

SELF-REFERRALS E COMPLEMENTARIETÀ DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Qualche riflessione a partire dalla denuncia del Mali

di Giulio Vanacore

Abstract. *La denuncia alla Corte Penale Internazionale di una determinata “situazione” ad opera di uno Stato Parte dello Statuto rappresenta uno dei tre meccanismi attraverso i quali è possibile attivare l’indagine del Procuratore. La denuncia del Mali, come già altre pervenute alla Corte, può essere qualificata come un “self-referral”: si tratta cioè di una denuncia sporta direttamente dallo Stato coinvolto, più precisamente da quello Stato sul cui territorio sono stati commessi crimini rientranti nella giurisdizione della Corte. Un’autorevole dottrina sostiene che il meccanismo dei self-referrals risulti sostanzialmente incompatibile col dato letterale e storico dello Statuto, col principio e col regime della complementarità positiva su cui si fonda la giurisdizione della Corte, e sia in grado di cagionare una inauspicabile “manipolazione” della Corte ad opera degli Stati. Una seconda tesi si è incaricata, più di recente, di ribattere ciascuno di questi argomenti, in modo da ricondurre la prassi dei self-referrals nell’alveo statutario. Il Mali ha inoltre affermato di non aver sinora condotto alcuna indagine in ordine agli specifici crimini oggetto della denuncia. Ci si chiede quale valore abbia quest’affermazione, comune peraltro anche ad altri self-referrals. Ci si domanda in particolare se si tratti di una rinuncia alla giurisdizione penale in favore della Corte o di una aprioristica abdicazione all’esercizio di quelle facoltà che il regime della complementarità assegna agli Stati. Il presente studio si propone di rivelare in definitiva al lettore come differenti “visioni” del sistema della Corte siano plausibili.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Delimitazione del concetto di *self-referral*. – 3. *Self-referral* e rinuncia statale alla complementarità della Corte. – 4. Gli argomenti pro e contro l’ammissibilità del *self-referral*. – 4.1. Il dato letterale dell’art. 14 dello Statuto. – 4.2. La critica sui lavori preparatori allo Statuto. – 4.3. Il presunto conflitto con il *test* di ammissibilità. – 4.4. Il rischio di manipolazione della Corte. – 4.5. L’apparente contrasto con il Preambolo dello Statuto. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Lo scorso 18 luglio il Mali, nella persona del Ministro della giustizia Malick Coulibaly, ha presentato un *referral* all’Ufficio del Procuratore della Corte Penale Internazionale, relativo alla presunta commissione di crimini rientranti nella giurisdizione della Corte. Questi crimini sono stati qualificati come “violazioni gravi ed estese dei diritti dell’uomo e del diritto internazionale umanitario”. Il 16 gennaio la

Procuratrice (Fatou Bensouda) ha deciso di aprire una formale indagine sui crimini commessi in Mali a partire dal gennaio 2012. Bensouda ha affermato che esistono elementi sufficienti (*reasonable basis*) per ritenere che siano stati perpetrati i seguenti crimini: omicidio; mutilazioni, trattamenti crudeli e tortura; attacchi intenzionalmente diretti contro beni protetti; emanazione di sentenze ed esecuzione di pene capitali senza un previo giudizio formulato da un tribunale regolarmente costituito; saccheggio e violenza sessuale. Allo stato, sembra che l'indagine si concentrerà sulle fattispecie più efferate commesse nelle regioni settentrionali del Paese.

La denuncia alla Corte Penale Internazionale di una determinata "situazione" ad opera di uno Stato Parte dello Statuto (artt. 13 lett. (a) e 14) rappresenta uno dei tre meccanismi attraverso i quali è possibile attivare l'indagine del Procuratore della Corte, oltre al rinvio (*referral*) da parte del Consiglio di Sicurezza dell'Onu (art. 13 lett. (b) in combinato con l'art. 16) e alle indagini avviate *proprio motu* dal Procuratore (le quali ultime tuttavia, a norma degli artt. 13 lett. (c) e 15 dello Statuto, richiedono il vaglio preventivo, nella forma di una autorizzazione ad aprire le indagini, da parte della Camera Preliminare).

Come si illustrerà nel prosieguo, l'auto-denuncia (il *self-referral*) di uno Stato alla Corte pone alcuni problemi rispetto al funzionamento e, più in generale, agli scopi ultimi della Corte Penale Internazionale. Si rende anzitutto necessario fare una breve premessa sui meccanismi fondanti il funzionamento ed il mandato della Corte, ed in particolare sul principio di complementarità che regola tutto il sistema di giustizia internazionale che ruota attorno allo Statuto di Roma.

Alla luce del principio di complementarità, la Corte Penale Internazionale è stata concepita come una entità giurisdizionale creata al fine di supplire alle deficienze delle giurisdizioni penali nazionali.

Il Preambolo allo Statuto della Corte contiene il riferimento al dovere, da parte di ciascuno Stato, di esercitare la giurisdizione domestica sopra i crimini internazionali. Sulla scorta di questo inciso, la nascita della Corte (e la sua natura di Tribunale complementare) è stata interpretata come una sorta di risposta collettiva degli Stati Parte (al Trattato di Roma che ha dato vita allo Statuto della Corte) dinanzi a situazioni nelle quali gli Stati stessi non vogliono o non possano adempiere a questo dovere.

Il principio di complementarità si traduce anzitutto nell'art. 17 dello Statuto, che contiene i criteri di "ammissibilità" (*admissibility*) di un caso, vale a dire i parametri sulla scorta dei quali la Corte può procedere nella singola vicenda sottoposta al suo vaglio. L'art. 17 c. 1 regola quattro differenti situazioni. Le prime tre si riferiscono ad eventuali indagini o azioni penali già intraprese dallo Stato che ha giurisdizione: esse possono essere distinte sulla base delle misure che lo Stato stesso abbia adottato e sulla base delle risultanze del procedimento penale interno. Più nel dettaglio, si distingue se il caso sia oggetto attuale di indagini o di azione penale da parte dello Stato (art. 17 c. 1 lett. (a)), se l'indagine domestica sia già stata conclusa e le autorità inquirenti dello Stato abbiano deciso di non procedere all'esercizio dell'azione penale (art. 17 c. 1 lett. (b)) oppure se la persona sia già stata sottoposta a processo penale all'interno dello Stato procedente (art. 17 c. 1 lett. (c)). In queste tre situazioni, la regola è quella della

inammissibilità: la Corte non può, in via di principio e proprio in quanto tribunale complementare, procedere nel medesimo caso (ossia nei confronti della medesima persona e per i medesimi fatti) già oggetto di indagini, azione penale o processo all'interno del singolo Stato. L'inammissibilità è però confutabile alle condizioni previste dalle predette disposizioni, di cui al comma primo dell'art. 17. Nella prima situazione di cui sopra, il caso diviene ammissibile se lo Stato non intenda (sia *unwilling*) ovvero non abbia la capacità (sia *unable*) di svolgere correttamente (*genuinely*) le indagini, o di intentare un procedimento penale. Nella seconda situazione, invece, un caso è ammissibile quando la decisione di non esercitare l'azione penale costituisca il risultato del rifiuto o dell'incapacità dello Stato di procedere correttamente. Nella terza situazione, laddove un soggetto sia già stato processato davanti al giudice interno (principio del *ne bis in idem* cosiddetto "ascendente"), il caso innanzi alla Corte può essere dichiarato ammissibile alle condizioni previste dal successivo art. 20 c. 3: occorre quindi alternativamente dimostrare che i procedimenti interni mirassero a sottrarre l'imputato alla sua responsabilità penale per crimini di competenza della Corte, o che, in ogni caso, gli stessi non fossero stati condotti in modo indipendente ed imparziale, nel rispetto delle garanzie previste dal diritto internazionale, ma, al contrario, con modalità incompatibili, considerate le circostanze concrete, con il fine di assicurare la persona interessata alla giustizia. Infine un caso è inammissibile davanti alla Corte se il fatto non sia di gravità sufficiente (*insufficient gravity*) da giustificare l'azione da parte della stessa (art. 17 c. 1 lett. (d)).

Il comma secondo ed il comma terzo dell'art. 17 esplicitano le nozioni di rifiuto, o assenza di volontà (*unwillingness*), e di incapacità (*inability*) dello Stato di procedere genuinamente nel caso concreto. Al fine di decidere se ricorra il difetto di volontà dello Stato, la Corte valuta se, avuto riguardo alle garanzie giudiziarie riconosciute dal diritto internazionale, sussista una o più delle seguenti circostanze (art. 17, c. 2):

a) il procedimento viene condotto o è stato condotto, ovvero la decisione dello Stato è stata adottata, nell'intento di proteggere (*to shield*: letteralmente "scudare") l'indagato (o l'imputato) dalla responsabilità penale per i crimini di competenza della Corte indicati nell'articolo 5;

b) il procedimento ha subito un ritardo ingiustificato che, date le circostanze, risulti incompatibile con il fine di assicurare l'accusato alla giustizia;

c) il procedimento non è stato, o non è attualmente, condotto in modo indipendente o imparziale ed è stato, o è attualmente, condotto in modo tale da rivelarsi, date le circostanze, incompatibile con il fine di assicurare la persona indagata o imputata alla giustizia.

Quando si tratta di decidere invece se ricorra una mancanza di capacità dello Stato a procedere nel caso concreto, la Corte valuta se, a causa di un totale o sostanziale collasso, ovvero della indisponibilità, del proprio sistema giudiziario interno, lo Stato non sia in grado di ottenere la presenza dell'imputato o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace di condurre il procedimento instaurato (art. 17, c. 3).

