

297. Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 26 febbraio 2007 nel caso sull'Applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Serbia e Montenegro).

Dopo aver stabilito che il massacro di Srebrenica del 1995 costituiva genocidio<sup>4</sup>, la Corte internazionale di giustizia si è chiesta se esso fosse imputabile alla Serbia, accettando in primo luogo se gli autori materiali avessero agito come organi *de jure* o *de facto*, della Serbia, oppure sotto il controllo o la direzione o le istruzioni della Serbia, ai sensi dell'art. I della Convenzione sul genocidio del 1948; in secondo luogo, se le autorità serbe avessero partecipato mediante concertazione o come complici al genocidio di Srebrenica ai sensi dell'art. III, lett. b ed e, della Convenzione sul genocidio; e, in terzo luogo, se la Serbia fosse comunque internazionalmente responsabile per non aver adottato tutte le misure necessarie a prevenire e reprimere il genocidio, ai sensi dell'art. I della Convenzione sul genocidio.

Sulla prima questione la Corte si è riferita all'art. 4 del Progetto del 2001 sulla responsabilità degli Stati, riconosciuto come dichiarativo del diritto consuetudinario (§ 385). Secondo la Corte l'espressione «organo dello Stato» ai sensi sia dell'art. 4 del Progetto che del diritto internazionale consuetudinario, «si applica ad una qualsiasi entità individuale o collettiva che fornisca l'organizzazione dello Stato e che agisca per suo conto» (§ 388). La Corte ha escluso che il genocidio di Srebrenica fosse stato compiuto da membri dell'esercito serbo, o con la partecipazione di uomini politici serbi, in quanto «se è vero che vi erano diverse prove della partecipazione diretta o indiretta dell'esercito della Repubblica Federale di Jugoslavia, insieme alle forze serbe bosniache, nelle operazioni militari in Bosnia ed Erzegovina negli anni precedenti gli eventi di Srebrenica» non era stato dimostrato che «vi fosse una tale partecipazione in relazione ai massacri commessi a Srebrenica» con la conseguenza che «né la Repubblica Srpska, né i VRS erano organi *de jure* della Repubblica Federale di Jugoslavia, dal momento che nessuno di essi aveva lo status di organo di tale Stato in base al diritto interno» (§ 386).

La Corte si è quindi chiesta se gli autori materiali del genocidio avessero comunque agito come organi *de facto* della Serbia, cioè «se sia possibile in principio attribuire allo Stato la condotta di persone — o gruppi di persone —, le quali, pur non avendo lo status giuridico di organi dello Stato, di fatto agiscono sotto un tale stretto controllo dello Stato da doversi considerare come suoi organi ai fini della necessaria attribuzione che determina la responsabilità dello Stato per un atto internazionalmente illecito» (§ 391). Dopo aver risposto affermativamente richiamando il passo della sentenza del 1986 sulle *Attività militari in Nicaragua*<sup>5</sup> in cui la Corte aveva escluso che i *contra* incaraguegni fossero organi *de facto* degli Stati Uniti, la Corte ha precisato che un organo *de facto* può essere considerato un organo dello Stato soltanto se «agisce in "completa dipendenza" dallo Stato, del quale è in definitiva un mero strumento» (§ 392) e come tale «privo di qualsiasi reale autonomia» (§ 394). Secondo la Corte «qualsiasi altra soluzione consentirebbe agli Stati di sottrarsi alla loro responsabilità internazionale scegliendo di agire attraverso persone o enti la cui asserita indipendenza è pura-

mente fittizia» (§ 392). La Corte ha peraltro precisato che l'assimilazione ad un organo dello Stato di persone o enti che non sono organi dello Stato secondo il suo diritto interno «deve essere eccezionale, in quanto richiede la prova di un grado di controllo statale particolarmente elevato nei loro confronti, una relazione che la sentenza della Corte citata [*Nicaragua*] espresse come "completa dipendenza"» (§ 393). Ciò premesso, la Corte ha escluso che gli autori materiali del genocidio di Srebrenica fossero organi *de facto* della Serbia, pur ammettendo che avessero di fatto ricevuto un notevole sostegno dalla Serbia — senza il quale non avrebbero potuto condurre le loro attività militari e paramilitari cruciali e più significative — e ciò perché essi non avevano agito in completa dipendenza, ovvero senza alcun grado di autonomia (§§ 394-395).

