

## DIRITTI CIVILI E POLITICI

### Quasi cum conscio domino: la complicità (aiding and abetting) delle società transnazionali nell'apartheid in Sudafrica

Il 12 ottobre 2007 la Corte di Appello del Secondo Circuito (*Khulamani v. Barclay National Bank, Ltd., Ntsebeza v. Daimler Chrysler Corp*) ha adottato una decisione che ribalta, sia pure attraverso argomentazioni censurabili, una decisione della Corte distrettuale dello Stato di New York (U.S. District Court, Southern District of New York, re:

*South African Apartheid Litigation*, 346 F. Supp. 2d 538), resa in relazione ad una delle più complesse azioni giudiziarie intentate contro società transnazionali presso i tribunali statunitensi in base all'*Alien Tort Claims Act* (d'ora in poi ATCA): quella diretta ad accertare la presunta complicità del settore privato nelle pratiche di *apartheid* del regime di minoranza bianca del Sudafrica fino alla sua caduta nel 1994 (sul tema dell'*apartheid* in Sudafrica si veda in generale: A. Guelke, *Rethinking the Rise and Fall of Apartheid: South Africa and World Politics*, Palgrave Macmillan, 2005).

La decisione *de qua*, dunque, fa parte di quell'importante e controverso filone giurisprudenziale inaugurato dalle corti statunitensi e caratterizzato da una interpretazione evolutiva della legge adottata nel 1789 dal Congresso degli Stati Uniti, che è giunta sino al punto di riconoscere la giurisdizione dei tribunali statunitensi anche sulle azioni civili di risarcimento dei danni presentate da stranieri che lamentino violazioni di norme internazionali sui diritti dell'uomo da parte di grandi società transnazionali (cfr. J. Lu, "Jurisdiction over non-state activity under the Alien Tort Claims Act", in *Columbia journal of transnational law* 1997, pp. 531-549; sia altresì consentito il rinvio a M. Fasciglione, "La responsabilità civile di società multinazionali per le violazioni gravi di norme internazionali sui diritti umani dinanzi ai tribunali statunitensi", in questa *Rivista* 2007, p. 398 ss., nonché A. Bonfanti, "*Doe v. Exxon Mobil Corporation*: ancora sulla giurisprudenza statunitense in materia di violazioni dei diritti umani compiute da imprese multinazionali", *ibidem*, p. 595 ss.).

Più in particolare, il caso di specie riguarda un gruppo di richieste di risarcimento dei danni scaturenti da due azioni giudiziarie depositate dalle vittime (o da parenti delle vittime) di pratiche di *apartheid* nel Sudafrica contro circa cinquan-



Stati Uniti d'America, Corte di Appello del Secondo Circuito, *Khulamani v. Barclay National Bank, Ltd., Ntsebeza v. Daimler Chrysler Corp.*, opinione *per curiam*, No. 05-2141, del 12 ottobre 2007

(<http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/2nd/052141p.pdf>)

## Diritti umani e diritto internazionale

ta multinazionali statunitensi ed europee, accusate di aver sostenuto il regime di Pretoria e di esserne complici. Le azioni giudiziarie, in origine separate, erano intentate, nel primo caso, contro banche svizzere e statunitensi operanti in Sudafrica (*Ntsebeza, Mequbela, Molefi, Mpendulo e altri c. Citygroup Inc., UBS A.G., Credit Suisse Goup e altri*, depositata nel giugno del 2002 presso la Southern District Court dello Stato di New York, usualmente descritta come *'The first apartheid case'*); nel secondo, contro società transnazionali con sedi legali in Germania, Svizzera, Francia, Stati Uniti, Regno Unito e Paesi Bassi e appartenenti a diversi settori dell'industria, (*Khulumani e altri c. Barclays e altri*, depositata il 12 novembre 2002 presso la *Eastern District Court* dello Stato di New York, nota anche come *'The second apartheid case'*). Le due cause erano state successivamente riunite presso la *Southern District Court* dello Stato di New York, dando vita ad un'unica azione giudiziaria (per una puntuale ricostruzione della vicenda si veda J. Sarkin, "Holding Multinational Corporations Accountable for Reparations for Human Rights and Humanitarian Law Violations Committed during Colonialism and Apartheid: an Evaluation of the Prospects of such Cases in Light of the Herero of Namibia's Genocide Case and South African Apartheid Cases Being Brought in the United States under the Alien Tort Claims Act", in E. Brems, P. Vandeen Heede (eds.), *Bedrijven en Mensenrechten*, Antwerpen, Maklu, 2003, p. 209 ss.).

