answer and defence.[938]

At some stages in the proceedings, the Accused was forced to defend himself since no counsel of his choice was assigned to him in spite of his requests.[939]

Second Notice of appeal

(a) The Court and the Registrar deprived the Appellant of the right to choose his Defence Counsel. He could not have his first choice, Johan Scheers because of Andronico Adede, the former Registrar dismissed for his incompetence and Prisca Nyambe who worked for the Registrar's Office. On 31 October 1996, Michael Karnavas, Mr. Scheers' assistant who had contacted Scheers in Belgium, illegally coerced the Appellant to "choose" him as Defence Counsel in replacement of Mr. Scheers. The Appellant dropped Michael Karnavas because of his deceitful manoeuvers. Moreover, it has been discovered that Karnavas had been a candidate to work as Prosecutor and that he has already written and stated that he could never defend a "genocider." Appellant's second choice was Michel Marchand from Montreal, Canada who was present at the opening of his trial on 9 January 1997. The Prosecutor knew he was present as recognized by Prosecutor Sarah Dareshori in the New York Times on 8 September 1998. The Court and the Registrar illegally refused requests by Mr. Marchand to address the Court and meet his client. The Tribunal imposed on the Appellant two Counsel assigned by the Registrar on 9 January 1997, namely: Nicholas Tiangaye and Patrice Monthé. The trial began. The Appellant refused these two Counsel whom he did not know, did not want and who had not prepared his defence in the first trial for genocide since Nuremberg. This treatment of an accused is a flagrant violation of the Statute of the Tribunal and the fundamental principles of Human Rights. It is also totally different from the treatment of accused persons at Nuremberg: the Court in Nuremberg painstakingly ensured that this fundamental right of every accused to choose his own Defence Counsel was respected. According to some information available to the Appellant, the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia recognizes the right of an accused person to choose his own attorney who is

[935] These grounds of appeal appear as reflected in the original filed and therefore contain the same errors or omissions.
[936] Ground 22.
[937] Ground 23.
[938] Ground 33.
[939] Ground 38.

subsequently assigned by the Registrar. This is an error in law that goes to jurisdiction causing irreparable prejudice to the Appellant. The Appellant will show proof of this violation of his fundamental right and of its consequences.

(b) After the registrar imposed on the Appellant the two Counsel he did not want, he fired them and asked to defend himself. For three days, he defended himself and asked the witnesses questions. The Court illegally allowed the two fired Counsel, Patrice Monthé and Nicholas Tiangaye, to ask questions. The Court then forced the Appellant to accept these two Counsel thereby violating the Tribunal's Statute that allows an accused to defend himself. This is an error of law which goes to jurisdiction and is in violation of the Statute of the tribunal.

(c) When the Court imposed upon the Accused the two Counsel whom he did not know and did not want, Judge Laïty Kama told him that the attorneys were competent and that he did not have the right to represent himself. But, at the time of the closing arguments by the Prosecutor, the two Counsel considered "competent" by Judge Kama were absent. The Court asked the Prosecutor to present his arguments in the absence of the two Counsel. And, this part of the trial continued without the appellant being represented. The Court committed an error of law which goes to jurisdiction.[940]

B. Second ground of appeal: Akayesu was denied the right to a competent Counsel.

First notice of appeal

The Chamber objected to the presentation of 19 important Defence witnesses, thus committing an error which goes to jurisdiction, in violation of the Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) as well as the basic rights of the Accused.[941]

The Accused was not represented by a competent lawyer. All the lawyer did was to bungle the entire case.[942]

The Chamber called General Dallaire as an expert witness, thus causing an irreparable prejudice to the Appellant.[943]

The Chamber lost all jurisdiction by asking the Prosecutor to present her arguments in the absence of Counsel for Accused.[944]

Second notice of appeal

The Accused was deprived of his right to full answer and defence because he was deprived of the right to a full defence by a competent or appropriate Counsel. The trial was totally affected by this violation causing a complete denial of justice for the Accused. The errors include among others:

940 Part I.
941 Ground 7.
942 Ground 25.
943 Ground 26.
944 Ground 27.

5901/Abs

(i) The two attorneys assigned to defend him at the beginning of the trial had no choice but to ask for a postponement. They did not know the Accused, were not apprised of the evidence and could not defend the Accused adequately. For a fair defence, an accused person must be able to exchange and discuss the issues of the trial with his Counsel, decide if he has confidence in his Counsel, and inform him of all the details of the trial. This all must be done well in advance. It is all the more important given the seriousness of the charges – genocide and crimes against humanity - the eventual penalty and the stigma attached to a conviction.

a. The two assigned attorneys did not contact John Scheers who had already accomplished a great deal of work for the Accused.

b. The attorneys committed an unacceptable error in calling in defence as an expert witness the Canadian Romeo Dallaire. He was no more than an eyewitness. They could not therefore cross-examine General Dallaire on his close relations with General Paul Kagame, present dictator of Rwanda , nor on his divergent points of view such as his interview on French CBC television on 14 September 1994, where he said:

> Question from the Audience: Was it a two-sided genocide, as much by the Hutu as by the Tutsi?
>
> Dallaire: I would say that there was a national genocide, rather a genocide of a political nature, but not purely ethnic. Many Hutu and many Tutsi were killed. I would not deny that there were massacres behind the lines of the RPF just like there were massacres on the other side. But there is a wish to bring those people to justice and have them answer for their acts. Both sides should be sent to Court.
>
> (…)
>
> Jean-François Lépine from the Canadian Broadcasting Corporation.
>
> (…) the assassination of the President allowed for the implementation of a plan that existed, a plan of extermination?
>
> Dallaire: One hypothesis, there are dozens of hypotheses (…) rather on the political level, to eliminate the coalition of moderates. (…) But the excesses which we witnessed go much beyond that which could be conceived . But there was a process of political destruction of the moderates. (…) But, never, I think, could anyone have planned the scope of the excesses.
>
> Source: *Roméo Dallaire: un homme d'honneur*/ Societé Radio Canada
> Le point, 14 Septmber 1994. Duration 27 min. 30 sec.

c. The attorneys made unacceptable admissions in the trial. The most serious is to have conceded that on legal terms a genocide had taken place in Rwanda in 1994.

d. The attorneys did not call one or more expert witnesses to counter the dubious expert testimony of Alision DesForges. In this appeal, the Appellant will correct this failing.

e. Counsel admitted several other uncorroborated facts the details of which will be systematically provided from transcripts of hearings.

(vii) With respect to the syndicate of false witnesses paid and prepared for testimony before the International Criminal Tribunal for Rwanda, the attorneys failed to make specific evidence concerning each prosecution witness as required by Common Law.

(viii) The attorneys did not ask the Appellant to testify to counter specific allegations of several witnesses thereby committing an error in Common Law.[945]

In its haste to end the trial, the Court deprived the Appellant of his right to full answer and defence by illegally refusing the testimony of fourteen important Defence witnesses. This error of law and fact and law goes to juristiction.[946]

The Court erred in law in deciding that General Romeo Dallaire was an expert witness thereby causing a miscarriage of justice. Dallaire was witness on fact and nothing else.[947]

C. Third Ground of appeal: Biased and Partisan Tribunal

First notice of appeal

The Trial Chamber is not neutral. Evidence thereof will be made on appeal. In particular, its members spoke on several occasions about the collective guilt of the Hutu, of whom the Accused is one.[948]

The Chamber ruled *ultra petita* that there was a planned genocide in Rwanda between April and July 1994.[949]

It is impossible for an accused to enjoy a fair trial in the context of continuous warfare in the region and in the context of intimidation and killing of potential Defence witnesses.[950]

Second notice of appeal[951]

(e) The Court was illegally formed by the Security Council contrary to the provisions of the Charter of the United Nations thus judgement rendered is totally invalid.

(f) The Court is not neutral. The only accused are from one side of the conflict. The Ugandan RPF aggressors are totally unpunished and only those on the resistance side are accused for excesses apparently committed in the final phases of the four-year war of invasion, illegal under African law. The final phase commenced with the missile attack on the Presidential airplane on 6 April 1994. For example, the Gersony Report, accepted by the High Commissioner of the United Nations, confirmed that the victorious RPF had murdered at least 30,000 persons, mostly Hutu, between June and September 1994. There are no accusations based on this report hidden from the public for the last four years.

---

945 Part Two.
946 Ground 4 (v).
947 Ground 4(y).
948 Ground 9.
949 Ground 29.
950 Ground 34.
951 As mentioned above, the Appeals Chamber recalls that the grounds of appeal appear as framed and presented by Akayesu himself. Errors in numbering stand therefore left uncorrected.

5899/Abis

(g) The members of the Court are not neutral. Judge Laïty Kama has behaved in a highly partisan manner. He sees his mission as one of punishing the authors of "genocide". He made public statements on several occasions about the collective guilt of the prisoners such as the arrest of "big fish". In a speech in Ethiopia, he spoke of where the convicted should serve their sentence. Had he decided that he would convict some accused? Proof of this allegation, though known to all the parties before the Tribunal, will be offered at the hearing on the merits of this appeal.

(h) Judge Laïty Kama has also systematically violated the presumption of innocence of the Appellant. When several witnesses, alleged to be victims of sexual violence, finished testifying, he expressed sympathy for their suffering even before the Defence had begun. He decided they were telling the truth in advance. The Appellant contested this evidence which was eventually accepted in the final judgement. By deciding in advance that the witnesses were telling the truth, the judge violated the presumption of innocence, thereby invalidating the entire trial.

(i) Judge Navanethem Pillay also violated systematically the presumption of innocence of the Appellant. She went on a public speaking tour before the defence had begun. Without commenting on individual testimony, she stated publicly on 12 November 1997, on a radio program on the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) that victims of sexual violence in Rwanda don't dare use explicit sexual words. The only proof to that effect is a declaration by Prosecutor, Pierre-Richard Prosper. She also spoke of 200,000 victims of sexual violence and a political strategy of sexual violence none of which was proven properly before the Court. She made similar comments in at least one magazine and at a colloquium at York University, Toronto. She violated hereby the presumption of innocence of the Appellant. Proof thereof will be made at the hearing of this appeal. This error invalidates the final judgement.

(j) Judge Lennart Aspegren made the well-known comment that the prisoners at Arusha are too well treated as if he was echoing complaints of the Kigali Government. Proof will be made at the hearing of this appeal. He violated the presumption of innocence of the Appellant and his duty of neutrality.

(k) There is another ground for finding bias in the Court in its fact finding. The Court erred in law and in fact in referring on nine occasions without exception to the missile attack on the Presidential airplane which took place on 6 April 1994 as a "crash". (Judgement in English). It was not a "crash" but rather an attack by a land to air missile. This attack, which sparked the political and interethnic conflict which began in April 1994, was wrongly classified and therefore affected the appreciation of evidence as a whole. A crash could be an accident while a missile attack on the airplane carrying two Hutu presidents has highly political connotations and consequences. The Court put its head in the sand concerning the key issue: Who is responsible for the missile that killed the President of Rwanda, a country under siege in a four-year war of invasion? In committing this monumental factual error, the Tribunal caused a miscarriage of justice for the Appellant.

(l) It is impossible for the Accused to be tried fairly in the context of continual war in the region and the context of intimidation and assassination of real or potential witnesses for the Defence. The aggressive war on Rwanda by Uganda and the Rwandan Patriotic Front was transformed into a war of aggression by Rwanda and Uganda against Zaire (1996-1997) and then against the Congo-Zaire since 2 August 1998. War is raging in the interior of Rwanda. Rwanda is a monoethnic dictatorship. The Rwandan Patriotic Front uses terror throughout Africa, Europe and in Canada. Any witness expressing ideas contrary to the position of the RPF risks his life. One might mention the case of Mr. Fidèle Uwiyeze, a witness from Rwanda concerning the Remera Brigade. According to Amnesty International, he has disappeared and is presumed dead.

Furthermore, there is no agreement with countries such as Kenya so that potential witnesses can return there after testifying. Many of such witnesses are illegal residents of Kenya. Several witnesses for the Appellant are afraid and did not testify. The only remedy is to order a stay of proceedings.

(m) The Court is not functional, lacking a subpoena power, a power to force the appearance of witnesses. The only real power of constraint held by the Court is its power - legally dubious at that- to force the arrest of a suspect in a third country and his/her transfer -also probably illegal- to the seat of the Tribunal in Arusha. This power imbalance-a real power to arrest accused wherever they are as opposed to the absence of a power to force the attendance of a witness from afar causes a miscarriage of justice for the Defence. Furthermore, it is up to the accused to justify the calling of witnesses while generally in an accusatory legal system, the accused chooses his witnesses without the intervention of the Court.

(n) The Tribunal erred in fact and in law by characterizing the conflict in Rwanda in 1994 as an internal armed conflict. On the contrary, it was an illegal war by Uganda against Rwanda. On 22 September 1998, President Yoweri Museveni of Uganda even admitted to the Ugandan Parliament that his country had participated materially in favour of the Rwandan Patriotic Front in the four-year war. The consequence of this error is a full misunderstanding of the conflict. Those who resisted aggression and the infiltration of the enemy become the guilty ones, the "genociders" and those who collaborated with the veritable war makers are considered the victims. This error caused a miscarriage of justice.

(o) In the same way, the Court made a major error in concluding that it was necessary to distinguish fully between the military conflict between the Rwandan Patriotic Front (RPF) and the Rwandan Armed Forces (RAF) and the conflict between those who were not ostensibly military personnel. RPF had members infiltrating Rwanda since October 1990. The parties in this "civil" conflict coincided exactly with those of the military conflict and were inseparable. This specious distinction is contrary to the facts entered into evidence, contrary to additional facts to be adduced and caused a miscarriage of justice for the Appellant.

(p) The Tribunal ruled *ultra petita* that there was genocide in Rwanda between April and July 1994. To decide on the Appellant's case, as the Court admitted, it was not necessary to decide whether or not there was genocide in Rwanda between April and July 1994. The Appellant submits that the Court made a political declaration that was unnecessary. A court has no right to go beyond the facts and issues necessary to resolve the issue before it.

(q) The Court erred in concluding that there had been a planned genocide against the Tutsi in Rwanda between April and July 1994.[952]

D. Fourth ground of Appeal: other fatal errors invalidating the guilty verdict.

1. *First sub-ground: illegal amendment of the initial indictment.*

First notice of appeal

[952] Part III.

5897/A bis

The Chamber, composed of Judge Laïty Kama, Judge Navanethem Pillay, Judge Lennart Aspegren, accepted an amendment to the indictment, thereupon adding the crimes of rape, at the behest of the Prosecutor, on a third party. Logically, these judges should have stood down, yet they are the same who constituted the bench that tried the Accused contrary to established general principles of law.[953]

Second notice of appeal

On 17 June 1997, the Tribunal erred in law in allowing the amendment of the indictment to include three new counts of sexual violence.[954]

2. *Second sub-ground: unlawful use of prior statements*

First notice of appeal

Disclosure was inadequate because the Prosecutor supplied names of witnesses too late, thereby impeding the preparation of a full answer and defence.[955]

Second notice of appeal

The Court erred in taking collective blanket decision to consider as more truthful the witness statements before the Court as opposed to their prior out-of-court statements. Whenever there is divergence between a statement made in court and one made out of court, the Court must consider on an individual basis-witness by witness and statement by statement – the divergences between the out- of- court statement and the statement in Court. In taking a blanket decision, the Court violated the presumption of innocence and favoured unduly Prosecution witnesses thereby causing a miscarriage of justice.[956]

3. *Third sub-ground: the non-application of the criteria of reasonable doubt, errors of fact*

First notice of appeal

In its judgement, the Trial Chamber drew fallacious conclusions as a result of its poor knowledge of the geography of Taba *commune*. Furthermore, it did not take into consideration the discrepancies in the timetable of the Accused contained in the accounts of Prosecution witnesses.[957]

The Chamber based its judgement solely on the testimonies of Prosecution witnesses, having dismissed beforehand the testimonies of Defence witnesses. This will be amply demonstrated.[958]

The Chamber often attributed probative value to irrelevant testimony.[959]

---

953 Ground 37.
954 Ground 4(t).
955 Ground 33.
956 Ground 4(bb).
957 Ground 2.
958 Ground 3.
959 Ground 4.

The Chamber did not take into account serious contradictions in the testimony of Prosecution witnesses.[960]

The Chamber contradicted itself on many points of fact.[961]

In Canada, Judge Navanethem Pillay of Trial Chamber I made public pronouncements on the credibility of Prosecution witnesses even before the Defence had presented its evidence, thereby demonstrating her flagrant partiality.[962]

In New York, Judge Laïty Kama, for his part, publicly admitted that there was evidence of rape prior to the presentation of evidence by the Defence, and equally demonstrating his prejudgment.[963]

The Chamber dismissed without any valid grounds therefor the motion by the Accused for an inspection of the site for the purpose of forensic analysis.[964]

Second notice of appeal

The Court rendered its judgement using the wrong burden of proof, by applying the standard of the "balance of probabilities" rather than the standard of "beyond all reasonable doubt."[965]

The Court distorted the testimony of several witnesses. For example, it concluded that the Appellant was looking for Tutsis whereas the evidence shows that he was looking for RPF infiltrators.[966]

4. Fourth sub-ground: out-of-court evidence

Amended in the Decision of 24 May 2000[967]

The Tribunal rendered its judgement on the basis of out-of-court evidence, without the trial of the Appellant, in the absence of the accused and without his knowledge. The presumed change in the attitudes of the *préfets* and *bourgmestres* following the meeting of 18 April 1994 and the presumed change in the attitude of the Appellant, was the core of the trial. Whereas in the trial of Georges Rutaganda on 14 October 1997, the Tribunal *proprio motu* or officially made comments appreciating the evidence tendered in the trial of the Appellant during the testimony of expert Filip Reynjtens and put questions to the latter that were directly material to the trial of the Appellant. The expert testified on those issues. Furthermore, the trial Chamber allowed expert Filip Reynjtens to make negative and disparaging comments on the case-file of the Appellant without any objections whatsoever. That error alone is an error in law (miscarriage of justice) which invalidates the decision. This will be demonstrated at the hearing of this appeal.

[960] Ground 5.
[961] Ground 12.
[962] Ground 14.
[963] Ground 15.
[964] Ground 31.
[965] Ground 4(r).
[966] Ground 4(dd).
[967] Ground 24, First notice of appeal and ground 4(s), Second notice of appeal.

5895Abis

5. Other issues

(a) Judicial notice of United Nations investigation reports

Second notice of appeal

The Court erred in deciding that it could take judicial notice of some reports the contents of which are contested by the Appellant.[968]

(b) Interpretation

First notice of appeal

The Chamber used the services of an interpreter, a member of ARFM, to interpret the testimony of women who had come to testify on rape, whereas the said interpreter had just organized demonstrations in Kigali against sexual assault. ARFM is the association of Rwandan Media Women, well known for their political activities, and backed by the Tutsi regime in Kigali.[969]

(c) Inaccurate transcripts

First notice of appeal

The Appellant notes that the transcripts of his trial are not accurate and are not in conformity with the cassettes of the hearings, which prevented him from preparing his defence as he would have liked to.[970]

Second notice of appeal

The Appellant notes that, according to preliminary information, the transcripts of his trial are not accurate and in conformity with audio tape recordings of the hearings and that important points are missing.[971]

(d) Disclosure of evidence

Second Notice of appeal

The disclosure was inadequate because the prosecution provided witness names too late thereby preventing the preparation of a full defence. Not all statements were disclosed. The Prosecutor had about 90 hours of video or sound recordings of declarations of Jean Kambanda concerning the events dealt with in the judgement. The obligation to disclose, whether it be relevant or non-relevant, is not at the discretion of the Prosecutor but it is almost absolute. The Prosecutor had the obligation to disclose all the declarations of Jean Kambanda along with a detailed account of detention separate from the other accused without a lawyer and his handling by

968 Ground 4(u). The reports referred to by Akayesu are not contained in the annex.
969 Ground 21.
970 Ground 35.
971 Groud 7.

Canadian policeman Pierre Duclos. The Appellant requests the Appeals Chamber of this Court to order disclosure.[972]

(e) Expert witnesses

First notice of appeal

The Chamber took for irrefutable and universal truth the testimonies of Alison DesForges and Mathias Ruzindana, whereas their opinions are challenged in academic and scientific circles, or by other experts. The Defence did not have an opportunity to present its own expert witness to rebut their testimonies.[973]

(f) Witness protection

First notice of appeal

The Presiding Judge of Trial Chamber I and the Prosecution Counsel, Richard Proper, respectively disclosed the identity and address of DFX, Witness for the Accused, whereas he was a protected Witness. The grave consequences that ensued were characterized, in particular, by threats to the security of Witness DFX, and the refusal of certain witnesses to come and testify in favour of the Appellant.[974]

Second notice of appeal

The Court did not respect its own rules nor enforce the respect for these rules concerning the protection of witnesses and the non-publication of their identities thereby depriving the Appellant of the right to call other witnesses who would then be afraid to testify. The name of his wife and the identity of the *préfet* of Gitarama were rendered public.[975]

(g) Pressure on witnesses and intervention by the Tribunal

The Chamber discriminated against certain Defence witnesses. In certain cases, it did not hesitate to intimidate them.[976]

(h) Informal conversation between a judge and a witness during proceedings

First notice of appeal

On more than one occasion, the Chamber allowed questions to be put to witnesses while the Appellant conferred with his Counsel, thus causing prejudice to the Appellant.[977]

---

[972] Ground 4(cc).
[973] Ground 17.
[974] Ground 18.
[975] Ground 4(x).
[976] Ground 8.
[977] Ground 32.

5893/A bis

Second notice of appeal

On at least one occasion, a member of the Tribunal, Judge Aspegren, continued asking questions to a witness while the Appellant was speaking with his lawyer causing a serious prejudice to the Appellant.[978]

E. Fifth ground of appeal: Total absence of the rule of law

The Court was formed to bring the Rule of law to Rwanda and to end a so-called "culture of impunity". Since 1994, impunity is the rule for the new murderous dictators of Rwanda concerning their acts in Rwanda, in the east of Congo-Zaire from late 1996, 1997 and through 1998. The Prosecutor, Appeal Justice Louise Arbour from Canada hired a Canadian policeman, Pierre Duclos, known for fabricating false evidence in the Matticks affair. Duclos was assigned to "handle" former Prime Minister Jean Kambanda. The behaviour of the Court and its administration and the systematic violation of the Appellant's fundamental rights as described in this notice of appeal would not be acceptable in Canada and in the Court of Appeal of Ontario from which the Appeal Justice Louise Arbour received leave to work as Chief Prosecutor for this Court. The Appellant has the right to recover his human dignity and his freedom.[979]

F. Sixth ground of appeal: Improper hearsay evidence

First notice of appeal

In rendering its judgement, the Chamber lent credence to hearsay.[980]

The Chamber lent credence to circumstantial evidence not supported by any real evidence.[981]

Added to the Decision of 24 May 2000

The Tribunal acted unlawfully by admitting without verifying the credibility of hearsay evidence thereby violating Sub-Rule 89 (C) of the Rules of Procedure and Evidence and disregarding the Judgement rendered in the *Prosecutor v. Tadic*·

G. Seventh Ground of Appeal: Irregularities in the examination and cross-examination

First Notice of Appeal

The Chamber refuted the manner in which Counsel cross-examined Defence witnesses, whereas the Prosecution had recourse, albeit unperturbed, to the same methods in respect of Prosecution witness.[982]

---

[978] Ground 4(aa).
[979] Part V (para. ee).
[980] Ground 10.
[981] Ground 11.
[982] Ground 1.

The Accused was deprived of his right to cross-examine witnesses.[983]

Added in the Decision of 24 May 2000

At the beginning of the trial, at the hearing of 15 January 1997, Presiding Judge Laïty Kama did not allow the Accused to ask leading questions in cross-examination of a Prosecution witness. Judge Kama made a policy statement on this issue. Such prohibition is unlawful. Leading questions are almost always allowed in cross-examination. On the other hand, Judge Kama allowed the Prosecution to put leading questions to its own witnesses on many occasions during the proceedings. Leading questions by a Counsel to his own witness are in principle not allowed.

H. Eighth Ground of Appeal : Unlawful disclosure of Defence Witness Statements

Added in the Decision of 24 May 2000

On 28 January 1997, the Tribunal ordered that the Prosecutor should disclose to the Tribunal all witness statements and that all the statements referred to by the Prosecution or the Defence must be filed as exhibits. The final judgment establishes it.

I. Ninth Ground of Appeal : the letter of Witness DAAX to the Judges

Added in the Decision of 24 May 2000

During the Appellant's trial, on 3 March 1998 more specifically, Witness DAAX testified "for the Defence" in camera.

Witness DAAX, potentially a Prosecution witness at the outset, should normally have testified for the Prosecution, but the Prosecutor did not call him both because fear made the witness hesitant to come to testify and because such testimony as he would give would be favourable to the Defence, notably in view of his previous statement.

As the Prosecutor did not want to call Witness DAAX, the Defence, who was unable to secure the appearance of the witnesses it had cited, "recuperated" said witness and obtained that he testify "for the Defence" with leave of the Tribunal. DAAX accordingly testified for the Defence on 3 March 1998, upon being summoned as a Defence witness.

Prior to his 3 March 1998 testimony, the issue of the personal safety of the witness had been discussed in camera in the Chambers of the President of the Tribunal, Judge Laïty Kama, in the presence of Counsellors Pierre –Prosper Richard and James Stewart of the Office of the Prosecutor, Counsellor Nicolas Tiangaye, Defence Counsel, and Roland Amoussouga, OIC of the Witness Support Section. (The Minutes or conclusions of this meeting do not appear in the trial record).

Discussions at that meeting reportedly bore on the danger to the personal safety of the witness to leave Kigali to testify for the Defence, as shown by the motion filed by the Witness Support Section on 18 February 1998 (Case File, vol. VI, no. 84). In spite of the witness's fear and the dangers explained by the Witness Support Section, the witness accepted to testify.

[983] Ground 20.

5891/A bis

Another aspect of said testimony relates to its selective nature: the witness forgot facts material to the defence of the Accused, notably the requests he made for more *gendarmes* before 18 April 1994 as well as the statements he made at the meetings of 18 April at Murambi to the same purpose.

Such public blunders, indeed serious, did not end there : on the same day, after testifying, Witness DAAX wrote a confidential letter (Exhibit R-1) to Judges Kama, Aspegren and Pillay because he deemed it "proper, to recall or add to the questions or responses addressed to me or my representatives at the time of my appearance and, which, in my opinion would be of interest to the Accused, who did not call me and to the International Criminal Tribunal …" That letter raises five (5) issues:

The witness wonders why the Accused wore a military shirt and carried an army rifle in spite of his advice or order (this point was raised during public testimony);

He wonders why the former *bourgmestre* of Musambira claims that the accused participated in the attacks on certain families and killed Tutsis in the evening of 19 April 1994 (this point was not raised during public testimony). That is pure informatory incrimination or accusatory defamation, based on hearsay without any possibility for the accused to defend himself;

He asks himself what the accused's motives were in not warning the *Préfet* of "a widespread *Interahamwe* attack on a particular group of displaced persons or on a particular group of families" but merely reported a few acts of intimidation. That matter (alleged widespread attack on an unknown date) was not part of the testimony and is another malicious attack on the Accused, behind his back, without any possibility of answer or defence;

He wonders why the accused was not removed from office following the "highly applauded recommendation from Justin Mugenzi", a Minister under Kambanda. In plain language, DAAX insinuates that the accused was not removed because he was collaborating with the Government. Once again, the letter insinuates responsibility, by collaboration, behind the back of the accused who can do nothing to respond to something never raised in the course of the public testimony;

Lastly, he wonders why the accused-appellant stayed with the *Interahamwe* and their leaders "until he fled with them as a group, although it was known that most of the more serious *bourgmestres,* not directly involved in acts of widespread genocide, has stayed in Rwanda so as to disassociate themselves, however belatedly, from that genocidal Government". That opinion, negative and aggressive towards the accused is not found in the principal testimony; that was the stab in the back of the accused from a witness provided by the Prosecution and supposedly favourable to the Defence.

It is presumed that the letter, terribly damaging to the accused, was received and read by those to whom it was addressed: the judges, the Prosecution and Defence. Nothing in the Tribunal's records points to the contrary. The Appellant received a copy and is privy to information that this important missive was well and truly read by those to whom it was addressed.

Witness DAAX returned to Kigali after testifying and was arrested on 1 May 1998; he was detained at the *Gendarmerie* in Remera, then transferred to the military detention unit of the Presidential Guard at Kimihurura in Kigali, then moved to another military detention unit at Mulindi and ultimately sent to the Kimironko prison a few months later (we can prove this).

The Appellant claims that it was impossible to have a fair trial under the circumstances:

It is impossible to challenge the DAAX type of testimony, despite the considerable and irreparable prejudice caused, particularly on account of its concealment, its new and unexpected accusations (unconnected with evidence in open court) and the insinuations, opinions and condemnations conveyed therein;

Private communication between a witness, particularly a Government sponsored witness, and the Chamber is inadmissible evidence in all properly constituted legal systems and violates the fundamental principle of mandatory public hearings in criminal matters;

In the instant, there was moreover a violation of the principle of:

Public trial proceedings, and

The right to a fair and open trial,

as set forth under Rules 78 and 80 of the *Rules of Procedure and Evidence* and upheld by Common Law.
Scott et al. v. Scott, **[1913] A.C. 417, 463 (H.L)**
McPherson v. McPherson, **[1936] A. C. 177 (P.C.P)**
Addis v. Crocker et al., **[1960] 3 Weekly Law Reports 339, 345 and 346 (C. A. England)**

The Appellant was denied his right to cross-examine the witness which is a "constitutional error of the first magnitude", see *Davis v. Alaska,* ruling of the Supreme Court of the United States as cited in the *United States vs. Baglev* 473 U. S. 667, 105 S. Ct. 3375. 87 L. Ed 481 (1985), and there has been an offence against fundamental standards of a fair trial under any criminal law system : see, in particular, the opinion of Judge White in *Duncan vs. Louisiana,* 391 U. S. 145, 88 S. Ct. 1444, 20 L. Ed. 491 (1968).

Counsel for Defence were deficient and negligent and deprived the accused of his right to complete answer and defence and a fair trial. The devastating effect on the rights of the Appellant caused by the comments, insinuations and questioned voiced by DAAX, particularly in the private communication with the Judges, should have called for energetic and vigorous measures for protection and restoration of those rights. There was failure to take such measures and that negligence led to a "miscarriage of justice", which could have been avoided by Counsel totally committed to the cause of the Accused.

As we will show, analysis of the principle legal systems indicates that an incompetent defence of the accused makes the trial unfair and results in a miscarriage of justice. We note that precedent on the issue of incompetence of Defence Counsel is scanty because accused have in general, been represented by Counsel of their choice with whom they maintain harmonious relations. As the Accused was deprived of that right and was not afforded the vigorous, effective and independent defence he had expected, defence incompetence provides serious grounds for retrial.

The Appellant submits that the verdict could have been a different one had he been more vigorously assisted to provide full answer and defence.

J. Tenth Ground of Appeal : Unlawful detention

5889/Abis

[984] *Proposed Ground of Appeal (Decision of 22 August 2000)*

The Prosecutor detained the Appellant unlawfully on 22 November 1995, until his appearance on 30 May 1996. He was deprived of his right to know the cause for his detention. The Appellant himself and through his Counsel Johan Scheers complained about his unlawful detention.

K. Eleventh Ground of Appeal : Appeal Against Sentencing Judgment[984]

1. First Ground of Appeal Against Sentence

The Appellant was deprived of his fundamental right to defence by an attorney at the sentence hearing on 28 September 1998. He requested an attorney and was willfully deprived of this fundamental right by the Tribunal. The Tribunal lost all jurisdiction over the Appellant as result of its most unconscionable behaviour.

2. Second Ground of Appeal Against Sentence

On 2 October 1998, the Tribunal illegally deprived the Appellant of his right to address the Tribunal. Its inconscionable actions once again confirm the loss of all jurisdiction and moral authority.

3. Third Ground of Appeal Against Sentence

The sentence is unreasonable and unwarranted.

[984] Notice of Appeal against sentence, para. 24.

ANNEX C:

GLOSSARY

A. Filings of the parties

1. Jean-Paul Akayesu's Appeal

First Notice of Appeal	Letter of 1 October 1998
Second Notice of Appeal	Notice of Appeal, filed on 2 October 1998
Notice of Appeal Against Sentence	Notice of Appeal of Sentence rendered by the Chamber, filed on 2 November 1998
Akayesu's Brief	Appellant's Brief, filed on 7 July 2000
Prosecution's Response	Prosecution's Respondent Brief, filed on 4 September 2000
Akayesu's Reply	Appellant's Brief in Reply, filed on 19 September 2000

2. Prosecutor's Appeal

Prosecution's Notice of Appeal	Notice of Appeal, filed on 2 October 1998
Notice abandoning Ground 6	Notice abandoning Ground six (6) of the Prosecution's Notice of Appeal dated 2 October 1998, filed on 15 October 1999
Prosecution's Brief	Prosecutor's Appellant Brief, filed on 10 July 2000
Akayesu's Response	Motion for inadmissibility of the Appellant's Brief and Respondent's Brief, filed on 24 July 2000
Annex to Akayesu's Response	Motion for inadmissibility of the Appellant's Brief and Respondent's Brief, annex, *Borowski v. Canada* (Attorney General), [1989], 1, S.C.R 342, filed on 25 July 2000
Prosecution's Reply	Prosecution's Brief in Reply, filed on 19 September 2000

5887/A bis

B. Other references

Akayesu or Appellant	Jean-Paul Akayesu
Archbold 2000	*Archbold 2000, Criminal Pleading Evidence and Practice (2000, Sweet and Maxwell), Eds. Richardson and Thomas (Sentencing Editor)*
Alesksovski Appeal Judgement	*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski,* Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000 (Appeals Chamber of ICTY)
Appeals Chamber	The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January and 31 December 1994
Additional Protocol I	1977 Geneva Protocol I Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, 12 December 1977
Additional Protocol II	1977 Geneva Protocol II Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of victims of Non International Armed Conflicts, 12 December 1977
Barayagwiza Decision	Decision, *Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor,* Case No. ICTR-97-19-AR72, 3 November 2000
Blaskic Judgement	*The Prosecutor v. Tihomir Blaskic,* Case No. UIT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000 (ICTY Appeals Chamber)
Celebici Appeal Judgement	*The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.,* Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 (Appeals Chamber of ICTY)
Common Article 3	Article 3 common to the four Geneva Conventions of 1949

Celebici Judgement	*The Prosecutor v. Zejnil Delalic et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgement, 16 November 1998.
Decision of 17 April 2000	*Decision (Requests 1 and 7 of Mémoire de l'Appelant concernant les Requetes suivantes visées par ordonnance comportant calendrier du 30 novembre 1999 (regarding record on appeal)*, rendered on 17 April 2000
Decision of 24 May 2000	Decision (Concerning Motions 2, 3,4, 5, 6 and 8 Appellant's Brief Relative to the following Motions Referred to by the Order dated 30 November 1999), rendered on 24 May 2000
Decision of 22 August 2000	Decision (on the Consolidation or Summarization of Motions not yet Disposed of), rendered on 22 August 2000
Erdemovic Appeal Judgement	*The Prosecutor v. Drazen Erdemovic* , Case No. IT-96-22-A, Judgement, 7 October 1997 (Appeals Chamber of ICTY)
Eur Ct HR	European Court of Human Rights
European Convention on Human Rights	European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950
Furundzija Appeal Judgement	*The Prosecutor v. Anto Furundzija,* Case No. IT-95-17/1-A, Judgement, 21 July 2000 (Appeals Chamber of ICTY)
First *Erdemovic* Sentencing Judgement	*The Prosecutor v. Drazen Erdemovic,* Case No. IT-96-22-T, 29 November 1996 (ICTY Trial Chamber)
Geneva Convention IV	Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949
Hearings on Appeal	Hearings on oral arguments of the parties on appeal, 2 November 2000
Initial Indictment	Indictment in *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T, as confirmed on 16 February 1996
Indictment	Indictment in *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T, as amended

5885/Abu

	by Trial Chamber I on 17 June 1997
ILC	Report of the International Law Commission, 48th session, 6 May-26 July 1996, UNGA, 51st Session, Supplement No. 10 (A/51/10)
ICJ	International Court of Justice
ICRC Commentary	Pictet (ed.), Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958
ICRC Commentary on the Additional Protocol	Sandoz *et al.* (eds): Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949. International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987
ICCPR [International Covenant]	International Covenant on Civil and Political Rights (1966)
ICTY	International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991
The International Tribunal or the Tribunal	International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens responsible for genocide and other such violations committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994
Kambanda Appeal Judgement	*The Prosecutor v. Jean Kambanda,* Case No. ICTR-97-23-A, Judgement, 19 October 2000 (Appeals Chamber)
Kambanda Judgement	*The Prosecutor v. Jean Kambanda,* Case No. ICTR-97-23-S, Judgement, 4 September 1998 (Trial Chamber)
Kayishema/Ruzindana Judgement	*The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana,* Case No. ICTR-95-1-AT, 21 May 1999 (Trial Chamber)
Kunarac Judgement	*Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et. al.,* Case Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement,

	22 February 2001 (ICTY Trial Chamber)
Kupreskic Judgement	*Prosecutr v. Zoran Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16 T, Judgement , 4 January 2000 (ICTY Trial Chamber)
Musema Judgement	*The Prosecutor v. Alfred Musema,* Case No. ICTR-96-13-T, Judgement and Sentence, 27 January 2000 (Trial Chamber)
Prosecution	Office of the Prosecutor
Rutaganda Judgement	*The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda,* Case No. ICTR-96-3-T Judgement and Sentence, 6 December 1999 (Trial Chamber)
Report of the Secretary-General	Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 5 of Security Council resolution 955 (1994) .UN Doc. S/1995/134, 13 February 1995
Rules	Rules of Procedure and Evidence of the Tribunal
Resolution 955	Security Council resolution 955 (1994) UN Doc., S/RES/955, 8 November 1994 (Establishment of the Tribunal)
Rome Statute	Statute of the International Criminal Court, adopted at Rome on 17 July 1998, UN Doc. A/CONF.183/9
Serushago Sentencing Appeal Judgement	*Omar Serushago v. The Prosecutor,* Case No. ICTR-98-39-A, Reasons for Judgement, 6 April 2000 (Appeals Chamber)
Sentence	Sentence, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T, 2 October 1998 (Trial Chamber)
Second *Erdemovic* Sentencing Judgement	The *Prosecutor v. Drazen Erdemovic,* Case No. IT-96-22T *bis,* Sentencing Judgement 5 March 1998 (ICTY Trial Chamber)
Statute	Statute of the Tribunal
Tadic Appeal Judgement	*The Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999 (ICTY Appeals Chamber)

5883/A bis

Tadic Jurisdiction Decision	*Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 (ICTY Appeals Chamber)
Tadic Sentencing Appeal Judgement	*Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No. IT-94-1-A, and IT-94-1-A*bis,* Judgement in Sentencing Appeals, 26 January 2000 (ICTY Appeals Chamber)
Trial Chamber	Trial Chamber I of the International Tribunal
T	Transcripts of Trial proceedings in *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T. All page numbers referred to in this Judgement are those of the French unofficial and uncorrected version. Therefore, there could be some disparities in the page numbering between this Judgement and the final French version of the transcripts [Not applicable to the English version]
T (A)	Transcripts of the hearing on appeal held in Arusha (hearings of 1 and 2 November 2000). All page numbers of the transcripts of the hearings referred to in this Judgement are those of the unofficial and uncorrected French version. There could be some disparities in the page numbering between this Judgement and the final French version of the transcripts [Not applicable of the English version].
Tadic Additional Evidence Decision	*Prosecutor v. Dusko Tadic,* Case No. IT-94-1-A, Decision on Appellant's motion for the extension of the time-limit and admission of additional evidence, 15 October 1998 (ICTY Appeals Chamber)
Trial Judgement	*The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu,* Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998 (Trial Chamber)

UNITED NATIONS
NATIONS UNIES

COURT MANAGEMENT
ADMINISTRATION DES CHAMBRES

Arusha International Conference Centre
P.O.Box 6016, Arusha, Tanzania - B.P. 6016, Arusha, Tanzanie
Tel: 255 57 504207-11 504367-72 or 1 212 963 2850 Fax: 255 57 504000/504373 or 1 212 963 2848/49

APPEALS - PROOF OF SERVICE – BY FAX
PREUVE DE NOTIFICATION - CHAMBRE D'APPEL – PAR FAX

Date:	23 November, 2001	Case Name / *affaire:*	JEAN PAUL AKAYESU vs. The Prosecutor
		Case No / *no. de l'affaire*:	ICTR-96-4-A

To: / *A:*

Matar Diop, Legal Officer,
Rosette Muzigo Morrison, Legal Officer,
Appeals Unit, The Hague
For onward transmission to the Appeals Judges:

- ☒ Judge / *Juge* Claude Jorda, President / *Président*
- ☒ Judge / *Juge* Mohamed Shahabuddeen
- ☒ Judge / *Juge* Lal Chand Vohrah
- ☒ Judge / *Juge* Rafael Nieto-Navia
- ☒ Judge / *Juge* Fausto Pocar

ACCUSED / DEFENSE

☒ **AKAYESU** Accused / *Accusé* (see / *voir* "CMS4")
☒ **JOHN PHILPOT Lead Counsel** / *Conseil Principal*: ☐ In Arusha / à Arusha (see / *voir* CMS3) ☐ Fax:
☐ **ANDRE TRAMBLEY** Co-Counsel / *Conseil Adjoint*: ☐ Arusha (see / *voir* CMS3) ☐ Fax:

OTP / *BUREAU DU PROCUREUR*

☒ C. del Ponte, Prosecutor ☐ B. Muna, Deputy Prosecutor ☐ K. Fleming, OIC, Prosecutions
☒ OTP, Trial Attorney in charge of case (name)
☒ The Hague / *La Haye* ☐ Arusha (see / *voir* CMS3) ☐ Kigali

From: / *De:* ☐ JP. Fomété ☒ F. Talon Ahoundedgbo ☐ Nadine Cavanihac ☐ Other:

CC: ☒ Registrar ☐ OLA, NY ☒ D. Reg. ☒ P&PA ☒ Spokesman ☐ WVSS-P ☐ WVSS-D ☒ LDFMS ☒ GLSS

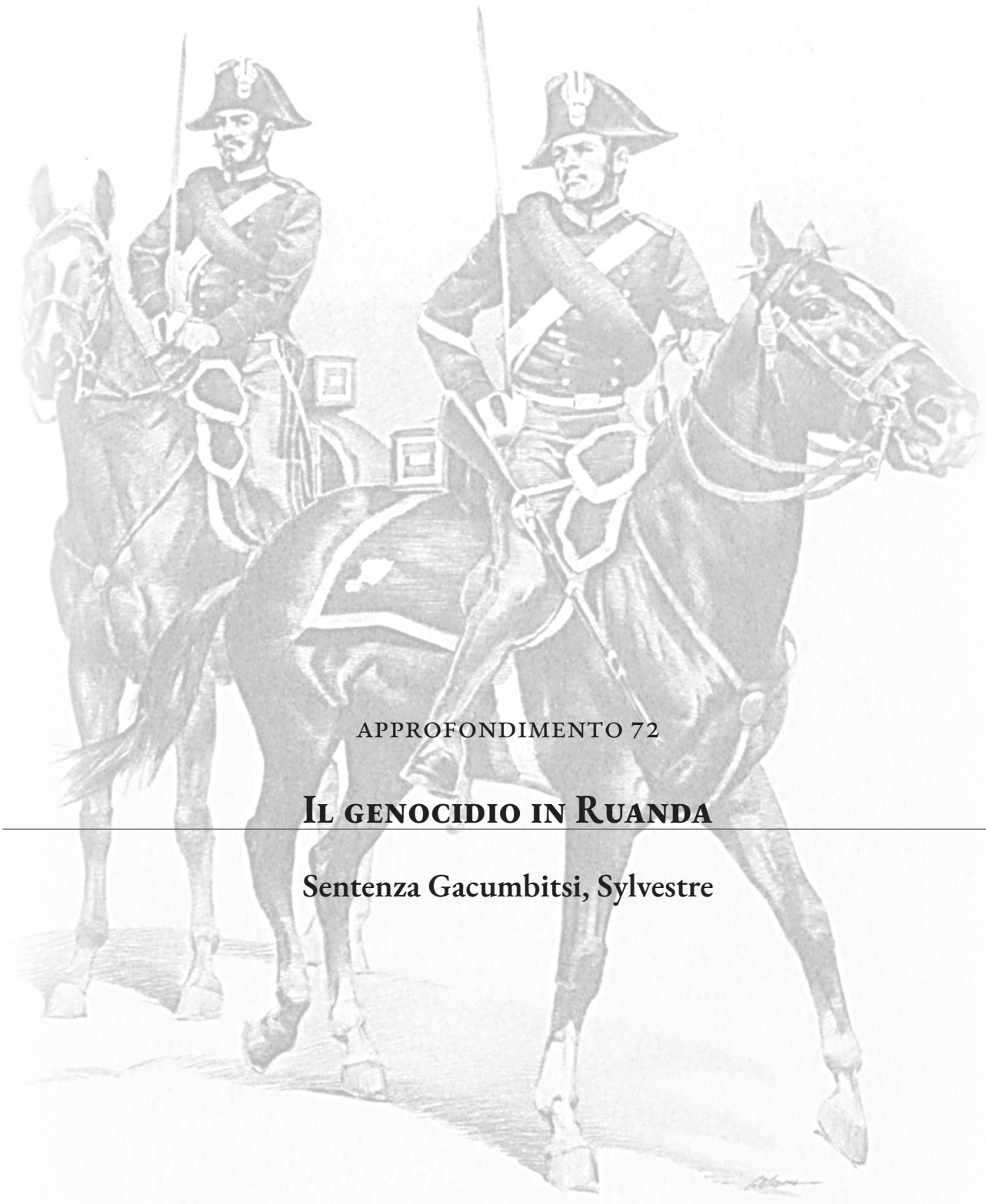
Subject / *Objet:* **Kindly find attached the following documents / *Veuillez trouver en annexe les documents suivants*:**

Documents name / *titre du document*	Date Filed / *Date enregistré*	Pages
JUDGEMENT	**23/11/2001**	**172**

CENTRAL REGISTRY: ALL FAX TRANSMISSION SHEETS MUST BE ANNEXED TO THIS FORM
No. of pages transmitted including this cover sheet / *Nombre de pages transmises, page de garde comprise*:
In case of transmission difficulties, please contact: Central Registry / *En cas de difficulté de transmission, veuillez contacter:*
Tel: 212-963 4828 ext. 5333, 5063 Fax: 212-963 2848 Email: giani@un.org or lipscombe@un.org

C:\My Documents\cms3f

CMS 3F



APPROFONDIMENTO 72

Il genocidio in Ruanda

Sentenza Gacumbitsi, Sylvestre

Fonte: https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-96-04#appealsChamberJudgement

Condanna all'ergastolo confermata in appello il 7 luglio 2006

ICTR-2001-64-A
07 July 2006
(1797/H – 1668/H)

1797/H
RMM

UNITED NATIONS
NATIONS UNIES

Tribunal pénal international pour le Rwanda
International Criminal Tribunal for Rwanda

IN THE APPEALS CHAMBER

Before:	**Judge Mohamed Shahabuddeen, Presiding** **Judge Mehmet Güney** **Judge Liu Daqun** **Judge Theodor Meron** **Judge Wolfgang Schomburg**
Registrar:	**Mr. Adama Dieng**
Judgement of:	**7 July 2006**

2006 JUL -7 A 10:17

SYLVESTRE GACUMBITSI

v.

THE PROSECUTOR

Case No. ICTR-2001-64-A

JUDGEMENT

Counsel for Sylvestre Gacumbitsi:

Mr. Kouengoua
Ms. Anne Ngatio Mbattang

The Office of the Prosecutor:

Mr. Hassan Bubacar Jallow
Mr. James Stewart
Mr. Neville Weston
Mr. George Mugwanya
Ms. Inneke Onsea

1796/H

CONTENTS

I. INTRODUCTION 1

A. BACKGROUND 1
B. THE APPEALS 2
C. STANDARDS OF APPELLATE REVIEW 3

II. THE APPEAL OF SYLVESTRE GACUMBITSI 5

A. INTERLOCUTORY DECISIONS (GROUND OF APPEAL 1) 5
1. Decision on the Indictment 5
2. Decisions of 28 July 2003 and 28 August 2003 6
(a) Decision of 28 July 2003 7
(b) Decision of 28 August 2003 8
3. Decision of 1 August 2003 9
4. Decisions of 11 and 18 November 2003 10
B. GENOCIDE (GROUND OF APPEAL 2) 14
1. Legal Characterization of the *Mens Rea* Element of the Crime of Genocide 14
2. Specificity of the Indictment in Respect of the Murder of Mr. Murefu 17
3. Assessment of the Evidence Supporting the Genocide Conviction 23
(a) Alleged Errors Pertaining to Witness TAW 23
(b) Credibility of Witness TBH 27
(c) Credibility of Witnesses TAS, TBI, TBJ, and TBK 28
(d) Alleged Factual Errors Concerning the Attacks at Nyarubuye Parish 29
(e) Conclusion 30
C. CRIMES AGAINST HUMANITY: EXTERMINATION (GROUND OF APPEAL 3) 31
1. The Requisite Intent for the Crime of Extermination 31
2. Victims Named in the Indictment 33
3. Factual Basis for the Conviction 33
D. CRIMES AGAINST HUMANITY: RAPE (GROUND OF APPEAL 4) 37
1. Were the Rapes Part of a Widespread or Systematic Attack? 37
2. Assessment of the Evidence 38
E. SENTENCING (GROUND OF APPEAL 5) 40

III. THE APPEAL OF THE PROSECUTION 41

A. MURDER AS A CRIME AGAINST HUMANITY (GROUND OF APPEAL 2) 41
1. Alleged Errors in Not Finding that the Appellant Ordered the Murder of Marie and Béatrice 41
2. Alleged Failure to Consider Other Modes of Liability 42
B. RESPONSIBILITY FOR RAPES COMMITTED IN RUSUMO COMMUNE (GROUND OF APPEAL 3) 45
1. Instigation 45
(a) Legal Requirements for Instigation 45
(b) Evidence Supporting Instigation 46
(i) The Rape of Witness TAS 46
(ii) The Rapes of Witness TAP and her Mother 47
(iii) The Rapes Recounted by Witness TAO 48
2. Other Modes of Liability under Article 6(1) of the Statute 49
3. Article 6(3) Liability 49
C. ELEMENTS OF RAPE AS A CRIME AGAINST HUMANITY (GROUND OF APPEAL 4) 52
D. JOINT CRIMINAL ENTERPRISE (GROUND OF APPEAL 5) 55
1. Applicable Law Concerning the Pleading of Joint Criminal Enterprise 55
2. Allegations in the Indictment 57
3. Whether Defects in the Indictment were Cured 60

1795/H

E. AUTHORITY FOR ORDERING (GROUND OF APPEAL 6) 63
1. Alleged Error of Law 63
2. Alleged Error of Fact 64
F. SENTENCING (GROUND OF APPEAL 1) 66
1. The Appellant's Use of the Communal Police 66
2. The Appellant's Formal Status as a Superior 66
3. The Appellant's Prior Good Character, Accomplishments, and Relationships with Tutsis 67
4. Alleged Irrelevant Factors in Mitigation 68
5. Gravity of the Crimes and Degree of Criminal Culpability 69
6. Implications of the Appeals Chamber's Findings on the Sentence 71

IV. DISPOSITION 73

V. SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN 75

A. PRELIMINARY 75
B. THE INDICTMENT WAS NOT DEFECTIVE AS IT STOOD 76
C. IF THERE WAS ANY DEFECT IN THE INDICTMENT CONCERNING MR MUREFU, IT WAS CURED SO AS TO MAKE EVIDENCE OF HIS KILLING ADMISSIBLE 77
D. THE TRIAL CHAMBER MADE OTHER FINDINGS OF FACT WHICH SHOWED THAT THE APPELLANT COMMITTED GENOCIDE 80
E. IN ANY EVENT, THE APPELLANT WAS RESPONSIBLE FOR GENOCIDE THROUGH GROUP CRIMINALITY 83
1. Joint Criminal Enterprise 83
2. Co-perpetratorship 87
F. AIDING AND ABETTING THE MURDER OF TENANTS 90
G. CONCLUSION 93

VI. JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES LIU AND MERON 95

VII. SEPARATE OPINION OF JUDGE SCHOMBURG ON THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE APPELLANT FOR COMMITTING GENOCIDE 100

A. INTRODUCTION 100
B. DOES COMMITTING REFER GENERALLY TO THE DIRECT AND PHYSICAL PERPETRATION OF THE CRIME BY THE OFFENDER? 100
C. GENERAL REMARKS ON THE PLEADING OF "COMMITTING" GENOCIDE 101
D. THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE APPELLANT FOR "COMMITTING" GENOCIDE BASED ON HIS KILLING OF MR. MUREFU 104
E. THE CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR "COMMITTING" IN GENERAL 104
F. CONCLUSION 109

VIII. PARTIALLY DISSENTING OPINION OF JUDGE GÜNEY 111

A. "COMMITTING" GENOCIDE 111
B. AIDING AND ABETTING THE MURDERS OF MARIE AND BÉATRICE 113

IX. PARTIALLY DISSENTING OPINION OF JUDGE MERON 116

X. ANNEX A: PROCEDURAL BACKGROUND 117

A. NOTICE OF APPEAL AND BRIEFS 117
1. Prosecution's Appeal 117
2. Appellant's Appeal 117
B. ASSIGNMENT OF JUDGES 118
C. MOTIONS TO ADMIT ADDITIONAL EVIDENCE AND RELATED MOTIONS 118
D. HEARING OF THE APPEALS 119

XI. ANNEX B: CITED MATERIALS/DEFINED TERMS 120

1794/H

A. JURISPRUDENCE 120
1. ICTR 120
2. ICTY 122
B. DEFINED TERMS AND ABBREVIATIONS 125

1793/H

1. The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994 ("Appeals Chamber" and "Tribunal", respectively) is seized of appeals by Sylvestre Gacumbitsi ("Appellant") and the Prosecution against the Judgement rendered by Trial Chamber III on 17 June 2004 in the case of *The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi* ("Trial Judgement").[1]

I. INTRODUCTION

A. Background

2. The Appellant, Sylvestre Gacumbitsi, was born in 1943 in Kigina Sector, Rusumo Commune, Kibungo Prefecture, Rwanda.[2] The Appellant was *bourgmestre* of Rusumo Commune in April 1994, a position he had held since 1983.[3] As such, he was the highest-ranking local administrative official.[4]

3. The Appellant was tried on the basis of an indictment dated 20 June 2001 ("Indictment"), which charged him with individual criminal responsibility for certain crimes committed against the Tutsi population of Kibungo Prefecture between 6 and 30 April 1994.[5] The Trial Chamber found the Appellant guilty of genocide (Count 1),[6] and dismissed the alternative charge of complicity in genocide (Count 2).[7] It also convicted him of extermination and rape as crimes against humanity (Counts 3 and 5, respectively),[8] but acquitted him of murder as a crime against humanity (Count 4).[9] It imposed a single sentence of thirty years' imprisonment.[10]

[1] For ease of reference, two annexes are appended to this Judgement: Annex A: Procedural Background, Annex B: Cited Materials/Defined Terms.
[2] Trial Judgement, para. 5.
[3] Trial Judgement, para. 6.
[4] Trial Judgement, para. 241.
[5] With respect to one incident, the expulsion of some of the Appellant's tenants, the temporal scope of the Indictment extends through June 1994.
[6] Trial Judgement, paras. 293, 334.
[7] Trial Judgement, paras. 295, 334.
[8] Trial Judgement, paras. 316, 333, 334.
[9] Trial Judgement, paras. 320, 334.
[10] Trial Judgement, para. 356.

B. The Appeals

4. The Appellant appeals his convictions and challenges his sentence.[11] He divides his allegations of error into five categories; the Appeals Chamber will refer to these as "grounds of appeal" and the specific alleged errors as "sub-grounds". The Appellant alleges errors in certain interlocutory decisions of the Trial Chamber (Ground 1); and errors relating to his convictions for genocide, extermination as a crime against humanity, and rape as a crime against humanity (Grounds 2, 3, and 4, respectively). The Appellant submits that his sentence should be reduced to fifteen years in the event that his convictions are not quashed on appeal (Ground 5). The Prosecution responds that all grounds of appeal raised by the Appellant should be dismissed.[12]

5. The Prosecution presents six grounds of appeal.[13] It avers that the Trial Chamber erred in various respects in sentencing (Ground 1), in acquitting the Appellant of murder as a crime against humanity (Ground 2), in failing to find him criminally responsible for certain rapes (Ground 3), in its enunciation of the elements of rape (Ground 4), in refusing to consider joint criminal enterprise ("JCE") as a mode of liability because it had not been pleaded adequately in the Indictment (Ground 5), and in holding that the Appellant lacked authority to order participants in the attack in Rusumo Commune other than communal policemen (Ground 6). The Appellant objects to all grounds of appeal raised by the Prosecution, except Ground 4 (elements of rape), with respect to which the Appellant does not take a position.[14]

---

[11] Notice of Appeal, filed confidentially in French on 20 July 2004 ("Gacumbitsi Notice of Appeal"); Appellant's Brief, filed in French originally on 30 September 2004 but returned as deficient and filed again on 4 October 2004 ("Gacumbitsi Appeal Brief"); Brief in Reply, filed in French on 1 April 2005 ("Gacumbitsi Reply"). It should be noted that, pursuant to an order of the Pre-Appeal Judge dated 24 March 2005, the Appellant was to file his reply no later than 29 March 2005. Order, 24 March 2005. The reply was thus filed late. The Appellant did not attempt to show good cause for this delay. Nevertheless, the Prosecution did not object to the Gacumbitsi Reply on this basis. Considering the concrete circumstances present in this instance, and in the interest of justice, the Appeals Chamber will take into account the submissions made in the reply. The Appeals Chamber emphasizes, however, that it proceeds in this manner exceptionally, and that this exception should not be interpreted to suggest that filing deadlines will not be strictly enforced in other cases.

[12] Respondent's Brief, filed on 12 November 2004 ("Prosecution Response").

[13] Prosecution's Amended Notice of Appeal, filed on 16 December 2004 pursuant to the Appeals Chamber's *Décision relative à la requête du Procureur en modification de son acte d'appel*, issued on 15 December 2004 ("Prosecution Notice of Appeal"); Appellant's Brief, filed on 28 September 2004 ("Prosecution Appeal Brief"); Prosecution's Reply to Defence's Response, filed on 19 January 2005 ("Prosecution Reply").

[14] Respondent's Brief, filed confidentially in French on 10 January 2005 ("Gacumbitsi Response"). Because the French translation of the Prosecution Appeal Brief was communicated to the Defence only on 1 December 2004, notwithstanding its being filed on 17 November 2004, *see* Gacumbitsi Response, para. 31, the Appeals Chamber considers that there was good cause for the delay in the filing of the Response Brief beyond the forty days allowed by Rule 112 of the Rules. The Appeals Chamber notes that in its reply, the Prosecution did not argue that the Gacumbitsi Response was untimely.

C. Standards of Appellate Review

6. The Appeals Chamber now recalls some of the applicable standards of appellate review pursuant to Article 24 of the Statute of the Tribunal ("Statute"). The Appeals Chamber reviews only errors of law which invalidate the decision of the Trial Chamber and errors of fact which have occasioned a miscarriage of justice.

7. As regards errors of law, the Appeals Chamber has recently stated:

> Where a party alleges that there is an error of law, that party must advance arguments in support of the submission and explain how the error invalidates the decision. However, if the appellant's arguments do not support the contention, that party does not automatically lose its point since the Appeals Chamber may step in and, for other reasons, find in favour of the contention that there is an error of law.[15]

8. As regards errors of fact, it is well established that the Appeals Chamber will not lightly overturn findings of fact made by a Trial Chamber.

> Where the Defence alleges an erroneous finding of fact, the Appeals Chamber must give deference to the Trial Chamber that received the evidence at trial, and it will only interfere in those findings where no reasonable trier of fact could have reached the same finding or where the finding is wholly erroneous. Furthermore, the erroneous finding will be revoked or revised only if the error occasioned a miscarriage of justice.[16]

9. A party cannot merely repeat on appeal arguments that did not succeed at trial, unless it can demonstrate that the Trial Chamber's rejection of those arguments constituted an error warranting the intervention of the Appeals Chamber.[17] Arguments which do not have the potential to cause the impugned decision to be reversed or revised may immediately be dismissed by the Appeals Chamber and need not be considered on the merits.[18]

10. In order for the Appeals Chamber to assess the appealing party's arguments, the appealing party must provide precise references to relevant transcript pages or paragraphs in the decision or judgement to which the challenge is being made.[19] Further, "the Appeals Chamber cannot be expected to consider a party's submissions in detail if they are obscure, contradictory, vague or suffer from other formal and obvious insufficiencies."[20] Finally, the Appeals Chamber has inherent

---

[15] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 11 (internal citations omitted). *See also, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 6; *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 7.
[16] *Krstić* Appeal Judgement, para. 40 (internal citations omitted). *See also, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 7; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 5; *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 12.
[17] *See, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 8; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 6; *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 13.
[18] *See, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 8; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 6; *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 13.
[19] Practice Direction on Formal Requirements for Appeals from Judgement, para. 4(b). *See also Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 9; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 7; *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 10.
[20] *Vasiljević* Appeal Judgement, para. 12. *See also, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 9; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 7; *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 10.

1790/H

discretion in selecting which submissions merit a detailed reasoned opinion in writing and will dismiss arguments which are evidently unfounded without providing detailed reasoning.[21]

[21] *See, e.g., Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 10; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 8; *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 11.

1789/H

II. THE APPEAL OF SYLVESTRE GACUMBITSI

A. Interlocutory Decisions (Ground of Appeal 1)

11. The Appellant challenges, on various grounds, a series of interlocutory decisions made by the Trial Chamber.[22] None of the errors he alleges was pleaded properly in his Notice of Appeal, which merely lists the decisions challenged and states, with respect to each one, that there is an "*erreur de droit [et/ou] de fait à développer*".[23] The notice thus fails to "indicate the substance of the alleged errors and the relief sought" as required by Rule 108 of the Tribunal's Rules of Procedure and Evidence ("Rules"). The Prosecution does not object to this failure, however. Instead it argues that the Appeal Brief itself suffers from similar shortcomings. In light of this, the Appeals Chamber will consider the Appellant's arguments as advanced in his Appeal Brief.[24]

1. Decision on the Indictment

12. The Appellant challenges a decision issued on 25 July 2002, in which the Trial Chamber, *inter alia*, rejected his argument that the dates specified in the Indictment were insufficiently specific.[25] He argues that references to acts committed "on or about" a certain date violated his rights under Article 20(4)(a) of the Statute.[26] He further contends that subsequent witness testimony specifying the dates did not cure this lack of notice.[27]

13. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber was reasonable in holding that the trial could proceed fairly on the basis of the Indictment as drafted. The dates of specific incidents alleged in the Indictment are for the most part provided with considerable precision,[28] and the use of the phrase "on or about", to which the Appellant objects, is not enough to undermine the notice that was given to the Appellant.

14. It is true that the dates included in paragraphs 32 and 33 of the Indictment ("On a date uncertain during April 1994") as well as in paragraph 36 ("On a date uncertain during April-June

[22] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 9-15.
[23] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 9-15.
[24] The Appeals Chamber is only required to grant relief for a violation of the Rules where a party has objected in a timely manner and has suffered material prejudice. *See* Rule 5 of the Rules.
[25] Decision on Defence Motion to Amend Indictment and to Drop Certain Counts, filed on 25 July 2002 ("Decision on Indictment"), paras. 21, 22. *See Requête aux fins de modification de l'acte d'accusation et de retrait de certains chefs d'accusation*", filed on 26 November 2001 ("Motion on Indictment"). The Appeals Chamber will not consider the other aspects of the Decision on Indictment because the Appellant makes no specific argument against them.
[26] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 41, 42 ("*le «[...] ou vers [...] le [...]»*" in the French version). *See also* Gacumbitsi Reply, paras. 24-32.
[27] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 43, 44.
[28] *See, e.g.*, Indictment, paras. 5, 6, 7, 11, 12, 14, 15, 21, 38, 39. In each of these paragraphs the Indictment gives the exact date or range of two to three days during which each incident took place, but uses the expression "on or about", as in "on or about 15 April 1994".

1994") are even less specific. But none of the Appellant's convictions depended on the incidents described in these paragraphs, so any vagueness in this regard, even if constituting a defect, has not prejudiced him. The Trial Chamber held that the Prosecution had not proven the incidents described in paragraphs 32 and 33.[29] As to paragraph 36, it found that the Appellant had expelled his tenants, but held that he was not criminally responsible for their subsequent murder.[30] The Trial Chamber did mention this last incident as one indicator of the Appellant's *mens rea* for crimes against humanity.[31] The Appeals Chamber finds that this reference did not affect the verdict, as the other evidence of the Appellant's *mens rea* cited by the Trial Chamber was ample.[32] Furthermore, the Appellant does not contest the Trial Chamber's holding that the Pre-Trial Brief, which provided further details of the incident, cured any vagueness in paragraph 36 of the Indictment.[33]

15. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed.

2. Decisions of 28 July 2003 and 28 August 2003

16. On 23 May and 10 July 2003, the President of the Tribunal ("President") held two informal conferences with the parties to determine the starting date of the Appellant's trial.[34] The date of 28 July 2003 was selected, with the Prosecution expected to finish presenting its evidence by the end of August 2003 and the Appellant expected to start his defence on 6 October 2003. On 22 July 2003, the Appellant submitted a motion seeking the postponement of his trial.[35] On 28 July 2003, after hearing the parties on the issue,[36] the Trial Chamber dismissed the Motion to Postpone.[37]

17. The Appellant's trial thus started as planned, on 28 July 2003, and by the end of August 2003 the Prosecution finished presenting its case. In a status conference held on 28 August 2003, the Appellant requested the Trial Chamber to postpone the commencement of the Defence case until 6 December 2003.[38] This request was denied by the Trial Chamber.[39] The Appellant now asks the Appeals Chamber to reverse the Decisions of 28 July and 28 August 2003.[40]

---

[29] Trial Judgement, paras. 177, 190.
[30] Trial Judgement, paras. 196, 197, 319.
[31] Trial Judgement, paras. 302-304.
[32] *See infra* section II.C.1.
[33] *See* Trial Judgement, para. 194.
[34] No record of these meetings was kept. Judges Reddy and Egorov (two of the Judges on the Trial Chamber Bench) were also present at the meeting of 10 July 2003.
[35] Defence Motion Seeking Postponement of Trial Date, Pursuant to Rule 73 of the Rules of Procedure and Evidence, filed confidentially in French on 22 July 2003 ("Motion to Postpone").
[36] T. 28 July 2003 pp. 1-12.
[37] T. 28 July 2003 pp. 13, 14 ("Decision of 28 July 2003").
[38] T. 28 August 2003 p. 5.
[39] T. 28 August 2003 pp. 20, 21 ("Decision of 28 August 2003").
[40] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 10, 12; Gacumbitsi Appeal Brief, para. 116.

1787/H

18. The Appellant asserts that at both of the informal conferences, his counsel informed the President that his team had encountered difficulties, including having been prevented from going on mission since October 2002, that prevented it from being ready for the start of the trial on 28 July 2003. On both occasions, the President proposed the same solution: adding a co-counsel and an additional assistant to his team.[41] Nonetheless, the Appellant asserts, his co-counsel was not appointed until 14 July 2003, and as of 22 July 2003, the additional assistant had still not been appointed and his investigators had still not returned from mission.[42] The Appellant submits that the Trial Chamber's failure to postpone the proceedings violated his right to have adequate time and facilities to prepare his defence as provided by Article 20(4)(b) of the Statute.[43] He further argues that, in its Decision of 28 August 2003, the Trial Chamber erroneously attributed to his counsel a statement that Defence investigators had met with approximately 200 potential witnesses; this statement had in fact been made by the representative of the Defence Counsel Management Section ("DCMS") of the Registry of the Tribunal.[44]

19. The Appeals Chamber notes that trial scheduling is subject to the Trial Chamber's discretion.[45] The accused of course has a right, under Article 20(4)(b) of the Statute, to "adequate time and facilities for the preparation of his or her defence". But it is the Trial Chamber that is best positioned to consider the demands of trial preparation in each particular case and to set a schedule that respects that right while also avoiding undue delay in the administration of justice.[46] The Appeals Chamber thus will only reverse a Trial Chamber's scheduling decision upon a showing of abuse of discretion[47] resulting in prejudice, that is, rendering the trial unfair.[48] The Appellant has not made such a showing, as will be demonstrated below.

(a) Decision of 28 July 2003

20. The Appeals Chamber finds that the Appellant has not shown that the Trial Chamber abused its discretion in rejecting his Motion to Postpone. First, the Appellant does not contest that, prior to 28 July 2003, he had been in contact with more than 200 potential witnesses. He states that not all of these contacts were fruitful and that the Defence had problems finding credible witnesses,[49] but

[41] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 45-52.
[42] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 54, 55.
[43] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 58.
[44] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 64, 65, referring to T. 28 July 2003 p. 7; T. 28 August 2003 p. 5.
[45] *See* Statute, art. 19(1); *Ntabakuze* Decision, p. 4.
[46] *Milošević* Scheduling Appeal Decision, para. 18.
[47] *See Ntabakuze* Decision, p. 4; *Milošević* Scheduling Appeal Decision, para. 16.
[48] *See, e.g., Semanza* Appeal Judgement, para. 73 (rejecting an allegation of procedural error for lack of prejudice). When the Appeals Chamber considers, in the context of an appeal from judgement, allegations of procedural error violating the right to a fair trial, the standard of prejudice is whether the error in fact rendered the trial unfair. *Cf. Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 27 (discussing indictment defects).
[49] *See* Gacumbitsi Reply, para. 63.

he does not demonstrate that these problems were the result of inadequate time being allotted or that they impaired his defence. Second, although the Appellant contends that he twice mentioned to the President problems that were affecting his preparation for the trial, he does not dispute that, as the Trial Chamber found, on both occasions he nonetheless ultimately agreed to the starting date of 28 July 2003. Under the circumstances, the Trial Chamber acted within its discretion to determine that the Appellant's rights under Article 20(4)(b) of the Statute were not impaired.

21. Moreover, even if the Trial Chamber's decision had amounted to an abuse of discretion, the Appellant has not demonstrated that it caused him any prejudice. He does not, for instance, point to any way in which he would have defended himself differently had he had more time to prepare.[50] Moreover, the Decision of 28 July 2003 included safeguards to ensure the fairness of the proceedings. For instance, the Trial Chamber left open the possibility that the Appellant could "recall back Prosecution witnesses to interview or cross-examine them on specific issues if the Defence justify that before the Chamber".[51] Further, the Decision of 28 July 2003 was concerned principally with the commencement of the Prosecution's case. The Trial Chamber left open the possibility for the Defence to request that the start of its own case be postponed, and the Defence later did so.[52] For these reasons, the Appeals Chamber dismisses this sub-ground of appeal.

(b) Decision of 28 August 2003

22. The Appeals Chamber is likewise not convinced that the Decision of 28 August 2003 amounted to an abuse of discretion. First, the errors to which the Appellant points are of no consequence. It was, indeed, a representative of DCMS who stated that the Defence had contacted more than 200 potential witnesses -- but that figure was based on information provided by the Appellant, and the Appellant did not challenge its accuracy at the time it was brought up. It is also true that the Appellant did initially object, during the 10 July 2003 conference, to the 6 October 2003 start date for the Defence case. But after he was told that co-counsel and an assistant would be appointed, he agreed to that start date.[53] The promised appointments were made after the conference.[54]

23. Second, the Appellant has shown no reason to question the Trial Chamber's conclusion that, under the circumstances, the Defence had "had sufficient time and resources to prepare its case and

[50] *See* Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 58-61; Gacumbitsi Reply, paras. 34, 47-49, 53-56.
[51] T. 28 July 2003 p. 13. The Appellant does not contend that he ever took advantage of this option.
[52] T. 28 July 2003 p. 13.
[53] T. 28 August 2003 p. 12.
[54] Co-counsel was appointed on 14 July 2003, with retroactive effect to 1 July 2003 (Gacumbitsi Appeal Brief, para. 54). One additional assistant was appointed on 23 July 2003 (*see* T. 28 July 2003 pp. 5, 6), and the Trial Chamber accepted that the delay in appointing the second assistant was due to a potential conflict of interest (T. 28 July 2003 p. 13).

to draw up a list of witnesses to testify for Defence as of 6th October 2003".[55] Counsel had been appointed in October 2001, and since then the Defence team had billed more than 7,500 hours of preparatory work.[56] Further, the Appellant demonstrates no error in the Trial Chamber's finding that the Defence team's difficulties in contacting witnesses in Rwanda did not merit postponement of the trial.[57] Finally, he again fails to demonstrate any way in which his defence was materially impaired.[58] For these reasons, the Appeals Chamber dismisses this sub-ground of appeal.

3. Decision of 1 August 2003

24. On 14 July 2003, the Defence filed a motion seeking further information concerning certain Prosecution witnesses.[59] The Prosecution responded that the information in question was not subject to disclosure pursuant to Rule 70(A) of the Rules, but nonetheless agreed to provide it, and did so in Annex A to its Response to Motion for Disclosure.[60] The Defence replied that the information in Annex A suggested that the Prosecution possessed further material relating to proceedings commenced by the Rwandan authorities against the witnesses.[61]

25. On 1 August 2003, the Trial Chamber rendered a decision ordering the Prosecution, "if the information contained in Annex A is based on specific materials," to allow the Defence to inspect such materials within forty-eight hours.[62] The Appellant now challenges this decision.[63] He submits that the Trial Chamber erred in rendering a "conditional decision" because Annex A of the Response to the Motion for Disclosure showed that the Prosecution had knowledge of the material requested.[64] The Appellant also contends that the Prosecution never complied with the decision, and that this was brought to the attention of the Trial Chamber on several occasions, to no effect.[65]

---

[55] T. 28 August 2003 p. 20.
[56] *See* T. 28 July 2003 p. 7; T. 28 August 2003 p. 5.
[57] T. 28 August 2003 p. 20.
[58] *See, e.g.*, Gacumbitsi Reply, paras. 47, 53-58.
[59] Motion to Disclose to the Defence All the Facts and Authorities that Led to the Arrest, Detention and Provisional Release of Prosecution Witnesses TBG, TBH, TBI, TBJ and TBK (Rule 66 of the Rules), filed in French on 14 July 2003 ("Motion for Disclosure").
[60] Prosecutor's Brief in Reply [sic] to a Defence Motion for Disclosure pursuant to Rule 66, filed confidentially on 17 July 2003 ("Response to Motion for Disclosure"), paras. 8-14.
[61] Defence's Reply to Prosecutor's Brief in Reply to a Defence Motion for Disclosure of Certain Information Relating to Prosecution Witnesses TBG, TBH, TBI, TBJ and TBK, filed confidentially in French on 22 July 2003 ("Reply to Response to Motion for Disclosure"), paras. 11-14.
[62] Decision on Motion to Disclose to the Defence All the Facts and Authorities that Led to the Arrest, Detention and Provisional Release of Prosecution Witnesses TBG, TBH, TBI, TBJ and TBK (Rule 66 of the Rules), filed on 1 August 2003 ("Decision of 1 August 2003"), p. 4.
[63] Gacumbitsi Notice of Appeal, para. 11; Gacumbitsi Appeal Brief, para. 117.
[64] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 69.
[65] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 70, 71. The Appellant's assertion at paragraphs 70 through 73 of his Reply that the dispute was, in fact, over access to the materials contained in Annex A itself is obviously incorrect because Annex A had already been provided to the Defence; the Appeals Chamber need not address this assertion further.