Anche la denuncia del Mali, come già quelle dell'Uganda¹, della Repubblica Democratica del Congo² e della Repubblica Centro-Africana³, può essere qualificata come un “*self-referral*”. Si tratta cioè di una denuncia sporta alla Corte direttamente dallo Stato coinvolto, più precisamente da quello Stato sul cui territorio sono stati commessi crimini rientranti nella giurisdizione della Corte. I suddetti Paesi africani hanno dunque sinora riferito la realizzazione di fattispecie criminali che non sono connotate da alcun elemento di estraneità rispetto alla relativa sfera di sovranità statale. Spesso si è addirittura trattato di crimini posti in essere proprio da soggetti aventi la nazionalità dello Stato denunziante.

Solo nella situazione in Darfur⁴, e più di recente in Libia⁵, il Consiglio di Sicurezza si è incaricato di innescare il procedimento innanzi alla Corte.

L'unica situazione ad oggi oggetto di una indagine iniziata *proprio motu* dal Procuratore, a seguito dell'autorizzazione ricevuta dalla I Camera Preliminare, è quella

¹ In data 16 dicembre 2003, l'*Attorney General* della Repubblica di Uganda ha riferito “*the situation concerning the Lord's Resistance Army in northern and western Uganda*” al Procuratore della Corte Penale Internazionale; vedi ‘Warrant of Arrest for Joseph Kony, *Situation in Uganda* (ICC-02/04-01/05), Pre-Trial Chamber II’, emanato in data 8 luglio 2005, modificato il 27 settembre 2005, par. 30. In seguito, l’OTP (Office of Trial Prosecutions) ha informato il governo ugandese che lo stesso Ufficio “*must interpret the scope of the referral consistently with the principles of the Rome Statute, and hence we are analyzing crimes within the situation of northern Uganda by whomever committed*”: ‘Letter of Prosecutor to the President of the ICC’, 17 giugno 2004, allegata alla ‘Decision of the Presidency assigning the situation in Uganda to Pre-Trial Chamber II, (ICC-02/04-1)’ del 5 luglio 2004.

² In data 3 marzo 2004, Joseph Kabila, il Presidente della DRC, ha riferito al Procuratore “*crimes within the jurisdiction of the Court committed within the territory of the DRC since 1 July 2002*”: vedi la ‘Letter of Prosecutor to the President of the ICC’ del 17 giugno 2004, allegata alla ‘Decision of the Presidency assigning the situation in the Democratic Republic of Congo to Pre-Trial Chamber I, (ICC-01/04-01)’ del 5 July 2004.

³ Nella sentenza del 16 dicembre 2004, la Cour d’appel di Bangui è pervenuta alla conclusione che soltanto la Corte Penale Internazionale fosse capace di esercitare *genuinely* l’azione penale contro Ange-Félix Patassé, ex Presidente della Repubblica Centro-Africana (Central African Republic: CAR), Jean-Pierre Bemba Gombo, allora Vice-Presidente della Repubblica Democratica del Congo, e altri tre individui. Dinanzi ad una tale prospettiva, la Corte d’Appello ha raccomandato di riferire la materia alla Corte. Il Governo della CAR ha eseguito tale raccomandazione appena due giorni dopo e, in data 18 dicembre 2004, ha inviato una lettera alla Corte per conto del Presidente della CAR François Bozizé, riferendo al Procuratore crimini rientranti nella giurisdizione della Corte commessi sul territorio della CAR dopo il primo luglio 2002; vedi la ‘Decision assigning the situation in the CAR to Pre-Trial Chamber III, (ICC-01/05-1)’ del 19 gennaio 2005.

⁴ La Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1593 (2005) ha riferito al Procuratore della ICC la situazione in Darfur a partire dalla data dell’1 luglio 2002. Il Procuratore ha aperto un’indagine sulla situazione in data 6 giugno 2005.

⁵ La Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1970 (2011) ha riferito al Procuratore della Corte la situazione in Libia a partire dalla data del 15 febbraio 2011. Il Procuratore ha aperto un’indagine sulla situazione in data 2 marzo 2011. Per una accurata ricostruzione della vicenda libica, in particolare con riferimento alla mancata consegna di Saif Al-Gheddafi alla Corte, all’istanza di inammissibilità formulata dalla Libia alla Corte ex art. 19 dello Statuto e ai rapporti tra i procedimenti penali interni ed il concetto “positivo” della complementarità, vedi MELONI, *L’impasse della Corte Penale Internazionale sulla Libia in questa Rivista*, 1 giugno 2012.

concernente lo Stato del Kenya⁶. La Costa d'Avorio, che invece non era Stato Parte dello Statuto quando ha inoltrato la sua denuncia (avendo ratificato il Trattato solo di recente, in data 15 febbraio 2013), aveva accettato *ad hoc* la giurisdizione della Corte, secondo il meccanismo previsto dall'art. 12 c. 3 dello Statuto⁷.

Un'autorevole dottrina⁸ sostiene che il meccanismo dei *self-referrals* non sia esplicitamente previsto da alcuna norma presente nello Statuto della Corte e che del pari esso risulti contrario alle aspettative manifestate dalle delegazioni nazionali nel corso dei lavori preparatori ed agli sforzi di decodificazione compiuti dai redattori statuari⁹. Si ritiene, in altri termini, che costoro (i cosiddetti "*drafters*") non avessero immaginato o previsto la situazione in cui uno Stato "denunziasse se stesso", inneschasse cioè il procedimento innanzi alla Corte riferendo la commissione di uno o più crimini internazionali occorsi sul proprio territorio, implicitamente così rinunciando alla propria sovranità con riguardo all'esercizio della giurisdizione penale¹⁰. Si afferma, in termini ancora diversi, che dai *travaux préparatoires* possa constatarsi il deliberato intento del legislatore statuario nel senso di fondare il meccanismo del *referral* soltanto sulle denunce inter-statali. Non si era immaginato, sostiene questa autorevole dottrina, che uno Stato potesse riferire una "propria situazione" al Procuratore, ma soltanto che uno Stato potesse denunciare un altro Stato sul cui territorio ritenesse essersi perfezionate alcune fattispecie di reato di rilevanza internazionale. Ad ogni modo, i *self-referrals* sarebbero, secondo tale tesi, un "parto"

⁶ In data 31 marzo 2010, la II Camera Preliminare, a maggioranza dei suoi membri, ha risposto positivamente alla richiesta del Procuratore di iniziare un'indagine per crimini contro l'umanità presumibilmente perpetrati nella Repubblica del Kenya: *vedi* la 'Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya (ICC-01/09-19 and Corr)' del 31 marzo 2010.

⁷ Questa norma consente anche agli Stati che non hanno ratificato il Trattato di sottoporre alla giurisdizione della Corte crimini di competenza di questa, sempre che però si tratti dello Stato sul cui territorio sono stati commessi i crimini oppure che gli stessi siano stati presuntivamente perpetrati da soggetti aventi la nazionalità dello Stato non-Parte. Si parla di accettazione *ad hoc* in quanto è consentito allo Stato non-Parte di limitare sia sotto il profilo temporale che sotto il profilo geografico l'oggetto dell'indagine del Procuratore. Ovviamente non è consentito allo Stato non-Parte inserire alcun vincolo di carattere personale: in altri termini non può lo Stato segnalare al Procuratore su quali singoli episodi o su quali gruppi investigare ed anche qualora la dichiarazione contenesse tali restrizioni, il Procuratore non ne sarebbe in alcun modo vincolato.

⁸ *Vedi*, fra gli altri, W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court* (III ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2007) pp. 143 e ss.; C. KRESS, "*Self-Referrals*" and "*Waivers of Complementarity*", 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004), p. 944. *vedi* anche A. Th. MULLER e I. STEGMILLER, *Self-Referrals on Trial*, 5 *Journal of International Criminal Justice* (2010), p. 1269.

⁹ A. MARCHESI, *Art. 14* in O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (II ed., Beck, Munich, 2008), margin 6; SCHABAS, *supra* nota 8, p. 143; KRESS, *supra* nota 8, p. 944.

¹⁰ Sul punto, *vedi* anzitutto M. ARSANJANI e M. REISMAN, *The Law-In-Action of the International Criminal Court*, 99 *American Journal of International Law* (2005), pp. 386 e ss.: "*There is no indication that the drafters ever contemplated that the Statute would include voluntary state referrals to the Court of difficult cases arising in their own territory*". A questo proposito *vedi* anche KRESS, *supra* nota 8, p. 944; SCHABAS, *supra* nota 8, p. 146.

della prima prassi giurisprudenziale della Corte, ovvero del Procuratore, meglio dell'*Office of Trial Prosecutions* (OTP).

Le critiche si sono anche concentrate sul fatto che l'avallo di questa prassi avrebbe potuto dare origine alla presentazione di *referrals* "selettivi" o "asimmetrici"¹¹. Denunce sporte cioè dai governi contro gruppi ribelli o fazioni partecipanti ad una guerra civile, o ad un conflitto armato interno, con un chiaro intento di servirsi della Corte per reprimere movimenti scomodi e difficili da sconfiggere.

Argomenta invece in senso opposto una dottrina più recente, favorevole alla prassi dei *self-referrals*, sulla base delle riflessioni che saranno sviluppate nel prosieguo¹².

2. Delimitazione del concetto di *self-referral*.

Prima di guardare a questo interessante confronto sul terreno più "avveniristico" del diritto penale internazionale, è utile provare a delimitare l'istituto dei *self-referrals*. Anzitutto sotto il profilo terminologico ci si chiede cosa si intenda con la parola *self-referral* e quale sia l'esatta portata della nozione.