Alla *District Court*, in sostanza, veniva richiesto di determinare se le società transnazionali citate in giudizio fossero responsabili ai sensi dell'ATCA perché 'complici' (*'aiding and abetting'*) del governo del Sudafrica nella commissione del crimine di *apartheid*. La Corte distrettuale rigettava la richiesta in base a due diverse motivazioni. La prima motivazione, di tipo meta-giuridico, rinviava a considerazioni di *comity* internazionale: secondo i giudici di prima istanza la vicenda loro sottoposta sollevava, come dimostrato dalla "Lettera di Interesse" depositata dal Dipartimento di Stato e dalla dichiarazione *ex parte* dell'attuale governo sudafricano, una questione politica (cd. *political question*). Ciò avrebbe giustificato la rinuncia ad esercitare la competenza giurisdizionale in via di *self-restraint* e di *deference* internazionale. In secondo luogo, la richiesta depositata dalle parti attrici non soddisfaceva, secondo il punto di vista della Corte distrettuale, il test enucleato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti circa la possibilità di azionare attraverso l'ATCA, solo e soltanto quelle "norme internazionali universali ed obbligatorie e dal contenuto definito" (cfr. Corte Suprema, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739, U.S., 2004). In altre parole, secondo la *District Court*, posto che il divieto di complicità nella commissione del crimine di *apartheid* non sarebbe norma internazionale "universalmente accettata e sentita come giuridicamente obbligatoria", non potrebbe sussistere una competenza giurisdizionale dei tribunali interni in base all'ATCA.

Con la sentenza in oggetto, la Corte di Appello del Secondo Circuito con

decisione *per curiam* adottata a maggioranza (2 a 1), ha censurato il punto di vista della Corte distrettuale, e ha disposto il rinvio della causa al giudice di primo grado per la sua riassunzione. Nonostante la conclusione cui è giunta la Corte di Appello (e cioè l'ammissibilità nel sistema ATCA della *accomplice liability*) sia pienamente condivisibile, la decisione non brilla di certo dal punto di vista della correttezza dell'analisi giuridica e mostra, da un lato, la scarsa familiarità dei giudici del collegio di appello con l'ordinamento internazionale, e dall'altro, l'esistenza di una maggioranza solo apparente che si è sfaldata quando i giudici sono passati a cercare di determinare in concreto il funzionamento della regola della responsabilità da *'aiding and abetting'* in ambito ATCA. Le diversità di vedute tra i membri del collegio hanno investito, in effetti, non solo la fonte normativa (il diritto interno o il diritto internazionale) cui attingere per determinare il test applicabile in tali situazioni, ma anche l'elemento soggettivo (*mens rea*) che deve sussistere per valutare l'esistenza della *accomplice liability* (standard questo che si badi dovrà essere applicato, *on remand*, dal giudice di primo grado).