La Corte è poi passata ad esaminare se gli autori materiali del genocidio di Srebrenica avessero agito dietro istruzioni o sotto il controllo o la direzione della Serbia, ovvero di suoi organi. Al riguardo la Corte si è riferita all'art. 8 del Progetto del 2001 della Commissione del diritto internazionale, anch'esso riconosciuto come dichiarativo del diritto consuetudinario (§ 398). La Corte ha di nuovo richiamato la sentenza del 1986 sulle *Attività militari in Nicaragua*, stavolta laddove viene posta la questione se i *contra* incaraguegni, pur non essendo organi *de facto* degli Stati Uniti, avessero comunque agito sotto il «controllo effettivo» delle autorità statunitensi (§ 399). Il criterio del controllo effettivo, secondo la Corte, differisce da quello della totale dipendenza che si applica all'organo *de facto* perché non richiede la prova di una dipendenza completa, mentre richiede quella di aver agito dietro istruzioni o il controllo effettivo dello Stato. In particolare, «si deve comunque dimostrare che tale "controllo effettivo" sia stato esercitato, o che le istruzioni dello Stato siano state date, rispetto a ciascuna operazione in cui le asserite violazioni hanno avuto luogo e non invece genericamente rispetto alle azioni complessive compiute dalle persone o dai gruppi di persone che hanno commesso le violazioni» (§ 400). La Corte ha precisato che «le particolari caratteristiche del genocidio non giustificano la Corte nel discostarsi dal criterio elaborato nella sentenza sulle *Attività militari e paramilitari*» in quanto «le regole per attribuire una condotta che si asserisce internazionalmente illecita ad uno Stato non varia a seconda della natura dell'atto illecito in questione in mancanza di una *lex specialis* espressa chiaramente» osservando che «questo è lo stato del diritto internazionale consuetudinario, come riflesso negli articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato» (§ 401).

Con riguardo alla sentenza *Tadić* del 1999 del Tribunale penale per la ex Jugoslavia<sup>6</sup>, la Corte ha affermato che «il Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia non era chiamato, né è chiamato in generale, a pronunciarsi su questioni di responsabilità statale, dato che la sua giurisdizione è penale e riguarda soltanto le persone» (§ 403). Secondo la Corte «nella misura in cui il criterio del "controllo globale" viene impiegato per stabilire se o no un conflitto armato è internazionale... può ben darsi che il criterio sia applicabile e idoneo... D'altro canto, il Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia ha presentato il criterio del "controllo globale" come egualmente applicabile nel diritto della responsabilità statale al fine di stabilire — come la Corte è tenuta a fare nel

<sup>4</sup> *Supra*, § 247.  
<sup>5</sup> *Supra*, § 295.

<sup>6</sup> *Supra*, § 296.

Presente caso — quando uno Stato è responsabile per atti da unità paramilitari, da forze armate che non rientrano tra i suoi organi ufficiali. In questo contesto, l'argomento a favore di tale criterio non è convincente» (§ 404). Infatti, «la logica non richiede di adottare lo stesso criterio nel risolvere le due questioni, le quali hanno natura molto diversa: il grado e la natura del coinvolgimento dello Stato in un conflitto armato sul territorio di un altro Stato, che si richiede affinché un conflitto possa qualificarsi come internazionale, differisce dal grado e dalla natura del coinvolgimento richiesto affinché sorga la responsabilità dello Stato per un atto specifico commesso nel corso di un conflitto» (§ 405). Inoltre, secondo la Corte, «il criterio del "controllo globale" ha il grave difetto di ampliare la portata della responsabilità dello Stato ben oltre il principio fondamentale che regola il diritto della responsabilità internazionale: uno Stato è responsabile soltanto per la propria condotta, e cioè per la condotta di persone agenti, non importa su quale base, per suo conto», e pertanto «il criterio del "controllo globale" non è adeguato perché estende troppo, quasi al punto di rottura, il nesso che deve esistere tra la condotta di un organo statale e la sua responsabilità internazionale» (§ 406). La Corte ha così escluso, fondandosi tra l'altro su due rapporti delle Nazioni Unite, che il genocidio di Srebrenica fosse stato compiuto dietro istruzioni o sotto il controllo o la direzione della Serbia (§ 413). Più in generale, dunque, la Corte si è pronunciata nel senso che la Serbia non poteva ritenersi responsabile del genocidio di Srebrenica ai sensi dell'art. III, lett. a, della Convenzione sul genocidio del 1948 dichiarando che «nessuna delle situazioni diverse dalle quelle cui si riferiscono gli articoli 4 e 8 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato della Commissione di diritto internazionale, nei quali la specificità condotta può essere attribuita allo Stato, si attaglia alle circostanze del presente caso riguardo alla possibilità di attribuire il genocidio di Srebrenica allo Stato convenuto» (§ 414).