Sotto questo profilo, alcuni autori utilizzano il termine *auto-referral*¹³, altri preferiscono l'espressione *voluntary referral*¹⁴. Qui si adotta la dizione *self-referral* non solo perché è quella più utilizzata nella letteratura di riferimento,¹⁵ ma anche perché

¹¹ Il *leading case* al proposito è quello dell'Uganda, laddove il Presidente Museveni ha tentato di riferire solo la "*situation regarding the Lord's Resistance Army*" (vedi *supra* nota 1). Per il vero, l'OTP ha successivamente 'neutralizzato' questo *referral* 'asimmetrico' dichiarando di voler investigare, in linea di principio, sui crimini commessi da tutte le fazioni; le posizioni critiche concernenti i *self-referrals* in generale e quello dell'Uganda in particolare sono tuttavia rimaste. Vedi ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, pp. 390-392; A. CASSESE, *Is the ICC Still Having Teething Problems?*, 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006), p. 435; P. GAETA, *Is the Practice of 'Self-Referrals' a Sound Start for the ICC?* 2 *Journal of International Criminal Justice* (2004), pp. 950-952; W. SCHABAS, *Prosecutorial discretion and gravity in C. STAHN e G. SLUITER, The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2009), pp. 238-239.

¹² Vedi, su tutti, D. ROBINSON, *The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse*, 2 *Journal of International Criminal Justice* (2011), pp. 355-384.

¹³ Vedi J. K. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions* (Oxford University Press, Oxford, 2008), p. 213; vedi anche J. K. KLEFFNER, *Auto-referrals and the complementary nature of the ICC* in STAHN e SLUITER, *supra* nota 11.

¹⁴ OTP, *Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003 - June 2006)*, 12 settembre 2006, pp. 2 e 7; M. M. EL ZEIDY, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008), p. 215; ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, pp. 387 e ss.

¹⁵ Vedi ad esempio KRESS, *supra* nota 8, p. 944; CASSESE, *supra* nota 11, p. 436; GAETA, *supra* nota 11, p. 949; J. STIGEN, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions* (Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2008), pp. 246 e ss.; EL ZEIDY, *supra* nota 13, pp. 211 e ss.; SCHABAS, *supra* nota 8, pp. 143 e ss.; S. A. WILLIAMS e W. SCHABAS, *Art.17* in TRIFFTERER, *supra* nota 9, margin 22.

corrisponde al linguaggio adottato dalla giurisprudenza, e in particolare dalla I Camera Preliminare della Corte nel caso Lubanga¹⁶.

In via di prima approssimazione, il *self-referral* è una dichiarazione dello Stato sul cui territorio si sarebbero verificate alcune fattispecie di reato rientranti nella giurisdizione della Corte, ed in virtù della quale detto Stato informa il Procuratore invitandolo ad esercitare l'azione penale. Lo Stato che inoltra un *self-referral* alla Corte è dunque anzitutto lo Stato avente giurisdizione sui crimini denunciati, più precisamente giurisdizione fondata sul principio di territorialità.

Si tratta ovviamente di una nozione tratta dal dato empirico, dall'esperienza sinora vissuta dalla Corte in relazione ai *referrals* dell'Uganda, della Repubblica Democratica del Congo e della Repubblica Centro-Africana.

Proprio al fine di non limitare la rilevanza della nozione di *self-referral* ad una mera ripetizione di quanto sinora verificatosi dinanzi alla Corte, alcuni autori hanno provato ad allargarne le maglie di significato¹⁷. Non solo il criterio giurisdizionale della territorialità, ma anche quelli di personalità attiva o passiva, consentirebbero l'attivazione del procedimento innanzi alla Corte per il tramite di un *self-referral*. Se lo Stato denunziante è uno Stato Parte, la situazione portata a conoscenza del Procuratore è una situazione "propria" (ed il *referral* concettualmente è un *self-referral*) sia che il reato sia stato commesso sul proprio territorio, sia che la realizzazione sia avvenuta ad opera di soggetti aventi la nazionalità dello Stato denunziante (a prescindere dal *locus commissi delicti*), sia che l'evento delittuoso sia stato commesso in danno di cittadini dello Stato denunziante. *Self-referral* potrebbe dunque un domani essere anche quello presentato da uno Stato i cui crimini riferiti alla Corte non sono stati perpetrati sul proprio territorio, bensì siano commessi da soggetti aventi la nazionalità di quello Stato oppure in danno di cittadini di quello Stato. Tale conclusione si basa sulla lettera dell'art. 14 dello Statuto. Questa norma recita, in termini generici, che: "Uno Stato Parte può riferire al Procuratore una situazione nella quale uno o più crimini rientranti nella giurisdizione della Corte appaiono esser stati commessi, richiedendo al Procuratore di indagare la situazione allo scopo di verificare se una o più specifiche persone possano essere accusate di tali crimini". E' evidente come in questa disposizione si parli soltanto di *referral* dello Stato Parte, come prima ipotesi di attivazione del procedimento innanzi alla Corte, senza riferimento ad alcun principio di giurisdizione sul quale lo Stato denunziante debba necessariamente fondarsi al fine di rivolgersi al Procuratore.

Tuttavia, se concettualmente non è errato dire che un *self-referral* possa essere definito anche quello promosso da uno Stato Parte legato al crimine denunciato alla Corte da un vincolo giurisdizionale di personalità attiva (gli autori del reato hanno la nazionalità di quello Stato) o anche di personalità passiva (le vittime del reato hanno la

¹⁶ 'Decision on the Prosecutor's application for warrant of arrest, Art. 58' del 10 febbraio 2006, allegata alla '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, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/06-01/04-8-Corr, reclassified as public pursuant to Decision ICC-01/04-01/06-37)', Pre-Trial Chamber I, 24 febbraio 2006, Annex I, par. 35.

¹⁷ Vedi A. Th. MULLER and I. STEGMILLER, *supra* nota 8.

nazionalità di quello Stato), non bisogna dimenticare che la giurisdizione della Corte potrà fondarsi solo sul criterio di territorialità (il crimine è stato realizzato sul territorio di uno Stato Parte, art. 13 lett. (a) dello Statuto) o su quello di personalità attiva (il crimine è stato commesso da soggetti aventi la nazionalità di uno Stato Parte, art. 13 lett. (b) dello Statuto). Potrà dunque aversi un *self-referral* proveniente da uno Stato Parte laddove, ad esempio, le vittime del crimine denunciato abbiano la nazionalità di quello Stato, ma la Corte non sarà in grado di rivendicare la propria giurisdizione se i presunti autori non abbiano la nazionalità di uno Stato Parte o se il reato non sia stato commesso sul territorio di uno Stato Parte.

3. *Self-referral* e rinuncia statale alla complementarità della Corte.

Il Mali, come anche altri Stati che in passato hanno presentato *self-referrals*, ha affermato di non stare conducendo e di non aver sinora condotto alcuna indagine o azione penale in ordine agli specifici crimini oggetto della situazione riferita alla Corte¹⁸.

Occorre, a questo punto domandarsi: che valore ha quest'affermazione del Mali, comune peraltro anche ad altri *self-referrals*? Si tratta di una rinuncia alla giurisdizione penale in favore della Corte?

Ci si chiede, inoltre, se una tale dichiarazione, qualora fosse interpretata come rinuncia ad esercitare la giurisdizione domestica, sarebbe ammissibile e compatibile con lo spirito e le disposizioni dello Statuto e con lo stesso principio di complementarità, sul quale si regge l'intera architettura giurisdizionale della Corte.

Prendendo le mosse da un ragionamento puramente astratto, lo Stato potrebbe *ab origine* dichiarare di rinunciare all'esercizio della giurisdizione penale interna, dismettendo la propria sovranità a favore della Corte. Il risultato potrebbe essere raggiunto non solo mediante una rinuncia espressa alla giurisdizione interna, ma anche per il tramite di una rinuncia ad esercitare quei diritti che lo Statuto prevede in tema di complementarità della Corte, in particolare all'art. 18 c. 2 e all'art 19 c. 2 lett. (b). Si tratta del diritto a domandare la restituzione del caso (di differente consistenza a seconda della fase in cui si trova il procedimento dinanzi ai giudici dell'Aja). In altri termini, gli artt. 18 c. 2 e 19 c. 2 lett. (b) conferiscono allo Stato il diritto a riappropriarsi della giurisdizione sulle condotte criminali già riferite alla Corte, esercitabile anche quando il meccanismo procedurale internazionale innanzi alla stessa sia già stato messo in moto e il procedimento di ammissibilità di cui all'art. 17 sia già stato concluso con una pronuncia di ammissibilità. Sono queste facoltà procedurali che lo Statuto rimette allo Stato ed il cui utile esercizio conduce al capovolgimento di una precedente

¹⁸ Vedi, a proposito di queste dichiarazioni, H. OLASOLO, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court* (Martinus Nijhoff, Leiden, 2005), p. 169; KRESS, *supra* nota 8, p. 946.

affermazione di procedibilità, con il conseguente ritrasferimento della giurisdizione penale e la riappropriazione dell'indagine a livello domestico.

Si è argomentato che un *self-referral* di per sé intrinsecamente sempre contiene una tale "rinuncia a far valere il principio di complementarità della Corte". Un *self-referral* implicherebbe cioè sempre una rinuncia, da parte dello Stato denunziante, ad esercitare la giurisdizione interna sul caso, a patto che esso sia accompagnato dalla totale inattività della giurisdizione domestica sotto il profilo investigativo e giudiziario¹⁹.

Secondo alcuni, inoltre, un *self-referral* importa sempre non solo la rinuncia ad esercitare la giurisdizione interna, ma anche la rinuncia, resa *ab initio* dallo Stato competente, della facoltà di contestare successivamente l'ammissibilità del caso dinanzi alla Corte.

Un *self-referral*, se combinato con una totale inattività da parte dello Stato, potrebbe, secondo questa impostazione, essere sempre considerato come una "rinuncia alla complementarità", o meglio una rinuncia a presentare in futuro eccezioni di inammissibilità (*waiver of admissibility*).

Per risolvere il problema, tuttavia, occorre anzitutto considerare un'ottica diversa.

