



OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 1/2015

2. IL VALORE DEGLI ATTI DISCREZIONALI DEL PROCURATORE DELL'ICTY NELL'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ STATALE PER GENOCIDIO

[Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide \(Croatia v. Serbia\) – Judgment of 3 February 2015](#)

Con la sentenza del 3 febbraio 2015 la Corte ha rigettato le accuse di genocidio avanzate dalla Croazia e dalla Serbia perché le parti non avevano sufficientemente provato che le rispettive condotte fossero state commesse con l'intento specifico necessario per poterle qualificare come genocidio. Tale conclusione è stata raggiunta attraverso un percorso argomentativo che aveva già caratterizzato la precedente pronuncia del 26 febbraio 2007 nel caso *Bosnia c. Serbia*. Per quanto riguarda, in particolare, il valore da accordare ad atti discrezionali del procuratore del Tribunale penale internazionale per l'ex-Iugoslavia (ICTY) la Corte aveva affermato che: «*as a general proposition the inclusion of charges in an indictment cannot be given weight. What may however be significant is the decision of the Prosecutor, either initially or in an amendment to an indictment, not to include or to exclude a charge of genocide*» (I.C.J. Reports 2007, p. 132, par. 217). Pur non attribuendo loro un valore probatorio decisivo, la Corte ha dunque preso in considerazione nelle sue conclusioni il fatto che nessun procuratore dell'ICTY avesse mai incriminato alcun serbo di genocidio contro la popolazione croata in relazione ai fatti sui quali la Croazia fondava le proprie pretese davanti alla Corte (sentenza del 3 febbraio 2015, par. 440),

Il conferimento di un certo peso in sede processuale ad atti del procuratore che riposano sull'esercizio di un potere discrezionale e che pertanto possono essere adottati per una varietà di motivi aveva già prestato il fianco ad alcune critiche all'epoca della sentenza del 2007 (si veda D. GROOME, *Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?*, in *Fordh. Int. Law Jour.*, 2007, pp. 957-962) e rimane problematico anche alla luce della recente decisione della Corte. Ci si può innanzitutto chiedere se sia opportuno dedurre la responsabilità internazionale di uno Stato per genocidio dalla scelta discrezionale del procuratore di un tribunale penale internazionale di incriminare alcune persone, la cui condotta sia imputabile allo Stato, per crimine di genocidio. Resta incerta poi la misura dell'incisività che tale discrezione debba avere complessivamente sul sistema di prova. Alcuni dubbi possono essere infine sollevati anche

sull'applicabilità al caso croato-serbo della metodologia adottata dalla Corte nel 2007 e sull'attribuzione di un valore significativo al solo momento *negativo* della discrezionalità, ovvero alla sola decisione di escludere un'imputazione per genocidio. Ma prima di esaminare la pronuncia della Corte alla luce di queste criticità occorre brevemente ricordare la portata particolarmente ampia dei poteri discrezionali che esercita il procuratore dell'ICTY.

1. La discrezionalità del procuratore nel sistema dell'ICTY

L'art. 16, par. 1, dello Statuto ICTY attribuisce al procuratore il compito principale di condurre indagini e perseguire i responsabili di crimini rientranti nella competenza del Tribunale commessi all'interno del territorio della ex-Jugoslavia a partire dal 1 gennaio 1991. Nell'adempiere tale funzione, il procuratore gode di indipendenza nei confronti di altri organi del Tribunale, nonché da governi o altre entità (art. 16, par. 2) ed è investito del potere di avviare *ex officio* e quindi *motu proprio* le indagini, decidendo sulla base delle informazioni ottenute o ricevute se vi siano basi sufficienti per procedere (art. 18, par. 1). Per quanto riguarda dunque l'aspetto della *notitia criminis*, il procuratore dell'ICTY possiede molta libertà diversamente da quanto è ad esempio previsto dallo Statuto di Roma che permette alla Corte penale internazionale di esercitare un controllo ben più puntuale sull'operato del suo procuratore (si vedano l'art. 13 sul meccanismo multiplo di attivazione delle indagini e l'art.15 riguardante il controllo della Camera preliminare sulla richiesta di autorizzazione alle indagini). Stabilita l'esistenza *prima facie* di un caso, il procuratore prepara l'atto d'accusa, determinando le imputazioni in esso contenute (art. 18, par. 4).

In assenza di norme specifiche, la dottrina desume da queste disposizioni la natura discrezionale del potere del procuratore di formulare l'atto d'accusa (si vedano G. J. KNOOPS, *Challenging the Legitimacy of Initiating Contemporary International Criminal Proceedings: Rethinking Prosecutorial Discretionary Powers from a Legal, Ethical and Political Perspective*, in *Crim. Law Forum*, 2004, pp. 365-390; D. D. NTANDA NSEREKO, *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals*, in *Jour. Crim. Just.*, 2005, p. 124-144; L. CÔTÉ, *Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law*, in *Jour. Crim. Just.*, 2005, pp. 162-186). Tale discrezionalità è confermata da una giurisprudenza costante: «It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments» (*Prosecutor v. Delalic et al.*, Appeals Chamber, sentenza del 20 febbraio 2001, par. 602).