Il problema successivo era se la Serbia fosse responsabile del genocidio di Srebrenica ai sensi dell'art. III, lett. b ed e, della Convenzione del 1948, cioè rispettivamente per aver concertato la commissione del genocidio o per esserne complice (§ 416). Con riguardo all'ipotesi di concertazione alla commissione di genocidio [*conspiracy to commit genocide*] la Corte ha ritenuto che per lo specifico massacro di Srebrenica, l'unico risultato come genocidio e l'unico quindi a doversi prendere in considerazione, non vi fossero prove e che il fatto che la Serbia non avesse agito attraverso suoi organi, né dato istruzioni o diretto o controllato, il genocidio fosse sufficiente per escludere la concertazione (§ 417). Con riguardo all'ipotesi di complicità, la Corte ha anzitutto distinto la complicità dall'ipotesi in cui vengono date istruzioni o si controllano le persone che commettono il genocidio, pur osservando che nel diritto penale di alcuni Stati la complicità può consistere per l'appunto nel dare istruzioni o ordini a qualcuno per commettere un illecito. Secondo la Corte infatti «nel contesto specifico dell'applicazione del diritto della responsabilità internazionale al genocidio, se si stabilisse che è stato commesso un atto di genocidio su istruzioni o sotto la direzione di uno Stato, la conclusione inevitabile sarebbe che il genocidio è attribuibile allo Stato, il quale ne sarebbe direttamente responsabile... e non sorgerebbe alcuna questione di complicità» (§ 419). D'altro canto «non c'è dubbio che la "complicità", ai sensi dell'art. III, lett. e, della Convenzione ricomprende la messa a disposizione di mezzi che rendono possibile o facilitano la commissione del crimine» e «sebbene la "complicità", come tale, non corrisponda ad una nozione esistente nell'attuale terminologia del diritto della responsabilità internazionale, essa è simile ad una categoria che si ritrova tra le regole consuetudinarie sulla responsabilità del-

lo Stato, quella di "aiuto o assistenza" [*aid or assistance*] fornita da uno Stato per la commissione di un atto illecito da parte di un altro Stato» (§ 419), a sua volta disciplinata dall'art. 16 del Progetto del 2001, anch'esso ritenuto dalla Corte come «dichiarativo di una norma consuetudinaria» (§ 420). Posto che per «complicità in genocidio» deve sostanzialmente intendersi «aiuto o assistenza», la Corte ha precisato che il dolo speciale necessario per il genocidio richiede nell'individuo o nell'individuo-organo complice quanto meno la consapevolezza dell'intento specifico perseguito dall'autore materiale (§ 421), una consapevolezza che non risultava, almeno oltre ogni ragionevole dubbio, nelle autorità serbe (§ 422). La Corte ha così concluso che la Serbia «non era coinvolta per atti di complicità nel genocidio come menzionato all'art. III, par. (e)» e più in generale non era responsabile per il genocidio ai sensi dell'art. III della Convenzione del 1948 nel suo complesso (§ 424).

Il terzo problema da affrontare era se la Serbia fosse responsabile per non aver adottato tutte le misure necessarie per prevenire e reprimere il genocidio di Srebrenica ai sensi dell'art. I della Convenzione del 1948. Secondo la Corte i due doveri di prevenire e di reprimere, per quanto connessi dal fatto che la prevenzione di regola consiste nel predisporre sanzioni e la repressione nell'imposizione di tali sanzioni in concreto, sono distinti (§ 427).