In dettaglio, il giudice Katzman (uno dei due giudici di maggioranza) individua nel diritto internazionale la fonte da cui dedurre lo standard di prova alla luce del quale valutare la *mens rea* e asserisce che dalla rassegna della prassi sessantennale delle corti internazionali sin dalla decisione nel caso *Ministries (United States v. von Weizsaecker - The Ministries Case)* a Norimberga, si desumerebbe che lo standard richiesto in tale ordinamento sia quello, particolarmente rigido, dell'intento specifico, come codificato nell'articolo 25(3)(c) dello Statuto della Corte penale internazionale. La conseguenza è che *"a defendant may be held liable under international law for aiding and abetting the violation of that law by another when the defendant (1) provides practical assistance to the principal..., and (2) does so for the 'purpose of facilitating' the commission of such a crime"* (cfr. *Khulumani*, pp. 36-42, l'enfasi è nostra). Il giudice Hall (il secondo giudice di maggioranza), invece, individua nel diritto interno la fonte da cui desumere lo standard di prova della *mens rea*. Secondo tale giudice, in effetti, la giurisprudenza *Sosa* (cfr. *Sosa v. Alvarez Machain*, cit.) avrebbe chiarito che l'ATCA impone in modo inequivocabile alle corti interne il rinvio al diritto internazionale solo quando si tratti di stabilire il regime di funzionamento della responsabilità primaria. Al contrario, quanto al regime delle responsabilità ancillari ed accessorie, non si applicherebbe più il rinvio al diritto internazionale, e la fonte da cui dedurre lo standard sarebbe il diritto interno. Nell'applicare tali criteri, il giudice Hall individua nel diritto civile interno [cfr. *Restatement of Torts* §876(b)] e nella giurisprudenza resa in materia della Corte Suprema [cfr. *Halberstam v. Welch*, 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983)] lo standard di prova applicabile alle ipotesi di complicità *ex* ATCA; uno standard, tuttavia, meno stringente di quello auspicato dal giudice Katzman, poiché fondato semplicemente sulla 'mera conoscenza' da parte del complice del fatto che la condotta dell'assistito configuri la commissione di un crimine internazionale (cfr. *Khulu-*

## Diritti umani e diritto internazionale

mani, p. 58). Importante, infine, la posizione adottata dal giudice Korman (il giudice di minoranza): questi concorda con la decisione della Corte distrettuale di declinare la giurisdizione sul caso in base ad esigenze di *comity* e di *deference* internazionale, ma aggiunge che, avendo la maggioranza del collegio di appello deciso diversamente, lo standard relativo alla *mens rea* alla luce del quale apprezzare la complicità, debba essere determinato attraverso il rinvio al diritto internazionale e in proposito dichiara, creando una vera e propria maggioranza trasversale, di condividere l'opinione del giudice Katzman secondo cui lo standard sia quello fissato dall'articolo 25(3)(c) dello Statuto di Roma.

Come emerge dalle opinioni espresse dai giudici di appello, la decisione in oggetto contiene diversi elementi di riflessione per lo studioso: dalla questione della ammissibilità della cd. *corporate accomplice liability* nel sistema ATCA, al tema dei limiti entro cui i tribunali statunitensi, competenti *ex ATCA*, possono legittimamente declinare la propria giurisdizione per motivi di *comity* o *deference* internazionali, a quello del se un eventuale diniego di giurisdizione sia ammissibile anche quando la causa sottoposta riguardi vicende storiche risolte negli Host States per il tramite di processi di amnistia riconducibili (come avvenuto nel caso del Sudafrica) alla istituzione di Commissioni di Verità e Riconciliazione.

In questa sede ci soffermiamo, per motivi di spazio, esclusivamente sulla questione che si è rivelata più spinosa per il collegio di appello: ovvero, quella relativa al requisito soggettivo (*mens rea*) che deve sussistere perché si possa configurare nel sistema ATCA una ipotesi di responsabilità da *complicity*.

In altre parole, è richiesto a tal fine un intento specifico (e dunque il complice deve condividere la medesima *mens rea* dell'attore principale) o, piuttosto, è sufficiente la mera conoscenza che la sua condotta fornirà assistenza o sarà di incoraggiamento all'attore principale?