I *self-referrals* si atteggiavano sempre come atti unilaterali dello Stato. La natura giuridica di dichiarazioni unilaterali importa, per il diritto internazionale, la idoneità alla produzione di obbligazioni²⁰. L'atto unilaterale dello Stato è tuttavia fonte di obbligazioni solo quando si ravvisi una precisa volontà in tal senso espressa dal soggetto dichiarante²¹. L'impegno a vincolarsi giuridicamente deve trarsi dalla lettera del *self-referral*, mediante una interpretazione secondo gli ordinari canoni previsti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Gli artt. 31 e 32 si applicano *mutatis mutandis*. Deve dunque scrupolosamente verificarsi non soltanto *se* ma anche *come* sia stata riferita una data situazione dallo Stato alla Corte. E' dall'analisi concreta delle diverse dichiarazioni che possono infatti ricavarsi le conseguenze giuridiche prodotte dall'atto. In particolare, dall'esame dei singoli *referrals* o *self-referrals* può constatarsi o meno la volontà statale di rinunciare *a priori* all'esercizio della giurisdizione penale.

¹⁹ KLEFFNER (2009), *supra* nota 13, p. 42.

²⁰ Vedi 'Phosphates in Morocco, Judgement, 1928, Permanent Court of International Justice, Series A/B, N. 74', pp. 23 e ss. nel quale si afferma che un tale atto unilaterale "*confers on the declaration the character of a legal undertaking*". Vedi ancora il Nr. 1 dei (certo non vincolanti ma senz'altro rilevanti) Principi Guida sulle Dichiarazioni Unilaterali degli Stati, Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/61/10', 1 maggio - 9 giugno e 3 luglio - 11 agosto 2006, Supplement N. 10: "*Declarations publicly made and manifesting the will to be bound may have the effect of creating legal obligations*".

²¹ Vedi 'Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Preliminary Objections, Judgement, International Court of Justice Reports (1961)', p. 32: "*the sole relevant question is whether the language employed in any given declaration does reveal a clear intention*". Vedi anche il Nr. 7 dei Principi Guida sulle Dichiarazioni Unilaterali (*supra* nota 20): "*A unilateral declaration entails obligations to the formulating State only if it is stated in clear and specific terms (...). In interpreting the content of such obligations, weight shall be given first and foremost to the text of the declarations, together with the context and the circumstances in which it was formulated*".

Con riguardo, poi, al problematico istituto della rinuncia statale alla giurisdizione penale è d'uopo un breve accenno al dato dei lavori preparatori allo Statuto. Nel 1995²² alcune delegazioni, nel discutere circa l'ammissibilità delle rinunzie, ritennero l'incompatibilità di quest'istituto con il principio stesso di complementarietà ed espressero la preoccupazione che una previsione esplicita dello stesso avrebbe potuto minare l'effettività dei sistemi di giustizia penale nazionale²³. La rinuncia trovò una sua collocazione soltanto in una nota allegata al progetto definitivo di Statuto sottoposto alla Conferenza dei Plenipotenziari del 1998²⁴. Nella Conferenza di Roma, tuttavia, si rinviò la soluzione del problema alla successiva stesura delle Regole di Procedura e Prova (*Rules of Procedure and Evidence*)²⁵. L'assenza, anche in queste ultime, di un riferimento alla "facoltà di rinuncia" dello Stato lascia intendere che i *drafters* abbiano preferito trasferire il problema della compatibilità della stessa con lo Statuto all'interpretazione della Corte²⁶. Il dato è che non esiste ad oggi alcuna norma dello Statuto o delle *Rules* che si preoccupi di attribuire un significato ed un ruolo al concetto legale di "rinuncia dello Stato al regime di complementarietà".

Ci si domanda allora se sussista davvero una incompatibilità tra la lettera dello Statuto ed il principio di complementarietà, da un lato, e l'eventuale rinuncia, in favore della Corte, all'esercizio della giurisdizione penale del singolo Stato (espressa anche mediante dichiarazioni di vario genere dello Stato denunziante), dall'altro.

Invero, la funzione teleologica dello Statuto è quella di *combattere l'impunità*. Ed in ragione di tale funzione, proprio al fine di evitare l'impunità, la Corte potrebbe essere costretta a farsi carico di determinate situazioni quando lo Stato in questione decida a monte di riferire la commissione di crimini alla Corte e rimanga al contempo totalmente inattivo²⁷.

Se questo è il panorama generale, non può dirsi che le rinunzie dello Stato all'esercizio della giurisdizione interna, implicite o esplicite che siano, debbano considerarsi *a priori* incompatibili con lo Statuto. Anzi esse potrebbero costituire una sorta di grimaldello che aziona la giurisdizione, a questo punto quasi "vincolata", della Corte. In altri termini, il Procuratore, dinanzi ad un *self-referral*, accompagnato da una rinuncia all'esercizio della giurisdizione domestica, e dunque ad una totale inazione

²² EL ZEIDY, *supra* nota 14, pp. 100 e 217.

²³ 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, General Assembly', Quinta sessione, Supplemento N. 22, 6 settembre 1995 (A/50/22), par. 47.

²⁴ "The present text of article 15 is without prejudice to the question whether complementarity-related admissibility requirements of this article may be waived by the State or States concerned." Vedi 'Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, A/CONF.183/2/Add.1', 14 aprile 1998, Artt. 15, 40, n. 38.

²⁵ J. T. HOLMES, *The Principle of Complementarity* in R. S. LEE, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results* (Kluwer Law International, The Hague, 1999), p. 78; EL ZEIDY, *supra* nota 14, p. 100.

²⁶ M. M. EL ZEIDY, *The Ugandan government triggers the first test of the complementarity principle: an assessment of first State's Party referral to the ICC*, 5 International Criminal Law Review (2005), p. 100, nota n. 90; *idem*, *supra* nota 14, p. 213.

²⁷ KLEFFNER, (2008), *supra* nota 13, p. 222; KLEFFNER (2009), *supra* nota 13, p. 53.

sul fronte statale, potrebbe essere costretto (fermi restando i suoi poteri discrezionali relativi soprattutto all'analisi della "sufficiente gravità" della situazione denunciata ed ai cosiddetti "interessi di giustizia") ad aprire un fascicolo investigativo.

Se si guarda, tuttavia, ai *self-referrals* che sono stati sinora presentati alla Corte²⁸, compreso quello del Mali, ci si avvede di come essi siano costruiti in maniera sapientemente ambigua ed attenta all'utilizzo delle parole²⁹. Se essi, come detto, cosituiscono atti unilaterali dello Stato e, come tali, necessitano di un indiscutibile supporto volontaristico al fine della produzione di un vincolo giuridico (compreso quello di rinunciare ai diritti statutari in tema di complementarità), non può certo dirsi che i *self-referrals* sinora pervenuti alla Corte siano manifestazioni atte ad impegnare gli Stati denunziati, nel senso di una definitiva rinuncia alla giurisdizione penale domestica, tantomeno utili ad una dismissione definitiva di diritti statutariamente previsti in tema di complementarità. Non può mai dirsi, già dalla mera analisi del dato empirico, che i *self-referrals* contengano sempre una implicita rinuncia al regime della complementarità.

La conclusione obbligata è nel senso che i protagonisti della procedura che conduce alla definizione di ammissibilità (o inammissibilità) della situazione riferita dallo Stato alla Corte (Procuratore, Camere Preliminari ed, eccezionalmente, Camere dibattimentali) non devono interpretare i *self-referrals* come rinunzie implicite ai diritti statutari, specialmente quando l'intento dello Stato in questione risulti assai ambiguo.

Nulla vieta, d'altro canto, che uno Stato proceda in futuro ad una rinuncia esplicita, pronunciata *expressis verbis*, con riguardo alle facoltà previste dallo Statuto in tema di ammissibilità. Gli Stati sono liberi di agire e non hanno vincoli, in ordine alla manifestazioni di volontà che possono esprimere, anche quando si tratti di abdicare a un diritto contenuto in un trattato già ratificato. Gli Stati potrebbero così vincolarsi ad una tale dichiarazione e rendere più agevole il procedimento di ammissibilità.

²⁸ Vedi *supra* note 1, 2 e 3. Vedi, inoltre, la 'Letter on Jurisdiction' – datata 28 maggio 2004 – del Solicitor General dell'Uganda al Procuratore della Corte: "*The Government of Uganda has been unable to arrest (...) persons who may bear the greatest responsibility (...). The ICC is the most appropriate and effective forum for the investigation and prosecution of those bearing the greatest responsibility (...) (and the Government of Uganda) has not conducted and does not intend to conduct national proceedings in relation to the persons most responsible.*" (citata nel 'Warrant of Arrest for Joseph Kony' spiccato in data 8 luglio 2005 ed emendato in data 27 settembre 2005, 'Prosecutor v. Kony et al. (ICC-02/04-01/05-53), Pre-Trial Chamber II', 27 settembre 2005, par. 37).

²⁹ Vedi 'Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgement, International Court of Justice Reports (1992)', p. 240, par. 13: "*It will suffice to note that in fact those authorities did not at any time effect a clear and unequivocal waiver of their claims.*"; 'Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement', 19 dicembre 2005, par. 293; 'Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgement, ICJ Reports (2001)', p. 40, 'Joint Dissenting Opinion of Judges Bedjaoui, Ranjeva and Korona', par. 38. Vedi inoltre il Nr. 7 dei Principi Guida sulle Dichiarazioni Unilaterali (*supra* nota 20): "*In the case of doubt as to the scope of the obligations resulting from such a declaration, such obligations must be interpreted in a restrictive manner*".

Tuttavia i *self-referrals*, da soli considerati, non possono essere interpretati come altrettante rinunzie automatiche alla giurisdizione penale, indi ad esercitare diritti assegnati dallo Statuto ai singoli Stati in tema di complementarità, e cioè il diritto di contestare l'ammissibilità della situazione prima e del caso poi, in base agli artt. 18 c. 2 e 19 c. 2 lett. (b).