In termini generali, la Corte ha ribadito che l'obbligo di prevenzione «è un obbligo di condotta e non di risultato, nel senso che uno Stato non può essere tenuto a riuscire, in qualsiasi circostanza, a prevenire la commissione del genocidio, quanto piuttosto ad impiegare tutti i mezzi ragionevolmente disponibili in modo da prevenire il genocidio per quanto è possibile» e che «uno Stato non incorre nella responsabilità semplicemente perché il risultato desiderato non viene raggiunto; la responsabilità tuttavia sorge se lo Stato abbia manifestamente mancato di prendere tutte quelle misure per prevenire il genocidio che erano in suo potere e che avrebbero contribuito a prevenire il genocidio» (§ 430). La Corte si così soffermata sul concetto di *due diligence*, ritenuto «di importanza critica» e tale da richiedere una valutazione in concreto. Secondo la Corte «vari parametri operano quando si valuta se uno Stato abbia debitamente adempiuto a tale obbligo». Il primo, che varia molto da uno Stato all'altro, «è ovviamente la capacità di influenzare effettivamente l'azione delle persone che probabilmente commetteranno, o che hanno già commesso, un genocidio». Peraltro «questa stessa capacità dipende, tra l'altro, dalla distanza geografica dello Stato interessato dalla scena degli eventi e dalla forza dei nessi politici, o di altro tipo, tra le autorità di quello Stato e i protagonisti degli eventi» considerando che «la capacità dello Stato di influenzare deve essere valutata anche attraverso criteri giuridici, poiché è chiaro che ogni Stato può agire soltanto entro i limiti permessi dal diritto internazionale; così considerata, la capacità dello Stato di influenzare può variare a seconda della sua particolare posizione giuridica nei confronti delle situazioni e delle persone che si trovano a fronteggiare il pericolo, o la realtà, del genocidio». D'altra parte, ha proseguito la Corte, «è irrilevante che lo Stato la cui responsabilità è in questione prenda, o persino dimostri, che quand'anche avesse impiegato tutti i mezzi ragionevolmente a sua disposizione, questi non sarebbero stati sufficienti a prevenire la commissione del genocidio» dal momento che «oltre che essere difficile da dimostrare, ciò è irrilevante ai fini della violazione dell'obbligo di condotta in questione, a maggior ragione perché resta la possibilità che gli sforzi combinati di molti Stati, ciascuno adempiendo al

suo obbligo di prevenire, avrebbero potuto realizzare il risultato — evitare la commissione del genocidio — che gli sforzi di un solo Stato erano insufficienti a produrre» (§ 430). La Corte inoltre ha precisato che «uno Stato può essere considerato responsabile per la violazione dell'obbligo di prevenire il genocidio soltanto se il genocidio è stato effettivamente commesso», anche se l'obbligo di prevenzione «sorge nel momento in cui lo Stato viene a conoscenza, o avrebbe normalmente dovuto essere venuto a conoscenza, dell'esistenza di un serio rischio che un genocidio sarebbe stato commesso», con la conseguenza che il rispetto dell'obbligo da parte della Serbia debba essere accettato soltanto con riguardo al massacro di Srebrenica (§ 431). La Corte ha tenuto a precisare anche la differenza tra prevenzione e complicità: infatti, «la complicità richiede sempre l'adozione di qualche misura positiva per fornire aiuto o assistenza ai perpetratori del genocidio, mentre la violazione dell'obbligo di prevenzione deriva dalla mancata adozione e attuazione di misure idonee a prevenire la commissione del genocidio»; inoltre, «la complicità di uno Stato non può essere stabilita se i suoi organi non siano quanto meno consapevoli che un genocidio sia sul punto di essere commesso, o sia in corso di commissione, e se l'aiuto o assistenza fornita (dal momento in cui essi sono divenuti consapevoli in poi) ai perpetratori degli atti criminali o a coloro che erano sul punto di commetterli, ha reso possibile o ha facilitato la commissione di tali atti» (§ 432). Applicando questi principi al caso concreto, la Corte ha stabilito che la Serbia «aveva una posizione di influenza sui serbi bosniaci che hanno escogitato ed eseguito il genocidio a Srebrenica, diversamente da quella di qualsiasi altro Stato parte alla Convenzione sul genocidio, data la forza dei legami politici, militari e finanziari tra la RFY da un lato e la Repubblica Srpska e i VRS dall'altro, legami che, benché in qualche modo più deboli che nel periodo precedente, rimanevano molto stretti» (§ 434). Inoltre, la Serbia era vincolata da obblighi specifici previsti dalle due ordinanze emesse dalla Corte nel 1993 che indicavano misure provvisorie, nelle quali la Corte chiedeva alla Serbia di assicurare che nessuna persona soggetta, tra l'altro, alla sua «influenza» commettesse atti di genocidio (§ 435). Per di più, «benché non risultasse che le informazioni disponibili alle autorità di Belgrado indicassero con certezza che un genocidio fosse imminente (ed è per questo che la complicità in genocidio non è stata accolta sopra, al par. 424), difficilmente esse avrebbero potuto essere inconsapevoli l'entrevue di Srebrenica» e del resto esistevano documenti attestanti che tale consapevolezza sussistesse (§ 436). La Corte ha così concluso che la Serbia «ha violato l'obbligo di prevenire il genocidio di Srebrenica in modo da impegnare la sua responsabilità internazionale» (§ 438).