La *ratio* di tale potere discrezionale può essere rinvenuta nello stesso contesto di conflitto armato in cui storicamente i tribunali penali internazionali sono chiamati ad agire e nel numero potenzialmente vastissimo di fatti che possono portare a incriminazioni davanti ad essi. Né si può escludere una considerazione ancora più pragmatica di efficienza del tribunale in un regime di risorse economiche e umane limitate, come confermato dalla stessa Camera d'appello: «*[i]n 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*» (*ibidem*). La discrezione del procuratore si traduce pertanto nei poteri di avvio delle indagini e di preparazione dell'atto d'accusa, incidendo sulla scelta dei casi da seguire, sulla selezione degli individui da accusare e delle relative incriminazioni. Queste scelte sono effettuate in base alla particolare strategia adottata dall'Ufficio del procuratore.

Il controllo dei giudici in questo campo discrezionale è limitato a casi eccezionali. Il Regolamento di procedura e prova, adottato dai giudici dell'ICTY, disciplina due meccanismi di revisione dell'atto d'accusa. La regola 47 prevede che le imputazioni e le prove contenute negli atti d'accusa debbano essere esaminati da un giudice che accerti la conformità con il requisito di incriminazione *prima facie*. A seguito dell'emendamento adottato nell'aprile del 2004, la regola 27 prevede poi un ulteriore esame dell'atto d'accusa da parte del giudice per verificare che il procuratore si concentri effettivamente sui *most senior leader*, in linea con la *completion strategy* richiesta dalla risoluzione 1534 (2004) del Consiglio di sicurezza. Ad ogni modo, il procuratore deve agire nei limiti imposti dallo Statuto e nel pieno rispetto del diritto a un equo e giusto processo dell'accusato: «*[t]he discretion of the Prosecutor at all times is circumscribed in a more general way by the nature of her position as an official vested with specific duties imposed by the Statute of the tribunal. The Prosecutor is committed to discharge those duties with full respect of the law. In this regard, the Secretary-General's Report stressed that the Tribunal, which encompasses all of its organs, including the Office of the Prosecutor, must abide by the recognized principle of human rights*» (*Prosecutor v. Delalic et al.*, par. 604).

L'aspetto più problematico riguarda l'indeterminatezza dei criteri di controllo di tali poteri discrezionali del procuratore. Significative, in tal senso, sono le parole utilizzate davanti alla Commissione preparatoria dello Statuto di Roma dall'ex Capo procuratore dell'ICTY Louise Arbour, «*the discretion to prosecute is considerably larger, and the criteria upon which such prosecutorial discretion is to be exercised are ill-defined and complex.*» In pratica, il procuratore tiene conto di vari requisiti quali la gravità e l'importanza del crimine all'interno del conflitto, il ruolo dell'accusato nella commissione del crimine o nel contesto generale, la qualità e quantità delle prove a disposizione, le risorse economiche e umane per condurre le investigazioni e consentire un processo equo e giusto, e così via. Lo stesso procuratore ha avuto modo di precisare che «*[i]n exercising this discretion, the Prosecutor may have regard to a wide range of legitimate criteria, including the gravity of the crimes in question, the strength of the evidence, the effective allocation of resources within the Office of the Prosecutor, the relationship of the case to the overall prosecution strategy, and other similar considerations*» (*Prosecutor v. Delalic et al.*, Respondent's Brief of the Prosecution, 17 settembre 1999, par. 15.5) Ma il procuratore può essere spinto a esercitare la propria discrezione anche per motivi puramente politici. Ciò che viene inteso concettualmente come margine di discrezione è dunque la risultante soggettiva della visione d'insieme di più variabili operata dal procuratore «*who must calibrate legal and policy considerations in making her choices on how to utilize limited resources*» (*Prosecutor v. Jelusic*, Partial dissenting opinion Judge Wald, 5 luglio 2001, par.5). Si deve rilevare infine come questo potere discrezionale del procuratore non stabilisca alcuna necessaria correlazione tra la scelta di escludere da un atto d'accusa l'incriminazione per genocidio e l'effettiva commissione di tali atti da parte dell'accusato.