4. Gli argomenti pro e contro l'ammissibilità del *self-referral*.

Come anticipato, non sono mancate tesi contrarie alla prassi dei *self-referrals*³⁰. Più nel dettaglio, la tesi che sostiene la incompatibilità di tale prassi con lo Statuto si fonda su cinque argomenti essenziali:

a) l'argomento "testuale", in virtù del quale i *self-referrals* non troverebbero un valido supporto normativo nella previsione di cui all'art. 14, considerato già da un punto di vista esclusivamente letterale;

b) l'argomento della *cd. drafting history*, vale a dire del dato storico dei lavori preparatori, in virtù del quale mai venne previsto, immaginato, neppure lontanamente contemplato, nella lunga storia dei progetti e delle commissioni incaricate di redigere lo Statuto, il caso di uno Stato che denunziasse se stesso presso la futura Corte, cioè le riferisse una situazione con uno o più crimini attinenti alla propria sfera di sovranità, senza l'obiettivo di "denunziare" un altro Stato;

c) l'argomento della "sostanziale incompatibilità" o "incoerenza" dei *self-referrals* col principio e col regime della complementarità positiva della Corte;

d) l'argomento della "manipolazione" della Corte ad opera degli Stati *self-referring*;

e) l'argomento della "discrasia" rispetto al "dovere di reprimere e perseguire i crimini internazionali", dovere incombente primariamente sugli Stati, come vuole il Preambolo allo Statuto di Roma.

Una seconda tesi si è incaricata, più di recente, di ribattere ciascuno di questi cinque punti³¹.

³⁰ Vedi *supra* note 8 e 10. Vedi anche W. SCHABAS, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 731-761; W. SCHABAS, "Complementarity in Practice": *Some Uncomplimentary Thoughts*, 19 *Criminal Law Forum* (2009), pp. 5-33; W. SCHABAS, *Complementarity in Practice: Creative Solutions or a Trap for the Court?* in M. POLITI e F. GIOIA, *The International Criminal Court and National Jurisdictions* (Ashgate, Aldershot, UK, 2008), pp. 25-48; W. SCHABAS, *The Rise and Fall of Complementarity* in C. STAHN e M. M. EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012).

³¹ Vedi ROBINSON, *supra* nota 12.

4.1. Il dato letterale dell'art. 14 dello Statuto.

Riguardo al primo argomento, di carattere letterale, l'art. 14 dello Statuto, al primo comma, così recita: “Uno Stato Parte può riferire al Procuratore una situazione nella quale uno o più crimini rientranti nella giurisdizione della Corte appaiono esser stati commessi, richiedendo al Procuratore di indagare la situazione allo scopo di verificare se una o più specifiche persone possano essere accusate di tali crimini”.

La dottrina più recente ha sottolineato che il cuore della norma è costituito dalla proposizione in corsivo³². La parte restante sarebbe solo una specificazione di cosa rappresenti una “situazione” e dello scopo che il *referral* dello Stato Parte deve avere di mira, ma non contiene una eccezione, una limitazione alla prima parte. La disposizione reca dunque una generale autorizzazione, senza prevedere alcuna restrizione alla facoltà di uno Stato Parte in ordine al rinvio di situazioni alla Corte.

La tesi della incompatibilità dei *self-referrals* con lo Statuto riconosce che la disposizione non contiene un esplicito divieto rivolto agli Stati Parte in ordine al rinvio alla Corte delle “proprie situazioni”. Questa dottrina del pari ammette che spesso le norme giuridiche “comincino a vivere autonomamente”, che “una interpretazione creativa sovente risulti auspicabile”³³.

La tesi inversa replica nel senso che non solo non vi è nell'art. 14 alcun divieto esplicito: la norma anzi espressamente autorizza il *referral* dello Stato Parte senza alcuna forma di restrizione testuale³⁴. Il risultato di una interpretazione “ordinaria” del testo dell'art. 14 non appare illogico né contraddittorio. L'interpretazione non può nemmeno dirsi “creativa” se all'interno della grande categoria del *referral* di una situazione si inserisce anche il *self-referral*, ad esempio la denuncia di una situazione che contiene crimini commessi all'interno del territorio dello stesso Stato Parte. Questo risultato non è contraddetto dalla lettera della norma, la quale *expressis verbis* autorizza una interpretazione ampia e onnicomprensiva dei termini *referral* e *situation*. Sarebbe necessario, per leggerci una eccezione (quale ad esempio risulterebbe dalle parole “salvo che il *referral* non concerna una situazione denunciata dallo Stato territoriale”), un argomento forte, che si fondi su elementi extra-testuali. Fintanto però che il punto di partenza resta la lettera dello Statuto non può dirsi, ad avviso di questa dottrina, che sia consentito escludere la facoltà del rinvio di un *self-referral*. Non occorre discorrere infatti di una base giuridica che permetta questa tipologia di *referrals*, quanto piuttosto di un fondamento legale che consenta di escluderli. Trattasi però di una base legale che, allo stato del testo statutario, non esiste.

³² Vedi ROBINSON, *supra* nota 12, p. 360.

³³ SCHABAS, “Complementarity in Practice”: *Some Uncomplimentary Thoughts*, 19 Criminal Law Forum (2009), p. 17.

³⁴ ROBINSON, *supra* nota 12, pp. 360-361.

4.2. La critica sui lavori preparatori allo Statuto.

La critica forse più frequente che viene rivolta alla prassi dei *self-referrals* è quella che attiene al dato dei lavori preparatori. Si sostiene che nella storia delle commissioni preparatorie e dei progetti di redazione dello Statuto mai venne presa in esame l'ipotesi di uno Stato che "denunziasse se stesso", di uno Stato cioè che rinviasse al Procuratore crimini emergenti dal suo stesso territorio. Arsanjani e Reisman³⁵ ritengono che non vi sia indicazione, nella storia dei lavori preparatori allo Statuto, di una previsione del genere. I *drafters* (cioè i redattori della norma) non avrebbero voluto consegnare nella previsione statutaria avente ad oggetto i *referrals* degli Stati una interpretazione che abbracciasse pure quei *referrals* in futuro provenienti dagli Stati "direttamente coinvolti". Schabas afferma che non esiste "traccia", né il più debole "accenno", o "allusione", all'idea di uno Stato che rinvii alla Corte situazioni "contro se stesso"³⁶.

Tuttavia, come mette in luce la contrapposta dottrina, il dato dei lavori preparatori rivela un panorama almeno parzialmente differente da quello descritto.

Il dibattito, già a partire dalle sedute della Commissione di Diritto Internazionale, si concentrò sugli elementi che avrebbero dovuto caratterizzare la situazione denunciata, utili al fine di legittimare l'attivazione del procedimento innanzi alla Corte ad opera di uno Stato Parte. La Commissione per prima utilizzò il termine *complaint* ("denuncia") e si riferì al vincolo territoriale tra Stato e crimine denunciato come uno dei tre possibili requisiti che consentisse a uno Stato di rinviare crimini internazionali alla Corte³⁷. Proprio in quella sede l'oggetto di discussione non fu il fatto che gli Stati direttamente coinvolti o interessati potessero rinviare proprie situazioni, quanto piuttosto l'idea che legittimati ad inviare un *referral* potessero anche essere gli Stati *senza* un diretto interesse o coinvolgimento nei crimini denunciati. La Commissione *ad hoc* precisò che un "coinvolgimento" o un "interesse" dello Stato si ha nell'ipotesi del vincolo territoriale, del vincolo di personalità attiva o passiva, del vincolo custodiale. Gli Stati con questo tipo di collegamento col crimine sarebbero stati legittimati a sporgere denunce alla Corte. Il dibattito concernette, al contrario, gli Stati senza un diretto interesse, vincolo o coinvolgimento³⁸.

³⁵ ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, pp. 386-387.

³⁶ SCHABAS, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court*, 6 *Journal of International Criminal Justice* (2009), p. 751 e p. 760; SCHABAS, *supra* nota 33, pp. 7, 13 e 16. Vedi anche MULLER e STEGMILLER, *supra* nota 8, p. 1269: "the mechanism has not operated as intended", il *self-referral* "was not foreseen by the delegates at Rome".

³⁷ Vedi International Law Commission, 'Part III: Statute of an International Criminal Court', in *Yearbook of the ILC* (1990), Vol. II, UN Doc. A/CN.4/430 (1990)', pp. 36-37: "Any State may bring before the Court a complaint (...) if the crime (...) was **committed in that State**, or if it was directed against that State, or if the victims are nationals of that State".

³⁸ 'Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/50/22, 1995', par. 112: "Some delegations expressed the views that any State party to the statute should be entitled to lodge a complaint with respect to the (core crimes) (...) However, the view was also expressed that only the States

Sia nel corso della Commissione Preparatoria³⁹ sia durante la Conferenza dei Plenipotenziari⁴⁰ a Roma, la controversia non riguardò il permesso o il divieto dei *referrals* dello Stato territoriale. Le delegazioni si interrogarono piuttosto sull'autorizzazione a inoltrare *referrals* da parte di Stati senza un vincolo diretto col crimine, come il territorio.

Durante la stessa Conferenza di Roma alcune delegazioni fecero nuovamente riferimento ai *referrals* dello "Stato interessato", ed anzi avanzarono la proposta che soltanto questo Stato potesse denunciare una propria situazione alla Corte⁴¹. La decisione finale fu però nel senso di rifiutare ogni limitazione e consentire a qualsiasi Stato Parte, senza ulteriori precisazioni, di riferire una *situation* alla Corte⁴².

4.3. Il presunto conflitto con il test di ammissibilità.

Con riferimento al terzo argomento, da più parti sono stati sollevati dubbi circa la compatibilità dei *self-referrals* con il regime della complementarità su cui si fonda l'ammissibilità del procedimento innanzi alla Corte.