1784/H

26. The Appeals Chamber finds that the Appellant has demonstrated no error on the Trial Chamber's part. There is no evidence that the material in question even existed, nor that the Prosecution had the material in its possession but failed to disclose it. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed.

4. Decisions of 11 and 18 November 2003

27. On 6 October 2003, the Defence filed the first version of a proposed expert report written by Mr. Pascal Ndengejeho.[66] On 17 October 2003, the Prosecution filed a notice of objection to the proposed expert report.[67] During the presentation of the Defence case, Judge Reddy fell ill, and, on 21 October 2003, the hearing was adjourned until 17 November 2003, pursuant to Rule 15 *bis* of the Rules.[68] On 3 November 2003, the Prosecution filed a motion arguing that Mr. Ndengejeho did not qualify as an expert witness, and seeking his removal from the list of Defence experts.[69] On the same day, the Prosecution filed a notice in which it communicated its acceptance of the report of expert witnesses Prof. Dominique Lecomte and Dr. Walter Vorhauer, informed the Trial Chamber that it did not intend to cross-examine these experts, and asked the Trial Chamber to admit the report into evidence without calling the expert witnesses to appear.[70]

28. On 11 November 2003, the Trial Chamber rendered a decision 1) admitting into evidence the report of Prof. Lecomte and Dr. Vorhauer and holding that it was not necessary that these experts be heard at trial; and 2) denying the status of expert witness to Mr. Ndengejeho, but allowing him to testify as a fact witness.[71] On 13 November 2003, unaware of the Decision of 11 November 2003, the Defence filed a response to the Motion for Exclusion of Expert, arguing that 1) the response was timely filed as counsel had only received the motion on 10 November 2003, and 2) the motion should be rejected as untimely.[72] On 17 November 2003, the Defence filed a request

[66] Historical Background to the Events of 1994 in Rwanda and the Social Situation in Rusumo Commune, filed confidentially in French on 6 October 2003. The final version of the report was filed confidentially on 10 October 2003.
[67] The Prosecutor's Notice of Objection to the Expert Report of Pascal Ndengejeho, filed on 17 October 2003 ("Notice of Objection").
[68] *See* Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 77-79; Prosecution Response, para. 74.
[69] Prosecutor's Motion for the Exclusion of the Proposed Expert Report and Evidence of Pascal Ndengejeho, filed on 3 November 2003 ("Motion for Exclusion of Expert").
[70] The Prosecutor's Notice of No Objection to the Expert Report of Dominique Lecomte & Walter Vorhauer, filed on 3 November 2003 ("Notice Accepting Expert Report").
[71] Decision on Expert Witness for the Defence Rules 54, 73, 89 and 94*bis* of the Rules of Procedure and Evidence, issued in French on 11 November 2003 ("Decision of 11 November 2003").
[72] *Réponse de la Défense à la requête du Procureur tendant à solliciter le rejet du rapport du témoin Pascal Ndengejeho*, filed confidentially on 13 November 2003 ("Response to Motion for Exclusion of Expert").

1783/H

for reconsideration of the Decision of 11 November 2003.[73] The Trial Chamber dismissed this request on 18 November 2003.[74]

29. The Appellant challenges the Decisions of 11 and 18 November 2003 on several grounds.[75] He argues that the Prosecution did not object to Mr. Ndengejeho's qualification as an expert until well after fourteen days past the filing of his report, violating Rule 94 *bis* of the Rules; that the Trial Chamber granted the Motion for Exclusion of Expert without giving the defence a chance to respond to it; and that the decisions violated his right to call expert witnesses to counter the Prosecution experts, and thereby prejudiced him, contrary to the Trial Chamber's finding in the Decision of 18 November 2003.[76] The Appellant adds, in his reply, that 1) Mr. Ndengejeho was recognized as an expert in the *Semanza* and *Simba* cases;[77] 2) the Trial Chamber took its decision "on the basis of the information [...] brought to the Chamber's attention," without indicating its sources of information;[78] and 3) while the Trial Chamber allowed Mr. Ndengejeho to testify as a fact witness, it knew that Mr. Ndengejeho was not in Rusumo in April and May 1994,[79] and it unfairly limited the duration of his testimony to two hours.[80]

30. The Appeals Chamber observes that while the Motion for Exclusion of Expert was filed on 3 November 2003, it appears that Defence counsel received it on 10 November 2003. According to Rules 7 *ter* and 73(E) of the Rules, the Defence had five days from that date to file its response, and the Response to the Motion for Exclusion of Expert was thus timely filed. However, there is no indication that the Trial Chamber was aware of the delay in transmission of the motion to the Defence and a decision had to be rendered before the resumption of trial on 17 November 2003 to allow the Registry to make the necessary arrangements. Under these circumstances, the Trial Chamber did not err in rendering its Decision of 11 November 2003.[81] Moreover, the views of the Appellant were eventually heard: after it learned of the transmission delay, the Trial Chamber admitted, and considered the merits of, the Request for Reconsideration.[82]

31. The Appeals Chamber agrees with the Appellant that the Prosecution's Motion for Exclusion of Expert itself was untimely. However, nothing in Rule 94 *bis* of the Rules implies that,

---

[73] Extremely Urgent Motion for Review of the Decision Rendered by Trial Chamber III on 11 November 2003, filed confidentially in French on 17 November 2003 ("Request for Reconsideration"). In the alternative, the Defence asked the Trial Chamber to grant leave to appeal the Decision of 11 November 2003. *Ibid.*, p. 10.
[74] T. 18 November 2003 pp. 1, 2 ("Decision of 18 November 2003"). By the same token, the Trial Chamber dismissed the Defence's motion for certification to appeal the Decision of 11 November 2003 (T. 18 November 2003 p. 2).
[75] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 13, 14; Gacumbitsi Appeal Brief, para. 116.
[76] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 72-93, 102-112; Gacumbitsi Reply, paras. 128-132.
[77] Gacumbitsi Reply, paras. 120, 121.
[78] Gacumbitsi Reply, paras. 122 (quoting from Decision of 11 November 2003, para. 9), 123.
[79] Gacumbitsi Reply, para. 124.
[80] Gacumbitsi Reply, paras. 125, 126.
[81] *See* Decision of 11 November 2003, para. 6.

absent a timely motion from the party opposing an expert, a Trial Chamber is obligated to admit expert testimony or to accept a witness's qualification as an expert. Rule 94 *bis* only sets forth a procedure by which an expert's report can be accepted into evidence without that expert testifying.[83] In other respects, the admission of expert testimony is governed only by the general provision of Rule 89, which entrusts the Trial Chamber with broad discretion to employ rules of evidence that "best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law."[84] The determination of whether an expert witness is qualified is subject to the Trial Chamber's discretion.[85]

32. For these reasons, the Appeals Chamber agrees with the Trial Chamber's holding that it had the discretion to reject Mr. Ndengejeho as an expert witness *proprio motu* even if no timely motion was filed opposing him.[86] Moreover, the Trial Chamber did not abuse its discretion in deciding that Mr. Ndengejeho did not qualify as an expert. The Trial Chamber correctly recalled that "in contributing special knowledge to assist the Chamber, the expert must do so with the utmost neutrality and with scientific objectivity."[87] It then found:

> The Chamber is of the opinion that certain elements in the report submitted by Ndengejeho are not relevant to the instant case and cannot constitute an expert's contribution to justice. Furthermore, on the basis of the information about Mr. Ndengejeho brought to the Chamber's attention, his curriculum vitae and his report, the Chamber is of the opinion that Ndengejeho is not an expert within the meaning of Rule 94*bis* of the Rules.[88]

The Appellant does not show any error in this analysis. The fact that Mr. Ndengejeho is a professor and a former Rwandan minister does not automatically qualify him as an expert witness; it was left to the Trial Chamber's discretion to determine whether, based on the circumstances of the particular case, his background gave him a special insight.[89] Likewise, it is not relevant that he may have been recognized as an expert in the *Semanza* and *Simba* trials. Inherent in the notion of discretion is that different Trial Chambers are permitted to reach different decisions within that sphere of discretion, even if they are each presented with the same question.[90] Moreover, the questions faced by the Trial Chambers were not in fact the same. A witness's qualification as an expert turns on the contribution

---

[82] T. 18 November 2003 p. 1.
[83] *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 164.
[84] Rule 89(B) of the Rules; *see Rutaganda* Appeal Judgement, para. 164.
[85] *See Semanza* Appeal Judgement, para. 304; *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 166.
[86] T. 18 November 2003 p. 1, recalling Decision of 11 November 2003, para. 8.
[87] Decision of 11 November 2003, para. 8.
[88] Decision of 11 November 2003, para. 9.
[89] Here, the Appellant points to no reason to believe that Mr. Ndengejeho had any particular expertise relative to this case. His academic degrees and teaching appointments were apparently in the field of education, and he served as Rwanda's minister of information; neither these qualifications nor anything else on his *curriculum vitae* demonstrates any obvious basis for specialized knowledge regarding the events in Rusumo Commune during April 1994. *See* Curriculum Vitae of Pascal Ndengejeho, appended to the Motion for Exclusion of Expert.
[90] *See, e.g., Bizimungu et al.* Decision on Mugiraneza Interlocutory Appeal, para. 21 (noting that "the exercise of the discretion of different Trial Chambers in relation to different cases is an unhelpful comparison to make").

he or she can make to a Trial Chamber's analysis of a particular case. Thus, the same person might be qualified as an expert in one case and not in another.

33. Moreover, the Appellant has not demonstrated that the challenged decisions prejudiced him. He asserts that Mr. Ndengejeho's testimony would have had an impact on the Trial Chamber's assessment of the evidence provided by Prosecution experts, but provides no explanation of what effect it might have had. Indeed, the Appellant does not even explain how the conclusions reached by Mr. Ndengejeho in his report differed from those offered by the Prosecution experts.[91]

34. Finally, the Appellant submits that Prof. Lecomte and Dr. Vorhauer should have been allowed to testify at trial.[92] In its Notice Accepting Expert Report, the Prosecution accepted the report of these experts and waived its right to cross-examine them. The Appellant filed no response to this notice. In accordance with Rule 94 *bis* (C) of the Rules, the Trial Chamber thus admitted the report into evidence and found that it was not necessary for the experts to appear at trial.[93] The Appeals Chamber finds no error in this.[94] Moreover, the Appellant does not appear to have raised his present objection at trial, and thus cannot do so on appeal.

35. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed and the appeal under this ground is dismissed in its entirety.

[91] The Appellant merely states without further elaboration that Mr. Ndengejeho "is said to have strongly challenged the testimony of" Prosecution expert Alison Des Forges. Gacumbitsi Appeal Brief, para. 107.
[92] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 110-112.
[93] Decision of 11 November 2003, para. 7.
[94] Moreover, contrary to the Appellant's contentions (*see* Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 72-75, 79, 80, 92), the appearance at trial of his experts was not "acquired" during the meetings of 28 August 2003 and 22 October 2003.

B. Genocide (Ground of Appeal 2)

36. The Trial Chamber convicted the Appellant of planning, instigating, ordering, committing, and aiding and abetting the crime of genocide pursuant to Article 6(1) of the Statute.[95] The Appellant asserts that this conviction was based on errors in law and in fact. Specifically, he argues that the Trial Chamber erred in law in its legal characterization of the *dolus specialis* for genocide; that his conviction for committing genocide should be vacated because the Indictment did not allege his personal participation in the killing with sufficient specificity; and that the Trial Chamber erred in its assessment of the evidence in a number of respects. The Appeals Chamber will consider each of these contentions in turn.

37. The Appeals Chamber notes that in paragraphs 293 and 295 of the Judgement, the Trial Chamber stated that it was convicting the Appellant for genocide under Articles 2(3)(a) and 2(3)(b) of the Statute. The Appeals Chamber considers that this was evidently a mistaken reference on the Trial Chamber's part. The Trial Chamber could not have intended to convict the Appellant of conspiracy to commit genocide, which is the crime listed under Article 2(3)(b) of the Statute; just a few paragraphs earlier, it had correctly noted that conspiracy to commit genocide was not charged in the Indictment and thus declined to make any findings in respect of it.[96] The Trial Chamber's references in paragraphs 293 and 295 should therefore have been to Articles 2(2)(a) and 2(2)(b) of the Statute, which specify underlying acts of genocide. The Appellant was charged under Count 1 of the Indictment with genocide through "killing or causing serious bodily or mental harm to members of the Tutsi population", a reference to Articles 2(2)(a) and 2(2)(b) of the Statute, and the Trial Chamber plainly intended to convict him under both of these provisions.[97] The Appellant has not raised this point in his appeal. The Appeals Chamber corrects the error *proprio motu*, but considers that it did not affect the verdict.

1. Legal Characterization of the *Mens Rea* Element of the Crime of Genocide

38. The Appellant challenges the Trial Chamber's assessment of the question of *mens rea* for genocide.[98] He observes that the Trial Chamber held that genocidal intent can sometimes, as here, be inferred from the accused's acts and their factual context.[99] The Appellant suggests that the inferential approach is inconsistent with the notion of *dolus specialis* or specific intent because it removes from the Prosecution the burden of proving that the offender sought to destroy, in whole or

[95] Trial Judgement, para. 288.
[96] *See* Trial Judgement, para. 289 (incorrectly referring, however, to Article 2(3)(c) of the Statute).
[97] *See* Trial Judgement, paras. 261-290 (concerning killing); *ibid.*, paras. 291-293 (concerning bodily harm).
[98] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 120-128.
[99] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 122.

in part, a protected group as such.[100] The Prosecution responds that the Trial Chamber's inferential approach was consistent with well established legal principles and amply supported by the evidence and factual findings in this case, including those connecting the Appellant to other perpetrators of the genocide.[101]

39. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber correctly recognized that genocide is a crime requiring "specific intent".[102] The Prosecution is required, under Article 2(2) of the Statute, to prove that the accused possessed the specific "intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such".

40. The Tribunal's jurisprudence conclusively establishes that genocidal intent can be proven through inference from the facts and circumstances of a case. By its nature, intent is not usually susceptible to direct proof. Only the accused himself has first-hand knowledge of his own mental state, and he is unlikely to testify to his own genocidal intent. Intent thus must usually be inferred. Here, the Trial Chamber stated:

> *It is possible to infer the genocidal intent inherent in a particular act charged from the perpetrator's* deeds and utterances considered together, as well as from the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against that same group, notwithstanding that the said acts were committed by the same offender or by others. Other factors, such as the scale of atrocities committed, their general nature, in a region or a country, or furthermore, the fact of deliberately and systematically targeting victims on account of their membership in a particular group, while excluding members of other groups, can enable the Chamber to infer the genocidal intent of a particular act.[...] Evidence of genocidal intent can be inferred from "the physical targeting of the group or their property; the use of derogatory language toward members of the targeted group; the weapons employed and the extent of bodily injury; the methodical way of planning, the systematic manner of killing."[103]

41. This approach is consistent with the Appeals Chamber's previous holdings. For instance, the *Rutaganda* Appeal Judgement states:

> The Appeals Chamber concurs with the Appellant that in order to find a person guilty of genocide, it must be established that such a person was personally possessed of the specific intent to commit the crime at the time he did so. Nonetheless, as stated by the Appeals Chamber in *Kayishema/Ruzindana*, "explicit manifestations of criminal intent are [...] often rare in the context of criminal trials". In the absence of explicit, direct proof, the *dolus specialis* may therefore be inferred from relevant facts and circumstances. Such an approach prevents perpetrators from escaping convictions simply because such manifestations are absent.[104]

Specifically, relevant facts and circumstances could include "the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership of a particular group, or the

[100] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 123-126.
[101] Prosecution Response, paras. 99-114.
[102] Trial Judgement, para. 250.
[103] Trial Judgement, paras. 252, 253.
[104] *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 525 (internal citations omitted).

repetition of destructive and discriminatory acts."[105] The Appeals Chamber emphasizes that the inferential approach does not relieve the Prosecution of its burden to prove each element of its case, including genocidal intent, beyond reasonable doubt. Rather, it is simply a different means of satisfying that burden.

42. In this case, in support of its finding that the Appellant possessed the requisite genocidal intent, the Trial Chamber cited the Appellant's urging of the *conseillers de secteur* in his commune, at a meeting on 9 April 1994, "to incite the Hutu to kill the Tutsi"; the Appellant's similar statements made directly to the Hutu population on three separate occasions on 13 and 14 April 1994; his instigation of the rape of Tutsi women and girls on 17 April 1994; and his personal killing of a Tutsi named Murefu on 15 April 1994, which signalled "the beginning of the attack at Nyarubuye Parish".[106] The Trial Chamber also referred to its earlier findings of fact. For instance, it found that at the 9 April 1994 meeting, the Appellant instructed the *conseillers* to return to their *secteurs* and organize meetings at which they were to instruct the Hutu "to separate themselves from the Tutsi" and then "to kill all the Tutsi, so that the *Inkotanyi* would no longer have any accomplices."[107] It also found that on 14 April 1994, at Rwanteru commercial centre, the Appellant "addressed about one hundred people and incited them to arm themselves with machetes and to participate in the fight against the enemy, specifying that they had to hunt down all the Tutsi."[108] And it found that later that same day, at Gisenyi trading centre, the Appellant urged about forty people "to kill all the Tutsi and throw their bodies into the River Akagera."[109]

43. The Appellant raises certain challenges to these and other findings, which will be discussed below. But he submits no serious contention that the Trial Chamber's findings of fact, if valid, were nonetheless insufficient as a matter of law to support an inference of genocidal intent. The Appellant offers no reasonable alternative explanation for the above-described actions and utterances. His repeated exhortations to crowds of people that they should kill all the Tutsis, even considered apart from his other actions, leave room for no other reasonable inference.

44. The Appellant further argues that the Trial Chamber improperly relied on the "acts of other perpetrators" to prove the Appellant's genocidal intent without establishing a nexus between those perpetrators and the Appellant.[110] This contention is without merit. In establishing the Appellant's mental state the Trial Chamber relied principally on the Appellant's own actions and utterances --

[105] *Jelisić* Appeal Judgement, para. 47; *see Rutaganda* Appeal Judgement, para. 525. *See also, e.g., Krstić* Appeal Judgement, paras. 27, 34, 35.
[106] Trial Judgement, para. 259.
[107] Trial Judgement, paras. 101, 93.
[108] Trial Judgement, para. 98.
[109] Trial Judgement, para. 99.
[110] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 127.

which, as detailed above, provided ample evidence of his mindset -- and not those of others. The only aspect of the Trial Chamber's analysis that relates to the actions of others is its reference to "the scale of the massacres", which the Trial Chamber cited in support of its finding that the Appellant "acted with intent to destroy a substantial part of the targeted group."[111] In the Appeals Chamber's view, it is appropriate and consistent with the Tribunal's jurisprudence to consider, in determining whether the Appellant meant to target a sufficiently substantial part of the Tutsi population to amount to genocide, that the Appellant's actions took place within the context of other culpable acts systematically directed against the Tutsi population.[112] The Trial Chamber's findings discussed above clearly establish that the Appellant was an active participant in those culpable acts.

45. For these reasons, the Appeals Chamber dismisses this sub-ground of appeal.

2. Specificity of the Indictment in Respect of the Murder of Mr. Murefu

46. The Appellant's second legal challenge to his conviction for genocide pertains to the Trial Chamber's finding that he personally killed a Tutsi civilian, Mr. Murefu. The Appellant argues that this killing was not alleged in the Indictment and, as such, should not have been the basis of a conviction. He observes that the Trial Chamber recognized this when it acquitted him of the crime of murder, and suggests that it should also have done so in the context of genocide.[113]

47. As a threshold matter, the Appellant's argument concerning the omission of the killing of Mr. Murefu from the Indictment does not appear to be specifically set forth in his Notice of Appeal. The Prosecution did not, however, object on this basis to the inclusion of the argument in the Appellant's Appeal Brief, and it has fully responded to it. Under these circumstances, the Appeals Chamber will consider the Appellant's argument despite the inadequacy of the Notice of Appeal.

48. The Prosecution does not dispute that the killing was not specifically alleged in the Indictment, although it observes that Count 1 of the Indictment alleges as a general matter "that he was responsible for killings of members of the Tutsi population".[114] It concedes that "the better practice" would have been for the specific killing of Mr. Murefu to be pleaded as a material fact.[115] It contends, however, that any pleading defect with regard to this killing could not have affected the

[111] Trial Judgement, para. 258.
[112] *See Rutaganda* Appeal Judgement, paras. 526-530; *see also Jelisić* Appeal Judgement, para. 47 (referring to "the general context, the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, [and] the scale of atrocities committed").
[113] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 257-259, 213-220. *See* Trial Judgement, para. 176.
[114] Prosecution Response, para. 152.
[115] Prosecution Response, para. 154.

outcome of the trial because it was only one fact among many supporting the Appellant's genocide conviction.[116]

49. The charges against an accused and the material facts supporting those charges must be pleaded with sufficient precision in the Indictment so as to provide notice to the accused. The Appeals Chamber has held that "criminal acts that were physically committed by the accused personally must be set forth in the indictment specifically, including where feasible 'the identity of the victim, the time and place of the events and the means by which the acts were committed.'"[117] An indictment lacking this precision may, however, be cured if the Prosecution provides the accused with timely, clear and consistent information detailing the factual basis underpinning the charge.[118] When an appellant raises a defect in the indictment for the first time on appeal, then he bears the burden of showing that his ability to prepare his defence was materially impaired.[119] In cases where an accused has raised the issue of lack of notice before the Trial Chamber, in contrast, the burden rests on the Prosecution to demonstrate that the accused's ability to prepare a defence was not materially impaired.[120]

50. The Indictment, taken alone, does not allege the killing of Mr. Murefu. In the Statement of Facts ("Statement") related to the genocide count, it states that "Sylvestre Gacumbitsi killed persons by his own hand", but provides no further details.[121] The Statement goes on to describe the massacre at Nyarubuye Parish, but does not mention Mr. Murefu and does not suggest that the Appellant participated personally in the killing there.[122] Count 4 of the Indictment (Murder) does allege that the Appellant killed a number of individuals in several separate incidents, but Mr. Murefu is not among them. The Appellant could not reasonably have known, on the basis of the Indictment alone, that he was being charged with the killing of Mr. Murefu. While in certain cases, "the sheer scale of the alleged crimes 'makes it impracticable to require a high degree of specificity in such matters as the identity of the victims and the dates for the commission of the crimes'",[123] this is not such a case. The Prosecution should have expressly pleaded the killing of Mr. Murefu, particularly as it had this information in its possession before the Indictment was filed.[124] The Appeals Chamber thus finds by majority, Judge Shahabuddeen and Judge Schomburg dissenting, that the Indictment was defective in this respect.

[116] Prosecution Response, para. 155.
[117] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 32, quoting *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 89.
[118] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 27, referring to *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 114.
[119] *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 200; *Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 35.
[120] *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 200; *Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 35.
[121] Indictment, para. 4.
[122] Indictment, paras. 15-19.
[123] *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 89, referring to *Kvočka* Decision, para. 17.

51. The Prosecution further contends, however, that the Appellant waived any objection on grounds of vagueness by failing to object at trial to the testimony concerning the killing of Mr. Murefu.[125] Whether an accused raised a timely objection at trial affects the burden of proof on appeal concerning the prejudice caused by a defective indictment. As the Appeals Chamber stated in the *Niyitegeka* case:

> In general, "a party should not be permitted to refrain from making an objection to a matter which was apparent during the course of the trial, and to raise it only in the event of an adverse finding against that party." Failure to object in the Trial Chamber will usually result in the Appeals Chamber disregarding the argument on grounds of waiver. In the case of objections based on lack of notice, the Defence must challenge the admissibility of evidence of material facts not pleaded in the indictment by interposing a specific objection at the time the evidence is introduced. The Defence may also choose to file a timely motion to strike the evidence or to seek an adjournment to conduct further investigations in order to respond to the unpleaded allegation. [...]
>
> The importance of the accused's right to be informed of the charges against him under Article 20(4)(a) of the Statute and the possibility of serious prejudice to the accused if material facts crucial to the Prosecution are communicated for the first time at trial suggest that the waiver doctrine should not entirely foreclose an accused from raising an indictment defect for the first time on appeal. Where, in such circumstances, there is a resulting defect in the indictment, an accused person who fails to object at trial has the burden of proving on appeal that his ability to prepare his case was materially impaired. Where, however, the accused person objected at trial, the burden is on the Prosecution to prove on appeal that the accused's ability to prepare his defence was not materially impaired. All of this is of course subject to the inherent jurisdiction of the Appeals Chamber to do justice in the case.[126]

52. In this case, the transcripts of the testimony of Witnesses TAQ and TAO, who testified as to Mr. Murefu's killing, indeed show no record of a Defence objection at the relevant time.[127] However, the omission of the killing from the Indictment was brought to the Trial Chamber's attention on multiple other occasions. First, in its Rule 98 *bis* motion for acquittal on certain charges (including murder, but not genocide) filed at the close of the Prosecution's case, the Defence addressed the sufficiency of the evidence concerning the killing of Mr. Murefu in the context of the murder charge.[128] The Prosecution responded by stating that the killing had not been pleaded in the Indictment, and stated that it did "not seek a conviction for murder based on these facts.[...] At the close of trial the Prosecutor will be relying on these murders as evidence in support of other charges, and as evidence of a similar pattern of conduct pursuant to Rule 93 of the Rules."[129] It did not specify which of the "other charges" the murders would be used to support, nor did it suggest

[124] Indeed, the Prosecution had in its possession since 29 November 2000 a statement of Witness TAQ which described the killing of Mr. Murefu by the Appellant.
[125] Prosecution Response, para. 153.
[126] *Niyitegeka* Appeal Judgement, paras. 199, 200 (internal citations omitted).
[127] *See* T. 29 July 2003 pp. 52, 53 (Witness TAQ); T. 30 July 2003 pp. 53, 54, 61, 62 (Witness TAO).
[128] Sylvestre Gacumbitsi's Motion for Judgement of Acquittal in Respect of One or More Counts Charged in the Indictment Pursuant to Rule 98 *bis* of the Rules of Procedure and Evidence, filed confidentially on 2 September 2003, paras. 27-33.
[129] Prosecutor's Response to the Defence Motion for a Judgment of Acquittal pursuant to Rule 98 *bis* of the Rules of Procedure and Evidence, filed on 8 September 2003, paras. 38, 39.

1774/H

that the lack of a Defence objection at trial entitled it to rely on incidents not charged in the Indictment. In its reply, the Defence addressed the issue of lack of notice, and specifically argued that the Prosecution should not be given the opportunity at the close of the trial to fill in the gaps in the Indictment by relying on the evidence in support of other charges.[130]

53. Subsequently, in his Final Trial Brief, the Appellant argued that the Indictment had not mentioned the killing of Mr. Murefu, that the allegation of his murder had emerged for the first time at trial, and that the Appellant should not be convicted for this uncharged offence.[131] The Trial Chamber was clearly aware of the Appellant's argument—and the Prosecution's concession—that Mr. Murefu's killing had not been alleged in the Indictment. It expressly relied on this omission in declining to base a murder conviction on that killing.[132]

54. Although the *Niyitegeka* Appeal Judgement referred to the accused's obligation to interpose a timely objection to a pleading defect when evidence is introduced at trial, it did so in the context of deciding whether and under what conditions it was appropriate for an appellant to challenge such a defect for the first time on appeal. This case presents a different situation. The Appellant repeatedly brought the issue to the Trial Chamber's attention in its briefing, and the Prosecution never suggested that he had waived his objection by not raising it earlier. And the Trial Chamber actually decided the issue, albeit in the context of murder alone and not genocide. In *Ntakirutimana*, the Appeals Chamber recognized that where the Trial Chamber has treated a challenge to an indictment as being adequately raised, the Appeals Chamber should not invoke the waiver doctrine.[133] In light of these circumstances, the Appeals Chamber holds that the Appellant did not waive his objection to the pleading defect. It therefore remains the Prosecution's burden to prove that the Appellant's defence was not materially impaired by the defect.

55. The question remains whether the vagueness of the Indictment was cured by the Prosecution's other filings. As the ICTY Appeals Chamber explained in *Kupreškić*:

> [I]n some instances, a defective indictment can be cured if the Prosecution provides the accused with timely, clear and consistent information detailing the factual basis underpinning the charges against him or her. Nevertheless, in light of the factual and legal complexities normally associated with the crimes within the jurisdiction of this Tribunal, there can only be a limited number of cases that fall within that category.[134]

---

[130] *Réplique de la Défense à la réponse du Procureur aux fins d'acquittement sur un ou plusieurs chefs d'accusation; Article 98 bis du Règlement de procédure et de preuve*, filed on 15 September 2003, paras. 8, 44-48.
[131] Gacumbitsi Closing Brief, pp. 11, 12, 88, 89.
[132] Trial Judgement, para. 176.
[133] *See Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 23.
[134] *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 114.

Here, the Prosecution contends that the vagueness was cured by the witness statement of Witness TAQ, which provided the date and place of the killing as well as the name of the victim,[135] and by a summary of the anticipated testimony of Witness TAQ that was appended to the Prosecution Pre-Trial Brief.[136] The Appellant argues that the Indictment should have been amended accordingly but was not.[137]

56. In advance of the trial, the Prosecution disclosed to the Appellant the witness statement of Witness TAQ, which set forth, *inter alia*, the date and place of the killing as well as the name of one victim, Mr. Murefu. That statement was also included in summary form in the chart of witnesses, appended to the Prosecution Pre-Trial Brief. The summary of the anticipated testimony of Witness TAQ reads:

> On or around 15 April 1994, KARAMAGE arrived at Nyarabuye church with a large group of Hutu attackers armed with sticks. Not long after, Sylvestre GACUMBITSI arrived with a pick-up truck full of machetes. He was accompanied by a vehicle full of *Interahamwe* armed with firearms and grenades. At first, the refugees rejoiced when they saw GACUMBITSI, but he warned them: "If any Hutu has made the mistake of entering that church, let them come out immediately." GACUMBITSI then instructed the Hutus and the *Interahamwe*: "Get machetes! Start killing and surround the church so that no one escapes." An elderly Tutsi teacher named **MUREFU** rose up and asked GACUMBITSI what the Tutsis had done to deserve that fate. GACUMBITSI grabbed a machete and slashed his neck, killing him instantly. Within moments, grenades were being tossed into the church, and shots were fired.[138]

That statement is included in a chart that shows the charges to which each witness's testimony was expected to correspond. The chart makes clear that Witness TAQ's anticipated testimony related to the charge of genocide, specifically referring to paragraphs 4, 15, 16, 17, 18, 21, 22, and 23 of the Indictment.[139] Paragraph 4 of the Indictment, which was part of the "Concise Statement of Facts for Counts 1 and 2", indicates that the Appellant personally participated in killings.[140]

57. The ICTY Appeals Chamber was recently confronted with similar circumstances in the *Naletilić and Martinović* case: the material facts concerning a particular incident were not pleaded in the indictment, but were included in a chart of witnesses that set forth the facts to which each witness would testify and clearly identified the charges in the indictment to which those facts corresponded. The Appeals Chamber held that this "rather detailed information [...] was sufficient to put Martinović on notice of what specific incident was being alleged", and thus cured the defect

[135] Prosecution Response, para. 152.
[136] T. 9 February 2006 p. 28.
[137] T. 9 February 2006 p. 78.
[138] *See* Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, p. 11 (emphasis added).
[139] *See* Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, p. 10.
[140] "[...] Sylvestre GACUMBITSI killed persons by his own hand, ordered killings by subordinates, and led attacks under circumstances where he knew, or should have known, that civilians were, or would be, killed by persons acting under his authority."

in the indictment.[141] And it did not, contrary to the Appellant's suggestion here, hold that the Prosecution was obligated to formally amend the indictment to correspond with the clarifying information it subsequently provided. Likewise, in *Ntakirutimana*, the Appeals Chamber held that a witness statement, when taken together with "unambiguous information" contained in a Pre-Trial Brief and its annexes, was sufficient to cure a defect in an indictment.[142]

58. By majority, the Appeals Chamber holds, Judge Liu and Judge Meron dissenting, that the circumstances in this case are materially indistinguishable from those in *Naletilić and Martinović*, and that the summary of Witness TAQ's testimony was sufficient to clarify the general statement, already included in the genocide section of the Indictment, that "Sylvestre Gacumbitsi killed persons by his own hand". The summary clearly alleged the killing of Mr. Murefu and connected it to the genocide, did not conflict with any other information that was provided to the Appellant, and was provided in advance of the trial. It therefore unambiguously constituted "timely, clear, and consistent information" sufficient to put the Appellant on notice that he was being charged with committing genocide through the killing of Mr. Murefu.[143]

59. In addition, by a differently composed majority, the Appeals Chamber holds, Judge Güney dissenting, that even if the killing of Mr. Murefu were to be set aside, the Trial Chamber's conclusion that the Appellant "committed" genocide would still be valid. The Trial Chamber convicted the Appellant of "ordering" and "instigating" genocide on the basis of findings of fact detailing certain conduct that, in the view of the Appeals Chamber, should be characterized not just as "ordering" and "instigating" genocide, but also as "committing" genocide.

60. As the Trial Chamber observed, the term "committed" in Article 6(1) of the Statute has been held to refer "generally to the direct and physical perpetration of the crime by the offender himself."[144] In the context of genocide, however, "direct and physical perpetration" need not mean physical killing; other acts can constitute direct participation in the *actus reus* of the crime.[145] Here, the accused was physically present at the scene of the Nyarubuye Parish massacre, which he

---

[141] *See Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, para. 45.
[142] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 48.
[143] In addition to his argument concerning the Indictment, the Appellant also challenges the evidentiary basis for the finding that he killed Mr. Murefu. His challenges to the credibility of Witness TAQ and the consistency of that witness's testimony with other testimony given at trial are considered elsewhere in this Judgement. His statement that the "Prosecutor failed to prove that [Mr. Murefu] existed" is a bare assertion that does not provide any reason to doubt the Trial Chamber's conclusion to the contrary; it merits no further discussion. *See* Gacumbitsi Appeal Brief, para. 217.
[144] Trial Judgement, para. 285; *see Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 187; *Tadić* Appeal Judgement, para. 188. The term also encompasses joint criminal enterprise, as discussed further below.
[145] For instance, it has been recognized that selection of prisoners for extermination played an integral role in the Nazi genocide. *See, e.g.*, Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, 30th September and 1st October, 1946, p. 63 (London: His Majesty's Stationary Office, 1946) (Reprinted Buffalo, New York: William S. Hein & Co., Inc., 2001) (describing the selection process at Auschwitz); Att'y Gen. of

"directed" and "played a leading role in conducting and, especially, supervising".[146] It was he who personally directed the Tutsi and Hutu refugees to separate -- and that action, which is not adequately described by any other mode of Article 6(1) liability, was as much an integral part of the genocide as were the killings which it enabled.[147] Moreover, these findings of fact were based on allegations that were without question clearly pleaded in the Indictment.[148]

61. The Appeals Chamber is persuaded that in the circumstances of this case, the modes of liability used by the Trial Chamber to categorize this conduct -- "ordering" and "instigating" -- do not, taken alone, fully capture the Appellant's criminal responsibility. The Appellant did not simply "order" or "plan" genocide from a distance and leave it to others to ensure that his orders and plans were carried out; nor did he merely "instigate" the killings. Rather, he was present at the crime scene to supervise and direct the massacre, and participated in it actively by separating the Tutsi refugees so that they could be killed. The Appeals Chamber finds by majority, Judge Güney dissenting, that this constitutes "committing" genocide.

62. The Appeals Chamber unanimously dismisses this sub-ground of the Appellant's appeal.

3. Assessment of the Evidence Supporting the Genocide Conviction

63. The Appellant raises a number of challenges to the findings of fact underlying his conviction for genocide. The Appeals Chamber notes that in this part of his appeal, the Appellant repeatedly points to evidence he introduced at trial that contradicts the findings made by the Trial Chamber without attempting to demonstrate why the Trial Chamber's decision to instead credit the evidence introduced by the Prosecution was in error. In such instances, the Appeals Chamber will exercise its prerogative not to address the Appellant's submissions in detail.

(a) Alleged Errors Pertaining to Witness TAW

64. The Appellant raises various objections to the Trial Chamber's reliance on the testimony of Witness TAW, who testified as to the Appellant's actions between 7 and 13 April 1994. Other than describing him as "crucial" and alleging that several of his statements were uncorroborated by other witnesses, the Appellant does not explain in what way the Trial Chamber's findings concerning his liability for genocide would have differed absent reliance on Witness TAW's testimony.[149]

Israel v. Adolf Eichmann, 36 I.L.R. 5, p. 185 (Isr. D.C., Jerusalem, Dec. 12, 1961), aff'd, 36 I.L.R.277 (Isr. S. Ct., May 29, 1962) (same).

[146] *See* Trial Judgement, paras. 168, 169, 171, 172, 173, 261.

[147] Trial Judgement, para. 168.

[148] *See* Indictment, paras. 4, 13-21.

[149] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 157, 158.

Nonetheless, in light of the fact that the Trial Chamber did rely on this witness in several respects, the Appeals Chamber will briefly address the Appellant's arguments.

65. Several of the Appellant's contentions amount to no more than observations that Witness TAW's testimony contradicted evidence introduced by the Defence. First, Witness TAW testified that the Appellant met on several occasions with Major Ndekezi, commander of the Rwanteru military camp, and conspired with him to plan genocide; the Defence submitted that Major Ndekezi was at the time serving with UNAMIR in Kigali and therefore could not have met with the Appellant, and that it was implausible that Rwanteru camp would not have been headed by someone of a higher rank than major.[150] The Trial Chamber did not specifically address these Defence arguments. However, it is well established that the Trial Chamber is not obligated to "explain in its judgement every step of its reasoning."[151] Here, the Trial Chamber could reasonably have concluded that Witness TAW's testimony was credible on the point. The Appellant does not point to any evidence supporting his assertion that Major Ndekezi was located elsewhere other than a document dated 5 March 1994, which, even if it were accurate and referred to the correct Major Ndekezi, could not provide evidence of his location in April 1994.[152] The Appellant also cites no evidence in support of the assertion that a military camp could not be commanded by a major.

66. Witness TAW testified that the Appellant attended a meeting on 8 April 1994 with various officials and *Interahamwe* leaders. The Appellant does not deny this fact, but argues that the meeting concerned security matters and that, contrary to what Witness TAW asserted, it was the prefect of Kibungo who chaired the meeting, not Colonel Rwagafirita.[153] The first point is consistent with the Trial Judgement and with Witness TAW's testimony. As to the second point, the Appellant has demonstrated no error. First, he merely offers a different account of the meeting without explaining why any reasonable trier of fact would have preferred it to that of Witness TAW. The Appellant does not point to any evidence in the record to support his further contention that there was no Colonel Rwagafirita in the Rwandan armed forces on 8 April 1994.[154] And even if Witness TAW incorrectly identified the person who chaired the meeting (which the Appeals Chamber need not decide), this point is irrelevant to the findings of liability and would not imply that a reasonable Trial Chamber would have rejected Witness TAW's evidence in its entirety.

67. The Appellant points to discrepancies between the testimonies of Witnesses TAW and TBH. The first noteworthy discrepancy concerns a meeting that took place on 9 April 1994, which

[150] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 129-133.
[151] *See Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 147.
[152] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 132, citing *Situation officiers armée Rwandaise*, MINADEF, 5 March 1994.
[153] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 135-138.

Witness TAW did not attend himself; his testimony was based on what Witness TBH had told him. Witness TBH stated that the distribution of weapons was not discussed at this meeting, while Witness TAW stated that it was.[155] On this point, the Appeals Chamber interprets the Trial Judgement as being in agreement with the Appellant that Witness TBH's account should prevail. The English translation of the Trial Judgement reads:

> Since the evidence of Witness TAW, who did not attend the meeting, was not corroborated and contradicted the evidence of a direct witness, Witness TBH, the Chamber can only find that the issue of weapons distribution was discussed during the meeting of 9 April 1994.[156]

In light of the rationale expressed in the first part of this sentence, the Appeals Chamber notes that the conclusion appears illogical. However, this was not an error on the Trial Chamber's part. Rather, it is an error of translation. The original French version reads (emphasis added):

> *Le témoignage de TAW, qui n'a pas assisté à la réunion, n'étant pas corroboré et s'opposant à celui d'un témoin direct, TBH, la Chambre ne peut conclure qu'une discussion sur la distribution d'armes a eu lieu lors de la réunion du 9 avril 1994.*

The Appeals Chamber considers that the best interpretation of this language indicates that the Trial Chamber held that it could *not* find that weapons distribution was discussed, rather than that it could "only" so find. This interpretation is supported by the Trial Judgement's subsequent references to the 9 April 1994 meeting, which do not mention weapons distribution being discussed there.[157] And there is no indication that the Trial Chamber based any aspect of the genocide conviction on the discussion of weapons distribution at that meeting. Thus, the Trial Chamber's analysis is consistent with that urged by the Appellant, and is not in error.[158]

68. The Appellant maintains, however, that if Witness TAW's account of the discussion of weapons distribution at the 9 April 1994 meeting is discredited, his claim that weapons were thereafter distributed on 10 April 1994 cannot safely be relied upon.[159] This is because on 10 April 1994 at Kibungo military camp, Witness TAW only saw a large number of boxes being loaded onto several vehicles; he did not actually see what was in the boxes.[160] The witness deduced that the boxes contained weapons "on the basis of information received the previous day from a participant at the meeting held at the *commune* office".[161] The Appellant contends that that participant was Witness TBH, and that in any event, if contrary to Witness TAW's testimony the weapons

---

[154] Paragraph 138 of the Gacumbitsi Appeal Brief refers to "Attachment No. 40" of the Gacumbitsi Book of Appeal. However, that attachment does not refer to the issue at hand.
[155] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 143, 144.
[156] Trial Judgement, para. 94.
[157] Trial Judgement, paras. 101, 259, 271, 303.
[158] At paragraph 142 of his Appeal Brief, the Appellant notes a discrepancy concerning the starting time of the 9 April meeting. However, he does not explain why a discrepancy on this detail undermines the credibility of either witness.
[159] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 164-168.
[160] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 145, 153, 164.

distribution had not been discussed at the 9 April 1994 meeting, Witness TAW's inference concerning the contents of the boxes was insupportable.[162]

69. The Appellant appears to misunderstand the basis of the Trial Chamber's holding that the boxes contained weapons. In addition to his statement concerning what he had learned from a participant in the previous day's meeting, Witness TAW *also* testified that he spoke to Mr. Léonidas Gacondo, the *cellule* official for Kavuzo, Kigina *secteur*, who was one of the recipients of the boxes. According to Witness TAW, Mr. Gacondo confided that the boxes contained weapons.[163] The Trial Chamber stated that the "circumstances of delivery, as well as the information collected by Witness TAW *from one of the consignees of the boxes*, lead the Chamber to find that they contained weapons, without being able to determine which type."[164] It thus cited what Witness TAW had learned from Mr. Gacondo, not what he had learned from a participant in the 9 April 1994 meeting. The Appellant does not challenge the reliability of this information. Nor does he dispute the Trial Chamber's holding that the "circumstances of delivery" -- *viz.*, the overall genocidal campaign then unfolding -- also supported the inference that the boxes contained weapons. The Appeals Chamber holds that it was reasonable for the Trial Chamber to find beyond a reasonable doubt that the Appellant distributed weapons on 10 April 1994.

70. As a general matter, the mere existence of inconsistencies between the testimonies of Witnesses TBH and TAW does not necessarily undermine either witness's credibility. The Appeals Chamber defers to the Trial Chamber's judgements on issues of credibility, including its resolution of disparities among different witnesses' accounts, and will only find that an error of fact was committed when it determines that no reasonable trier of fact could have made the impugned finding.[165] Here, the Trial Chamber reasonably concluded that any inaccuracies in Witness TAW's account resulted from the fact that he was relying on what others had told him and did not fundamentally undermine his credibility. Notably, the witness was forthright in acknowledging the limits of his direct knowledge.[166]

71. The Appellant argues that Witness TAW is biased against the Appellant because he blames the Appellant for the death of his family members and the failure to protect his property.[167] The Trial Chamber declined to find that this allegation of bias affected the witness's credibility, citing his apparently truthful demeanour, and noting that he "refrained from exaggerating his account of

[161] Trial Judgement, para. 57.
[162] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 164, 168.
[163] *See* Trial Judgement, para. 58.
[164] Trial Judgement, para. 95 (emphasis added).
[165] *See, e.g., Rutaganda* Appeal Judgement, paras. 24, 442, 443.
[166] Trial Judgement, para. 84.
[167] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 169-171; *see* T. 21 August 2003 pp. 13-16.

events in order to hurt the Accused."[168] The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber's assessment of credibility is reasonable and defers to it. It bears noting that the mere fact that a witness or his family was a victim of an accused does not necessarily imply a bias that discredits that witness's testimony. This Tribunal, like criminal courts everywhere, routinely relies on the testimony of victims of crime, who, one would assume, are as motivated as anyone to see that justice is done with accuracy. It is for the trier of fact to determine whether a particular witness may have an incentive to distort the truth, and here the Appellant has not demonstrated that the Trial Chamber's assessment was in error.

72. Finally, the Appellant submits that the Trial Chamber's reliance on Witness TAW in concluding, *inter alia*, that weapons were distributed was in error because the evidence was uncorroborated and circumstantial.[169] It is well established that a Trial Chamber has the discretion to rely on uncorroborated, but otherwise credible, witness testimony.[170] Moreover, it is also permissible to rely on circumstantial evidence to prove material facts.[171] The Appeals Chamber finds no error in the Trial Chamber's assessment of the evidence in this regard.

(b) Credibility of Witness TBH

73. In addition to the above-mentioned arguments concerning inconsistencies between the testimonies of Witnesses TAW and TBH, the Appellant contends that the Trial Chamber erred in crediting the testimony of Witness TBH. He maintains that the witness was personally biased because the Appellant had previously removed him from an official position. Furthermore, he claims that the witness also had an incentive to agree to testify against the Appellant because it allowed him to leave prison in Rwanda, where he had been serving a sentence for genocide, in order to stay in Arusha for approximately one month while preparing his testimony. The Appellant further states that Witness TBH's own testimony illustrates that he was coached by the Prosecution: the witness clarified and added to testimony he had given earlier, explaining that he had been advised in discussions with the Prosecution that his testimony had been incomplete. Last, the Appellant alleges that Witness TBH falsely testified that he had implicated the Appellant in the written record of his guilty plea in Rwanda.[172]

74. The Trial Chamber acknowledged Witness TBH's prior dismissal as well as his genocide conviction, and assessed his testimony with caution as a result:

[168] Trial Judgement, para. 84.
[169] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 201-208.
[170] *See Semanza* Appeal Judgement, para. 153.
[171] *See, e.g., Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 262.
[172] *See* Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 173-183.

1766/H

> The Chamber recalls that Witness TBH is an alleged accomplice of the Accused. It also recalls that the Accused removed Witness TBH from an official position, as the witness acknowledged. Thus, the Chamber assessed his evidence with caution. Having carefully examined Witness TBH's evidence, the Chamber finds, however, that his account of the meeting of 9 April 1994 and of the subsequent events implicating the Accused is credible and reliable, and that his testimony does not appear to have been born of any resentment towards the Accused.[173]

To be sure, the Trial Chamber did not specifically address all of the Appellant's arguments.[174] But it can be assumed to have been aware of the arguments presented to it and was not obligated to discuss all of them.[175] Moreover, the Appellant has not shown that no reasonable Trial Chamber could have deemed the witness credible. He has provided no evidence, for instance, that Witness TBH's trip to Arusha was conditioned on the content of his testimony, and no reason to believe that the incentive of a single month's sojourn outside prison was so powerful as to make it unreasonable to conclude that he was telling the truth. The passage of Witness TBH's testimony concerning the alleged prosecutorial coaching demonstrates no impropriety.[176] It is not inappropriate *per se* for the parties to discuss the content of testimony and witness statements with their witnesses, unless they attempt to influence that content in ways that shade or distort the truth. And the Appellant does not explain why the alleged discrepancy between Witness TBH's trial testimony and his written plea statement in Rwanda discredits him. The Trial Chamber has broad discretion to determine the weight to be given to discrepancies between a witness's testimony and his prior statements.[177]

75. Moreover, even if the Trial Chamber had erred in crediting Witness TBH's testimony, the Appellant has not shown how relying on it caused a miscarriage of justice. The Trial Chamber relied on the largely corroboratory accounts of Witnesses TBH and TAW. As noted above, Witness TAW was credible and the Appellant does not establish that reliance on his testimony alone, absent corroboration, would have been unsafe or would have resulted in a different verdict.[178]

(c) Credibility of Witnesses TAS, TBI, TBJ, and TBK

76. The Appellant contends that the Trial Chamber committed a logical error when it found, on the basis of Witness TAS's and TAW's testimony, that the Appellant exhorted a crowd consisting of a Hutu majority at Nyakarambi market to "let no one escape". He reasons that some Tutsis must have been present, and yet there is no allegation that anyone was killed at Nyakarambi on that

[173] Trial Judgement, para. 86.
[174] Gacumbitsi Closing Brief, pp. 46, 47.
[175] *See Rutaganda* Appeal Judgement, para. 536; *Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 23.
[176] The Appeals Chamber sees no reason to doubt the Prosecution's statement that "the witness was involved in normal preparation to give evidence, and nothing more." Prosecution Response, para. 140.
[177] *See Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 96.
[178] The Trial Chamber expressly relied on Witness TBH's testimony and not Witness TAW's with respect to the discussion of weapons distribution at the 9 April 1994 meeting. But as to that point, the Trial Chamber's reliance on Witness TBH's version of events favoured the Appellant.

day.[179] This is a *non sequitur*. The Trial Chamber did not hold that the Appellant was giving instructions for immediate killings, but rather that he was seeking "to prepare the Hutu population for the elimination of the Tutsi."[180]

77. The Appellant further notes that the Witnesses TBI, TBJ, and TBK have all been arrested and/or sentenced in Rwanda for genocide.[181] He does not explain the implications of this observation for the witnesses' credibility or for the Trial Judgement. As noted above, the Trial Chamber explained with respect to Witness TBH that his genocide conviction did not preclude reliance on his testimony; the Appellant does not explain why a similar conclusion would not have been reasonable with respect to the other three witnesses. In light of the Appellant's failure to demonstrate an error meriting reversal, no further discussion is warranted.[182]

(d) Alleged Factual Errors Concerning the Attacks at Nyarubuye Parish

78. Finally, the Appellant challenges the Trial Chamber's assessment of the testimony of Prosecution Witnesses TAO, TAQ, and TAX concerning the attacks at Nyarubuye Parish from 15 through 17 April 1994.[183] These attacks were the central facts underlying the Appellant's genocide conviction. The Trial Chamber found that he had planned, instigated, ordered, committed, and aided and abetted the killings of thousands of Tutsi refugees, who had fled various surrounding areas and sought shelter at Nyarubuye, in multiple massacres over the course of those three days.[184]

79. First, the Appellant points to various minor variations among the testimonies of different witnesses, such as whether the Appellant spoke "aloud" or "through a megaphone", and whether the *Interahamwe* chanted "Let's exterminate them" or "Let's massacre them".[185] He also notes that Witness TAO first stated that he "saw" the Appellant and six police officers arrive at the parish, but then clarified on cross-examination that he in fact heard the car arrive, and shortly thereafter saw the Appellant and the officers.[186] In the Appeals Chamber's view, these discrepancies are minor, and the Trial Chamber was certainly reasonable in deeming the witnesses credible despite them. As the Trial Chamber noted, their testimonies largely corroborated one another and "[n]o major inconsistency or discrepancy was noted in their evidence. The discrepancies noted can be explained

[179] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 184, 185.
[180] Trial Judgement, para. 97.
[181] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 191, 193, 194.
[182] The Appellant's other observations in this subsection are also without merit. He asserts that Witness TAS was "coached and sent by *IBUKA*", but provides no further explanation or evidence. He contends that one witness testified that he did not find the Appellant in Kigarama; it is unclear which witness he means, and several witnesses testified that the Appellant did lead a crowd to Kigarama. The Appellant's contentions concerning the interlocutory decision of 1 August 2003 are considered in section II.A.
[183] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 209-256.
[184] Trial Judgement, para. 288. The issue of defects in the Indictment was considered in section II.B.2 above.
[185] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 227-229.

by the time that has elapsed since the massacres, the fact that they witnessed the massacres from different locations and at different times, and the considerable stress they were subjected to."[187]

80. The Appellant also points to disparities in what the various Prosecution witnesses observed.[188] For instance, on 16 April 1994, Witness TAQ did not see the Appellant at Nyarubuye Parish, while Witness TAO did. On 17 April 1994, Witness TAX heard the Appellant exhort the *Interahamwe* to kill the few surviving Tutsi refugees, using a metaphor of "striking at a snake". Witnesses TAQ and TAO did not hear these remarks. Some witnesses did not mention looting following the massacre, while others did. The Appeals Chamber finds that these contrasts do not amount to inconsistencies, but simply reflect the fact that different people in different vantage points saw and heard different things.[189] The Trial Chamber so found, and the Appellant has not demonstrated that its conclusions were unreasonable.[190]

81. Finally, the Appellant states that the Trial Chamber's findings of fact were contradicted by evidence introduced by the Defence, including the Appellant's own diary from 1994, which does not detail his participation in the massacres.[191] The Appellant does not show that the Trial Chamber improperly ignored any of this evidence. Rather, the Trial Chamber simply concluded that to the extent the evidence presented by the Defence and that presented by the Prosecution conflicted, the latter was more credible.[192] When faced with competing versions of events, it is the prerogative of the trier of fact to determine which is more credible.[193] The Appellant has not demonstrated that the Trial Chamber made an error.

(e) Conclusion

82. For the foregoing reasons the Appeals Chamber dismisses this sub-ground of appeal.

[186] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 231.
[187] Trial Judgement, para. 145.
[188] *See, e.g.*, Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 233, 234, 243, 244, 255.
[189] *See Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 142.
[190] *See* Trial Judgement, paras. 149, 159, 163.
[191] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 236-242, 250-253.
[192] *See, e.g.*, Trial Judgement, paras. 153, 160.
[193] *See Rutaganda* Appeal Judgement, para. 29.

C. Crimes against Humanity: Extermination (Ground of Appeal 3)

83. The Trial Chamber convicted the Appellant of planning, instigating, ordering, and aiding and abetting extermination as a crime against humanity.[194] It referred to its earlier factual findings on the Appellant's role in the massacre at Nyarubuye Parish,[195] and found that the Appellant had the requisite *mens rea* for extermination in that he intended to participate in that massacre and had knowledge of the widespread and systematic attack against Tutsi civilians in Rusumo in April 1994.[196] The Appellant challenges this conviction.[197]

1. The Requisite Intent for the Crime of Extermination

84. The Appellant first appears to submit that the Trial Chamber applied an incorrect legal standard on the requisite intent for crimes against humanity.[198] In the Appellant's view, "[t]he mental element must be proved by the existence of a widespread practice, which implies planning and tolerance of such act by the State."[199] The Appeals Chamber rejects this contention. As stressed by the Trial Chamber,[200] the existence of a policy or plan can be evidentially relevant, but it is not a separate legal element of a crime against humanity.[201] In particular, the ICTY Appeals Chamber has emphasized that proof of a plan or policy is not a prerequisite to a conviction for extermination.[202] The same can be said of "tolerance of such act by the State."

85. The Appellant further submits that the Trial Chamber erred in fact in finding that he had the requisite intent for the crime of extermination.[203] He avers that the Prosecution has not shown that he took any action to plan the extermination of Tutsis.[204] In particular, he contends that the meetings of 8 and 9 April 1994 only dealt with security issues and that Witness TBH (who testified as to the meeting of 9 April 1994) was manipulated by the Prosecution.[205] The Appellant also

---

[194] Trial Judgement, paras. 314-316. Paragraph 314 of the English version of the Trial Judgement refers to "inciting" extermination whereas Article 6(1) of the Statute employs the term "instigated". Paragraph 314 of the authoritative French version of the Trial Judgement uses the term "*incité*", which is also the term employed in the French version of Article 6(1) of the Statute. The Appeals Chamber has already noted that "[t]here is a glaring disparity between the English text and the French text" of Article 6(1) of the Statute and held that, for the purposes of Article 6(1) of the Statute, "instigated" (in the English version) and "*incité*" (in the French version) are synonymous (*Akayesu* Appeal Judgement, para. 478).
[195] Trial Judgement, para. 308.
[196] Trial Judgement, paras. 311, 312.
[197] Although the Gacumbitsi Notice of Appeal (para. 40) is vague in setting forth the errors alleged, the Prosecution does not object to it, and the Appeals Chamber will therefore consider the errors as elucidated in the Appeal Brief.
[198] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 313, 314.
[199] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 314 (no reference provided).
[200] Trial Judgement, paras. 297-301.
[201] *Semanza* Appeal Judgement, para. 269. *See also Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 98; *Krstić* Appeal Judgement, para. 225; *Blaškić* Appeal Judgement, para. 120.
[202] *Krstić* Appeal Judgement, para. 225.
[203] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 315.
[204] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 317, referring to the arguments made under Ground 2 (Genocide).
[205] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 318, 319, referring only to Exhibit 7 tendered at trial.

argues that he refuted the existence of the weapons allegedly distributed.[206] He alleges that he could not have planned the extermination of Tutsis at the same time as he was arresting the people harming the Tutsis and their property,[207] and that if he had planned to exterminate the Tutsis "he would not have waited for seven days" to do so when he had the capacity to do so earlier.[208]

86. The Appeals Chamber holds that the Trial Chamber applied the correct *mens rea* requirement for the crime of extermination. In accordance with the case-law of the Tribunal,[209] the Trial Chamber explained that for crimes against humanity "the accused must have acted with knowledge of the broader context of the attack, and with knowledge that his act formed part of the widespread and systematic attack against the civilian population."[210] While the Trial Chamber did not expressly outline the *mens rea* requirement specific to the crime of extermination, it implicitly applied the correct requirement by finding that the actions of the Appellant revealed his "intention to participate in a large scale massacre in Nyarubuye."[211] As the Appeals Chamber recently explained:

> the crime of extermination requires proof that the accused participated in a widespread or systematic killing or in subjecting a widespread number of people or systematically subjecting a number of people to conditions of living that would inevitably lead to death, *and that the accused intended by his acts or omissions this result.*[212]

87. Moreover, the Appellant's argument is premised on a misinterpretation of the facts. The Trial Chamber did find that the Appellant took steps to plan the genocide and extermination of Tutsis in Rusumo Commune,[213] a conclusion that was reasonable, as discussed earlier.[214]

88. The actions of the Appellant in planning the extermination of Tutsis from 8 through 15 April 1994, as well as his subsequent actions from 15 through 17 April 1994, show that the Appellant had the intent to massacre a large number of individuals, and that he knew that his acts furthered a widespread and systematic attack against the Tutsis. Therefore, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err in assessing the Appellant's *mens rea*.[215]

[206] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 320 (no reference provided).
[207] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 324, referring to the testimonies of Defence Witnesses UH3 (T. 6 October 2003 p. 23), ZEZ (T. 6 October 2003 p. 52), and MQ1 (T. 21 October 2003 pp. 68, 69).
[208] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 323.
[209] *See Akayesu* Appeal Judgement, para. 467; *Ntakirutimana* Trial Judgement, para. 803; *Semanza* Trial Judgement, para. 332; *Cyangugu* Trial Judgement, para. 698. *See also, e.g., Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 99.
[210] Trial Judgement, para. 302.
[211] Trial Judgement, para. 311 ("[...] the Chamber does not doubt the Accused's intention to participate in a large scale massacre in Nyarubuye.").
[212] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 522 (emphasis added). *See also Stakić* Appeal Judgement, paras. 259, 260.
[213] *See* Trial Judgement, paras. 278, 311, 314.
[214] *See supra* section II.B.
[215] *See* Trial Judgement, paras. 311, 312.

1761/H

2. Victims Named in the Indictment

89. The Appellant argues that the Trial Chamber should not have convicted him for extermination because the Prosecution had failed to prove that the individuals specifically mentioned in paragraph 28 of the Indictment were killed at Nyarubuye Parish.[216] The Appeals Chamber disagrees; such a showing was not required for an extermination conviction. Paragraph 28 of the Indictment reads:

> As direct consequences of orders or instructions from **Sylvestre GACUMBITSI** at Nyarabuye *paroisse*, there were numerous killings of family members and entire families, including UWIRAGIYE, MUGIRANEZA and TUYIRINGIRE, three children. The identity of each victim and the proximate number of fatalities and the exact circumstances of each death cannot be detailed exhaustively due to the overwhelming devastation of the massacres.

Although this paragraph lists certain specific victims, this is only by way of example. The Appellant was not convicted of personally "committing" extermination. The material fact for his conviction for planning, instigating, ordering, and aiding and abetting that crime was the fact that many refugees were killed as a consequence of the Appellant's orders or instructions. And, indeed, the Trial Chamber found "that many Tutsi who found refuge at Nyarubuye Parish were killed there between 15 and 17 April 1994."[217] The Appellant has not shown that this finding was unreasonable.

90. Next, the Appellant claims that the Trial Chamber should not have relied on the killing of Mr. Murefu and two others for the conviction as those individuals were not mentioned in the Indictment. The Appeals Chamber has considered this argument above in the context of the genocide charge.[218] In any event, however, any pleading failure with respect to the killing of Mr. Murefu would not affect the conviction for extermination. Because, as noted, the Appellant was not convicted for "committing" extermination, his conviction does not depend on the individual killing of Mr. Murefu or any other specific person. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed.

3. Factual Basis for the Conviction

91. The Appellant contends that the Trial Chamber erred in fact and in law in relying on the evidence of several Prosecution witnesses (TAQ, TAX, TAO, Fergal Keane, and Alison Des Forges) and in discrediting that of several Defence witnesses (UHT, NG2, ZHZ, ZIZ).[219]

[216] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 321. *See also ibid.*, paras. 213-220. At the Appeal Hearing, the Appellant made a similar argument with respect to paragraph 12 of the Indictment (relating to Counts 1 and 2). *See* T. 8 February 2006 pp. 27-31. However, since the Trial Chamber found that the allegations contained in paragraph 12 of the Indictment had not been proved, it is not necessary to examine this question. *See* Trial Judgement, para. 40.
[217] Trial Judgement, para. 174.
[218] *See* section II.B.
[219] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 262-265, 298-308.

92. First, the Appellant submits that Witness TAQ was not credible.[220] He reiterates some of the arguments already raised under Ground 2 of his appeal,[221] and adds that Witness TAQ contradicted herself as to whether she heard the Appellant ask Hutus to separate themselves from the Tutsis refugees[222] and that Witness TAX heard no such request.[223] The Appeals Chamber finds that the supposed contradictions are in fact simply references to different events taking place on different dates. Witness TAQ testified that, after Mr. Murefu was killed on 15 April 1994, she ran to hide nearby and, once there, heard the Appellant ask the Hutus to separate themselves from the other refugees.[224] The other excerpt of her testimony cited by the Appellant concerns the witness's flight from Nyarutunga on 14 April 1994.[225] Likewise, discrepancies between what Witnesses TAQ and TAX heard are of no importance; the two were not similarly situated at the relevant time (Witness TAQ was outside,[226] while Witness TAX was in the convent[227]). Finally, the Appellant's further assertion that Witness TAQ held a grudge against him is unexplained and unsupported, and merits no further discussion.[228]

93. The Appellant next contends that Witness TAO's testimony concerning what the Appellant stated when he arrived at Nyarubuye Parish on 15 April 1994 contradicts an alleged prior statement.[229] The Appeals Chamber finds that it was reasonable for the Trial Chamber to accept Witness TAO's testimony despite some inconsistencies with his prior statement, of which the Trial Chamber was aware.[230] As noted above, the Trial Chamber has wide discretion to determine whether discrepancies discredit a witness's testimony.[231] In this case, Witness TAO was asked about the inconsistencies in his statements, and responded that his answers to the questions of the investigators had been transcribed by many persons and that now that he was before the Trial Chamber, he could answer questions directly.[232] Likewise, the Appeals Chamber sees no significance in the Appellant's further argument that while Witness TAO said that he saw the Appellant with a person named Rubaguka, Witness TAQ saw only Rubaguka.[233] The Trial Chamber

[220] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 266-276.
[221] *See* Gacumbitsi Appeal Brief, para. 273 (*see supra* section II.B.3(d)).
[222] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 269, 270.
[223] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 274.
[224] T. 29 July 2003 p. 53.
[225] T. 30 July 2003 pp. 11, 12.
[226] T. 29 July 2003 p. 53.
[227] T. 31 July 2003 p. 32.
[228] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 272 (no reference to the record provided).
[229] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 279-281. According to the Appellant, Witness TAO recognized that, in a prior statement, he said that the Appellant tried to reassure the refugees before the police opened fire (the Appellant refers to T. 31 July 2003 pp. 14, 15), whereas at trial Witness TAO said that the Appellant told the refugees to not advance further because the Tutsi's hour had come (the Appellant refers to T. 30 July 2003 p. 54).
[230] Trial Judgement, paras. 123, 145.
[231] *See supra* section II.B.3. *See also, e.g.*, *Rutaganda* Appeal Judgement, paras. 442, 443.
[232] *See* T. 31 July 2003 p. 14.
[233] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 285 (no reference to the record provided).

reasonably concluded that this alleged "discrepancy may be explained by the fact that the two witnesses witnessed the event at different times from different locations."[234]

94. As to Witness TAX, the Appellant submits that she was eleven years old at the time of the events in 1994 and that she lied about the number of days she hid among the corpses before being saved by the RPF.[235] The Appeals Chamber finds that it was reasonable for the Trial Chamber to accept Witness TAX's testimony despite her young age at the time of the events. There is no rule requiring a Trial Chamber to reject *per se* the testimony of a witness who was a child at the time of the events in question, and the Appellant did not demonstrate that Witness TAX was not reliable or credible. Further, uncertainty as to the number of days Witness TAX hid among the corpses before being saved by the RPF does not affect the relevant aspects of her testimony.

95. With respect to both Fergal Keane and Alison Des Forges, the Appellant argues that their estimates of the number of people killed at Nyarubuye Parish were inflated because the RPF had brought more corpses to Nyarubuye Parish before the documentary was filmed.[236] But even if this were true (which the Appeals Chamber need not decide), this would not cast doubt on the occurrence of the attacks to which both Prosecution and Defence witnesses testified. Nor does the Appellant demonstrate that the difference in the estimates would have affected the Judgement in any other way.

96. The Appellant next contends that the Trial Chamber exhibited bias in finding Defence Witness UHT not credible on the basis of vagueness and contradictions while excusing similar variations in the accounts of the Prosecution witnesses.[237] The Appeals Chamber disagrees. The Trial Chamber's conclusion that Witness UHT was not credible was reasonable,[238] as was its assessment of the credibility of the Prosecution witnesses. The Appellant has not shown that the Trial Chamber applied differing standards in the assessment of the evidence.

97. The Appellant also submits that the Trial Chamber erred in rejecting the testimony of Defence Witnesses NG2, ZHZ, and ZIZ that the Appellant was not at Nyarubuye on 15 April 1994,

---

[234] Trial Judgement, para. 159.
[235] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 288, 289. The Appellant also asserts that Fergal Keane used her to make publicity for a documentary, but does not explain why this would impugn her credibility.
[236] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 291-297. The Appellant further asserts that Fergal Keane was an agent for the RPF; this claim is unsubstantiated and does not suffice to impugn his testimony.
[237] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 308 (referring to Trial Judgement, para. 160), 309, 310.
[238] *See* Trial Judgement, para. 160. The Trial Chamber found Witness UHT "not very credible" because: 1) while he "testified that during the six hours he spent with the attackers at the parish on 16 April 1994, amongst corpses and survivors, he did not take part in finishing off the wounded [...] he could not testify as to what he did, apart from staying with his brother-in-law, being shocked and frightened"; and 2) Witness UHT was unclear as to the second vehicle that he saw at the parish. *Ibid.*

especially since the Trial Chamber had not disputed the credibility of these witnesses.[239] But as the Trial Chamber stated, it was "quite aware" of these witnesses' testimonies.[240] It simply found that, in light of the "consistent and specific" evidence placing the Appellant at Nyarubuye Parish on 15 April 1994, the Defence evidence did not raise a reasonable doubt as to his participation in the massacre.[241] The Appellant has not shown that this was unreasonable.

98. For the foregoing reasons, this sub-ground of appeal is dismissed and the appeal under this ground is dismissed in its entirety.

[239] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 298-306. The Appeals Chamber notes that the witnesses did not testify as to the events of 16 and 17 April 1994.
[240] *See* Trial Judgement, para. 153; *see also ibid.*, paras. 127, 130, 131.
[241] *See* Trial Judgement, para. 153.

1757/H

D. Crimes against Humanity: Rape (Ground of Appeal 4)

99. The Trial Chamber found that, on 17 April 1994, the Appellant publicly instigated the rape of Tutsi girls, declaring that sticks should be inserted into their genitals if they resisted.[242] It then found that the rapes of Witness TAQ and seven other Tutsi women were a direct consequence of the Appellant's instigation, and convicted the Appellant for those rapes.[243] The Appellant challenges his conviction for rape as a crime against humanity.[244]

1. Were the Rapes Part of a Widespread or Systematic Attack?

100. The Appellant submits that the Trial Chamber erred in law in convicting him of rape as a crime against humanity because the rapes in question were not committed in the course of a widespread and systematic attack. He submits that "systematic attack within the meaning of Article 3(g) of the Statute implies a deliberate act or plan" and that this element was not established here because the Prosecution did not prove the existence of preparatory meetings.[245]

101. The Trial Chamber stated:

> The attack must be widespread or systematic. The concept of "widespread" attack refers to the scale of the attack and multiplicity of victims. The attack must be "massive or large scale, involving many victims". The concept of "systematic" attack, within the meaning of Article 3 of the Statute, refers to a deliberate pattern of conduct, but does not necessarily include the idea of a plan. The existence of a policy or plan may be evidentially relevant, in that it may be useful in establishing that the attack was directed against a civilian population and that it was widespread or systematic. However, the existence of such a policy or plan is not a separate legal element of the crime.[246]

This elucidation of the "widespread or systematic" requirement is in accordance with the case law of this Tribunal and that of the ICTY, and the Appeals Chamber sees no error in it.[247]

102. The Appellant also argues that Article 3(g) of the Statute is directed at crimes of a collective nature, whereas the evidence in this case established, at most, individual or isolated acts.[248] At the outset, it bears noting that it is not rape *per se* that must be shown to be widespread or systematic,

---

[242] Trial Judgement, para. 224.
[243] Trial Judgement, paras. 224, 327, 328, 330. The Trial Chamber also found that the rapes recounted by Prosecution Witnesses TAO, TAS, and TAP had been established, but it acquitted the Appellant of them because it was not convinced that they were sufficiently connected to the Appellant's instigation. Trial Judgement, paras. 226, 227, 329. In particular, it found that, although Witness TAS testified that an attacker told her that he was acting in accordance with the Appellant's instructions, that hearsay evidence was not sufficiently reliable. *See* Trial Judgement, paras. 227, 327, 329.
[244] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 41-46.
[245] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 363; *see also* Gacumbitsi Reply, para. 85.
[246] Trial Judgement, para. 299 (internal citations omitted).
[247] ICTR: *Akayesu* Trial Judgement, paras. 579, 580; *Ntakirutimana* Trial Judgement, para. 804; *Semanza* Trial Judgement, paras. 328, 329; *Niyitegeka* Trial Judgement, para. 439. ICTY: *Kunarac et al.* Appeal Judgement, paras. 93-96; *Blaškić* Appeal Judgement, paras. 100, 101; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, paras. 93, 94.
[248] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 368-372.

but rather the attack itself (of which the rapes formed part).[249] In the case at hand, the Trial Chamber reasonably concluded that there was a widespread and systematic attack against Tutsis in Rusumo Commune.[250] Its further conclusion that the rapes formed part of this attack[251] was also reasonable in light of the finding that "the victims of rape were chosen because of their Tutsi ethnic origin, or because of their relationship with a person of the Tutsi ethnic group".[252]

103. The Appellant specifically contends that the rape of Witness TAQ was isolated because she had known her attacker previously.[253] But this fact does not mean that her rape was isolated from the widespread and systematic attack. Indeed, the genocide and extermination campaign in Rwanda was characterized in significant part by neighbours killing and raping neighbours.[254] Moreover, as the ICTY Appeals Chamber has recognized, even in the event that "personal motivations can be identified in the defendant's carrying out of an act, it does not necessarily follow that the required nexus with the attack on a civilian population must also inevitably be lacking."[255] Whether or not the perpetrator and victim are acquainted, the question is simply whether the totality of the evidence proves a nexus between the act and the widespread or systematic attack. The Appellant has not shown that the Trial Chamber erred in holding that this requirement was satisfied here.

104. Accordingly, this sub-ground of appeal is rejected.

2. Assessment of the Evidence

105. The Appellant submits that the Prosecution witnesses who testified as to rapes were not credible.[256] As the Trial Chamber acquitted the Appellant in relation to the rapes recounted by Witnesses TAO, TAS, and TAP, it is not necessary to discuss the contentions of the Appellant with respect to these witnesses. As to Witness TAQ, the Appellant refers to his arguments under his third ground of appeal, which have already been dismissed.[257] He adds that the witness did not see him on 17 April 1994, but only heard his voice through a megaphone, which causes vocal distortion; moreover, this difficulty was compounded by the fact that there were three persons talking at the

[249] *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 96; *Blaškić* Appeal Judgement, para. 101; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 94.
[250] Trial Judgement, paras. 303, 305, 306, 322, 323.
[251] Trial Judgement, para. 225.
[252] Trial Judgement, para. 324.
[253] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 372.
[254] For instance, paragraph 4 of the Indictment in this case described the events in Rusumo Commune as follows: "The campaign consisted in public incitement of Hutu civilians to separate themselves from their Tutsi neighbors and to kill them". *See also* Trial Judgement, para. 107. The Appellant has not challenged this basic account of the genocide, although he disputes his role in it.
[255] *Tadić* Appeal Judgement, para. 252.
[256] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 329, 330-339 (Witness TAP), 340-344 (Witness TAQ), 345-350 (Witness TAS), 351-359 (Witness TAO).
[257] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 328. *See supra* section II.C.

same time.[258] Finally, he reiterates that Witness TAQ knew her assailant, which, he suggests, means that her rape was not triggered by the Appellant's instigation.[259] In his Reply, the Appellant adds that the Trial Chamber erred in finding a causal link between his statements and the rapes, and that no reasonable trier of fact would have relied only on Witness TAQ's testimony to prove such a link with respect to the rape of seven other women.[260]

106. With respect to the Appellant's argument concerning vocal distortion, the Trial Chamber concluded that "the witness knew the Accused sufficiently well, because of their relationship, to be able to recognize his voice over the megaphone without seeing him."[261] The Appellant has not shown that this conclusion was unreasonable, nor has he shown that the fact that there were other individuals also speaking made it unreasonable to rely on Witness TAQ's testimony. Moreover, there is no cogent reason why the Trial Chamber should only have accepted Witness TAQ's account of her own rape and not that of the rapes she witnessed. As noted above, the Trial Chamber reasonably concluded that Witness TAQ was credible.