Sul punto la ricostruzione svolta dal giudice Katzman, con l'avallo del giudice Korman, si basa, a nostro sommo avviso, su di una analisi errata, o quanto meno parziale, del diritto consuetudinario e, soprattutto, della giurisprudenza delle corti penali internazionali. Invero, la tesi contenuta nella opinione del giudice Katzman secondo cui l'articolo 25(3)(c) dello Statuto di Roma, nel richiedere per la *accomplice liability* una *mens rea* qualificata dallo 'scopo specifico di facilitare' (*purpose of facilitating*) la commissione del crimine, sarebbe ricognitivo di sessanta anni di prassi delle corti penali internazionali e quindi espressione del diritto consuetudinario, è se non errata, quanto meno incompleta. In effetti, è proprio la giurisprudenza dei tribunali penali internazionali a riconoscere che la semplice consapevolezza nel complice della volontà dell'attore principale di compiere un crimine, è ugualmente sufficiente per sorreggere la *mens rea* da complicità. Tale principio è rinvenibile non solo nella giurisprudenza del tribunale per l'ex Jugoslavia (*"it is not necessary to show that the*

*aider and abettor shared the mens rea of the principal, but it must be shown that the aider and abettor was aware of the relevant mens rea on the part of the principal...*”, cfr. *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski* (Appeal Chamber), causa No. IT-95-14/1-A, sentenza del 24 Marzo 2000, par. 162; in senso conforme, anche *Prosecutor v. Furundžija*, causa No. IT-95-17/1-T, sentenza del 10 dicembre 1998, par. 245, e *Prosecutor v. Vasiljevi*, causa, No. IT-98-32-T, sentenza del 29 Novembre 2002, par. 71), e di quello per il Ruanda (*Prosecutor v. Bagilishema*, causa No. ICTR-95-1A-T, sentenza del 7 giugno 2001, par. 32), ma ha ricevuto applicazione (e fatta eccezione per il caso *Ministries* citato dal giudice Katzman) negli stessi processi satelliti celebrati a Norimberga dal caso *Klingelhoef* (cfr. *United States of America v. Otto Ohlendorf, et al. - The Einsatzgruppen Case*), al caso *Flick* (*United States of America vs. Friedrich Flick, et al.*).

In conclusione, non sembra potersi sostenere che l'articolo 25(3)(c) dello Statuto di Roma, vada considerato, come invece erroneamente sostenuto dal giudice Katzman e dal giudice Korman, espressione del diritto internazionale generale posto che tale norma non trova corrispondente accettazione nella prassi dei tribunali penali internazionali (cfr. K. Ambos, “Article 25. Individual criminal responsibility”, in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden Baden, 1999 p. 483, secondo cui la norma *de qua* “ignores the [...] jurisprudence of the ICTY and ICTR...”). Ne deriva, allora, che lo standard particolarmente stringente adottato da tale articolo, quello dell'intento specifico, non può essere assunto a parametro di rinvio ai sensi dell'ATCA che, come chiarito dalla giurisprudenza *Sosa*, impone che tale rinvio sia fatto relativamente a norme ‘universalmente accettate’. In effetti, pare a chi scrive che la giurisprudenza internazionale in tema di *accomplice liability* come evolutasi da Norimberga ad oggi, sembri orientarsi, e salvo rare eccezioni, verso il criterio meno rigido della consapevolezza e conoscenza delle intenzioni criminose dell'attore principale (cfr. S. R. Ratner, J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Human Rights Law*, Oxford, 2001, p. 131). In conclusione, la decisione della Corte di appello rappresenta senza dubbio un ulteriore, importante tassello verso il consolidamento nel sistema dell'ATCA della *corporate accomplice liability*. Tuttavia l'erronea analisi effettuata dal giudice Katzman implica che lo standard di *mens rea* di cui la corte distrettuale richiederà la prova in sede di rinvio, sarà molto più rigido, e più difficile da dimostrare, di quello richiesto nella giurisprudenza penale internazionale. La conseguenza è che, in mancanza della prova di tale standard, le società transnazionali convenute avranno gioco facile a far decadere le accuse, e questo a meno di interventi chiarificatori da parte della Corte Suprema.

Marco Fasciglione