Durante i negoziati che hanno condotto alla redazione del testo finale dello Statuto l'attenzione delle delegazioni presenti era rivolta alla previsione di una futura rivendicazione del procedimento penale ad opera, contemporaneamente, sia delle autorità nazionali che dell'autorità internazionale (vale a dire della Corte). Non era stata pronosticata, durante i lavori preparatori, quella che costituisce adesso la situazione nettamente prevalente: quella di uno Stato avente giurisdizione che resti totalmente inattivo riguardo a determinati crimini internazionali, in combinato con un *self-referral* alla Corte delle medesime fattispecie di reato.

Questa osservazione, che in definitiva si ricollega alla critica precedente sui lavori preparatori, può tuttavia essere licenziata con gli stessi rilievi offerti proprio in merito all'argomento storico. Il disaccordo, in sede di lavori preparatori, riguardò solo i *referrals* degli Stati non direttamente coinvolti, mentre il punto di intersezione, l'area comune, l'elemento condiviso dalle fazioni contrapposte consistette proprio nella legittimità della denuncia da parte degli Stati interessati, tra cui esplicitamente

concerned that had a direct interest in the case, such as the territorial State, the custodial State or the State of nationality of the victim or suspect (...) should be entitled to lodge complaints".

³⁹ Vedi 'Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee during the period 25 March – 12 April 1996, UN Doc. A/AC.249/1', 7 maggio 1996, par. 163: "Some delegations felt that only those States parties to the statute with an interest in the case should be able to lodge a complaint. Interested States were identified as the custodial State, **the State where the crime was committed**, the State of nationality of the suspect, the State whose nationals were victims and the State which was the target of the crime. Some other delegations opined that the crimes under the statute were, by their nature, of concern to the international community as a whole".

⁴⁰ Vedi 'United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, Official Records, Vol. III, A/CONF.183', 15 giugno – 17 luglio 1998, p. 25.

⁴¹ Vedi i records ufficiali della Conferenza di Roma: *ibid.*, pp. 180-199.

⁴² Vedi, ad esempio, 'Bureau Discussion Paper Regarding Part 2', 6 luglio 1998, nei records ufficiali della Conferenza di Roma: *ibid.*, Vol. 3, p. 210.

vennero citati ed inclusi gli Stati territoriali⁴³. Il fatto poi che un'ipotesi non venne concepita, o venne considerata poco plausibile in sede di lavori preparatori, non implica che essa esuli dalla disciplina dello Statuto come definitivamente elaborato a Roma nel 1998.

Con particolare riguardo al rapporto tra il tema dei *self-referrals* ed il principio di complementarità, una serie di ulteriori rilievi è possibile.

Risulta probabilmente utile prendere le mosse dai criteri utilizzati dalla Corte nell'applicazione del principio, ed in specie di quella norma che viene considerata il suo principale corollario applicativo, l'art. 17 dello Statuto.

La prassi giurisprudenziale dei giudici dell'Aja si è evoluta, sin dalle prime pronunzie, nella direzione di un'applicazione non "monofasica" o "monostrutturata" del test di ammissibilità della (generale) situazione prima e del (singolo) caso poi. Le Camere si sono bensì orientate verso una verifica "a tre stadi" o trifasica dei criteri segnalati all'art. 17 e volti a constatare l'ammissibilità dell'intervento complementare della Corte, con riguardo al singolo procedimento considerato. In altri termini, la giurisprudenza internazionale non ha avallato una verifica semplificata, diretta ed unidirezionale della sussistenza dei criteri di *unwillingness* (assenza di volontà dello Stato a procedere penalmente) o *inability* (assenza di capacità dello Stato a procedere penalmente), secondo una lettura dell'art. 17 da più parti suggerita. Si è piuttosto proceduto, in tutte le situazioni attualmente al vaglio della Corte, al seguente test di ammissibilità/inammissibilità:

a) in primo luogo, la situazione ed il caso sono ammissibili dinanzi alla Corte se lo Stato in questione rimane totalmente fermo, inattivo, sotto il profilo investigativo, inquirente e giudiziario con riguardo alla condotta presa in esame dalla Corte e rispetto alla persona fisica oggetto dell'indagine del Procuratore (ammissibilità dovuta al cd. "*inaction scenario*");

b) in secondo luogo, se lo Stato in questione dispiega una qualche forma di attività inquirente o processuale, sempre con riferimento alla medesima condotta e alla medesima persona considerata nel procedimento innescato innanzi alla Corte, vanno esaminate le eccezioni contenute nell'art. 17 c. 1 lett. (a), (b), (c) e 20 c. 3, già descritte nell'introduzione al presente lavoro, le quali sono in grado di rendere un caso inammissibile dinanzi alla Corte (inammissibilità dovuta alla cd "*action*" dello Stato: art. 17 c. 1);

⁴³ Vedi P. KIRSCH e D. ROBINSON, *Referral by States Parties* in A. CASSESE, P. GAETA e J. R. W. D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1 (Oxford University Press, Oxford, 2002), pp. 619-625; in particolare p. 622: "*Many delegations supported a proposal to restrict the ability to refer a situation to those States Parties with an 'interest' in the matter. 'Interested' States would include those whose territory was the locus of the crime in question, or whose nationals were victims or perpetrators, or those States with custody over particular perpetrators. Other delegations were of the view that these crimes were, by their very nature, of fundamental concern to the international community as a whole (...). Article 14 accordingly permits any State Party to refer a situation, without being restricted to 'interested' States*".

c) in terzo luogo, le precedenti eccezioni di inammissibilità possono essere respinte, così addivenendo ad una nuova pronunzia di ammissibilità, qualora il Procuratore riesca a dimostrare che l'attività processuale dello Stato (*l'action*) sia dettata in realtà dall'assenza di volontà (*unwillingness*) o di capacità (*inability*) dello Stato di procedere all'azione penale, sulla scorta dei criteri elencati ai successivi c. 2 e 3 dell'art. 17, già descritti nell'introduzione (ammissibilità dovuta ad *unwillingness* o *inability*: art. 17 c. 2 e c. 3).

In relazione al primo momento valutativo del test di "complementarietà" (quello concernente il cd. *inaction scenario*), quando si attesta che lo Stato in questione sia totalmente inattivo, il caso viene dichiarato ammissibile, salvo determinazioni successive sulla gravità *ex art. 17 c. 1 lett. (d)*⁴⁴. Fintanto cioè che lo Stato rimanga inerte con riguardo a quella condotta e a quel soggetto persona fisica indagata (cd. "*specificity test*")⁴⁵, non vi è necessità di procedere con le ulteriori fasi valutative del test, ancorando la dichiarazione di ammissibilità alla inazione a livello domestico⁴⁶. Basta, in altri termini, attestare l'inazione dello Stato per arrestare il test di complementarietà e non procedere con l'applicazione positiva dell'art. 17 dello Statuto.

E' stato più volte sostenuto che i *self-referrals* di per sé siano in grado di alterare o comunque "soddisfare" *a priori* i requisiti previsti dal cd. 'test di complementarietà' *ex art. 17* dello Statuto come appena descritto. Arsanjani e Reisman, ad esempio, si chiedono se i *self-referrals* possano costituire l'unica base per affermare l'ammissibilità di una situazione o di un caso, senza la necessità di proseguire oltre con l'analisi⁴⁷.

⁴⁴ Vedi i 'Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut), *Prosecutor v. Katanga and Chui* (ICC-01/04-01/07-1213), Trial Chamber II' del 16 giugno 2009, par. 21 e 81.

⁴⁵ Vedi 'Decision on the Prosecution application under Art. 58(7) of the Statute, *Prosecutor v. Harun and Kushayb* (ICC-02/05-01/07-1-Corr), Pre-Trial Chamber I', 27 aprile 2007, par. 24; Ntaganda, 'Annex II, Decision on the Prosecutor's application for warrants of arrest', par. 31; 'Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, *Prosecutor v. Chui* (ICC-01/04-01/07-262), Pre-Trial Chamber I', 6 luglio 2007, par. 21; 'Décision relative à la requête du procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, *Prosecutor v. Bemba* (ICC-01/05-01/08-14), Pre-Trial Chamber II', 10 giugno 2008, par. 21; vedi anche EL ZEIDY, *supra* nota 14, p. 161; vedi inoltre W. BURKE-WHITE e S. KAPLAN, *Shaping the Contours of Domestic Justice: The International Criminal Court and an Admissibility Challenge in the Uganda Situation*, 9 *Journal of International Criminal Justice* (2009), pp. 267-268.

⁴⁶ Kony *et al.*, 'Decision on the admissibility of the case', *supra* nota 28, par. 52: "Pending the adoption of all relevant legal texts and the implementation of all practical steps, the scenario against which the admissibility of the Case has to be determined remains therefore the same as at the time of the issuance of the Warrants, that is one of total inaction on the part of the relevant national authorities: accordingly, there is no reason for the Chamber to review the positive determination of the admissibility of the Case made at that stage".

⁴⁷ ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, p. 387. Da notare tuttavia la loro perimetrazione della questione: "we refer to situations in which the sole basis for satisfying the Court's admissibility test is the referral." *Ibid.*, p. 383. Secondo i due autori "such a referral does not seem to meet the requirements of admissibility under Article 17 of the Statute" (p. 392) ed "in strict legal terms, a voluntary referral such as the one by Uganda appears to fail to satisfy the threshold for admissibility set out in Article 17 of the Statute" (p. 395). Inoltre essi affermano che il referral della DRC "vastly expanded the ICC's geographic scope of jurisdiction" (p. 398).

In realtà la risposta a questo quesito dovrebbe essere relativamente agevole: il *self-referral* di per sé non rende un caso ammissibile né risulta capace di superare il test di cui all'art. 17. La stessa Corte, d'altronde, non ha mai osato avanzare una conclusione del genere nei suoi primi dieci anni di vita⁴⁸.