107. As noted above, the acquaintance between Witness TAQ and her assailant does not mean that her rape cannot constitute a crime against humanity. Likewise, it does not demonstrate that the Appellant could not have instigated the attack. The critical question is whether the Appellant's words substantially contributed to the commission of the rape. As to that question, the Trial Chamber found:

> on 16 April 1994, around 9 a.m., the Accused, who was driving around in Rubare *cellule*, Nyarubuye *secteur*, using a megaphone, asked that Hutu young men whom [...] girls had refused to marry should be looked for so that they should have sex with the young girls, adding that "in the event [that] they [the young girls] resisted, they had to be killed in an atrocious manner". Placed in context, and considering the attendant audience, such an utterance from the Accused constituted an incitement, directed at this group of attackers on which the *bourgmestre* had influence, to rape Tutsi women. That is why, immediately after the utterance, a group of attackers attacked Witness TAQ and seven other Tutsi women and girls with whom she was hiding, and raped them.[262]

Given these factual findings, which have not been shown to be unreasonable, it was reasonable for the Trial Chamber to conclude that the Appellant's words substantially contributed to the rapes of Witness TAQ, as well as that of the seven other Tutsis.[263]

108. Accordingly, this ground of appeal is dismissed in its entirety.

---

[258] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 342, 343.
[259] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 344, referring to T. 30 July 2003 p. 35.
[260] Gacumbitsi Reply, paras. 89, 90, 93.
[261] Trial Judgement, para. 213 (internal citation omitted).
[262] Trial Judgement, para. 215 (internal citation omitted).
[263] *See* Trial Judgement, para. 328.

1754/H

E. Sentencing (Ground of Appeal 5)

109. The Appellant submits that his sentence should be reduced to fifteen years, in the event that the Appeals Chamber does not quash his convictions.[264] Pointing to the Trial Chamber's reliance on his position as *bourgmestre* as an aggravating factor, he claims that he was convicted only because of that position, and that his responsibility for the crimes was never proven.[265] As to mitigating circumstances, the Appellant contends that, on 11 and 12 April 1994, he used his authority as *bourgmestre* to have the perpetrators arrested and incarcerated.[266] The Appellant also asserts that he helped some persons to escape the massacres,[267] and that he was himself a victim as he had been threatened and had to go into hiding on 13 April 1994.[268] Finally, he contends that the sentence should be reduced in light of his advanced age and the normal life expectancy in Africa.[269]

110. The Prosecution responds that the Appellant did not demonstrate how the Trial Chamber failed to follow the applicable law or abused its discretion in imposing a sentence.[270] In reply, the Appellant states that "[i]t is dumbfounding to think that when the Accused requests a reduction in his sentence, he is formulating a ground of appeal" and that "the heading 'Sentence' is not at all a ground of appeal. The proof is that the Defence has nowhere made mention of any error."[271] Rather, the Appellant requests that the Appeals Chamber, "[c]onforming to the humanist idea of countries like France where the famous prisoner Maurice PAPON, was admitted to spend his last days in his home because of his advanced age," reduce his sentence to fifteen years.[272]

111. Given that, as the Appellant expressly concedes in his Reply Brief, he has not raised any error of the Trial Chamber in relation to the sentence imposed,[273] the Appeals Chamber rejects the request to reduce the sentence. It is well established that the Appeals Chamber will not substitute its own sentence for that imposed by the Trial Chamber absent a showing that the Trial Chamber has committed a discernible error in exercising its discretion or has failed to follow applicable law.[274]

---

[264] Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 52-57, 60; Gacumbitsi Appeal Brief, para. 390.
[265] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 378-382, 385.
[266] Gacumbitsi Appeal Brief, paras. 382, 384.
[267] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 386.
[268] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 387.
[269] Gacumbitsi Appeal Brief, para. 389. *See also* Gacumbitsi Notice of Appeal, paras. 54-56.
[270] Prosecution Response, paras. 210-224.
[271] Gacumbitsi Reply, paras. 148, 152.
[272] Gacumbitsi Reply, para. 153.
[273] Even absent the admission in the reply, the result would be the same: the Gacumbitsi Appeal Brief does not attempt to show that the Trial Chamber committed any error that would require intervention of the Appeals Chamber.
[274] *See Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 291; *Semanza* Appeal Judgement, para. 392.

1753/H

III. THE APPEAL OF THE PROSECUTION

A. Murder as a Crime against Humanity (Ground of Appeal 2)

112. The Prosecution challenges the Appellant's acquittal for murder as a crime against humanity, with which he was charged pursuant to Articles 3(a), 6(1), and 6(3) of the Statute.[275] The Trial Chamber found that, on 13 April 1994, the Appellant expelled two of his Tutsi tenants, Marie and Béatrice, from their home, and that they were killed later that night.[276] However, the Trial Chamber considered these findings insufficient to establish the Appellant's responsibility for these killings.[277] The Prosecution contends, first, that the Trial Chamber erred in law and in fact by failing to conclude that the Appellant ordered these killings; and, second, that it erred in law by failing to consider the alternative theory that the Appellant aided and abetted the killings.[278]

1. Alleged Errors in Not Finding that the Appellant Ordered the Murder of Marie and Béatrice

113. At trial, Prosecution Witness TAS testified that, during the evening of 13 April 1994, she had heard a policeman named Kazoba tell someone that by noon the next day there would no longer be any Tutsi alive because the Appellant had ordered that all Tutsis be killed, starting with Marie and Béatrice.[279] She had seen Kazoba in the Appellant's company earlier that day.[280] The Trial Chamber found that this evidence was uncorroborated hearsay and declined to rely on it to establish that the Appellant had, indeed, ordered the murders.

114. On appeal, the Prosecution argues that the Trial Chamber erred in failing to take into account evidence establishing the wider genocidal campaign to which the Appellant contributed in a number of ways: meeting with and instructing *conseillers*, arranging for weapons distribution, and inciting violence through his public speeches.[281] The Prosecution maintains that this circumstantial evidence, as well as the evidence that the Appellant expelled his tenants notwithstanding the grave danger they faced, corroborates Witness TAS's hearsay testimony.[282] It contends that, in light of this combination of evidence, any reasonable Trial Chamber would have entered a conviction, and adds that the Trial Chamber failed to specify a standard by which the sufficiency of corroborative

[275] Indictment, Count 4.
[276] Trial Judgement, paras. 195, 196.
[277] Trial Judgement, paras. 196, 319.
[278] Prosecution Appeal Brief, paras. 59-116.
[279] *See* Trial Judgement, para. 180.
[280] *See* Trial Judgement, para. 67.
[281] Prosecution Appeal Brief, paras. 77-83.
[282] Prosecution Appeal Brief, para. 94.

evidence was to be assessed.[283] The Prosecution characterizes the alleged error as legal as well as factual, claiming that the Trial Chamber misunderstood the requirements for corroboration.[284]

115. It is well established that, as a matter of law, it is permissible to base a conviction on circumstantial evidence and/or hearsay evidence.[285] The Appeals Chamber recalls that, even if the law does not require evidence to be corroborated, a Trial Chamber, as the trier of fact, can decide that under particular circumstances corroboration is necessary.[286] Accordingly, the Trial Chamber made a factual finding specific to the evidence in this case: "the hearsay evidence of Witness TAS is insufficient, failing corroboration, to establish that the Accused ordered the murder of Marie and Béatrice."[287] Moreover, the Trial Chamber evidently did not ignore the evidence alleged by the Prosecution as corroborative of Witness TAS's hearsay evidence; it relied on this evidence to convict the Appellant of genocide and extermination.[288] Although the Trial Chamber did not specifically discuss this evidence in the context of the murder count, it was not obligated to set forth every step of its reasoning or to cite every piece of evidence that it considered.[289]

116. Moreover, it was reasonable for the Trial Chamber to conclude -- taking into account the hearsay testimony of Witness TAS as well as the circumstantial evidence -- that it was not established beyond reasonable doubt that the Appellant *ordered* the murders of Marie and Béatrice. The Appellant's involvement in various aspects of the genocidal campaign might reasonably be taken as support for the credibility of the hearsay testimony that he ordered these particular murders, as might the fact that he expelled Marie and Béatrice with little regard for the obvious danger to their lives. But none of this evidence provides such unambiguous proof that he issued such an order that a reasonable Trial Chamber would have *had* to convict him on that basis.

117. This sub-ground of appeal is dismissed.

2. Alleged Failure to Consider Other Modes of Liability

118. As an alternative to its ordering theory, the Prosecution argues that the Appellant should have been convicted for aiding and abetting the murders of Marie and Béatrice.[290] It maintains that the Trial Chamber's findings that the Appellant expelled his tenants in full knowledge of the risk that they would be killed, and that they were then in fact killed, are sufficient to establish that he

[283] Prosecution Appeal Brief, paras. 93, 94.
[284] *See* Prosecution Appeal Brief, paras. 75, 104.
[285] *Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 241; *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 303.
[286] *Bagilishema* Appeal Judgement, para. 79.
[287] Trial Judgement, para. 196.
[288] *See, e.g.*, Trial Judgement, para. 237 (the Appellant's misuse of influence); 92-99 (meetings and public incitement); 194-196 (eviction of tenants and their death).
[289] *See, e.g., Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 59.

aided and abetted the murders.[291] The Prosecution also claims that the Appellant should have been held responsible under this count pursuant to a joint criminal enterprise theory, an argument considered below in Section III.D.[292]

119. The Trial Chamber did not expressly discuss the possibility that the Appellant was liable for the murders of Marie and Béatrice as an aider and abetter. The Appellant suggests, however, that this is because the Prosecution had failed to plead or argue this mode of liability.[293]

120. The preamble to Count 4 of the Indictment (Murder) states that the Appellant is charged under Article 6(1) of the Statute "by virtue of his affirmative acts in planning, instigating, ordering, committing, or otherwise aiding and abetting the planning, preparation or execution of the crime charged".[294] Subsequent paragraphs under that count detail the specific allegations. Paragraph 36 of the Indictment is relevant to the killing of Marie and Béatrice; it reads as follows:

> On a date uncertain during April - June 1994, **Sylvestre GACUMBITSI** personally ordered the tenants in one of his homes to vacate the premises. After announcing that his home was not CND, a reference to the cantonment of RPF soldiers in Kigali, **Sylvestre GACUMBITSI** ordered the killing of his former tenants.

121. The Prosecution contends that the Appellant would suffer no prejudice if the Appeals Chamber were to consider liability for aiding and abetting, as this mode of liability and all relevant material facts were pleaded in the Indictment, all the witnesses who testified to those facts were cross-examined by the Defence, and the Defence would not have altered its cross-examination or called any additional evidence.[295] The Prosecution further argues that the Trial and Appeals Chambers have a duty to consider all of the implications of the evidence presented, and to render judgment based on all theories of culpability disclosed in the pleadings and on the evidence.[296]

122. The question for the Appeals Chamber is whether the allegations in the Indictment were sufficient to give the Appellant clear and timely notice that he was being charged with the killings of Marie and Béatrice for aiding and abetting. As recently noted by the Appeals Chamber:

> it has long been the practice of the Prosecution to merely quote the provisions of Article 6(1) of the Statute in the charges, leaving it to the Trial Chamber to determine the appropriate form of participation under Article 6(1) of the Statute. The Appeals Chamber reiterates that, to avoid any possible ambiguity, it would be advisable to indicate in relation to each individual count precisely and expressly the particular nature of the responsibility alleged. Nevertheless, even if an individual count of the indictment does not indicate precisely the form of responsibility pleaded, an accused

[290] Prosecution Appeal Brief, paras. 59, 95.
[291] Prosecution Appeal Brief, para. 102, referring to Trial Judgement, paras. 194, 197.
[292] Prosecution Appeal Brief, para. 103.
[293] *See* Gacumbitsi Response, para. 137.
[294] Indictment, Count 4.
[295] Prosecution Appeal Brief, para. 97.
[296] Prosecution Appeal Brief, para. 99, referring to *Krnojelac* Appeal Judgement, para. 172 (citing *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 580).

might have received clear and timely notice of the form of responsibility pleaded, for instance in other paragraphs of the indictment.[297]

123. In considering whether the Appellant received clear and timely notice, the Indictment must therefore be considered as a whole. In this case, the Appeals Chamber finds, by majority, Judge Güney and Judge Meron dissenting, that the reference to aiding and abetting in the preamble to Count 4, taken in combination with the allegations of material facts sufficient to support a conviction under that mode of liability, was sufficient to put the Appellant on notice that he was charged with aiding and abetting the murders of Marie and Béatrice. Specifically, paragraph 36 of the Indictment states that the Appellant ordered his tenants to leave their home and made an announcement that, in the context of the ongoing genocide, made clear that he was doing so because he did not want the home to serve as a refuge for Tutsi. Other paragraphs of the Indictment detail the context of the genocidal campaign, which ensured that in expelling the tenants under these circumstances, the Appellant was exposing them to a high probability of death.[298] Taken together -- and independently of the allegation at the end of paragraph 36 that the Appellant subsequently ordered the tenants' murder, which pleads the alternative "ordering" theory -- these paragraphs allege the necessary material facts in support of a conclusion that the Appellant aided and abetted their murder.

124. Thus, the Trial Chamber erred in failing to consider whether the Appellant aided and abetted the murder of Marie and Béatrice. Although the Trial Chamber therefore entered no conviction for aiding and abetting murder, it did enter findings of fact sufficient to support such a conviction. It detailed the expulsion of the tenants, the statements of the Accused, the context of the genocidal campaign and the Appellant's involvement therein, and the killing of the tenants, and concluded that "the Accused expelled his tenants, Tutsi women, knowing that by so doing he was exposing them to the risk of being targeted by Hutu attackers on grounds of their ethnic origin."[299] On the basis of these findings of fact, the Appeals Chamber will enter a new conviction for aiding and abetting murder.

125. For the foregoing reasons, this sub-ground of appeal is upheld.

---

[297] *Semanza* Appeal Judgement, para. 259, referring to *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 473; *Aleksovski* Appeal Judgement, n. 319.
[298] Indictment, paras. 3-25.
[299] *See* Trial Judgement, paras. 194-197. Paragraph 197 makes reference to findings elsewhere in the Judgement detailing the context of the genocide and the Appellant's involvement. These findings have been discussed elsewhere in the Judgement of the Appeals Chamber and need not be further detailed.

B. Responsibility for Rapes Committed in Rusumo Commune (Ground of Appeal 3)

126. Although the Appellant was convicted of eight rapes under Count 5 of the Indictment, the Trial Chamber acquitted him of certain other rapes that had been recounted by Prosecution Witnesses TAO, TAS, and TAP. The Trial Chamber found that these rapes had taken place, but that the Prosecution had not proven that the Appellant had instigated them.[300] On appeal, the Prosecution argues that the Trial Chamber should have convicted the Appellant for these rapes, either for instigation or under other modes of Article 6(1) or Article 6(3) liability.[301]

1. Instigation

(a) Legal Requirements for Instigation

127. The Prosecution argues that the Trial Chamber erred in law by requiring it to establish that the Appellant's instigation was a condition *sine qua non* of the commission of the rapes.[302] Instead, it contends that to establish culpability for instigation, it suffices to show that the accused's instigation "substantially contributed" to the commission of the crime -- that is, that he "set in motion a chain of events that were the foreseeable consequence of his instigation of the crime."[303] The Prosecution concludes that the totality of the evidence in this case establishes beyond reasonable doubt that this standard was satisfied.[304]

128. The Trial Chamber held that conviction for instigation requires proof "of a causal connection between the instigation and the *actus reus* of the crime."[305] It found "no evidence of a link" between the Appellant's words and the rapes recounted by Witnesses TAS, TAO, and TAP.[306]

129. As the *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement established, "it is not necessary to prove that the crime would not have been perpetrated without the involvement of the accused"; rather, "it is sufficient to demonstrate that the instigation was a factor substantially contributing to the conduct of another person committing the crime."[307] Thus, the Prosecution has correctly stated the causation requirement for instigation. However, there is no indication that the Trial Chamber misunderstood this requirement. Its reference to a "causal connection between the instigation and the *actus reus* of

[300] Trial Judgement, paras. 226, 227, 329.
[301] Prosecution Appeal Brief, para. 117.
[302] Prosecution Appeal Brief, para. 120.
[303] Prosecution Appeal Brief, paras. 120-122, referring to *Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 198.
[304] Prosecution Appeal Brief, para. 121.
[305] Trial Judgement, para. 279.
[306] Trial Judgement, para. 329.
[307] *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 27.

the crime"[308] does not specify what kind of causation must be proven, and without more it cannot be inferred that the Trial Chamber required that the instigation be the *sine qua non* of the rapes.

130. While the Trial Chamber did not use the phrase "substantially contributing", its language made clear that it found that this standard was not satisfied. Specifically, it found "no evidence establishing a link" -- substantial or otherwise -- between the Appellant's words and the rapes recounted by Witnesses TAS, TAO, and TAP.[309] Accordingly, the Trial Chamber did not err in law, and this sub-ground of appeal is dismissed.

(b) Evidence Supporting Instigation

131. In the alternative, the Prosecution argues that the Trial Chamber erred by failing to draw the only reasonable conclusion supported by the totality of the evidence and by its own factual findings: that the Appellant was responsible for instigating all the rapes established.[310] For instance, the Prosecution notes, the Trial Chamber found that on or about 17 April 1994,[311] the Appellant drove around Nyarubuye *secteur* with a megaphone inciting Hutu men to rape Tutsis and to kill atrociously those who resisted. Such rapes were then carried out, including by inserting sticks in the victims' genitals, and some victims died.[312] The specific rapes recounted by Witnesses TAO, TAS, and TAP were perpetrated around mid-April 1994 in Rusumo Commune; some of them were perpetrated within Nyarubuye *secteur*, including by the Nyarubuye *conseiller*.[313] The Prosecution points to the findings concerning the Appellant's knowledge of the rapes, his authority as *bourgmestre*, and his role in the genocide, and cites the testimony of Witness TAS that those who raped her told her that the Appellant had ordered the rape and killing of Tutsi women and girls.[314]

(i) The Rape of Witness TAS

132. Witness TAS, a Hutu woman married to a Tutsi man, testified that, on an unspecified date, she was raped by two Hutu men, one of whom told her that the Appellant had authorized the rape of Tutsis but that no decision had yet been taken concerning Hutu women who were married to Tutsis.[315] The Trial Chamber concluded that the rape of Witness TAS had been established,[316] but

[308] Trial Judgement, para. 279.
[309] Trial Judgement, para. 329.
[310] Prosecution Appeal Brief, paras. 123-135.
[311] Although paragraph 215 of the Trial Judgement puts the instigation on 16 April 1994, the Trial Chamber relied on the testimony of Witness TAQ, who in fact testified that the Appellant made the relevant statements on 17 April 1994. *See* T. 29 July 2003 pp. 61, 62. Paragraph 227 of the Trial Judgement refers to the correct date, 17 April 1994.
[312] *See* Trial Judgement, para. 215; Prosecution Appeal Brief, para. 124.
[313] *See* Trial Judgement, paras. 205, 215, 226; Prosecution Appeal Brief, para. 124.
[314] Prosecution Appeal Brief, para. 124; *but see* Trial Judgement, para. 327 (finding this testimony inadequate to establish the Appellant's involvement).
[315] T. 5 August 2003 pp. 22, 23, 51, summarized in Trial Judgement, para. 209.
[316] Trial Judgement, para. 226.

found that her uncorroborated hearsay testimony concerning the Appellant's instructions was insufficient to prove that he had instigated the rape.[317]

133. There is no evidence that the rape of Witness TAS took place after the Appellant's statements instigating rapes on 17 April 1994, and no direct evidence that, prior to that date, the Appellant had instigated rape.[318] The only evidence to the latter effect was Witness TAS's account of her attacker's statement, which the Trial Chamber did not find reliable.[319] No error has been shown in this finding. Although the Trial Chamber is not precluded as a matter of law from relying on uncorroborated hearsay testimony to establish an element of a crime, it is not obligated to do so.[320] Accordingly, the Trial Chamber did not err in declining to find that the Appellant instigated the rape of Witness TAS.

(ii) The Rapes of Witness TAP and her Mother

134. Witness TAP testified that one day in April 1994, after the President died, she heard loud noises, gunfire, buildings collapsing, and explosions coming from Nyarubuye Parish.[321] She explained that the following day,[322] a group of thirty unidentified attackers sexually assaulted and killed her mother, and subsequently raped her.[323] The Trial Chamber accepted Witness TAP's account of the rapes,[324] but was not persuaded that there was a "sufficient nexus" between the Appellant's words on 17 April 1994 and those rapes to establish his responsibility for them.[325]

135. As with the rape of Witness TAS, there is no evidence that the rapes recounted by Witness TAP took place after 17 April 1994, the date of the Appellant's instigation. The Prosecution did not establish the date on which the rapes in question took place. Witness TAP situated the rapes temporally as the day after which she heard loud noises from Nyarubuye Parish. The Appeals Chamber notes that the principal attack at Nyarubuye Parish, a possible source of the sounds testified to by Witness TAP, took place on 15 April 1994.[326] This would mean that the rapes in

[317] Trial Judgement, paras. 227, 327.
[318] Although paragraph 215 of the Trial Judgement puts the instigation on 16 April 1994, the Trial Chamber relied on the testimony of Witness TAQ, who in fact testified that the Appellant made the relevant statements on 17 April 1994. *See* T. 29 July 2003 pp. 61, 62. Paragraph 227 of the Trial Judgement refers to the correct date, 17 April 1994.
[319] Trial Judgement, para. 227.
[320] *See, e.g.*, *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 34 (noting that "[t]he Trial Chamber has the discretion to cautiously consider" hearsay evidence).
[321] T. 6 August 2003 pp. 7, 8.
[322] T. 6 August 2003 p. 8. *See also* Trial Judgement, para. 207 (internal citation omitted): "*Le témoin précise que cette attaque s'est produite le lendemain du jour où, en avril 1994, après la mort du Président, elle avait entendu des bruits importants qui lui indiquaient que quelque chose de spécial se passait à la paroisse de Nyarubuye.*" The English translation of this paragraph is inaccurate: "The witness explained that the attack occurred the day after the President's death".
[323] T. 6 August 2003 pp. 8-11. *See also* Trial Judgement, paras. 207, 208.
[324] Trial Judgement, paras. 219, 226.
[325] Trial Judgement, paras. 227, 329.
[326] Trial Judgement, paras. 152, 167, 174.

question took place on 16 April 1994, one day before the Appellant's instigation of rapes.[327] As no other evidence shows that the Appellant's actions or words substantially contributed to the rapes of Witness TAP and her mother, the Trial Chamber did not err in finding that the Prosecution had not established beyond reasonable doubt that the Appellant instigated these rapes.

(iii) The Rapes Recounted by Witness TAO

136. Witness TAO, a Tutsi man, testified that at some point after the attack at Nyarubuye Parish on 15 April 1994 his wife was taken to the house of the *conseiller* of Nyarubuye Sector, Isaïe Karamage.[328] Witness TAO testified that his wife spent two or three days there, and that she told him afterward that the *conseiller* had raped her every night.[329] A few days later, Witness TAO witnessed the rape and killing of his wife by unknown attackers.[330]

137. The Trial Chamber noted that Witness TAO's testimony regarding the rapes of his wife by Mr. Karamage was hearsay,[331] but it nevertheless considered it reliable, "especially as other witnesses testified that there were similar incidents of rape at the same house, or at least, that women and girls gathered there".[332] The Trial Chamber also accepted that Witness TAO witnessed the rape and killing of his wife by unknown attackers.[333] However, the Trial Chamber found that the Prosecution had not proven a link between the Appellant's words on 17 April 1994 and the rapes recounted by Witness TAO,[334] and that the Appellant could not be convicted for them.[335]

138. Although at least some of the rapes in question appear to have been committed after the Appellant instigated rape, there is no evidence that the Appellant's instigation substantially contributed to them. The Prosecution did not establish that Mr. Karamage and the other attackers were aware of the Appellant's statements of 17 April 1994. The Prosecution's suggestion that "[i]t is only reasonable to conclude that, even if some perpetrators of the other rapes did not directly hear the [Appellant]'s instigation, they were told by others about it, or were inspired by the actions of others who had heard it"[336] is speculative and plainly does not establish that this was the *only* reasonable conclusion. Thus, the Prosecution has not shown an error in the Trial Chamber's conclusion that no nexus was proven between the instigation and the rapes.

---

[327] *See supra* footnote 317.
[328] T. 30 July 2003 p. 58; T. 31 July 2003 pp. 20, 21.
[329] T. 30 July 2003 p. 58; T. 31 July 2003 p. 21.
[330] T. 30 July 2003 pp. 59, 60.
[331] Trial Judgement, para. 216.
[332] Trial Judgement, para. 217.
[333] Trial Judgement, para. 218.
[334] Trial Judgement, para. 227.
[335] Trial Judgement, para. 329.
[336] Prosecution Appeal Brief, para. 126.

2. Other Modes of Liability under Article 6(1) of the Statute

139. The Prosecution also submits that the Trial Chamber erred in failing to convict the Appellant for planning, ordering, committing through a joint criminal enterprise, and aiding and abetting the rapes recounted by Witnesses TAO, TAS, and TAP.[337] It submits that the Appellant had the requisite *mens rea* for any of these modes of liability because he acted "with the full awareness of the substantial likelihood that indiscriminate rape of Tutsis would occur in Rusumo."[338] As to the *actus reus*, the Prosecution argues that the only reasonable conclusion is that the Appellant's public call for the indiscriminate rape of Tutsis, taken together with all the other proven facts, establishes that he aided and abetted the rapes in question.[339] The Prosecution makes no attempt to explain how the evidence establishes the *actus reus* of planning or ordering rape, and so the Appeals Chamber will not consider its assertion of error in this regard. Its submissions regarding joint criminal enterprise will be addressed in Section III.D below.

140. The Prosecution states that the causation standard for aiding and abetting "is that the acts have a substantial effect on the commission of the crime."[340] The Appeals Chamber agrees, but finds that the Prosecution has not established that this standard was satisfied. As discussed in the previous subsection, the evidence at trial was insufficient to prove beyond reasonable doubt that the Appellant's words on 17 April 1994 had any effect on the rapes in question. The Prosecution does not point to any other specific acts or omissions that support a conviction for aiding and abetting. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed.

3. Article 6(3) Liability

141. The Prosecution challenges the Trial Chamber's holding that the Appellant lacked superior authority over the *conseillers*, gendarmes, soldiers, and *Interahamwe* in Rusumo Commune at the time of the events.[341] It argues that the Trial Chamber erred in law by requiring proof that the Appellant was a superior in a formal administrative hierarchy rather than examining whether he exercised effective control.[342] It further claims that because overwhelming evidence established that the Appellant possessed such effective control, he should have been convicted for the rapes recounted by Witnesses TAO, TAP, and TAS under Article 6(3) of the Statute.[343]

[337] Prosecution Appeal Brief, paras. 117, 136, 137.
[338] Prosecution Appeal Brief, para. 142.
[339] Prosecution Appeal Brief, para. 143.
[340] Prosecution Appeal Brief, para. 143.
[341] Prosecution Appeal Brief, paras. 147, 148, referring to Trial Judgement, para. 243.
[342] Prosecution Appeal Brief, paras. 148-150.
[343] Prosecution Appeal Brief, paras. 150-152.

142. The Trial Chamber did not enter a formal legal finding concerning the Appellant's Article 6(3) responsibility for rape, instead stating:

> Having found the Accused criminally liable under Article 6(1) of the Statute for instigating others to commit rape in Rusumo *commune* in April 1994, the Chamber does not deem it necessary to *enquire* whether he is equally responsible pursuant to Article 6(3) of the Statute, given the similarity of the acts charged and the lack [*sic*] [of] evidence of a superior-subordinate relationship between the Accused and the perpetrators of the rapes.[344]

As to the first part of this statement, it is true that convictions should not be entered under both Articles 6(1) and 6(3) of the Statute for the same crime based on the same conduct.[345] The Appellant's Article 6(1) conviction for rape only extended to some of the rapes alleged, however. The Trial Chamber therefore had to consider whether the Appellant was responsible for the other rapes under Article 6(3) of the Statute, that is those recounted by Witnesses TAO, TAP, and TAS. It in fact implicitly did so, concluding that there was no evidence of a superior-subordinate relationship. Its holding on this point was further elaborated in its factual findings:

> On the evidence tendered, the Chamber cannot find that the Accused had superior authority over the *conseillers*, *gendarmes*, soldiers and *Interahamwe* that were in his *commune* at the time of the events under consideration. The law did not, *per se*, place him in such a position. Although his responsibilities regarding the maintenance of law and order afforded him the power to take legal measures that would be binding on everyone in the *commune*, the Prosecution has not adduced any evidence that such power placed him, *ipso facto*, in the position of a superior within a formal administrative hierarchy vis-à-vis each category of persons mentioned above.[346]

143. This analysis focuses on the Appellant's *de jure* authority -- specifically, whether the "law" placed him in power and whether he was "a superior within a formal administrative hierarchy". The Trial Chamber does not appear to have considered the Appellant's *de facto* authority. This was an error. A superior "possesses power or authority over subordinates either *de jure* or *de facto*; it is not necessary for that power or authority to arise from official appointment."[347] To establish liability under Article 6(3) of the Statute, the following must be shown:

- A crime over which the Tribunal has jurisdiction was committed;
- The accused had effective control over the perpetrators of the crime (*i.e.*, the material ability to prevent or punish the commission of crimes);
- The accused knew or had reason to know that the crime was going to be committed or had been committed; and

[344] Trial Judgement, para. 332 (emphasis in original).
[345] *See Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 81.
[346] Trial Judgement, para. 243.
[347] *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 85.

- The accused did not take necessary and reasonable measures to prevent or punish the commission of the crime by a subordinate.[348]

144. The Trial Chamber found that the Appellant knew or had reason to know of the rapes recounted by Witnesses TAO, TAS, and TAP.[349] The key question is whether the Appellant had effective control over the perpetrators. Attempting to show effective control, the Prosecution, in its Appeal Brief, points to Trial Chamber findings concerning the Appellant's general authority as *bourgmestre* to impose law and order in the commune, as well as his leading role in the genocidal campaign.[350] Yet it cannot be extrapolated from these findings that he exercised effective control over every person who was present in the commune during the time in question. The Prosecution advances no arguments specifically addressing the relationship between the Appellant and the perpetrators of the particular rapes described by Witnesses TAO, TAS, and TAP.

145. The Appeals Chamber therefore cannot conclude that the Prosecution met its burden of proving beyond a reasonable doubt that the Appellant had effective control over the perpetrators of the rapes recounted by Witnesses TAO, TAS, and TAP. Accordingly, the Appeals Chamber affirms the Trial Chamber's finding that the Appellant cannot be convicted under Article 6(3) of the Statute for these rapes.

146. This sub-ground of appeal is dismissed, and the appeal under this ground is dismissed in its entirety.

[348] For the leading cases, *see Čelebići Case* Appeal Judgement, paras. 182-314; *Bagilishema* Appeal Judgement, paras. 24-62; *Blaškić* Appeal Judgement, paras. 53-85.
[349] Trial Judgement, para. 228.
[350] Prosecution Appeal Brief, para. 152.

1742/H

C. Elements of Rape as a Crime against Humanity (Ground of Appeal 4)

147. The Prosecution's fourth ground of appeal seeks a clarification of the law relating to rape as a crime against humanity or as an act of genocide.[351] The Prosecution argues that non-consent of the victim and the perpetrator's knowledge thereof should not be considered elements of the offence that must be proved by the Prosecution; rather, subject to the limitations of Rule 96 of the Rules, consent should be considered an affirmative defence.[352]

148. The Prosecution argues that the crime of rape only comes within the Tribunal's jurisdiction when it occurs in the context of genocide, armed conflict, or a widespread or systematic attack against a civilian population -- circumstances in which genuine consent is impossible. In support, it quotes a report by a Special Rapporteur to the UN Commission on Human Rights:

> The manifestly coercive circumstances that exist in all armed conflict situations establish a presumption of non-consent and negate the need for the Prosecution to establish lack of consent as an element of the crime.[353]

149. The Prosecution posits that rape should be viewed in the same way as other violations of international criminal law, such as torture or enslavement, for which the Prosecution is not required to establish absence of consent.[354] Further, it contends that Rule 96(ii) of the Rules presumes that consent is a defence that must be supported by credible evidence introduced by the accused.[355]

150. The Trial Chamber found that the circumstances in this case were so coercive as to negate any possibility of consent.[356] The Prosecution therefore does not allege an error invalidating the verdict. However, it maintains, and the Appeals Chamber agrees, that the matter should be considered as one of "general significance" for the Tribunal's jurisprudence.[357]

151. In the *Kunarac* case, the ICTY Appeals Chamber defined rape as follows:

> the *actus reus* of the crime of rape in international law is constituted by: the sexual penetration, however slight: (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator; or (b) the mouth of the victim by the penis of the perpetrator; where such sexual penetration occurs without the consent of the victim. Consent for this purpose must be

---

[351] Prosecution Notice of Appeal, para. 16.
[352] Prosecution Appeal Brief, paras. 155, 156.
[353] Prosecution Appeal Brief, para. 157, citing Contemporary Forms of Slavery: Systematic Rape, Sexual Slavery, and Slavery-Like Practices during Armed Conflict, Final Report submitted by Ms. Gay J. McDougall, Special Rapporteur to the Economic and Social Council: Commission on Human Rights, E/CN.4/Sub.2/1998/13 (22 June 1998), para. 25. *See also ibid.*, para. 158, quoting Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court - Addendum: Part II - Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, PCNICC/2001/1/Add.2 (2 November 2000), arts. 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), 8(2)(e)(vi).
[354] Prosecution Appeal Brief, paras. 159, 182.
[355] Prosecution Appeal Brief, para. 160.
[356] Prosecution Appeal Brief, paras. 163, 164.
[357] *Akayesu* Appeal Judgement, para. 19. *See also Tadić* Appeal Judgement, paras. 247, 281; *Čelebići Case* Appeal Judgement, paras. 218, 221.

> consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances. The *mens rea* is the intention to effect this sexual penetration, and the knowledge that it occurs without the consent of the victim.[358]

However, it immediately emphasized that "the circumstances giving rise to the instant appeal and that prevail in most cases charged as either war crimes or crimes against humanity will be almost universally coercive. That is to say, true consent will not be possible."[359]

152. The Appeals Chamber adopts and seeks to further elucidate the position expressed by the ICTY Appeals Chamber in the *Kunarac et al.* Appeal Judgement. Two distinct questions are posed. First, are non-consent and the knowledge thereof elements of the crime of rape, or is consent instead an affirmative defence? Second, if they are elements, how may they be proved?

153. With respect to the first question, *Kunarac* establishes that non-consent and knowledge thereof are elements of rape as a crime against humanity. The import of this is that the Prosecution bears the burden of proving these elements beyond reasonable doubt. If the affirmative defence approach were taken, the accused would bear, at least, the burden of production, that is, the burden to introduce evidence providing *prima facie* support for the defence.

154. As the Prosecution points out, Rule 96 of the Rules does refer to consent as a "defence". The Rules of Procedure and Evidence do not, however, redefine the elements of the crimes over which the Tribunal has jurisdiction, which are defined by the Statute and by international law.[360] The Appeals Chamber agrees, moreover, with the analysis of the Trial Chamber in the *Kunarac* case:

> The reference in the Rule [96] to consent as a "defence" is not entirely consistent with traditional legal understandings of the concept of consent in rape. Where consent is an aspect of the definition of rape in national jurisdictions, it is generally understood [...] to be *absence of consent* which is an *element* of the crime. The use of the word "defence", which in its technical sense carries an implication of the shifting of the burden of proof to the accused, is inconsistent with this understanding. The Trial Chamber does not understand the reference to consent as a "defence" in Rule 96 to have been used in this technical way.[361]

Rather than changing the definition of the crime by turning an element into a defence, Rule 96 of the Rules must be read simply to define the circumstances under which evidence of consent will be admissible.[362] Thus, it speaks to the second part of the present inquiry: how may non-consent be proven?

155. The answers both Tribunals have given to this second question resolve as a practical matter the objections raised by the Prosecution with respect to the elements approach. The Prosecution can

---

[358] *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 127 (internal citation omitted).
[359] *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 130.
[360] *See Tadić* Judgement on Allegations of Contempt, para. 25, n. 26.
[361] *Kunarac et al.* Trial Judgement, para. 463 (emphasis in original).
[362] *Kunarac et al.* Trial Judgement, para. 464.

prove non-consent beyond reasonable doubt by proving the existence of coercive circumstances under which meaningful consent is not possible. As with every element of any offence, the Trial Chamber will consider all of the relevant and admissible evidence in determining whether, under the circumstances of the case, it is appropriate to conclude that non-consent is proven beyond reasonable doubt. But it is not necessary, as a legal matter, for the Prosecution to introduce evidence concerning the words or conduct of the victim or the victim's relationship to the perpetrator. Nor need it introduce evidence of force. Rather, the Trial Chamber is free to infer non-consent from the background circumstances, such as an ongoing genocide campaign or the detention of the victim.[363] Indeed, the Trial Chamber did so in this case.

156. Under certain circumstances, the accused might raise reasonable doubt by introducing evidence that the victim specifically consented. However, pursuant to Rule 96(ii) of the Rules, such evidence is inadmissible if the victim:

> (a) Has been subjected to or threatened with or has had reason to fear violence, duress, detention or psychological oppression; or
>
> (b) Reasonably believed that if the victim did not submit, another might be so subjected, threatened or put in fear.

Additionally, even if it admits such evidence, a Trial Chamber is free to disregard it if it concludes that under the circumstances the consent given was not genuinely voluntary.

157. As to the accused's knowledge of the absence of consent of the victim, which as *Kunarac* establishes is also an element of the offence of rape, similar reasoning applies. Knowledge of non-consent may be proven, for instance, if the Prosecution establishes beyond reasonable doubt that the accused was aware, or had reason to be aware, of the coercive circumstances that undermined the possibility of genuine consent.

[363] *See Kunarac et al.* Appeal Judgement, paras. 131, 132 (holding that voluntary consent is impossible in a coercive detention environment); *Akayesu* Trial Judgement, para. 688 ("The Tribunal notes in this context that coercive circumstances need not be evidenced by a show of physical force. Threats, intimidation, extortion and other forms of duress which prey on fear or desperation may constitute coercion, and coercion may be inherent in certain circumstances, such as armed conflict or the military presence of *Interahamwe* among refugee Tutsi women at the *bureau communal*.").

1739/H

D. Joint Criminal Enterprise (Ground of Appeal 5)

158. The Appeals Chamber, following ICTY precedent, has recognized that an accused before this Tribunal may be found individually responsible for "committing" a crime within the meaning of Article 6(1) of the Statute under one of three categories of "joint criminal enterprise" ("JCE") liability.[364] The present ground of appeal concerns the Appellant's liability for murder, genocide, extermination and rape under the first and third categories.[365] The first (or "basic") category encompasses cases in which "all co-perpetrators, acting pursuant to a common purpose, possess the same criminal intention" to commit the crime that is charged.[366] The third (or "extended") category concerns cases in which the crime charged, "while outside the common purpose, is nevertheless a natural and foreseeable consequence of executing that common purpose."[367]

159. At paragraph 289 of the Trial Judgement, the Trial Chamber stated:

> The Prosecution seems to allege that the Accused participated in a joint criminal enterprise. However, the Chamber cannot make a finding on such allegation since it was not pleaded clearly enough to allow the Accused to defend himself adequately.

160. The Prosecution submits that this holding was in error.[368] It observes that the Indictment charged that the Appellant acted "in concert with" others in pursuit of a "common scheme, strategy, or plan". The Prosecution argues that this language is the functional equivalent of "joint criminal enterprise" and sufficed to put the Appellant on notice, particularly in conjunction with the factual allegations in the Indictment and the "collective" nature of the crimes charged.[369] The Prosecution further contends that any vagueness in the Indictment was cured by its Pre-Trial Brief[370] and asserts that it consistently advanced the JCE theory at trial.[371] It argues that the Appellant should have been convicted on this theory for committing murder, genocide, extermination, and rape.[372]

1. Applicable Law Concerning the Pleading of Joint Criminal Enterprise

161. The relevant law concerning specificity of indictments as a general matter is set forth in Section II.B above. This Tribunal's leading precedent on pleading practice with respect to JCE is the *Ntakirutimana* Appeal Judgement, which invokes this passage from the *Krnojelac* Appeal Judgement:

---

[364] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, paras. 463, 468. *See also Rwamakuba* Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide.
[365] *See* Prosecution Appeal Brief, paras. 184, 205-208.
[366] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 463.
[367] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 465.
[368] Prosecution Appeal Brief, para. 184.
[369] Prosecution Appeal Brief, para. 191.
[370] Prosecution Appeal Brief, paras. 197-199.

> With respect to the nature of the liability incurred, the Appeals Chamber holds that it is vital for the indictment to specify at least on what legal basis of the Statute an individual is being charged (Article 7(1) and/or 7(3)). Since Article 7(1) allows for several forms of direct criminal responsibility, a failure to specify in the indictment which form or forms of liability the Prosecution is pleading gives rise to ambiguity. The Appeals Chamber considers that such ambiguity should be avoided and holds therefore that, where it arises, the Prosecution must identify precisely the form or forms of liability alleged for each count as soon as possible and, in any event, before the start of the trial. Likewise, when the Prosecution charges the "commission" of one of the crimes under the Statute within the meaning of Article 7(1), it must specify whether the term is to be understood as meaning physical commission by the accused or participation in a joint criminal enterprise, or both. The Appeals Chamber also considers that it is preferable for an indictment alleging the accused's responsibility as a participant in a joint criminal enterprise also to refer to the particular form (basic or extended) of joint criminal enterprise envisaged. However, this does not, in principle, prevent the Prosecution from pleading elsewhere than in the indictment--for instance in a pre-trial brief--the legal theory which it believes best demonstrates that the crime or crimes alleged are imputable to the accused in law in the light of the facts alleged. This option is, however, limited by the need to guarantee the accused a fair trial.[373]

162. More recently, the ICTY Appeals Chamber elaborated in *The Prosecutor v. Kvočka et al.*:

> An indictment which merely lists the charges against the accused without pleading the material facts does not constitute adequate notice because it lacks "enough detail to inform a defendant clearly of the charges against him so that he may prepare his defence". Whether or not a fact is considered material depends on the nature of the Prosecution's case. The Prosecution's characterization of the alleged criminal conduct and the proximity of the accused to the underlying crime are decisive factors in determining the degree of specificity with which the Prosecution must plead the material facts of its case in the indictment in order to provide the accused with adequate notice.[...] *If the Prosecution relies on a theory of joint criminal enterprise, then the Prosecutor must plead the purpose of the enterprise, the identity of the participants, and the nature of the accused's participation in the enterprise.* Therefore, in order for an accused charged with joint criminal enterprise to fully understand which acts he is allegedly responsible for, the indictment should clearly indicate which form of joint criminal enterprise is being alleged.
>
> [...]
>
> The Appeals Chamber also considers that *the Indictment is defective because it fails to make any specific mention of joint criminal enterprise*, although the Prosecution's case relied on this mode of responsibility. As explained above, joint criminal enterprise responsibility must be specifically pleaded. *Although joint criminal enterprise is a means of "committing", it is insufficient for an indictment to merely make broad reference to Article 7(1) of the Statute.* Such reference does not provide sufficient notice to the Defence or to the Trial Chamber that the Prosecution is intending to rely on joint criminal enterprise responsibility. *Moreover, in the Indictment the Prosecution has failed to plead the category of joint criminal enterprise or the material facts of the joint criminal enterprise*, such as the purpose of the enterprise, the identity of the participants, and the nature of the accused's participation in the enterprise.[374]

Thus, *Kvočka* unambiguously established that failure to plead a JCE theory, including the category of JCE and the material facts supporting the theory, constitutes a defect in the indictment. It held, however, that the defect in that case was cured by the Prosecution's subsequent submissions.[375]

163. The Appeals Chamber adopts the holding and rationale of the ICTY Appeals Chamber in *Kvočka*. The mode of liability under Article 6(1) (including the JCE theory) must be pleaded in the

---

[371] Prosecution Appeal Brief, paras. 200-203.
[372] Prosecution Appeal Brief, paras. 184, 210.
[373] *Krnojelac* Appeal Judgement, para. 138. *See also Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 475.
[374] *Kvočka et al.* Appeal Judgement, paras. 28, 42 (emphases added, internal citations omitted).

indictment, or the indictment is defective. As *Krnojelac* makes clear, however, such defects may be cured by the provision of timely, clear, and consistent information -- for example, in a pre-trial brief.[376] This approach is consistent with the Appeals Chamber's approach to all other pleading failures.[377]

164. The Appeals Chamber will now consider whether the Indictment gave proper notice of the Prosecution's intent to rely on a JCE theory. The Prosecution does not argue that the Appellant has waived any objection to the vagueness of the Indictment in this respect. Thus, if it finds that the Indictment is defective, the Appeals Chamber will have to consider whether the Prosecution has proven that the defect was cured by the provision of timely, clear, and consistent information.

2. Allegations in the Indictment

165. The words "joint criminal enterprise" are not contained in the Indictment. This absence does not in and of itself indicate a defect. As the Appeals Chamber noted in *Ntakirutimana*, the *Tadić* Appeal Judgement used interchangeably the expressions "joint criminal enterprise", "common purpose", and "criminal enterprise".[378] It is possible that other phrasings might effectively convey the same concept.[379] The question is not whether particular words have been used, but whether an accused has been meaningfully "informed of the nature of the charges" so as to be able to prepare an effective defence.[380]

166. In this regard, two of the Prosecution's contentions are readily dismissed. First, the Appellant plainly could not have been expected to infer the Prosecution's reliance on a JCE theory from the mere fact that the Indictment "explicitly charged the [Appellant] with collective crimes: genocide, complicity in genocide, extermination, murder and rape in connection with the massacres that took place at various locations".[381] "Collective crimes" in this sense, *i.e.* crimes that involve multiple responsible parties or that take place in the context of mass violence, are alleged in every case before this Tribunal. But the Statute and Tribunal's jurisprudence indicate that an individual can participate in such crimes in various ways involving different kinds of interactions with other people -- for instance, ordering, aiding and abetting, "committing" through JCE, "committing"

[375] *Kvočka et al.* Appeal Judgement, paras. 43-54.
[376] *Krnojelac* Appeal Judgement, para. 138.
[377] *See supra* section II.B.2.
[378] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, n. 783.
[379] *See Ntakirutimana* Appeal Judgement, n. 783.
[380] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 470. The Appeals Chamber notes, however, that because today ICTY and ICTR cases routinely employ the phrase "joint criminal enterprise", that phrase should for the sake of maximum clarity preferably be included in future indictments where JCE is being charged.
[381] Prosecution Appeal Brief, para. 191.

through direct physical perpetration, and so forth. As the *Kvočka* Appeal Judgement makes clear, an accused cannot be expected to infer the mode of liability; it must be charged.

167. Second, the Prosecution's assertion that the allegations in the Indictment that the Appellant was responsible for "committing" crimes should be read to encompass a JCE theory[382] is similarly untenable and inconsistent with *Kvočka*, as the Prosecution in fact conceded at oral argument. It is not enough for the generic language of an indictment to "encompass" the possibility that JCE is being charged. Rather, JCE must be pleaded specifically.[383] Otherwise, an accused could reasonably infer that references to "committing" crimes are meant to refer to acts that he personally perpetrated.

168. The Prosecution's other argument is based on paragraphs 22 and 25 of the Indictment, which read as follows:

> 22. From those first days of April 1994 through 30 April 1994, **Sylvestre GACUMBITSI** ordered, directed or acted in concert with local administrative official in Kibungo *préfecture*, including *bourgmestres* and *conseillers de secteur*, to deny protection to civilian Tutsi refugees and to facilitate attacks upon them by communal police, *Interahamwe*, civilian militias and local residents.
>
> [...]
>
> 25. **Sylvestre GACUMBITSI,** in his position of authority and acting in concert with others, participated in the planning, preparation or execution of a common scheme, strategy or plan to exterminate the Tutsi, by his own affirmative acts or through persons he assisted or by his subordinates with his knowledge and consent. [Emphases added]

169. The Appellant and his trial counsel have, however, used French throughout the proceedings. Although the Indictment was written in English, it is the French translation that is critical to determining whether the Appellant received proper notice of the charges against him, to the extent that any distinctions in phrasing are relevant. Paragraphs 22 and 25 of the translation read:

> *22. De ces premiers jours d'avril 1994 jusqu'au 30 avril de la même année,* ***Sylvestre GACUMBITSI*** *a ordonné ou dirigé les autorités administratives locales de la préfecture de Kibungo, y compris les bourgmestres et conseillers de secteur, de refuser toute protection aux réfugiés civils Tutsis et de faciliter les attaques de la police communale, des Interahamwe, des milices civiles et des résidents locaux contre ces réfugiés ou a agi de concert avec ces autorités en cela.*
>
> *[...]*
>
> *25.* ***Sylvestre GACUMBITSI****, de par sa position d'autorité, et agissant de concert avec d'autres, a participé à la planification, la préparation ou l'exécution d'un plan, d'une stratégie ou d'un dessein communs visant à exterminer les Tutsis, par ses propres actes positifs ou par le biais de personnes qu'il a aidé ou par ses subordonnés dont il connaissait et approuvait les agissements. [Emphases added]*

[382] Prosecution Appeal Brief, para. 192.
[383] *Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 42.

170. As a threshold matter, these paragraphs are found in a portion of the Indictment alleging material facts in support of the genocide and complicity in genocide counts only. They are not incorporated elsewhere in the Indictment and, therefore, cannot support the Prosecution's reliance on a JCE theory with respect to the murder, extermination, and rape counts.[384]

171. With respect to the genocide count, the Appeals Chamber finds, by majority, Judge Shahabuddeen and Judge Schomburg dissenting, that the paragraphs relied upon by the Prosecution were not sufficient to provide notice to the Appellant that he was being charged with participation in a joint criminal enterprise. First, taken alone, the words "acted in concert with" ("*a agi de concert avec*"), as used in paragraph 22 of the Indictment, do not suffice to meet the pleading requirements outlined above.[385]

172. Paragraph 25 of the Indictment comes closer to providing the necessary notice, as it clearly refers to concerted action among a plurality of persons in support of "a common scheme, strategy or plan to exterminate the Tutsi" ("*d'un plan, d'une stratégie ou d'un dessein communs visant à exterminer les Tutsis*"). This language is similar to that employed in *Tadić* and seems to encompass the critical elements of a JCE charge. However, in then proceeding to state that the accused participated in the common scheme "by his own affirmative acts or through persons he assisted or by his subordinates with his knowledge and consent", the Indictment could be read to invoke three established modes of liability other than JCE: "committing" through direct, personal perpetration,

---

[384] Prosecution Appeal Brief, para. 184.

[385] The practice of the ICTY contains instances where the phrase "acting in concert" has been considered insufficient to imply, without more, an allegation of joint criminal enterprise. The Pre-Trial Chamber in the *Brđanin and Talić* case held that the use of the words "[acting] individually and in concert" in that indictment was ambiguous and that if the Prosecution sought to rely on the Article 7(1) liability of "acting in concert as part of a common purpose or design, or as part of a common criminal enterprise [...] then this should be made clear". *Brđanin and Talić* Decision on Objections, para. 12. This decision was followed by an amendment to the indictment to specifically state that the accused in that case "participated in a criminal enterprise". *The Prosecutor v. Brđanin and Talić*, Case No. IT-99-36-PT, Further Amended Indictment, 12 March 2001, para. 27 ("the common purpose of which was the permanent removal of the majority of Bosnian Muslim and Bosnian Croat inhabitants from the territory of the planned Serbian state"). When it addressed the accused's objection to the indictment, the Pre-Trial Chamber in the *Deronjić* case stated that "the [i]ndictment for example does not plead a case of common purpose or common criminal enterprise liability against the accused, unless the vague reference to the accused acting 'in concert with others who share his intent' is meant to include such a case, *in which event it is not pleaded with sufficient particularity.*" *Deronjić* Decision on Form of the Indictment, para. 30 (emphasis added). The Prosecution consequently filed an amended indictment in that case where it explicitly used the expression "joint criminal enterprise". *The Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, Case No. IT-02-61-PT, Amended Indictment, 29 November 2002, paras. 2-8. Furthermore, "acting in concert" has also been used in several indictments where the Prosecution did not intend to rely on joint criminal enterprise for its case. In the *Strugar* case, while the indictment contained the expression "acting [...] in concert with [others]", the Prosecution explicitly stated during a pre-trial hearing and in a pre-trial filing that it was not pleading joint criminal enterprise. *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-PT, Indictment, 23 February 2001, para. 18. *Strugar* Decision Concerning the Form of the Indictment, para. 21, referring to transcript of hearing of 12 March 2002 p. 108 and to *The Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-PT, Prosecution's Response to the Defence Preliminary Motion, 21 February 2002, para. 13. Similarly, in the *Miodrag Jokić* case, while the indictment stated that the accused had acted "individually or in concert with others," the Prosecution charged him for aiding and abetting crimes pursuant to Article 7(1) of the Statute, to which he eventually pled guilty. *The Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Case No. IT-01-42/1-PT, Second Amended Indictment, 27 August 2003, paras. 15, 22. *Jokić* Sentencing Judgement, paras. 9, 21. *See also Jokić* Sentencing Appeal Judgement, paras. 14, 16.

aiding and abetting, and Article 6(3) superior responsibility. The Appellant could have interpreted the paragraph, taken as a whole, to refer only to those modes of liability and not to JCE, and he cannot therefore be said to have received clear notice of the JCE theory. This is especially so because, at the time of the Indictment, JCE was still an unfamiliar mode of liability in this Tribunal, although it had been employed at the ICTY.

173. As noted, the Prosecution also argues that the material facts set forth in the Indictment were sufficient to provide notice of the JCE theory. Specifically, the Prosecution states that the Indictment identified (i) the nature or essence of the JCE; (ii) the period over which it existed; (iii) the identity of its participants; and (iv) the nature of the accused's participation.[386] But even assuming the Indictment can be construed as containing all the material facts necessary to support a JCE theory, these facts were not clearly identified as being intended to plead such a theory. The mere inclusion in an indictment of scattered facts that might relate to a mode of liability does not suffice to put an accused on notice that the mode of liability is being alleged.

174. For these reasons, the Appeals Chamber finds, by majority, Judge Shahabuddeen and Judge Schomburg dissenting, that the Trial Chamber did not err in finding the Indictment defective.

3. Whether Defects in the Indictment were Cured

175. The sole post-Indictment submission to which the Prosecution points in support of its contention that any defects in the Indictment were cured is its Pre-Trial Brief. However, that brief did not provide any clear indication to the Appellant that he was being charged as a JCE participant. It nowhere referred to a joint criminal enterprise, a common criminal purpose, or any other synonym. Part II of the Pre-Trial Brief (Factual Allegations) was divided into chapters including "Planning", "Preparing", and "Executing" (sub-divided into "Instigating", "Ordering, Leading and Supervising", and "Killing").[387] As to "Executing", the Pre-Trial Brief explained:

> During the month of April 1994, **Sylvestre Gacumbitsi** used his position as the *Bourgmestre* of Rusumo Commune and as an influential member of the MRND political party to execute the campaign of looting, raping and killing of the Tutsi civilians. **Sylvestre Gacumbitsi** ordered his subordinates from the local administration, communal policemen, members of the *Interahamwe* and Hutu civilians to attack and destroy the Tutsi civilian population. He instigated, led and supervised some of these attacks. **Sylvestre Gacumbitsi**, by his own hands, killed Tutsi civilians.[388]

This description does not give any indication that the Prosecution was pursuing a JCE theory. Nor is any such indication to be found in Part III of the Prosecution Pre-Trial Brief (Legal Issues). In fact,

[386] *See* Prosecution Appeal Brief, paras. 193, 194.
[387] *See* Prosecution Pre-Trial Brief, pp. 11-16.
[388] Prosecution Pre-Trial Brief, para. 2.16.

when discussing modes of liability in relation to each count, the Pre-Trial Brief does not even refer to "acting in concert with others" or to "a common scheme, strategy or plan" (in contrast to paragraphs 22 and 25 of the Indictment). It simply states that "the accused Sylvester [*sic*] Gacumbitsi, by virtue of the acts attributed to him, planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of" genocide,[389] or that "[t]he accused planned, instigated, ordered, committed, or aided and abetted in" the extermination, murder, and rape.[390] Thus, if anything, the Pre-Trial Brief is less clear than the Indictment with respect to joint criminal enterprise, and cannot be found to have cured the Indictment's defects.

176. The Prosecution also mentions certain submissions during the trial, although it concedes that these are "not relevant to the question whether the Respondent was unfairly prejudiced in the conduct of his defence" by defects in the Indictment.[391]

177. The Appeals Chamber has previously stated that "in some instances, information contained in an Opening Statement of the Prosecution may cure a defective indictment."[392] The Appeals Chamber need not decide now whether and under what circumstances such a statement might be sufficient to plead the mode of liability, however, because no assistance is provided to the Prosecution by its Opening Statement in this case. The Prosecution points to the following statement made during its opening address:

> Today, Your Honours, Gacumbitsi stands charged with 5 counts: The count of genocide, or complicity in genocide in the alternative.
>
> He is also charged Your Honours with extermination, murder and rape, as crimes against humanity, all arising from culpable acts we allege he committed in concert with others as part of the common scheme whose singular objective was the total destruction of the Tutsi ethnic group.[393]

Even had it been timely, this statement was not, on its own, sufficient to correct the defect in the Indictment and the Pre-Trial Brief. It was not further developed; the Prosecution did not connect it, for instance, to specific factual allegations that supported the JCE claim. Nor did it specify to which category of JCE it meant to allude. The indictment places an accused on notice of the charges he faces. For a subsequent submission to be understood to clarify vagueness in an indictment, the implications of that submission must be clearer than the Prosecution's statement was here.

---

[389] Prosecution Pre-Trial Brief, para. 3.35c. *See also ibid.*, para. 3.37c, in relation to complicity in genocide ("the accused Sylvester [*sic*] Gacumbitsi, by virtue of the acts attributed to him, knowingly aided and abetted in the planning, preparation or execution [...]").
[390] Prosecution Pre-Trial Brief, paras. 3.39a, 3.41a, 3.43a.
[391] Prosecution Appeal Brief, para. 200.
[392] *See, e.g., Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 169.
[393] Prosecutor's Opening Statement, T. 28 July 2003 p. 19. *See also* Prosecution Appeal Brief, para. 201.

178. Only in its Closing Brief did the Prosecution provide further details on its JCE theory, and that submission obviously came too late. Thus, the defect in the Indictment was not cured by the provision of timely, clear, and consistent information, and the Trial Chamber did not err in refusing to consider the JCE theory.

179. Accordingly, this ground of appeal is dismissed in its entirety.

E. Authority for Ordering (Ground of Appeal 6)

180. The Trial Chamber found that the Appellant ordered crimes committed by the communal policemen, but did not find that he ordered crimes committed by the *conseillers*, gendarmes, soldiers, and *Interahamwe* who were in his commune at the time of the events under consideration. The Prosecution challenges this. First, it argues that the Trial Chamber erred in law by requiring proof of a formal superior-subordinate relationship in order to find that the Appellant had the authority or power to order.[394] Second, it contends that the Trial Chamber failed to draw the only reasonable conclusion on the evidence: that the Appellant was a superior to, and possessed the capacity to order, not only the communal policemen, but also the other perpetrators of the crimes.[395] The Appellant responds that the Trial Chamber correctly stated the law and that the factual findings and evidence cited by the Prosecution do not show when or how he gave orders to the other assailants.[396]

1. Alleged Error of Law

181. The Appeals Chamber agrees with the Prosecution that ordering does not require the existence of a formal superior-subordinate relationship. But the Trial Chamber did not misapprehend the law in this respect. It held:

> The Trial Chamber is of the opinion that the issue must be determined in light of the circumstances of the case. The authority of an influential person can derive from his social, economic, political or administrative standing, or from his abiding moral principles. Such authority may also be *de jure* or *de facto*. When people are confronted with an emergency or danger, they can naturally turn to such influential person, expecting him to provide a solution, assistance or take measures to deal with the crisis. When he speaks, everyone listens to him with keen interest; his advice commands overriding respect over all others and the people could easily see his actions as an encouragement. Such words and actions are not necessarily culpable, but can, where appropriate, amount to forms of participation in crime, such as "incitement" and "aiding and abetting" provided for in Article 6(1) of the Statute. In certain circumstances, the authority of an influential person is enhanced by a lawful or unlawful element of coercion, such as declaring a state of emergency, the *de facto* exercise of an administrative function, or even the use of threat or unlawful force. The presence of a coercive element is such that it can determine the way the words of the influential person are perceived. Thus, mere words of exhortation or encouragement would be perceived as orders within the meaning of Article 6(1) referred to above. *Such a situation does not, ipso facto, lead to the conclusion that a formal superior-subordinate relationship exists between the person giving the order and the person executing it.* As a matter of fact, instructions given outside a purely informal context by a superior to his subordinate within a formal administrative hierarchy, be it *de jure* or *de facto*, would also be considered as an "order" within the meaning of Article 6(1) of the Statute.
>
> The Chamber recalls its factual finding that Sylvestre Gacumbitsi had superior authority only over the communal police. *The Prosecution failed to show that he also had superior authority over the conseillers, Interahamwe, gendarmes or any other persons who participated in the attacks. Moreover, the Prosecution failed to demonstrate that, in the absence of a formal superior-subordinate relationship between the Accused and the population and attackers, the circumstances*

[394] Prosecution Appeal Brief, paras. 213-218.
[395] Prosecution Appeal Brief, paras. 219-220.
[396] Gacumbitsi Response, paras. 316-327.

> *of the case suggest that the Accused's words of incitement were perceived as orders within the meaning of Article 6(1) of the Statute.*[397]

182. Thus, after finding that no formal superior-subordinate relationship existed, the Trial Chamber proceeded to consider whether, under the circumstances of the case, the Appellant's statements nevertheless were perceived as orders. This is in accordance with the most recent judgements of the Appeals Chamber. In the *Semanza* Appeal Judgement, the Appeals Chamber explained:

> As recently clarified by the ICTY Appeals Chamber in *Kordić and Čerkez*, the *actus reus* of "ordering" is that a person in a position of authority instruct another person to commit an offence. No formal superior-subordinate relationship between the accused and the perpetrator is required. It is sufficient that there is proof of some position of authority on the part of the accused that would compel another to commit a crime in following the accused's order.[398]

The Appeals Chamber notes that this element of "ordering" is distinct from that required for liability under Article 6(3) of the Statute, which does require a superior-subordinate relationship (albeit not a formal one but rather one characterized by effective control).[399] Ordering requires no such relationship -- it requires merely authority to order, a more subjective criterion that depends on the circumstances and the perceptions of the listener.

183. Accordingly, this sub-ground of appeal is dismissed.

2. Alleged Error of Fact

184. The Trial Chamber found that, as *bourgmestre*, the Appellant was the highest authority and most influential person in the commune, with the power to take legal measures binding all residents.[400] His role in the genocide demonstrated his authority: he convened meetings with the *conseillers*; asked them to organize meetings to tell people to kill Tutsis, and verified that these meetings had been held; and directly instructed *conseillers*, other leaders, and the Hutu population to kill and rape Tutsis.[401] The Trial Chamber pointed to several instances in which the Appellant "instructed", "ordered", or "directed" the attackers in general, not just the communal policemen:

---

[397] Trial Judgement, paras. 282, 283 (emphasis added, internal citations omitted).
[398] *Semanza* Appeal Judgement, para. 361, referring to *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 28. *See also Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 75 ("To be held responsible under Article 6(1) of the Statute for ordering a crime, on the contrary, it is sufficient that the accused have authority over the perpetrator of the crime, and that his order have a direct and substantial effect on the commission of the illegal act." (internal citations omitted)).
[399] *See supra* section III.B.3.
[400] Trial Judgement, paras. 241-243.
[401] Trial Judgement, paras. 101, 104.

- On 14 April 1994, after giving a speech telling people "to arm themselves with machetes and [...] to hunt down all the Tutsi", the Appellant led assailants to Kigarama, where they engaged in an attack on Tutsis "carried out under [the Appellant's] personal supervision".[402]
- At Nyarubuye Parish on 15 April 1994, the Appellant "*instructed* the communal police and the *Interahamwe* to attack the refugees and prevent them from escaping", which they did.[403]
- On 16 April 1994, the Appellant "directed" an attack at Nyarubuye Parish, during which the assailants "finished off" survivors and looted the parish building.[404]
- On 17 April 1994, the Appellant ordered a group of attackers to kill fifteen Tutsi survivors of previous attacks at Nyarubuye Parish, which they immediately did.[405]

185. These findings made clear that the Appellant had authority over the attackers in question and that his orders had a direct and substantial effect on the commission of these crimes. In view of these facts, no reasonable trier of fact could find that the Appellant's words were not perceived as orders by the attackers in general, not just the communal police, to commit these crimes.

186. In *Semanza*, the Appeals Chamber found that the Trial Chamber had unreasonably failed to conclude that Laurent Semanza was liable for ordering a massacre.[406] This conclusion was based on the facts that Mr. Semanza had "directed attackers, including soldiers and *Interahamwe*, to kill Tutsi refugees who had been separated from the Hutu refugees"[407] and that the refugees "were then executed on the directions" of Mr. Semanza.[408] The Appeals Chamber concluded as follows:

> On these facts, no reasonable trier of fact could hold otherwise than that the attackers to whom the Appellant gave directions regarded him as speaking with authority. That authority created a superior-subordinate relationship which was real, however informal or temporary, and sufficient to find the Appellant responsible for ordering under Article 6(1) of the Statute.[409]

The Trial Chamber in the *Kamuhanda* case reached a similar conclusion under similar facts, and the Appeals Chamber affirmed it.[410] The present case is materially indistinguishable from these cases.

187. Accordingly, the Trial Chamber erred in fact by not convicting the Appellant for ordering the crimes committed by all attackers, not just the communal policemen, at Nyarubuye Parish on 15, 16, and 17 April 1994 and on 14 April 1994 at Kigarama. This sub-ground of appeal is upheld.

---

[402] Trial Judgement, para. 98.
[403] Trial Judgement, paras. 152, 154 (emphasis added). *See also ibid.*, paras. 168, 172 (the Appellant "directed attacks" at Nyarubuye), 173 (the Appellant led the attacks at Nyarubuye "by instructing the attackers to kill the refugees").
[404] Trial Judgement, para. 171.
[405] Trial Judgement, para. 163.
[406] *Semanza* Appeal Judgement, paras. 363, 364.
[407] *Semanza* Appeal Judgement, para. 363.
[408] *Semanza* Appeal Judgement, para. 363, quoting *Semanza* Trial Judgement, paras. 178, 196.
[409] *Semanza* Appeal Judgement, para. 363.
[410] *Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 76 (holding that "a reasonable trier of fact could conclude from the fact that the order to start the massacre was directly obeyed by the attackers that this order had direct and substantial effect on the crime, and that the Appellant had authority over the attackers, regardless of their origin").

F. Sentencing (Ground of Appeal 1)

188. The Prosecution contends that the Trial Chamber considered irrelevant factors in mitigation of sentence, and that it failed to take sufficient account of the gravity of the crimes and the degree of the Appellant's criminal responsibility.[411] In the Prosecution's view, there were no mitigating factors in this case that would justify imposing less than the maximum sentence of life imprisonment.[412] In response, the Appellant asserts that this ground of the Prosecution's appeal must fail in its entirety.[413]

1. The Appellant's Use of the Communal Police

189. The Prosecution contends that the Appellant's "reliance on the police, armed, uniformed, and responsible for public security, to launch attacks during the widespread or systematic killings of Tutsi civilians, was a circumstance that should have been seen as extremely aggravating."[414]

190. The Trial Judgement does not expressly mention the Appellant's use of the police as an aggravating circumstance. However, it did not need to do so. It clearly described and gave weight to the Appellant's abuse of his powers as *bourgmestre*, of which his use of the police was merely a part.[415] The Trial Chamber stated:

> In the instant case, the Chamber finds that the status of the Accused in April 1994, as *bourgmestre* and the most important and influential personality of Rusumo *commune*, is an aggravating circumstance, insofar as the Accused participated in the crimes committed and was one of the ringleaders, in terms of planning the crimes, inciting their commission and sometimes driving attackers to the massacre sites. By so doing, he betrayed the trust that the people of his *commune* had placed in him. His active participation in the said crimes explains why he could not take measures to prevent or to punish the perpetrators, when he had the opportunity to do so. The seriousness of the crimes committed, particularly genocide, but also the particularly atrocious rapes that some victims suffered, further constitute aggravating circumstances.[416]

191. The Appeals Chamber finds no discernible error in the Trial Chamber's analysis.

2. The Appellant's Formal Status as a Superior

192. The Prosecution argues that the Trial Chamber erred in relying on the fact that the Appellant's formal status as a superior was confined to the communal police because this ignored

---

[411] Prosecution Appeal Brief, para. 21. The Prosecution argues that even if there are mitigating circumstances, this does not automatically entitle the Appellant to a "credit" in sentencing; life imprisonment thus might still be appropriate. *See ibid.*, para. 38, citing *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 267 and *Musema* Appeal Judgement, para. 396.
[412] Prosecution Appeal Brief, para. 21.
[413] Gacumbitsi Response, para. 100. Most of the Appellant's other arguments concerning sentencing (*see ibid.* paras. 35-47 and 96-98) are not responsive to the Prosecution's first ground of appeal and will not be considered here.
[414] Prosecution Appeal Brief, para. 27.
[415] The Prosecution had not, indeed, identified abuse of the police as a separate aggravating circumstance in its closing brief at trial. *See* Prosecution Closing Brief, paras. 435-450.
[416] Trial Judgement, para. 345.

the fact that the Appellant instigated and aided and abetted other participants in the attacks.[417] In response, the Appellant denies that he had any authority over the soldiers and gendarmes who participated in the attacks.[418]

193. In its conclusion on aggravating and mitigating circumstances, the Trial Chamber stated:

> [...] the Chamber is not persuaded that the Accused had superior responsibility over the perpetrators of the crimes committed in Rusumo *commune* in April 1994, with the exception of the communal policemen of Rusumo. Accordingly, the Chamber cannot take into account the aggravating circumstances submitted by the Prosecution.[419]

The Appeals Chamber recalls its holding above that the Trial Chamber erred in not holding the Appellant liable for ordering the crimes committed not only by the police but also by the "other perpetrators".[420] This error will be taken into account in the Appeals Chamber's consideration of the gravity of the crime for the purpose of determining the Appellant's sentence. In light of this determination, the Appeals Chamber does not consider it necessary to determine whether, had the Trial Chamber's holdings concerning the Appellant's authority over the other attackers been correct, it should nonetheless have considered the Appellant's authority as an aggravating factor in sentencing.

3. The Appellant's Prior Good Character, Accomplishments, and Relationships with Tutsis

194. The Prosecution submits next that the Trial Chamber accorded undue weight in mitigation to the Appellant's prior good character and accomplishments.[421] It argues that, if anything, these are aggravating factors, since, as the Trial Chamber found, the Appellant abused the trust he had earned through his prior good character and his position as *bourgmestre*.[422] Moreover, the Prosecution argues, the Trial Chamber erred in considering that the Appellant's good relationship with the Tutsis before April 1994 could serve as a mitigating factor in light of the horrific and discriminatory crimes the Appellant committed against the Tutsis between April and June 1994.[423]

195. The Appeals Chamber in the *Semanza* case considered similar arguments, as follows:

> 397. Trial Chambers of both International Tribunals have to a greater or lesser extent taken into account an accused's previous good character in mitigation, as well as accomplishments in functions previously held. For instance, in *Niyitegeka* the Trial Chamber considered in mitigation

[417] Prosecution Appeal Brief, para. 28.
[418] Gacumbitsi Response, paras. 83-85.
[419] Trial Judgement, para. 353.
[420] *See supra* section III.E.
[421] Prosecution Appeal Brief, para. 29.
[422] Prosecution Appeal Brief, paras. 29, 30.
[423] Prosecution Appeal Brief, para. 31. The Appellant responds that, to the contrary, the Trial Chamber erred by not giving sufficient weight to these mitigating circumstances. Gacumbitsi Response, para. 48. The Appeals Chamber notes its holding above that the Appellant has failed to allege any sentencing error in his own appeal, and will not consider these contentions here.

that the accused was a person of good character prior to the events "and that as a public figure and a member of the MDR, he advocated democracy and opposed ethnic discrimination." Similarly, in *Ntakirutimana*, the Trial Chamber found as a mitigating factor that Elizaphan Ntakirutimana was a "highly respected personality within the Seventh-Day Adventist Church of the West-Rwanda Field and beyond" and that he led an "exemplary life as a church leader." The Trial Chamber also noted Gérard Ntakirutimana's good character, and that he had testified that his return to Rwanda in 1993 was prompted by "his hope to contribute to development and to promote peace within his country." In the *Obrenović* Sentencing Judgement, the ICTY Trial Chamber held that "prior to the war Dragan Obrenović was a highly respected member of his community who did not discriminate against anybody."

398. The Appeals Chamber is of the view that it was within the Trial Chamber's discretion to take into account as mitigation in sentencing the Appellant's previous good character and accomplishments as bourgmestre. Precedent does not support the Prosecution's position that "being a successful academic, politician or administrator is irrelevant" as a mitigating factor in crimes of genocide and crimes against humanity. Notwithstanding, the Appeals Chamber notes that in most cases the accused's previous good character is accorded little weight in the final determination of determining the sentence. However, in this case, the Trial Chamber does not indicate how much weight, if any, it attaches to the Appellant's previous character and accomplishments. Thus, it is not clear that these mitigating factors unduly affected the sentence, given the nature of the offences. Consequently the Appeals Chamber finds no discernible error on the part of the Trial Chamber.

399. Finally, the Appeals Chamber finds no merit in the Prosecution's argument that there exists a contradiction in the Trial Chamber's reasoning that the Appellant's position of influence was an aggravating factor, whereas his previous accomplishments as bourgmestre were considered in mitigation.[424]

196. These findings are directly transposable to the case at hand. There is no indication that the Trial Chamber abused its discretion, and the Prosecution's arguments in this respect are dismissed.

4. Alleged Irrelevant Factors in Mitigation

197. The Prosecution submits that the Trial Chamber gave weight to irrelevant considerations, including the fact that the Appellant's family lives in Rwanda and has good relationships with its neighbors from all ethnic groups and the fact that the Appellant's active involvement in the events was of a short duration.[425] The Appellant responds that the fact that his family lives at peace with other groups in Rwanda shows that he did not commit any reprehensible act because, had he done so, his family would have been targeted in revenge.[426]

198. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred in considering that the good relationships of the Appellant's family with its neighbors constituted a factor in mitigation. While there is no exhaustive list of what constitutes a mitigating circumstance,[427] the fact that the Appellant's family has good relationships with its neighbors of all ethnic groups cannot be considered to constitute an "individual circumstance" of the Appellant and should not be considered

[424] *Semanza* Appeal Judgement, paras. 397-399 (internal citations omitted).
[425] Prosecution Appeal Brief, paras. 34-37.
[426] Gacumbitsi Response, paras. 77-79.
[427] As recalled recently by the ICTY Appeals Chamber in the *Babić* Sentencing Appeal, para. 43.

in sentencing.[428] Nevertheless, it is unclear what weight, if any, the Trial Chamber gave to this factor. In these circumstances, the Appeals Chamber will not increase the Appellant's sentence as a result of the Trial Chamber's error.

199. The Prosecution also submits that it is "hardly a mitigating factor that the [Appellant's] active involvement in the events was of short duration."[429] The Trial Chamber, however, did not consider the short duration of the Appellant's involvement to be a mitigating factor. Rather, the Trial Chamber merely noted that the duration of the Appellant's involvement was not so long that it might constitute an aggravating factor.[430] The Appeals Chamber sees no error in this observation.