2. Il valore da accordare agli atti discrezionali del procuratore nell'accertamento della responsabilità statale

Entrambe le parti della presente controversia hanno nel complesso condiviso la scelta della Corte di seguire la metodologia già adottata nel caso *Bosnia c. Serbia* nell'attribuire un certo peso probatorio ad alcuni atti e documenti provenienti dall'ICTY e non ad altri (sentenza del 3 febbraio 2015, par. 182). Tuttavia le loro posizioni divergevano in relazione al valore da riconoscere alla decisione del procuratore di non includere un'incriminazione per genocidio all'interno di un determinato atto d'accusa (*ibidem*, par. 183). Favorevole all'attribuirne un qualche valore era la Serbia che aveva fatto propria l'argomentazione della Corte nel 2007 (si veda il Counter-memorial, par. 944). La Croazia

negava invece qualsiasi rilevanza della decisione del procuratore di escludere un'incriminazione per genocidio poiché nessun sindacato giurisdizionale poteva essere svolto nei confronti dell'esercizio di un simile potere discrezionale, che oltretutto non richiede alcuna motivazione. Inoltre il ricorrente metteva anche in luce come il procuratore dell'ICTY potesse essere mosso all'inazione dalla mancanza di risorse economiche e umane per organizzare l'impianto accusatorio di un crimine difficile da dimostrare come il genocidio, ovvero da motivazioni che niente avevano a che fare con il fatto che un genocidio fosse stato effettivamente commesso in Croazia.

La Corte ha seguito le ragioni della Serbia riaffermando la posizione già assunta nel 2007: essa ha deciso di prendere in considerazione l'esercizio di discrezionalità negativa del procuratore, ovvero il fatto che non avesse mai incriminato «*any individual on account of genocide against the Croat population in the context of the armed conflict which took place in the territory of Croatia in the period 1991-1995*» (sentenza del 3 febbraio 2015, par. 440) mentre ha negato qualsiasi valore probatorio all'esercizio positivo di tale potere discrezionale: «*[t]he Court did not intend to turn the absence of charges into decisive proof that there had not been genocide, but took the view that this factor may be of significance and would be taken into consideration*» (*ibidem*, par. 187). Anche nel precedente caso *Bosnia c. Serbia* la discrezionalità *negativa* del procuratore aveva assunto una considerevole rilevanza dal momento che le pretese avanzate dalla Bosnia sono state ritenute «*not consistent with the findings of the ICTY relating to genocide or with the actions of the Prosecutor, including decisions not to charge genocide offences in possibly relevant indictments*» (*I.C.J. Reports* 2007, p. 197, par. 374). Ad ogni modo né la sentenza del 2007, né quella del 2015 hanno precisato in che misura il primo tipo di decisione possa incidere sulla decisione finale della Corte facendo permanere l'incertezza sul preciso valore probatorio di tali omissioni.

Un primo aspetto problematico è quello di aver attribuito un peso alla sola scelta del procuratore di escludere un'incriminazione per genocidio nell'atto d'accusa. Una distinzione tra decisione di includere e decisione di escludere un'accusa di genocidio conduce a un diverso rilievo probatorio per quelli che possono essere visti sul piano logico come due aspetti del medesimo potere discrezionale del procuratore. Al contrario, si potrebbe anche ritenere che una decisione di includere un'incriminazione per genocidio possa essere più rilevante dal momento che implica la presenza di prove, seppure non necessariamente sufficienti, che dimostrerebbero la commissione di atti di genocidio. Ad ogni modo, la Corte avrebbe potuto approfondire meglio quanto lasciato in sospeso nel 2007, introducendo quantomeno una *ratio* che giustificasse la necessità di tale distinzione (si v. opinione separata del giudice [Bhandari](#), par. 52).

In secondo luogo, questa scelta avrebbe spinto la Corte in un'antinomia logica. La Corte ha infatti precisato che «*the indictment in the case of the highest ranking defendant of all, former President Milošević, did include charges of genocide in relation to the conflict in Bosnia and Herzegovina, whereas no such charges were brought in the part of the indictment concerned with the hostilities in Croatia*» (par. 187). Ma così facendo, i giudici paradossalmente hanno preso in considerazione l'esclusione di un'accusa per genocidio relativa al conflitto croato in relazione all'inclusione avvenuta per la situazione bosniaca, dando importanza per contrasto anche al momento *positivo* della discrezione. Ciò dimostrerebbe che i due momenti della discrezionalità sono intrinsecamente legati. Secondo il giudice Bhandari, «*these are two sides of the same coin*» (*ibidem*, par. 52).

Merita infine ricordare che attraverso l'atto di accusa il procuratore esercita non solo un potere discrezionale ma traduce anche una strategia essenzialmente atta a dimostrare la

responsabilità penale di un individuo e non di uno Stato. Nulla esclude che l'esercizio di tale discrezione porti anche a non prendere in considerazione situazioni che sarebbero invece rilevanti ai fini dell'accertamento della responsabilità statale. Non si può che auspicare una maggiore cautela della Corte nel prendere in considerazione le decisioni del procuratore dell'ICTY di incriminare o meno un sospettato per determinati crimini internazionali (si v. opinione separata del giudice [Sebutinde](#), par. 21).

GERARDO FORTUNA