Invero, sostiene la dottrina che ha ricondotto la prassi dei *self-referrals* nell'alveo statutario⁴⁹, la percezione dell'innovazione *contra legem* con riferimento al fenomeno dei *self-referrals* è stata accompagnata dalla percezione di una ancora più grande e destabilizzante innovazione: quella dell'ammissibilità dovuta all'*inaction*⁵⁰. Tuttavia, né i *self-referrals* né la complementarietà fondata sull'*inaction scenario* costituiscono innovazioni che valicano la lettera e lo spirito dello Statuto. Non è il *referral* dello Stato territoriale che ha reso sinora ammissibili le situazioni dinanzi alla Corte quanto piuttosto la inazione dello stesso Stato sotto il profilo dei criteri segnalati all'art. 17 c. 1. Se la regola dell'inammissibilità si fonda sulla necessaria ravvisabilità di almeno una delle tre ipotesi di cui alle lett. (a), (b) o (c) della predetta norma, la conclusione che occorre trarre dalla non riscontrabilità empirica, nella fattispecie concreta considerata, di nessuna delle tre ipotesi di "attività processuale" dello Stato non può che essere quella della ammissibilità. In altri termini, la conseguenza necessaria della inammissibilità del procedimento innanzi alla Corte deve discendere dalla verifica di una delle tre attività inquirenti o giurisdizionali esercitate sullo specifico caso a livello domestico, così come prescritto dall'art. 17 c. 1, lett. (a), (b) e (c) prima parte. Le eventuali ipotesi di rifiuto o di incapacità, difatti, costituiscono la seconda parte di queste tre disposizioni e, dunque, devono essere considerate soltanto quando qualcuna delle attività di cui alla prima parte venga compiuta. Quando invece nessuna delle tre

⁴⁸ Vedi G. GAJA, *Issues of Admissibility in Case of Self-Referrals* in M. POLITI e F. GIOIA, *The International Criminal Court and National Jurisdictions* (Ashgate, Aldershot, UK, 2008), pp. 49-52; STIGEN, *supra* nota 15, pp. 246-250; KLEFFNER (2008), *supra* nota 13, pp. 214-227; M. M. EL ZEIDY, *Critical Thoughts on Article 59(2) of the ICC Statute*, 4 *Journal of International Criminal Justice* (2006), p. 463; BURKE-WHITE e KAPLAN, *supra* nota 45, pp. 259-262; MULLER e STEGMILLER, *supra* nota 8, pp. 1280-1281.

⁴⁹ ROBINSON, *supra* nota 12, p. 372.

⁵⁰ Arsanjani and Reisman insistono sul fatto che l'art. 17 consista solo dei due requisiti dell'*unwillingness* e della *inability*: *supra* nota 10, p. 390 e 396; vedi del pari SCHABAS, *supra* nota 36, p. 757. Coloro che, tuttavia, ritengono che il principio della complementarietà si fondi esclusivamente sui criteri della *unwillingness* o della *inability* mancano di offrire una conclusione alternativa dinanzi a quelle ipotesi di totale omissione di iniziativa penale da parte dello Stato territoriale. Non dicono quale dovrebbe essere il risultato cui pervenire in tema di ammissibilità. Vedi, per la tesi inversa, Robinson, *supra* nota 12, nota n. 93: "There is reason to hope that the interpretive gap is narrowing. For example, Professor Schabas in a recent and important work on the Rome Statute (W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, Oxford, 2010), pp. 341 e 345) acknowledges and addresses the proceedings requirement. However, other passages leave this unclear, by asserting that the unwilling and unable test must be applied even where there are no proceedings to which to apply them. Schabas acknowledges that such an approach 'defies common sense' but asserts that it is required by the text. With respect, it is not explained why an exception would be considered when the condition precedent from which it derogates is not satisfied. As the Appeals Chamber has noted in *Katanga* ('Judgement on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2209 on the Admissibility of the Case, *Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07 OA 8, Appeals Chamber', 25 settembre 2009), to elevate the exception into a general requirement 'put(s) the cart before the horse' and is 'irreconcilable with the wording of the provision'".

attività viene dispiegata da parte dello Stato, quando cioè esso rimanga totalmente inerte, l'effetto non può che essere quello dell'ammissibilità. Ed è proprio su questo principio di carattere logico-giuridico che la Corte si è fondata per verificare l'osservanza del principio di complementarietà.

Contrariamente a quanto afferma la dottrina ostile alla prassi dei *self-referrals*, la verifica sull'ammissibilità dei singoli casi non si è mai basata sul dato empirico in virtù del quale il procedimento penale internazionale è stato innescato attraverso la denuncia dello Stato territoriale. Quest'ultima non ha la capacità da sola di rendere la situazione ammissibile, ma soltanto l'idoneità *ex art. 14* a incardinare una determinata situazione presso l'Ufficio del Procuratore⁵¹.

4.4. Il rischio di manipolazione della Corte.

Vero è, tuttavia, che il criterio dell'inattività dello Stato implica una serie di problematiche dal punto di vista strategico-politico⁵². Il Procuratore, infatti, come da molti sostenuto, dovrebbe incentivare i procedimenti penali a livello domestico, provare a stimolare il singolo Stato ad esercitare l'azione penale, combattendo l'impunità a partire dal piano della giustizia nazionale. Egli non deve tentare di trasformare la complementarietà della Corte in primazia *de facto*, accollandosi l'indagine su situazioni proprie di Stati *semplicemente* inattivi.

Il ragionamento è condotto da quella dottrina che fa leva anzitutto sul concetto "positivo" di complementarietà, ed in particolare sulla prescrizione statutaria che prevede anzitutto "il dovere di ciascuno Stato di esercitare la propria giurisdizione penale sopra i soggetti ritenuti responsabili di crimini internazionali"⁵³. Questa prevalente dottrina ritiene che il Procuratore debba far valere i suoi poteri discrezionali, anche fondati sull'art. 53 c. 1 lett. (c) dello Statuto (e cioè sui c.d. "interessi di giustizia"), inducendo gli Stati a prendersi carico dei singoli procedimenti criminali.

Ciò non toglie che sarebbe in astratto anche possibile pervenire ad una razionale e proficua suddivisione del lavoro tra la Corte dell'Aja e i tribunali domestici. La prima potrebbe agire contro i cd. *leaders*, i più alti vertici politici, militari, economici ed istituzionali presuntivamente responsabili, mentre i tribunali interni si incaricherebbero di reprimere le fattispecie commesse da soggetti diversi, non di

⁵¹Vedi D. ROBINSON, *The Mysterious Mysteriousness of Complementarity*, 21 Criminal Law Forum (2010), pp. 67-102. In un'altra opera, D. ROBINSON, *The Inaction Controversy: Neglected Words and New Opportunities* in C. STAHN e M. M. EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice* (Cambridge University Press, 2012), si focalizza con maggiore dettaglio sull'analisi della letteratura che, a suo avviso, appare aver contribuito a sviluppare una valutazione errata e disconnessa sul tema.

⁵² Vedi in tal senso MULLER e STEGMILLER, *supra* nota 8, pp. 1284-1285; vedi anche, con riferimento alla vicenda libica e della inottemperanza all'obbligo di consegna di Saif Al-Gheddafi, MELONI, *supra* nota 5, pp. 5 e 6.

⁵³ Vedi i paragrafi 5 e 6 del Preambolo allo Statuto; vedi anche MELONI, *supra* nota 5, p. 5.

vertice⁵⁴. Bisognerebbe tuttavia vigilare anche in questo caso, affinché la suddivisione delle indagini non produca risultati indesiderati, con la Corte che agisce contro gli appartenenti a fazioni avverse al potere ufficiale instauratosi, e lo Stato che si preoccupa di imbastire procedimenti-farsa contro i suoi rappresentanti e fedeli funzionari⁵⁵.

Proprio a questo proposito, una delle critiche più ricorrenti riguarda il fatto che gli Stati possano inoltrare *referrals* al fine di implementare le proprie agende politiche⁵⁶. In altri termini il *self-referral* può essere utilizzato con lo scopo recondito di perseguire nemici interni⁵⁷. Si è ad esempio sostenuto, non con qualche ragione, che il Presidente ugandese Museveni avesse deciso di riferire la situazione ugandese al Procuratore solo come strumento ulteriore di pressione verso il gruppo ribelle del LRA⁵⁸.

La vera sfida, però, è appunto quella di vigilare sul comportamento tenuto dallo Stato successivamente al *self-referral*, verificando se esso eventualmente agisca con l'intento di preconstituire uno "scudo" giudiziario a favore di determinati soggetti, abdicando alla propria giurisdizione in favore della Corte soltanto per quel che concerne l'azione contro altri soggetti, pericolosi e non graditi ai governi.

E' lapalissiano che un *referral*, specie un *self-referral*, garantisca una maggiore cooperazione dello Stato con la Corte, rispetto a quella ottenibile con un'indagine iniziata *proprio motu* dal Procuratore e senza l'assenso dello Stato. Un Paese che decide di denunciare una situazione che riguardi il proprio territorio o soggetti aventi la nazionalità dello stesso Paese, almeno in linea di prima approssimazione, desidera interagire con la Corte, imbastire un dialogo, e presumibilmente cooperare⁵⁹. Ciò non

⁵⁴ Vedi, in particolare, 'OTP, *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice, 2003*', par.; vedi inoltre 'OTP, *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*', settembre 2003, cap. I, p. 3.

⁵⁵ Ad esempio, si afferma che il Presidente dell'Uganda Museveni abbia detto di essere "*ready to be investigated for war crimes (...) and if any of our people were involved in any crimes, we will give him up to be tried by the ICC (...) And in any case, if such cases are brought to our attention, we will try them ourselves*".