5. Gravity of the Crimes and Degree of Criminal Culpability

200. The Prosecution contends that the Trial Chamber committed an error by failing to impose a sentence reflecting the gravity of the crimes and of the Appellant's degree of criminal culpability.[431] It submits that the Trial Chamber should have considered the Appellant as one of the most serious offenders, deserving the highest penalty available at the Tribunal.[432]

201. The Trial Chamber properly stated the legal principles on which the Prosecution relies. After noting that the crimes committed were very serious,[433] it stated that "the penalty should, first and foremost, be commensurate with the gravity of the offence" and that "[s]econdary or indirect forms of participation are generally punished with a less severe sentence."[434]

202. The Prosecution argues, however, that the Trial Chamber failed to apply these principles properly because the sentence it imposed was inconsistent with those issued in comparable cases.[435] It contends that the correct sentence for extermination as a crime against humanity, especially when combined with other serious offences including rape, is life imprisonment.[436] And for genocide, it claims, the principle that the default punishment is life imprisonment is clearly established:

---

[428] A "family circumstance" that could properly be considered in mitigation is, for instance, the fact that the convicted person is the parent of children of very young age (*see Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 362; *Erdemović* Sentencing Judgement, para. 16; *Tadić* Sentencing Judgement, para. 26).
[429] Prosecution Appeal Brief, para. 37.
[430] Trial Judgement, para. 353.
[431] Prosecution Appeal Brief, paras. 40-46.
[432] Prosecution Appeal Brief, para. 45.
[433] *See* Trial Judgement, para. 345 ("The seriousness of the crimes committed, particularly genocide, but also the particularly atrocious rapes that some victims suffered, further constitute aggravating circumstances."). It bears noting that the gravity of the offence is the core basis for sentencing, rather than an aggravating factor. Here, however, there is no indication either that the Trial Chamber failed to account adequately for this factor or that it impermissibly "double-counted" it. *See Deronjić* Sentencing Appeal, para. 106.
[434] Trial Judgement, para. 354.
[435] Prosecution Appeal Brief, para. 47, referring to *Češić* Sentencing Judgement, para. 26.
[436] Prosecution Appeal Brief, paras. 53-57, referring to *Stakić* Trial Judgement, paras. 936, 937.

1724/H

> In addition to the [Appellant], the ICTR has, to date, found eighteen people guilty of crimes under Article 2 of the Statute. Out of these eighteen, eleven have been sentenced to imprisonment for the remainder of their lives. In two of the remaining cases, *Ruzindana* and *Gérard Ntakirutimana*, the Tribunal passed a sentence of 25 years' imprisonment. In only five instances, where the accused was found guilty of genocide, have sentences of less than 25 years' imprisonment been imposed. These include the sentences of Semanza, who received 15 years for complicity in genocide, Imanishimwe, who was sentenced to 15 years' imprisonment for genocide, and Elizaphan Ntakirutimana, who was sentenced to 10 years' imprisonment for genocide. The other two cases are Omar Serushago, who received 15 years' imprisonment, and Ruggiu, who received 12 years' imprisonment for incitement to commit genocide, following their guilty pleas.[437]

It further notes that, contrary to the present case, exceptional circumstances in mitigation were found in the cases of Omar Serushago and Georges Ruggiu in that they both pleaded guilty, were found to have co-operated substantially with the Prosecutor, and had expressed genuine remorse for their participation in the offences.[438] Similarly, Élizaphan Ntakirutimana received only ten years of imprisonment because of mitigating factors including his advanced age and fragile health.[439]

203. In response, the Appellant refers to the Penal Code of Rwanda, which he submits provides that no sentence for a fixed term shall be longer than twenty years or thirty years in case of several offences.[440] The Appellant also refers to the *Semanza* Trial Judgement, where the Trial Chamber stated that it was not convinced that the accused in that case deserved life imprisonment.[441] The Appellant further argues that the comparative analysis engaged in by the Prosecution is not helpful because the differences between the various cases are more important than the similarities and because the sentence must be individualized.[442]

204. The Appeals Chamber is of the view that, although the Trial Chamber correctly noted that the sentence should first and foremost be commensurate with the gravity of the offences and the degree of liability of the convicted person, it then disregarded these principles in imposing a sentence of only thirty years' imprisonment on the Appellant. The Appeals Chamber recalls that the Appellant played a central role in planning, instigating, ordering, committing, and aiding and

---

[437] Prosecution Appeal Brief, para. 50 (internal citations omitted). Since the Prosecution filed its Appeal Brief, the Appeals Chamber has rendered Judgements in the *Ntakirutimana*, *Semanza*, *Kajelijeli*, and *Kamuhanda* cases. It affirmed the sentences of both appellants in the *Ntakirutimana* case, *Ntakirutimana* Appeal Judgement, Disposition. In the *Semanza* Appeal Judgement (*see* Disposition), the Appeals Chamber, *inter alia*, entered a new conviction for genocide, and increased the sentence to a total of thirty-five years (twenty-five of which were for genocide); this sentence reflected a reduction the Appeals Chamber imposed for violations of Mr. Semanza's pre-trial rights. In the *Kajelijeli* Appeal Judgement (*see* para. 325), the Appeals Chamber maintained the convictions for genocide and extermination (except insofar as they were also based on superior responsibility), but reduced the sentence from life imprisonment to forty-five years' imprisonment because it found that Mr. Kajelijeli's fundamental rights were seriously violated during his arrest and detention. In the *Kamuhanda* Appeal Judgement (*see* para. 365), the Appeals Chamber, *inter alia*, affirmed the convictions for genocide and extermination and affirmed the life imprisonment sentences imposed by the Trial Chamber.

[438] Prosecution Appeal Brief, para. 55, referring to *Serushago* Sentencing Judgement, paras. 31-42; *Ruggiu* Sentencing Judgement, paras. 52-80.

[439] Prosecution Appeal Brief, para. 56, referring to *Ntakirutimana* Trial Judgement, para. 906.

[440] Gacumbitsi Response, paras. 89, 90.

[441] Gacumbitsi Response, para. 92, referring to *Semanza* Trial Judgement, para. 559. However, the Appellant does not explain the similarities between Semanza's case and his own.

abetting genocide and extermination in his commune of Rusumo, where thousands of Tutsis were killed or seriously harmed.[443] The Trial Chamber also found the Appellant guilty of instigating rape as a crime against humanity,[444] noting that he had exhibited particular sadism in specifying that where victims resisted, they should be killed in an atrocious manner.[445] The Appellant was thus convicted of extremely serious offences. Moreover, unlike in most of the other cases in which those convicted for genocide have received less than a life sentence, there were no especially significant mitigating circumstances here.[446] Instead, the Appellant was a primary player, a leader in the commune who used his power to bring about the brutal massacre and rape of thousands.

205. The Appeals Chamber is, as noted above, fully cognizant of the margin of discretion to which Trial Chambers are entitled in sentencing. This discretion is not, however, unlimited. It is the Appeals Chamber's prerogative to substitute a new sentence when the one given by the Trial Chamber simply cannot be reconciled with the principles governing sentencing at the Tribunal. This is such a case. The Appeals Chamber concludes that in light of the massive nature of the crimes and the Appellant's leading role in them, as well as the relative insignificance of the purported mitigating factors, the Trial Chamber ventured outside its scope of discretion by imposing a sentence of only thirty years' imprisonment. The Appeals Chamber therefore upholds this sub-ground of the Prosecution's appeal.

6. Implications of the Appeals Chamber's Findings on the Sentence

206. Furthermore, the Appeals Chamber has held that the Appellant was responsible for ordering the acts of genocide, extermination, murder, and rape committed not only by the communal police, but also by the other perpetrators who participated in the attacks at Nyarubuye Parish and at Kigarama.[447] Additionally, the Appeals Chamber has found by majority, Judge Güney and Judge Meron dissenting, that the Appellant aided and abetted the murders of two of his Tutsi tenants, Marie and Béatrice, whom he expelled from their home and who were killed later that night. Consequently, it will enter a new conviction for murder as a crime against humanity under Count 4

---

[442] Gacumbitsi Response, paras. 93 (referring to *Čelebići Case* Appeal Judgement, paras. 717, 719), 94, 95.
[443] Trial Judgement, para. 174.
[444] Trial Judgement, paras. 321-333.
[445] Trial Judgement, paras. 224, 325.
[446] Although not every individual convicted of genocide or extermination has been sentenced to life imprisonment (for instance, a fixed term of imprisonment was imposed in cases where the convicted person had pleaded guilty (*see Serushago* Sentencing Judgement, upheld on appeal (*Serushago* Appeal Judgement); *Ruggiu* Sentencing Judgement) or where the pre-trial rights of the convicted person had been infringed (*see Semanza* Appeal Judgement, para. 389 and Disposition; *Kajelijeli* Appeal Judgement, paras. 324, 325) and in two other cases (*Kayishema and Ruzindana* Trial Judgement, Sentence, para. 28, upheld on appeal (*Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 372); *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 564 and Disposition)), the Appeals Chamber considers that the Appellant's case is not comparable to these cases.
[447] *See supra* section III.E.

1722/H

of the Indictment.[448] The Appeals Chamber has also found that the Trial Chamber erred in failing to give proper weight to the gravity of the crimes committed by the Appellant and to his central role in those crimes. The Appeals Chamber considers that the maximum sentence is warranted in the Appellant's case and that there are no significant mitigating circumstances that would justify imposing a lesser sentence than imprisonment for the remainder of his life.

[448] *See supra* section III.A.

1721/H

IV. DISPOSITION

207. For the foregoing reasons, **THE APPEALS CHAMBER,**

PURSUANT to Article 24 of the Statute and Rule 118 of the Rules;

NOTING the written submissions of the parties and their oral arguments presented at the hearing on 8 and 9 February 2006;

SITTING in open session;

CORRECTS, *proprio motu*, the reference to Articles 2(3)(a) and 2(3)(b) of the Statute in paragraphs 293 and 295 of the Trial Judgement to Articles 2(2)(a) and 2(2)(b) of the Statute;

DISMISSES the Appellant's appeal in its entirety;

ALLOWS, in part, by majority, Judge Güney and Judge Meron dissenting, the Prosecution's second ground of appeal, **FINDS** that the Appellant aided and abetted the murder of his Tutsi tenants, Marie and Béatrice, and **ENTERS** a conviction for murder as a crime against humanity under Count 4 of the Indictment;

ALLOWS, in part, the Prosecution's sixth ground of appeal and **HOLDS** that the Appellant is responsible for ordering the crimes committed by all attackers at Nyarubuye Parish on 15, 16, and 17 April 1994 and on 14 April 1994 at Kigarama;

ALLOWS, in part, the Prosecution's first ground of appeal and **QUASHES** the sentence of thirty years' imprisonment imposed on the Appellant by the Trial Chamber;

DISMISSES the Prosecution's appeal in all other respects;

ENTERS a sentence of imprisonment for the remainder of the Appellant's life, subject to credit being given under Rule 101(D) of the Rules for the period already spent in detention from 20 June 2001;

RULES that this Judgement shall be enforced immediately pursuant to Rule 119 of the Rules;

ORDERS, in accordance with Rules 103(B) and 107 of the Rules, that Sylvestre Gacumbitsi is to remain in the custody of the Tribunal pending his transfer to the State in which his sentence will be served.

1720/H

Done in English and French, the English text being authoritative.

Mohamed Shahabuddeen	Mehmet Güney	Liu Daqun
Presiding Judge	Judge	Judge

Theodor Meron	Wolfgang Schomburg
Judge	Judge

Presiding Judge Shahabuddeen appends a separate opinion.

Judge Liu and Judge Meron append a separate opinion.

Judge Schomburg appends a separate opinion.

Judge Güney appends a partially dissenting opinion.

Judge Meron appends a partially dissenting opinion.

Signed on the 28th day of June 2006 at The Hague, The Netherlands,

and issued this 7th day of July 2006 at Arusha, Tanzania.

[SEAL OF THE TRIBUNAL]

1719/H

V. SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

A. Preliminary

1. Mr. Murefu was an old man; he was a teacher. He was also a Tutsi. At the beginning of these sad happenings, he found himself a refugee among fellow Tutsi refugees; they had hurried to a church in search of protection from a looming peril to life and limb. Mr. Murefu made a desperate attempt to avert the threatened calamity; he made a protest to the appellant, a Hutu holding high office in the community. Mr. Murefu asked why the Tutsis were being killed. The appellant said he had no answer to give, because "the Tutsi hour had come". He took a machete from an *Interahamwe* and slew Mr. Murefu, striking him on the neck.[1] Then events picked up speed; an attacking crowd was being led by the appellant; thousands of Tutsis were killed. But, citing only one of these killings, namely, that of Mr. Murefu, the Trial Chamber convicted the appellant of "committing" genocide.

2. The appellant appeals. The Appeals Chamber dismisses the appeal. It gives two grounds for its decision. First, it holds that, there being no mention in the indictment of the slaying by the appellant of Mr. Murefu, this circumstance constituted a defect in the indictment which precluded evidence of the slaying from being given. However, it also holds that the defect was cured by the prosecution's subsequent submissions. Evidence of the slaying could therefore be given; and such evidence established that the appellant "committed" genocide. Second, the Appeals Chamber holds that the appellant's other actions as pleaded in the indictment and proven at trial, including his personal supervision of the massacre of refugees sheltering at the church, constituted "committing" genocide, even apart from the killing of Mr. Murefu.

3. Though the dismissal of the appeal is unanimous, these two grounds for the dismissal are supported by different majorities. I form part of the majority in both cases. But, in part B I explain that I would hold, in the alternative, that the indictment was not defective with respect to the killing of Mr. Murefu and that there was therefore nothing to be cured. In part E, I argue that, in any event, the appellant should have been convicted for committing genocide through participation in a joint criminal enterprise. As to both of these points, the Appeals Chamber holds the indictment to be defective. In so doing, in my respectful view, it imposes too formulaic a set of pleading requirements on the prosecution.

[1] Trial Judgement, para. 112, evidence of witness TAQ. The Trial Chamber found that the witness was credible. *See ibid.*, para. 145.

4. Also, I propose to consider some other issues on which judicial opinion is divided. In part C, I shall deal with the correctness of the first holding mentioned above, concerning "curing", that is to say, assuming that it has to be dealt with. In part D, I shall deal with the correctness of the second holding mentioned above, concerning the appellant's other actions at the genocide. Turning to an appeal by the prosecution, I shall deal in part F with the correctness of a holding which the Appeals Chamber makes on aiding and abetting.

5. My examination of the foregoing leads me to support the conclusion reached by the Appeals Chamber. I disagree with some of its findings, but the disagreement in no way impairs that support. On the contrary, I consider that the judgement of the Appeals Chamber could be strengthened in the areas in which I disagree. Some repetition will be inevitable, but the endeavour will be to keep duplication to a minimum.

B. The indictment was not defective as it stood

6. The appellant did not raise any question that he did not understand that the indictment charged him with "committing" genocide; no such issue is before the court. The question before the court is whether, in proof of "committing" genocide, the prosecution is entitled to adduce evidence that the appellant killed Mr. Murefu,[2] regard being had to the circumstance that that killing is not mentioned in the indictment. The Appeals Chamber answers in the negative. I am of the opposite view.

7. With respect, it appears to me that the major difficulty with the Appeals Chamber's answer is that it does not adequately distinguish between admissibility of evidence of the killing of Mr. Murefu to prove murder and admissibility of that evidence to prove genocide. Although murder, as a crime against humanity, must be committed pursuant to an attack against a civilian population, it does not require proof of intent to destroy a protected group. It consists, fundamentally, of the killing of individuals. Accordingly, the deaths of the individual victims are elements of the crime and have to be referred to in the indictment. Because the killing of Mr. Murefu was not mentioned

[2] As to the question whether it is enough to rely on one killing to prove genocide, it has been suggested that "[t]he reference to 'members of the group' as victims of a genocidal act in paragraph (a) of Article 2 of the Genocide Convention means that the act itself must involve the killing of at least two members of the group." Khan, Dixon and Fulford (eds.), *Archbold: International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence*, 2nd ed. (2005), p. 676, paras.13-32. But that seems at variance with the *Semanza* Trial Judgement, para 316, in which the Trial Chamber observed that "there is no numeric threshold of victims necessary to establish genocide". Schabas expresses the view that "from a grammatical standpoint, the phrase can just as easily apply to a single act of killing" and that "[c]learly, the quantitative dimension, that genocide involves the intentional destruction of a group 'in whole or in part,' belongs to the mental and not the material element..." William A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge, 2000), p. 158. The view that a single killing could suffice if the other conditions are met would seem to accord with the thinking of the Appeals Chamber in this case.

in the indictment for murder, evidence of it was correctly excluded by the Trial Chamber on the charge for that crime.[3]

8. By contrast, the essence of the crime of genocide is an intent to destroy a protected group.[4] The persons in the group may be legion. It is settled jurisprudence that, in the case of a mass killing, individual victims do not have to be specifically referred to in the indictment. If the indictment does refer to them, it is only by way of illustration of the crime; there may be hundreds of illustrations. The Appeals Chamber indeed embraces a similar logic when, examining the extermination count, it says that, "[a]though" the indictment "lists certain specific victims, this is only by way of example;"[5] failure to give evidence of their deaths did not invalidate the charge.

9. What must be borne in mind is the distinction between the material facts necessary to establish an offence and the evidence adduced to prove those material facts.[6] The material facts must be pleaded, the evidence need not.[7] When an indictment alleges genocide, proof of any one killing is not a *material fact* as it would be in a case of murder; it is *evidence* of a material fact, namely, that the intent of the accused was the destruction of a group, as a group. Each individual killing does not have to be specifically referred to in the indictment.

10. In sum, it was not necessary to mention the killing of Mr. Murefu in the count of the indictment relating to genocide as if the appellant was being charged in that count with murdering him. The Trial Chamber did not err in admitting the evidence of his death on the charge for genocide though excluding it on the charge for murder. The Appeals Chamber is of a different view.[8] I respectfully disagree with it.

C. If there was any defect in the indictment concerning Mr Murefu, it was cured so as to make evidence of his killing admissible

11. Thus far, I have proceeded on the basis that the killing of Mr Murefu was evidence, not a material fact, and accordingly was not required to be pleaded in the indictment under the normal rules which say that matters of evidence do not have to be pleaded. But there could be an argument that, though it related to evidence, the killing of Mr Murefu had to be referred to in the indictment. The argument is as follows:

[3] Trial Judgement, paras. 176, 317-320.
[4] *See, inter alia*, Statute, art. 2(2) (referring to "intent to destroy" a "group, as such"); *ibid.* para. (a) (referring to "killing members of the group").
[5] Judgement of the Appeals Chamber, para. 89.
[6] *Kupreskić* Appeal Judgment, para. 88.
[7] *Ibid.*
[8] Judgement of the Appeals Chamber, para. 54.

12. Fairness is a wide and fundamental rule; it goes beyond the normal rules regulating the contents of an indictment; it requires that the accused be put in a position to investigate a specific incident from the beginning of the case even if it relates to evidence and not to a material fact. The killing of Mr Murefu was a specific incident; moreover, it was the foundation of the Trial Chamber's conclusion as to guilt. Therefore, even if the killing concerned evidence, it had to be referred to in the indictment. Not having been so referred to, the defence did not have due notice of it and accordingly the prosecution could not adduce evidence of it.

13. It is not necessary to express an opinion on the validity of that argument. Assuming that for any reason the indictment was defective for not mentioning the killing of Mr Murefu, any such defect was properly cured.

14. The prosecution gave the defence a copy of the written statement of witness TAQ[9], dated 29 November 2000; that statement, though otherwise redacted, mentioned the killing of Mr. Murefu by the appellant. The prosecution said that the redacted statement was given to the defence on 14 June 2001. That would have been six days before 20 June 2001 when the appellant was arrested. But there was no argument about the precise date, and at any rate no contention that it was not provided in advance of the trial, which began nearly two years later. Additionally, on the eve of the trial, a summary of the anticipated evidence of witness TAQ was annexed to the Pre-Trial Brief of the prosecution which was filed on 16 May 2003.[10] The summary specifically stated that it related to paragraphs of the indictment (4, 15, 16 and 17) which concerned genocide. And although it did not specify a mode of liability, the Appeals Chamber's cases do not suggest that it needed to do so, nor was there any lack of clarity in any event. It is obvious that to physically kill a man because he is Tutsi, in connection with an ongoing genocidal campaign, is to "commit" genocide; it is not mere instigation or evidence of *mens rea*.

15. Thus, witness TAQ was going to be asked to testify on the killing of Mr. Murefu as part of the case for the prosecution, *inter alia*, on genocide, and the accused was told that before 28 July 2003 when the case began. When the evidence was eventually given – by both witness TAQ and witness TAO – defence counsel naturally did not object on the ground that it exceeded the scope of the indictment in that it related to genocide. This lack of objection is significant because it must have been apparent to defence counsel that the evidence of the killing of Mr. Murefu was inextricably bound up with the evidence of the various actions which went to constitute genocide.[11]

16. The testimony of witness TAO included this statement by him:

[9] Judgement of the Appeals Chamber, para. 55.

1715/H

> When they started to sing, Gacumbitsi said out aloud – he asked the Hutu that were there to move away from the Tutsi, because the Tutsis' hour had come, and the *Interahamwe* started to sing, "Let's exterminate them".[12]

This showed that evidence was being given in proof of an intent to commit genocide. Witness TAO also testified that, *inter alia,* the appellant "took a machete from the hands of someone standing next to him and cut – slashed at one of the elderly persons who was there, and another elderly person who was also cut up. And he told the policemen, 'Open fire,' and they opened fire. And those who had machetes started to slash and cut up their victims".[13] Other evidence of this kind was given.[14] The evidence of witness TAQ[15] showed that Mr. Murefu had asked the appellant: "What have the Tutsis done? Why are they being killed?"[16] Also, according to witness TAQ, three persons asked the appellant, "You as a *responsable*, the Tutsis are being killed. Why are they being treated in this manner? What did they do to deserve this?"[17] The Trial Chamber considered the evidence of witnesses TAQ and TAO to be credible.[18]

17. Defence counsel cross-examined witnesses TAQ and TAO extensively but did not object to the fact that their evidence (concerning the killing of Mr. Murefu, as so given) went outside of murder and covered matters relating to genocide.[19] An accused is expected to object at the time evidence exceeding the scope of the indictment is introduced at trial.[20] In a no-case submission, defence counsel objected to the admissibility of the evidence relating to the killing of Mr. Murefu but only in relation to murder. The answer of the prosecution was that it did "not seek a conviction for murder on these facts … At the close of trial the Prosecutor will be relying on these murders as evidence in support of other charges …". The Appeals Chamber correctly points out that, in his "briefing", the appellant "repeatedly" brought to the attention of the Trial Chamber the fact that Mr. Murefu's death had not been mentioned in the indictment, but, as the Appeals Chamber also recognises, this was "in the context of murder alone and not genocide".[21] The inference is warranted that the appellant did not object to admissibility of the evidence of the killing of Mr. Murefu in relation to genocide because he recognised that the defence had been given due notice that witness TAQ's evidence of Mr. Murefu's killing would be part of the evidence of genocide.

---

[10] *Ibid.*, paras. 55, 56.
[11] *See* T. 29 July 2003. pp. 52-53; T. 30 July 2003, pp. 52-54; T. 31 July 2003, pp. 15-16.
[12] T. 30 July 2003, p. 54.
[13] *Ibid.*
[14] *See, e.g.*,Trial Judgement, para. 113.
[15] *See* T. 29 July 2003, pp. 42-71, T. 30 July 2003, pp. 1-48.
[16] *See* T. 29 July 2003, p. 52.
[17] *See* T. 30 July 2003, p. 20.
[18] *See* Trial Judgement, para. 145.
[19] See witness TAQ's evidence in T. 29 July 2003, pp. 42-71 and T., 30 July 2003, pp. 1-48, and witness TAO's evidence in T. 30 July 2003, pp. 46-52, and T. 31 July 2003, pp. 1-19.
[20] Judgement of the Appeals Chamber, paras. 51, 52, 54.
[21] *Ibid.*, para. 54.

18. In his "Closing Arguments", dated 9 February 2004, the appellant contended that the evidence relating to the killing of Mr Murefu was "mentioned for the first time in court".[22] That concerned murder. If it concerned genocide, it did not tell the whole story; it was too weak to be worthy of serious consideration. The defence had advance notice that the evidence would be given, and that it concerned genocide.

19. The summary provided by the prosecution to the defence in this case was materially indistinguishable from the summary of witness testimony which was provided to the defence in *Naletilić and Martinović* and which the Appeals Chamber found sufficient to cure a defect in the indictment in that case.[23] The holding in that case was correct, and the Appeals Chamber is right to follow it here. In my opinion, any vagueness in the indictment was sufficiently cured. Evidence that the appellant killed Mr Murefu was properly admitted on the genocide charge. I respectfully agree with the Appeals Chamber in concluding to this effect.

D. The Trial Chamber made other findings of fact which showed that the appellant committed genocide

20. I agree with the Appeals Chamber that the findings made by the Trial Chamber as to the appellant's other conduct showed that he "committed" genocide. Apart from the killing of Mr Murefu, it is useful to recall briefly just what the appellant did.

21. The Trial Chamber found, generally, that the appellant was not at any remove from the crime scene; he was physically present at the action. Specifically, it found that, being there, he "gave a signal for the massacres to commence"[24] and "ordered Hutu refugees to separate themselves from the Tutsi"[25] – a step indicating an intention to commit the genocide which immediately followed. Indeed, as the Trial Chamber found, he "directed"[26] the attacks, he "personally took part"[27] in them, he "led attacks against Tutsi civilians by example"[28], he

[22] Defence Closing Brief, ICTR-2001-64-T, 9 February 2004, p. 12.
[23] *Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, paras. 27, 45, 62-65. It bears noting that, while with respect to an incident involving the beating of a man called "the Professor", the information provided by the Chart of Witnesses in the *Naletilić and Martinović* case was complemented by a reference to that incident in the Prosecution's Opening Statement, this was not the case with respect to another incident involving the unlawful transfer of prisoners, described at paragraphs 62 through 65 of the Appeals Judgement in that case. With respect to the latter incident, the ICTY Appeals Chamber specifically held that the Opening Statement and other submissions did not provide information that remedied the defect in the indictment, and that it was therefore necessary to rely on "the information in the Prosecution Chart of Witnesses alone". *Ibid.*, para. 63. Finally, I also note that the Chart of Witnesses in *Naletilić and Martinović* did not specify which mode of liability was being pleaded.
[24] Trial Judgement, para. 168.
[25] *Ibid.*
[26] *Ibid.*, paras. 169, 171,172.
[27] *Ibid.*, para. 172.
[28] *Ibid.*, para. 173.

"participated in the attack on Nyarubuye Parish on 15 and 16 April 1994"[29], and he "played a leading role in conducting and, especially, supervising the attack"[30].

22. A person who engaged in the attacks in those ways would plainly be guilty of "committing" genocide. Justice would not be served by holding that this view does not apply to the appellant as the principal actor; it would be a misunderstanding and misapplication of the law to say that, on those findings of fact made by the Trial Chamber, he was guilty of "ordering" or "instigating" but not of "committing" genocide. He not only "ordered" or "instigated" but actually participated in the "commission" of the crime. Those acts were before the Appeals Chamber and both sides addressed them.

23. Questions have been raised on the Trial Chamber's observation that "'[c]ommitting' refers generally to the direct and physical perpetration of the crime by the offender himself."[31] Two glosses may be put on the Trial Chamber's observation.

24. First, attention is invited to the word "generally" in the Trial Chamber's statement. It is accepted that the statement does not deny that there can be a "committing" where the accused acts through a joint criminal enterprise. However, there are not two rules, but one; it is not the position that non-JCE cases are governed by the "direct and physical perpetration" rule and JCE cases by another rule which, mysteriously, exempts them from the application of the "direct and physical perpetration" rule. The matter always turns on whether there is "direct and physical perpetration". What happens is that, in the circumstances of a case of JCE, there is a "direct and physical perpetration" even though the accused is not in personal contact with the victim: the JCE is his instrument. But I see no reason why the rationale of that view has to be limited to that situation. Why, for example, can there not be "direct and physical perpetration" where the accused perpetrates his crime through the instrumentality of another, even though no JCE is involved and even though there is no personal contact between the accused and the victim? To say that in such a case the proper charge is one of "ordering" and not one of "committing" imposes too great a strain on the legal apparatus. That may be defensible in some circumstances but not in all; it depends on the immediacy of the relationship between the accused and the result of his action. In any event, it is to be observed that in this case the Trial Chamber found that the appellant "personally took part"[32] in the attacks and in other ways directly participated in them. Why that should give difficulty in

[29] *Ibid.*, para. 261.
[30] *Ibid.*
[31] Trial Judgement, para. 285, footnote omitted; *see Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 187; *Tadić* Appeal Judgement, para. 188.
[32] Trial Judgement, para. 172.

finding that he engaged in the "direct and physical perpetration" of the crime of genocide resulting from the attacks is not clear to me.

25. Second, I agree with the Appeals Chamber that proof of personal killing is not required to show "the direct and physical perpetration of the crime by the offender himself."[33] To hold the contrary will be too narrow. Even in relation to a charge of genocide by "killing members of the group", the "direct and physical perpetration" test can be fulfilled even if it is not proved that the appellant himself killed anyone.

26. A more important question is whether the Appeals Chamber may (on the Trial Chamber's findings of the appellant's participation in respects other than the killing of Mr Murefu) make a determination that the appellant committed genocide in view of the fact that the Trial Chamber did not make a similar determination on those findings. In holding in paragraph 285 of its judgement that the appellant committed genocide, the Trial Chamber cited only the killing of Mr. Murefu, stating that the "Trial Chamber therefore finds that [the appellant] committed genocide ...". But a microscopic reading of the Trial Chamber's judgement would not be appropriate. The Appeals Chamber has previously held that a conclusion of guilt would be upheld where other inferences sustaining guilt would reasonably have been drawn at trial.[34] In this case, the factual findings of the Trial Chamber require the Appeals Chamber to determine that the appellant was guilty of committing genocide.

27. The last question is this: if the Appeals Chamber were so to determine, would there be a breach of the requirement for the Trial Chamber to give reasons? The Trial Chamber gave only one reason for holding that the appellant committed genocide, namely, the killing of Mr Murefu. Can it be argued that an additional reason cannot now be given? It seems necessary to bear in mind that "[a]n appeal lies from the judgment, not the reasons for judgment".[35] True, the Trial Chamber did not give the additional reason. But, where the additional reason is apparent from the record, that it was not previously given is not relevant; reliance on it does not cause the appellant prejudice. Accordingly, the Appeals Chamber is right to affirm the Trial Chamber's judgement that the appellant committed genocide on the basis of his conduct other than in respect of the killing of Mr Murefu.

[33] Judgement of the Appeals Chamber, para. 60.
[34] *Kordić and Čerkez*, Appeal Judgement, para. 288. And see the authorities cited by Judge Weinberg de Roca in footnote 9 of her separate opinion in *Kordić and Čerkez*, Appeal Judgment, pp. 301 *et seq.*
[35] *The Queen v. Sheppard*, 2002 SCC 26, Binnie J., para. 4.

1711 H

E. In any event, the appellant was responsible for genocide through group criminality

1. Joint Criminal Enterprise

28. Evidence of the appellant's responsibility for genocide under joint criminal enterprise ("JCE") was admissible if JCE was pleaded in the indictment so as to give the appellant fair notice of the basis on which he was charged. The Trial Chamber found that it "was not pleaded clearly enough to allow the Accused to defend himself adequately,"[36] and the Appeals Chamber has in substance upheld that finding.[37] I respectfully disagree.

29. JCE is not mentioned specifically in the indictment. However, I agree with the Appeals Chamber that the absence of the words "joint criminal enterprise" from the indictment "does not in and of itself indicate a defect. ... It is possible that other phrasings might effectively convey the same concept. The question is not whether particular words have been used, but whether an accused has been meaningfully 'informed of the nature of the charges' so as to be able to prepare an effective defence."[38] To rely on JCE, an indictment need not plead the doctrine *ipsissima verba* if the intention is apparent.

30. In *Tadić*,[39] no special formulae were used; the indictment simply presented the facts necessary to make out a case under the theory. It was not complained that this was insufficient; in my view it was sufficient. An indictment corresponding in substance to the requirements of JCE would have been valid if filed before the elements of the doctrine were assembled by the Appeals Chamber in *Tadić* under the rubric "joint criminal enterprise"; such an indictment would be valid if filed thereafter even though the indictment made no reference to those terms.

31. So far as formulae are concerned, two phrases come to mind: "acting in concert with others" and "common purpose" (or its close equivalents, such as "common scheme, strategy, or plan"). As to "acting in concert with others", in *Brđanin and Talić*[40] the Trial Chamber pointed out that the problem in that case was that the accused were charged "individually or in concert in the operations relating to the conduct of the hostilities ...".[41] In the opinion of the Trial Chamber, that phrase could

[36] Trial Judgement, para. 289.
[37] Judgement of the Appeals Chamber, paras. 172, 174.
[38] *Ibid.*, para. 165, footnotes omitted. Prosecuting counsel Ms Onsea obviously understood the jurisprudence to be requiring the indictment to "mention joint criminal enterprise as a term" when she said, "[W]e acknowledge that the indictment, as such, is vague in light of recent jurisprudence of the Appeals Chamber in that it does not plead JCE, as such ...". See Transcript of the Appeals Chamber, Thursday 9 February 2006, p. 54.
[39] *Tadic* Appeal Judgement, 15 July 1999.
[40] *Brđanin and Talić*, Case No. IT-99-36-PT, Decision on Objections by Momir Talić to the Form of the Amended Indictment, 20 February 2001.
[41] *Ibid.*, para. 12.

mean "that each of the accused acted individually and *in concert with each other* ... "[42]. The Trial Chamber implied that a different consequence would have followed if the indictment had "pleaded that the two accused had acted 'in concert with others'".[43] In the instant case, paragraph 25 of the indictment expressly speaks of the appellant as "acting in concert with others".

32. As to "common purpose", for the reasons given, in *Brdanin and Talić* the Trial Chamber held that the phrase "individually or in concert" was ambiguous, but it stated that if "the prosecution seeks to rely upon the 'accomplice' liability of *acting in concert as part of a common purpose or design, or as part of a common criminal enterprise,* held by the Appeals Chamber to fall within Article 7.1, then this should be made clear."[44] This shows that the Trial Chamber considered that the words "acting in concert *as part of a common purpose or design"*, as opposed to "acting in concert" only, would have been sufficiently clear.

33. I do not propose to go through the other cases *seriatim*. My conclusion from a review of them is that it is enough if the indictment alleges in substance that the accused was "acting in concert with others" in pursuit of a "common purpose". Both expressions, or their equivalents,[45] were used in this case. Nothing more would appear to be required to plead a joint criminal enterprise. If any cases are really to the contrary, they cannot be correct.

34. In fact, the Appeals Chamber acknowledges that the "language [used in paragraph 25 of the indictment in this case] is similar to that employed in *Tadić* and seems to encompass the critical elements of a JCE charge".[46] However, the Appeals Chamber finds that the meaning of that paragraph was rendered confusing by the later statement in that paragraph that the appellant participated in the action "by his own affirmative acts or through persons he assisted or by his subordinates with his knowledge and consent".[47] With respect, I do not find this statement confusing at all. It merely pleads, as required by the Appeals Chamber's jurisprudence, the "nature of [the appellant's] participation in the enterprise."[48] It does not obscure the plain meaning of the allegation in the indictment that the appellant acted "in concert with others" in support of a "common scheme, strategy or plan to exterminate the Tutsi".

---

[42] *Ibid.*
[43] *Ibid.*
[44] *Ibid.* (emphasis added, citing *Tadić* Appeal Judgement, paras. 185-229).
[45] Rather than "common purpose", the actual expression used (in the French version of the indictment, which is the relevant one) is "*d'un plan, d'une stratégie ou d'un dessein communs*". These expressions, however, are functionally equivalent, as made evident by paragraph 188 of the *Tadić* Appeal Judgement, which uses the expression "*dessein commun*". *See also Prosecutor v. Krnojelac*, Case No. IT-95-25, *Décision relative à la forme du deuxième acte d'accusation modifié*, 11 May 2000, paras. 9, 10. (holding that the expression "*dessein commun*" is equivalent to "*enterprise criminelle commune*", and also using the phrase *plan commun* as a synonym).
[46] Judgement of the Appeals Chamber, para. 172.
[47] *Ibid.*
[48] *See Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 28.

35. As to the category of JCE on which the prosecution intended to rely, it is true that the indictment did not expressly indicate this as is seemingly required by the Appeals Chamber in *Kvočka*.[49] But that case does not exclude statements by implication, and I do not consider that this elementary rule is displaced by general propositions of the law applicable to indictments, as set out in that case. The test remains, as the Appeals Chamber says, "whether an accused has been meaningfully 'informed of the nature of the charges' so as to be able to prepare an effective defence."[50] Here the material facts presented in the indictment naturally indicated the basic or first category of JCE.[51] The prosecution sought to hold the appellant responsible for crimes perpetrated by a group of which he was a member, that crime being within a purpose common to all members of the group. The aim of the prosecution was fully within the first category of JCE. The prosecution did not seek to impose liability for crimes that, though foreseeable, were beyond the group's objective, as permitted by the third category of JCE; nor did the allegations fall into the second category of an ongoing "system" of ill-treatment. So it must have been apparent to the appellant that the first category was intended. In these circumstances, to assert that it was the duty of the prosecution to state the exact category into which the case fell looks procrustean in practice and excessive in law.

36. As to the necessary material facts to support the case being brought under the first category of JCE, the indictment included a reference to "the purpose of the enterprise, the identity of the participants, and the nature of the accused's participation in the enterprise".[52] All three of these matters were pleaded. First, the common criminal purpose is specified in paragraph 25 of the indictment as being to "exterminate the Tutsis".[53] Second, the other participants in the JCE are identified in paragraph 22 of the indictment as "local administrative official [*sic*] in Kibungo *préfecture*, including *bourgmestres* and *conseillers de secteur*".[54] Third, as noted above, paragraph 25 of the indictment states the nature of the appellant's participation; this was further detailed in a number of other paragraphs of the indictment.[55]

37. As to the state of the law in the ICTR, it is recognised that joint criminal enterprise was not applied in this Tribunal until after its elucidation by the ICTY Appeals Chamber. For some time

[49] *See Kvočka et al.* Appeal Judgement, paras. 28, 42.
[50] Judgement of the Appeals Chamber, para. 165, footnotes omitted.
[51] *See Krnojelac* Appeal Judgement, para. 144 (affirming the Trial Chamber's decision not to consider an extended form of JCE liability because it had not been adequately pleaded).
[52] *Kvočka* Appeal Judgement, para. 28.
[53] *See also* Indictment, paras 3-4 (detailing the objectives of the genocide).
[54] *See also* Indictment, paras. 5-12 (detailing interactions between the appellant and these persons). Although not all of the members of the JCE are identified by name, such precision is not necessary. See *Cermac*, Decision on Ivan Cermak's and Mladen Markac's Motion on Form of Indictment, IT-03-73-PT, 8 March 2005, para. 27; *Krstić* Appeal Judgment, para. 143.
[55] *See* Indictment, paras. 4-24.

now, however, the phrasing used in paragraphs 22 and 25 of the indictment has had a firm foundation in the jurisprudence of the ICTR.[56] It could not be argued that one of the central issues addressed in the *Tadić* Appeal Judgement – the first judgement of the ICTY Appeals Chamber on an appeal from a conviction – could have escaped the notice of reasonably diligent defence counsel in an ICTR case,[57] especially given that the two Appeals Chambers have the same judges.

38. The findings of the Trial Chamber are sufficient to establish the appellant's liability under the first category of JCE. These findings have been discussed in other sections of the Appeals Chamber's judgement and need not be reiterated here. It suffices to say that the appellant clearly joined with others (including *conseillers* and other local officials) in a joint criminal enterprise to destroy the Tutsi population in Rusumo Commune; numerous atrocities, including mass killings and rapes, were perpetrated in pursuit of that common criminal purpose. Thousands died – that was the appellant's object.

39. In short, the indictment pleaded JCE. The Appeals Chamber incorrectly held that it did not. It was open to the Trial Chamber to find that, even if the appellant did not personally commit genocide, he did so through JCE. On the evidence, it would have found so.

40. Now for some concluding remarks. A suggestion that the doctrine of JCE was *created* by *Tadić* is not correct. In *Tadić* the Appeals Chamber was putting forward a judicial construct developed out of its analysis of scattered principles of law gathered together for the purpose of administering international criminal law. The expression "joint criminal enterprise" can be found in those principles;[58] the Appeals Chamber was not proposing any modification of those principles. Courts frequently carry out such an exercise for the better appreciation of what they are doing; especially may this be done where an international criminal court feels called upon to declare the basis on which it is proceeding in a relatively unexplored field of litigation.

41. Thus, the mission which the Appeals Chamber set itself in *Tadić* was to identify the elements of individual criminal responsibility for a crime collectively perpetrated, as they were to be gathered from existing law; the Chamber was careful to say that "[t]o identify these elements one

[56] *See, e.g.*, *Ntakirutimana* Appeal Judgement, fn. 783 (noting that the terminology "common purpose" is interchangeable with "joint criminal enterprise") and para. 468; *André Rwamakuba v. Prosecutor*, Case No. ICTR-98-44-AR72-4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004, para. 6 & fn. 13 (referring to "common purpose" and "common design") and para. 31; *Joseph Nzirorera v. Prosecutor*, Case No. ICTR-98-44-AR72.3, Decision on Validity of Appeal of Joseph Nzirorera Regarding Joint Criminal Enterprise Pursuant to Rule 72(E) of the Rules of Procedure and Evidence, 11 June 2004, paras. 9-10 (quoting an indictment that refers to a "common plan, strategy, or design" and subsequently refers back to that plan, strategy, or design as "such joint criminal enterprise").

[57] *See* Judgement of the Appeals Chamber, para. 172.

[58] *See, e.g.*, Smith & Hogan, *Criminal Law*, 10th ed. (London, 2002), p. 160, para. 8 (speaking of "a joint criminal enterprise").

must turn to customary international law,"[59] several cases being examined, including some from international criminal adjudication. The Appeals Chamber did not see its task as extending to the invention of a new head of liability: it is a misapprehension to suggest otherwise. What is in issue is not "JCE" as such, but the law on which it is based. It is understandable that there is a preference for another legal basis, but it is prudent to be wary of a "doctrinal disposition to come out differently"[60]. A preference for another doctrine is not the same as asserting that there is no legal basis for the doctrine on which the Tribunal now acts.

2. Co-perpetratorship

42. When another legal basis is suggested, it has however to be looked at carefully. Apart from JCE, there is at least one other theory of "commission". It is appropriate for an international criminal tribunal to take respectful notice of it if its judges, who are from various national jurisdictions, are to identify a jurisprudence which belongs to all. The theory[61] is that of co-perpetratorship (including indirect perpetratorship[62]). It is subscribed to by several countries. Attention to it has been invited by my distinguished colleague Judge Schomburg. Acknowledging my deficiencies in grasping its elements, the theory seems to be as follows.

43. In *Tadić*, the ICTY Appeals Chamber said that "the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability."[63] In contemporary times, that seems to be a universally accepted principle. To respect the principle, it is necessary in every case to establish that the accused himself did the crime. The obvious difficulty in conforming to that requirement in the case of a group crime which the accused member of the group himself did not personally accomplish requires proof of a link between the accused and the perpetration of the crime so as to show that the crime could not have been committed without his participation.

44. However, "in general, there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to [a] joint criminal enterprise."[64] Exceptionally such a requirement may exist, but only "to determine whether [the accused] participated in the joint criminal enterprise."[65] It

[59] *Tadić* Appeal Judgement, para. 194.
[60] *See Lewis v. Attorney General of Jamaica and Another* [2001] 2 AC 50 at 90, Lord Hoffmann, dissenting.
[61] There is a somewhat magisterial proposition that one should not speak of "the theory of control". However, the term is used in chapter VII of *Videla and others*, National Appeals Court (Criminal Division) for the Federal District of Buenos Aires, Docket No. 13, 9 December 1985.
[62] See the *Politbüro* case (BGHSt, 40, pp. 236ff, 26 July 1974), which concerned the criminal responsibility of East German high political officials for the killings of escaping citizens, and *Videla and others*, National Appeals Court (Criminal Division) for the Federal District of Buenos Aires, Docket No. 13, 9 December 1985, which concerned the criminal responsibility of Argentine leaders for "disappearances". Both cases involved accused who were "behind the scenes".
[63] *Tadić* Appeal Judgement, para. 186.
[64] *Kvocka* Appeal Judgement, para. 97, footnotes omitted.
[65] *Ibid.*

is therefore apparent that, in a JCE, "the Prosecutor need not demonstrate that the accused's participation is a *sine qua non*, without which the crimes could or would not have been committed."[66] In other words, the accused could "participate" in a JCE without bearing a substantial individual link to the perpetration of the actual crime. But to visit him with individual criminal responsibility in such a case is to *impute* to him the criminality of the member who in fact committed the crime. The culpability of the accused would be *derived*, not *personal*;[67] that is not the same as saying that he should only be culpable for what he himself has done, which is the leading principle of individual criminal responsibility.

45. The object of co-perpetratorship theory is to establish a juridical link which would make the accused liable for the crime on the basis that he had personally committed it. The link rests on the view that he would personally have "committed" the crime if it could only have been committed on fulfilment by him of his assigned role in the group; on that reasoning, it could be said that he was in "control" of the commission of the crime even though the actual crime was in fact perpetrated by another member or other members of the group. He could therefore be said to be personally linked to the commission of the crime.

46. The theory was considered by several jurists, including Claus Roxin. Speaking of "the bank robber with the gun or the perpetrator of the murder holding the victim", he said:

> The co-perpetrator can achieve nothing on his own: the intimidation of the bank employees and the seizing of the victim do not ensure success. The plan only "works" if the accomplice works with the other person. That other person is just as helpless however; if the bank employees are not fully controlled, he will be arrested; and if no one seizes the victim, he will defend himself or flee. Both are therefore in the same position: they can only realize their plan in so far as they act together, but each individually can ruin the whole plan if he does not carry out his part. To this extent he is in control of the act. [68]

Thus, by carrying out his part of the bargain, a party exercises "control" over the act visualised by the group plan. He could prevent the act, as planned, from being realised. This establishes a direct link between him and the actual commission of the crime; he could therefore be made personally culpable for it.

47. Comparing co-perpetratorship with JCE, I reached the conclusion two years ago that, in the case of the latter, the "focus is not on whether [the accused] had power to prevent [his colleagues] from acting as they did; the focus is on whether, even if he could not prevent them from acting as they did, he could have withheld his will and thereby prevented their act from being regarded as

[66] *Ibid.*, para. 98, footnotes omitted.
[67] G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford, 2000), p. 642, and Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed. (Oxford, 1995), pp. 410, 415, 439 and 441.
[68] Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6th ed. (Berlin and New York, 1994), p. 278.

having been done pursuant to his own will also".[69] That is how the matter still appears to me: "control" is not an element of JCE, but it seems arguable that, apart from his participation in the work of the group, the will of the accused, which is highlighted in JCE, is ultimately involved in any imaginable system of law on the subject of individual responsibility for group criminality and can therefore serve as the lowest common denominator of the law adopted by the Tribunal. However, co-perpetratorship theory merits careful evaluation; there is much force in the logic of its underlying principles. If the matter were *res integra*, I would, for my part, give renewed consideration to it. But it seems to me that, as a matter of judicial discipline, the following reasons bar inquiry by this Tribunal.

48. On 15 July 1999 the ICTY Appeals Chamber, in *Tadić*,[70] referred to "the notion of co-perpetratorship" but did not adopt it. The notion was not chosen in the recent case of *Stakić*[71] decided by the ICTY Appeals Chamber on 22 March 2006 – just four months ago. The ICTY Appeals Chamber then unanimously affirmed its preference for JCE over the co-perpetratorship mode of liability, finding that the former was "firmly established in customary international law",[72] as *Tadić* had found in 1999 after examining post-World War II cases. Many decisions have followed the *Tadić* holding; JCE is now well established in the ICTR's jurisprudence.[73] Moreover, the notion of co-perpetratorship (as a doctrine) was not referred to in the trial judgement in this case or in the appellate pleadings; the Appeals Chamber has not had the benefit of the arguments of the parties. The matter being one of intricacy,[74] it seems to me that, in the circumstances, this Appeals Chamber is not in a good position to reassess the standing case law.

49. In any case, both theories of liability show that the appellant "committed" genocide – that being the issue in this part of the case. There are differences in the workings of the two theories, but the differences are not relevant. For example, there could be guilt under the third category of JCE relating to extended liability when, under the co-perpetratorship theory (at least as understood in Germany[75]), there could not. However, there is no question of extended liability here so as to make that category relevant.

---

[69] *See Vasiljević* Appeal Judgement, Separate and Dissenting Opinion, para. 32..
[70] *Tadić* Appeal Judgement, para. 201.
[71] *Stakić* Appeal Judgement, 22 March 2006, para. 62.
[72] *Ibid.*, repeating the holding of the *Tadić* Appeal Judgement, para. 220.
[73] *See Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, paras. 191-193; *Rwamakuba*, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, ICTR-98-44-AR72.4, 22 October 2004, para. 31; *Ntakirutimana*, Appeal Judgment, para. 468; and *Karemera*, Decision on Jurisdictional Appeals: Joint Criminal Enterprise, ICTR-98-44-AR72.5 and ICTR-98-44-AR72.6, 12 April 2006, paras. 13, 16 and 17.
[74] *See, e.g.*.. E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (The Hague, 2003), pp.61ff, dealing with "Different Models of Participation".
[75] *See Tadić*, Appeal Judgment, para. 224, footnote 283 (citing the German Federal Court in BGH GA 85, 270).

50. Two other problems remain. First, it is said that the question is one of harmonisation of theories and not election between them. That is attractive. But there could be a question as to whether harmonisation is possible. *Tadić* referred to co-perpetratorship but did not adopt it; presumably the case recognised that both theories could not be adopted at the same time. As has been noticed, the contribution of an accused to a JCE does not have to be a *sine qua non* of the commission of the crime. Indeed, the contribution does not have to be substantial, as it has to be in the case of aiding and abetting. By contrast, under the co-perpetratorship theory, since the non-fulfilment by a participant of his promised contribution would "ruin" the accomplishment of the enterprise as visualised, the making of his contribution would appear to be a *sine qua non*. Therefore, though the two theories overlap, they arrive at a point of incompatibility touching guilt or innocence: at that point one theory is wrong, the other right. This would seem to indicate that only one of the two theories can prevail in the same legal system.[76]

51. Second, the problem of harmonisation leads to another problem. Since several states adhere to one theory while several other states adhere to the other theory, it is possible that the required state practice and *opinio juris* do not exist so as to make either theory part of customary international law. That opens the risk of there being a *non liquet* on a matter of substance in international criminal law as applied by the Tribunal. That risk was sensed in *Erdemović*.[77] There too there was a clash between domestic legal systems. The majority in the Appeals Chamber was able to avoid the risk in that case only, *on one view*, by going outside of the normal principles of international criminal law. Whether the risk in this case can be avoided by taking a less adventurous course is best left for future inquiry.

52. For these reasons, I am of the view that the Appeals Chamber is not at this stage in a good position to pursue the co-perpetratorship theory.

F. Aiding and abetting the murder of tenants

53. This part concerns an appeal by the prosecution. Count 4 of the indictment charged Mr Gacumbitsi ("appellant") with murder as a crime against humanity in that he "did kill persons, or cause persons to be killed, … as follows:

[76] *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, P.C.I.J., Series A/B, No. 77*, p. 90, dissenting opinion of Judge Anzilotti stating that it "is clear that, in the same legal system, there cannot at the same time exist two rules relating to the same facts and attaching to these facts contradictory consequences ... [E]ither the contradiction is only apparent ... or else one [rule] prevails over the other ..."; and see, *ibid.*, at p. 105 per Judge Urrutia, also dissenting. See also Judge Abi-Saab in *Prosecutor v. Tadić*, (1994-1995) 1 ICTY JR 529, where he took a position similar to that taken by Judge Anzilotti.
[77] *Erdemović*, IT-96-22-A, 7 October 1997, para. 57.

1703/H

Pursuant to Article 6(1) of the Statute: by virtue of his affirmative acts in planning, instigating, ordering, committing, or otherwise *aiding and abetting*[78] the planning, preparation or execution of the crime charged ...".

The question raised is whether these averments were enough to give the appellant notice that the indictment for murder included an allegation that he aided and abetted it.

54. The Appeals Chamber correctly notes that in "considering whether the Appellant received clear and timely notice, the Indictment must ... be considered as a whole."[79] In other words, the indictment is not to be read as rigidly compartmentalised between the different counts. Read properly, it showed that, consequent on the death of President Habyarimana on 6 April 1994, there was to be a "fight" against "the Rwandese Patriotic Front (RPF), a predominantly Tutsi politico-military opposition group"[80]; that "fight" involved general genocide by Hutus against Tutsis. The indictment clearly indicated to the average reader that it was alleged that the appellant took part in that general genocidal campaign as a prominent local Hutu.[81]

55. It is against this background that the indictment relating to the deaths of the former tenants has to be seen. In ordering the two Tutsi sisters to vacate his home, according to the indictment, the appellant announced that "his home was not CND, a reference to the cantonment of RPF soldiers in Kigali".[82] Thus, the indictment may be reasonably understood to mean that the appellant knew, as the Trial Chamber found, that, by expelling them, "he was exposing them to the risk of being targeted by Hutu attackers on grounds of their ethnic origin".[83] In turn, the Appeals Chamber correctly understood the indictment that way, stating that its other "paragraphs ... detail the context of the genocidal campaign, which ensured that in expelling the tenants under these circumstances, the Appellant was exposing them to a high probability of death".[84] Predictably, the two sisters were killed the night following their eviction earlier in the day. There was no acceptable proof that the appellant "ordered" that killing, and the indictment on this point was dismissed; but the indictment gave due notice that an allegation was that he did aid and abet the killing – by whomsoever the killing was ordered or done.

56. In another case, the Appeals Chamber said that it is "advisable"[85] for the prosecution to be specific,[86] and not simply to quote the charging provisions of the Statute. That advice is valuable. However, I would hesitate to elevate it to a universal procedural requirement, more particularly as

[78] Italics added.
[79] Judgement of the Appeals Chamber, para. 123.
[80] Indictment, para. 3.
[81] *Ibid.*, para. 4.
[82] *Ibid.*, para. 36.
[83] Trial Judgement, para. 197.
[84] Judgement of the Appeals Chamber, para. 123.
[85] *Semanza* Appeal Judgement, para. 259.

1702

the Appeals Chamber recognised that "it has long since been the practice of the Prosecution to merely quote the provisions of Article 6(1) of the Statute in the charges, leaving it to the Trial Chamber to determine the appropriate form of participation under" that provision.[87] An existing practice of long standing is not terminated by an injunction as to what is "advisable".

57. In my view, the general reason for the practice is that, for the purpose of conviction, aiding and abetting is not a separate crime in itself, though it is often spoken of as if it were; it is merely a method of perpetrating the crime with which the article 6(1) of the Statute is concerned; [88] it forms part of an indictment for that crime, in this case, murder – which was charged. In one jurisdiction, when "indicting a secondary party to an offence (i.e. an aider, abettor, counsellor or procurer), there is no need to indicate, either in the statement of offence or particulars, that such was his role."[89] In other words, a charge for the main crime includes a charge for aiding and abetting it. The position was criticised *obiter* in *Maxwell*,[90] but the indictment practice has not noticeably altered.[91] True, the practice in that jurisdiction has come about through a statute, but, for the foregoing reasons, it may be thought that the understanding which the statute evidences is applicable here.

58. In cases in which the accused may be misled by the terms of the indictment, specificity has been enjoined.[92] But each case turns on its own facts. In this case, the indictment expressly and distinctly mentioned "aiding and abetting" after charging that the appellant "did … cause persons to be killed." Also, the indictment pleaded material facts that supported a conviction for aiding and abetting the murder of the appellant's tenants. With knowledge of these things, the appellant failed to raise any question at the trial about sufficiency of notice that he was being charged with aiding and abetting their murder.

---

[86] *See Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr. App. R. 128 at 143, 147 and 151, HL.

[87] *See* Judgement of the Appeals Chamber, para. 122, citing *Semanza* Appeal Judgement, para. 259. The existing practice of merely citing the applicable charging provision is not entirely unsupported. "In Queensland it is sufficient to describe an offence in the words of the … statute …which defines the offence". John B. Bishop, *Criminal Procedure*, 2nd ed. (Sydney, 1998), p. 428. In Canada, a count in an indictment may be "in the words of the enactment that describes the offence or declares the matters charged to be an indictable offence." Criminal Code of Canada, (R.S., 1985, c. C-46), s. 581(2)(b).

[88] Difficult issues have arisen on methods of participation in the commission of a crime. One question is whether (a) article 6(1) of the Statute visualises the existence of only one crime which can be perpetrated by any or all of the stipulated modes; or (b) article 6(1) visualises the existence of several crimes each corresponding to one of the stipulated modes. In my view, at the level of *conviction*, (a) is correct. But (a) means that, in the case of a mode (such as aiding and abetting) which does not involve actual perpetration of the crime, the criminality of the perpetrator is being imputed to the accused. Because of this derived nature of the responsibility, a conviction for perpetrating the crime by aiding and abetting will, in sentencing, be regarded (save in exceptional circumstances) as being less serious than a conviction for actual perpetration of the crime. In other words, at the level of *sentencing*, aiding and abetting tends to be regarded as a separate crime: effectively, the accused is being sentenced for a crime constituted by his conduct in assisting another to commit a crime and not for the latter crime itself. Thus, at the level of sentencing, (b) is also involved.

[89] *Blackstone's Criminal Practice 2006* (Oxford, 2005), p. 1407, para. D10.12.

[90] *See Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr. App. R. 128 at 143, 147 and 151, HL.

[91] *Blackstone's Criminal Practice 2006* (Oxford, 2005), p. 1407, para. D10.12.

[92] *Maxwell v. DPP for Northern Ireland* (1979) 68 Cr. App. R. 128 at 143, 147 and 151, HL.

59. The case of the tenants concerns aiding and abetting *murder*. It is to be noticed that, so far as aiding and abetting *genocide* was concerned, virtually the same indictment formula was employed, the second paragraph of count 1 reading:

> *Pursuant to Article 6(1) of the Statute:* by virtue of his affirmative acts in ordering, instigating, commanding, participating in and *aiding and abetting*[93] the preparation and execution of the crime charged [i.e., genocide]...

It was on the basis of this indictment that the Trial Chamber held that –

> Sylvestre Gacumbitsi aided or abetted in the perpetration of the massacres, thereby encouraging the commission of the crime of genocide in Rusumo *commune* in April 1994.[94]

60. The Trial Chamber's formal "Verdict" merely found that the appellant was guilty of "Genocide",[95] it being understood that this comprised its express finding, made elsewhere, that the appellant was "responsible for planning, instigating, ordering the communal police, committing and aiding and abetting in the killing of members of the Tutsi ethnic group, as part of a scheme to perpetrate the crime of genocide".[96] This conviction, which thus includes aiding and abetting genocide, is affirmed by the Appeals Chamber. I see no material basis for any procedural distinction so far as aiding and abetting the *murder* of the tenants was concerned.

61. In the circumstances of this case, it appears to me that, as the Appeals Chamber has found,[97] the appellant had adequate notice that the charge against him included an allegation that he aided and abetted the murder of his tenants. The Trial Chamber incorrectly failed to record an appropriate conviction. Its reasoning does not appear. Its silence falls to be construed as a judgement acquitting the appellant of aiding and abetting. The Appeals Chamber correctly sets aside that implied acquittal and enters a conviction in its place.

G. Conclusion

62. Throughout this case, as in others, there has been concern with fairness to the accused. That concern is of course proper: the liberty of the accused is important. As it was said, "the saddest epitaph which can be carved in memory of a vanished liberty is that it was lost because its possessors failed to stretch forth a saving hand while yet there was time".[98] That remark, though made in a different context, is generally useful.

---

[93] Italics added.
[94] Trial Judgement, para. 286.
[95] *Ibid.*, para. 334.
[96] *Ibid.*, para. 288.
[97] Judgement of the Appeals Chamber, para. 123.
[98] *Associated Press v. National Labor Relations Board*, 301 U.S. 103, 141 (1937) (Sutherland, J., dissenting).

1700/H

63. Thus, fairness to the accused has to be honoured, however inconvenient may be the consequences for the prosecution. The scope of a trial is fixed by the indictment; on a fair reading, the indictment, either original or as cured, must tell the accused exactly what he is charged with. A court must insist on that. Yet, it seems to me that it is the substance which matters: sophistication in applying the relevant standards cannot be extended to the point of rendering the task of the prosecution unreasonably hazardous.

64. At all material times, the appellant knew from the indictment that he was charged with having committed genocide (*inter alia* by killing Mr. Murefu) and aiding and abetting murder. I am confident that his right to a fair trial was in every way protected by the Trial Chamber. I respectfully support the judgement now handed down by the Appeals Chamber. If anything, I consider that it could be strengthened in the places to which I have referred.

Done in English and in French, the English text being authoritative.

Mohamed Shahabuddeen

Signed in The Hague 28 June 2006,
and delivered in Arusha, Tanzania, 7 July 2006

[Seal of the Tribunal]

1699/H

VI. JOINT SEPARATE OPINION OF JUDGES LIU AND MERON

1. We write separately to explain our disagreement with the Majority's conclusion that, though the killing of Mr. Murefu "was not specifically alleged in the Indictment",[1] the Trial Chamber could nonetheless have convicted Gacumbitsi of committing genocide solely on the basis of its finding that Gacumbitsi killed this individual.

2. The Appeals Chamber's Judgement does not dispute that, if the Prosecution intended this killing to be the basis of a finding that Gacumbitsi committed offences, the killing should have been mentioned in the indictment.[2] Indeed, this proposition is beyond dispute. "[C]riminal acts that were physically committed by the accused personally must be set forth in the indictment specifically, including where feasible 'the identity of the victim, the time and place of the events and the means by which the acts were committed.'"[3] The Majority, however, is willing to excuse the Prosecution's failure to comply with our pleading requirements because a vague chart-entry summarizing the anticipated testimony of one witness mentions, *inter alia*, the killing of Mr. Murefu and the fact that the witness's testimony "relate[s] to the charge of genocide."[4] In our view, serious flaws in the indictment are not so easily remedied.

3. We fully agree with the ICTY Appeals Chamber's holding in *Kupreškić* that "in some instances, a defective indictment can be cured if the Prosecution provides the accused with timely, clear and consistent information detailing the factual basis underpinning the charges against him or her."[5] This holding, however, had an important caveat: "in light of the factual and legal complexities normally associated with the crimes within the jurisdiction of this Tribunal, there can only be a limited number of cases that fall within that category."[6] Indeed, in order to protect the accused's right to be fully aware of the charges he or she faces, and to ensure that each accused can defend against the Prosecution's charges, it is imperative to apply strictly the rule that only "timely, clear and consistent information" can remedy defects in an indictment. Recognizing this fact – even as it held that a particular defect in the indictment was cured by a witness statement taken together with "unambiguous information" contained in the Pre-Trial Brief and its annexes[7] – the Appeals

[1] Judgement of the Appeals Chamber, para. 48.
[2] Judgement of the Appeals Chamber, para. 49.
[3] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 32 (quoting *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 89).
[4] Judgement of the Appeals Chamber, para. 56.
[5] *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 114. The indictment is the principal charging instrument at the Tribunal. We are therefore disturbed at frequency with which the Prosecution has recently sought to argue that defects in its indictments were cured by subsequently provided information. Clarity in the indictment is the best means of guaranteeing a fair and efficient trial.
[6] *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 114.
[7] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 48.

1699/H

Chamber made clear in *Ntakirutimana* that the Prosecution cannot be deemed to have charged an accused for every incident described in a document that it makes available to him.[8]

4. Here, in concluding that Gacumbitsi had "clear and consistent" notice that he was alleged to have committed genocide by killing Mr. Murefu, the Majority points to only one document, and indeed, just one small section of a document – namely, the entry on Witness TAQ's anticipated testimony in the Prosecution's Summary of Anticipated Witness Evidence.[9] Indeed, in this case, unlike in *Ntakirutimana*, the Prosecution never mentioned the killing of Mr. Murefu in the body of its Pre-Trial Brief. Nor did the Prosecution allege in its Opening Statement that Gacumbitsi killed Mr. Murefu.[10] Hence, as the Majority implicitly acknowledges, the key question is whether the chart-entry, taken alone, provided "clear and consistent" notice that Gacumbitsi was alleged to have committed genocide by killing Mr. Murefu.[11] It did not.

5. First, we question whether notice provided only once can ever be "consistent" notice. Not only does the term "consistent" suggest that there must not be deviation in the material terms of the notice, but "consistent" also could reasonably be read to suggest that there must be some repetition – arguably, a document or statement providing notice is only "consistent" if there is another relevant document or statement that it is consistent with.[12] Such a reading of the term "consistent" would be in accordance with the purposes of the "clear and consistent" notice requirement: safeguarding the accused's right to be clearly and unequivocally informed of the charges against him in a situation where material facts were omitted from the indictment, the place where the accused would expect to find them.

6. Regardless of whether notice provided only once can ever satisfy the "clear and consistent" standard, the notice provided in the chart-entry on Witness TAQ fails to meet this standard, as it was far from clear. The chart shows that Witness TAQ's testimony would relate to the charges of genocide, extermination, and rape.[13] Yet the chart-entry never mentions any mode of liability, let alone explains which aspects of Witness TAQ's testimony would support a conviction for any of

---

[8] *See Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 27 (citing *Prosecution v. Radoslav Brđanin and Momir Talić*, Case No. IT-99-36-PT, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26 June 2001, para. 62).
[9] Judgement of the Appeals Chamber, paras 56, 58.
[10] T. 28 July 2003 pp. 17-22.
[11] As the Majority points out, *see* Judgement of the Appeals Chamber, para. 55, the Prosecution Response notes that Gacumbitsi was also provided with the witness statement of Witness TAQ, and that this statement mentions the killing of Mr. Murefu, Prosecution Response, paras 149-157. The Prosecution Response, however, never suggests that this witness statement indicated the charge that the allegations about Mr. Murefu's death would be used to prove. Prosecution Response, paras 149-157. The majority is therefore right not to assert that the witness statement of Witness TAQ might have helped to inform Gacumbitsi that he was alleged to have committed genocide by killing Mr. Murefu.
[12] The Oxford English Dictionary defines "consistent" as: "[a]greeing or according in substance or form; congruous, compatible". III The Oxford English Dictionary 773 (2d ed. 1989).
[13] Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, p. 10.

1698/H

the charges pursuant to a particular mode of liability.[14] This omission is all the more serious given how much ground the chart said that witness TAQ's testimony would cover.[15] According to the chart, Witness TAQ was to testify about a lengthy series of events in which Gacumbitsi took part over the course of several days. The killing of Mr. Murefu was just one small part of this series of events.[16] Given that – in relation to the genocide charge – the Prosecution pursued theories of responsibility based on Gacumbitsi's entire course of conduct during this period,[17] Gacumbitsi could reasonably have believed that the killing of Mr. Murefu was mentioned only as part of this course of conduct. Alternatively, as the Prosecution charged Gacumbitsi with instigating genocide, and as the chart-entry says that the killing of Mr. Murefu was immediately followed by a grenade attack on refugees gathered in the church that Mr. Murefu was killed in front of, Gacumbitsi could reasonably have believed that this killing would be used to argue that he instigated genocide. He might also have reasonably believed that the Prosecution viewed this incident only as evidence of his *mens rea* for genocide – evidence that could be rebutted with *mens rea* evidence unrelated to this particular killing. Any of the abovementioned inferences would have been logical ones for Gacumbitsi to have made – indeed, they were likely more logical than the inference that he was charged with committing genocide on the basis of this killing – given that "criminal acts that were physically committed by the accused personally must be set forth in the indictment specifically",[18] and given that the Murefu killing was never mentioned in the indictment.

7. Not surprisingly, the chart does not appear to have led Gacumbitsi to deduce that the Murefu killing was alleged as a basis for the charge that he committed genocide. Discussion of this killing in the Rule 98 *bis* filings makes clear that, even after the completion of the Prosecution's case at trial, the Appellant was still under the impression that the incident had been alleged with respect to the murder charge. Yet not even at this point in the proceedings did the Prosecution clarify that it felt Gacumbitsi should be convicted of committing genocide on the basis of this killing. In fact, the Prosecution waited until the close of the trial to finally make clear that it intended to rely upon the evidence of the killing to support a conviction for genocide. This is not timely notice. We cannot agree to the entry of a conviction on the basis of allegations that were only made clear at the end of trial.

---

[14] Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, pp. 10-12.
[15] It bears noting that the block quote in paragraph 56 of the Judgement contains only one of the six paragraphs of text in the chart-entry on Witness TAQ.
[16] Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, pp. 10-12. In fact, the description of the killing covers just four lines in a chart-entry almost two pages long.
[17] *See* Indictment, count I & paras 1-25. *See also* Prosecution's Opening Statement, T. 28 July 2003 pp. 20-21(alleging that Gacumbitsi "executed" a genocidal plot through his course of conduct in Rusumo Commune in April 1994); Prosecution Pre-Trial Brief, para. 2.16 (stating, under the section heading "Executing", that "[d]uring the month of April 1994, Sylvestre Gacumbitsi used his position … to execute the campaign of looting, raping, and killing" and that he "instigated, led, and supervised … attacks" occurring as part of this campaign (emphasis omitted)).
[18] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 32, quoting *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 89.

8. According to the Majority, these circumstances "are materially indistinguishable from"[19] circumstances under which the ICTY Appeals Chamber recently found that the Prosecution had cured an indictment defect. We disagree. The Majority refers to the *Naletilić and Martinović* case, and in particular, the ICTY Appeals Chamber's finding that the Prosecution had cured the indictment's failure to provide information about the beating of an individual known as "the Professor". This finding rested in part on an entry in a similar chart of witnesses – although the chart-entry suggested that the witness at issue would be testifying to a few discrete incidents, and the chart-entry was far less lengthy than the one at issue in the present case. Yet the Appeals Chamber also rested its finding on the fact that the relevant "details were specifically reiterated by the Prosecution in its Opening Statement."[20] Indeed, the Prosecution's Opening Statement in *Naletilić and Martinović* not only mentions the beating of "the Professor",[21] it clearly states the counts in the indictment that the allegation relates to.[22] Hence, at the start of his trial, Martinovic knew what the Prosecution was trying to prove with its allegations about "the Professor".[23] The value of this second piece of clear, detailed information about the Prosecution's allegation with regard to "the Professor" – like the value of the information in the Pre-Trial Brief that together with the chart of witnesses cured the indictment defect in *Ntakirutimana* – should not be underestimated. In the present case, where the indictment makes absolutely no mention of the killing of Mr. Murefu – it does not just omit some material facts related to the killing – it is particularly problematic that neither the Prosecution's Pre-Trial Brief nor its Opening Statement reiterated and clarified the information on the killing provided in the chart-entry on Witness TAQ.

9. In conclusion, because the provision of "timely, clear and consistent information" is necessary to cure defects in an indictment, we cannot agree that the Prosecution cured its failure to mention the killing of Mr. Murefu in the indictment, and we therefore cannot agree that Gacumbitsi could be convicted of committing genocide on the basis of this killing alone. Nonetheless, because we agree with the Judgement's conclusion that "[t]he Trial Chamber convicted the Appellant of "ordering" and "instigating" genocide on the basis of findings of fact detailing certain conduct that ... should be characterized not just as "ordering" and "instigating" genocide, but also as

[19] Judgement of the Appeals Chamber, para. 58.
[20] *Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, para. 45.
[21] *Naletilić and Martinović*, Case No, It-98-34-T, Tr. 1851 (10 September 2001).
[22] *Naletilić and Martinović*, Case No, It-98-34-T, Tr. 1849 (10 September 2001) (stating that the Prosecution would next be discussing counts 9-12 in the indictment).
[23] Another indictment defect at issue in the *Naletilić and Martinović* case – one relating to forcible transfer – was, as another separate opinion in the present case points out, found to have been cured solely on the basis of information provided in a chart of witnesses. With regard to each of the two instances of forcible transfer at issue, however, the Appeals Chamber pointed to multiple chart-entries (each pertaining to a different witness) in concluding that Martinović had adequate notice. *See Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, paras 64-65 & fns. 165, 168. In this case, as already mentioned, the Judgement relies on only one chart-entry.

"committing" genocide",[24] we support the decision not to vacate the finding that Gacumbitsi committed genocide.

Done in both English and French, the English text being authoritative.

Liu Daqun
Judge

Theodor Meron
Judge

Signed on the 28th day of June 2006 at The Hague, The Netherlands,
and issued this 7th day of July 2006 at Arusha, Tanzania.

[Seal of the International Tribunal]

[24] Judgement of the Appeals Chamber, para. 59.

1695/H

VII. SEPARATE OPINION OF JUDGE SCHOMBURG ON THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF THE APPELLANT FOR COMMITTING GENOCIDE

A. Introduction

1. I am in general agreement with the outcome of the Judgement. However, in relation to the Appellant's criminal responsibility for committing genocide, I am concerned about several issues. First, I wish to offer some remarks on committing genocide and the pleading of "committing" genocide which slightly deviate from the opinion of the majority of my distinguished colleagues. Following that, I will concentrate especially on the question whether it was necessary for the Appellant's conviction for committing genocide to plead the killing of Mr. Murefu in the Indictment. Finally, I will discuss the majority's treatment of the Appellant's responsibility for committing genocide in general.

B. Does Committing Refer Generally to the Direct and Physical Perpetration of the Crime by the Offender?

2. The Trial Chamber found the Appellant guilty, *inter alia*, of committing genocide on the basis that he killed Mr. Murefu. The Trial Chamber stated:

> "Committing" refers generally to the direct and physical perpetration of the crime *by the offender himself*. In the present case, the Accused killed Murefu, a Tutsi. The Chamber therefore finds that he committed the crime of genocide, within the meaning of Article 6(1) of the Statute.[1]

Much to my dismay, the majority of the Appeals Chamber has decided to leave this holding of the Trial Chamber in principle[2] undisturbed despite the fact that it stands in striking contrast to the jurisprudence of both *ad hoc* Tribunals and to modern principles of criminal law and therefore is an error of law which required correction *proprio motu*.

3. Crimes under international law, *e.g.*, those listed in the Statutes of ICTR and ICTY, are often committed by a plurality of co-operating persons. Not necessarily all these persons carry out the crimes by their own hand; nevertheless, in general, they are not less culpable. On the contrary, within the context of international macro criminality, the degree of criminal responsibility

[1] Trial Judgement, para. 285 (footnote omitted) (emphasis added).
[2] In para. 60 of this Judgement, the Appeals Chamber only holds: "In the context of genocide, however, 'direct and physical perpetration' need not mean physical killing; other acts can constitute direct participation in the *actus reus* of the crime." (footnote omitted). However, the Appeals Chamber does not offer any justification at all as to why this holds true only in the context of genocide (*see, e.g.*, in the context of extermination, para. 90 of this Judgement where the Appeals Chamber abstains from convicting the Appellant for committing extermination, but later on (paras. 158-179) examines the Appellant's responsibility for committing extermination based on joint criminal enterprise).

frequently grows as distance from the actual act increases. As the ICTY Appeals Chamber found in *Tadić*:

> Most of the time these crimes do not result from the criminal propensity of single individuals but constitute manifestations of collective criminality: the crimes are often carried out by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design. Although only some members of the group may physically perpetrate the criminal act [...], the participation and contribution of the other members of the group is often vital in facilitating the commission of the offence in question. It follows that the moral gravity of such participation is often no less - or indeed no different - from that of those actually carrying out the acts in question.
>
> Under these circumstances, to hold criminally liable as a perpetrator only the person who materially performs the criminal act would disregard the role as co-perpetrators of all those who in some way made it possible for the perpetrator physically to carry out that criminal act. At the same time, depending upon the circumstances, to hold the latter liable only as aiders and abettors might understate the degree of their criminal responsibility.[3]

Both *ad hoc* Tribunals have therefore accepted that "committing" – in general and not only in the context of genocide – is not limited to direct and physical perpetration.[4]

4. However, instead of correcting the Trial Chamber's above-indicated error, the majority of the Appeals Chamber follows the misleading trail all the way back to the Indictment, which it finds defective because the killing of Mr. Murefu was not pleaded therein.