L'obbligo di reprimere il genocidio di cui all'art. I della Convenzione del 1948 si combina con le disposizioni dell'art. VI della Convenzione. Al riguardo la Corte ha sottolineato come «il genocidio a Srebrenica... non è stato eseguito sul territorio dello Stato convenuto», per cui «lo Stato convenuto non può essere accusato di non aver proceduto dinanzi ai propri giudici chi era accusato di aver partecipato al genocidio di Srebrenica» (§ 442). Infatti l'art. VI obbliga le Parti Contraenti soltanto ad istituire ed esercitare la giurisdizione penale territoriale, se certamente non vieta agli Stati, rispetto al genocidio, di conferire la giurisdizione alle loro corti penali basandosi su criteri diversi da quello del luogo di commissione purché compatibili con il diritto internazionale, in particolare la nazionalità dell'accusato, neanche il obbligo a farlo» (§ 442). Il problema

era allora di stabilire se la Serbia avesse rispettato l'obbligo, previsto dall'art. VI, di cooperare con un tribunale penale internazionale che avesse giurisdizione rispetto a quelle Parti Contraenti che avevano accettato la sua giurisdizione. A tal fine era necessario stabilire, in primo luogo, se il Tribunale penale per la ex Jugoslavia potesse essere considerato un «tribunale penale internazionale» ai sensi dell'art. VI della Convenzione sul genocidio. La risposta della Corte è nettamente affermativa poiché «la nozione di "tribunale penale internazionale" ai sensi dell'art. VI deve quanto meno coprire tutte le corti penali internazionali create dopo l'adozione della Convenzione (alla data della quale nessuna corte del genere esisteva) di portata potenzialmente universale e competente a giudicare i perpetratori di genocidio o di qualsiasi altro atto enumerato all'art. III». Secondo la Corte «la natura dello strumento giuridico con il quale tale corte viene creata non ha importanza» e «sarebbe contrario all'oggetto della disposizione interpretare restrittivamente la nozione di "tribunale penale internazionale" al fine di escludere una corte che, come nel caso del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, è stata creata sulla base di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite adottata ai sensi del Capitolo VII della Carta» (§ 445). In secondo luogo, occorreva stabilire se la Serbia avesse accettato la giurisdizione del Tribunale penale per la ex Jugoslavia ai sensi dell'art. VI e avesse l'obbligo di cooperare con esso. Secondo la Corte l'obbligo di cooperare con il Tribunale per la ex Jugoslavia sussisteva per la Serbia al più tardi dal 14 dicembre 1995, data di entrata in vigore degli Accordi di Dayton, il cui Annesso 1A in combinazione con l'art. II obbligava le Parti a cooperare pienamente con il Tribunale, e a *fortiori* dal 2000, quando la Serbia era stata ammessa alle Nazioni Unite (§ 447). La Corte ha concluso che la Serbia non aveva cooperato adeguatamente con il Tribunale, in violazione dell'art. VI della Convenzione sul genocidio, dal momento che «il generale Mladic, imputato per genocidio dal Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia, quale uno dei principali responsabili per i massacri di Srebrenica, si è trovato sul territorio dello Stato convenuto quanto meno in diverse occasioni e per significativi periodi di tempo negli ultimi anni, e si trova ancora lì, senza che le autorità serbe abbiano fatto e facciano quello che è nelle loro possibilità per accertare dove esattamente egli si trovi e per arrestarlo» (§§ 448-449). La conclusione generale è stata dunque che la Serbia aveva violato sia l'obbligo di prevenire che l'obbligo di reprimere il genocidio di Srebrenica (§ 450).

## 2. Elemento oggettivo e cause di esclusione dell'illecito

298. Sentenza arbitrata del 30 aprile 1990 nel caso del *Rainbow Warrior* (Nuova Zelanda c. Francia).

Il 10 luglio 1985 la nave inglese *Rainbow Warrior* dell'associazione ecologista *Greenpeace* era affondata, mentre stazionava nel porto di Auckland in Nuova Zelanda prima di salpare alla volta dell'atollo di Mururoa per protestare contro gli esperimenti nucleari francesi nel Pacifico, in seguito ad una doppia esplosione verificatasi a bordo che aveva provocato tra l'altro l'annegamento di un cittadino olandese, Fernando Pereira. Con una sentenza del 4 novembre 1985 la Corte distrettuale di Auckland aveva dichiarato colpevoli dell'affondamento e condannato a dieci anni di reclusione due