C. General Remarks on the Pleading of "Committing" Genocide

5. For both *ad hoc* Tribunals, the only authority is their Statute. There can be no interpretation of the Statute beyond the wording of its provisions. Even within the scope of the Statute, any interpretation may not exceed what is recognized by international law. For a charge of criminal responsibility under the Statute, it is therefore necessary to plead a specific crime and a specific mode of participation as expressly contained in one of the provisions of the Statute.

6. Looking at the wording of Article 6(1) of the ICTR Statute and Article 7(1) of the ICTY Statute,[5] I first wish to point out that it would have been possible to interpret these provisions as following a monistic model (*Einheitstäterschaft*) in which each participant in a crime is treated as a perpetrator irrespective of his or her degree of participation.[6] This would have allowed the Prosecution to plead Article 6(1) of the ICTR Statute or Article 7(1) of the ICTY Statute,

---

[3] *See Tadić* Appeal Judgement, paras. 191, 192.
[4] *See* only *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 546.
[5] *See* ICTR Statute, Art. 6(1) and ICTY Statute, Art. 7(1): A person who planned, instigated, ordered, committed or *otherwise* aided and abetted [...] (emphasis added).
[6] *See*, for example, *Strafgesetzbuch* (Austria), Sec. 12: „Treatment of all participants as perpetrators"; for further details, *see* W. Schöberl, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell* (2006), pp. 50-65; 197-227. *See* also *Straffeloven* (Denmark), Sec. 23(1), reprinted in Danish and in German translation in K. Cornils and V. Greve, *Das Dänische Strafgesetz*, 2nd edn. (2001); for further details, *see* K. Cornils, *ibid.*, p. 9. *See* especially also *Straffelov* (Norway), Sec. 58; for further details regarding Norway, *see* W. Schöberl, *Die Einheitstäterschaft als europäisches Modell* (2006), pp. 67-102; 192-227.

respectively, in their entirety without having to choose a particular mode of participation. It would have left it to the Judges to assess the significance of an accused's contribution to a crime under the Statutes at the sentencing stage, thereby saving the Tribunals the trouble of developing an unnecessary "participation doctrine". However, as the Tribunals' jurisprudence favours a distinction between principal and accessory (*Täterschaft und Teilnahme*) for the determination of individual criminal responsibility it must also accept the consequences which follow from this approach. It is impossible to make a difference in terms of substantive law between planning, instigating, ordering, committing or aiding and abetting without acknowledging that, in principle, each of these modes warrants distinction on the sentencing level as well. The difference in individual criminal responsibility must be mirrored in the sentence.[7] In this respect, I wish to add my regrets that the *ad hoc* Tribunals have decided to not compel the Prosecution as a matter of fairness to plead its case based on a specific mode of participation or to specify such at least at the end of the presentation of the Prosecution's case.

7. Since the Statute is the only authority for both *ad hoc* Tribunals, it is, on the other hand, sufficient to plead a specific crime and a specific mode of participation as expressly contained in one of the provisions of the Statute. In particular, the Prosecution is not required to plead any legal interpretation or legal theory concerning a mode of participation, which does not appear in the Statute – be it named, for example, direct or indirect perpetratorship, co-perpetratorship, joint principals,[8] joint criminal enterprise,[9] or the like.

8. Consequently, an indictment containing the charge "committing" genocide puts the accused on notice of the legal nature of the allegations against him.[10] According to established case law of both *ad hoc* Tribunals, the Prosecution has to plead in the indictment all material facts underpinning such a charge, but not the evidence by which the material facts are to be proven.[11] Among others, this includes facts which establish whether the accused individually committed the alleged crime or whether it was committed by several persons (including the accused) acting together. However, it

[7] In *Krstić*, the Appeals Chamber reduced the sentence from 46 years to 35 years of imprisonment mainly because the nature of the Accused's responsibility for genocide and other crimes was re-qualified from "committing" to "aiding and abetting"; *see Krstić* Appeal Judgement, para. 268. *See* also *Vasiljević* Appeal Judgement, para. 182. *See also* para. 61 of this Judgement.

[8] *See* D. Ormerod, *Smith & Hogan Criminal Law*, 11th edn. (2005), p. 168.

[9] As to this, *see Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera* Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of a Joint Criminal Enterprise in a Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment, 18 May 2006, para. 8 and para. 5. In the case at hand I regard the appeal brought by the prosecutor and its lengthy discussion on how to plead JCE in paras. 158 - 179 to be absolutely superfluous.

[10] In my opinion, the modes of liability for genocide are exhaustively listed in Art. 2(3) of the Statute (Art. 4(3) of the ICTY Statute). I accept that some of my colleagues also hold Art. 6(1) of the Statute (Art. 7(1) of the ICTY Statute) applicable, but wish to note that there appears to be some tension between Art. 6(1) of the Statute and Art. 2(3) of the Statute as the scope of the former extends beyond that of the latter. It seems doubtful whether such an approach amounted to customary international law already at the time the crimes before the ICTR and the ICTY were committed. Thus, as regards some details, there is a risk of infringing the *nullum crimen sine lege* principle.

must be emphasised once more that the Prosecution is not required to plead a legal theory to be applied to these facts.

9. Furthermore, although the Prosecution is generally obliged to plead the identity of individual victims with the greatest possible precision,[12] this is not required in the case of genocide. The reason for this lies in the protected legal value of the prohibition of genocide which – unlike murder, for example – is not the individual, but the targeted national, ethnical, racial or religious group as such. It is thus not necessary to plead the names of particular victims in the Indictment just like it is irrelevant whether the Appellant killed someone by his or her own hand. Such an approach would miss the reason behind the prohibition of genocide. It would overlook that the persons most responsible for the killing of at least 800,000 Tutsi in Rwanda in 1994 were those who acted behind the scenes, who organized and planned this genocide, and who instructed, ordered and instigated others to carry it out. They committed genocide on an unimaginable scale. What else should these persons be called, but perpetrators? For a correct pleading of "committing" genocide it therefore suffices to plead the fact that at least one person was killed by acts imputable to the accused acting with *dolus specialis* (special intent).

10. In the instant case, the allegation against the Appellant of having "committed" genocide was pleaded in a manner quite inapprehensible.[13] Nevertheless, the Indictment fulfilled its main functions in that it provided the Appellant with sufficient information about the nature of the charges against him and limited the personal and factual scope of the Prosecution's case. The crime charged was "genocide"; "committing" was the charged mode of participation. The Appellant was put on notice of this charge and the material facts underpinning it. In contrast to what the majority of the Appeals Chamber found, it was neither necessary for the Prosecution to plead the killing of Mr. Murefu nor to plead joint criminal enterprise.

---

[11] *See* this Judgement, para. 49. *See* also *Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, para. 23.
[12] *See* this Judgement, para. 49.
[13] Under Count 1, the Indictment charged the Appellant pursuant to Art. 2(3)(a) of the Statute (committing genocide) and Art. 6(1) of the Statute ("participating in [...] the [...] execution" of genocide; "[participation] à la commission"). Thus, neither in its English nor in its French version does the Indictment adhere to the wording of Art. 6(1) of the Statute which was also criticized by the Trial Chamber; *see* Trial Judgement, para. 267. Only the French version of the Indictment ("participé à la commission") amounts to an adequate reference to "committing". However, the original Indictment was the (less clear) English version. Nevertheless, based on the circumstances of the case, the Appellant was put on notice that he was charged as a perpetrator of genocide. The Defence was working with the French version of the Indictment, and it is apparent from the trial record as well as from Defence submissions during the Appeals Hearing that the Appellant was informed about the nature of the charges against him. The same conclusion was reached by the Trial Chamber, *see* Trial Judgement, para. 269. Furthermore, *see* para. 37 of this Judgement,.

1691/H

D. The Criminal Responsibility of the Appellant for "Committing" Genocide Based on his Killing of Mr. Murefu

11. The majority of the Appeals Chamber blithely assumes the correctness of the Trial Chamber's approach to the Appellant's responsibility for "committing" genocide and holds:

> The Prosecution should have expressly pleaded the killing of Mr. Murefu, particularly as it had this information in its possession before the Indictment was filed. The Appeals Chamber thus finds by majority [...] that the Indictment was defective in this respect.[14]

12. With all due respect, this holding is erroneous.

13. Contrary to what the majority of the Appeals Chamber asserts, the Appellant was not charged with Mr. Murefu's killing.[15] This omission on the part of the Prosecution is most unfortunate and incomprehensible given that it had information about this killing long before the beginning of trial.[16] Irrespective of that, the Appeals Chamber is seized of a charge of "committing" genocide. In this respect, the killing of Mr. Murefu is neither a charge nor a material fact underpinning such, but one – albeit most abhorrent – piece of evidence that a genocidal campaign was conducted in which the Appellant participated and which caused the death of at least one victim. According to settled jurisprudence of both *ad hoc* Tribunals evidence does not need to be pleaded.[17] This understanding also underlies the Trial Judgement. The Trial Chamber correctly made a distinction between the allegations of murder and genocide. In relation to the killing of Mr. Murefu, it declined to convict the Appellant for murder because the Indictment did not contain a charge to that effect,[18] but it entered a conviction for genocide.[19]

E. The Criminal Responsibility for "Committing" in General

14. As pointed out before, the problem lies in the Trial Chamber's finding that "committing" in general requires direct and physical perpetration of the crime by the offender himself. The Trial Chamber correctly found that the Appellant played a major role in the genocidal campaign against the Tutsi population.[20] It should have therefore convicted the Appellant of "committing" genocide

---

[14] Para. 50 of this Judgement (footnote omitted).
[15] But *see* para. 50 of this Judgement.
[16] For the murder of Mr. Murefu, the Appellant should have been cumulatively charged under Art. 2 of the Statute and under Art. 3(a) of the Statute (murder as a crime against humanity). *See* the detailed description of this heinous crime by Witness TAQ, T. 29 July 2003 pp. 52, 53; T. 30 July 2003 pp. 20-24, p. 40. *See* also the testimony of Witness TAO, T. 30 July 2003 pp. 53, 54, 61, 62. In a legal system applying the principle *iuria novit curia*, the Appellant could be convicted also under Art. 3(a) of the Statute even if such a charge is not pleaded in the Indictment, provided that the Bench gives a judicial hint to that extent.
[17] *See Naletilić and Martinović* Appeal Judgement, para. 23.
[18] *See* Trial Judgement, para. 176.
[19] *See* Trial Judgement, para. 285.
[20] *See* also Trial Judgement, para. 261: "The Trial Chamber is persuaded that the Accused played a leading role in conducting and, especially, supervising the attack [on the Nyarubuye compound]."

on the basis of his overall control over the massacre at Nyarubuye compound. In this context, it is irrelevant whether the Appellant killed specific persons by his own hand as his superior role in the massacre requires imputing the commission of all killings to him.

15. Based on the Prosecution's fifth Ground of Appeal, the Appeals Chamber unnecessarily[21] examines whether the Appellant incurs liability under the first and third category of joint criminal enterprise for "committing", *inter alia*, genocide,[22] but concludes that joint criminal enterprise was not pleaded properly in the Indictment and that this defect of the Indictment was not subsequently cured.[23] As already explained, I do not support specific pleading requirements for mere legal theories or interpretations as to the meaning of "committing". With regard to the charge of "committing" genocide, the Indictment was not defective, but precisely put the Appellant on notice of the allegations against him: the Prosecution sufficiently specified the date of the Nyarubuye massacre, its location, the Appellant's criminal acts and the means by which he carried them out, the criminal acts of other perpetrators which must be imputed to the Appellant, as well as the targets of these criminal acts.[24] Also, at various points, the Indictment alludes to concerted action undertaken by the Appellant and others.[25] From this point of view, it becomes clear that the killing of Mr. Murefu was only the starting point of the massacre the Appellant is responsible for in whole. On this reasoning alone, the Appeals Chamber could have established the Appellant's responsibility for "committing" genocide. The discussion of joint criminal enterprise at least in the context of committing genocide in the case at hand is, to say the least, misleading.[26]

16. The concept of joint criminal enterprise is not expressly included in the Statute[27] and it is only one possibility to interpret "committing" in relation to the crimes under the ICTR and ICTY Statutes.[28] In various legal systems, however, "committing" is interpreted differently. Since Nuremberg and Tokyo, national as well as international criminal law has come to accept, in

[21] As a general rule, a judgement should always directly argue the case to the conclusion and avoid venturing outside the wording of the Statute to finally arrive at the same result in the context of genocide.
[22] *See* paras. 158-179 of this Judgement.
[23] *See* paras. 165-178 of this Judgement.
[24] *See*, in particular, Indictment, paras. 12-19.
[25] *See*, paras. 22 to 25 of the Indictment. In my opinion, the wording used in these paragraphs, *inter alia*, "acted/acting in concert with [others]", would have been sufficient to put the Appellant on notice even if specific pleading of joint criminal enterprise was required. It is obvious that these allegations refer to the entire charge of genocide (and complicity in genocide).
[26] *See*, in particular, paras. 158, 177 of this Judgement.
[27] *See Karemera, Ngirumpatse and Nzirorera* Decision on Defence Motions Challenging the Pleading of a Joint Criminal Enterprise in a Count of Complicity in Genocide in the Amended Indictment, 18 May 2006, para. 5.
[28] *See* paras. 158-179 of this Judgement.

particular, co-perpetratorship[29] and indirect perpetratorship (perpetration by means)[30] as a form of "committing".

17. Co-perpetration in general requires "*joint functional* control over a crime". Co-perpetrators must pursue a common goal, either through an explicit agreement or silent consent, which they can only achieve by co-ordinated action and shared control over the criminal conduct. Each co-perpetrator must make a contribution essential to the commission of the crime.[31] The worldwide accepted legal scholar, *Claus Roxin*, provides the following typical example:

> If two people govern a country together - are joint rulers in the literal sense of the word - the usual consequence is that the acts of each depend on the co-perpetration of the other. The reverse side of this is, inevitably, the fact that by refusing to participate, each person individually can frustrate the action.[32]

18. Indirect perpetration (perpetration by means) requires that the indirect perpetrator uses the direct and physical perpetrator as a mere "instrument" to achieve his goal, *i.e.*, the commission of the crime. In such cases, the indirect perpetrator is criminally responsible because he exercises control over the act and the will of the direct and physical perpetrator.[33]

19. Especially the notion of indirect perpetration has been employed in cases concerning organized crime, terrorism, white collar crime or state induced criminality. For example,

---

[29] *See*, for example, *Código Penal* (Colombia), Art. 29: "Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte [...]"; *Código Penal* (Paraguay), Art. 29(2): "También será castigado cómo autor el que obrara de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización."; *Strafgesetzbuch* (Germany), Sec. 25(2): "If a number of persons commit the crime jointly, each shall be punished as a perpetrator (co-perpetrator)." *Rikoslaki/Strafflag* (Finland), Sec. 3 (unofficial translation): "If two or more persons jointly commit a crime with intention, each of them shall be punished as a perpetrator."
For detailed references to further national jurisdictions (in particular, Argentina, France, Spain and Switzerland), *see* Héctor Olásolo and Ana Pérez Cepeda, 4 *International Criminal Law Review* (2004), pp. 475-526 (p. 500, fn. 71).

[30] *See*, for example, *Código Penal* (Colombia), Art. 29: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o *utilizando a otro como instrumento*." (emphasis added); *Código Penal* (Paraguay), Art. 29(1): "Será castigado como autor el que realizara el hecho obrando por sí o valiéndose para ello de otro."; *Código Penal* (Spain), Art. 28: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente *o por medio de otro del que se sirven como instrumento*." (emphasis added); *Model Penal Code* (American Law Institute 1985), Sec. 2.06 (2): "A person is legally accountable for the conduct of another person when: (a) [...] *he causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct* [...]." (emphasis added); *Strafgesetzbuch* (Germany), Sec. 25(1): "Whoever commits the crime himself or *through another person* shall be punished as a perpetrator." (emphasis added). *Rikoslaki/Strafflag* (Finnland), Sec. 4 (unofficial translation): "Whoever intentionally commits a crime by employing another person, that cannot be held criminally responsible due to mental incapacity, lack of *mens rea* or any other reason concerning the establishment of individual criminal responsibility, as an instrument, shall be punished as a perpetrator." *See* also *Corpus Juris* (2000), Art. 11 (previously Art. 12): "Any person may be held responsible for the offences defined above (Articles 1 to 8) as a main offender, inciter or accomplice: - as a main offender if he commits the offence by himself, jointly with another person or organisation (Article 13) *or by means of an innocent agent* [...]." (emphasis added).
See also G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2000), p. 639: "Virtually all legal systems [...] recognize the institution of perpetration by means." *See* also G. Werle, *Principles of International Criminal Law* (2005), marginal no. 354.

[31] *See* C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7th edn. (2000), pp. 275-305. *See* also K. Ambos, in: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), Art. 25 marginal no. 8.

[32] *See* C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7th edn. (2000), p. 279.

Argentinean Courts have entered convictions for crimes committed by members of the Junta regime based on indirect perpetratorship.[34] In one of its leading cases, the *Politbüro* Case, the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) held three high-ranking politicians of the former German Democratic Republic responsible as indirect perpetrators for killings of persons at the East German border by border guards.[35]

20. Modern criminal law has come to apply the notion of indirect perpetration even where the direct and physical perpetrator is criminally responsible ("perpetrator behind the perpetrator").[36] This is especially relevant if crimes are committed through an organized structure of power in which the direct and physical perpetrator is nothing but a cog in the wheel that can be replaced immediately. Since the identity of the direct and physical perpetrator is irrelevant, the control and, consequently, the main responsibility for the crimes committed shifts to the persons occupying a leading position in such an organized structure of power.[37] These persons must therefore be regarded as perpetrators irrespective of whether the direct and physical perpetrators are criminally responsible themselves or (under exceptional circumstances) not. This approach was applied, for example, by German courts in cases concerning killings at the East German border: as far as border guards who had killed persons were identified and brought to trial, they were generally convicted as perpetrators. This, however, did not reduce the criminal responsibility of those who had acted "behind the scenes". As the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) held in the aforementioned *Politbüro* Case:

> [I]n certain groups of cases, however, even though the direct perpetrator has unlimited responsibility for his actions, the contribution by the man behind the scenes almost automatically brings about the constituent elements of the offence intended by that man behind the scenes. Such is the case, for example, when the man behind the scenes takes advantage of certain basic conditions through certain organisational structures, where his contribution to the event sets in motion regular procedures. Such basic conditions with regular procedures are found particularly often among organisational structures of the State [...] as well as in hierarchies of command. If the man behind the scenes acts in full awareness of these circumstances, particularly if he exploits the direct perpetrator's unconditional willingness to bring about the constituent elements of the crime,

[33] *See* C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7th edn. (2000), pp. 142-274. *See* also K. Ambos, in: O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), Art. 25 marginal no. 9.

[34] *See* Argentinean National Appeals Court, *Judgement on Human Rights Violations by Former Military Leaders* of 9 December 1985. For a report and translation of the crucial parts of the judgement, see 26 *ILM* (1987), pp. 317-372. The Argentinean National Appeals Court found the notion of indirect perpetratorship to be included in Art. 514 of the Argentinean Code of Military Justice and in Art. 45 of the Argentinean Penal Code. The Argentinean Supreme Court upheld this judgement on 30 December 1986.
See also K. Ambos and C. Grammer, *Tatherrschaft qua Organisation. Die Verantwortlichkeit der argentinischen Militärführung für den Tod von Elisabeth Käsemann*, in: T. Vormbaum (ed.), 4 JAHRBUCH FÜR JURISTISCHE ZEITGESCHICHTE (2002/2003), pp. 529-553 (official Legal Opinion on the Responsibility of the Argentinean Military Leaders for the Death of Elisabeth Käsemann, commissioned by the (German) Coalition against Impunity). On the (German) Coalition against Impunity, *see* <http://www.fdcl-berlin.de>.

[35] German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Judgement of 26 July 1994, *BGHSt* 40, pp. 218-240.

[36] As indirect perpetratorship focuses on the indirect perpetrator's control over the will of the direct and physical perpetrator, it is sometimes understood to require a particular "defect" on the part of the direct and physical perpetrator which excludes his criminal responsibility.

[37] *See* C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7th edn. (2000), pp. 242 - 252.

> and if he wills the result as that of his own actions, then he is a perpetrator by indirect perpetration. He has control over the action [...]. In such cases, failing to treat the man behind the scenes as a perpetrator would not do justice to the significance of his contribution to the crime, especially since responsibility often increases rather than decreases the further one is from the scene of the crime [...].[38]

21. For these reasons, the notion of indirect perpetratorship suits the needs also of international criminal law particularly well.[39] It is a means to bridge any potential physical distance from the crime scene of persons who must be regarded as main perpetrators because of their overall involvement and control over the crimes committed. This was recognized upon the establishment of the International Criminal Court whose Statute, in Article 25(3)(a), includes both the notion of co-perpetration and indirect perpetration ("perpetrator behind the perpetrator"):

> [A person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court if that person] (a) Commits such a crime, whether as an individual, *jointly with another or through another person*, regardless of whether that other person is criminally responsible".[40]

Given the wide acknowledgement of co-perpetratorship and indirect perpetratorship, the ICC Statute does not create new law in this respect, but reflects existing law.

22. As an *international* criminal court, it is incumbent upon this Tribunal not to turn a blind eye to these developments in modern criminal law and to show open-mindedness by accepting internationally recognized legal interpretations and theories such as the notions of co-perpetration and indirect perpetration. Co-perpetratorship and indirect perpetratorship differ slightly from joint criminal enterprise with respect to the key element of attribution.[41] However, both approaches widely overlap and should therefore be harmonized by both *ad hoc* Tribunals. Such harmonization could especially provide the third category of joint criminal enterprise with sharper contours by combining objective and subjective components in an adequate way. In general, harmonization will lead to greater acceptance of the Tribunal's jurisprudence by international criminal courts in the

---

[38] German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Judgement of 26 July 1994, *BGHSt* 40, pp. 218-240, p. 236.

[39] This appears to be acknowledged also by Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court, who stated in a recent decision:

> In the Chamber's view, there are reasonable grounds to believe that, given the alleged hierarchical relationship between Mr Thomas Lubanga Dyilo and the other members of the UPC and the FPLC, *the concept of indirect perpetration which, along with that of co-perpetration based on joint control of the crime* referred to in the Prosecution's Application, *is provided for in article 25(3) of the Statute*, could be applicable to Mr Thomas Lubanga Dyilo's alleged role in the commission of the crimes set out in the Prosecution's Application.

Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision Concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 24 February 2006, Annex I: Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, para. 96 (emphasis added).

[40] (Emphasis added).

[41] While joint criminal enterprise is based primarily on the common state of mind of the perpetrators (subjective criterion), co-perpetratorship and indirect perpetratorship also depend on whether the perpetrator exercises control over the criminal act (objective criterion).

future and in national systems which understand imputed criminal responsibility for "committing" to mean co-perpetratorship and/or indirect perpetratorship. It is important to note that neither the law of Rwanda nor the law of the former Yugoslavia and the law of the States on the territory of the former Yugoslavia employs the theory of joint criminal enterprise.

23. In my opinion, this approach towards interpreting "committing" is reconcilable with the *Tadić* Appeal Judgement, which introduced joint criminal enterprise into ICTY jurisprudence. The *Tadić* Appeal Judgement does not only refer to "common (criminal) design", but also – expressly – speaks of co-perpetrators.[42] Furthermore, the *Tadić* Appeals Chamber noted that in many post-World War II trials, courts "did not rely upon the notion of common purpose or common design, preferring to refer instead to the notion of co-perpetration."[43]

F. Conclusion

24. The concept of joint criminal enterprise is established ICTY jurisprudence in order to deal with allegations of "committing" by way of acting in concert with others based on a common purpose or design. Nevertheless, when interpreting the meaning of "committing" based on imputed liability, it is the noble obligation of an international criminal tribunal to merge and harmonize the major legal systems of the world and to accept also other recognized developments in criminal law over the past decades.

25. A person who participated in the commission of a crime in concert with others is responsible for having "committed" that crime irrespective of whether he or she carried out the criminal act by his or her own hand (co-perpetrator, co-principal, first category of joint criminal enterprise).

26. A person who has effective control over the act and the will of the direct and physical perpetrator (the brain of the crime with "white gloves") must be held responsible for having "committed" the crime in question despite the fact that he or she did not act by own hand (indirect perpetrator).

27. If an accused is alleged to have been a perpetrator of a crime under the Statute by way of acting together with others, it is sufficient if the indictment charges "committing" as the relevant mode of participation and if the underlying material facts pleaded in the indictment reveal that the accused acted together with others to commit the crime charged.

[42] *See Tadić* Appeal Judgement, paras. 192, 220.
[43] *See Tadić* Appeal Judgement, para. 201 with further references.

1685/H

28. Apart from the killing of Mr. Murefu, it is abundantly clear that the Appellant had a leading role in the commission of the genocidal campaign against the Tutsi population. He controlled the heinous crimes to be committed, in particular at Nyarubuye compound. He had strong influence not only on his subordinates, but on people living in his *commune* in general. He used this influence to ensure that the genocidal campaign against the Tutsi population would be implemented successfully. Taking into account his predominant role in the genocidal campaign, the Appellant's conduct is best described as indirect perpetration; in some respect the Appellant was also acting as a co-perpetrator.

Done in English and French, the English text being authoritative.

Signed on the 28th day of June 2006 in The Hague,
issued on the 7th day of July 2006 in Arusha.

W. Schomburg
Wolfgang Schomburg
Judge

ICTR • TPIR

[Seal of the Tribunal]

1684/H

VIII. PARTIALLY DISSENTING OPINION OF JUDGE GÜNEY

1. I regret that I am not able to agree with some of the holdings of the majority of the Appeals Chamber. There are two matters in relation to which my own view differs from that of the majority. The first matter is one of substance, and relates to the issue of "committing" genocide. The second matter relates to the Appellant's responsibility for aiding and abetting the murders of his tenants.

A. "Committing" Genocide

2. I agree with the present judgement that the Appellant committed genocide through his killing of Mr. Murefu. However, I disagree with the conclusion that "even if the killing of Mr. Murefu were to be set aside, the Trial Chamber's conclusion that the Appellant 'committed' genocide would still be valid"[1] because the Appellant "was present at the crime scene to supervise and direct the massacre, and participated in it actively by separating the Tutsi refugees so that they could be killed".[2]

3. The central element in the majority's reasoning seems to be that "[i]n the context of genocide, however, 'direct and physical perpetration' need not mean physical killing; other acts can constitute direct participation in the *actus reus* of the crime."[3] With all due respect, I am of the view that the majority sets aside the established jurisprudence and gives a new meaning to "committing", without providing convincing reasons for doing so.

4. According to the *Tadić* Appeal Judgement, "committing" refers to a) "the physical perpetration of a crime by the offender himself, or the culpable omission of an act that was mandated by a rule of criminal law"; or b) "participation in the realization of a common design or purpose" (or participation in a joint criminal enterprise).[4] Until the present case, "committing" has always been understood in one of those two ways,[5] and attempts to extend the meaning of "committing" further have not been accepted.[6]

5. Pursuant to this jurisprudence, the Appellant will have "committed" genocide if a) he physically perpetrated one of the acts listed at Article 2(2) of the Statute (with the relevant intent); or b) he participated in a joint criminal enterprise to commit genocide. In the present case, a

---

[1] Appeal Judgement, para. 59.
[2] Appeal Judgement, para. 61.
[3] Appeal Judgement, para. 60 (footnote omitted).
[4] *Tadić* Appeal Judgement, para. 188.
[5] *See, e.g., Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 187; *Semanza* Trial Judgement, para. 383; *Kunarac et al.* Trial Judgement, para. 390; *Kordić and Čerkez* Trial Judgement, para. 376; *Krstić* Trial Judgement, para. 601; *Kvočka et al.* Trial Judgement, para. 251; *Krnojelac* Trial Judgement, para. 73; *Vasiljević* Trial Judgement, para. 62.
[6] *See Stakić* Appeal Judgement, para. 62 (rejecting the theory of co-perpetratorship as a form of commission).

majority of the Appeals Chamber concludes that joint criminal enterprise was not properly pleaded, and that the Appellant can therefore not be convicted on this basis, a conclusion with which I agree. As to physical perpetration, the Appellant can be convicted of having committed genocide pursuant to Article 2(2)(a) of the Statute for the killing of Mr. Murefu. However, even if the Appellant was present at Nyarubuye Parish, played a leading role in conducting and supervising the attack and directed the Tutsi and Hutu refugees to separate, this does not entail that, in addition to "ordering" and "instigating" genocide, he also "committed" genocide. Plainly, "playing a leading role in conducting and [...] supervising" the attack and directing the refugees to separate do not constitute the physical perpetration by the Appellant of one of the acts listed at Article 2(2) of the Statute.[7]

6. In finding that the Appellant committed genocide by his actions at Nyarubuye (other than his killing of Mr. Murefu), the majority thus misapplies, or departs from, the established jurisprudence as to the meaning of "committing". If the intent was to identify a new form of commission, this should have been said openly, and cogent reasons should have been provided.[8] In the case at hand, no reasons or authorities have been provided to justify the departure from the previous jurisprudence.[9] While I concede that various domestic legal systems may recognize other forms of commission than the two forms identified until now in the Tribunal's jurisprudence,[10] I am concerned by the fact that the majority in this case offers no discussion whatsoever to show that any of these forms of commission are recognized in customary international law.[11] Indeed, no analysis of customary international law is provided to show that "committing" goes beyond the physical perpetration of a crime or the participation in a joint criminal enterprise. Further, the majority does not explain clearly how "committing" is now to be understood; it merely states that "other acts can

---

[7] Article 2(2) of the Statute reads as follows:

> Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, such as:
>
> (a) Killing members of the group;
> (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group;
> (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;
> (d) Imposing measures intended to prevent births within the group;
> (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

[8] *See Aleksovski* Appeal Judgement, paras. 107-111.

[9] In this connection, the Appeals Chamber notes "that the selection of prisoners for extermination played an integral role in the Nazi genocide" (*see* Appeal Judgement, footnote 145). This is not disputed. But this reference does not suffice to show that "committing" according to Article 6(1) of the Statute goes beyond physical perpetration of a crime or participation in a joint criminal enterprise.

[10] On this subject see, *e.g.*, *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Case No. IT-05-87-PT, Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration, 22 March 2006, Separate Opinion of Judge Iain Bonomy, paras. 28-30.

[11] In fact, as noted above, the Appeals Chamber has rejected co-perpetration as a form of commission: *see Stakić* Appeal Judgement, para. 62.

constitute direct participation in the *actus reus* of the crime."[12] With respect, this is as vague as it is unsatisfactory, and this novel approach to "committing" arises very late in the life of the Tribunal.

7. The majority finds that the Appellant's action of directing the Tutsi and Hutu refugees to separate at Nyarubuye "is not adequately described by any other mode of Article 6(1) liability".[13] In this respect, I would like to emphasize that this action certainly constitutes a contribution to the commission of acts of genocide by others, in other words participation in a joint criminal enterprise. This shows that the expansion of "committing" as suggested by the Appeals Chamber is not necessary: the same analysis could have been made through the lenses of joint criminal enterprise. The real problem here is one of lack of adequate notice of that mode of liability.

8. Finally, even if it could be shown that customary international law recognizes forms of commission other than those outlined in *Tadić*, I would not convict the Appellant on that basis, as he was never put on notice that such a form of commission could apply in his case – this mode of liability was certainly not pleaded in the Indictment. In this connection, I recall that if the Prosecution seeks a conviction for "committing" a crime on the basis of a form of commission other than direct physical perpetration, it should state so explicitly in the indictment.[14]

9. For the above reasons, I conclude that the majority errs in finding that, through his acts at Nyarubuye (other than the killing of Mr. Murefu), the Appellant "committed" genocide. I also note that the Trial Chamber did not find that the Appellant committed genocide otherwise than by his killing of Mr. Murefu,[15] and that none of the Parties in the present appeal invited the Appeals Chamber to do so. Certainly, the Appeals Chamber is entitled to intervene *proprio motu* if it considers that a Trial Judgement needs to be reformed on a point, but I am not convinced that this was necessary in the present case: it would have been sufficient to uphold the finding that the Appellant committed genocide on the basis of his killing of Mr. Murefu. Further, I am concerned that the Appellant was never put on notice or given the opportunity to present arguments as to whether his actions at Nyarubuye (other than his killing of Mr. Murefu) could lead to a finding that he "committed" genocide there.

B. Aiding and Abetting the Murders of Marie and Béatrice

10. In the present judgement, a majority of the Appeals Chamber finds that the Appellant could be convicted for aiding and abetting the murder of Marie and Béatrice as this mode of liability was

[12] *See* Appeal Judgement, para. 60.
[13] Appeal Judgement, para. 60.
[14] *See Kvočka et al.* Appeal Judgement, paras. 41-42 (finding that it is not sufficient to charge only for "committing" if responsibility is sought pursuant to a joint criminal enterprise).
[15] *See* Trial Judgement, para. 285.

sufficiently pleaded in the Indictment.[16] With respect, I disagree. In my view, the Appellant was never clearly informed that he would have to defend himself against a charge not just that he ordered the killing of his tenants, but also that, by expelling his tenants, he knowingly contributed to their killing a few hours later, and thus aided and abetted their murder.

11. While the preamble to Count 4 of the Indictment (Murder) states that the Appellant is charged under Article 6(1) of the Statute "by virtue of his affirmative acts in planning, instigating, ordering, committing, or otherwise aiding and abetting the planning, preparation or execution of the crime charged",[17] this did not make clear to which of the numerous alleged killings each mode of liability was meant to correspond. Arguably, it could have been inferred that all of the modes applied to all of the killings—yet this implication is dispelled by the specific language of paragraph 36 of the Indictment, which contains the specific allegation as to the murders of the two women and which makes reference only to ordering. Paragraph 36 of the Indictment reads as follows:

> On a date uncertain during April - June 1994, **Sylvestre GACUMBITSI** personally ordered the tenants in one of his homes to vacate the premises. After announcing that his home was not CND, a reference to the cantonment of RPF soldiers in Kigali, **Sylvestre GACUMBITSI** ordered the killing of his former tenants.

Given this language, the Appellant could reasonably infer that he was only charged with ordering those two murders. No other paragraph of the Indictment corrects that impression. Thus, the Indictment did not put the Appellant properly on notice that he could be convicted for having aided and abetted the murders of his tenants. Further, this defect in the Indictment was not cured by timely, clear and consistent information. With respect to the murders of Marie and Béatrice, the Prosecution Pre-Trial Brief exclusively argues the ordering theory.[18] Some of the witness statements in the annexes allege facts that might be read as supporting aiding and abetting – for instance, the statement of Witness TBC says that the Appellant chased Marie and Béatrice out of the house and that they were then killed on the spot.[19] But in light of the fact that the Pre-Trial Brief to which these statements were appended clearly creates the impression that the Prosecution was continuing to rely only on ordering, the statements cannot be said to have been sufficient to cure the defect.[20] Accordingly, I am of the opinion that the Appellant did not receive clear, timely, and consistent information that he was being charged with aiding and abetting his tenants' murders. As

[16] Appeal Judgement, para. 123.
[17] Indictment, Count 4.
[18] *See* Prosecution Pre-Trial Brief, para. 2.27.
[19] *See* Prosecution Pre-Trial Brief, Appendix 3, anticipated testimony of Witness TBC; *see also ibid.*, anticipated testimony of Witness TAS (stating that Kazoba "bragged" that he had shot dead Béatrice and Marie).
[20] Further, it should be noted that, contrary to the anticipated testimony of Witness TBC (according to which Marie and Béatrice were killed "on the spot" after being expelled by the Appellant), the Trial Chamber found that the killing of Marie and Béatrice occurred several hours after they were expelled by the Appellant ("in the night of 13 April 1994": *see* Trial Judgement, para. 196).

a result, I would have concluded that the Trial Chamber did not err in declining to convict the Appellant for these crimes.

Done in English and French, the English text being authoritative.

Signed on the 28th day of June 2006 at The Hague, The Netherlands.
Issued on the 7th day of July 2006 at Arusha, Tanzania.

Mehmet Güney

Judge

[SEAL OF THE TRIBUNAL]

1679/H

IX. PARTIALLY DISSENTING OPINION OF JUDGE MERON

For the reasons expressed by Judge Güney in section B of his partially dissenting opinion, I too believe that the indictment failed to properly charge Gacumbitsi with aiding and abetting the murders of Marie and Béatrice, and that subsequent Prosecution submissions failed to cure this defect in the indictment. I therefore respectfully dissent from the judgement's conclusion[1] that Gacumbitsi should be convicted for aiding and abetting these murders.

Done in both English and French, the English text being authoritative.

Theodor Meron
Judge

Signed on the 28th day of June 2006 at The Hague, The Netherlands,
and issued this 7th day of July 2006 at Arusha, Tanzania.

[Seal of the Tribunal]

[1] *See* Judgement of the Appeals Chamber, paras 118-125.

TM

1678/H

X. ANNEX A: PROCEDURAL BACKGROUND

1. The main aspects of the appeal proceedings are summarized below.

A. Notice of Appeal and Briefs

2. The Trial Judgement was delivered in French on 17 June 2004.[1] The Prosecution and the Appellant both submitted Notices of Appeal against the Trial Judgement.

1. Prosecution's Appeal

3. The Prosecution submitted its Notice of Appeal on 16 July 2004 and its Appeal Brief on 28 September 2004.[2] On 29 September 2004, the Prosecution submitted a motion to vary and clarify three grounds in its Notice of Appeal.[3] The Appellant did not respond to that motion.[4] On 15 December 2004, the Appeals Chamber allowed the motion[5] and the Prosecution filed its Amended Notice of Appeal on 16 December 2004. The Appellant submitted his Response to the Prosecution Appeal Brief on 10 January 2005. On 19 January 2005, the Prosecution submitted its Reply.[6]

2. Appellant's Appeal

4. The Appellant submitted his Notice of Appeal on 20 July 2004 and his Appeal Brief on 4 October 2004.[7] The Prosecution filed its Response in English on 12 November 2004, and a French translation of the Prosecution Response was filed on 1 March 2005. During a Status Conference held on 8 March 2005, the Pre-Appeal Judge granted the Appellant's request for an extension of time to file his Reply by 23 March 2005.[8] On 22 March 2005, the Appellant requested a further

[1] A Judgement Corrigendum to the English version was filed on 27 October 2004.
[2] The Appellant submitted a motion (Motion for Transmission of Documents in French and for an Extension of the Time Limit, filed confidentially in French on 5 October 2004) to obtain a French translation of this document and the Pre-Appeal Judge ordered the Registrar to provide such translation to the Appellant no later than 17 November 2004 (Order Concerning Translation, 15 November 2004). The translation was filed on 17 November 2004, and communicated to the Defence on 1 December 2004 (*see* Gacumbitsi Response, para. 31).
[3] Prosecution's Motion for Variation of Three Grounds in its Notice of Appeal Pursuant to Rule 108, 29 September 2004.
[4] The French translation of the Prosecution's Motion for Variation of Three Grounds in its Notice of Appeal Pursuant to Rule 108 of the Rules was transmitted to the Appellant on 17 November 2004, and the Appellant was ordered to file his response at the latest on 29 November 2004: *Ordonnance portant calendrier*, 19 November 2004. The Appellant did not submit any response.
[5] *Décision relative à la requête du Procureur en modification de son acte d'appel*, 15 December 2004.
[6] A French translation (*Réplique du Procureur au mémoire en réponse de la Défense*) was filed on 18 April 2005.
[7] The brief was originally filed on 30 September 2004, but returned because of deficient filing.
[8] T. 8 March 2005 pp. 2, 3.

extension of time to file his Reply.[9] The Pre-Appeal Judge ordered the Appellant to file his Reply no later than 29 March 2005.[10] The Appellant filed his Reply on 1 April 2005.

B. Assignment of Judges

5. On 23 July 2004, the Presiding Judge of the Appeals Chamber assigned the following Judges to hear the appeal: Judge Mohamed Shahabuddeen, Judge Florence Ndepele Mwachande Mumba, Judge Mehmet Güney, Judge Wolfgang Schomburg, and Judge Inés Mónica Weinberg de Roca.[11] Judge Weinberg de Roca was designated the Pre-Appeal Judge.[12] On 15 July 2005, Judge Fausto Pocar was assigned to replace Judge Weinberg de Roca, effective 15 August 2005.[13] On 18 November 2005, Judges Liu Daqun and Theodor Meron were assigned to replace Judges Mumba and Pocar, with immediate effect.[14]

C. Motions to Admit Additional Evidence and Related Motions

6. On 18 July 2005, the Appellant filed a motion for the admission of additional evidence.[15] The Prosecution submitted its response on 28 July 2005.[16] A French translation of that response was filed on 6 September 2005, and the Appellant did not file a reply. On 7 September 2005, the Prosecution filed its Motion to Seek Leave to File Supplementary Material Relating to Gacumbitsi's Rule 115 Application. A French translation of that motion was filed on 22 September 2005. The Appellant filed a response on 12 October 2005.[17] The Appeals Chamber denied the Appellant's motion for the admission of additional evidence and dismissed the Prosecution's related motion as moot.[18]

[9] Extremely Urgent Motion, filed confidentially in French on 22 March 2005. The Prosecution objected to this request in its Prosecutor's Response to the *Requête en Extrême Urgence*, filed confidentially on 23 March 2005. However, this response was only received by the Appeals Chamber after the Pre-Trial Judge had issued the Order of 24 March 2005.
[10] Order, 24 March 2005.
[11] Order of the Presiding Judge Assigning Judges, 23 July 2004.
[12] *Ordonnance portant désignation d'un Juge de la mise en état en appel*, 21 September 2004.
[13] Order Replacing a Judge in a Case before the Appeals Chamber, 15 July 2005.
[14] Order Replacing a Judge in a Case before the Appeals Chamber, 18 November 2005.
[15] *Requête en extrême urgence aux fins d'admission en appel des moyens de preuves supplémentaires et d'un témoin expert*, filed confidentially on 18 July 2005.
[16] Prosecutor's Response to *Requête en extrême urgence aux fins d'admission en appel des moyens de preuves supplémentaires et d'un témoin d'expert*, 28 July 2005.
[17] *Réponse à la requête du Procureur datée du 07 septembre 2005*, 12 October 2005. That response was disregarded by the Appeals Chamber as untimely filed and incoherent. *See* Decision on the Appellant's Rule 115 Motion and Related Motion by the Prosecution, 21 October 2005, para. 3.
[18] Decision on the Appellant's Rule 115 Motion and Related Motion by the Prosecution, 21 October 2005.

1676/H

7. On 9 December 2005, the Appellant filed a motion seeking, *inter alia*, to be provided with copies of all statements of witnesses and *parties civiles* in a Belgian court proceeding in the case of *Nzabonimana et al.*[19] The Appeals Chamber denied this request.[20]

8. On 1 February 2006, the Prosecution made a disclosure of potentially exculpatory material in the form of two documents.[21] On 9 February 2006, the Appellant moved to admit these documents as additional evidence,[22] and, on the same date, the Appeals Chamber denied this motion.[23]

D. Hearing of the Appeals

9. Pursuant to a Scheduling Order of 8 December 2005,[24] the Appeals Chamber heard the parties' oral arguments on 8 and 9 February 2006 in Arusha, Tanzania. At the close of the hearing, the Appellant made use of the opportunity to address the Appeals Chamber.

[19] *Requête en extrême urgence*, 9 December 2005.
[20] Decision on the Appellant's Motion of 8 December 2005, 16 December 2005.
[21] Prosecutor's Urgent Pre-Appeal Disclosure of Exculpatory Information, filed confidentially on 1 February 2006.
[22] *Requête en extrême urgence aux fins d'admission de moyen de preuve supplémentaire en appel*, filed confidentially on 9 February 2006.
[23] Decision on *Requête en extrême urgence aux fins d'admission de moyen de preuve supplémentaire en appel*, filed confidentially on 9 February 2006.
[24] Scheduling Order, 8 December 2005.

1675/H

XI. ANNEX B: CITED MATERIALS/DEFINED TERMS

A. Jurisprudence

1. ICTR

AKAYESU

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998 ("*Akayesu* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-A, Judgement, 1 June 2001 ("*Akayesu* Appeal Judgement")

BAGILISHEMA

The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgement, 7 June 2001 ("*Bagilishema* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Ignace Bagilishema, Case No. ICTR-95-1A-A, Judgement (Reasons), 3 July 2002 ("*Bagilishema* Appeal Judgement")

BIZIMUNGU

The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al., Case No. ICTR-99-50-AR73.3 and AR73.4, Decision on Mugiraneza Interlocutory Appeal against Decision of the Trial Chamber on Exclusion of Evidence, 15 July 2004 ("*Bizimungu et al.* Decision on Mugiraneza Interlocutory Appeal")

"CYANGUGU CASE"/NTAGERURA ET AL.

The Prosecutor v. André Ntagerura et al., Case No. ICTR-99-46-T, Judgement and Sentence, 25 February 2004 ("*Cyangugu* Trial Judgement")

GACUMBITSI

The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Judgement, 17 June 2004 ("Trial Judgement")

KAJELIJELI

Juvénal Kajelijeli v. The Prosecutor, Case No. ICTR-98-44A-A, Judgement, 23 May 2005 ("*Kajelijeli* Appeal Judgement")

KAMUHANDA

The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Case No. ICTR-99-54A-T, Judgement and Sentence, 22 January 2004 ("*Kamuhanda* Trial Judgement")

Jean de Dieu Kamuhanda v. The Prosecutor, Case No. ICTR-99-54A-A, Judgement, 19 September 2005 ("*Kamuhanda* Appeal Judgement")

1674/H

KAYISHEMA AND RUZINDANA

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, Judgement, 21 May 1999 ("*Kayishema and Ruzindana* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-A, Judgement (Reasons), 1 June 2001 ("*Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement")

MUSEMA

Alfred Musema v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 16 November 2001 ("*Musema* Appeal Judgement")

NIYITEGEKA

The Prosecutor v. Eliézer Niyitegeka, Case No. ICTR-96-14-T, Judgement and Sentence, 16 May 2003 ("*Niyitegeka* Trial Judgement")

Eliézer Niyitegeka v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-14-A, Judgement, 9 July 2004 ("*Niyitegeka* Appeal Judgement")

NTABAKUZE

Aloys Ntabakuze v. The Prosecutor, Case No. ICTR-98-41-AR72(C), Decision, 28 October 2003 ("*Ntabakuze* Decision")

NTAKIRUTIMANA

The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana, Case Nos. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T, Judgement and Sentence, 21 February 2003 ("*Ntakirutimana* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Case Nos. ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, Judgement, 13 December 2004 ("*Ntakirutimana* Appeal Judgement")

RUGGIU

The Prosecutor v. Georges Ruggiu, Case No. ICTR-97-32-I, Judgement and Sentence, 1 June 2000 ("*Ruggiu* Sentencing Judgement")

RUTAGANDA

Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-3-A, Judgement, 26 May 2003 ("*Rutaganda* Appeal Judgement")

RWAMAKUBA

André Rwamakuba v. The Prosecutor, Case No. ICTR-98-44-AR72.4, Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide, 22 October 2004 ("*Rwamakuba* Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide")

SEMANZA

The Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, Judgement and Sentence, 15 May 2003 ("*Semanza* Trial Judgement")

1673/H

Laurent Semanza v. The Prosecutor, Case No. ICTR-97-20-A, Judgement, 20 May 2005 ("*Semanza* Appeal Judgement")

SERUSHAGO

The Prosecutor v. Omar Serushago, Case No. ICTR-98-39-S, Sentence, 5 February 1999 ("*Serushago* Sentencing Judgement")

Omar Serushago v. The Prosecutor, Case No. ICTR-98-39-A, Reasons for Judgement, 6 April 2000 ("*Serushago* Appeal Judgement")

2. ICTY

ALEKSOVSKI

The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000 ("*Aleksovski* Appeal Judgement")

BABIĆ

The Prosecutor v. Milan Babić, Case No. IT-03-72-A, Judgement on Sentencing Appeal, 18 July 2005 ("*Babić* Sentencing Appeal")

BLAŠKIĆ

The Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004 ("*Blaškić* Appeal Judgement")

BRĐANIN AND TALIĆ

The Prosecutor v. Radoslav Brđanin and Momir Talić, Case No. IT-99-36-PT, Decision on Objections by Momir Talić to the form of the Amended Indictment, 20 February 2001 ("*Brđanin and Talić* Decision on Objections")

"ČELEBIĆI CASE"/DELALIĆ ET AL.

The Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 ("*Čelebići Case* Appeal Judgement")

ČEŠIĆ

The Prosecutor v. Ranko Češić, Case No. IT-95-10/1-S, Sentencing Judgement, 11 March 2004 ("*Češić* Sentencing Judgement")

DERONJIĆ

The Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Case No. IT-02-61-PT, Decision on Form of the Indictment, 25 October 2002 ("*Deronjić* Decision on Form of the Indictment")

The Prosecutor v. Miroslav Deronjić, Case No. IT-02-61-A, Judgement on Sentencing Appeal, 20 July 2005 ("*Deronjić* Sentencing Appeal")

ERDEMOVIĆ

The Prosecutor v. Dražen Erdemović, Case No. IT-96-22-A, Judgement, 7 October 1997

1672/H

("*Erdemović* Appeal Judgement")

The Prosecutor v. Dražen Erdemović, Case No. IT-96-22-T*bis*, Sentencing Judgement, 5 March 1998 ("*Erdemović* Sentencing Judgement")

JELISIĆ

The Prosecutor v. Goran Jelisić, Case No. IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001 ("*Jelisić* Appeal Judgement")

JOKIĆ

The Prosecutor v. Miodrag Jokić, Case No. IT-01-42/1-S, Sentencing Judgement, 18 March 2004 ("*Jokić* Sentencing Judgement")

The Prosecutor v. Miodrag Jokić, Case No. IT-01-42/1-A, Judgement on Sentencing Appeal, 30 August 2005 ("*Jokić* Sentencing Appeal Judgement")

KORDIĆ AND ČERKEZ

The Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004 ("*Kordić and Čerkez* Appeal Judgement")

KRNOJELAC

The Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003 ("*Krnojelac* Appeal Judgement")

KRSTIĆ

The Prosecutor v. *Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Judgement, 19 April 2004 ("*Krstić* Appeal Judgement")

KUNARAC ET AL.

The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case Nos. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Judgement, 22 February 2001 ("*Kunarac et al.* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case Nos. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002 ("*Kunarac et al.* Appeal Judgement")

KUPREŠKIĆ ET AL.

The Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgement, 23 October 2001 ("*Kupreškić et al.* Appeal Judgement")

KVOČKA ET AL.

The Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Case No. IT-98-30-PT, Decision on Defence Preliminary Motions on the Form of the Indictment, 12 April 1999 ("*Kvočka* Decision")

The Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Case No. IT-98-30/1-A, Judgement, 28 February 2005 ("*Kvočka et al.* Appeal Judgement")

1671/H

MILOŠEVIĆ

The Prosecutor v. Slobodan Milošević, Case No. IT-0254-AR73.6, Decision on the Interlocutory Appeal by the *Amici Curiae* against the Trial Chamber Order Concerning the Presentation and Preparation of the Defence Case, 20 January 2004 ("*Milošević* Scheduling Appeal Decision")

NALETILIĆ AND MARTINOVIĆ

The Prosecutor v. Mladen Naletilić and Vinko Martinović, Case No. IT-98-34-A, Judgement, 3 May 2006 ("*Naletilić and Martinović* Appeal Judgement")

DRAGAN NIKOLIĆ

The Prosecutor v. Dragan Nikolić, Case No. IT-94-2-A, Judgement on Sentencing Appeal, 4 February 2005 ("*Dragan Nikolić* Judgement on Sentencing Appeal")

OBRENOVIĆ

The Prosecutor v. Dragan Obrenović, Case No. IT-02-60/2-S, Sentencing Judgement, 10 December 2003 ("*Obrenović* Sentencing Judgement")

STAKIĆ

The Prosecutor v. Milomir Stakić, Case No. IT-97-24-T, Judgement, 31 July 2003 ("*Stakić* Trial Judgement")

The Prosecutor v. Milomir Stakić, Case No. IT-97-24-A, Judgement, 22 March 2006 ("*Stakić* Appeal Judgement")

STRUGAR

The Prosecutor v. Pavle Strugar, Case No. IT-01-42-PT, Decision on Defence Preliminary Motion Concerning the Form of the Indictment, 28 June 2002 ("*Strugar* Decision Concerning the Form of the Indictment")

TADIĆ

The Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-T*bis*-R117, Sentencing Judgement, 11 November 1999 ("*Tadić* Sentencing Judgement")

The Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999 ("*Tadić* Appeal Judgement")

The Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-A-R77, Judgement on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 31 January 2000 ("*Tadić* Judgement on Allegations of Contempt")

VASILJEVIĆ

The Prosecutor v. Mitar Vasiljević, Case No. IT-98-32-A, Judgement, 25 February 2004 ("*Vasiljević* Appeal Judgement")

1670/H

B. Defined Terms and Abbreviations

Appellant

Sylvestre Gacumbitsi

Gacumbitsi Appeal Brief

Appellant's Brief, filed in French (*Mémoire de l'appelant*) on 4 October 2004

Gacumbitsi Book of Appeal

Livre de l'appelant, filed on 6 January 2006

Gacumbitsi Closing Brief

Closing Arguments by Defence of Sylvestre Gacumbitsi, filed confidentially in French (*Conclusions écrites de la Défense de Sylvestre Gacumbitsi*) on 9 February 2004

Gacumbitsi Notice of Appeal

Notice of Appeal, filed confidentially in French (*Acte d'appel*) on 20 July 2004

Gacumbitsi Reply

Brief in Reply, filed in French (*Mémoire en réplique*) on 1 April 2005

Gacumbitsi Response

Respondent's Brief, filed confidentially in French (*Mémoire de l'intimé*) on 10 January 2005

ICTR

International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994

ICTY

International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991

1669/H

Indictment

The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-I, Indictment, filed on 20 June 2001

Practice Direction on Formal Requirements for Appeals from Judgement

Practice Direction on Formal Requirements for Appeals from Judgement, 4 July 2005

Prosecution Appeal Brief

Appellant's Brief, filed on 28 September 2004

Prosecution Closing Brief

The Prosecutor's Closing Brief, filed confidentially on 23 December 2003

Prosecution Notice of Appeal

Prosecution's Amended Notice of Appeal, filed on 16 December 2004 pursuant to the Appeals Chamber's *Décision relative à la requête du Procureur en modification de son acte d'appel*, issued on 15 December 2004

Prosecution Pre-Trial Brief

The Prosecutor's Preliminary Pre-Trial Brief, filed confidentially on 16 May 2003

Prosecution Reply

Prosecution's Reply to Defence's Response, filed on 19 January 2005

Prosecution Response

Respondent's Brief, filed on 12 November 2004

RPF

Rwandan Patriotic Front

Rules

Rules of Procedure and Evidence of the Tribunal

1668/H

Statute

Statute of the Tribunal

T.

Transcript. All references to the transcript are to the official, English transcript, unless otherwise indicated.

Trial Judgement

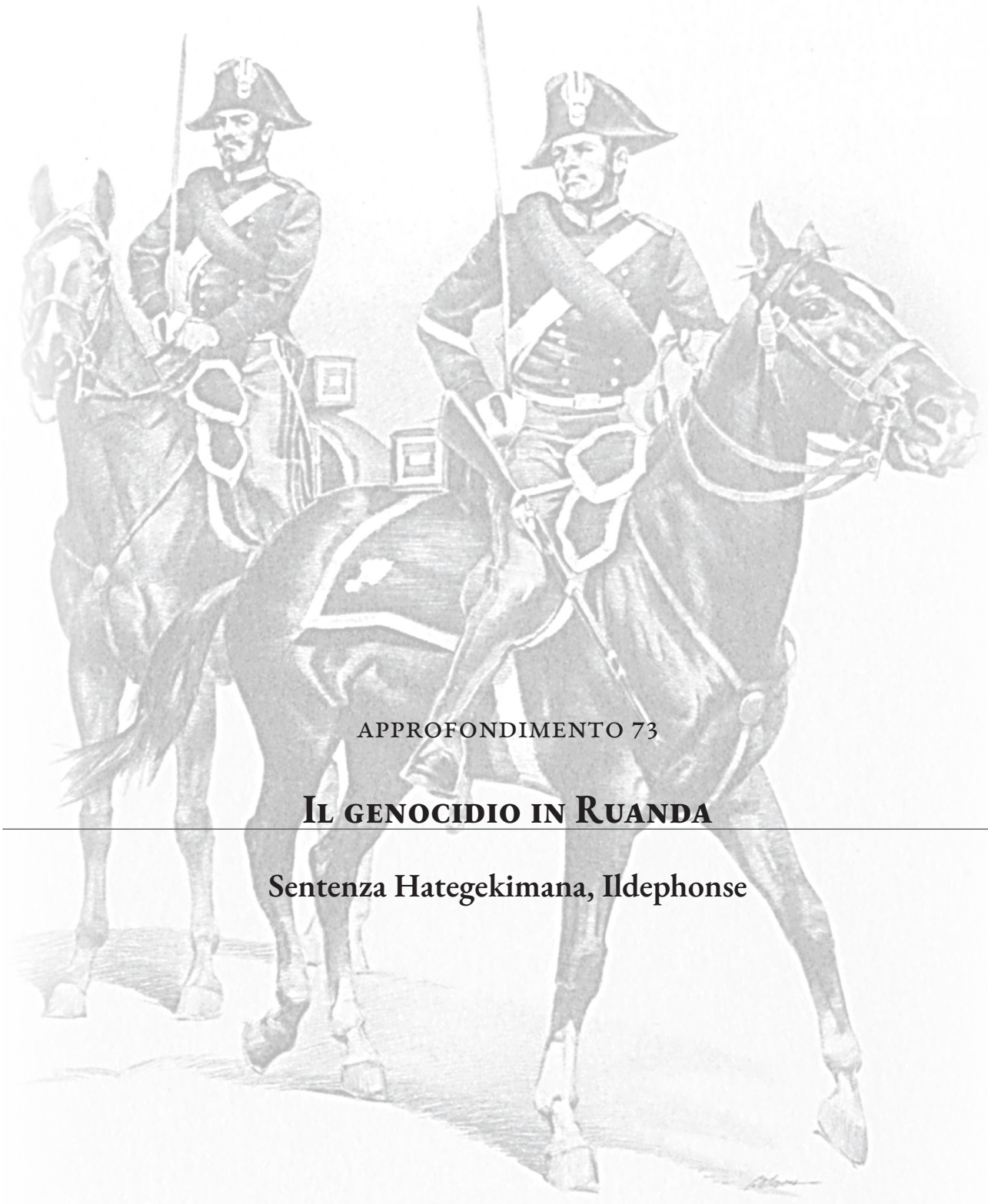
The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi, Case No. ICTR-2001-64-T, Judgement, 17 June 2004

Tribunal

International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994

UNAMIR

United Nations Assistance Mission for Rwanda



APPROFONDIMENTO 73

Il genocidio in Ruanda

Sentenza Hategekimana, Ildephonse

Fonte: https://ucr.irmct.org/scasedocs/case/ICTR-96-04#appealsChamberJudgement

Condanna all'ergastolo confermata in appello l'8 maggio 2012

UNITED NATIONS
NATIONS UNIES

Tribunal Pénal International pour le Rwanda
International Criminal Tribunal for Rwanda

1406/H

ICTR-00-55B-A
8th May 2012
{1406/H – 1302/H}

IN THE APPEALS CHAMBER

Before: **Judge Fausto Pocar, Presiding**
Judge Patrick Robinson
Judge Mehmet Güney
Judge Andrésia Vaz
Judge Carmel Agius

ICTR Appeals Chamber
Date: 8th May 2012
Action:
Copied To: Concerned Judges, Parties, JPV, LOs

Registrar: **Mr. Adama Dieng**

Judgement of: **8 May 2012**

Ildephonse HATEGEKIMANA

v.

THE PROSECUTOR

Case No. ICTR-00-55B-A

JUDGEMENT

International Criminal Tribunal for Rwanda
Tribunal pénal international pour le Rwanda
CERTIFIED TRUE COPY OF THE ORIGINAL SEEN BY ME
COPIE CERTIFIEE CONFORME A L'ORIGINAL PAR NOUS
NAME / NOM: ROSETTE MUZIGO-MORRISON
SIGNATURE: DATE: 8/May/2012

Counsel for Ildephonse Hategekimana:

Mr. Jean de Dieu Momo

The Office of the Prosecutor:

Mr. Hassan Bubacar Jallow
Mr. James J. Arguin
Mr. Alphonse Van
Mr. Alfred Orono Orono
Ms. Thembile Segoete
Ms. Ndeye Marie Ka
Mr. Leo Nwoye

CONTENTS

I. INTRODUCTION 1
A. BACKGROUND 1
B. THE APPEAL 2
II. STANDARDS OF APPELLATE REVIEW 3
III. ALLEGED VIOLATIONS OF FAIR TRIAL RIGHTS (GROUND 1) 5
A. PRESUMPTION OF INNOCENCE AND BIAS 5
B. VIDEO-LINK OF WITNESS BYO 8
C. MISTAKEN REFERENCES IN THE TRIAL JUDGEMENT 10
D. PRESENCE AT TRIAL 11
E. FAILURE TO CONSIDER MOTION 13
F. PRIOR STATEMENTS 14
G. ASSUMPTION OF THE ROLE OF PROSECUTOR OR WITNESS 15
H. DEFENCE EXHIBITS 15
I. CONCLUSION 16
IV. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE MURDER OF JEAN BOSCO RUGOMBOKA (GROUND 2) 17
A. LEGAL ELEMENTS OF CRIMES AGAINST HUMANITY 17
B. FORMS OF RESPONSIBILITY 19
1. Responsibility for Ordering under Article 6(1) of the Statute 19
2. Responsibility as a Superior under Article 6(3) of the Statute 21
C. ASSESSMENT OF THE EVIDENCE 22
1. The Abduction 23
(a) Prosecution Witnesses QDC and QCN 23
(b) Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp 26
(c) Presence of Hategekimana 31
2. Circumstances Surrounding the Killing and Burial 34
3. Conclusion 37
D. CONCLUSION 37
V. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE MURDERS OF SALOMÉ MUJAWAYEZU, ALICE MUKARWESA, AND JACQUELINE MUKABURASA (GROUND 3) 38
A. LEGAL ELEMENTS OF GENOCIDE 38
B. FORM OF RESPONSIBILITY 39
C. ASSESSMENT OF THE EVIDENCE 42
D. CONCLUSION 46
VI. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE RAPE OF NURA SEZIRAHIGA (GROUND 4) 47
A. LEGAL ELEMENTS OF RAPE AS A CRIME AGAINST HUMANITY 47
B. FORM OF RESPONSIBILITY 48
C. ASSESSMENT OF THE EVIDENCE 50
1. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp 50
2. Presence of Hategekimana 52
(a) Inconsistencies with Respect to Hategekimana's Vehicle and the Timing of his Arrival 52
(b) Identification of Hategekimana 54
3. Involvement of a Soldier in the Rape 59

D. Conclusion 61

VII. Alleged errors relating to the attack at the Ngoma parish (ground 5) 62

A. Form of Responsibility 62
B. Assessment of the Evidence 63
1. Attack of 29 April 1994 65
2. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp 65
3. Presence of Hategekimana 70
C. Conclusion 73

VIII. Alleged errors relating to the attack at the *Maison Généralice* and to the murder of Solange Karenzi (ground 6) 74

A. Form of the Indictment 74
B. Assessment of the Evidence 76
1. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp 76
2. Presence of Hategekimana 81
C. Conclusion 83

IX. Alleged errors relating to the sentence (ground 7) 84

A. Gravity of the Crimes 84
B. Aggravating Factors 86
C. Mitigating Factors 88
D. Conclusion 89

X. Disposition 90

XI. Annex A – Procedural history 1

A. Notice of Appeal and Briefs 1
B. Assignment of Judges 2
C. Motions Related to Judicial Assistance and the Admission of Additional Evidence 2
D. Hearing of the Appeal 3

XII. Annex B – Cited materials and defined terms 4

A. Jurisprudence 4
1. ICTR 4
2. ICTY 7
B. Defined Terms and Abbreviations 10

1. The Appeals Chamber of the International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994 ("Appeals Chamber" and "Tribunal," respectively) is seised of an appeal by Ildephonse Hategekimana ("Hategekimana") against the Judgement and Sentence pronounced on 6 December 2010 and filed in writing on 14 February 2011 by Trial Chamber II of the Tribunal ("Trial Chamber") in the case of *The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana* ("Trial Judgement").[1]

I. INTRODUCTION

A. Background

2. Hategekimana was born on 1 February 1964 in Mugina Commune, Gitarama Prefecture, Rwanda.[2] In 1994, he held the rank of lieutenant in the Rwandan army.[3] The Trial Chamber determined that, during the relevant period covered by the Indictment, Hategekimana was the commander of the Ngoma Military Camp in Butare Prefecture.[4]

3. The Trial Chamber convicted Hategekimana for committing genocide based on his role in a joint criminal enterprise which resulted in the killings of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa, and Jacqueline Mukaburasa and of Tutsi civilians at the Ngoma Parish and the *Maison Généralice*.[5] In addition, the Trial Chamber convicted Hategekimana of murder as a crime against humanity for ordering the abduction and killing of Jean Bosco Rugomboka[6] and for his role in a joint criminal enterprise which resulted in the deaths of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa, Jacqueline Mukaburasa, and Solange Karenzi.[7] Finally, the Trial Chamber convicted Hategekimana as a superior of rape as a crime against humanity for the rape of Nura Sezirahiga.[8] Hategekimana was sentenced to a single term of life imprisonment.[9]

[1] For ease of reference, two annexes are appended: Annex A – Procedural History and Annex B – Cited Materials and Defined Terms.
[2] Defence Closing Brief, para. 1.
[3] Trial Judgement, para. 3, *referring to* Indictment, para. 2; Defence Closing Brief, para. 7.
[4] Trial Judgement, para. 659.
[5] Trial Judgement, paras. 38, 681, 688, 696, 697, 730.
[6] Trial Judgement, paras. 39, 712, 721, 730.
[7] Trial Judgement, paras. 39, 715, 716, 720, 721, 730.
[8] Trial Judgement, paras. 40, 727-730.
[9] Trial Judgement, paras. 42, 748.

B. The Appeal

4. Hategekimana has advanced seven grounds of appeal challenging his convictions and sentence.[10] He requests that the Appeals Chamber set aside or reverse his convictions, order his immediate release, or, in the alternative, redress the violations of his fair trial rights by reducing his sentence to time-served and awarding him financial compensation.[11] The Prosecution responds that Hategekimana's appeal should be dismissed.[12]

5. The Appeals Chamber heard oral submissions regarding this appeal on 15 December 2011.

[10] Notice of Appeal, paras. 25-142. Notwithstanding the numbering of the grounds of appeal in the Notice of Appeal and Appeal Brief, the Appeals Chamber has identified errors related to seven topics: (i) violations of fair trial rights; (ii) Hategekimana's convictions for the murder of Jean Bosco Rugomboka; (iii) the murder of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa, and Jacqueline Mukaburasa; (iv) the rape of Nura Sezirahiga; (v) the attack on the Ngoma Parish; (vi) the attack on the *Maison Généralice*; and (vii) his appeal against the sentence. For clarity, the Appeals Chamber has decided to refer to these seven topics as Grounds One through Seven. *See* Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for Leave to Amend His Notice of Appeal, 11 July 2011, paras. 9, 10.
[11] Notice of Appeal, paras. 144-147; Appeal Brief, paras. 445-447. *See also* AT. 15 December 2011 p. 36.
[12] Response Brief, para. 261.

II. STANDARDS OF APPELLATE REVIEW

6. The Appeals Chamber recalls the applicable standards of appellate review pursuant to Article 24 of the Statute. The Appeals Chamber reviews only errors of law which have the potential to invalidate the decision of the trial chamber and errors of fact which have occasioned a miscarriage of justice.[13]

7. Regarding errors of law, the Appeals Chamber has stated:

> Where a party alleges that there is an error of law, that party must advance arguments in support of the submission and explain how the error invalidates the decision. However, if the appellant's arguments do not support the contention, that party does not automatically lose its point since the Appeals Chamber may step in and, for other reasons, find in favour of the contention that there is an error of law.[14]

8. Where the Appeals Chamber finds an error of law in the trial judgement arising from the application of an incorrect legal standard, the Appeals Chamber will articulate the correct legal standard and review the relevant factual findings of the trial chamber accordingly.[15] In so doing, the Appeals Chamber not only corrects the legal error, but, when necessary, also applies the correct legal standard to the evidence contained in the trial record and determines whether it is itself convinced beyond reasonable doubt as to the factual finding challenged by the appellant before that finding may be confirmed on appeal.[16]

9. Regarding errors of fact, it is well established that the Appeals Chamber will not lightly overturn findings of fact made by the trial chamber:

> Where the Defence alleges an erroneous finding of fact, the Appeals Chamber must give deference to the Trial Chamber that received the evidence at trial, and it will only interfere in those findings where no reasonable trier of fact could have reached the same finding or where the finding is wholly erroneous. Furthermore, the erroneous finding will be revoked or revised only if the error occasioned a miscarriage of justice.[17]

10. A party cannot merely repeat on appeal arguments that did not succeed at trial, unless it can demonstrate that the trial chamber's rejection of those arguments constituted an error warranting the intervention of the Appeals Chamber.[18] Arguments which do not have the potential to cause the

---

[13] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 5; *Setako* Appeal Judgement, para. 7. *See also Haradinaj et al.* Appeal Judgement, para. 9.
[14] *Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 11 (internal citation omitted). *See also Furundžija* Appeal Judgement, para. 35; *Akayesu* Appeal Judgement, para. 179.
[15] *Blaškić* Appeal Judgement, para. 15. *See also, e.g., Munyakazi* Appeal Judgement, para. 7; *Setako* Appeal Judgement, para. 9; *Haradinaj et al.* Appeal Judgement, para. 11.
[16] *Blaškić* Appeal Judgement, para. 15. *See also, e.g., Munyakazi* Appeal Judgement, para. 7; *Setako* Appeal Judgement, para. 9; *Haradinaj et al.* Appeal Judgement, para. 11.
[17] *Krstić* Appeal Judgement, para. 40 (internal citations omitted). *See also Munyakazi* Appeal Judgement, para. 8; *Setako* Appeal Judgement, para. 10; *Haradinaj et al.* Appeal Judgement, para. 12.
[18] *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 27. *See also, e.g., Munyakazi* Appeal Judgement, para. 9; *Setako* Appeal Judgement, para. 11; *Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement, para. 16.

impugned decision to be reversed or revised may be immediately dismissed by the Appeals Chamber and need not be considered on the merits.[19]

11. In order for the Appeals Chamber to assess arguments on appeal, the appealing party must provide precise references to relevant transcript pages or paragraphs in the decision or judgement to which the challenge is made.[20] Moreover, the Appeals Chamber cannot be expected to consider a party's submissions in detail if they are obscure, contradictory, vague, or suffer from other formal and obvious insufficiencies.[21] Finally, the Appeals Chamber has inherent discretion in selecting which submissions merit a detailed reasoned opinion in writing, and it will dismiss arguments which are evidently unfounded without providing detailed reasoning.[22]

[19] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 9; *Setako* Appeal Judgement, para. 11. *See also Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement, para. 16.
[20] Practice Direction on Formal Requirements for Appeals from Judgement, 15 June 2007, para. 4(b). *See also Munyakazi* Appeal Judgement, para. 10; *Setako* Appeal Judgement, para. 12; *Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement, para. 17.
[21] *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 43; *Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 137. *See also, e.g., Munyakazi* Appeal Judgement, para. 10; *Setako* Appeal Judgement, para. 12; *Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement, para. 17.
[22] *Krnojelac* Appeal Judgement, para. 16. *See also, e.g., Munyakazi* Appeal Judgement, para. 10; *Setako* Appeal Judgement, para. 12; *Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement, para. 17.

III. ALLEGED VIOLATIONS OF FAIR TRIAL RIGHTS (GROUND 1)

12. Hategekimana submits that the Trial Chamber violated his right to a fair trial.[23] In this section, the Appeals Chamber considers whether the Trial Chamber: (i) violated Hategekimana's presumption of innocence and exhibited bias; (ii) erred in hearing Prosecution Witness BYO's testimony by video-link in the absence of Defence counsel; (iii) failed to provide a reasoned opinion as a result of mistaken references in the Trial Judgement; (iv) violated Hategekimana's right to be tried in his presence; (v) failed to consider a motion related to disclosure of exculpatory material; (vi) erred in refusing to admit prior statements of Prosecution Witnesses BYQ and QDC; (vii) assumed the role of the Prosecutor or witness; and (viii) erred in failing to take Defence exhibits into account.

A. Presumption of Innocence and Bias

13. At a ceremony held at the Tribunal on 25 October 2010, the Tribunal named the winners of the "Essays and Drawings Competition", which involved students from schools in five East African countries. Some of the drawings entered into this competition were then displayed at the Tribunal.[24] According to Hategekimana, one of the first prizes in the competition was awarded to a 12-year old girl from Butare Prefecture, whose drawing depicts a Judge from the Tribunal pointing his finger at an accused and saying the words: "You Hategekimana [...] tell what you have done in genocide. You, Hategekimana you will go in prison 30 years", while the accused is shown uttering the words: "I have killed 77 people".[25] Hategekimana contends that this drawing, which was exhibited in the corridors of the Tribunal before the delivery of the Trial Judgement, could be admired by the Judges of the Trial Chamber and that a legal officer involved in the drafting of the Trial Judgement was part of the competition's jury.[26] At the pronouncement of the Trial Judgement, Hategekimana complained about the exhibition of the drawing and the Trial Chamber ordered that it be placed under seal.[27]

14. Hategekimana submits that his rights to be presumed innocent and to be tried by impartial Judges were violated by the legal officer's involvement in the judgement drafting process and by

[23] Notice of Appeal, paras. 25-31, 39-58; Appeal Brief, paras. 8-34. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 7-12, 30, 31, 36. In his Notice of Appeal, Hategekimana also challenges the notice he received in his Indictment for his responsibility as a superior under Article 6(3) of the Statute. *See* Notice of Appeal, paras. 32-38. Hategekimana does not develop this argument in his Appeal Brief. The Appeals Chamber therefore considers that he has abandoned this argument and will not consider it.
[24] Appeal Brief, Annex A (ICTR Newsletter, October 2010, pp. 1, 2; ICTR Newsletter, May-June 2010, p. 7; ICTR Newsletter, July-August 2010, p. 7; ICTR Newsletter, September 2010, pp. 1, 2).
[25] Appeal Brief, para. 9; Reply Brief, para. 36. *See also* Appeal Brief, Annex A; AT. 15 December 2011 p. 8.
[26] Notice of Appeal, para. 26; Appeal Brief, paras. 10, 11, 13.
[27] T. 6 December 2010 pp. 2, 3. *See also* AT. 15 December 2011 p. 4.

the display of the artwork at the Tribunal.[28] He emphasizes the importance of the right to be presumed innocent during the course of a trial and argues that the public representation of a person as being guilty before being convicted is sufficient to violate this right.[29] Hategekimana further contends that the Judges of the Trial Chamber violated his presumption of innocence and exhibited bias by posing in front of the drawing for a photograph and by allowing a member of the competition's jury to assist in the judgement drafting process.[30] He requests the Appeals Chamber to overturn his convictions and order his release or, alternatively, to order a retrial.[31]

15. The Prosecution responds that Hategekimana fails to demonstrate any violation of his right to be tried before an impartial tribunal and his right to be presumed innocent.[32] It submits that Hategekimana's argument that his right to a fair trial was compromised by a legal officer judging a children's art contest is without merit as "[j]udicial decision-making is the sole purview of the Judges and legal officers [...] play no role in it."[33]

16. Article 20(3) of the Statute guarantees that an accused person shall be presumed innocent until proven guilty. In addition, the Statute and Rules guarantee an accused's right to be tried by impartial Judges.[34] Rule 15(A) of the Rules specifically provides that "[a] Judge may not sit in any case in which he has a personal interest or concerning which he has or has had any association which might affect his impartiality." In particular, a Judge must withdraw from a case if it is shown that actual bias exists or if the circumstances would lead a reasonable observer, properly informed, to reasonably apprehend bias.[35] The Appeals Chamber has also emphasized that there is a presumption of impartiality which attaches to any judge of the Tribunal and which cannot be easily

[28] Notice of Appeal, paras. 25-27; Appeal Brief, paras. 8-21. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 7-9.
[29] Appeal Brief, paras. 15-19; Reply Brief, paras. 30, 31. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 8-11.
[30] Appeal Brief, paras. 10, 11, 13, 14; Reply Brief, paras. 25-29, 32, 34, 35.
[31] Notice of Appeal, para. 28; Appeal Brief, para. 21. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 10, 36.
[32] Response Brief, para. 34.
[33] Response Brief, para. 34, *citing The Prosecutor v. Casimir Bizimungu et al.*, Case No. ICTR-99-50-AR-73.8, Decision on Appeals Concerning the Engagement of a Chambers Consultant or Legal Officer, 17 December 2009 ("*Bizimungu et al.* Decision of 17 December 2009"), para. 9. *See also* AT. 15 December 2011 p. 20.
[34] *Édouard Karemera et al. v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-98-44-AR73.15, Decision on Joseph Nzirorera's Appeal Against a Decision of Trial Chamber III Denying the Disclosure of a Copy of the Presiding Judge's Written Assessment of a Member of the Prosecution Team, 5 May 2009 ("*Karemera et al.* Decision of 5 May 2009"), para. 9; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 47.
[35] *Karemera et al.* Decision of 5 May 2009, para. 9. *See also Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 49, *citing Akayesu* Appeal Judgement, para. 203 ("That there is a general rule that a Judge should not only be subjectively free from bias, but also that there should be nothing in the surrounding circumstances which objectively gives rise to an appearance of bias. On this basis, the Appeals Chamber considers that the following principles should direct it in interpreting and applying the impartiality requirement of the Statute: A. A Judge is not impartial if it is shown that actual bias exists. B. There is an unacceptable appearance of bias if: (i) a Judge is a party to the case, or has a financial or proprietary interest in the outcome of a case, or if the Judge's decision will lead to the promotion of a cause in which he or she is involved, together with one of the parties. Under these circumstances, a Judge's disqualification from the case is automatic; or (ii) the circumstances would lead a reasonable observer, properly informed, to reasonably apprehend bias."). *See also Furundžija* Appeal Judgement, para. 189.

rebutted.[36] Accordingly, it is for the appealing party alleging bias to adduce reliable and sufficient evidence to rebut that presumption.[37] The Appeals Chamber cannot entertain sweeping or abstract allegations that are neither substantiated nor detailed to rebut the presumption of impartiality.[38]

17. The Appeals Chamber acknowledges that it was highly improper to have a drawing of such nature on display in the corridors of the Tribunal during an ongoing trial and that this should have been avoided. However, it considers that Hategekimana provides no support for his allegation that the Judges in his case saw the drawing containing the handwritten inscriptions or posed for a photograph in front of it. The Appeals Chamber observes that none of the Trial Chamber's Judges features in the photographs referred to by Hategekimana.[39] In any event, even if the Trial Chamber's Judges had viewed the drawing, this would not be sufficient to create in the mind of a reasonable observer, properly informed, an appearance of bias or to rebut the presumption of impartiality of those Judges.

18. In this respect, the Appeals Chamber observes that, once Hategekimana raised the issue of the public exhibition of the drawing, the Trial Chamber immediately ordered that the drawing be placed under seal by the Registry.[40] Contrary to Hategekimana's submissions, the Trial Chamber's prompt reaction contradicts any appearance of bias. The Appeals Chamber also finds no merit in Hategekimana's contention that the Trial Chamber should have stayed the proceedings when he drew its attention to the drawing. Additionally, a review of the record shows that Hategekimana did not request such relief from the Trial Chamber.[41]

19. The Appeals Chamber turns to Hategekimana's argument that the Trial Chamber violated his rights to the presumption of innocence and to be tried by an independent and impartial tribunal by accepting the legal officer's contribution to the drafting of the Trial Judgement.

20. The Appeals Chamber considers that Hategekimana's submissions are based on the erroneous premise that legal officers play a controlling role in judicial decision-making.[42] The Appeals Chamber has previously held that "[j]udicial decision-making is the sole purview of the

---

[36] *Renzaho* Appeal Judgement, para. 21; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 48; *Galić* Appeal Judgement, para. 41; *Akayesu* Appeal Judgement, para. 91; *Karemera et al.* Decision of 5 May 2009, para. 11; *Delalić et al.* Appeal Judgement, para. 707; *Furundžija* Appeal Judgement, paras. 196, 197.
[37] *Renzaho* Appeal Judgement, para. 23; *Karera* Appeal Judgement, para. 254; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 48; *Niyitegeka* Appeal Judgement, para. 45. *See also Rutaganda* Appeal Judgement, para. 42; *Furundžija* Appeal Judgement, para. 197.
[38] *Renzaho* Appeal Judgement, para. 23; *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 43; *Ntagerura et al.* Appeal Judgement, para. 135.
[39] Appeal Brief, Annex A (ICTR Newsletter, October 2010, pp. 2, 11).
[40] T. 6 December 2010 pp. 3, 4.
[41] T. 6 December 2010 pp. 3, 4.
[42] *Bizimungu et al.* Decision of 17 December 2009, para. 9.

Judges and legal officers [...] play no role in it."[43] The Appeals Chamber further considers that "mere assertions to the effect that a staff member may influence a Judge during deliberations or the adjudication process are not a sufficient basis, in and of themselves",[44] to create in the mind of a reasonable observer, properly informed, an appearance of bias or to rebut the presumption of impartiality of judges. The Appeals Chamber does not find that the role of the legal officer in the competition is "so problematic" as to impugn the impartiality of the Judges or the appearance thereof.[45] Therefore, there is no merit to Hategekimana's contention that the Trial Chamber erred in allowing the legal officer to be involved in the drafting process of the Trial Judgement.

21. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber violated his presumption of innocence or exhibited bias in connection with the drawing competition.

B. Video-Link of Witness BYO

22. On 6 April 2009, the Trial Chamber decided to hear Witness BYO by video-link from a suitable location in Rwanda.[46] The witness was scheduled to appear on 14 April 2009, but, according to the Prosecution, was unavailable because she was preparing for examinations.[47] In view of this, the Trial Chamber agreed to postpone the witness's video-link testimony and, shortly after 16 April 2009, the parties were informed that she would be heard on 4 May 2009 as the last Prosecution witness.[48] At the opening of the trial session on 4 May 2009, the co-counsel for Hategekimana in Arusha informed the Trial Chamber that, unlike the Prosecution, the Defence had no representation in Kigali for the video-link.[49] The co-counsel explained that the lead counsel was supposed to be in Kigali, but had "some problems" which prevented him from travelling there.[50] He

[43] *Bizimungu et al.* Decision of 17 December 2009, para. 9.
[44] *Bizimungu et al.* Decision of 17 December 2009, para. 10.
[45] *Bizimungu et al.* Decision of 17 December 2009, para. 11. The Appeals Chambers further observes that it is not apparent whether the handwritten dialogue appearing on the drawing, which mentions Hategekimana, formed part of the original drawing that was entered into the competition or whether it was added later when the drawing was on display after the competition. *See* T. 6 December 2010 pp. 2-4. *Compare* Hategekimana Appeal Brief, para. 9 *with* Hategekimana Reply Brief, para. 36. The two drawings are annexed to a motion contained in Appeal Brief, Annex A (*The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, *Requête en extrême urgence du Lieutenant Ildephonse Hategekimana aux fins de nullité de procédure et de sa mise en liberté avec arrêt définitif des poursuites pour violation grave de son droit à la présomption d'innocence*, 17 December 2010, Annex, Registry pagination 293/A, 292/A). Consequently, the Appeals Chamber is not persuaded that the Trial Chamber's legal officer observed the handwritten inscription concerning Hategekimana's guilt when judging the competition.
[46] *The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, Decision on the Prosecution Requests for the Video-Link Testimonies of Witnesses QX, BYO and BYS, 6 April 2009, p. 4.
[47] T. 14 April 2009 p. 2 (status conference).
[48] T. 4 May 2009 p. 3.
[49] T. 4 May 2009 p. 2.
[50] T. 4 May 2009 p. 2.

requested that the Trial Chamber make arrangements for the Defence to be represented in Kigali before hearing the witness.[51]

23. After hearing the parties,[52] the Trial Chamber decided that there was "no justifiable reason to postpone the video link testimony of Witness BYO".[53] It reasoned that the Defence had been given "ample opportunity" to be represented in Kigali for the video-link.[54] The Trial Chamber found that "the Defence has no valid justification for the absence of a representative in Kigali" and that it had "provided no prior notification of the absence of Defence representation or of any difficulty arising to prevent their physical presence".[55] The Trial Chamber further considered that Hategekimana had representation in Arusha to defend his interests and to cross-examine the witness, thereby safeguarding his rights.[56] The Trial Chamber relied on Witness BYO, along with other witnesses, in convicting Hategekimana for genocide based on his role in the attack on the *Maison Généralice* and for murder as a crime against humanity for his role in the killing of Solange Karenzi.[57]

24. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in allowing Witness BYO to testify by video-link from Kigali in the absence of a representative of the Defence.[58] Hategekimana argues that the Trial Chamber violated the principle of equality of arms since the Prosecution had representation there and that it also exhibited bias by allowing the testimony to proceed despite the objections of the Defence.[59] Hategekimana submits that the prejudice he suffered is "evident and incalculable" since he was not in a position to follow the witness's movements during adjournments to verify that she did not consult with the Prosecution or other third parties.[60]

25. The Prosecution responds that Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber violated the principle of equality of arms since: he had ample opportunity to organise representation in Kigali; he did not offer any justification for the absence of representation in Kigali; the examination of the witness by both parties occurred from Arusha; and he did not show any material prejudice.[61]

---

[51] T. 4 May 2009 pp. 3, 4.
[52] T. 4 May 2009 pp. 2, 3.
[53] T. 4 May 2009 p. 4.
[54] T. 4 May 2009 p. 3.
[55] T. 4 May 2009 p. 3.
[56] T. 4 May 2009 pp. 3, 4.
[57] Trial Judgement, paras. 577-588, 604-637, 697, 720.
[58] Notice of Appeal, paras. 29, 30; Appeal Brief, paras. 22, 23.
[59] Notice of Appeal, para. 30; Appeal Brief, paras. 22, 23.
[60] Reply Brief, para. 37.
[61] Response Brief, paras. 35-40.

26. The Appeals Chamber has held that "the equality of arms principle requires a judicial body to ensure that neither party is put at a disadvantage when presenting its case."[62] Although it would have been preferable for the Defence to be represented at the site of the video-link, the Appeals Chamber is not convinced that the absence of representation in Kigali placed Hategekimana at a disadvantage. In this respect, the examination was conducted in its entirety from Arusha where Hategekimana was represented by counsel. A review of Witness BYO's transcripts does not reveal any instance or difficulty where it would have been necessary for a representative in Kigali to intervene.[63] Hategekimana's suggestion that the witness may have contacted third parties during adjournments is mere speculation and also fails to account for the presence of a Registry officer at the site. Therefore, the Appeals Chamber is not convinced that Hategekimana suffered any prejudice. Finally, the Appeals Chamber observes that the Defence had ample notice to arrange for representation in Kigali and provided no justification or advance notice for not having done so.

27. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in proceeding with the video-link testimony of Witness BYO in the absence of a representative of the Defence in Kigali.

C. Mistaken References in the Trial Judgement

28. Hategekimana submits that the Trial Chamber failed to provide a reasoned opinion by including several erroneous references in the footnotes of the Trial Judgement, which prevented him from identifying the source of the Trial Chamber's reasoning.[64] As examples, Hategekimana points to paragraphs 237, 239, 240, and 338 of the Trial Judgement.[65]

29. The Prosecution responds that the mistaken references in the Trial Judgement do not impact its underlying reasoning, which is readily apparent.[66] The Prosecution further notes that Hategekimana's Appeal Brief amply demonstrates that he had no difficulty understanding the substance of the findings.[67]

30. A review of the Trial Judgement and the record reveals that there are mistaken references in the various paragraphs cited by Hategekimana. The Appeals Chamber observes, however, that these references were corrected in the corresponding paragraphs of the French version of the Trial Judgement, which was made available on 12 April 2011, more than 45 days before the Appeal Brief

[62] *Kalimanzira* Appeal Judgement, para. 34, *citing Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 173.
[63] *See* T. 4 May 2009 pp. 6-60 (closed session in part).
[64] Notice of Appeal, paras. 39, 40; Appeal Brief, paras. 24, 25.
[65] Notice of Appeal, para. 39; Appeal Brief, para. 24.
[66] Response Brief, para. 62.
[67] Response Brief, paras. 61, 62.

was due.[68] Typographical errors or mistaken references can occur in judgements and decisions even after careful review. Their occurrence, however, does not typically result in a miscarriage of justice, in particular if the meaning of the relevant text can be reasonably ascertained from the surrounding context and where, as here, the factual propositions referred to by the Trial Chamber are in fact supported by the record.[69] The Appeals Chamber can identify no prejudice to Hategekimana as a result of these mistaken references.

31. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber failed to provide a reasoned opinion.

D. Presence at Trial

32. On 16 March 2010, the Trial Chamber set 26 April 2010 as the date for hearing the closing arguments of the parties.[70] On 6 April 2010, Hategekimana requested the Registrar to remove his lead trial counsel.[71] The Registrar denied the request on 15 April 2010.[72] On 19 April 2010, Hategekimana filed his Motion for Adjournment and Withdrawal of Counsel before the Trial Chamber, requesting the withdrawal of his lead trial counsel and an adjournment of the closing arguments on the basis of a breakdown in communication and ineffective assistance of counsel.[73]

33. At the commencement of closing arguments on 26 April 2010, the Trial Chamber noted Hategekimana's absence and ordered that he be brought to court.[74] After a two hour and 15 minute adjournment, Hategekimana was brought to court.[75] The Trial Chamber then informed Hategekimana that it had denied his Motion for Adjournment and Withdrawal of Counsel,

---

[68] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for an Extension of Time to File His Appellant's Brief, 13 April 2011 ("Decision of 13 April 2011"), para. 8. The Appeals Chamber observes that Hategekimana does not understand English and that French is the main working language of his counsel. *See* Decision of 13 April 2011, paras. 4, 8.
[69] *Cf., e.g., Simba* Appeal Judgement, n. 350; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, paras. 964, 1011; *Muhimana* Appeal Judgement, paras. 108, 145, 163.
[70] *The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, Order Rescheduling Closing Arguments, 16 March 2010, p. 3. *See also The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, Decision on Hategekimana's Motion for Withdrawal of Counsel and Adjournment of Closing Arguments, 30 April 2010 ("Decision of 30 April 2010"), para. 5.
[71] *See The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, *Requête en extrême urgence de l'accusé Ildephonse Hategekimana aux fins de reporter à une date ultérieure, les plaidoiries finales dans son procès, prévues à l'audience du 26 avril 2010*, 21 April 2010 ("Motion for Adjournment and Withdrawal of Counsel"), Annex E. *See also* Decision of 30 April 2010, para. 7.
[72] *See* Motion for Adjournment and Withdrawal of Counsel, Annex G. *See also* Decision of 30 April 2010, para. 8.
[73] Motion for Adjournment and Withdrawal of Counsel. *See also* Decision of 30 April 2010, paras. 10, 12, 13.
[74] T. 26 April 2010 p. 2.
[75] T. 26 April 2010 p. 4.

explaining that it could identify no exceptional circumstances for replacing his lead trial counsel.[76] The Prosecution then gave its closing arguments in Hategekimana's presence.[77]

34. After a further adjournment on the same day, Hategekimana refused to return to court for the presentation of the closing arguments from the Defence.[78] In a letter to the Trial Chamber read onto the record, he cited his lack of confidence in his counsel.[79] In light of its earlier decision, the Trial Chamber decided to continue with the proceedings,[80] and the Defence commenced to present its closing arguments.[81] The following day, the Trial Chamber issued an order for Hategekimana to be present for the conclusion of the closing arguments on 28 April 2010.[82] Hategekimana, however, did not attend the proceedings on 28 April 2010, and the Trial Chamber decided to continue with the proceedings in view of its prior decision.[83]

35. Hategekimana submits that the Trial Chamber violated his right to be tried in his presence when it proceeded to hear the closing arguments in his absence.[84] Hategekimana argues that the Trial Chamber should have suspended the proceedings and that it failed to consider that the breakdown in communication between him and his trial lead counsel reasonably justified his absence.[85]

36. The Prosecution responds that Hategekimana was present during the presentation of the closing arguments and thus that there was no violation of his right to be tried in his presence.[86]

37. The Appeals Chamber recalls that, pursuant to Article 20(4)(d) of the Statute, an accused has the right to be physically present at trial.[87] This right is not absolute, and an accused can waive or forfeit the right to be present at trial, in particular if he refuses to attend proceedings after being given notice of the time and place, the charges against him, and his right to be present.[88] Hategekimana has not disputed that he had such notice. Rather, he complains that the Trial

[76] T. 26 April 2010 pp. 4, 5. A written decision followed on 30 April 2010. *See* Decision of 30 April 2010.
[77] T. 26 April 2010 pp. 5-36.
[78] T. 26 April 2010 pp. 36, 37.
[79] T. 26 April 2010 p. 37.
[80] T. 26 April 2010 p. 37.
[81] T. 26 April 2010 pp. 36-68.
[82] *The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, *Ordonnance aux fins de comparution de l'accusé Ildephonse Hategekimana pour assister à l'audience de plaidoiries du 28 avril 2010*, 27 April 2010.
[83] T. 28 April 2010 p. 2.
[84] Notice of Appeal, paras. 43, 44; Appeal Brief, para. 26; Reply Brief, para. 39.
[85] Appeal Brief, para. 26; Reply Brief, para. 39.
[86] Response, paras. 53, 55, 56.
[87] *See also Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 96; *Protais Zigiranyirazo v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-01-73-AR73, Decision on Interlocutory Appeal, 30 October 2006 ("*Zigiranyirazo* Decision of 30 October 2006"), paras. 8, 13.
[88] *Nahimana et al.* Appeal Judgement, paras. 99, 109; *Zigiranyirazo* Decision of 30 October 2006, para. 14.

Chamber failed to consider the breakdown in communication in refusing to adjourn the proceedings.

38. The Trial Chamber, however, did consider this issue when it denied his request to withdraw his lead trial counsel and adjourn the proceedings.[89] The Trial Chamber also explicitly referred to this decision on both occasions when it decided to continue the proceedings in Hategekimana's absence.[90] Beyond disagreeing with this decision, Hategekimana has not challenged any aspect of the Trial Chamber's reasoning. Therefore, the Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's contention that the Trial Chamber did not consider this matter and is satisfied that Hategekimana waived his right to be present at trial.

39. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber violated his right to be tried in his presence.

E. Failure to Consider Motion

40. On 3 December 2010, three days before the pronouncement of the Trial Judgement,[91] Hategekimana filed a motion seeking access to the Prosecution's Electronic Disclosure System in order to search for exculpatory material.[92] Hategekimana submits that the Trial Chamber violated his right to a fair trial by failing to issue a decision on this motion.[93] The Prosecution responds that the Trial Chamber implicitly denied the Motion of 3 December 2010 by issuing the Trial Judgement and, furthermore, contends that the motion lacked merit.[94]

41. Contrary to the Prosecution's submission, validly filed pending motions are not implicitly dismissed with the pronouncement or filing of the trial judgement.[95] The Trial Chamber, therefore, retained jurisdiction to consider the Motion of 3 December 2010 and should have done so, in particular given the continuing nature of disclosure obligations under Rule 68 of the Rules. Accordingly, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber erred in not deciding this motion.

42. The Appeals Chamber is not convinced, however, that this error invalidates the Trial Judgement. The Appeals Chamber considers that Hategekimana's rights under Rule 68 of the Rules

---

[89] T. 26 April 2010 pp. 4, 5. *See also* Decision of 30 April 2010.
[90] T. 26 April 2010 p. 37; T. 28 April 2009 p. 2.
[91] *See supra* para. 1.
[92] *The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana*, Case No. ICTR-00-55B-T, *Requête en extrême urgence de* [sic] *Idelphonse* [sic] *Hategekimana aux fins de donner injonction au Procureur de s'acquitter de ses obligations de divulgation en vertu des articles 54 et 68 du RPP, 19 et 20 du Statut*, 3 December 2010 ("Motion of 3 December 2010"), p. 5.
[93] Notice of Appeal, paras. 46-48; Appeal Brief, paras. 27, 28. *See also* AT. 15 December 2011 p. 12.
[94] Response Brief, paras. 58, 59.
[95] *See The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko et al.*, Case No. ICTR-98-42-A, Decision on Pauline Nyiramasuhuko's Motion to Void Trial Chamber Decisions, 30 September 2011, p. 2.

were not infringed by his lack of access to the Electronic Disclosure System, as requested in his Motion of 3 December 2010, because the Prosecution's Rule 68 obligations are discharged only by its individual consideration of the material in its possession, and not by simply making the Electronic Disclosure System available to the defence.[96] The Appeals Chamber finds that Hategekimana has not shown either in his Motion of 3 December 2010 or on appeal that the Prosecution failed to discharge such obligations. Furthermore, the Appeals Chamber considers that the filing of such an unmeritorious motion on the eve of the pronouncement of the Trial Judgement was both vexatious and an abuse of process.

43. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber violated his right to a fair trial.

F. Prior Statements

44. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in refusing to admit prior statements of Witnesses BYQ and QDC which, in his view, are inconsistent with their testimonies at trial and call into question the Trial Chamber's reliance on their accounts.[97] Hategekimana contends that the Trial Chamber "drowned" this evidence by only allowing his counsel to read relevant portions onto the record.[98]

45. The Prosecution responds that Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in its treatment of the prior statements of Witnesses BYQ and QDC.[99]

46. The Appeals Chamber recalls that the decision to admit or exclude evidence pursuant to Rule 89(C) of the Rules falls within the discretion of the Trial Chamber and, therefore, warrants appellate intervention only in limited circumstances.[100] With respect to Witness BYQ, the Appeals Chamber notes that Hategekimana has not identified with any precision: the statement which the Trial Chamber refused to admit; the Trial Chamber's decision to deny its admission; the nature of the purported inconsistency; and its alleged impact on the witness's credibility or the findings in the Trial Judgement. In relation to Witness QDC, Hategekimana fails to appreciate that the Trial Chamber denied the admission of the witness's purported prior statement because the Trial

---

[96] *See The Prosecutor v. Édouard Karemera et al.*, Case No. ICTR-98-44-AR73.7, Decision on Interlocutory Appeal Regarding the Role of the Prosecutor's Electronic Disclosure Suite in Discharging Disclosure Obligations, 30 June 2006, paras. 9, 10.
[97] Notice of Appeal, para. 50; Appeal Brief, para. 29.
[98] Notice of Appeal, para. 51; Appeal Brief, para. 30.
[99] Response Brief, paras. 47-52.
[100] *Simba* Appeal Judgement, para. 19.

Chamber had doubts about its authenticity.[101] Hategekimana's submissions fail to address this reason for denying its admission.

47. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated any error in the Trial Chamber's decision not to admit the statements related to Witnesses BYQ and QDC.

G. Assumption of the Role of Prosecutor or Witness

48. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred "in often substituting itself either for the Prosecution or for the witness to respond in their place, thus undermining [his] interests."[102] Hategekimana illustrates this claim by pointing to examples in the testimonies of Witness BYO and Witness BYQ.[103] The Prosecution responds that the Trial Chamber's control of the cross-examination of these witnesses was within its authority and discretion.[104]

49. The Appeals Chamber recalls that, in accordance with Rule 90(F)(i) of the Rules, a trial chamber has the authority to control the examination of a witness in order to make it "effective for the ascertainment of the truth". A review of the relevant transcripts reveals that, consistent with this authority, the Trial Chamber intervened in the cross-examinations of Witnesses BYO and BYQ solely to clarify a question or to prevent a witness's testimony from being misstated.[105]

50. Accordingly, Hategekimana has failed to show that the Trial Chamber acted outside the scope of its discretion.

H. Defence Exhibits

51. Hategekimana submits that the Trial Chamber failed to consider Defence exhibits.[106] In particular, Hategekimana notes that, at the status conference on 4 May 2009, he tendered into evidence several statements relating to inconsistencies in the evidence of Prosecution witnesses, which were together marked as Defence Exhibit 2.[107] He submits that this exhibit, however, was not correctly entered into the case file and was instead mistakenly replaced by the personal identification sheet of one of his witnesses.[108]

---

[101] *See* T. 23 March 2009 p. 76 (closed session) ("We would have liked to have an official document. And nothing looks official in this document. So we are sorry, Counsel, but we believe such documents are not valid.").
[102] Appeal Brief, para. 31. *See also* Notice of Appeal, paras. 53, 54.
[103] Notice of Appeal, paras. 53, 54; Appeal Brief, paras. 31, 32.
[104] Response Brief, paras. 41-46.
[105] Witness BYO, T. 4 May 2009 p. 36; Witness BYQ, T. 1 April 2009 pp. 33-37.
[106] Notice of Appeal, paras. 56, 57; Appeal Brief, paras. 33, 34.
[107] Notice of Appeal, para. 56; Appeal Brief, para. 33.
[108] Notice of Appeal, para. 56; Appeal Brief, para. 33.

52. The Prosecution responds that Hategekimana has not demonstrated that any exhibit was improperly stored because the Defence never in fact formally sought admission of the relevant exhibit during its case in accordance with the Trial Chamber's instructions.[109]

53. A review of the record reflects that the Trial Chamber did not in fact admit the exhibit mentioned by Hategekimana at the status conference. Rather, it marked a series of documents, containing excerpts of transcripts from the trial, for identification as Defence Exhibit 2.[110] The Defence retained custody of the documents in order to clarify the proposed exhibit.[111] The Trial Chamber then asked the Defence to seek its formal admission during the next trial session.[112] This did not occur, which reasonably explains why another exhibit was then assigned the number "D.2". In this context, the Appeals Chamber cannot identify any error on the part of the Trial Chamber. Furthermore, Hategekimana's cursory submissions on appeal fail to identify the exculpatory nature of the purported exhibit and any potential impact on the Trial Chamber's findings.

54. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated any error in relation to Defence Exhibit 2 which would invalidate the verdict.

I. Conclusion

55. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's First Ground of Appeal.

---

[109] Response Brief, paras. 63-65.
[110] T. 4 May 2009 pp. 2-6 (status conference).
[111] T. 4 May 2009 p. 5 (status conference) ("Well, Madam President, if I may make a suggestion to the Trial Chamber, given that we will resume on the 22nd, if it is possible, then we are going to take all those documents back and when we resume on the 22nd it will just be a matter of nanoseconds and this issue will be sorted out.").
[112] T. 4 May 2009 pp. 5, 6 (status conference) ("Firstly, can they be admitted subject to clarification from you on the 22nd of June? Would you have something more concise, much clearer? [...] But certainly this is subject to clarifications from you. It has to be very clear. There's no need to file the entire transcript.").

IV. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE MURDER OF JEAN BOSCO RUGOMBOKA (GROUND 2)

56. The Trial Chamber convicted Hategekimana of murder as a crime against humanity (Count 3) under Article 6(1) of the Statute for ordering the abduction and killing of Jean Bosco Rugomboka ("Rugomboka").[113] In particular, the Trial Chamber found that soldiers from the Ngoma Military Camp, acting on Hategekimana's orders, abducted Rugomboka from his home on the night of 8 to 9 April 1994 and later tortured and killed him.[114] The Trial Chamber also determined that Hategekimana could be held responsible for the killing as a superior under Article 6(3) of the Statute, which it considered exclusively in sentencing.[115]

57. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for the murder of Rugomboka.[116] In this section, the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions that the Trial Chamber erred in assessing: (i) the legal elements of crimes against humanity; (ii) the forms of criminal responsibility; and (iii) the evidence.

A. Legal Elements of Crimes Against Humanity

58. The Trial Chamber found that, in April and May 1994, there was a widespread and systematic attack against the civilian population on ethnic and political grounds in Ngoma Commune and also, more generally, in Butare Prefecture.[117] Based on the totality of the evidence, the Trial Chamber concluded that this attack began before the occurrence of the crimes for which Hategekimana was held responsible, noting, in particular, that political opponents of the MRND were targeted throughout Rwanda, including in various parts of Butare Prefecture, from 7 April 1994.[118] The Trial Chamber found that Rugomboka, a Tutsi, was killed on political grounds based on his affiliation with the RPF and on the fact that the assailants carved an effigy of Fred Rwigema, a founding member of the RPF, into his chest.[119]

59. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that Rugomboka's murder formed part of the widespread and systematic attack and thus in convicting him for a crime against humanity.[120] Specifically, he contends that the Trial Chamber lacked an evidentiary basis to conclude that a widespread and systematic attack began in Ngoma Commune and Butare Prefecture

[113] Trial Judgement, para. 712.
[114] Trial Judgement, paras. 304, 306, 709.
[115] Trial Judgement, paras. 712, 743.
[116] Notice of Appeal, paras. 76-92; Appeal Brief, paras. 36-191; Reply Brief, paras. 48-87.
[117] Trial Judgement, paras. 703-707.
[118] Trial Judgement, paras. 704, 705, 710.
[119] Trial Judgement, paras. 305, 709, 711.
[120] Appeal Brief, paras. 175-180; Reply Brief, para. 87.

from 7 April 1994.[121] Moreover, he argues that the Appeals Chamber's decision in the *Karemera et al.* case taking judicial notice of the existence of widespread and systematic attacks in Rwanda in 1994 cannot overcome the lack of an evidentiary basis on the record in this case. Hategekimana further notes that this decision did not determine that all violence targeting Tutsis formed part of the attack.[122]

60. Hategekimana submits that "all the witnesses testified that trouble began in Butare [Prefecture] on 20 and 21 April 1994, that is, after the attack on Rugomboka's house."[123] In a similar vein, Hategekimana highlights the Trial Chamber's finding that Tutsi civilians were targeted in Butare Prefecture "particularly" following the speech of President Sindikubwabo on 19 April 1994.[124] Hategekimana contends that the Trial Chamber failed to establish the commission of similar events or the targeting of other individuals on prohibited grounds in Rugomboka's neighbourhood in the same period. He also notes that the Indictment contains no allegations of such incidents occurring in Butare Prefecture prior to 20 April 1994, other than Rugomboka's killing.[125] According to Hategekimana, there is no link between the isolated incident of Rugomboka's killing and the widespread and systematic attack in the area which began two weeks later.[126]

61. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly determined that Rugomboka's killing formed part of a widespread or systematic attack.[127] It notes that the existence of such an attack is a fact of common knowledge and, thus, that the Prosecution was not required to call evidence in this respect.[128] The Prosecution further notes that the relevant crime need not necessarily be committed in the midst of the attack so long as it is sufficiently connected to it.[129]

62. Article 3 of the Statute requires that the crimes be committed "*as part of* a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds."[130] Hategekimana fails to appreciate that the Trial Chamber did not situate Rugomboka's murder in the context of a widespread and systematic attack that was limited to Ngoma Commune or Butare Prefecture. Rather, the Trial Chamber found that this killing formed part of "a systematic attack against the civilian population on political grounds" occurring "*throughout Rwanda*,

[121] Appeal Brief, para. 177; Reply Brief, para. 82.
[122] Reply Brief, paras. 79-81, *referring to The Prosecutor v. Édouard Karemera et al.*, Case No. ICTR-98-44-AR73(C), Decision on Prosecutor's Interlocutory Appeal of Decision on Judicial Notice, 16 June 2006, para. 28.
[123] Appeal Brief, para. 177. *See also* Reply Brief, para. 82.
[124] Appeal Brief, para. 178, *referring to* Trial Judgement, para. 680. *See also* Reply Brief, para. 82.
[125] Appeal Brief, para. 179; Reply Brief, para. 85.
[126] Reply Brief, paras. 84, 86.
[127] Response Brief, paras. 112-114.
[128] Response Brief, para. 113.
[129] Response Brief, para. 113, *referring to Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 100.
[130] Emphasis added. *See also Mrkšić and Šljivančanin* Appeal Judgement, para. 41; *Kunarac et al.* Appeal Judgement, para. 100.

including various parts of Butare [Prefecture]."[131] In view of this finding, it is immaterial that the Trial Chamber did not point to evidence that there was a widespread and systematic attack specifically in Ngoma Commune or Butare Prefecture *as of 7 April 1994*.[132] Hategekimana has not challenged on appeal the reasonableness of the Trial Chamber's finding that this murder related to a systematic attack on political grounds which took place throughout Rwanda.

63. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in finding that Rugomboka's murder formed part of a systematic attack throughout Rwanda against political opponents of the MRND party.

B. Forms of Responsibility

1. Responsibility for Ordering under Article 6(1) of the Statute

64. The Trial Chamber found that Hategekimana was present at and "led the abduction [of Rugomboka] and that soldiers under his command clearly obeyed him and executed his orders."[133] The Trial Chamber further found that, after the abduction, Rugomboka was detained at the Ngoma Military Camp and that soldiers subsequently "dumped his body" in the forest.[134] In addition, the Trial Chamber found that Hategekimana took the following actions in relation to Rugomboka's family and the local population following the abduction and killing:

> In a threatening manner, Hategekimana then closely monitored the actions and gestures of members of the population, by preventing any action on their part during the transportation of Rugomboka's body to his house and during his burial. Hategekimana specifically prohibited the family from leaving their residential compound after Rugomboka's abduction. He also prohibited the family, as well as members of the population, from using a vehicle to transport Rugomboka's body, from mourning and from gathering after the burial.[135]

Based on these findings, the Trial Chamber concluded that "the only logical and reasonable inference is that Hategekimana ordered the murder of Rugomboka."[136]

65. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that he ordered the killing of Rugomboka.[137] He asserts that, as the Trial Chamber recognized, no witness testified that

---

[131] Trial Judgement, para. 710 (emphasis added).
[132] *See Bagosora and Nsengiyumva* Appeal Judgement, para. 390 ("Nsengiyumva's argument that the Trial Chamber erred in 'taking the country of Rwanda as one crime scene' implies that, in order to qualify as crimes against humanity, the attacks in Gisenyi should have been shown to have been widespread or systematic *independently* of attacks taking place elsewhere in Rwanda. Such a suggestion is, however, erroneous, as the requirement is that the attacks be committed within a broader context, that is, *as part of* a widespread or systematic attack.").
[133] Trial Judgement, para. 304.
[134] Trial Judgement, para. 304.
[135] Trial Judgement, para. 304.
[136] Trial Judgement, para. 304.
[137] Appeal Brief, paras. 181-186.

Hategekimana gave the order and there was no circumstantial evidence of Rugomboka's murder.[138] In his view, it was therefore impossible to establish that there was an order to kill Rugomboka and that the people who killed him did so on Hategekimana's order.[139] Hategekimana contends that, in reaching its findings, the Trial Chamber gave undue weight to his position of authority and to his actions following the killing.[140] Furthermore, Hategekimana argues that the Trial Chamber erred in convicting him because it made no findings concerning a "statement or act by [him] revealing hatred for Rugomboka's political opinion and the will to commit a murder for political reasons."[141]

66. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably concluded on the basis of the circumstantial evidence, in particular related to his actions during the course of the abduction, that Hategekimana, as the commander of the Ngoma Military Camp, ordered the killing of Rugomboka.[142]

67. The Appeals Chamber recalls that a person in a position of authority may incur responsibility for ordering another person to commit an offence if the order has a direct and substantial effect on the commission of the illegal act.[143] Ordering, like any other form of responsibility, can be inferred from circumstantial evidence, so long as it is the only reasonable inference.[144]

68. As described above,[145] the Trial Chamber explained why the evidence compelled the conclusion that Hategekimana issued the order to kill Rugomboka.[146] In addition, even though there is no direct evidence that soldiers committed Rugomboka's killing,[147] the Trial Chamber inferred this based on circumstantial evidence,[148] which was within its discretion.[149] Based on the Trial Chamber's findings, Hategekimana clearly played a prominent role in Rugomboka's abduction and in monitoring and controlling the events in the aftermath of the killing. In addition, soldiers detained Rugomboka at the Ngoma Military Camp prior to his death and later disposed of his mutilated corpse in the forest. Beyond challenging the reliability of the underlying evidence

[138] Appeal Brief, paras. 183, 186.
[139] Appeal Brief, para. 186.
[140] Appeal Brief, para. 185.
[141] Appeal Brief, para. 187.
[142] Response Brief, paras. 106-110.
[143] *Renzaho* Appeal Judgement, para. 315; *Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 75. *See also Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 481; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 182; *Semanza* Appeal Judgement, para. 361; *Galić* Appeal Judgement, para. 176; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 28.
[144] *Renzaho* Appeal Judgement, para. 318. *See also Dragomir Milošević* Appeal Judgement, para. 265; *Galić* Appeal Judgement, para. 178.
[145] *See supra* para. 64.
[146] Trial Judgement, para. 304.
[147] Trial Judgement, paras. 286, 292.
[148] Trial Judgement, para. 296.
[149] *See, e.g., Muhimana* Appeal Judgement, paras. 49, 50 (finding no error in the Trial Chamber's conclusion based on circumstantial evidence that two women were raped).

discussed below, Hategekimana has not identified any other reasonable inference that could be drawn from these findings than that Hategekimana ordered soldiers to kill Rugomboka and that they carried out this order.

69. Finally, contrary to Hategekimana's submission, the Trial Chamber was not required to find that Hategekimana possessed any animus against Rugomboka's political views or that Hategekimana had the specific intent to kill him on political grounds. The Appeals Chamber has held that "the Prosecutor is under no obligation to go forward with a showing that the crime charged was committed against a particular victim with a discriminatory intent."[150]

70. For the foregoing reasons, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in convicting him under Article 6(1) of the Statute for ordering the killing of Rugomboka.

2. Responsibility as a Superior under Article 6(3) of the Statute

71. The Trial Chamber found Hategekimana responsible for the killing of Rugomboka as a superior based on Article 6(3) of the Statute.[151] The Trial Chamber did not enter a conviction on this basis and only took it into account as an aggravating factor in sentencing.[152]

72. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that he was aware of the criminal conduct of his subordinates.[153] In particular, he challenges the Trial Chamber's finding in paragraph 706 of the Trial Judgement that, due to his position as commander of the Ngoma Military Camp and as a member of the Prefecture Security Council, he must have received regular intelligence reports.[154] Hategekimana argues that the Trial Chamber's findings that he was a member of the Prefecture Security Council and that he received briefings lack an evidentiary basis.[155]

73. The Appeals Chamber recalls that for an accused to be held responsible under Article 6(3) of the Statute, the Prosecution must prove, among other things, that the accused knew or had reason to know that the crime was going to be committed or had been committed by his subordinates.[156] In entering the finding that Hategekimana was responsible as a superior for Rugomboka's murder, the Trial Chamber did not discuss his knowledge of his subordinates' criminal conduct.[157]

---

[150] *Akayesu* Appeal Judgement, para. 467.
[151] Trial Judgement, para. 712.
[152] Trial Judgement, paras. 712, 743.
[153] Appeal Brief, paras. 188-190.
[154] Appeal Brief, paras. 188, 189.
[155] Appeal Brief, paras. 188, 189.
[156] *Setako* Appeal Judgement, para. 269; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 484; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 143; *Halilović* Appeal Judgement, para. 59; *Delalić et al.* Appeal Judgement, para. 222.
[157] Trial Judgement, para. 712.

Hategekimana's knowledge, however, is clearly apparent in the Trial Chamber's finding that he ordered the soldiers to kill Rugomboka, as well as from its findings as to Hategekimana's presence and conduct during the abduction and after Rugomboka's death.[158] Thus, any possible error in the Trial Chamber's assessment of Hategekimana's role as a purported member of the Prefecture Security Council would not result in a miscarriage of justice.

74. The Appeals Chamber further notes that paragraph 706 of the Trial Judgement relates to Hategekimana's knowledge of whether his actions formed part of a widespread and systematic attack against the Tutsi civilian population. It concerns neither Hategekimana's knowledge of his subordinates' participation in Rugomboka's murder nor his knowledge of whether his actions formed part of the systematic attack on political grounds. Therefore, this assessment does not impact Hategekimana's responsibility as a superior under Article 6(3) of the Statute for the murder of Rugomboka.

75. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in holding him responsible as a superior for this crime under Article 6(3) of the Statute.

C. Assessment of the Evidence

76. The Trial Chamber found that, on the night of 8 to 9 April 1994, Hategekimana and soldiers from the Ngoma Military Camp forcibly entered Rugomboka's home, while other civilian assailants remained outside.[159] On Hategekimana's orders, the soldiers searched the house and then forced Rugomboka to wear a white t-shirt bearing the effigy of Fred Rwigema, a founding member of the RPF, which they found in the house.[160] The soldiers then took Rugomboka from his house and brought him to the Ngoma Military Camp where Hategekimana detained him.[161] On 9 April 1994, Witnesses QDC and QCL made enquiries into Rugomboka's whereabouts and the officials they contacted were either evasive or intimated that Hategekimana was involved.[162] The Trial Chamber further found that soldiers subsequently removed Rugomboka from the camp and that his mutilated corpse was found on the morning of 10 April 1994 in a forest near the camp.[163] Following the killing, Hategekimana monitored the actions of the local population and Rugomboka's family and exercised control over the mourning of Rugomboka's death, as well as the transport and the burial

[158] Trial Judgement, paras. 304, 711.
[159] Trial Judgement, paras. 263, 269, 280, 285, 304, 711.
[160] Trial Judgement, paras. 283, 288, 711.
[161] Trial Judgement, paras. 286, 288, 289, 304.
[162] Trial Judgement, para. 286.
[163] Trial Judgement, paras. 292, 296, 304.

of his body.[164] Based on these findings, the Trial Chamber concluded that Hategekimana ordered the murder of Rugomboka.[165]

77. Hategekimana challenges various aspects of the assessment of the evidence underpinning these findings.[166]

1. The Abduction

(a) Prosecution Witnesses QDC and QCN

78. The Trial Chamber based its findings relating to the initial phase of the attack on Rugomboka's home principally on the direct evidence of Witnesses QDC and QCN and considered that their testimonies corroborated each other.[167] In particular, the Trial Chamber found that Witness QDC was present at Rugomboka's home on the night of 8 to 9 April 1994.[168] The Trial Judgement reflects that, according to her testimony, assailants arrived at Rugomboka's home at around 11.00 p.m. and unsuccessfully attempted to enter the house.[169] Only after hearing the assailants cock their guns, did Rugomboka and his brother finally open the door and allow them into the house.[170]

79. The Trial Chamber found that Witness QCN observed the events at Rugomboka's home that night through a window.[171] According to the Trial Judgement, the witness's testimony reflects that, between 10.00 and 11.00 p.m., soldiers first surrounded her house before proceeding to Rugomboka's home nearby.[172] The Trial Chamber also noted the testimony of Witness QCN that the lights were on in Rugomboka's house and his door was open, and that she saw many soldiers in his house.[173]

80. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on these accounts and in considering that they corroborated each other, in particular focusing on the reliability of Witness QCN's evidence.[174] Hategekimana argues that Witness QCN could not have observed what transpired at Rugomboka's home given the poor lighting and the curtains obstructing her view.[175]

---

[164] Trial Judgement, para. 304.
[165] Trial Judgement, para. 304.
[166] Appeal Brief, paras. 37-171, 173, 174.
[167] Trial Judgement, paras. 264-268.
[168] Trial Judgement, paras. 264, 281.
[169] Trial Judgement, para. 234.
[170] Trial Judgement, para. 234.
[171] Trial Judgement, para. 264.
[172] Trial Judgement, para. 242.
[173] Trial Judgement, paras. 242, 264.
[174] Appeal Brief, paras. 37-51.
[175] Appeal Brief, paras. 37-39, 45.

Hategekimana further argues that the Trial Chamber unreasonably minimized the discrepancies between the two witnesses' accounts as well as those between Witness QCN's testimony and her prior statement.[176] In particular, he argues that the Trial Chamber erred in explaining certain differences based on trauma since Witness QCN was not a victim of the attack.[177] Finally, Hategekimana contends that the Trial Chamber failed to make key findings on some issues in order to show that Witness QCN was able to follow the events and to demonstrate that it was possible for her not to have seen Hamdani, a neighbour who tried to assist the soldiers in gaining entry into Rugomboka's home, or at least to hear the calls for help that prompted his arrival. In particular, Hategekimana argues that the Trial Chamber failed to make findings on: the layout of the surrounding area of Rugomboka's home; the existence of the window at Witness QCN's home; and the number of assailants.[178]

81. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably credited the testimonies of Witnesses QDC and QCN.[179]

82. The Appeals Chamber is not convinced that Hategekimana has identified any inconsistency between or within the accounts of Witnesses QDC and QCN that would call into question the Trial Chamber's reliance on their evidence. The Appeals Chamber recalls that a trial chamber has the main responsibility to resolve any inconsistencies that may arise within or among witnesses' testimonies.[180] It is within the discretion of the trial chamber to evaluate any such inconsistencies, to consider whether the evidence taken as a whole is reliable and credible, and to accept or reject the fundamental features of the evidence.[181] The Appeals Chamber further recalls that "corroboration may exist even when some details differ between testimonies, provided that no credible testimony describes the facts in question in a way which is not compatible with the description given in another credible testimony."[182]

83. The Trial Chamber considered that Witnesses QDC and QCN were consistent on a number of details, including that the attack occurred on the night of 8 to 9 April 1994, the time at which it began, its sequence, and the fact that the attack involved a large number of soldiers who entered

[176] Appeal Brief, paras. 41, 43-51.
[177] Appeal Brief, para. 42.
[178] Appeal Brief, paras. 38, 45-50.
[179] Response Brief, paras. 72, 73. *See also* AT. 15 December 2011 p. 21.
[180] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 71; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 355; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 207; *Simba* Appeal Judgement, para. 103.
[181] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 71; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 355; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 207; *Simba* Appeal Judgement, para. 103.
[182] *Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 428. *See also Munyakazi* Appeal Judgement, para. 71; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 201; *Karera* Appeal Judgement, para. 173.

Rugomboka's home.[183] The Trial Chamber discussed the purported inconsistencies highlighted by Hategekimana and considered that they were minor and easily explained.[184]

84. The Appeals Chamber observes that, although the Trial Chamber did not specify the basis of its finding of trauma in connection with Witness QCN, it follows from her testimony that she was "frightened" after seeing soldiers enter Rugomboka's house.[185] This evidence provides a reasonable basis in support of the Trial Chamber's finding.

85. In addition, as noted by the Trial Chamber, there is nothing in Witness QCN's testimony to suggest that she closely followed all aspects of the attack on Rugomboka's house, including the soldiers' initial entry.[186] Witness QCN also stated that she could not hear any cries for help because she was inside her house.[187] Therefore, Hategekimana has not shown that it was unreasonable for the Trial Chamber to accept that Witness QCN did not see or hear the incident involving Hamdani.

86. The Appeals Chamber considers that, given the factors noted by the Trial Chamber, such as the witnesses' varying vantage points, the number of soldiers, the passage of time, and trauma,[188] it was reasonable for the Trial Chamber to find that Witnesses QDC and QCN corroborated each other. The Appeals Chamber further observes that the specific hours offered by the witnesses in respect of the commencement of the attack were only estimates and thus they are not incompatible.

87. Finally, the Trial Chamber heard testimony from Witnesses QCN concerning the existence of the window in her house, the estimated distance from her house to Rugomboka's home, and her ability to see soldiers after they entered Rugomboka's house.[189] It was within the Trial Chamber's discretion to accept this direct testimony, and Hategekimana has not identified anything in the record which might cast doubt on the reliability of her observations. Indeed, it follows from Witness QCN's testimony that the lights were turned on in Rugomboka's house and her curtains were drawn only after she observed the soldiers in Rugomboka's living room.[190]

---

[183] Trial Judgement, paras. 264, 267.
[184] Trial Judgement, paras. 265-268.
[185] T. 26 March 2009 p. 28 (closed session).
[186] *See* Trial Judgement, para. 275 ("Contrary to the Defence submission, the [Trial] Chamber notes that Witness QCN by no means testified that she spent hours watching what was happening in Rugomboka's house, be it during the proceedings or in her prior statement."). It also follows from Witness QCN's testimony that, when she looked out of her window, the soldiers were already in Rugomboka's house. *See* T. 26 March 2009 p. 28 (closed session).
[187] T. 30 March 2009 p. 30 (closed session) ("We were in a room, and it is difficult to hear the noise coming from outside. But on the following morning, Bosco's mother said that someone had cried out. But when he observed that there were soldiers, he stopped shouting. But we did not hear those cries from the room in which we were.").
[188] Trial Judgement, paras. 265-268.
[189] T. 26 March 2009 pp. 28, 29.
[190] T. 30 March 2009 p. 30.

88. Accordingly, the Appeals Chamber considers that it was reasonable for the Trial Chamber to accept the evidence of Witnesses QDC and QCN concerning the commencement of the attack.

(b) Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp

89. The Trial Chamber found that soldiers from the Ngoma Military Camp abducted Rugomboka on the night of 8 to 9 April 1994.[191] The Trial Chamber relied on Witnesses QDC and QCN who provided first-hand evidence of the role of soldiers during the attack and who heard that the soldiers were from the Ngoma Military Camp.[192] In this respect, the Trial Chamber found that Witness QDC learned from Rugomboka's older brother, Martial, the names of three soldiers who participated in the attack: Pacifique, Gatwaza, and Habimana.[193] The Trial Chamber considered this information together with the accounts of Witnesses QCL, Masinzo, and BYR, who confirmed in varying degrees that these soldiers were from the Ngoma Military Camp.[194] In addition, the Trial Chamber noted that Witness BYR, also a Ngoma Military Camp soldier, observed his fellow soldiers Pacifique and Gatwaza returning to the camp on the morning of 9 April 1994 with Rugomboka in the company of another camp soldier named Niyonteze.[195] Finally, the Trial Chamber considered the evidence of Witnesses QCL, XR, and Masinzo who heard that the assailants came from the Ngoma Military Camp.[196] The Trial Chamber also accepted that some members of the *Interahamwe* were present during the attack but did not find that they participated in Rugomboka's abduction, torture, or murder.[197]

90. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp abducted Rugomboka.[198] In particular, he argues that Witnesses QDC and QCN had only a limited and unreliable basis of knowledge for recognizing the assailants as soldiers.[199] Hategekimana further notes that these witnesses offered no description of the assailants' insignia or dress which would identify them as soldiers.[200] He also highlights an alleged discrepancy between the evidence of Witness QCN and her prior statement, in which she identified the assailants as bandits.[201]

---

[191] Trial Judgement, paras. 280, 304.
[192] Trial Judgement, paras. 269-272.
[193] Trial Judgement, para. 269.
[194] Trial Judgement, paras. 269, 270.
[195] Trial Judgement, paras. 270, 288, 289.
[196] Trial Judgement, para. 270.
[197] Trial Judgement, paras. 271, 303.
[198] Appeal Brief, paras. 52-90, 143.
[199] Appeal Brief, paras. 69-71, 74; Reply Brief, paras. 63, 64.
[200] Appeal Brief, paras. 60, 61.
[201] Appeal Brief, paras. 62, 63.

91. In addition, Hategekimana challenges the Trial Chamber's reliance on Witness BYR by disputing that he was a soldier assigned to the Ngoma Military Camp and questioning his credibility based on his detention in Rwanda.[202] Hategekimana further argues that the Trial Chamber had insufficient evidence to determine that the soldiers seen by Witness BYR arriving at the camp were indeed the same individuals present at Rugomboka's house.[203] Hategekimana also challenges the Trial Chamber's reliance on the hearsay evidence of Witnesses QCN, QCL, XR, and Masinzo as corroboration for Witness QDC since their basis of knowledge was Witness QDC's own account.[204]

92. Finally, Hategekimana argues that certain aspects of the evidence belie the witnesses' conviction and the Trial Chamber's findings that soldiers played a role in the event. More specifically, he questions why, if soldiers participated in the attack, Witness QCN's husband called the gendarmerie and reported that the area was under attack from "unknown persons" and also why Witness QDC initially searched for Rugomboka at the gendarmerie.[205] Hategekimana further contends that, if soldiers had participated in the attack, they would not have knocked on the door, but rather forced it open.[206] Hategekimana also notes that the Trial Chamber accepted that civilians and *Interahamwe* were present at the scene of the attack and argues that it was therefore impossible to find who abducted Rugomboka.[207]

93. The Prosecution responds that the Trial Chamber had a reasonable basis to determine that soldiers from the Ngoma Military Camp abducted Rugomboka.[208]

94. In finding that soldiers carried out the abduction, the Trial Chamber relied principally on the direct evidence of Witnesses QDC and QCN, who testified that a large number of soldiers attacked Rugomboka's residence.[209] The Appeals Chamber does not accept Hategekimana's argument that the witnesses lacked an adequate basis for identifying the assailants as soldiers. Although the Trial Chamber did not expressly address this issue, the Appeals Chamber notes that, according to Witness QDC, these assailants wore "military uniforms, a military cap and military boots".[210] The witness further explained that the assailants' berets were black, that this was the colour worn by soldiers, and that she was able to distinguish soldiers from gendarmes on this basis.[211] In view of

[202] Appeal Brief, paras. 78-87, 128; Reply Brief, paras. 67, 68.
[203] Appeal Brief, paras. 88-89; Reply Brief, para. 69.
[204] Appeal Brief, paras. 76, 77; Reply Brief, para. 66.
[205] Appeal Brief, paras. 64, 65, 75. *See also* AT. 15 December 2011 p. 18.
[206] Appeal Brief, para. 75. *See also* AT. 15 December 2011 p. 19.
[207] Appeal Brief, paras. 56-59.
[208] Response Brief, paras. 80-103.
[209] Trial Judgement, paras. 264-272.
[210] T. 23 March 2009 p. 29 (closed session).
[211] T. 23 March 2009 p. 41 (closed session) ("And they asked me what type of attire the soldiers who had taken away Bosco were wearing, what type of berets they were wearing, and I explained that they were wearing black berets. And then they told me that I was lying, that I did not know the soldiers, and they brought me red berets. And I told them no,

this testimony, the Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's submission that Witness QDC lacked an adequate basis of knowledge to identify the assailants as soldiers.

95. Consistent with the evidence of Witness QDC, Witness QCN also described the assailants' attire as "military uniforms".[212] The Appeals Chamber observes, however, that Witness QCN did not provide any additional identifying details with respect to the uniforms, other than describing them as camouflage.[213] She also noted that she was not able to distinguish between military uniforms.[214] That said, the Trial Chamber simply considered that Witness QCN's testimony "supplement[ed] the testimony of Witness QDC."[215] Given that Witness QDC had an adequate basis for identifying the assailants as soldiers, Hategekimana has not demonstrated why any additional detail was required from Witness QCN. Accordingly, the Appeals Chamber is satisfied that it was reasonable for the Trial Chamber to rely on Witnesses QDC and QCN in order to establish the involvement of soldiers in the attack.

96. In addition, as the Trial Chamber explained, there is no inconsistency between Witness QCN's testimony about seeing soldiers and her prior statement in which she stated that she initially believed that they were bandits, only later to learn that they were soldiers.[216] Indeed, a review of Witness QCN's evidence reveals that she agreed with her prior statement.[217] Hategekimana fails to appreciate that Witness QCN's initial uncertainty as to the identity of the assailants is not what is important. The fact remains that Witness QCN consistently described the assailants as wearing military attire in both her statement and testimony.[218] As noted above, it is this observation which reasonably provides corroboration for Witness QDC's evidence. Accordingly, the Appeals Chamber considers that it was reasonable for the Trial Chamber to find that there was no inconsistency between Witness QCN's testimony and her prior statement.

---

those soldiers were not wearing those type of berets, that I knew these berets and these were berets worn by gendarmes. I insisted that those soldiers were bearing black berets.").
[212] T. 26 March 2009 pp. 29, 30 (closed session).
[213] T. 26 March 2009 pp. 29, 30 (closed session). *See also* T. 30 March 2009 p. 3 ("Usually when I'm talking about military uniforms, I'm referring to camouflage. That was what I observed when I saw them.").
[214] T. 30 March 2009 p. 3.
[215] Trial Judgement, para. 272.
[216] Trial Judgement, paras. 273, 274. Hategekimana also questions Witness QCN's credibility asserting that, given her profession, she would not have been able to afford a landline telephone. *See* Appeal Brief, para. 66. The Appeals Chamber finds that this argument is speculative and does not call into question the reasonableness of the Trial Chamber's reliance on Witness QCN's testimony.
[217] T. 30 March 2009 p. 8 ("First of all, we thought that they were thieves. But, as time went by, we learned that they were soldiers, because on the following day, the people who had come under attack told us that they had recognised some soldiers among the group of attackers. In these families there were children who recognized the soldiers. And we also subsequently came to the conclusion that these people were soldiers who were based at the Ngoma [Military C]amp.").
[218] T. 26 March 2009 pp. 29, 30 (closed session); Trial Judgement, para. 274.

97. Finally, Hategekimana's suggestion that, had soldiers participated, they would have forced their way into the house is mere speculation and does not call into question the reasonableness of the Trial Chamber's findings.

98. Accordingly, the Appeals Chamber finds that the Trial Chamber reasonably relied on the evidence of Witnesses QDC and QCN in finding that soldiers attacked Rugomboka's house and carried out his abduction.

99. The Appeals Chamber observes that the key elements linking the soldiers to the Ngoma Military Camp are: (i) Witness QDC's testimony that Pacifique, Gatwaza, and Habimana participated in the attack; (ii) the evidence of other witnesses, who knew these soldiers, confirming their affiliation with the Ngoma Military Camp; and (iii) Witness BYR's account of Pacifique, Gatwaza, and Lieutenant Niyonteze returning to the camp with a prisoner on the morning of 9 April 1994.[219]

100. The Trial Chamber noted that Witness QDC identified the assailants as being Ngoma Military Camp soldiers based on information from Rugomboka's older brother, Martial, who recognized Pacifique, Gatwaza, and Habimana.[220] A review of Witness QDC's testimony reflects that she did not attribute this information specifically to Martial and instead spoke more broadly about it coming from one of Rugomboka's siblings.[221] However, Witness QCN explained that Witness QDC told her on the morning following the attack that the identification information specifically came from Martial.[222] Consequently, there is no merit to Hategekimana's contention that the source of Witness QDC was not identified. Accordingly, the Appeals Chamber is satisfied that it was reasonable for the Trial Chamber to rely on Witness QDC in order to establish the involvement of these soldiers in the attack.

101. It follows from Witness QDC's testimony that Rugomboka's home was near the Ngoma Military Camp and that Rugomboka and his brother were familiar with soldiers from the camp and appear to have played football there.[223] Hategekimana has not shown that, in these circumstances, it would be unreasonable for the Trial Chamber to accept that Rugomboka's brother could identify some of the camp's soldiers. Furthermore, Hategekimana does not dispute the evidence that Pacifique, Gatwaza, and Habimana were soldiers serving at the Ngoma Military Camp.

---

[219] Trial Judgement, paras. 269-272.
[220] Trial Judgement, para. 269.
[221] T. 23 March 2009 p. 40 (closed session). Rugomboka had seven siblings. *See* T. 23 March 2009 p. 26 (closed session).
[222] T. 30 March 2009 p. 13 (closed session). The Appeals Chamber notes that in the English version of the transcripts of Witness QCN's testimony "Martial" is spelled "Marcel". The Appeals Chamber notes, however, that in the French version it is correctly spelled "Martial". *See* T. 30 March 2009 p. 15 (French) (closed session).
[223] T. 23 March 2009 pp. 42, 64 (closed session).

102. In addition, the Trial Chamber reasonably concluded that Witness BYR's observations corroborated Witness QDC's second-hand testimony that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the abduction. In the Trial Judgement, the Trial Chamber extensively discussed the challenges to Witness BYR's credibility raised by Hategekimana on appeal, including his assignment to the Ngoma Military Camp and his ongoing criminal proceedings in Rwanda.[224] The Trial Chamber, nonetheless, considered Witness BYR's account as "detailed and coherent",[225] reliable[226] and "credible".[227] On appeal, Hategekimana simply attempts to re-litigate matters relating to his credibility and fails to demonstrate that the Trial Chamber erred in accepting the witness's evidence.

103. Furthermore, Hategekimana has identified no evidence in the record which might call into question the Trial Chamber's conclusion that the soldiers named Pacifique and Gatwaza, observed by Witness BYR entering the camp on the morning of 9 April 1994, were the same as those soldiers participating in Rugomboka's abduction. Hategekimana places considerable weight on Witness BYR's inability to identify Rugomboka – including his failure to mention the effigy of Fred Rwigema on the t-shirt – as well as on the discrepancy in timing between when the assailants left Rugomboka's house and their arrival at the camp, and the difference in the number of soldiers returning and those said to have participated in the operation.[228]

104. Hategekimana, however, has not demonstrated why in the circumstances it would have been unreasonable for Witness BYR not to have observed or recalled the effigy on the t-shirt. In addition, the Trial Chamber explained the lapse between the abduction and arrival at the camp by reference to the fact that the soldiers returned to the house for a further search after obtaining information.[229] There is also no basis for Hategekimana's suggestion that all soldiers participating in the abduction and search of Rugomboka's house would have returned at the same time.

105. The Appeals Chamber considers that the proximity of Rugomboka's house to the Ngoma Military Camp, the timing of the abduction and arrival at the camp, and the presence of a prisoner wearing a white t-shirt, provided the Trial Chamber with a reasonable basis to confirm that the soldiers who abducted Rugomboka returned to the camp with him on 9 April 1994.

106. In view of this evidence, Hategekimana's challenges to the Trial Chamber's reliance on the evidence of Witnesses QCN, QCL, XR and Masinzo, who heard that soldiers from the Ngoma

[224] Trial Judgement, paras. 292-295.
[225] Trial Judgement, para. 289.
[226] Trial Judgement, para. 293.
[227] Trial Judgement, para. 295.
[228] Appeal Brief, paras. 127-143.
[229] Trial Judgement, para. 291.

Military Camp abducted Rugomboka, are immaterial. In any case, beyond noting this evidence,[230] it does not follow from the Trial Judgement that the Trial Chamber placed decisive weight on this aspect of these witnesses' evidence. In a similar vein, it is also irrelevant that Witness QDC was not aware at the time of the attack or in its immediate aftermath that the soldiers were specifically from the Ngoma Military Camp.[231]

107. In addition, the Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber's finding on the presence of civilian assailants is in no way contradictory to its finding that soldiers from the Ngoma Military Camp abducted Rugomboka,[232] particularly in light of Witness BYR's testimony. Hategekimana also fails to appreciate that, although Witness QDC mentioned the presence of civilians, her testimony reflects that these individuals remained outside the house.[233] In addition, although the Trial Chamber accepted the evidence of Defence witnesses that civilian assailants were present, it identified a number of concerns regarding their credibility and did not accept the specific details of their accounts as to how the attack unfolded.[234] Hategekimana has not demonstrated that this determination was unreasonable.

108. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp attacked and abducted Rugomboka from his home on the night of 8 to 9 April 1994.

(c) Presence of Hategekimana

109. The Trial Chamber found that Hategekimana was present during the abduction of Rugomboka and that he "directed operations and gave instructions which were followed by Ngoma [Military] Camp soldiers."[235] In finding that Hategekimana was present during the abduction, the Trial Chamber relied principally on the evidence of Witness QDC.[236] The Trial Chamber noted that she did not personally know Hategekimana prior to the abduction.[237] However, it found that, during the attack, Rugomboka's older brother, Martial, informed Witness QDC that a particular soldier standing against a wall issuing instructions to others was "Bikomago Ildephonse", commander of the Ngoma Military Camp.[238] The Trial Chamber then relied on evidence that "Bikomago" was well

[230] Trial Judgement, para. 272.
[231] Hategekimana also challenges various aspects of the accounts of Witnesses QDC and QCL concerning their efforts to locate Rugomboka following the attack. *See* Appeal Brief, paras. 120, 121, 123. These findings, however, do not underpin Hategekimana's criminal responsibility.
[232] Trial Judgement, para. 271.
[233] T. 23 March 2009 pp. 63, 64.
[234] Trial Judgement, paras. 278, 279.
[235] Trial Judgement, para. 285.
[236] Trial Judgement, paras. 281-284.
[237] Trial Judgement, para. 281.
[238] Trial Judgement, para. 281.

known in the community as the alias for Hategekimana.[239] The Trial Chamber also considered Witness QDC's physical description of the man identified as "Bikomago", noting that she mentioned "a man of medium height, who was quite stocky, not very dark, with a pot belly."[240] The Trial Chamber noted its similarity with the description of other credible witness, notably, Witness QCL who described a "man who 'was not tall, and was not very dark, with a big stomach.'"[241] Finally, the Trial Chamber noted that the participation of soldiers from the Ngoma Military Camp and the fact that "Bikomago" was "supervising and monitoring [their] actions" further supported the conclusion that Hategekimana was the soldier identified by Witness QDC as "Bikomago".[242]

110. Hategekimana submits that no reasonable trier of fact could have accepted Witness QDC's evidence identifying him during the abduction of Rugomboka.[243] Hategekimana challenges several aspects of the identification, including that: it was made under difficult and unclear circumstances; Witness QDC's basis for the identification at the time was hearsay; he was identified only as "Bikomago", not by his proper name or position; Witness QDC's association of "Bikomago" with Hategekimana is suspect as it came after the genocide and its basis is unclear; his local fame is speculation; the physical description of him was general and vague; and the Trial Chamber arbitrarily dismissed or failed to consider the descriptions provided by Defence witnesses of him having a beard.[244]

111. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably concluded that Hategekimana was present during the abduction and led the attack.[245]

112. The Appeals Chamber is not convinced that the traumatic circumstances of the attack prevented the Trial Chamber from reasonably relying on Witness QDC's observations about what transpired during the attack. The Trial Chamber was aware of the traumatic nature of the incident,[246] and its extensive examination of Witness QDC's testimony reflects that it accepted it after careful consideration.[247] Hategekimana fails to appreciate that Witness QDC was present

---

[239] Trial Judgement, para. 281.
[240] Trial Judgement, para. 282.
[241] Trial Judgement, para. 282, *citing* T. 16 March 2009 p. 32. The relevant transcript indicates that Witness QCL testified: "[Hategekimana] was not tall, he had a big chest, and he was not very dark." *See* T. 16 March 2009 p. 32. While the Appeals Chamber notes the slight discrepancy between the transcript and its representation in the Trial Judgement, it considers this to be minor and have no impact on the Trial Chamber's finding *per se*.
[242] Trial Judgement, para. 284.
[243] Appeal Brief, paras. 91-101, 104-107; Reply Brief, paras. 50-52, 54.
[244] Appeal Brief, paras. 92-101, 103-118; Reply Brief, paras. 50-57. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 15, 16, 18, 19. 38.
[245] *See* Response Brief, paras. 106-110. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 20-23.
[246] Trial Judgement, para. 299.
[247] Trial Judgement, paras. 264, 266-272, 281-284, 286, 288, 290-292, 299, 301, 302, 304.

throughout the operation, that the lights were on in the house, and that she personally interacted at close range with the soldier identified as "Bikomago".[248]

113. In addition, the Appeals Chamber is satisfied that it was reasonable for the Trial Chamber to rely on Witness QDC's identification of the leader of the attack as "Bikomago". Witness QDC explained that she learned this information from Rugomboka's older brother, Martial, during the course of the attack.[249] As noted above, Rugomboka's home was near the Ngoma Military Camp and his brother was familiar with soldiers at the camp.[250] Hategekimana has not shown that, in these circumstances, no reasonable trier of fact could accept that Rugomboka's brother could identify the leader of the attack as "Bikomago", commander of the camp.

114. The Appeals Chamber further considers that it was reasonable for the Trial Chamber to conclude that "Bikomago" was the alias for Hategekimana. The Trial Chamber considered evidence from several witnesses that Hategekimana was well-known in the local community as "Bikomago", most significantly from Witness BYR, a soldier assigned to the Ngoma Military Camp.[251] It was within the discretion of the Trial Chamber to accept such evidence.

115. Although the description of Hategekimana offered by Witnesses QDC and QCL is somewhat general, the Appeals Chamber observes that it is consistent and that Witness QCL was familiar with Hategekimana.[252] Hategekimana has also not shown how the Trial Chamber erred in rejecting the Defence evidence describing him as having a beard or how this conflicts with the descriptions of him provided by Witnesses QDC and QCL. Therefore, the Appeals Chamber considers that Witness QDC's description of Hategekimana's physical features was a reasonable factor for the Trial Chamber to consider in assessing his participation in the abduction.

116. The Appeals Chamber is also satisfied that, given the leadership role played by the soldier identified as "Bikomago", as well as the presence of soldiers from the Ngoma Military Camp, it was reasonable for the Trial Chamber to consider the circumstantial evidence of Hategekimana's role as camp commander in assessing "Bikomago's" identity.

117. The Appeals Chamber considers that, when considered together, the direct, circumstantial, and hearsay evidence of Hategekimana's role in the attack provides a reasonable basis for the Trial Chamber's conclusion. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that it was unreasonable

[248] T. 23 March 2009 pp. 28, 68 (closed session).
[249] Trial Judgement, para. 269.
[250] *See supra* para. 101.
[251] *See, e.g.*, Witness BYR, T. 9 April 2009 p. 39; Witness QCL, T. 16 March 2009 p. 30; Witness QDC, T. 23 March 2009 p. 42 (closed session); Witness QCN, T. 26 March 2009 p. 41. *See also* Trial Judgement, para. 281.
[252] T. 16 March 2009 p. 32.

for the Trial Chamber to conclude that he was present during the abduction and that he directed the operation.

2. Circumstances Surrounding the Killing and Burial

118. The Trial Chamber found that, following the abduction, Rugomboka was detained at the Ngoma Military Camp, that he was then tortured and killed by soldiers, and that his corpse was then "dumped" in a forest near the camp.[253] The Trial Chamber noted the absence of eyewitnesses of Rugomboka's torture and killing.[254] Nonetheless, it noted that a soldier at the camp named Mukangahe informed Witness BYR that other soldiers were saying that Rugomboka had been removed from the camp on the night of 9 April 1994 by the same individuals who brought him there.[255] In addition, the Trial Chamber found that Rugomboka's mutilated corpse was discovered the next morning in a forest.[256] The Trial Chamber also found that, following the killing, Hategekimana and soldiers from the Ngoma Military Camp were present at the site where Rugomboka's body was discovered. They then closely monitored the population and Rugomboka's family and prevented certain actions on their part during the transport of the body and its burial.[257]

119. Hategekimana submits that there was no reliable evidence that Rugomboka was detained at the Ngoma Military Camp.[258] Hategekimana also observes that Witness BYR's information related to Rugomboka's removal by soldiers from the camp is second or third-hand hearsay.[259] He further notes that no other witness assigned to the Ngoma Military Camp mentioned Rugomboka's detention there.[260] In addition, Hategekimana highlights that the Trial Chamber lacked direct evidence of circumstances surrounding Rugomboka's killing and that it acknowledged that it did not know the exact time of his removal and killing or the specific location where his body was discovered.[261] In this respect, Hategekimana also argues that the Trial Chamber unreasonably rejected the evidence of Witness MZA, who indicated that the site was far from the Ngoma Military Camp, which is significant since it undermines the inference that camp soldiers participated in the killing of Rugomboka.[262]

120. In addition, Hategekimana asserts that the Indictment does not plead his role in the discovery of the body or other conduct following the killing of Rugomboka and thus that the Trial

[253] Trial Judgement, paras. 289, 296, 304.
[254] Trial Judgement, para. 286.
[255] Trial Judgement, para. 292.
[256] Trial Judgement, para. 304.
[257] Trial Judgement, paras. 297-299, 304.
[258] Appeal Brief, para. 146.
[259] Appeal Brief, paras. 147, 148.
[260] Appeal Brief, para. 149.
[261] Appeal Brief, para. 151.

Chamber erred in relying on this to convict him.[263] Hategekimana also points to the evidence that civilian assailants were seen at the site where the body was discovered, and submits that the Trial Chamber thus unreasonably excluded the possibility that they were responsible for the crime.[264] In this respect, he also argues that the Trial Chamber unreasonably rejected Defence Witness MZA's testimony that no soldiers were present when the body was discovered.[265] He further questions the Trial Chamber's preference for Witness QCL's evidence relating to the presence and actions of Hategekimana and five other soldiers after the discovery of the body over that of Witness QDC, who did not see Hategekimana at that time.[266]

121. The Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber reasonably concluded that soldiers from the Ngoma Military Camp killed Rugomboka on the night of 9 to 10 April 1994. The Appeals Chamber has already determined that the Trial Chamber had a reasonable basis to conclude that soldiers from the camp abducted Rugomboka on the night of 8 to 9 April 1994 and subsequently detained him at the Ngoma Military Camp.[267] Although Witness BYR's testimony concerning the removal of Rugomboka by soldiers is hearsay, it was within the Trial Chamber's discretion to accept this evidence, especially since it is corroborated by the circumstantial evidence of Witness BYR's familiarity with events at the camp, the location of the detention, and the role of the soldiers in Rugomboka's abduction and transfer to the camp. The fact that other soldiers from the Ngoma Military Camp did not mention this incident is insufficient to demonstrate on appeal that the Trial Chamber erred in accepting Witness BYR's testimony that it occurred.

122. The Appeals Chamber is also not convinced that the Trial Chamber erred in not specifying the exact time of the killing or the precise location where Rugomboka's body was discovered. The Trial Chamber identified the killing as occurring on the night of 9 to 10 April 1994 and heard evidence that the corpse was left in a forest near the Ngoma Military Camp.[268] Hategekimana has not explained why additional precision would be required with respect to the time of the killing. In addition, Hategekimana fails to appreciate that the Trial Chamber heard direct evidence, which it accepted, that the corpse was found near the camp.[269] In any case, it expressly found that the precise location of the corpse had no impact on its findings concerning who was responsible for the killing.[270]

---

[262] Appeal Brief, paras. 155-159; Reply Brief, para. 71.
[263] Appeal Brief, paras. 160-163.
[264] Appeal Brief, paras. 152, 157, 169-171.
[265] Appeal Brief, paras. 152, 169.
[266] Appeal Brief, paras. 164-171.
[267] *See supra* paras. 105, 108.
[268] Trial Judgement, paras. 292, 302, 306.
[269] Trial Judgement, para. 302, n. 500.
[270] Trial Judgement, para. 302.

123. In addition, Hategekimana has not demonstrated that it was unreasonable for the Trial Chamber to reject many key aspects of Witness MZA's evidence concerning the role of civilians in the killing and the absence of soldiers at the site where the corpse was found. The Trial Chamber considered a number of factors affecting the witness's credibility.[271] Additionally, the Trial Chamber heard competing first-hand evidence from Witness QCL, which it found reliable and detailed, about the presence and actions of Hategekimana and soldiers following the discovery of Rugomboka's corpse.[272] The Trial Chamber also considered that "fright and trauma" explained why Witness QDC did not observe Hategekimana at the site where the body was discovered.[273] The Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber has the main responsibility to resolve any inconsistencies that may arise within or among witnesses' testimonies.[274] Hategekimana has not shown that the Trial Chamber's evaluation was unreasonable.

124. Hategekimana has also not shown that it was unreasonable for the Trial Chamber to conclude that civilian assailants did not play a role in Rugomboka's removal from the camp and his killing. Notably, the Trial Chamber reasonably found that, despite the presence of civilian assailants at Rugomboka's house, the perpetrators of the abduction were soldiers, that these soldiers detained Rugomboka at the camp, and that Hategekimana and soldiers attempted to control the civilian population throughout the events.[275] In these circumstances, the Appeals Chamber is not convinced that, as Hategekimana submits, it would be reasonable to infer that civilian assailants murdered Rugomboka.

125. Finally, the Appeals Chamber is not convinced that the Trial Chamber erred in relying on evidence of Hategekimana's actions following the abduction and killing of Rugomboka as further support for its inference that he ordered the murder. The Appeals Chamber recalls that charges against an accused and the material facts supporting those charges must be pleaded with sufficient precision in an indictment so as to provide notice to the accused.[276] However, the Prosecution need not plead all of the evidence by which facts are to be proven.[277] The Appeals Chamber considers

---

[271] Trial Judgement, paras. 278, 279, 301.
[272] Trial Judgement, paras. 298, 299.
[273] Trial Judgement, para. 299.
[274] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 71; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 355; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 207; *Simba* Appeal Judgement, para. 103.
[275] Trial Judgement, paras. 285, 289, 296, 303, 304.
[276] *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 19; *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 18; *Seromba* Appeal Judgement, paras. 7, 100; *Simba* Appeal Judgement, para. 63; *Muhimana* Appeal Judgement, paras. 76, 167, 195; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 49.
[277] *See Ntagerura et al.* Appeal Judgement, para. 21. *See also Arsène Shalom Ntahobali and Pauline Nyiramasuhuko v. Prosecutor*, Case No. ICTR-97-21-AR73, Decision on the Appeals by Pauline Nyiramasuhuko and Arsène Shalom Ntahobali on the "Decision on Defence Urgent Motion to Declare Parts of the Evidence of Witnesses RV and QBZ inadmissible", 5 July 2004 ("*Ntahobali and Nyiramasuhuko* Decision of 5 July 2004"), paras. 14-16 (finding that a trial chamber has the discretion to accept any relevant evidence which it deems to have probative value even where it is not possible to convict an accused on such evidence due to lack of notice).

that the events following the killing of Rugomboka were simply used to provide further context to Hategekimana's role in ordering the murder.[278] Even if the Prosecution were required to plead the events following the killing, the Appeals Chamber observes that Hategekimana did not object to this issue at trial and that he also has not identified any prejudice to his ability to defend against these allegations.

126. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in concluding that the only reasonable inference from the evidence was that soldiers from the Ngoma Military Camp killed Rugomboka on the night of 9 to 10 April 1994.

3. Conclusion

127. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber finds that Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber committed any error in the assessment of the evidence which would occasion a miscarriage of justice.

D. Conclusion

128. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Second Ground of Appeal.

[278] *See* Trial Judgement, para. 304.

V. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE MURDERS OF SALOMÉ MUJAWAYEZU, ALICE MUKARWESA, AND JACQUELINE MUKABURASA (GROUND 3)

129. The Trial Chamber found Hategekimana guilty of genocide (Count 1) and murder as a crime against humanity (Count 3) under Article 6(1) of the Statute based on his participation in a joint criminal enterprise to kill Salomé Mujawayezu ("Mujawayezu") and her cousins, Alice Mukarwesa ("Mukarwesa") and Jacqueline Mukaburasa ("Mukaburasa"), on 23 April 1994.[279] The Trial Chamber found beyond a reasonable doubt that the three Tutsi women "were killed by *Interahamwe* and armed civilians outside of Mujawayezu's home in the presence and with the assistance of Hategekimana and of Ngoma [Military] Camp soldiers."[280]

130. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for the killings of Mujawayezu, Mukarwesa and Mukaburasa.[281] In this section, the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions that the Trial Chamber erred in assessing: (i) the legal elements of genocide; (ii) the form of criminal responsibility; and (iii) the evidence.

A. Legal Elements of Genocide

131. The Trial Chamber found that Hategekimana and the physical perpetrators of the killings of Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa possessed genocidal intent.[282] In reaching this conclusion, the Trial Chamber viewed the killings in context with its findings that substantial numbers of Tutsis had been killed during attacks at the Ngoma Parish and the *Maison Généralice*, along with other evidence.[283]

132. Hategekimana challenges the Trial Chamber's finding on genocidal intent by arguing that it was unreasonable for the Trial Chamber to consider the attacks at the Ngoma Parish and the *Maison Généralice* since they occurred on 30 April 1994, after the killings of the three women.[284]

133. The Appeals Chamber considers that it was reasonable for the Trial Chamber to take into account the attacks at the Ngoma Parish and the *Maison Généralice* in assessing Hategekimana's and the other perpetrators' genocidal intent. The Appeals Chamber recalls that, in the absence of direct evidence, a perpetrator's intent to commit genocide may be inferred from relevant facts and

[279] Trial Judgement, paras. 681, 697, 715, 716, 721, 730. *See also* Trial Judgement, para. 389.
[280] Trial Judgement, para. 402.
[281] Notice of Appeal, paras. 96-105; Appeal Brief, paras. 192-242; Reply Brief, paras. 88-92.
[282] Trial Judgement, para. 680.
[283] Trial Judgement, paras. 679, 680.
[284] Appeal Brief, para. 240.

circumstances, including the general context of the perpetration of other culpable acts systematically directed against the same group, the scale of atrocities committed, the systematic targeting of victims on account of their membership in a particular group, or the repetition of destructive and discriminatory acts.[285] The fact that those attacks occurred a week after the killings of Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa does not alter their evidentiary value for this purpose.

134. In any event, the Appeals Chamber observes that, although it cited only two specific examples of attacks, the Trial Chamber's consideration of the relevant context was much broader. In particular, the Trial Chamber noted that it "heard extensive evidence, which it accept[ed], about the targeting of [Tutsi] civilians in Butare [Prefecture], particularly following the speech of interim President Sindikubwabo on 19 April 1994."[286] Hategekimana has not disputed this.[287] Significantly, the Trial Chamber also considered the specific surrounding circumstances of the attack, finding that Hategekimana's search of the identity documents of Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa indicated that these victims were targeted based on their ethnicity.[288] Hategekimana has not challenged this finding.

135. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated any error in the Trial Chamber's findings regarding Hategekimana's and the other perpetrators' genocidal intent.

B. Form of Responsibility

136. The Trial Chamber found that, on the night of 23 April 1994, civilian assailants unsuccessfully attacked the home of Mujawayezu.[289] According to the Trial Judgement, these same assailants returned 30 minutes later in the company of Hategekimana and four armed soldiers from the Ngoma Military Camp.[290] The Trial Chamber found that Hategekimana and Conseiller Jacques Habimana entered Mujawayezu's home, checked the occupants' identity cards, and forced Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa outside onto the road where the *Interahamwe* and civilian assailants killed them.[291] The Trial Chamber found that Hategekimana participated in the

[285] *See Seromba* Appeal Judgement, para. 176; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, paras. 524, 525; *Simba* Appeal Judgement, para. 264; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, paras. 40, 41; *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 525; *Semanza* Appeal Judgement, para. 262, *citing Jelisić* Appeal Judgement, para. 47.
[286] Trial Judgement, para. 680.
[287] Appeal Brief, para. 177.
[288] Trial Judgement, para. 679.
[289] Trial Judgement, paras. 388, 403, 673.
[290] Trial Judgement, paras. 401, 403, 673.
[291] Trial Judgement, paras. 402, 403, 673.

joint criminal enterprise by providing military assistance and ordering the perpetrators to commit the crimes.[292]

137. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that he participated in a joint criminal enterprise to kill Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa.[293] In this respect, Hategekimana challenges the finding that he participated in the joint criminal enterprise by ordering the killings, by pointing to inconsistent findings in the Trial Judgement as to whether he issued orders to the physical perpetrators.[294] In addition, Hategekimana contends that the Trial Chamber unreasonably inferred that he issued the order by failing to establish his location at the time of the killings, when and to whom the order was issued, and the type of assailants who physically perpetrated the crime.[295]

138. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly found that Hategekimana participated in a joint criminal enterprise.[296] The Prosecution argues that participation in a joint criminal enterprise "does not require that the accused be physically present" and that the accused's contribution need only be significant, not necessary or substantial.[297] The Prosecution contends that by "leading the attackers to the home, directing the search for Tutsi, ordering the Tutsi to be separated and brought outside, the Trial Chamber reasonably concluded that Hategekimana substantially contributed to the fulfilment of the [joint criminal enterprise's] common design."[298]

139. A review of the Trial Judgement reveals that the Trial Chamber made inconsistent findings concerning the scope of Hategekimana's order. In its factual findings, the only order mentioned by the Trial Chamber was Hategekimana's order to his soldiers to participate in the operations, including the killing of Mujawayezu and her two cousins, with the civilian assailants.[299] Notably, the Trial Chamber identified the physical perpetrators as "*Interahamwe* and armed civilians", not soldiers.[300] In addition, in its findings on superior responsibility, the Trial Chamber stated: "[n]or did the [Trial] Chamber find that Hategekimana gave orders to *Interahamwe* or armed civilians in killing the three [Tutsi] women, Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa".[301] The Appeals Chamber also notes that, in discussing Hategekimana's role in the

[292] Trial Judgement, para. 679.
[293] Appeal Brief, paras. 234-238; Reply Brief, paras. 95-97.
[294] Appeal Brief, paras. 234, 235.
[295] Appeal Brief, paras. 236-238.
[296] Response Brief, paras. 135-139.
[297] Response Brief, para. 135 (internal citations omitted).
[298] Response Brief, para. 137. *See also* Response Brief, para. 136.
[299] Trial Judgement, para. 403 ("As Hategekimana was the Commander of the soldiers, the only reasonable inference is that he ordered the soldiers to participate in the operations with the *Interahamwe* and/or armed civilians, including the killing of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa on the basis of their ethnicity.").
[300] Trial Judgement, para. 402.
[301] Trial Judgement, para. 664.

joint criminal enterprise, the Trial Chamber found that "Hategekimana participated in the joint criminal enterprise by leading armed soldiers from the Ngoma [Military] Camp to assist *Conseiller* Jacques Habimana and the other assailants in the attack" and that he "provid[ed] military reinforcements to the *Interahamwe* and civilians, who were the physical perpetrators of the killings."[302]

140. In its conclusions on Hategekimana's participation in the joint criminal enterprise, however, the Trial Chamber stated that "Hategekimana committed genocide when, as a co-perpetrator in a joint criminal enterprise, he *ordered the deaths* of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa".[303] In addition, in its findings on genocide, the Trial Chamber recalled that it "has found that Hategekimana participated in a joint criminal enterprise to kill three [Tutsi] civilians, Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa, by providing armed military assistance as well as *ordering the physical perpetrators to commit the crimes*."[304] Similarly, the Trial Chamber found Hategekimana "guilty of murder as a crime against humanity, on the basis of Article 6(1) of the Statute, *for ordering the killings* of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa".[305] Beyond recalling its previous findings, the Trial Chamber provided no additional reasoning for its conclusion that Hategekimana ordered the killings.

141. Accordingly, the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber failed to provide a reasoned opinion in finding that Hategekimana ordered the physical perpetrators to kill the three victims. Moreover, no reasonable trial chamber could have concluded that Hategekimana issued orders to the physical perpetrators of the killings where it discussed no supporting circumstantial or direct evidence in making this finding.[306] Therefore, the Appeals Chamber reverses the Trial Chamber's findings that Hategekimana ordered the killings.

142. The Appeals Chamber, however, is not convinced that the Trial Chamber's errors invalidate the verdict or result in a miscarriage of justice. The Trial Chamber also found that Hategekimana participated in the joint criminal enterprise by providing "military reinforcements" to the physical

[302] Trial Judgement, para. 676.
[303] Trial Judgement, para. 677 (emphasis added).
[304] Trial Judgement, para. 679 (emphasis added).
[305] Trial Judgement, para. 716 (emphasis added). The Appeals Chamber notes that the Trial Chamber's statement in paragraph 716 gives the misimpression that it convicted Hategekimana under Article 6(1) of the Statute for ordering. However, it follows from a reading of the Trial Judgement as a whole that the Trial Chamber in fact convicted him more broadly for his participation in a joint criminal enterprise. *See* Trial Judgement, paras. 715 ("The [Trial] Chamber has already determined that Hategekimana bears responsibility under Article 6(1) of the Statute, based on his participation in a joint criminal enterprise."), 721 ("Accordingly, the [Trial] Chamber finds Hategekimana guilty of murder (Count III) as a crime against humanity [...] for his joint participation with Ngoma [Military] Camp soldiers, *Interahamwe* and armed civilians in the murders of Salomé Mujawayezu, Alice Mukarwesa and Jacqueline Mukaburasa on 23 April 1994, under Article 6(1) of the Statute"), 736.
[306] Trial Judgement, paras. 403, 677, 679.

perpetrators.[307] The Trial Chamber determined that this proved "decisive" given that a previous attack had failed.[308] It also concluded that Hategekimana directly contributed to the killing by entering Mujawayezu's home, demanding to see the occupants' identity cards, and accompanying the assailants and Tutsi victims out of the home, where they were then killed.[309] Hategekimana has not challenged this basis for the Trial Chamber's finding that he participated in a joint criminal enterprise, and none of Hategekimana's remaining arguments calls into question its reasonableness.

143. Accordingly, although the Appeals Chamber reverses the finding that Hategekimana ordered the killings, he has failed to demonstrate any error impacting the Trial Chamber's conclusion that he participated in a joint criminal enterprise to kill Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa.

C. Assessment of the Evidence

144. In making its findings on the killings of Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa, the Trial Chamber relied primarily on Prosecution Witness XR, who was the only eyewitness to testify about these crimes.[310] The Trial Chamber found that he provided "convincing, first-hand evidence" of the role played by Hategekimana and soldiers from the Ngoma Military Camp in the crimes.[311] The Trial Chamber found that Witness XR had an adequate basis of knowledge to identify Hategekimana based on his attendance at a meeting three days earlier.[312] In addition, the Trial Chamber was satisfied that the individuals accompanying Hategekimana were soldiers from the Ngoma Military Camp based on the presence of Hategekimana, his authority over the soldiers, and the proximity of the camp to the house.[313] The Trial Chamber also considered the evidence of Defence Witnesses ZVK and BTN, but found that their hearsay testimonies about the absence of soldiers in the attack carried little weight and did not cast doubt on Witness XR's account.[314]

145. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on Witness XR to establish that Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa were killed and that Hategekimana and soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the crimes.[315] In particular, Hategekimana argues that no other Prosecution witness or resident of the house ever mentioned this incident before the Tribunal.[316] Hategekimana also challenges Witness XR's credibility based on his relationship with

[307] Trial Judgement, para. 676. *See also* Trial Judgement, para. 679.
[308] Trial Judgement, para. 676.
[309] Trial Judgement, para. 679.
[310] Trial Judgement, para. 389.
[311] Trial Judgement, para. 401.
[312] Trial Judgement, paras. 393, 394.
[313] Trial Judgement, para. 401.
[314] Trial Judgement, paras. 396-398.
[315] Appeal Brief, paras. 194-229, 237, 239.
[316] Appeal Brief, para. 196; Reply Brief, para. 90.

the victims, his inability to hear their cries, and his failure to explain why he waited three hours after the killing before attempting to recover their bodies.[317]

146. In addition, Hategekimana asserts that Witness XR had an inadequate basis of knowledge to identify him as being present during the attack.[318] Specifically, Hategekimana challenges the reliability of the evidence that the witness previously saw him during a meeting held on 20 April 1994.[319] Hategekimana further contends that the witness's ability to describe him and identify him in court likely came from information he received after the events.[320] Hategekimana also notes the witness's failure to mention his beard.[321]

147. Furthermore, Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack.[322] In particular, Hategekimana contends that this finding follows principally from his own disputed presence and conduct at the scene.[323] Hategekimana further questions Witness XR's basis of knowledge to differentiate soldiers from *Interahamwe* and notes that the witness was not able to identify or recognize a single soldier.[324] He also contends that the Trial Chamber failed to make findings on any distinguishing features of their uniforms.[325] Moreover, Hategekimana challenges the Trial Chamber's reliance on the proximity of the Ngoma Military Camp, noting that the Trial Chamber did not make any related findings on the distances to ESO and the gendarmerie to exclude their involvement.[326]

148. Finally, Hategekimana argues that the Trial Chamber unreasonably rejected the testimonies of Witnesses ZVK and BTN that no soldiers participated in the attack.[327] Hategekimana contends that the Trial Chamber unreasonably discounted Witness BTN's testimony based on a contradiction in a prior statement that he claims resulted from torture.[328]

149. The Prosecution responds that the Trial Chamber properly assessed the evidence and reasonably concluded that Hategekimana and soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the crimes.[329]

---

[317] Appeal Brief, paras. 197, 220, 227, 239.
[318] Appeal Brief, paras. 213-219, 221-226, 229. *See also* AT. 15 December 2011 p. 14.
[319] Appeal Brief, paras. 213-219, 221, 222; Reply Brief, para. 91. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 32, 33.
[320] Appeal Brief, paras. 222, 223.
[321] Appeal Brief, paras. 224, 225. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 15, 16, 38.
[322] Appeal Brief, paras. 194-212, 241.
[323] Appeal Brief, paras. 199, 201; Reply Brief, para. 92.
[324] Appeal Brief, paras. 198, 201.
[325] Appeal Brief, para. 202.
[326] Appeal Brief, paras. 200, 204.
[327] Appeal Brief, paras. 207, 208, 212.
[328] Appeal Brief, paras. 209, 210.
[329] Response Brief, paras. 115-133. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 25, 26.

150. The Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's contention that the Trial Chamber erred in relying on Witness XR in the absence of corroboration. The Appeals Chamber recalls that a trial chamber has the discretion to rely on uncorroborated, but otherwise credible, witness testimony.[330] The fact that other Prosecution witnesses or persons did not recount these events does not call into question the reasonableness of the Trial Chamber's reliance on the evidence of Witness XR. In addition, Hategekimana fails to explain why Witness XR's relationship to the victims,[331] his inability to hear their cries, or his delay in retrieving their bodies raises doubt about his credibility.

151. The Appeals Chamber is satisfied that it was reasonable for the Trial Chamber to accept Witness XR's identification of Hategekimana. The Trial Chamber exercised caution in evaluating his identification evidence in view of the traumatic circumstances.[332] It, nonetheless, observed that "the witness had several opportunities to have a close-up view of Hategekimana that night."[333] Hategekimana has also not shown how the Trial Chamber erred in rejecting the Defence evidence describing him as having a beard or how this conflicts with the description of him provided by Witness XR.[334]

152. Furthermore, the Trial Chamber extensively considered the witness's basis of knowledge for identifying Hategekimana and accepted his account of seeing Hategekimana from a distance of five metres during a meeting, at which Hategekimana was introduced.[335] It was within the Trial Chamber's discretion to accept this "consistent and convincing first-hand account", in particular where Hategekimana's challenge both at trial, and on appeal, consisted of "unsupported arguments" that the meeting did not occur.[336] Furthermore, Hategekimana has not substantiated his submission that the witness's testimony about this meeting conflicts with his prior statement.[337] Hategekimana's contention that Witness XR learned his identity only in preparation for trial is speculative and, as such, is not capable of demonstrating that the Trial Chamber erred.

153. The Appeals Chamber is also satisfied that the Trial Chamber correctly determined from the evidence that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack. Specifically, the Trial Chamber inferred that the soldiers were from the Ngoma Military Camp, based on the

---

[330] *See Nchamihigo* Appeal Judgement, para. 42.
[331] In any event, the Trial Chamber assessed and rejected the possibility that Witness XR had a motive to falsely implicate Hategekimana. *See* Trial Judgement, para. 395. Hategekimana has not shown that this finding was unreasonable.
[332] Trial Judgment, para. 400.
[333] Trial Judgment, para. 400.
[334] The Appeals Chamber further notes that the Trial Chamber found that, apart from Defence Witness BJ3, "none of these Defence witnesses testified to having seen him with a beard during the period alleged in the Indictment". The Trial Chamber considered Witness BJ3's testimony to be irrelevant as it concerned mainly the ESO Camp meeting that was held before the events for which Hategekimana was convicted. *See* Trial Judgement, para. 84.
[335] Trial Judgement, paras. 393, 394.
[336] *See* Trial Judgement, para. 394.

presence of Hategekimana, "his authoritative conduct *vis-à-vis* the soldiers", the camp's close proximity to Mujawayezu's home, the relatively greater distance of ESO and the gendarmerie, and the arrival of the soldiers on foot within 30 minutes of the initial failed attack.[338]

154. The Appeals Chamber is not convinced that Hategekimana has identified on appeal any reasonable conclusion based on this evidence other than that the soldiers accompanying Hategekimana were from the Ngoma Military Camp. The Appeals Chamber has already determined that the Trial Chamber reasonably determined that Hategekimana was present during the attack. In addition, it is clear from the Trial Judgement that the Trial Chamber was aware of the general distances between the various military camps and Mujawayezu's home.[339] Hategekimana does not dispute the Trial Chamber's conclusion that the Ngoma Military Camp was the closest to Mujawayezu's home. He has also not demonstrated why additional detail on the distances was necessary. In addition, the Appeals Chamber observes that Witness XR stated that the soldiers wore military uniforms and fired gunshots on arrival.[340] In view of the foregoing, the Appeals Chamber is not convinced that any additional detail concerning their uniforms was required.

155. Finally, the Appeals Chamber can identify no error in the Trial Chamber's decision to prefer Witness XR's account of soldiers participating in the events over the evidence provided by Witnesses ZVK and BTN that they did not so participate. The Trial Chamber extensively considered the credibility of each of these witnesses.[341] It determined that Witness XR provided "convincing, first-hand evidence".[342] The Trial Chamber also observed that the evidence of Witnesses ZVK and BTN was hearsay and found that it carried little weight.[343] The Appeals Chamber recalls that when faced with competing versions of events, it is the duty of the trial chamber which heard the witnesses to determine which evidence it considers more probative.[344] Hategekimana has not identified any error in this respect. Moreover, even if the Trial Chamber erred in assessing the inconsistency between Witness BTN's statement and testimony, the Appeals Chamber is not convinced that such an error results in a miscarriage of justice in view of the more limited probative value of his hearsay evidence when weighed against the credible eye-witness testimony of Witness XR.

---

[337] *See* Appeal Brief, para. 216.
[338] Trial Judgement, para. 401.
[339] Trial Judgement, para. 401. *See also* T. 2 April 2009 p. 21 (closed session).
[340] T. 1 April 2009 pp. 63, 64 (closed session).
[341] Trial Judgement, paras. 389-401.
[342] Trial Judgement, para. 401.
[343] Trial Judgement, paras. 397, 398.
[344] *Rukundo* Appeal Judgement, para. 217; *Muhimana* Appeal Judgement, para. 103; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 81; *Rutaganda* Appeal Judgement, para. 29.

156. Accordingly, Hategekimana has not identified any error in the Trial Chamber's assessment of the evidence concerning his role in the killings of Mujawayezu, Mukarwesa, and Mukaburasa.

D. Conclusion

157. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Third Ground of Appeal.

VI. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE RAPE OF NURA SEZIRAHIGA (GROUND 4)

158. The Trial Chamber convicted Hategekimana of rape as a crime against humanity (Count 4) as a superior under Article 6(3) of the Statute for his failure to prevent or punish the rape of Nura Sezirahiga by one of his subordinates, a soldier from the Ngoma Military Camp, on the night of 23 to 24 April 1994.[345] The Trial Chamber had insufficient evidence to determine whether Hategekimana was present during the rape.[346] However, the Trial Chamber found that, even if Hategekimana was not present during the rape, he had reason to know that one or more of his soldiers was about to commit such an offence or had done so, and yet took no necessary or reasonable measures to prevent or punish it.[347]

159. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for the rape of Nura Sezirahiga.[348] In this section, the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions that the Trial Chamber erred in assessing: (i) the legal elements of rape as a crime against humanity; (ii) the form of responsibility; and (iii) the evidence.

A. Legal Elements of Rape As a Crime Against Humanity

160. In its legal findings, the Trial Chamber defined the *actus reus* of rape as a crime against humanity as a "physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances which are coercive."[349] The Trial Chamber further explained that it understood the phrase "physical invasion of a sexual nature" to mean "the non-consensual penetration, however slight, of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or by any other object used by the perpetrator, or of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator."[350] In applying this definition, the Trial Chamber found, based on the first-hand testimony of Prosecution Witness Sadiki Sezirahiga ("Sezirahiga"), that a soldier from the Ngoma Military Camp raped the witness's daughter, Nura Sezirahiga, while a civilian named Michel Murigande ("Murigande") immobilized her.[351]

161. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in not making any factual findings on whether a "physical invasion of a sexual nature" occurred, thereby failing to establish the *actus reus*

[345] Trial Judgement, paras. 665, 725-730.
[346] Trial Judgement, paras. 459, 726.
[347] Trial Judgement, para. 727.
[348] Notice of Appeal, paras. 106-116; Appeal Brief, paras. 243-300.
[349] Trial Judgement, para. 723, *citing Akayesu* Trial Judgement, para. 688.
[350] Trial Judgement, para. 723, n. 1301, *citing Semanza* Trial Judgement, para. 344, *referring to Kunarac et al.* Appeal Judgement, paras. 127, 128.
[351] Trial Judgement, paras. 459, 463, 725.

of the crime of rape.[352] The Prosecution responds that the Trial Chamber accepted that all the constitutive elements of rape were met.[353]

162. The Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber reasonably relied on Witness Sezirahiga's testimony in finding that the *actus reus* of rape was established. It follows from the Trial Judgement that Witness Sezirahiga observed the commission of the crime from a distance of four meters.[354] Although the witness was not specifically asked about the penetration of his daughter, he clearly and constantly used the word "rape" throughout his testimony to describe what happened to her.[355] The Appeals Chamber is satisfied that this term was reasonably understood in the context of this case as sexual penetration by the witness, the Trial Chamber, and the parties.[356] In this respect, the Appeals Chamber notes that Hategekimana did not dispute at trial that Nura Sezirahiga was raped.[357] The Appeals Chamber therefore finds no merit in his challenge to this aspect of the Trial Chamber's finding on appeal.

163. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in its assessment of the elements of rape as a crime against humanity.

B. Form of Responsibility

164. The Trial Chamber found that Nura Sezirahiga was raped by one of the four soldiers from the Ngoma Military Camp who accompanied Hategekimana to her home.[358] In addition, it found that Hategekimana had effective control over the soldiers from the Ngoma Military Camp.[359]

---

[352] Appeal Brief, paras. 297, 298, 300, *referring to* Trial Judgement, para. 723; Hategekimana Reply Brief, para. 124. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 12, 13. Hategekimana further argues that Witness Sezirahiga "never established that there was actual rape." *See also* AT. 15 December 2011 p. 32.
[353] Response Brief, paras. 169, 170, *referring to, inter alia*, Trial Judgement, paras. 459, 726. *See also* AT. 15 December 2011 p. 28.
[354] Trial Judgement, para. 459.
[355] T. 6 April 2009 pp. 8, 41. In addition, as accepted by the Trial Chamber, Witness Sezirahiga clearly recounted that Murigande immobilized his daughter during the rape. *See* T. 6 April 2009 p. 41; Trial Judgement, para. 461. *See also infra* para. 199.
[356] The Appeals Chamber recalls that in the *Kordić and Čerkez* case, the ICTY Appeals Chamber considered that a trial chamber reasonably found that a woman was sexually assaulted even though the victim's testimony was limited to answering in the affirmative to a question posed by the Prosecution as to whether or not she had suffered sexual assault. *See Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 462.
[357] Rather, Hategekimana focused principally on the credibility of the evidence implicating him and soldiers from the Ngoma Military Camp in the attack. *See* Defence Closing Brief, paras. 455-473; T. 26 April 2010 p. 61. The Appeals Chamber further observes that Hategekimana referred to the perpetrator of the crime as a "rapist" in his Closing Brief. *See* Defence Closing Brief, para. 462 ("It emerges clearly from the testimony of this witness that although he claimed that his daughter, Nura Sezirahiga, was raped by a soldier, on the orders of Michel Muligande, nothing in his testimony identifies the rapist. In the presentation of its evidence, the Prosecution was never able to prove the identity of the person who raped the witness's daughter.").
[358] Trial Judgement, paras. 665, 726.
[359] Trial Judgement, paras. 658-665, 728.

Consequently, it concluded that Hategekimana was responsible as a superior for the crime under Article 6(3) of the Statute.[360]

165. Hategekimana contends that the Trial Chamber erred in convicting him as a superior for the rape because there was insufficient evidence as to the identity of the physical perpetrator and of a superior-subordinate relationship between him and the assailant.[361] The Prosecution responds that the Trial Chamber sufficiently identified the perpetrator of the rape and correctly determined that Hategekimana had effective control over him.[362]

166. The Appeals Chamber has held that "[a] superior need not necessarily know the exact identity of his or her subordinates who perpetrate crimes in order to incur liability under Article 6(3) of the Statute."[363] In addition, the Appeals Chamber recalls that an accused may be sufficiently informed of the identity of his subordinates in relation to an attack by information reflecting that the soldiers came from the camp under his command.[364] Therefore, the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber's finding that a soldier from the Ngoma Military Camp perpetrated the rape provided a reasonable identification of the subordinate.[365] The Appeals Chamber considers below Hategekimana's challenge to the Trial Chamber's assessment of the evidence underpinning its finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack.

167. In addition, the Trial Chamber set forth and assessed the evidence of Hategekimana's *de jure* and *de facto* authority as an army officer and commander of the Ngoma Military Camp and concluded that he had effective control throughout April 1994 over the soldiers of the camp and the material ability to prevent and punish their crimes.[366] Hategekimana's cursory and unsubstantiated argument that there is no evidence of a superior-subordinate relationship between him and the soldier who raped Nura Sezirahiga is insufficient to demonstrate that the Trial Chamber erred in its assessment.

168. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in its assessment of the legal elements of superior responsibility under Article 6(3) of the Statute in connection with the rape Nura Sezirahiga.

---

[360] Trial Judgement, para. 729.
[361] Notice of Appeal, para. 116; Hategekimana Appeal Brief, paras. 299, 300.
[362] Response Brief, paras. 171, 172, *referring to* Trial Judgement, paras. 665, 728. *See also* AT. 15 December 2011 p. 27.
[363] *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 55. *See also Blagojević and Jokić* Appeal Judgement, para. 287.
[364] *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 56. *See also Ntagerura et al.* Appeal Judgement, paras. 140, 141, 153.
[365] Trial Judgement, paras. 665, 726, 728, 729.
[366] Trial Judgement, paras. 658-665, 728.

C. Assessment of the Evidence

169. The Trial Chamber found that, on the night of 23 to 24 April 1994, a group of armed soldiers and *Interahamwe* surrounded the house of Witness Sezirahiga.[367] According to the Trial Judgement, five minutes later, Hategekimana arrived with Murigande and a group of four armed soldiers, who were his subordinates from the Ngoma Military Camp.[368] The Trial Chamber found that Hategekimana left at some point during the attack, but that the assailants he arrived with remained.[369] According to the Trial Judgement, during the attack Murigande "delivered" the witness's daughter, Nura Sezirahiga, to a soldier from the Ngoma Military Camp.[370] The Trial Chamber found that the soldier raped Nura Sezirahiga as Murigande held her down.[371] She was then killed.[372] In making these findings, the Trial Chamber relied principally on the evidence of Witnesses Sezirahiga and QCO.

1. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp

170. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on Witnesses Sezirahiga and QCO to find that soldiers from the Ngoma Military Camp were involved in the attack on Witness Sezirahiga's house.[373] Hategekimana argues that the Trial Chamber made insufficient findings in order to clearly distinguish the assailants between soldiers and *Interahamwe* or civilians.[374] In this respect, Hategekimana notes that, according to Witness Sezirahiga, some *Interahamwe* were dressed partly in military uniform and partly in civilian attire, and the witness provided no details about the uniforms worn by the alleged soldiers.[375] In addition, Hategekimana challenges Witness Sezirahiga's ability to recognize soldiers in light of his failure to name a single one, not even the soldier who allegedly saved his life on two occasions.[376] Hategekimana contends that Witness

[367] Trial Judgement, paras. 440, 442, 453.
[368] Trial Judgement, paras. 440, 453, 458, 726-728.
[369] Trial Judgement, paras. 456, 459.
[370] Trial Judgement, paras. 459.
[371] Trial Judgement, paras. 459, 463, 726.
[372] Trial Judgement, paras. 459, 726, 727.
[373] Notice of Appeal, para. 108; Appeal Brief, para. 257. Hategekimana also submits that the Trial Chamber erred in fact in rejecting Witness BTN's testimony in its entirety with respect to the non-involvement of soldiers in the attack, while at the same time admitting Witness BTN's testimony to corroborate the presence of *Interahamwe* during the attack on Witness Sezirahiga's house. *See* Notice of Appeal, para. 109, *referring to* Trial Judgement, paras. 447, 448. 452. Similarly, Hategekimana further argues that the Trial Chamber erred in fact and abused its power in failing to challenge Witness BTN's testimony that he was an eyewitness to the attack on Witness Sezirahiga's house, while at the same time rejecting other Defence witnesses' testimonies who corroborated that no soldiers were involved in the attacks on Witness Sezirahiga's house and on Witness QCO's house. *See* Hategekimana Notice of Appeal, para. 110, *referring to* Trial Judgement, paras. 447, 449, 450. Hategekimana does not, however, develop his arguments in his Appeal Brief. The Appeals Chamber therefore considers that he has abandoned his arguments in this respect and will not consider them.
[374] Notice of Appeal, para. 108; Appeal Brief, para. 249.
[375] Appeal Brief, para. 249; Reply Brief, para. 103.
[376] Notice of Appeal, para. 108; Appeal Brief, para. 249.

Sezirahiga's conclusion that the alleged soldiers were affiliated with the Ngoma Military Camp was a mere supposition deduced solely from Hategekimana's disputed presence.[377]

171. In addition, Hategekimana asserts that Witness QCO did not indicate the composition of the group of assailants that went to Witness Sezirahiga's house.[378] Hategekimana notes that, in its summary of Witness QCO's testimony, the Trial Chamber sometimes referred to "attackers" and other times to "soldiers" without specifically linking them to the attack on Witness Sezirahiga's house.[379] Finally, Hategekimana asserts that Witness QCO's basis of knowledge for identifying the assailants as soldiers from the Ngoma Military Camp is hearsay from unidentified sources.[380]

172. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly found that soldiers from the Ngoma Military Camp were involved in the attack on Witness Sezirahiga's house and that Witnesses Sezirahiga and QCO adequately identified and distinguished them from *Interahamwe* or other civilian assailants.[381]

173. The Appeals Chamber considers that the Trial Chamber carefully assessed the evidence in finding that soldiers were among the assailants at Witness Sezirahiga's house.[382] The Trial Chamber noted that the soldiers could be adequately identified and distinguished from *Interahamwe* or civilians, who were not wearing complete uniforms.[383] Moreover, a review of Witness Sezirahiga's testimony confirms that he could distinguish soldiers – who wore predominantly green and khaki military uniforms and berets – from *Interahamwe*, who did not wear complete uniform.[384] In addition, the Trial Chamber found that Witness QCO corroborated Witness Sezirahiga's testimony in this regard.[385] The Appeals Chamber notes that Witness QCO testified that she could also distinguish soldiers as they wore "greenish, kaki" military uniforms, "caps or berets, with a round hem", "solid shoes" and were carrying firearms.[386] The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber did not err in finding that the witnesses could identify soldiers and distinguish them from *Interahamwe* or civilians.

174. In addition, the Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber had a reasonable basis for concluding that the soldiers involved in the attack were from the Ngoma Military Camp. In particular, the Trial Chamber relied on Witness Sezirahiga's testimony that the soldiers were

[377] Appeal Brief, para. 254, *referring to* Trial Judgement, para. 410; Reply Brief, para. 110.
[378] Appeal Brief, para. 250.
[379] Appeal Brief, para. 250, *referring to* Trial Judgement, paras. 423-425.
[380] Notice of Appeal, para. 108; Appeal Brief, paras. 254, 257.
[381] Response Brief, paras. 142-152.
[382] Trial Judgement, paras. 440, 441, 443-453.
[383] Trial Judgement, paras. 441, 444.
[384] T. 2 April 2009 p. 56; T. 6 April 2009 p. 20. *See also* Trial Judgement, para. 444.
[385] Trial Judgement, para. 444.

affiliated with the Ngoma Military Camp since they arrived with Hategekimana and acted under his orders.[387] In addition, the Trial Chamber noted that Witness QCO equally attested to the fact that the soldiers came from the Ngoma Military Camp.[388] Moreover, it follows from Witness QCO's testimony that "people who knew them well" confirmed that the soldiers were assigned to the Ngoma Military Camp.[389] Although hearsay, this additional detail provides further support to her testimony.[390]

175. Finally, Hategekimana has not demonstrated how the fact that Witness Sezirahiga did not name any of the soldiers involved in the attack calls into question the Trial Chamber's assessment of his evidence. With respect to the soldier who saved his life twice, Witness Sezirahiga indicated that he did not know his name but clearly identified him as a soldier.[391] The witness's lack of knowledge of the names of soldiers does not disprove their presence in the attack.[392] Therefore, Hategekimana has not shown that the Trial Chamber's reliance on the evidence of Witness Sezirahiga was unreasonable.

176. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in relying on Witnesses Sezirahiga and QCO to establish the involvement of soldiers from the Ngoma Military Camp in the attack.

2. Presence of Hategekimana

(a) Inconsistencies with Respect to Hategekimana's Vehicle and the Timing of his Arrival

177. Hategekimana submits that the Trial Chamber failed to provide a reasoned opinion in finding that he was present during the attack by highlighting unexplained conflicting findings and evidence concerning his whereabouts on the night of 23 April 1994 and the type of vehicle he was purportedly driving.[393] In particular, he highlights the inconsistency between the testimony of Witness Sezirahiga that he arrived at the witness's house at around 11.35 p.m. and that of Witness XR, who testified that he was at Salomé Mujawayezu's residence from 11.00 p.m. for at least

[386] T. 25 March 2009 p. 30 (closed session).
[387] Trial Judgement, paras. 446, 454. *See also* T. 2 April 2009 pp. 56, 57, 59, 65, 67; T. 6 April 2009 pp. 3, 26, 32.
[388] Trial Judgement, para. 441. *See also* T. 25 March 2009 pp. 30, 37, 51, 61 (closed session); T. 26 March 2009 p. 7 (closed session).
[389] T. 26 March 2009 p. 7 (closed session). *See also* Trial Judgement, para. 425.
[390] *Cf. Rukundo* Appeal Judgement, para. 196.
[391] T. 2 April 2009 p. 65; T. 6 April 2009 p. 5.
[392] For the same reasons, the Appeals Chamber further dismisses Hategekimana's argument on the lack of remarks made by soldiers during the attack. *See* Appeal Brief, para. 252, *referring to* Trial Judgement, para. 413. In any event, the Appeals Chamber notes that, contrary to Hategekimana's argument, Witness Sezirahiga did not only report remarks made by Jacques Habimana, an *Interahamwe*, but also testified to remarks made by the soldier who saved his life during the attack on his house. *See* T. 2 April 2009 p. 65.
[393] Appeal Brief, paras. 258, 260-267; Reply Brief, paras. 114, 115, 118, 119.

20 minutes.[394] In addition, Hategekimana notes that Witness Sezirahiga described him as driving a blue Daihatsu pickup, whereas Witness XR stated that his vehicle was a green Toyota pickup.[395] Hategekimana further submits that Witness Sezirahiga's testimony is further contradicted by Witness QCO, who testified that her house was attacked at around 1.00 a.m. prior to the attack on Witness Sezirahiga's house.[396]

178. The Prosecution responds that the discrepancy with respect to Hategekimana's vehicle is minor and does not cast doubt on Hategekimana's conviction, which rests on credible, reliable, and corroborated evidence.[397] The Prosecution further submits that Hategekimana's argument lacks merit since the houses of Witness Sezirahiga and Mujawayezu were near each other.[398]

179. The Appeals Chamber considers that the Trial Chamber carefully addressed Witnesses Sezirahiga's and QCO's testimonies with respect to the timing of the attack. The Trial Chamber noted that Witness Sezirahiga testified that the attack on his house started at 11.30 p.m. on 23 April 1994, whereas Witness QCO placed the event at around 01.00 a.m. on 24 April 1994.[399] The Trial Chamber found "that the testimonies of the two witnesses do not show any major discrepancies as to the exact time of the attacks but show, at the most, that the attacks took place either very late in the night of 23 April 1994 or very early in the morning of 24 April 1994."[400] The Appeals Chamber finds no error in the Trial Chamber's reasoning that these inconsistencies between the witnesses' evidence were minor and that their testimonies on this point were largely consistent.

180. Furthermore, the Appeals Chamber does not find that Witness XR contradicts Witnesses Sezirahiga's and QCO's testimonies with respect to Hategekimana's presence in the attack on Witness Sezirahiga's house. The Appeals Chamber first notes that the Trial Chamber did not make

---

[394] Appeal Brief, paras. 258, 260, 262-264, 266, 267, *referring to* Trial Judgement, paras. 378, 440; Reply Brief, paras. 117, 118. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 13, 33.
[395] Hategekimana Appeal Brief, paras. 260, 261, 263, 266, *referring to* T. 2 April 2009 p. 60, Trial Judgement, para. 378. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 13, 14.
[396] Hategekimana Appeal Brief, paras. 264, 265; Hategekimana Reply Brief, para. 119. Hategekimana also submits that the Trial Chamber erred in fact by relying on Witnesses Sezirahiga's and QCO's testimonies to find that the attack on Witness Sezirahiga's house was prior to the one on Witness QCO's house, while Witness BTN placed the attack on Witness QCO's house first. He further argues that the Trial Chamber erred in fact by minimizing the contradiction between Witnesses Sezirahiga's and QCO's testimonies and Witness BTN's testimony on the time of the attacks on the various houses. *See* Hategekimana Notice of Appeal, paras. 106, 107, *referring to* Trial Judgement, paras. 440-442. Hategekimana does not, however, develop his arguments in his Appeal Brief. The Appeals Chamber therefore considers that he has abandoned his arguments in this respect and will not consider them.
[397] Response Brief, para. 158, *referring to* Trial Judgement, paras. 378, 410, 459, 463, 464.
[398] Response Brief, para. 160, *referring to* Witness QCO, T. 25 March 2009 pp. 33, 37, 40 (closed session), Witness Sezirahiga, T. 2 April 2009 p. 55, T. 6 April 2009 p. 10; Witness BTN, T. 23 September 2009 pp. 13, 14, 16, 17 (closed session).
[399] Trial Judgement, para. 442. *See also* T. 2 April 2009 pp. 57, 58; T. 25 March 2009 p. 39 (closed session); T. 26 March 2009 pp. 12-15 (closed session).
[400] Trial Judgement, para. 442.

a specific finding with respect to the time at which Hategekimana left Mujawayezu's house.[401] However, the Appeals Chamber notes that Witness XR testified that Hategekimana returned to Mujawayezu's house at around 11.00 p.m. on 23 April 1994,[402] and spoke for "about 20 minutes" with Murigande,[403] and then left in a green Toyota pickup truck.[404] The Appeals Chamber finds that Witness XR's testimony is not inconsistent with the Trial Chamber's finding that Hategekimana was present during the attack on Sezirahiga's house which took place "very late in the night of 23 April 1994 or very early in the morning of 24 April 1994",[405] given that the houses of Witnesses Sezirahiga and QCO and Mujawayezu were near each other.[406]

181. The Trial Chamber did not explicitly address the difference between the testimonies of Witnesses Sezirahiga and XR regarding the colour and the make of the vehicle that Hategekimana used on the night of 23 April 1994. The Appeals Chamber is, nonetheless, satisfied that a reasonable trier of fact could consider this inconsistency to be minor.[407] Accordingly, the Trial Chamber's failure to address this issue does not call into question the consistency of the witnesses' evidence.[408]

(b) Identification of Hategekimana

182. Hategekimana further submits that the Trial Chamber's findings with respect to his identification by Witness Sezirahiga are unreasonable.[409] In particular, he contends that the Trial Chamber failed to make any factual findings on how Witness Sezirahiga knew Hategekimana. He further argues that the Trial Chamber's finding that Witness Sezirahiga "must have know the authorities of his [sector]; in particular, the commander of the camp responsible for maintaining peace and security" is speculative as Defence Exhibit 7A shows that the task of maintaining peace and security was assigned to the gendarmerie.[410] Moreover, Hategekimana asserts that the Trial Chamber failed to make any factual findings on Witness Sezirahiga's vantage point when he

[401] Trial Judgement, para. 403.
[402] T. 1 April 2009 p. 66 (closed session); T. 2 April 2009 pp. 18, 47 (closed session). *See also* Trial Judgement, para. 378.
[403] T. 1 April 2009 pp. 66, 69 (closed session); T. 2 April 2009 pp. 3, 46 (closed session). *See also* Trial Judgement, paras. 378, 379.
[404] T. 1 April 2009 p. 66 (closed session); T. 2 April 2009 p. 41 (closed session). *See also* Trial Judgement, para. 378.
[405] Trial Judgement, para. 442.
[406] *See* T. 25 March 2009 pp. 29, 37, 40 (closed session); T. 2 April 2009 p. 55; T. 6 April 2009 p. 10; T. 23 September 2009 p. 16 (closed session). Witness BTN testified that Mujawayezu's house was located approximately 100-110 metres from Witness QCO's house. *See* Trial Judgement, para. 387; T. 23 September 2009 pp. 16, 29 (closed session).
[407] Witness XR testified that Hategekimana left Mujawayezu's house in a green Toyota pickup truck. *See* Trial Judgement, para. 378; T. 1 April 2009 p. 66 (closed session); T. 2 April 2009 p. 41 (closed session). Witness Sezirahiga testified that Hategekimana arrived at his house in a blue Daihatsu pickup truck. *See* Trial Judgement, paras. 410, 440; T. 2 April 2009 p. 60.
[408] *Cf. Rukundo* Appeal Judgement, para. 84.
[409] Appeal Brief, paras. 268-288; Reply Brief, para. 123.
[410] Notice of Appeal, para. 114, *referring to* Trial Judgement, para. 455; Appeal Brief, paras. 272, 273.

allegedly arrived at Sezirahiga's house and that there is no evidence on the time he allegedly spent there, whether he left the vehicle, or addressed anyone.[411]

183. In addition, Hategekimana contends that the Trial Chamber erred in relying on Witness Sezirahiga's uncorroborated testimony as he is unreliable and lacks credibility. Hategekimana submits that, although Witness Sezirahiga claimed to know him, his testimony on this point is inconsistent with his previous written statement of 1 October 1998 and his out-of-court statements made in 1997 and 1998.[412] More specifically, Hategekimana posits that Witness Sezirahiga testified in court that, although he knew Hategekimana, he only learnt his name from Murigande,[413] one of the assailants who pleaded guilty to the attack against his family, while both of them were in detention in Rwanda. However, in his written statement of 1 October 1998, Witness Sezirahiga stated that Murigande only informed him about another second lieutenant, who was fat and hailed from Ruhengeri and, according to the Trial Chamber, was not Hategekimana.[414] Hategekimana adds that his name is not mentioned in Witness Sezirahiga's written statement of 1 October 1998, although by that time Witness Sezirahiga was supposed to have already met Murigande in prison.[415] Hategekimana further submits that the Trial Chamber's finding on Hategekimana's identification based on physical description lacks reasoning, in particular because Witness Sezirahiga failed to mention Hategekimana's beard, which distinguished him in a crowd according to several Defence witnesses.[416]

184. Hategekimana argues that no evidence was adduced to corroborate Witness Sezirahiga's testimony that the witness had previously lodged a complaint against the commander of the Ngoma Military Camp; that Murigande had acknowledged in his guilty plea the involvement of Hategekimana in the attack on Witness Sezirahiga's house; and that Murigande's statement to the Public Prosecution Office of Rwanda does not indicate Hategekimana's presence in the attack.[417] Hategekimana therefore submits that the Trial Chamber erred by not requesting that Witness Sezirahiga's and Murigande's judicial records in Rwanda be produced.[418] Finally, Hategekimana argues that, in finding Witness Sezirahiga sincere because he could have further incriminated

[411] Appeal Brief, paras. 253, 271, 285.
[412] Notice of Appeal, para. 112; Appeal Brief, paras. 279, 280.
[413] The Appeals Chamber notes that, in his submissions on appeal, Hategekimana refers to Michel Muligande. *See* Notice of Appeal, para. 112; Appeal Brief, paras. 246, 256, 258, 259, 269, 274-279, 281-283, 289-291, 293. The Appeals Chamber understands that he is, in fact, referring to Michel Murigande.
[414] Notice of Appeal, para. 112; Appeal Brief, paras. 278, 279, 281, 283, *referring to* Trial Judgement, para. 457.
[415] Appeal Brief, para. 282.
[416] Appeal Brief, paras. 285, 286. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 15, 16, 38.
[417] Appeal Brief, paras. 275, 276.
[418] Notice of Appeal, para. 113; Appeal Brief, paras. 277, 293.

Hategekimana in the crimes he described, the Trial Chamber relied on sentimental considerations in assessing Witness Sezirahiga's testimony.[419]

185. The Prosecution responds that the Trial Chamber accepted Witness Sezirahiga's testimony that, although he did not know Hategekimana's name, he knew him as being the commander of the Ngoma Military Camp as he usually saw him in the neighbourhood.[420] With respect to Defence Exhibit 7A, the Prosecution submits that it may be presumed that the Trial Chamber considered this evidence even if it did not refer to it in the Trial Judgement.[421] In addition, the Prosecution asserts that Witness Sezirahiga testified that he was two metres outside his house when Hategekimana arrived and that the absence of a factual finding as to any remarks made by Hategekimana does not disprove his presence during the attack.[422]

186. The Prosecution further responds that the Trial Chamber properly assessed the hearsay evidence and the inconsistencies in Witness Sezirahiga's testimony with respect to the identification of Hategekimana.[423] With respect to the Rwandan judicial records of Witness Sezirahiga and Murigande, the Prosecution responds that a trial chamber has discretion in declining to require documents in support of witnesses' testimonies and that, in this case, the Trial Chamber correctly noted that "testimony under oath has more probative value than prior statements".[424] In any event, the Prosecution asserts that Hategekimana failed to demonstrate any error in the assessment of Witness Sezirahiga's credibility resulting from the absence of the Rwandan judicial records as the Trial Chamber was well aware of Witness Sezirahiga's involvement with Rwandan judicial authorities.[425] Finally, the Prosecution responds that Hategekimana's argument that the Trial Chamber relied on sentimental considerations should be summarily dismissed as it is without merit and that Hategekimana fails to support his allegation of judicial bias or partiality with any evidence.[426]

187. The Appeals Chamber recalls that a reasonable trial chamber must take into account the difficulties associated with identification evidence in a given case and must carefully evaluate any such evidence before accepting it as the basis for sustaining a conviction.[427] In order to make a finding on Hategekimana's presence, the Trial Chamber relied on Witness Sezirahiga's

[419] Appeal Brief, para. 280.
[420] Response Brief, para. 163, *referring to* T. 2 April 2009 p. 59, T. 6 April 2009 p. 3, Trial Judgement, paras. 454, 458.
[421] Response Brief, para. 164, *referring to Ndindabahizi* Appeal Judgement, para. 75, *Kvočka et al.* Appeal Judgement, para. 23.
[422] Response Brief, paras. 149, 163, *referring to* T. 2 April 2009 pp. 60, 62.
[423] Response Brief, para. 165.
[424] Response Brief, para. 166, *referring to* Trial Judgement, para. 461. *See also* AT. 15 December 2011 p. 28.
[425] Response Brief, para. 167, *referring to* T. 6 April 2009 pp. 11-17.
[426] Response Brief, para. 168.

uncorroborated testimony.[428] The Appeals Chamber recalls that a trial chamber is at liberty to rely on the uncorroborated evidence of a single witness when making its findings, even if it relates to a material fact.[429]

188. The Appeals Chamber notes that it is unclear why the Trial Chamber stated that "Sezirahiga must have known the authorities of his [sector]; in particular, the commander of the camp responsible for the maintenance of peace and security in his [sector]."[430] The Appeals Chamber notes that this statement seems to be in contradiction with Defence Exhibit 7A, which shows that the task of maintaining peace and security was assigned to the gendarmerie.[431] However, the Appeals Chamber finds that this statement – and its apparent inconsistency with Defence Exhibit 7A – is immaterial. It does nothing to call into question the Trial Chamber's finding that Witness Sezirahiga was an eyewitness and "clearly identified the Commander of Ngoma [Military] Camp as the leader of the second group of soldiers" and that, although he did not know Hategekimana's name, he knew him before the events as Commander of the Ngoma Military Camp.[432] The Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber found Witness Sezirahiga's testimony to be direct, reliable, and coherent.[433]

189. After having assessed the totality of the evidence, the Trial Chamber found that "[Witness] Sezirahiga recognized the Commander of Ngoma [Military] Camp whose name was later confirmed to him as being Ildephonse Hategekimana."[434] Accordingly, the Trial Chamber found that it was Hategekimana who was leading the soldiers from the Ngoma Military Camp in the attack on Witness Sezirahiga's house. The Appeals Chamber sees no error in the Trial Chamber's assessment of Witness Sezirahiga's evidence.

---

[427] *Rukundo* Appeal Judgement, paras. 67, 195; *Limaj et al.* Appeal Judgement, para. 30; *Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 234; *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 34.
[428] Trial Judgement, paras. 454-458.
[429] *Haradinaj et al.* Appeal Judgement, para. 219; *Kupreškić et al.* Appeal Judgement, para. 33; *Tadić* Appeal Judgement, para. 65; *Aleksovski* Appeal Judgement, para. 62; *Delalić et al.* Appeal Judgement, paras. 492, 506; *Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 154.
[430] Trial Judgement, para. 455.
[431] Defence Exhibit 7A (*23 janvier 1974 – Décret-Loi : Création de la Gendarmerie*).
[432] Trial Judgement, paras. 454, 455 ("[Witness] Sezirahiga further testified that Michel Murigande, one of the assailants who pleaded guilty to the attack against his family, told him, while both of them were in detention at Karubanda prison, that the name of the Commander of Ngoma [Military] Camp was Ildephonse Hategekimana. While entering his plea of guilty, Michel Murigande had acknowledged the involvement of Hategekimana and soldiers of Ngoma [Military] Camp in the attack. For his part, Sezirahiga lodged a complaint against the Commander of Ngoma [Military] Camp, but the latter like the other soldiers being sought for prosecution, could not be found. The [Trial] Chamber accepts that he knew Hategekimana before the events as Commander of Ngoma [Military] Camp and, even if he did not know his name, he usually saw him in the neighbourhood.") (internal citations omitted). *See also* T. 2 April 2009 p. 59.
[433] Trial Judgement, para. 456.
[434] Trial Judgement, para. 458.

190. The Appeals Chamber recalls that a trial chamber has the discretion to accept a witness's testimony, notwithstanding inconsistencies between the said testimony and his or her previous statements, as it is for the trial chamber to determine whether an alleged inconsistency is sufficient to cast doubt on the evidence of the witness concerned.[435]

191. With respect to the alleged inconsistency between Witness Sezirahiga's testimony at trial and his prior written statement of 1 October 1998, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber explicitly considered Hategekimana's submissions on the issue.[436] The Trial Chamber stated:

> The Defence contests the credibility of Sezirahiga's testimony regarding the presence of Hategekimana who is said to have led a second group of soldiers to the scene. To support this assertion, the Defence points out that, in his statement of 1 October 1998, the witness had talked about the presence of two Second Lieutenants among the group of assailants who came to attack his family. In that statement, Sezirahiga did not expressly mention the presence of the Accused at the scene of the crime. The Chamber notes that the witness stated as follows: "The group of assailants was led by a second lieutenant whom I knew long before at Ngoma Camp; I do not know his name but he was short and a bit light in complexion. The group also included another Second Lieutenant who was fat and I later learnt from Michel Murigande that he hailed from Ruhengeri." The Chamber notes that Sezirahiga saw a Second Lieutenant whom he knew before, which is consistent with his court testimony. Further, the physical description of a Second Lieutenant who was "short and a bit light in complexion" fits Hategekimana. The witness stated clearly that the link was "Ngoma Camp." The Chamber points out that there were two Lieutenants in charge of Ngoma Camp during the events: Commander Hategekimana and his deputy, Niyonteze. The Chamber concludes from Sezirahiga's account that the person concerned can only be Hategekimana. The Chamber considers that the witness's statement of 1 October 1998 is consistent with his court testimony regarding the presence of Hategekimana during the attack against his family. Consequently, the Chamber dismisses Defence allegations on this point.[437]

Hategekimana merely raises the same argument on appeal as he did at trial and fails to demonstrate that the Trial Chamber erred in its assessment. Accordingly, the Appeals Chamber dismisses this argument.

192. With respect to Hategekimana's arguments that the Trial Chamber erred by not requesting that Witness Sezirahiga's and Murigande's judicial records in Rwanda be produced, the Appeals Chamber considers that Hategekimana does not point to any request made before the Trial Chamber in this regard and fails to demonstrate why the Trial Chamber would have been required to request such records. Hategekimana's argument is therefore dismissed.

193. The Appeals Chamber further dismisses Hategekimana's arguments with respect to the Trial Chamber's alleged lack of factual findings on: Witness Sezirahiga's position when Hategekimana arrived at his house; the time he spent at Witness Sezirahiga's house; and whether he left his vehicle

---

[435] *Rukundo* Appeal Judgement, para. 86; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 96. *See also Rutaganda* Appeal Judgement, para. 443; *Musema* Appeal Judgement, para. 89.
[436] Trial Judgement, para. 457.
[437] Trial Judgement, para. 457 (internal citations omitted).

or addressed anyone. Hategekimana fails to show how any of this information was relevant or material to Witness Sezirahiga's ability to identify him or disprove the Trial Chamber's finding that he was present during the attack on Witness Sezirahiga's house.

194. Similarly, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's argument regarding Witness Sezirahiga's alleged failure to mention his beard, which, as pointed out by Defence Witnesses RGF, CBM2, CKB, MZA, and ZML, distinguished him in a crowd. The Trial Chamber found that "none of these Defence witnesses testified to having seen him with a beard during the period alleged in the Indictment" and therefore reasonably dismissed Hategekimana's submission on this point.[438]

195. As regards Hategekimana's argument that the Trial Chamber relied on sentimental considerations in assessing Witness Sezirahiga's evidence, the Appeals Chamber is not convinced that it was unreasonable for the Trial Chamber to accept that the witness could have further implicated Hategekimana in the crimes he described, but did not.[439] Hategekimana's mere contention that this is a sentimental consideration is insufficient to demonstrate that the Trial Chamber erred. Consequently, Hategekimana has not shown that the Trial Chamber erred in its assessment of Witness Sezirahiga's credibility or that no reasonable trier of fact could have concluded that he was present during the attack on Witness Sezirahiga's house.

3. Involvement of a Soldier in the Rape

196. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that Nura Sezirahiga was raped by a soldier from the Ngoma Military Camp in light of the inconsistencies between Witness Sezirahiga's prior statements and his uncorroborated testimony.[440] In particular, Hategekimana asserts that, in his written statement of 2 November 1997, Witness Sezirahiga claimed that his daughter was raped by Murigande, while in his testimony he indicated that Murigande delivered her to a soldier, who raped her. Hategekimana adds that, in one of his prior statements, Witness Sezirahiga indicated the death of his children without even mentioning the rape of his daughter.[441] Hategekimana contends that the Trial Chamber erroneously minimized these inconsistencies and Witness Sezirahiga's evasive response to them and incorrectly found that testimony under oath had more probative value than prior written statements.[442] He argues that, in so doing, the Trial Chamber incorrectly departed from the legal principle that it set forth initially regarding the assessment of inconsistencies.[443] Finally, Hategekimana argues that, in finding that, as a father,

[438] Trial Judgement, para. 84.
[439] Trial Judgement, para. 456.
[440] Notice of Appeal, para. 115; Appeal Brief, paras. 289-295.
[441] Notice of Appeal, para. 115; Appeal Brief, para. 290. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 13, 31.
[442] Notice of Appeal, para. 115; Appeal Brief, para. 291.
[443] Appeal Brief, para. 292, *referring to* Trial Judgement, para. 87; Reply Brief, para. 125.

Witness Sezirahiga could not have fabricated the rape of his own daughter and that he was genuinely moved during his testimony in court, the Trial Chamber relied on sentimental considerations to cover up the lack of evidence on the alleged rape of Nura Sezirahiga.[444]

197. The Prosecution responds that the Trial Chamber reviewed and discussed the inconsistencies between Witness Sezirahiga's testimony and his previous written statement of 2 November 1997 and found the witness's explanations reasonable.[445]

198. The Appeals Chamber recalls that a trial chamber has the discretion to accept a witness's testimony, notwithstanding inconsistencies between the testimony and his or her previous statements, as it is for the trial chamber to determine whether an alleged inconsistency is sufficient to cast doubt on the evidence of the witness concerned.[446]

199. With respect to the alleged inconsistency between Witness Sezirahiga's testimony at trial and his prior written statement of 2 November 1997, the Trial Chamber explicitly considered Hategekimana's submissions on the issue.[447] The Trial Chamber accepted Witness Sezirahiga's explanation that, whether it was Murigande or the soldier, they were together and Murigande had immobilized his daughter during the rape.[448] It concluded that the inconsistency was minor and, since testimony under oath has more probative value that prior written statement, it found that Nura Sezirahiga was raped by a soldier.[449] The Appeals Chamber is satisfied that, in doing so, the Trial Chamber acted within its discretion.

200. In relation to Hategekimana's argument that, in one of his prior statements, Witness Sezirahiga indicated the death of his children without even mentioning the rape of his daughter, the Appeals Chamber notes that Hategekimana fails to provide any reference to such a statement.[450] The Appeals Chamber recalls that the appealing party must provide precise references and that it cannot be expected to consider submissions in detail if they are obscure, vague, or suffer from other formal and obvious insufficiencies.[451] Hategekimana, therefore, has failed to identify any error on the part of the Trial Chamber in this respect.

201. Moreover, the Appeals Chamber notes that, in paragraph 87 of the Trial Judgement, the Trial Chamber stated that, "[w]hen inconsistencies were raised between the content of a prior

[444] Appeal Brief, paras. 294, 295.
[445] Response Brief, para. 165. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 28, 29.
[446] *Rukundo* Appeal Judgement, para. 86; *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 96. *See also Rutaganda* Appeal Judgement, para. 443; *Musema* Appeal Judgement, para. 89.
[447] Trial Judgement, para. 461.
[448] Trial Judgement, para. 461; T. 6 April 2009 pp. 8, 40, 41.
[449] Trial Judgement, para. 461.
[450] *See* Appeal Brief, para. 290.

statement and the testimony during trial, [its] point of departure was the account given by a witness in his or her testimony in court" and that only "when the inconsistencies cannot be explained to the satisfaction of the [Trial] Chamber, the probative value of the testimony may be questioned." Contrary to Hategekimana's submission,[452] the Trial Chamber did not depart from this legal principle in its assessment of inconsistencies.

202. Turning to Hategekimana's argument that the Trial Chamber relied on sentimental considerations in assessing Witness Sezirahiga's testimony, the Appeals Chamber recalls that the assessment of the demeanour of witnesses in considering their credibility is one of the fundamental functions of a trial chamber to which the Appeals Chamber must accord considerable deference.[453] The Appeals Chamber has previously noted that it "is loathe to disturb such credibility assessments".[454] Therefore, the Appeals Chamber is not convinced that it was unreasonable for the Trial Chamber, in assessing Witness Sezirahiga's credibility, to have accepted that "Witness Sezirahiga was sincere when he was talking about the rape of his daughter" and that, "as a father, [he] could not have fabricated the rape of his own daughter."[455] Hategekimana's mere contention that this is a sentimental consideration is insufficient to demonstrate that the Trial Chamber erred.

203. Accordingly, Hategekimana has not shown that the Trial Chamber's findings are wholly erroneous or that no reasonable trier of fact could have concluded that Nura Sezirahiga was raped by a soldier from the Ngoma Military Camp.

D. Conclusion

204. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Fourth Ground of Appeal.

---

[451] *See supra* para. 11.
[452] Appeal Brief, para. 292, *referring to* Trial Judgement, para. 87; Hategekimana Reply Brief, para. 125.
[453] *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 26; *Nchamihigo* Appeal Judgement, para. 47; *Bikindi* Appeal Judgement, para. 114; *Simba* Appeal Judgement, para. 9; *Nahimana et al.* Appeal Judgement, paras. 14, 194; *Ndindabahizi* Appeal Judgement, para. 34; *Ntagerura et al.* Appeal Judgement, paras. 12, 213; *Semanza* Appeal Judgement, para. 8; *Ntakirutimana* Appeal Judgement, paras. 12, 204, 244; *Kamuhanda* Appeal Judgement, para. 138; *Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement, para. 222.
[454] *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 26, *citing Ntakirutimana* Appeal Judgement, para. 244.
[455] Trial Judgement, para. 463, n. 815 ("The [Trial] Chamber had to adjourn because of Sadiki Sezirahiga's indisposition.").

VII. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE ATTACK AT THE NGOMA PARISH (GROUND 5)

205. The Trial Chamber found Hategekimana guilty of genocide (Count 1) under Article 6(1) of the Statute based on his participation in a joint criminal enterprise to kill Tutsi civilians at the Ngoma Parish on 30 April 1994.[456] The Trial Chamber found that, on 30 April 1994, Hategekimana led a group of assailants, including soldiers from the Ngoma Military Camp, *Interahamwe*, and other armed civilians, to the Ngoma Parish, where the assailants attacked and killed approximately 500, mostly Tutsi, refugees.[457]

206. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for the killings at the Ngoma Parish.[458] In this section the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions that the Trial Chamber erred in assessing: (i) the form of criminal responsibility; and (ii) the evidence.

A. Form of Responsibility

207. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for his participation in a joint criminal enterprise.[459] Specifically, Hategekimana observes that the Trial Chamber made no factual findings that he searched the premises of the parish, as alleged in paragraph 19 of the Indictment.[460] In addition, Hategekimana argues that the Trial Chamber lacked direct evidence that he issued the order to attack at the scene of the parish, as alleged in the Indictment.[461] In particular, Hategekimana notes that, according to the Trial Judgement, he departed from the parish after learning that Witness Masinzo could not be found.[462] Hategekimana further contends that the Trial Chamber failed to specify whether the assailants at the parish participated in the joint criminal enterprise.[463]

208. The Prosecution responds that the Trial Chamber did not err in its assessment of the elements of joint criminal enterprise.[464]

209. The Appeals Chamber is not satisfied that Hategekimana has identified any error in the Trial Chamber's assessment of his participation in a joint criminal enterprise. Although the Trial Chamber did not expressly find that Hategekimana searched the Ngoma Parish, as alleged in

[456] Trial Judgement, paras. 688, 697, 730.
[457] Trial Judgement, paras. 683, 684.
[458] Notice of Appeal, paras. 118-122; Appeal Brief, paras. 302-375; Reply Brief, paras. 128-138.
[459] Notice of Appeal, para. 122; Appeal Brief, paras. 372-375.
[460] Appeal Brief, para. 373.
[461] Appeal Brief, paras. 374, 375. *See* Reply Brief, para. 137.
[462] Appeal Brief, para. 374.
[463] Appeal Brief, para. 375. *See* Reply Brief, para. 138.

paragraph 19 of the Indictment, it did make findings that he was present, looking for Witness Masinzo, and had ordered Corporal Mpakaniye to conduct a search.[465] In any event, it is immaterial that the Trial Chamber did not find that Hategekimana searched the parish. Significantly, paragraph 19 of the Indictment also alleges that Hategekimana led a group of armed soldiers, *Interahamwe*, and civilians to the parish and that he ordered the assailants to attack and kill the Tutsi refugees there. The Trial Chamber made findings on these allegations, which underpin his conviction.[466]

210. A review of the Trial Judgement reflects that the Trial Chamber did not identify the location or timing of when Hategekimana issued the order to soldiers from the Ngoma Military Camp to attack the Tutsi refugees at the Ngoma Parish. The Trial Chamber thus did not find, as alleged in the Indictment, that he gave the order while at the parish. The Trial Chamber accepted, however, the evidence of Witness Rudahunga that Corporal Mpakaniye informed the witness that Hategekimana had ordered him to kill the refugees.[467] The Appeals Chamber recalls that it is not impermissible to enter a conviction for ordering in the absence of direct evidence of when and where a particular order was issued.[468] Accordingly, Hategekimana has not shown that the Trial Chamber erred in not identifying the exact time and location at which Hategekimana gave the order.

211. Finally, there is no merit to Hategekimana's contention that the Trial Chamber failed to specify that the assailants participating in the attack were part of the joint criminal enterprise. In this respect, the Trial Chamber expressly found that "Hategekimana shared *the common purpose* with Ngoma [Military] Camp soldiers, under his command, as well as *Interahamwe* and armed civilians, of killing the [Tutsis] who had taken refuge at the Ngoma Parish."[469] Following this statement, the Trial Chamber went on to discuss whether "Hategekimana and the other participants in the joint criminal enterprise" acted with genocidal intent.[470]

212. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate that the Trial Chamber erred in assessing the elements of joint criminal enterprise.

B. Assessment of the Evidence

213. The Trial Chamber found that, on 29 April 1994, *Interahamwe* and other civilian assailants attacked the Ngoma Parish and that the parish priests contacted the Ngoma Military Camp for

[464] Response Brief, paras. 195-197.
[465] Trial Judgement, paras. 541, 564, 565, 567, 574.
[466] Trial Judgement, paras. 682-685.
[467] Trial Judgement, para. 541. *See* T. 21 April 2009 p. 14.
[468] *See Haraqija and Morina* Appeal Judgement, n. 196, *referring to Galić* Appeal Judgement, paras. 177, 178, 389.
[469] Trial Judgement, para. 685 (emphasis added).

assistance.[471] The Trial Chamber noted that the refugees were able to repulse the attack.[472] The Trial Chamber found that Lieutenant Niyonteze of the Ngoma Military Camp ultimately arrived at the parish with soldiers but did nothing to arrest the assailants.[473] According to the Trial Chamber, following the attack, Lieutenant Niyonteze inspected the premises of the parish, verified the number of refugees and their location, and criticized Witness Masinzo, who was a parish priest, for housing "*Inyenzi*" near the camp.[474] The Trial Chamber concluded that Lieutenant Niyonteze's inaction in the face of the attack demonstrated his tacit approval of it and that his subsequent inspection of the parish and comments indicated that he was preparing for an attack the next day.[475]

214. The Trial Chamber further found that, on 30 April 1994, Corporal Mpakaniye arrived at the Ngoma Parish and warned Witness Masinzo that Hategekimana would soon arrive to kill him.[476] The Trial Chamber also accepted that Corporal Mpakaniye told Witness Rudahunga at some point that day that Hategekimana had ordered him to kill the refugees.[477] The Trial Chamber found that, later that day, Hategekimana arrived at the parish with soldiers from the Ngoma Military Camp and other armed civilian assailants, including those who had participated in the attack the preceding day.[478] The Trial Chamber found that, on arrival, Hategekimana spoke to Witness Rudahunga and asked him the whereabouts of Witness Masinzo.[479] It follows from the Trial Judgement that, when Hategekimana could not locate Witness Masinzo, he told the soldiers: "If you find him, bring him to me."[480] Hategekimana then departed the Ngoma Parish and the assailants, including Ngoma Military Camp soldiers, began killing the refugees.[481] The Trial Chamber described the attacks of 29 and 30 April 1994 as involving "obvious coordinated action".[482]

215. In its legal findings, the Trial Chamber found that, through his presence at the Ngoma Parish on 30 April 1994 and his order to attack the refugees there, Hategekimana contributed significantly to the success of the attack and demonstrated that he shared the common purpose of the assailants of killing the Tutsi refugees at the parish.[483]

---

[470] Trial Judgement, para. 685. *See also* Trial Judgement, paras. 686, 687.
[471] Trial Judgement, paras. 530, 533. *See also* Trial Judgement, para. 683.
[472] Trial Judgement, paras. 530, 683.
[473] Trial Judgement, para. 533. *See also* Trial Judgement, para. 683.
[474] Trial Judgement, paras. 534, 535, 683.
[475] Trial Judgement, paras. 533-536.
[476] Trial Judgement, paras. 539, 565.
[477] Trial Judgement, para. 541.
[478] Trial Judgement, paras. 562, 574, 683.
[479] Trial Judgement, para. 567.
[480] Trial Judgement, para. 567.
[481] Trial Judgement, para. 574.
[482] Trial Judgement, para. 537.
[483] Trial Judgement, paras. 684, 685.

216. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in its assessment of the evidence related to the attack of 29 April 1994, the presence of soldiers from the Ngoma Military Camp during the attack on 30 April 1994, and his presence at the parish on 30 April 1994.[484]

1. Attack of 29 April 1994

217. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in considering evidence related to the attack at the Ngoma Parish on 29 April 1994.[485] He argues that this incident, a material fact, was not pleaded in the Indictment.[486] Furthermore, he argues that the evidence is inconsistent and lacking in detail as to the nature of the prior planning, the involvement of the soldiers, and Lieutenant Niyonteze's tacit approval of the attack.[487]

218. The Prosecution responds that the Trial Chamber did not err in considering the unpleaded events of 29 April 1994 and relying on it as context.[488]

219. Although the Trial Chamber extensively discussed the evidence and made findings related to the attack of 29 April 1994, a review of the Trial Judgement reveals that Hategekimana's conviction rests solely on his order to the soldiers of the Ngoma Military Camp to attack the refugees at the Ngoma Parish and his presence there on the morning of 30 April 1994.[489] The events that occurred on the night of 29 April 1994 provide only contextual background. A trial chamber has the discretion to admit any relevant evidence which it deems to have probative value even where it is not possible to convict an accused on such evidence due to lack of notice.[490]

220. Accordingly, there is no merit to Hategekimana's contention that the Trial Chamber erred in considering the evidence related to this attack. Moreover, considering that this evidence does not underpin Hategekimana's convictions, he fails to identify any error that would result in a miscarriage of justice.

2. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp

221. In finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the parish on 30 April 1994, the Trial Chamber relied on the direct evidence of Witness Rudahunga.[491] In particular, the Trial Chamber found Witness Rudahunga's first-hand account of the arrival of

[484] Notice of Appeal, paras. 118-121; Appeal Brief, paras. 302-371.
[485] Appeal Brief, paras. 302-316.
[486] Appeal Brief, para. 303. *See* Reply Brief, para. 130.
[487] Appeal Brief, paras. 302-316.
[488] Response Brief, paras. 175-176.
[489] Trial Judgement, paras. 684, 685.
[490] *Ntahobali and Nyiramasuhuko* Decision of 5 July 2004, paras. 14-16.
[491] Trial Judgement, paras. 539-541.

Hategekimana with about six soldiers at the parish to be "detailed, consistent and reliable".[492] The Trial Chamber also accepted Witness Rudahunga testimony that, earlier that morning, Corporal Mpakaniye informed the witness that Hategekimana had ordered the soldier to kill the refugees.[493] Moreover, the Trial Chamber found credible Witness Rudahunga's testimony that, after Hategekimana's departure, Corporal Mpakaniye and the other soldiers in fact participated in the attack.[494]

222. In addition to this direct evidence, the Trial Chamber also considered circumstantial and second-hand accounts of the role of soldiers from the Ngoma Military Camp in the attack. For example, the Trial Chamber accepted the "reliable and consistent" evidence of Witness Masinzo that Corporals Mpakaniye and Nkurunziza came to the parish to warn him of Hategekimana's intention to kill him.[495] The Trial Chamber also found credible the account of Witness BYQ, a soldier at the Ngoma Military Camp, who heard from his fellow camp soldiers, including some of his subordinates, about their involvement in the attack.[496] The Trial Chamber further noted that Witness BYQ provided direct testimony of seeing the soldiers with looted property taken from the victims of the massacre at the parish.[497]

223. Moreover, the Trial Chamber noted that Witness BYR, another soldier from the Ngoma Military Camp, provided a corroborative account that certain soldiers from the camp as well as civilians participated in the attack,[498] but that the source of Witness BYR's information was not clear and that he was a potential accomplice in the attack.[499] Similarly, the Trial Chamber considered that Witness Ntezimana's observation of soldiers at the parish following the massacre offered additional corroboration to the accounts of Witnesses Rudahunga, BYQ, and BYR.[500]

224. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on this evidence to establish that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack.[501] In particular, Hategekimana questions the Trial Chamber's findings that Corporals Mpakaniye and Nkurunziza were soldiers from the Ngoma Military Camp. He argues that the Trial Chamber failed to verify their status and that neither Witness BYQ nor Witness BYR mentioned them as participants in the

[492] Trial Judgement, para. 539.
[493] Trial Judgement, para. 541.
[494] Trial Judgement, para. 541.
[495] Trial Judgement, para. 539.
[496] Trial Judgement, paras. 543-545.
[497] Trial Judgement, para. 543.
[498] Trial Judgement, para. 546.
[499] Trial Judgement, para. 547.
[500] Trial Judgement, para. 548.
[501] Appeal Brief, paras. 317-342.

attack.[502] Furthermore, Hategekimana highlights a discrepancy between these soldiers' knowledge, according to Witness Masinzo, of a plan to attack the parish and the fact that Witness BYQ was not told about any preparation of an attack.[503] Accordingly, Hategekimana submits that any testimony based on their information is unreliable.[504]

225. In addition, Hategekimana argues that the Trial Chamber had an insufficient basis to determine that Witness Rudahunga was able to distinguish soldiers from civilian assailants, highlighting the witness's admission that he did not keep company with soldiers as well as evidence from Defence Witness ZML that some of the civilian assailants wore parts of military uniforms.[505] Hategekimana also contends that Witness Rudahunga's inability to name the soldiers who participated in the attack makes it impossible to determine whether his evidence corroborates that of Witnesses BYQ and BYR, who each mentioned the names of several soldiers participating in the attack.[506]

226. Moreover, Hategekimana highlights a number of inconsistencies and deficiencies in the evidence of Witnesses BYQ and BYR.[507] In particular, Hategekimana notes that they each named only one soldier in common among their lists of those participating in the attack.[508] Hategekimana further submits that Witness BYR's testimony was based on an unknown source and thus was inherently unreliable.[509]

227. Hategekimana also suggests that Witness BYQ's testimony that he served as duty officer during the week of 27 April 1994 conflicts with that of Witness BRS, who claimed that he held that post at the time. Hategekimana submits that this calls into question whether Witness BYQ would have held the post which resulted in him learning about the attack from the returning soldiers.[510] According to Hategekimana, the Trial Chamber also took an inconsistent approach in accepting the hearsay evidence of Witnesses BYQ and BYR, when it rejected similar evidence from Witness BRS in relation to the attack at *Groupe scolaire* and Witnesses BYR and BYP in relation to the attack on the Matyazo Health Centre.[511] In a similar vein, Hategekimana submits that the Trial Chamber

[502] Appeal Brief, paras. 320, 321.
[503] Appeal Brief, para. 322.
[504] Appeal Brief, para. 326.
[505] Appeal Brief, paras. 323, 325. *See also* Reply Brief, para. 132.
[506] Appeal Brief, para. 324.
[507] Appeal Brief, paras. 327-334. Hategekimana also disputes that Witness BYR was assigned to the camp at the relevant time and submits that he was a detainee at the time of trial. *See* Appeal Brief, paras. 331-333. The Appeals Chamber has already rejected these arguments. *See supra* 102.
[508] Appeal Brief, para. 327.
[509] Appeal Brief, paras. 332, 333.
[510] Appeal Brief, para. 328.
[511] Appeal Brief, paras. 329, 334.

exhibited bias in assessing the Defence evidence by accepting portions of their accounts that corroborated Prosecution evidence and unreasonably rejecting the portions that conflicted with it.[512]

228. Finally, Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on Witness Ntezimana because the Trial Chamber did not make any findings with respect to the unknown source of his evidence.[513]

229. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably assessed the evidence and found that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the Ngoma Parish on 30 April 1994.[514]

230. The Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's contention that the Trial Chamber erred in finding that Corporals Mpakaniye and Nkurunziza were soldiers based at the Ngoma Military Camp. Witness Masinzo testified that he was familiar with a number of soldiers stationed at the Ngoma Military Camp, that he knew Hategekimana, and that he had even visited the camp on one occasion.[515] Witness Masinzo further stated that he knew both of these soldiers well and had spoken with them on a number of occasions.[516] Furthermore, Witness Rudahunga testified that he interacted with Corporal Mpakaniye and other soldiers accompanying him several times on the day of the attack and that these individuals confirmed to him that they were from the Ngoma Military Camp.[517]

231. The Appeals Chamber considers that the testimonies of Witnesses Rudahunga and Masinzo provided a reasonable basis for the Trial Chamber to conclude that these soldiers were based at the Ngoma Military Camp. Moreover, nothing in the evidence of Witnesses BYQ and BYR has been identified by Hategekimana to suggest that their list of participants in the attack was exhaustive. Consequently, the fact that Witnesses BYQ and BYR did not mention the involvement of Corporals Mpakaniye and Nkurunziza in the attack or that Witness BYQ might not have known about the attack beforehand does not call into question the reasonableness of the Trial Chamber's reliance on direct evidence that Corporals Mpakaniye and Nkurunziza were affiliated with the camp and participated in the attack.

232. Even though Witness Rudahunga acknowledged that he "did not keep company of soldiers",[518] his testimony reveals that he was aware that soldiers wore berets and that the

[512] Appeal Brief, paras. 335-342.
[513] Appeal Brief, para. 319.
[514] Response Brief, paras. 183-194.
[515] T. 18 March 2009 pp. 52, 72, 73; T. 19 March 2009 pp. 3, 4, 35, 36, 38.
[516] T. 18 March 2009 p. 59.
[517] T. 21 April 2009 pp. 8, 13.
[518] T. 21 April 2009 p. 13.

commander had a distinctive insignia on his headgear.[519] Moreover, Witness Rudahunga noted that, when the soldiers and civilian assailants arrived, the soldiers entered the parish premises alone and were separate from the other attackers.[520] Witness Rudahunga also spoke directly with the soldier's commander, whom he identified as the Ngoma Camp Commander.[521] Moreover, as discussed above, the Trial Chamber had a reasonable basis for concluding that Corporal Mpakaniye was assigned to the Ngoma Military camp. The Appeals Chamber recalls that Witness Rudahunga personally interacted with Corporal Mpakaniye at the parish and witnessed the soldier directly taking part in the attack by leading small groups of refugees from the parish to their death.[522] In these circumstances, the Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber reasonably relied on his ability to distinguish soldiers from civilian assailants, notwithstanding evidence that civilians at times wore portions of military uniforms. The fact that Witness Rudahunga could not name any soldier other that Corporal Mpakaniye does not alter this conclusion.

233. In addition, the Appeals Chamber is not convinced that it was unreasonable for the Trial Chamber to rely on the testimonies of Witnesses BYQ and BYR simply because there was only one common assailant among their respective lists of the participants in the attack. As explained above, Hategekimana has not shown that either witness intended his list to be exhaustive. Furthermore, the Appeals Chamber does not consider that it was unreasonable to give corroborative weight to Witness BYR's account even though the source of his information was unknown. It was within the Trial Chamber's discretion to accept this evidence, which has some indicia of reliability given that Witness BYR was a soldier stationed at the Ngoma Military Camp. Significantly, the Trial Chamber expressly viewed Witness BYR's evidence with caution, given that he was a potential accomplice in the attack at the Ngoma Parish. Nonetheless, it found his testimony to be "sincere and credible" and relied on his evidence as corroboration that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the Ngoma Parish.[523]

234. Hategekimana has also not demonstrated how the purported inconsistency between the evidence of Witness BYQ and BRS concerning their role as duty officer impacts the Trial Chamber's reliance on Witness BYQ's evidence, in particular given that the Trial Chamber highlighted several "problematic aspects" of Witness BRS's testimony.[524] The Appeals Chamber is also not convinced that Hategekimana has identified any inconsistency in the approach taken by the Trial Chamber in evaluating hearsay evidence. Hategekimana simply points to superficial

[519] Trial Judgement, para. 564.
[520] *See* T. 21 April 2009 p. 7.
[521] Trial Judgement, para. 564.
[522] *See* T. 21 April 2009 pp. 5, 6, 8, 12, 13.
[523] Trial Judgement, paras. 546 ("Witness BYR provided a corroborative account that both soldiers and civilians were involved in the Ngoma Parish massacre."), 547.

similarities between the accounts of the Prosecution witnesses accepted in relation to this event and those rejected in relation to others. He fails to appreciate the careful credibility assessments undertaken in relation to each witness and, significantly, the existence of first-hand credible evidence demonstrating the role of the Ngoma Military Camp soldiers in the attack. For the same reasons, Hategekimana's contention that the Trial Chamber took a biased and inconsistent approach in evaluating the Defence evidence must equally be dismissed.

235. Finally, regarding Witness Ntezimana, the Appeals Chamber finds that Hategekimana has misstated the evidence. Contrary to Hategekimana's submission, Witness Ntezimana testified from his own personal knowledge having seen both soldiers and assailants as he approached the parish following the attack.[525] The Appeals Chamber therefore dismisses Hategekimana's argument.

236. Accordingly, Hategekimana has failed to demonstrate any error in the Trial Chamber's findings that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the Ngoma Parish on 30 April 1994.

3. Presence of Hategekimana

237. The Trial Chamber found that Hategekimana arrived at the Ngoma Parish in the company of soldiers and civilian assailants on 30 April 1994.[526] The Trial Chamber further found that, on arrival, Hategekimana spoke with Witness Rudahunga in order to seek the whereabouts of Witness Masinzo, who was in hiding in a location from where he could follow their conversation.[527] According to the Trial Judgement, after Witness Rudahunga failed to locate Witness Masinzo, Hategekimana departed the premises, and the assailants began killing the Tutsi refugees at the parish.[528] In finding that Hategekimana was present at the parish, the Trial Chamber relied on the evidence of Witnesses Rudahunga and Masinzo.[529]

238. The Trial Chamber observed that Witness Rudahunga was the only eye-witness to Hategekimana's presence at the parish.[530] The Trial Chamber found that, at the time Hategekimana and Witness Rudahunga spoke, the witness only knew Hategekimana as the Ngoma Military Camp Commander, but could distinguish him from the other soldiers based on the distinctive insignia on his beret.[531] According to the Trial Judgement, Witness Masinzo could hear the two discuss him

[524] *See* Trial Judgement, para. 480.
[525] Trial Judgement, paras. 503, 504, 548.
[526] Trial Judgement, para. 683.
[527] Trial Judgement, paras. 564, 566.
[528] Trial Judgement, paras. 574, 682.
[529] Trial Judgement, paras. 564-567.
[530] Trial Judgement, para. 564.
[531] Trial Judgement, paras. 497, 501, 564.

from his hiding place. Furthermore, Witness Masinzo was able to recognize Hategekimana's voice and hear soldiers refer to Hategekimana by name.[532]

239. That evening, Corporal Mpakaniye returned to the parish and confirmed to Witnesses Rudahunga and Masinzo that the individual who spoke with Witness Rudahunga was in fact Hategekimana.[533] In addition, Corporal Mpakaniye told the two witnesses that Hategekimana had ordered him to kill the refugees at the parish earlier that day.[534] Corporal Mpakaniye demanded money in order to keep Witness Masinzo's whereabouts secret from Hategekimana.[535] Indeed, shortly before Hategekimana had arrived, Corporals Mpakaniye and Nkurunziza warned Witness Masinzo that Hategekimana wanted to kill him and helped the witness hide in a false ceiling above his room.[536] The Trial Chamber found the evidence of Witnesses Masinzo and Rudahunga to be "consistent and complementary".[537]

240. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on the evidence of Witnesses Masinzo and Rudahunga to find that he was present at the Ngoma Parish and ordered the attack there.[538] In particular, Hategekimana disputes Witness Rudahunga's basis of knowledge for identifying him as commander.[539] Hategekimana also notes that Witness Rudahunga failed to mention his distinctive beard, as attested to by several Defence witnesses.[540]

241. In addition, Hategekimana questions Witness Masinzo's ability to identify him by his voice, citing the traumatic nature of the encounter, the large crowd of assailants outside, the lack of clarity as to the hiding place, and the likely great distance between it and the place where Witness Rudahunga and Hategekimana conversed.[541] Hategekimana also challenges the credibility of Witness Masinzo hearing his soldiers calling their superior by name.[542] Hategekimana further notes that Witness Rudahunga did not mention hearing this.[543] Hategekimana also submits that Witness

---

[532] Trial Judgement, para. 566.
[533] Trial Judgement, paras. 541, 564.
[534] Trial Judgement, para. 564. *See also* T. 18 March 2009 pp. 70, 71.
[535] Trial Judgement, para. 567.
[536] Trial Judgement, para. 565.
[537] Trial Judgement, para. 565.
[538] Appeal Brief, paras. 343-369. Hategekimana also challenges the Trial Chamber's reliance on Witnesses BYQ and BYR to place him at the scene. *See* Appeal Brief, paras. 370, 371. The Appeals Chamber observes, however, that the Trial Chamber did not rely on these witnesses for that purpose.
[539] Appeal Brief, paras. 344-346. *See also* AT. 15 December 2011 p. 14.
[540] Appeal Brief, para. 348. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 15, 16, 38.
[541] Appeal Brief, paras. 356-363, 365-367. *See also* Reply Brief, paras. 133, 134. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 17, 18.
[542] Appeal Brief, para. 359.
[543] Appeal Brief, para. 367.

Masinzo failed to specify the distinctive feature of his voice that allowed the witness to recognize it.[544]

242. Finally, Hategekimana challenges the credibility of any aspect of the testimonies of these two witnesses based on the information provided by Corporal Mpakaniye.[545] In this respect, Hategekimana disputes that Corporal Mpakaniye was affiliated with the Ngoma Military Camp.[546] In addition, Hategekimana highlights Corporal Mpakaniye's use of blackmail.[547] Furthermore, Hategekimana submits that no weight can be attached to the order to attack attributed to him by Corporal Mpakaniye since it lacks significant details, such as the occasion, date, and place of issue.[548]

243. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably concluded based on the evidence that Hategekimana was present at the parish on 30 April 1994.[549]

244. As discussed above,[550] the Appeals Chamber considers that the Trial Chamber had a reasonable basis to conclude that the soldiers participating in the attack were from the Ngoma Military Camp. Therefore, the fact that Witness Rudahunga did not mention the colour of the commander's beret does not call into question the reasonableness of relying on his testimony. In addition, Hategekimana has not demonstrated why the witness's mention of an insignia on the commander's beret is insufficient to distinguish him as the leader of the group of soldiers. Hategekimana has also not shown how the Trial Chamber erred in rejecting the Defence evidence describing him as having a beard in particular since the witness was not asked to give a physical description of Hategekimana.

245. The Appeals Chamber is not convinced that the traumatic circumstances surrounding the incident prevented the Trial Chamber from reasonably relying on Witness Masinzo's identification evidence. The Trial Chamber expressly noted the traumatic circumstances, described Witness Masinzo's and Hategekimana's close physical proximity, and analyzed whether the prior situations during which the witness became familiar with Hategekimana's voice were sufficient to allow the witness to recognize Hategekimana's voice.[551] The Appeals Chamber observes that the most recent of their encounters had involved discussions "at length" about refugee matters around two weeks

[544] Appeal Brief, para. 368.
[545] Appeal Brief, paras. 349, 351.
[546] Appeal Brief, para. 349.
[547] Appeal Brief, paras. 349, 351.
[548] Appeal Brief, para. 350.
[549] Response Brief, paras. 178-182. *See also* AT. 15 December 2011 p. 29.
[550] *See supra* para. 236.
[551] Trial Judgement, para. 566.

before the attack.[552] Hategekimana has not demonstrated why the Trial Chamber should have required a detailed description of the defining features of his voice.

246. In addition, the Appeals Chamber is satisfied that the Trial Chamber had a reasonable basis for determining that Witness Masinzo would have been able to hear and recognize Hategekimana's voice from the short distance between Witness Masinzo's hiding location and the place where Hategekimana spoke with Witness Rudahunga. In this respect, it follows from the evidence that the soldiers were standing near the door of the building where the priests stayed, which was also where Witness Masinzo was hiding.[553] Moreover, the fact that Witness Rudahunga did not mention hearing Hategekimana's name does not mean the soldiers at the parish did not use it. Furthermore, Hategekimana's suggestion that his subordinates would not use his name is mere speculation.

247. Turning to the information provided by Corporal Mpakaniye, Hategekimana has not demonstrated that it was unreasonable for the Trial Chamber to rely on the information provided by Corporal Mpakaniye to Witnesses Rudahunga and Masinzo concerning Hategekimana's presence and order to attack the refugees at the parish. As discussed above, it was not impermissible to find that Hategekimana ordered the attack in the absence of specific evidence as to when and where the order was issued.[554] In addition, the Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber had a reasonable basis to conclude that Corporal Mpakaniye was a soldier from the Ngoma Military Camp.[555] The Appeals Chamber further notes that the issue of blackmail was before the Trial Chamber.[556] It was free to consider this issue insufficient to impeach the reliability of the confirmation that Hategekimana was present and issued the order.

248. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated any error in the Trial Chamber's findings that Hategekimana was present at the Ngoma Parish.

C. Conclusion

249. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Fifth Ground of Appeal.

---

[552] Trial Judgement, para. 566.
[553] *Compare* Witness Rudahunga, T. 21 April 2009 p. 6 ("And when they came they got into the compound of the parish and the compound was located between the building where our rooms were located and the administrative block which hosted the parish secretariat as well as the guest rooms. *So they stood in the compound* located between those two buildings and, more specifically, *in front of the door of the building where we stayed*.") (emphasis added), *with* Witness Masinzo, T. 18 March 2009 p. 71 ("When he was speaking *he was at the presbytery*. I was hiding in the [...] ceiling. And the room in which I was, was right next to our kitchen so that I was hiding not far from the chimney. And I could hear the conversations that were *taking place in the compound*.") (emphasis added). *See also* Witness Rudahunga, T. 21 April 2009 p. 16 (French) (referring to Witness Masinzo hiding in the residences).
[554] *See supra* para. 210.
[555] *See supra* paras. 230-232.
[556] Trial Judgement, para. 567.

VIII. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE ATTACK AT THE *MAISON GÉNÉRALICE* AND TO THE MURDER OF SOLANGE KARENZI (GROUND 6)

250. The Trial Chamber convicted Hategekimana of genocide (Count 1) under Article 6(1) of the Statute based on his participation in a joint criminal enterprise to kill Tutsis at the *Maison Généralice*.[557] The Trial Chamber found that, on or about 30 April 1994, Hategekimana led a group of soldiers from the Ngoma Military Camp, who along with *Interahamwe* and armed civilians, abducted and killed at least 25 Tutsi refugees from the *Maison Généralice* of the Benebikira religious order.[558] The Trial Chamber found that one of the victims was Solange Karenzi. For this killing, the Trial Chamber convicted Hategekimana of murder as a crime against humanity (Count 3).[559]

251. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in convicting him for the killings of Tutsis resulting from the attack at the *Maison Généralice*, including the murder of Solange Karenzi.[560] In this section, the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions challenging: (i) his notice of the nature of his participation in the joint criminal enterprise; and (ii) the assessment of the evidence.

A. Form of the Indictment

252. The *chapeau* paragraphs of the Indictment for the counts of genocide (Count 1) and murder as a crime against humanity (Count 3) allege that Hategekimana participated in a joint criminal enterprise.[561] The Trial Chamber determined that Hategekimana's specific participation in the joint criminal enterprise was pleaded in the various paragraphs underpinning each count.[562] Paragraphs 20 and 37 of the Indictment are relevant to the crimes committed at the *Maison Généralice*.

253. Paragraph 20 of the Indictment reads:

> On or about 30 April 1994, **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** led a group of armed soldiers, Interahamwe and armed civilians, who were participants in the joint criminal enterprise referred to in paragraph 6 above, to the Maison Généralice of the religious order of Benebikira, in Buye secteur, Ngoma Commune, where there were a number of Tutsi refugees. After gaining entry to the Maison Généralice **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** instructed the soldiers, Interahamwe and armed civilians to separate those inside according to their ethnicity. Approximately 25 people, mostly children, were singled out as Tutsi,

[557] Trial Judgement, paras. 696, 697, 730.
[558] Trial Judgement, para. 689.
[559] Trial Judgement, paras. 720, 721, 730.
[560] Notice of Appeal, paras. 124-135; Appeal Brief, paras. 377-422.
[561] Indictment, paras. 6, 34.
[562] *See* Trial Judgement, para. 65.

> and **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** ordered that they be loaded onto a pick-up truck and taken away. They were killed or caused serious bodily or mental harm shortly thereafter. By his actions described above, **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** planned, ordered, instigated and/or committed genocide.

254. Paragraph 37 of the Indictment reads:

> On or about 30 April 1994, **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** led a group of armed soldiers, Interahamwe and armed civilians, to the Maison Généralice of the religious order of Benebikira, in Buye secteur, Ngoma Commune, where there were a number of Tutsi refugees. After gaining entry to the Maison Généralice **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** instructed the soldiers, Interahamwe and armed civilians to separate those inside according to their ethnicity. Approximately 25 people, mostly children, were singled out as Tutsi, and **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** ordered that they be loaded onto a pick-up truck and taken away. Amongst those abducted and killed were Solange and Mulinga KARENZI, and Clémence. The aforementioned were abducted and killed on the basis of their identification as members of or sympathisers of the Tutsi ethnic or racial group, by soldiers, Interahamwe and armed civilians who were participants in the joint criminal enterprise referred to in paragraph 34 above, and by his actions described herein **ILDEPHONSE HATEGEKIMANA alias BIKOMAGO** ordered, instigated and/or committed murder as a crime against humanity.

255. Based on the evidence presented in support of these Indictment paragraphs, the Trial Chamber found that Hategekimana, soldiers from the Ngoma Military Camp, *Interahamwe*, and armed civilians participated in a joint criminal enterprise to abduct Tutsis from the *Maison Généralice* and to kill them.[563] The Trial Chamber found that Hategekimana's contribution included, among other things, ordering his soldiers to kill the Tutsi victims.[564]

256. Hategekimana submits that paragraphs 20 and 37 of the Indictment are defective in relation to the evidence relied on by the Trial Chamber to convict him.[565] Specifically, Hategekimana argues that neither of these paragraphs alleges that he ordered the killing.[566] Rather, Hategekimana contends that the only order mentioned in relation to him is the order to abduct the refugees.[567] Accordingly, Hategekimana argues that he was erroneously convicted on the basis of a material fact that was not pleaded in the Indictment.[568] Hategekimana submits that this defect resulted in prejudice because he focused his defence exclusively on the abduction.[569]

257. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly convicted Hategekimana for the killing of the abducted refugees, including Solange Karenzi, and that paragraphs 20 and 37 of the Indictment put him on notice of these crimes.[570] In addition, the Prosecution argues that

---

[563] Trial Judgement, paras. 691, 692.
[564] Trial Judgement, para. 692.
[565] Appeal Brief, paras. 378-385. *See also* Reply Brief, para. 140.
[566] Appeal Brief, paras. 381, 421.
[567] Appeal Brief, para. 381.
[568] Appeal Brief, paras. 382-385, 421.
[569] Appeal Brief, para. 385.
[570] Response Brief, paras. 204, 205.

Hategekimana was on notice of his participation in the basic form of a joint criminal enterprise as pleaded at paragraphs 6, 34, and 42 of the Indictment.[571]

258. The Appeals Chamber recalls that charges against an accused and the material facts supporting those charges must be pleaded with sufficient precision in an indictment so as to provide notice to the accused.[572] In cases where the Prosecution intends to rely on the theory of joint criminal enterprise, the Prosecution must plead, among other things, the nature of the accused's participation in the enterprise.[573] Failure to specifically plead joint criminal enterprise, including the supporting material facts and the category, constitutes a defect in the indictment.[574]

259. The Appeals Chamber observes that the concluding sentences of paragraphs 20 and 37 of the Indictment, respectively, clearly indicate that Hategekimana could be held liable for ordering the crimes to the extent that the various other actions referred to in the paragraphs are proved. In any case, ordering the killings was only one of several ways that the Trial Chamber found that Hategekimana participated in the joint criminal enterprise. Notably, it also determined that he contributed through his presence, by providing well-armed soldiers, and by issuing orders to his soldiers during the separation and the abduction.[575] These facts are clearly pleaded in the Indictment. Therefore, even if Hategekimana lacked notice of the allegation that he ordered the crime, it would not invalidate his convictions.

260. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Indictment is defective with respect to his form of participation in the joint criminal enterprise.

B. Assessment of the Evidence

1. Involvement of Soldiers from the Ngoma Military Camp

261. The Trial Chamber found that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the *Maison Généralice* based on a combination of direct, hearsay, and circumstantial evidence. In particular, the Trial Chamber observed that Witnesses BYO, QCQ, and BYS all provided first-hand evidence that soldiers participated in the attack.[576] In identifying these soldiers as being from the Ngoma Military Camp, the Trial Chamber principally relied on the evidence of

[571] Response Brief, paras. 235-237.
[572] *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 19; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 53; *Kalimanzira* Appeal Judgement, para. 46; *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 18; *Seromba* Appeal Judgement, paras. 27, 100; *Simba* Appeal Judgement, para. 63; *Muhimana* Appeal Judgement, paras. 76, 167, 195; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 49; *Ndindabahizi* Appeal Judgement, para. 16.
[573] *Simba* Appeal Judgement, para. 63; *Simić* Appeal Judgement, para. 22; *Ntagerura et al.* Appeal Judgement, para. 24.
[574] *Simba* Appeal Judgement, para. 63; *Simić* Appeal Judgement, para. 22; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 162.
[575] Trial Judgement, paras. 691, 692.
[576] Trial Judgement, paras. 608, 615, 617-619.

Witness BYO.[577] In particular, prior to the attack, Witness BYO heard from Sister Spéciose that soldiers from the camp planned to attack.[578] According to Witness BYO, Sister Spéciose had been warned that morning by a telephone call from an informant at the camp named Innocent.[579] In addition, Witness BYO learned from Sister Frédérique, who knew Hategekimana, that the soldiers' leader during the attack was the commander of the Ngoma Military Camp.[580] After the attack, Witness BYO also spoke with several of the soldiers who participated in it, and they informed her that they were from the Ngoma Military Camp.[581] Finally, the Trial Chamber also noted the close proximity of the Ngoma Military Camp to the *Maison Généralice*.[582]

262. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on Witnesses BYO, QCQ, and BYS in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the *Maison Généralice*.[583] In particular, Hategekimana emphasizes that the witnesses' description of the various assailants' attire was either vague, contradictory, or entirely absent.[584] Moreover, Hategekimana observes that none of the witnesses described the attire of the *Interahamwe* who participated in the attack.[585] Hategekimana submits that the foregoing deficiencies in the Prosecution evidence demonstrate that the Trial Chamber did not have a reasonable basis for relying on the evidence of Witnesses BYO, QCQ, and BYS to distinguish between soldiers and *Interahamwe*.[586]

263. Hategekimana also emphasizes that none of the witnesses could identify a single soldier from the Ngoma Military Camp participating in the attack, despite the camp's proximity to the *Maison Généralice*.[587] According to Hategekimana, this fact raises particular concerns for Witness BYO, who apparently learned from the soldiers after the attack that they were from the Ngoma Military Camp.[588] In this respect, Hategekimana argues that the Trial Chamber had an insufficient basis to determine that the soldiers with whom Witness BYO spoke after the attack and who claimed to be from the Ngoma Military Camp were indeed the same soldiers who participated in the attack.[589]

---

[577] Trial Judgement, para. 610.
[578] Trial Judgement, paras. 579, 610.
[579] Trial Judgement, paras. 579, 610.
[580] Trial Judgement, para. 610.
[581] Trial Judgement, paras. 610, 615, 616.
[582] Trial Judgement, para. 619.
[583] Appeal Brief, paras. 386-399.
[584] Appeal Brief, paras. 392-394.
[585] Appeal Brief, para. 392.
[586] Appeal Brief, para. 394.
[587] Appeal Brief, para. 391.
[588] Appeal Brief, paras. 387, 391, 397.
[589] Appeal Brief, para. 397.

264. In addition, Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on the proximity of the Ngoma Military Camp to the *Maison Généralice* in inferring that the solders hailed from there, in particular in the absence of any consideration of the respective distance to ESO or the gendarmerie camp.[590]

265. Moreover, Hategekimana argues that the Trial Chamber erred in finding, in paragraph 610 of the Trial Judgement, that "Innocent" warned Witness BYO of the impending attack, when in fact her evidence reveals that the witness never spoke directly with Innocent and instead received his warning second-hand from Sister Spéciose.[591]

266. Hategekimana contrasts this problematic evidentiary situation with the testimony of Defence Witness RBU, who gave a detailed description of the *Interahamwe*'s attire and who was able to identify several civilian assailants.[592] Hategekimana further notes that none of the Prosecution witnesses stationed at the Ngoma Military Camp implicated fellow soldiers in this attack, unlike in the case of the Ngoma Parish massacre.[593] Consequently, according to Hategekimana, the Trial Chamber abused its discretion in preferring the evidence of Witnesses BYO, QCQ, and BYS over Witness RBU's account that soldiers from the Ngoma Military Camp did not participate in the attack at the *Maison Généralice*.[594]

267. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably assessed the evidence in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack.[595]

268. The Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's contention that the Trial Chamber had an insufficient basis to determine that soldiers participated in the attack. A review of the Trial Judgement reflects that, in making its findings on this incident, the Trial Chamber principally relied on Witness BYO.[596] According to Witness BYO, the soldiers wore green camouflage military uniforms and black berets, and they carried firearms.[597] Witness BYO further stated that she could

[590] Appeal Brief, para. 390. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 13, 14.
[591] Appeal Brief, para. 396, *referring to* Trial Judgement, para. 610, Witness BYO, T. 4 May 2009 p. 16. The Appeals Chamber notes that, in his Appeal Brief, Hategekimana refers to the transcript of 4 April 2009. However, Witness BYO testified on 4 May 2009. The Appeals Chamber understands that Hategekimana is, in fact, referring to the transcript of 4 May 2009.
[592] Appeal Brief, para. 392.
[593] Appeal Brief, para. 398.
[594] Appeal Brief, para. 399.
[595] Response Brief, paras. 199-202, 206-230.
[596] *See infra* para. 283.
[597] T. 4 May 2009 pp. 15, 35, 58. *See also* Trial Judgement, para. 581.

distinguish between soldiers and gendarmes based on the color of their berets.[598] Hategekimana has advanced no convincing argument why additional detail would be necessary.[599]

269. The Appeals Chamber equally rejects Hategekimana's argument that the Prosecution witnesses offered inadequate descriptions of the civilian assailants, thereby demonstrating their inability to distinguish between them. While Witness BYO did not describe the attire of the civilian assailants, a review of her evidence indicates that, unlike with respect to soldiers, she was not specifically asked to do so. Furthermore, Witness BYO explained her ability to distinguish the soldiers from the civilian assailants based on their weaponry: "I knew that they were *Interahamwes* because they were carrying traditional weapons, like clubs, and they also had jerrycans full of petrol."[600] Hategekimana has not shown that this is an unreasonable distinguishing feature between the assailants.

270. The Appeals Chamber notes, as the Trial Chamber observed, that the key evidence underpinning its finding that the soldiers who participated in the attack were from the Ngoma Military Camp was hearsay evidence, which was corroborated by circumstantial evidence.[601] It is well established that, as a matter of law, it is permissible to base a conviction on circumstantial or hearsay evidence.[602] However, caution is warranted in such circumstances.[603] A review of the Trial Judgement reveals that the Trial Chamber engaged in a cautious review of the witnesses' first-hand observations during the attack, the information they learned from other sources, and the surrounding circumstances that resulted in the finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack.[604]

271. Hategekimana's submissions on appeal do not demonstrate that the Trial Chamber's conclusion was unreasonable. Specifically, the Appeals Chamber is not satisfied that the inability of Witnesses BYO, QCQ, and BYS to name or recognize any of the camp's soldiers raises question about the Trial Chamber's reliance on their evidence. As discussed above, Witness BYO had an adequate basis of knowledge to differentiate soldiers from other assailants and the fact that she did not personally know any particular soldier from the Ngoma Military Camp does nothing to alter

[598] T. 4 May 2009 p. 35.
[599] Beyond general complaints, Hategekimana cites to only one purported contradiction, when he submits that Witness BYS gave evidence that "some soldiers wore very dark-coloured and worn-out uniforms" whereas "all Prosecution witnesses testified that soldiers of the former *Forces armées rwandaises* wore dark-coloured berets." *See* Appeal Brief, para. 393. The Appeals Chamber can identify no apparent contradiction in these statements.
[600] T. 4 May 2009 p. 17.
[601] Trial Judgement, paras. 610, 619.
[602] *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 70; *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 115. *See also Muhimana* Appeal Judgement, para. 49.
[603] *Muvunyi I* Appeal Judgement, para. 70; *Ndindabahizi* Appeal Judgement, para. 115. *See also Rutaganda* Appeal Judgement, paras. 34, 156.
[604] Trial Judgement, para. 623. *See also* Trial Judgement, paras. 607-622.

this. The Appeals Chamber also cannot see how the lack of such knowledge could call into question the reasonableness of the Trial Chamber's acceptance of the considered body of direct, second-hand, and circumstantial evidence demonstrating the involvement of the camp's soldiers in the attack.

272. In addition, the Appeals Chamber considers that it was reasonable for the Trial Chamber to consider the proximity of the Ngoma Military Camp as part of its general consideration of whether the soldiers hailed from there.[605] Although the Trial Chamber did not specifically discuss the relative distances of ESO and the gendarmerie to the *Maison Généralice*, the Appeals Chamber notes that the Trial Chamber was fully apprised of these matters as a result of its site visit to the relevant locations.[606]

273. The Trial Chamber's summary of Witness BYO's sources of hearsay may give the impression that the informant called the witness directly with the information about the arrival of soldiers from the Ngoma Military Camp.[607] However, elsewhere in the Trial Judgement, the Trial Chamber unambiguously reflects that it was aware that the witness was informed by Sister Spéciose about the call of the informant.[608]

274. The Appeals Chamber is also not convinced that Hategekimana has shown that the Trial Chamber unreasonably preferred the Prosecution evidence concerning the role played by soldiers from the Ngoma Military Camp over that of Defence Witness RBU, who described the assailants as consisting of *Interahamwe*, not soldiers. While Witness RBU gave a detailed description of the *Interahamwe*'s attire and recognized some of the attackers,[609] Hategekimana's submissions do not address any of the significant credibility concerns the Trial Chamber highlighted in respect of his testimony.[610]

275. Finally, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's submission that other Prosecution witnesses who were based at the Ngoma Military Camp did not mention the involvement of their fellow soldiers in the attack at the *Maison Généralice* during their testimonies, or that they might not have known about it. The Appeals Chamber notes that these Prosecution witnesses did not testify about the attack at the *Maison Généralice*. Therefore, Hategekimana's argument is

---

[605] Trial Judgement, para. 619.
[606] Report on Site Visit (2 to 6 November HATEGEKIMANA CASE, ICTR-00-55B-T), Ref No. ICTR/JUD-11-6-2-09/088, dated 19 November 2009, filed on 16 December 2009 (confidential).
[607] Trial Judgement, para. 610 ("The [Trial] Chamber observes that the basis of Witness BYO's identification is hearsay provided by three sources: from an informant named Innocent, who warned of an imminent attack on the convent by Ngoma [Military] Camp soldiers; [...].").
[608] Trial Judgement, para. 579.
[609] Trial Judgement, paras. 599, 600.
[610] *See* Trial Judgement, paras. 620-622.

insufficient on appeal to call into question the reasonableness of the Trial Chamber's reliance on the various other strands of direct, second-hand, and circumstantial evidence that soldiers from the camp did participate.

276. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in finding that soldiers from the Ngoma Military Camp participated in the attack at the *Maison Généralice*.

2. Presence of Hategekimana

277. In finding that Hategekimana was present during the attack, the Trial Chamber relied principally on Witnesses BYO and QCQ, who provided a similar description of a soldier issuing orders who appeared to be the assailants' leader.[611] The Trial Chamber noted that both witnesses observed this "leader" from close proximity.[612] The Trial Chamber was convinced that the "leader" was Hategekimana based primarily on the information provided to Witness BYO by Sister Frédérique, who knew Hategekimana and spoke with him during the attack.[613]

278. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in relying on the evidence of Witnesses BYO and QCQ to find that he was present during the attack on the *Maison Généralice*.[614] In particular, Hategekimana contends that Witness BYO's testimony is inconsistent with her prior statement on important matters related to her basis of knowledge for identifying Hategekimana and other soldiers from the camp.[615] Hategekimana argues that the Trial Chamber erroneously excused these inconsistencies, in particular the omission of the conversation with Sister Frédérique, based on translation or transcription issues.[616] Hategekimana also highlights other differences between the accounts of Witnesses BYO, QCQ, and BYS.[617] Finally, according to Hategekimana, Witnesses BYO and QCQ offered inconsistent evidence as to his manner of dress and failed to mention his distinctive beard, as attested to by several Defence witnesses.[618]

279. The Prosecution responds that the Trial Chamber reasonably found that Hategekimana was present along with soldiers from the Ngoma Military Camp during the attack at the *Maison Généralice*.[619]

[611] Trial Judgement, para. 624.
[612] Trial Judgement, paras. 624, 625, 627, 628.
[613] Trial Judgement, paras. 625, 628.
[614] Appeal Brief, paras. 400-420.
[615] Appeal Brief, paras. 402, 404.
[616] Appeal Brief, paras. 403-408.
[617] Appeal Brief, paras. 409-416.
[618] Appeal Brief, paras. 417, 419. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 15, 16, 35, 38.
[619] Response Brief, paras. 199-202, 206-230. *See also* AT. 15 December 2011 pp. 23-25.

280. The Appeals Chamber can identify no error in the Trial Chamber's approach to addressing the purported inconsistencies between Witness BYO's testimony and her written statements. A trial chamber has broad discretion to determine the weight to be given to discrepancies between a witness's testimony and her prior statements.[620] Moreover, contrary to Hategekimana's submissions, the Trial Chamber did not explain the omission of the conversation with Sister Frédérique from the statement based on a transcription or translation issue. The Trial Chamber's reasoning was more broad:

> In view of the language of the interview, the questions put to the witness, the difficulties of recollecting precise details many years after the occurrence of events and the frequent lack of precision in translation, the [Trial] Chamber finds that the above minor transcription errors and omissions do not cast any doubt on the internal consistency and credibility of [Witness] BYO's candid in-court testimony.[621]

281. Moreover, the Appeals Chamber recalls that "to suggest that if something were true a witness would have included it in a statement or a confession letter is obviously speculative and, in general, it cannot substantiate a claim that a Trial Chamber erred in assessing the witness's credibility."[622]

282. In addition, the Appeals Chamber finds no merit in Hategekimana's attempt to call into question the Trial Chamber's reliance on a particular aspect of Witness BYO's testimony by pointing to differences in the evidence of Witnesses QCQ and BYS. The Appeals Chamber recalls that the Trial Chamber has the main responsibility to resolve any inconsistencies that may arise within or amongst witnesses' testimonies.[623] It is within the discretion of the Trial Chamber to evaluate any such inconsistencies, to consider whether the evidence taken as a whole is reliable and credible, and to accept or reject the fundamental features of the evidence.[624]

283. Although there may be various differences between the accounts of Witnesses BYO, QCQ, and BYS, as explained in the Trial Judgement, the Trial Chamber clearly expressed its preference for and relied principally on Witness BYO's account.[625] In particular, the Trial Chamber noted that Witness BYO was the oldest of the three witnesses and held a position of responsibility and trust.[626] The Trial Chamber further observed that Witness BYO was the only one who was not physically threatened or forced to undergo the ethnic selection process.[627] Moreover, the Trial Chamber

---

[620] *Gacumbitsi* Appeal Judgement, para. 74. *See also Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 96.
[621] Trial Judgement, para. 614. *See also* Trial Judgement, paras. 612, 613.
[622] *Kajelijeli* Appeal Judgement, para. 176.
[623] *Rukundo* Appeal Judgement, para. 207; *Simba* Appeal Judgement, para. 103.
[624] *Rukundo* Appeal Judgement, para. 207; *Simba* Appeal Judgement, para. 103.
[625] *See* Trial Judgement, paras. 609, 610, 615-617, 619, 623.
[626] *See* Trial Judgement, para. 609.
[627] *See* Trial Judgement, para. 609.

provided reasons for viewing the evidence of Witnesses QCQ and BYS as circumstantial corroboration.[628]

284. Finally, Hategekimana has not shown how the Trial Chamber erred in rejecting the Defence evidence describing him as having a beard or how this conflicts with the descriptions of him provided by Witnesses BYO and QCQ.

285. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated that the Trial Chamber erred in assessing the evidence related to his participation in the attack at the *Maison Généralice*.

C. Conclusion

286. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Sixth Ground of Appeal.

[628] *See* Trial Judgement, paras. 617, 619, 623.

IX. ALLEGED ERRORS RELATING TO THE SENTENCE (GROUND 7)

287. The Trial Chamber sentenced Hategekimana to a single sentence of life imprisonment for his convictions for genocide (Count 1), murder as a crime against humanity (Count 3), and rape as a crime against humanity (Count 4).[629]

288. The Appeals Chamber recalls that trial chambers are vested with broad discretion in determining an appropriate sentence due to their obligation to individualize penalties to fit the circumstances of the accused and the gravity of the crimes.[630] As a rule, the Appeals Chamber will revise a sentence only if the appealing party demonstrates that the trial chamber committed a discernible error in exercising its sentencing discretion or that it failed to follow the applicable law.[631]

289. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in assessing his sentence and that no trier of fact could have sentenced him to life imprisonment.[632] In this section, the Appeals Chamber considers Hategekimana's submissions that the Trial Chamber erred in assessing: (i) the gravity of his crimes; (ii) the aggravating factors; and (iii) the mitigating factors.

A. Gravity of the Crimes

290. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in focusing exclusively on the inherent gravity of the crimes and by failing to consider the nature of his personal participation.[633] Specifically, he contends that he did not play a leading role in the attacks and questions the quality of the evidence underpinning his convictions.[634] Hategekimana also challenges the Trial Chamber's comparison of his case to the much more serious crimes committed by the convicted persons in the *Renzaho*, *Seromba*, and *Gacumbitsi* cases.[635] Finally, Hategekimana questions how, as a junior officer, his sentence could be significantly harsher than that imposed on the much higher ranking accused in the *Ndindiliyimana et al.* case, which involved the chiefs-of-staff of the Rwandan army and gendarmerie as well as a major and a captain.[636] In a similar vein, he notes the reduction on

[629] Trial Judgement, paras. 730, 748.
[630] *See Munyakazi* Appeal Judgement, para. 166; *Setako* Appeal Judgement, para. 277; *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 63; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 606; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 240; *Kalimanzira* Appeal Judgement, para. 224; *Nchamihigo* Appeal Judgement, para. 384.
[631] *See Munyakazi* Appeal Judgement, para. 166; *Setako* Appeal Judgement, para. 277; *Muvunyi II* Appeal Judgement, para. 63; *Renzaho* Appeal Judgement, para. 606; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 240; *Kalimanzira* Appeal Judgement, para. 224; *Nchamihigo* Appeal Judgement, para. 384.
[632] Notice of Appeal, paras. 140-142, 146; Appeal Brief, paras. 425-443; Reply Brief, para. 154.
[633] Appeal Brief, paras. 426-435; Reply Brief, paras. 153, 154.
[634] Appeal Brief, paras. 428, 429, 435.
[635] Appeal Brief, para. 427.
[636] Appeal Brief, paras. 431-433.

appeal of Lieutenant Samuel Imanishimwe's sentence to 12 years in the *Ntagerura et al.* case and emphasizes that Imanishimwe held a rank identical to his.[637]

291. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly assessed the gravity of Hategekimana's crimes and acted reasonably in sentencing him to life imprisonment.[638]

292. The Appeals Chamber recalls that the determination of the gravity of the crimes requires consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crimes.[639] Contrary to Hategekimana's submissions, the Trial Chamber noted, for the most part, the nature and form of Hategekimana's participation in the crimes.[640] In particular, it emphasized his direct role in many of the crimes as a member of a joint criminal enterprise, making him a principal perpetrator.[641] Bearing this finding in mind, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's characterization of his role in the crimes as minor. Moreover, elsewhere in the Judgement, the Appeals Chamber has rejected Hategekimana's challenges to the Trial Chamber's assessment of the evidence underpinning his convictions. His attempts to re-litigate these matters in his sentencing appeal likewise lack merit.

293. The Appeals Chamber also can identify no error in the Trial Chamber's comparison of Hategekimana's case to the situations of the convicted persons in the *Renzaho*, *Seromba*, and *Gacumbitsi* cases. Although the Trial Chamber did not engage in a detailed comparison of the facts underpinning Hategekimana's convictions and sentence and the facts in the other cases resulting in life imprisonment, the Trial Chamber correctly noted that the *Renzaho*, *Seromba*, and *Gacumbitsi* cases involved individuals, like Hategekimana, who directly participated in crimes.[642] Therefore, the comparison has some relevance. In any event, Hategekimana has not shown that the Trial Chamber gave undue weight to those cases in its analysis. Notably, the Trial Chamber also recalled the inherent limitations of comparing cases given the numerous variables involved in each case and, as discussed above, specifically assessed the individual nature of Hategekimana's participation.[643]

294. In addition, Hategekimana's comparison of his case to those of other military officers who received more lenient sentences, to support the contention that he should not have been sentenced to life imprisonment, fails to demonstrate that the Trial Chamber erred. The Appeals Chamber has previously noted that drawing comparisons with other cases that have been subject to final

---

[637] Appeal Brief, para. 434.
[638] Response Brief, paras. 246, 247, 257-260.
[639] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 185; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 243; *Kordić and Čerkez* Appeal Judgement, para. 1061. *See also Nahimana et al.* Appeal Judgement, para. 1038.
[640] Trial Judgement, para. 736.
[641] Trial Judgement, para. 736.
[642] Trial Judgement, para. 739.
[643] Trial Judgement, paras. 735, 736.

determination is of limited assistance in challenging a sentence.[644] Notably, the sentences imposed in the *Ndindiliyimana et al.* case are under appeal and, therefore, are of even more limited assistance.[645] Hategekimana also fails to appreciate that the reduction of Imanishimwe's sentence on appeal resulted from the overturning of his genocide conviction.[646] In any case, Hategekimana only touches on superficial similarities between his case and others, rather than making any attempt to identify factual similarities with respect to the specific underlying criminal conduct.

295. Accordingly, the Appeals Chamber is not convinced that Hategekimana has demonstrated that the Trial Chamber erred in its assessment of the gravity of his offence.

B. Aggravating Factors

296. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in its assessment of the aggravating factors.[647] In particular, he challenges the Trial Chamber's reliance on his influence in Ngoma Commune, his membership of the Prefecture Security Council, and his purported responsibility for maintaining peace and security.[648] Hategekimana argues that the Trial Chamber did not identify any instance where he interacted with the local population or participated in a Prefecture Security Council meeting.[649] He further highlights that the Ngoma Military Camp was one of three military camps in the area, which runs contrary to the Trial Chamber's attempts to portray him as the area commander.[650] Finally, Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in finding that he had the responsibility to maintain peace and security, which was the function of the gendarmerie.[651]

297. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly assessed the aggravating factors.[652]

298. The Appeals Chamber recalls that it is settled jurisprudence of the Tribunal that the abuse of a position of influence and authority in society can be taken into account as an aggravating factor in

---

[644] *See Rukundo* Appeal Judgement, para. 263; *Muhimana* Appeal Judgement, para. 232. *See also Dragomir Milošević* Appeal Judgement, para. 326; *Blagojević and Jokić* Appeal Judgement, para. 333.
[645] *The Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana et al.*, Case No. ICTR-00-56-A, Prosecutor's Notice of Appeal, 20 July 2011, paras. 27-31, 44-58.
[646] *Ntagerura et al.* Appeal Judgement, paras. 442-444.
[647] Appeal Brief, paras. 436-440. Hategekimana also challenges the Trial Chamber's reliance on the transfer of refugees in assessing his influence, arguing that he lacked notice of the incident and that the assistance does not reveal his influence. *See* Appeal Brief, para. 437. The Trial Chamber, however, did not refer to this particular incident in assessing his aggravating factors.
[648] Appeal Brief, paras. 436-440. *See also* AT. 15 December 2011 p. 38.
[649] Appeal Brief, para. 438.
[650] Appeal Brief, para. 439.
[651] Appeal Brief, para. 440.
[652] Response Brief, paras. 249-252.

sentencing.[653] The Appeals Chamber is satisfied that it was reasonable to consider Hategekimana, as an officer in the Rwandan army and a camp commander, to be a person holding a position of influence and authority. Contrary to Hategekimana's submissions, in making its factual findings, the Trial Chamber clearly identified instances where he interacted with or influenced others, most significantly the various assailants committing the crimes for which he was convicted while in his presence or acting under his authority.[654]

299. Furthermore, although the Trial Chamber did not discuss the existence of other military camps in assessing aggravating factors, it follows from other parts of the Trial Judgement that it was clearly aware of the presence of the ESO camp and the Gendarmerie brigade.[655] Hategekimana has therefore failed to demonstrate that the Trial Chamber did not take their presence in the area into account or to show that their existence would diminish the influence and authority that he derived from his own role at the Ngoma Military Camp.

300. The Appeals Chamber notes that, at several points in the Trial Judgement, the Trial Chamber refers to Hategekimana as being a member of the Prefecture Security Council.[656] However, the only support for that proposition mentioned by the Trial Chamber is a reference to paragraph 2 of the Indictment[657] and the evidence of Prosecution Witness Laurien Ntezimana, a religious educator, who testified that the "the commanders of the military camp" were part of the council.[658] However, Witness Ntezimana further stated that "[o]f course, I was not a member of the committee, so I cannot name the people who actually made up the committee."[659] The Appeals Chamber considers that no reasonable trier of fact could find that Hategekimana was a member of the Prefecture Security Council based solely on an allegation in the Indictment and on evidence of a witness who specified that he lacked knowledge as to who was on the council. Although such finding was therefore unreasonable, the Appeals Chamber is not satisfied that this error results in a miscarriage of justice. As noted above, Hategekimana's authority and influence over the perpetrators is adequately demonstrated by his role as commander of the Ngoma Military Camp.

301. The Appeals Chamber observes that the Trial Chamber did not fully articulate how it reached the conclusion that Hategekimana "was *in charge* of peace and security in the Ngoma

[653] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 170; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 250; *Seromba* Appeal Judgement, para. 230. *See also Ndindabahizi* Appeal Judgement, para. 136; *Dragomir Milošević* Appeal Judgement, para. 302; *Simba* Appeal Judgement, para. 284.
[654] *See, e.g.*, Trial Judgement, paras. 288, 304, 306, 401-403, 458, 460, 463, 570, 574, 630, 674, 676, 684, 690-692, 694, 709, 726, 727.
[655] *See, e.g.*, Trial Judgement, paras. 123-137, 252.
[656] Trial Judgement, paras. 3, 658, 706, 738, 743.
[657] Trial Judgement, para. 3, n. 3.
[658] *See* T. 20 March 2009 pp. 14, 15. *See also* Trial Judgement, para. 187.
[659] T. 20 March 2009 p. 15.

Commune".[660] A review of the Trial Judgement also reflects that there is limited evidence supporting this proposition. Indeed, as noted above, the Trial Chamber erred in finding that Hategekimana was a member of the Prefecture Security Council. It also failed to address or apparently take into account evidence presented by the Defence, indicating that this role was principally the function of the gendarmerie.[661] That said, there is direct evidence, accepted by the Trial Chamber, that Hategekimana assisted in the transfer and security of the refugees at the Matyazo Health Centre.[662] This evidence demonstrates that he had at least some role in assuring peace and security. It does not compel the conclusion, however, that he was *in charge* of this function for the entire commune. Nevertheless, in view of the gravity of the crimes, the remaining aggravating factors, and the limited mitigation, the Appeals Chamber is not convinced that the Trial Chamber's error in finding that Hategekimana was in charge of peace and security for the entire commune has any impact on the overall assessment of his sentence.

302. Accordingly, Hategekimana has not identified any error in the Trial Chamber's assessment of the aggravating factors which would have any bearing on the sentence.

C. Mitigating Factors

303. Hategekimana submits that the Trial Chamber erred in assessing the mitigating factors.[663] In particular, he argues that the Trial Chamber failed to note that the Ngoma Military Camp was "of little importance, since the majority of soldiers were war-wounded".[664]

304. The Prosecution responds that the Trial Chamber correctly assessed the mitigating factors.[665]

305. Pursuant to Rule 101(B)(ii) of the Rules, a trial chamber is required to take into account any mitigating circumstances in determining a sentence.[666] However, it has broad discretion in determining the weight, if any, to be accorded to them.[667] The Trial Chamber in the present case did not discuss the specific factor highlighted by Hategekimana in the sentencing section of the Trial Judgement.[668] The Appeals Chamber is not convinced, however, that Hategekimana has demonstrated that the physical ability of the soldiers at the Ngoma Military Camp should have been

[660] Trial Judgement, para. 743.
[661] *See* Defence Exhibit 7A (*23 janvier 1974 – Décret-Loi : Création de la Gendarmerie*).
[662] Trial Judgement, paras. 360-362, 660.
[663] Appeal Brief, para. 441
[664] Appeal Brief, para. 441.
[665] Response Brief, paras. 253-256.
[666] *See also Munyakazi* Appeal Judgement, para. 174; Muvunyi *II* Appeal Judgement, para. 70; *Rukundo* Appeal Judgement, para. 255; *Nchamihigo* Appeal Judgement, para. 387; *Muhimana* Appeal Judgement, para. 231.
[667] *Munyakazi* Appeal Judgement, para. 174.
[668] *See* Trial Judgement, paras. 740-746.

considered as a mitigating factor. In any event, the Trial Chamber did expressly consider Hategekimana's submissions and the evidence concerning the physical ability of the soldiers at the Ngoma Military Camp in another part of the Trial Judgement.[669] In that section, the Trial Chamber rejected Hategekimana's contention that only injured and disabled soldiers were stationed at the camp.[670] Hategekimana has not challenged this finding on appeal. Accordingly, Hategekimana has not demonstrated a discernible error in the Trial Chamber's consideration of the mitigating factors.

D. Conclusion

306. For the foregoing reasons, the Appeals Chamber dismisses Hategekimana's Seventh Ground of Appeal.

[669] Trial Judgement, paras. 108-122.
[670] Trial Judgement, para. 122.

X. DISPOSITION

307. For the foregoing reasons, **THE APPEALS CHAMBER**

PURSUANT to Article 24 of the Statute and Rule 118 of the Rules;

NOTING the written submissions of the parties and their oral arguments presented at the hearing on 15 December 2011;

SITTING in open session;

DISMISSES Hategekimana's appeal;

AFFIRMS the sentence of life imprisonment imposed on Hategekimana by the Trial Chamber;

RULES that this Judgement shall be enforced immediately pursuant to Rule 119 of the Rules; and

ORDERS that, in accordance with Rule 103(B) and Rule 107 of the Rules, Hategekimana is to remain in the custody of the Tribunal pending the finalization of arrangements for his transfer to the State where his sentence will be served.

Done in English and French, the English text being authoritative.

Fausto Pocar	Patrick Robinson	Mehmet Güney
Presiding Judge	Judge	Judge
Andrésia Vaz	Carmel Agius	
Judge	Judge	

Signed on the twenty-sixth day of April 2012 at The Hague, The Netherlands, and pronounced this eighth day of May 2012 at Arusha, Tanzania.

[Seal of the Tribunal]

XI. ANNEX A – PROCEDURAL HISTORY

1. The main aspects of the appeal proceedings are summarized below.

A. Notice of Appeal and Briefs

2. Trial Chamber II of the Tribunal rendered the judgement in this case orally on 6 December 2010 and filed the written Trial Judgement on 14 February 2011. Only Hategekimana appealed.

3. On 20 January 2011, the Pre-Appeal Judge denied Hategekimana's request for an extension of time to file his notice of appeal.[1] On 28 February 2011 and 1 March 2011, respectively, the Pre-Appeal Judge denied his second and third requests for an extension of time to file his notice of appeal.[2] Hategekimana filed his notice of appeal on 16 March 2011.[3] On 8 April 2011, the Pre-Appeal Judge granted Hategekimana's motion to rectify errors in his notice of appeal.[4] On 13 April 2011, the Pre-Appeal Judge denied his request for a one-month extension of time to file his Appeal Brief due by 30 May 2011.[5] On 20 May 2011, the Pre-Appeal Judge denied Hategekimana's second request for an extension of time to file his Appeal Brief.[6]

4. On 20 May 2011, Hategekimana filed a motion requesting leave to amend his notice of appeal.[7] On 23 May 2011, the Pre-Appeal Judge ordered him to file a proposed amended notice of appeal indicating the amendments sought by 30 May 2011.[8] On 30 May 2011, Hategekimana filed his Notice of Appeal.[9] On the same day, he filed his Appeal Brief.[10] On 2 June 2011, Hategekimana filed a corrigendum to his Appeal Brief.[11] On 11 July 2011, the Appeals Chamber granted

---

[1] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for Extension of Time for the Filing of the Notice of Appeal, 20 January 2011.
[2] Decision on Ildephonse Hategekimana's Second Motion for Extension of Time for the Filing of the Notice of Appeal, 28 February 2011; Decision on Ildephonse Hategekimana's Third Motion for Extension of Time for the Filing of the Notice of Appeal, 1 March 2011.
[3] *Acte d'appel du Lieutenant Ildephonse Hategekimana contre le Jugement rendu le 6 décembre 2010 par la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international pour le Rwanda(TPIR)*, 16 March 2011. The English translation of the French original was filed on 16 May 2011.
[4] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for Rectification of Errors in his Notice of Appeal, 8 April 2011.
[5] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for an Extension of Time to File his Appellant's Brief, 13 April 2011.
[6] Decision on Ildephonse Hategekimana's Second Motion for an Extension of Time to File his Appellant's Brief, 20 May 2011.
[7] *Requête en extrême urgence d'Ildephonse Hategekimana aux fins d'être autorisé à modifier et ajouter de nouveaux moyens d'appel*, 20 May 2011.
[8] Order for the Filing of Ildephonse Hategekimana's Proposed Amended Notice of Appeal, 23 May 2011.
[9] *Acte d'appel amendé du Lieutenant Ildephonse Hategekimana conformément à la décision intitulée «Order for the Filing of Ildephonse Hategekimana's Proposed Amended Notice of Appeal " rendue par le Juge de mise en état en appel le 23 mai 2011*, 30 May 2011 ("Proposed Amended Notice of Appeal"). The English translation of the French original was filed on 8 August 2011.
[10] *Mémoire d'appel d'Ildephonse Hategekimana*, 30 May 2011 (public with confidential Annexes).
[11] *Corrigendum au mémoire d'appel d'Ildephonse Hategekimana déposé le 30/05/11*, 2 June 2011. The English translation of the French original was filed on 29 September 2011.

Hategekimana's request to amend his notice of appeal and accepted the Proposed Amended Notice of Appeal as the operative Notice of Appeal.[12] The Prosecution filed its Response Brief on 11 July 2011.[13] Hategekimana filed his Reply Brief on 27 July 2011.[14]

B. Assignment of Judges

5. On 13 January 2011, the Presiding Judge of the Appeals Chamber assigned the following Judges to the appeal: Judge Mehmet Güney, Judge Fausto Pocar, Judge Andrésia Vaz, Judge Theodor Meron, and Judge Carmel Agius.[15] The Bench elected Judge Fausto Pocar as Presiding Judge in this case. On 20 January 2011, Judge Pocar designated himself as the Pre-Appeal Judge in this case.[16] On 17 November 2011, Judge Theodor Meron, the Presiding Judge of the Appeals Chamber, assigned Judge Patrick Robinson to replace him on the Bench.[17]

C. Motions Related to Judicial Assistance and the Admission of Additional Evidence

6. On 28 February 2011, Hategekimana confidentially filed a motion requesting cooperation and judicial assistance from Belgium and Canada.[18] The Prosecution did not file a response. On 5 May 2011, the Appeals Chamber denied Hategekimana's Request.[19]

7. On 29 August 2011, Hategekimana filed a motion for admission of additional evidence.[20] The Prosecution responded on 30 September 2011.[21] Hategekimana replied on 11 October 2011.[22] On 8 December 2011, the Appeals Chamber denied Hategekimanas's Motion.[23]

---

[12] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for Leave to Amend his Notice of Appeal, 11 July 2011.
[13] Prosecutor's Respondent Brief, 11 July 2011.
[14] *Mémoire en réplique de l'appelant Ildephonse Hategekimana*, 27 July 2011. The English translation of the French original was filed on 19 October 2011.
[15] Order Assigning Judges to a Case Before the Appeals Chamber, 13 January 2011.
[16] Order Assigning a Pre-Appeal Judge, 20 January 2011.
[17] Order Replacing a Judge in a Case Before the Appeals Chamber, 17 November 2011.
[18] *Requête en extrême urgence aux fins de coopération et d'entraide judiciaire en vertu de l'article 28 du Statut, 54 et 108bis du Règlement*, with annexes, 28 February 2011 (confidential) ("Request").
[19] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for Cooperation and Judicial Assistance, 5 May 2011.
[20] *Requête de* [sic] *Ildephonse Hategekimana aux fins de soumission des moyens de preuves supplémentaires, présentée en vertu de l'article 115 du Règlement de procédure et de preuve (RPP), et du paragraphe 7 de la Directive pratique relative aux conditions formelles applicables au recours en appel contre un jugement*, 29 August 2011 (confidential), ("Motion").
[21] Prosecutor's Response to Ildephonse Hategekimana's Motion for Admission of Additional Evidence Under Rule 115 of the Rules of Procedure and Evidence, 30 September 2011.
[22] *Réplique d'Ildephonse Hategekimana au* « Prosecutor's response to Ildephonse Hategekimana's motion for admission of additional evidence under rule 115 of the rules of Procedure and evidence » *deposé* [*sic*] *le 30 septembre 2011*, 11 October 2011.
[23] Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion for the Admission of Additional Evidence on Appeal, 8 December 2011. The confidential status of this decision was lifted by the Appeals Chamber on 2 March 2012. *See* Decision on Ildephonse Hategekimana's Motion to Lift Confidentiality, 2 March 2012.

D. Hearing of the Appeal

8. On 15 December 2011, the parties presented their oral arguments at a hearing held in Arusha, Tanzania in accordance with the Scheduling Order of 28 November 2011.[24]

[24] *Scheduling Order, 28 November 2011.*

XII. ANNEX B – CITED MATERIALS AND DEFINED TERMS

A. Jurisprudence

1. ICTR

AKAYESU

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-A, Judgement, 1 June 2001 (the English translation of the French original was filed on 23 November 2001) ("*Akayesu* Appeal Judgement").

The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998 ("*Akayesu* Trial Judgement").

BAGOSORA and NSENGIYUMVA

Théoneste Bagosora and Anatole Nsengiyumva, Case No. ICTR-98-41-A, Judgement, 14 December 2011 ("*Bagosora and Nsengiyumva* Appeal Judgement").

BIKINDI

Simon Bikindi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-72-A, Judgement, 18 March 2010 ("*Bikindi* Appeal Judgement").

GACUMBITSI

Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-64-A, Judgement, 7 July 2006 ("*Gacumbitsi* Appeal Judgement").

KAJELIJELI

Juvénal Kajelijeli v. The Prosecutor, Case No. ICTR-98-44A-A, Judgement, 23 May 2005 ("*Kajelijeli* Appeal Judgement").

KALIMANZIRA

Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor, Case No. ICTR-05-88-A, Judgement, 20 October 2010 ("*Kalimanzira* Appeal Judgement").

KAMUHANDA

Jean de Dieu Kamuhanda v. The Prosecutor, Case No. ICTR-99-54A-A, Judgement, 19 September 2005 ("*Kamuhanda* Appeal Judgement").

KARERA

François Karera v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-74-A, Judgement, 2 February 2009 ("*Karera* Appeal Judgement").

KAYISHEMA and RUZINDANA

The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-A, Judgment (Reasons), dated 1 June 2001, filed on 19 July 2001 (the English translation of the French original was filed on 4 December 2001) ("*Kayishema and Ruzindana* Appeal Judgement").

MUHIMANA

Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor, Case No. ICTR-95-1B-A, Judgement, 21 May 2007 ("*Muhimana* Appeal Judgement").

MUNYAKAZI

The Prosecutor v. Yussuf Munyakazi, Case No. ICTR-97-36A-A, Judgement, 28 September 2011 ("*Munyakazi* Appeal Judgement").

MUSEMA

Alfred Musema v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-13-A, Judgement, 16 November 2001 (the English translation of the French original was filed on 25 October 2002) ("*Musema* Appeal Judgement").

MUVUNYI

Tharcisse Muvunyi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-00-55A-A, Judgement, 29 August 2008 ("*Muvunyi I* Appeal Judgement").

Tharcisse Muvunyi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-00-55A-A, Judgement, 1 April 2011 ("*Muvunyi II* Appeal Judgement").

NAHIMANA et al.

Ferdinand Nahimana et al. v. The Prosecutor, Case No. ICTR-99-52-A, Judgement, 28 November 2007 (the English translation of the French original was filed on 16 May 2008) ("*Nahimana et al.* Appeal Judgement").

NCHAMIHIGO

Siméon Nchamihigo v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-63-A, Judgement, 18 March 2010 ("*Nchamihigo* Appeal Judgement").

NDINDABAHIZI

Emmanuel Ndindabahizi v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-71-A, Judgement, 16 January 2007 ("*Ndindabahizi* Appeal Judgement").

NIYITEGEKA

Eliézer Niyitegeka v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-14-A, Judgement, 9 July 2004 ("*Niyitegeka* Appeal Judgement").

NTAGERURA et al.

The Prosecutor v. André Ntagerura et al., Case No. ICTR-99-46-A, Judgement, 7 July 2006 (the English translation of the French original was filed on 29 March 2007) ("*Ntagerura et al.* Appeal Judgement").

NTAKIRUTIMANA

The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana, Case Nos. ICTR-96-10-A & ICTR-96-17-A, Judgement, 13 December 2004 ("*Ntakirutimana* Appeal Judgement").

RENZAHO

Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor, Case No. ICTR-97-31-A, Judgement, 1 April 2011 ("*Renzaho* Appeal Judgement").

RUKUNDO

Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-70-A, Judgement, 20 October 2010 ("*Rukundo* Appeal Judgement").

RUTAGANDA

Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor, Case No. ICTR-96-3-A, Judgement, 26 May 2003 (the English translation of the French original was filed on 9 February 2004) ("*Rutaganda* Appeal Judgement").

SEMANZA

Laurent Semanza v. The Prosecutor, Case No. ICTR-97-20-A, Judgement, 20 May 2005 ("*Semanza* Appeal Judgement").

The Prosecutor v. Laurent Semanza, Case No. ICTR-97-20-T, Judgement and Sentence, 15 May 2003 ("*Semanza* Trial Judgement").

SEROMBA

The Prosecutor v. Athanase Seromba, Case No. ICTR-01-66-A, Judgement, 12 March 2008 ("*Seromba* Appeal Judgement").

SETAKO

Ephrem Setako v. The Prosecutor, Case No. ICTR-04-81-A, Judgement, 28 September 2011 ("*Setako* Appeal Judgement").

SIMBA

Aloys Simba v. The Prosecutor, Case No. ICTR-01-76-A, Judgement, 27 November 2007 ("*Simba* Appeal Judgement").

2. ICTY

ALEKSOVSKI

Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000 ("*Aleksovski* Appeal Judgement").

BLAGOJEVIĆ and JOKIĆ

Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić, Case No. IT-02-06-A, Judgement, 9 May 2007 ("*Blagojević and Jokić* Appeal Judgement").

BLAŠKIĆ

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, Case No. IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004 ("*Blaškić* Appeal Judgement").

BOŠKOSKI and TARČULOVSKI

Prosecutor v. Ljube Boškoski and Johan Tarčulovski, Case No. IT-04-82-A, Judgement, 19 May 2010 ("*Boškoski and Tarčulovski* Appeal Judgement").

DELALIĆ et al.

Prosecutor v. Zejnil Delalić et al., Case No. IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 ("*Delalić et al.* Appeal Judgement").

FURUNDŽIJA

Prosecutor v. Anto Furundžija, Case No. IT-95-17/1-A, Judgement, 21 July 2000 ("*Furundžija* Appeal Judgement").

GALIĆ

Prosecutor v. Stanislav Galić, Case No. IT-98-29-A, Judgement, 30 November 2006 ("*Galić* Appeal Judgement").

HALILOVIĆ

Prosecutor v. Sefer Halilović, Case No. IT-01-48-A, Judgement, 16 October 2007 ("*Halilović* Appeal Judgement").

HARADINAJ et al.

Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al., Case No. IT-04-84-A, Judgement, 19 July 2010 ("*Haradinaj et al.* Appeal Judgement").

HARAQIJA and MORINA

Prosecutor v. Astrit Haraqija and Bajrush Morina, Case No. IT-04-84-R77.4-A, Judgement, 23 July 2009 ("*Haraqija and Morina* Appeal Judgement").

JELISIĆ

Prosecutor v. Goran Jelisić, Case No. IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001 ("*Jelisić* Appeal Judgement").

KORDIĆ and ČERKEZ

Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, Case No. IT-95-14/2-A, Judgement, 17 December 2004 ("*Kordić and Čerkez* Appeal Judgement").

KRNOJELAC

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No. IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003 (the English translation of the French original was filed on 5 November 2003) ("*Krnojelac* Appeal Judgement").

KRSTIĆ

Prosecutor v. Radislav Krstić, Case No. IT-98-33-A, Judgement, 19 April 2004 ("*Krstić* Appeal Judgement").

KUNARAC et al.

Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al., Case Nos. IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Judgement, 12 June 2002 ("*Kunarac et al.* Appeal Judgement").

KUPREŠKIĆ et al.

Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgement, 23 October 2001 ("*Kupreškić et al.* Appeal Judgement").

KVOČKA et al.

Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al., Case No. IT-98-30/1-A, Judgement, 28 February 2005 ("*Kvočka et al.* Appeal Judgement").

LIMAJ et al.

Prosecutor v. Fatmir Limaj et al., Case No. IT-03-66-A, Judgement, 27 September 2007 ("*Limaj et al.* Appeal Judgement").

MILOŠEVIĆ Dragomir

Prosecutor v. Dragomir Milošević, Case No. IT-98-29/1-A, Judgement, 12 November 2009, ("*Dragomir Milošević* Appeal Judgement").

MRKŠIĆ and ŠLJIVANČANIN

Prosecutor v. Mile Mrkšić and Veselin Šljivančanin, Case No. IT-95-13/1-A, Judgement, 5 May 2009 ("*Mrkšić and Šljivančanin* Appeal Judgement").

SIMIĆ Blagoje

Prosecutor v. Blagoje Simić, Case No. IT-95-9-A, Judgement, 28 November 2006 ("*Simić* Appeal Judgement").

TADIĆ

Prosecutor v. Duško Tadić, Case No. IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999 ("*Tadić* Appeal Judgement").

B. Defined Terms and Abbreviations

Appeal Brief

Corrigendum au mémoire d'appel d'Ildephonse Hategekimana déposé le 30/05/11, 2 June 2011

AT.

Transcript from the appeal hearing in the present case. All references are to the official English transcript, unless otherwise indicated

Defence Pre-Trial Brief

The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana, Case No. ICTR-00-55B-T, *Mémoire préalable à la présentation des moyens à décharge de la Défence de l'accusé Ildephonse Hategekimana en vertu de l'article 73ter du Règlement de procédure et de preuve*, 1 June 2009 (confidential)

ESO

École des sous-officiers (Butare)

ICTR *or* Tribunal

International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994

Indictment

The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana, Case No. ICTR-00-55B-I, Amended Indictment, 11 August 2010

MRND

Mouvement révolutionnaire national pour la démocratie et le développement (prior to 5 July 1991) and *Mouvement républicain national pour la démocratie et le développement* (from 5 July 1991)

Notice of Appeal

Acte d'appel amendé du Lieutenant Ildephonse Hategekimana conformément à la décision intitulée «Order for the Filing of Ildephonse Hategekimana's Proposed Amended Notice of Appeal " *rendue par le Juge de mise en état en appel le 23 mai 2011*, 30 May 2011

Reply Brief

Mémoire en réplique de l'appelant Ildephonse Hategekimana, 27 July 2011

Response Brief

Prosecutor's Respondent's Brief, 11 July 2011

n.

footnote

Prosecution

Office of the Prosecutor

RPF

Rwandan (also Rwandese) Patriotic Front

Rules

Rules of Procedure and Evidence of the International Criminal Tribunal for Rwanda

Statute

Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda established by Security Council Resolution 955 (1994)

T.

Transcript from hearings at trial in the present case. All references are to the official English transcript, unless otherwise indicated

Trial Judgement

The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana, Case No. ICTR-00-55B-T, Judgement and Sentence, pronounced on 6 December 2010, filed in writing on 14 February 2011

Pontificia Academia
Mariana Internationalis
Città del Vaticano

Liberare Maria dalle mafie

Dipartimento di analisi studio e monitoraggio dei fenomeni criminali e mafiosi

Dipartimento di analisi, studi e monitoraggio dei delitti ambientali, dell'ecomafia, della tratta degli esseri umani, del caporalato e di ogni altra forma di schiavitù

Pontificia Academia Mariana Internationalis
Città del Vaticano
2024