⁵⁶ Un'altra critica sottolineata da ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, p. 393, è che i *referrals* dello Stato territoriale possono provocare alla Corte "*political problems*" e "*political struggles*": la Corte "*despite all the attendant violence (...) negotiation and settlement*" potrebbe essere l'unica 'modalità di risoluzione' praticabile (p. 392). Gli Stati preferiranno rinviare situazioni difficili, quale quella in Ituri, dove "*the state of chaos and insecurity and the prevalence of land mines*" rende "*difficult, if not impossible, for the Office of the Prosecutor to conduct any meaningful investigation on the ground or to have any access to any accused*" (p. 398). Così, "*the failure of governments will simply become the failure of the ICC*" poiché "*the Court will find that it is unable to conduct any serious investigation and prosecution.*" (p. 395). ROBINSON, *supra* nota 12, nota n. 60, replica: "*This argument invites significant questions such as: (i) whether labelling a mass violence situation as 'political' should per se preclude international criminal justice; (ii) whether such concerns should be considered under the 'interests of justice' rather than by precluding a priori a class of referrals; (iii) whether there exist any situations of mass atrocity that are not 'political', and (iv) whether self-referrals are any more likely to lead to politicized situations than other triggers (consider the situation in Darfur, which has divided a continent and which was referred to the ICC by the Security Council). Moreover, the prediction of 'de facto deferrals' due to the impossibility of investigating situations such as Ituri appears in retrospect to be unduly pessimistic*".

⁵⁷ Vedi SCHABAS, *supra* nota 33, p. 16.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁹ 'OTP, *Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003- June 2006)*', 12 settembre 2006, p. 7.

toglie tuttavia che questa cooperazione possa scemare col tempo, a causa di mutamenti interni allo Stato⁶⁰. Ed inoltre un conto sarebbe la cooperazione, fornita molto ben volentieri, in ordine a procedimenti imbastiti dal Procuratore contro gli oppositori dei regimi denunzianti. Altro conto sarebbe invece il livello di cooperazione disponibile quando la Corte decidesse di agire contro agenti del governo o addirittura contro le alte sfere delle gerarchie interne⁶¹. E' per questa ragione, per motivazioni di autonomia, discrezionalità, libertà di movimento e di scelte inquirenti, che la stessa dottrina che pone in risalto le incongruenze della prassi dei *self-referrals* con il regime della complementarietà suggerisce anche un più massiccio utilizzo dello strumento dell'indagine indipendente iniziata *proprio motu ex artt. 13 lett. (c) e 15*⁶².

Uno Stato che desidera sottoporre all'attenzione del Procuratore una propria situazione, invitandolo ad iniziare un'indagine, molto probabilmente eviterà di intraprendere alcuna azione sotto il profilo investigativo e processuale, come d'altronde ha mostrato di agire il Mali. In tal modo si rischia però di incentivare una proliferazione di casi "esternalizzati" ed una trasformazione della Corte da organismo giurisdizionale internazionale a tribunale sovranazionale a disposizione degli Stati. Questa preoccupazione, espressa anche da Arsanjani e Reisman⁶³, è fondata, ma le conseguenze che se ne devono trarre sono probabilmente più articolate di quel che questa dottrina pretenderebbe. Le soluzioni sono due. La prima alternativa è che si considerino interpretazioni extra-testuali del combinato disposto di cui agli artt. 14 (la norma sul *referral* dello Stato Parte come iniziativa in grado di attivare l'indagine del Procuratore) e 17 (la norma che reca i parametri della complementarietà della Corte), in grado dunque di valicare la lettera delle due norme e di alterarne il regime giuridico. La seconda soluzione, a nostro avviso più corretta ed auspicabile, è la valutazione di alternative a carattere "politico": proposte strategiche atte a ridurre le conseguenze nefaste derivabili se le preoccupazioni e i pericoli sopra segnalati divenissero realtà quotidiana.

Si è parlato di "esternalizzazione" di casi dagli Stati alla Corte a proposito di questa reiterata prassi di auto-denunce alla Corte aventi ad oggetto situazioni nelle quali lo Stato dichiara esplicitamente di non stare agendo (o, peggio, di non voler o potere agire), e/o di rinunciare ad opporre in futuro qualsiasi eccezione di inammissibilità. Il problema a monte è se la cd. "esternalizzazione" sia sempre una deriva inaccettabile e da scongiurare. Invero, occorrerebbe considerare una pluralità di schemi o di modelli sulla scorta dei quali la Corte può funzionare ed operare. Se si considera il modello cd. "catalitico", con la Corte in posizione antagonista rispetto agli Stati, allora il binomio *self-referrals* più "ammissibilità del caso dovuta all'inazione dello Stato referente" (*admissibility-due-to-inaction*) resta qualcosa di indesiderabile e

⁶⁰ L'esempio ugandese può anche servire da paradigma in questo caso: vedi Burke-White and Kaplan, *supra* nota 45, pp. 82-83.

⁶¹ Vedi SCHABAS, *supra* nota 8, p. 149; KLEFFNER (2008), *supra* nota 13, p. 216.

⁶² Vedi *supra* note 8, 10 e 11.

⁶³ ARSANJANI e REISMAN, *supra* nota 10, p. 390.

preoccupante. Se invece si adotta lo schema della Corte “complementare” alla sovranità del singolo Stato, il predetto binomio diviene di un colpo accettabile, e forse persino auspicabile.

La verità è che risulta impossibile accogliere un unico schema di funzionamento della Corte, un unico paradigma organizzativo e funzionale, un'unica soluzione dei rapporti Stato-Corte. Per questa ragione una risposta unica e perentoria ai dubbi e perplessità manifestati a causa del rinnovarsi del binomio suddetto (*self-referrals* e inazione dello Stato denunziante) non può essere concepita⁶⁴.

L'importante è che la Corte dimostri di saper esercitare la sua funzione sia secondo il modello “catalitico” (in contrapposizione cioè rispetto agli Stati, con un frequente ricorso all'indagine iniziata *proprio motu* dal Procuratore) che secondo quello “complementare” (al servizio degli Stati, quale Tribunale di riserva, qualora lo Stato dimostri la sua inidoneità a perseguire crimini internazionali e richieda autenticamente l'ausilio della Corte, con un ricorso, in tale ipotesi, all'apertura dell'indagine sulla scorta del *referral* e dell'art. 14).

4.5. *L'apparente contrasto con il Preambolo dello Statuto.*

Un contributo essenziale al dibattito è ricavabile dal Preambolo allo Statuto. In particolare, il sesto paragrafo afferma il “dovere essenziale imposto a ciascuno Stato di esercitare la giurisdizione penale interna sui soggetti che si rendono responsabili di crimini internazionali”⁶⁵. Ogni schema o modello plausibile deve necessariamente riconciliare questo dovere con il regime risultante dagli artt. 14 e 17 dello Statuto. Da un lato, infatti, l'art. 14 consente a qualsiasi Stato Parte, senza ulteriori qualificazioni, di rinviare una situazione al Procuratore, e del pari il regime enucleabile dall'art. 17 rende un caso ammissibile quando non sia intrapresa dallo Stato nessuna delle “azioni procedurali” di cui al primo comma. Dall'altro esiste un preciso obbligo imposto agli Stati dal Preambolo allo Statuto.

Come può riconciliarsi questo dovere trasfuso in una norma che sembra imperativa con le previsioni permissive contenute agli artt. 14 e 17? Come riavvicinare il Preambolo al corpo dello Statuto? In realtà bisognerebbe anche chiedersi cosa esattamente significhi la previsione e l'imposizione di un dovere nell'ambito di un preambolo, quando lo stesso obbligo non venga precisato né specificato all'interno della sezione operativa del Trattato⁶⁶

Il gruppo di esperti della Corte sul tema della complementarità ha provato a rispondere ai suddetti quesiti, elencando una serie di punti esplicativi:

⁶⁴ Vedi ROBINSON, *supra* nota 12, p. 374-375.

⁶⁵ Preambolo allo Statuto ICC, paragrafo 6.

⁶⁶ Vedi T. N. SLADE and R. S. CLARK, *Preamble and Final Clauses* in R. S. LEE, *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (Kluwer Law International, The Hague, 1999), p. 427, i quali descrivono la norma come “*delightfully ambiguous*”.

a) L'art. 17 precisa le conseguenze in tema di ammissibilità quando uno Stato sta investigando o esercitando l'azione penale;

b) ma non obbliga esplicitamente gli Stati ad agire.

c) Tuttavia il paragrafo 6 del Preambolo si riferisce al "dovere" degli Stati di esercitare la giurisdizione penale.

d) Sebbene il Preambolo non crea di per sé alcuna obbligazione giuridicamente vincolante, le disposizioni dello Statuto vanno interpretate alla luce del Preambolo.

e) Il dovere di "esercitare la giurisdizione penale" dovrebbe essere interpretato coerentemente con l'obbligo consuetudinario *aut dedere aut judicare*, che è suscettibile di essere adempiuto anche mediante i meccanismi dell'estradizione tradizionale e del *surrender*, poiché questi sono procedimenti penali mediante i quali del pari si esercita un'azione penale.

f) Tuttavia, come sopra notato, il riferimento ad un dovere riflette anche lo spirito dello Statuto in virtù del quale gli Stati restano vincolati a caricarsi l'onere principale di investigare e reprimere. Ciò risulta necessario per rendere effettivamente operativa la Corte⁶⁷.

Schabas cita questo passaggio e replica che gli esperti hanno sviluppato una modalità di esercizio dell'azione penale che non prevede lo stesso esercizio⁶⁸!

In verità la dottrina più recente risponde su questo punto che il Preambolo non parla di "dovere di esercitare l'azione penale" quanto di "dovere di esercitare la giurisdizione penale". Se interpretato tradizionalmente, questo dovere è conforme alla norma consuetudinaria dell'*aut dedere aut judicare*, a meno di non voler trarre dalla previsione un dovere innovativo che contempli l'esercizio dell'azione penale e non l'estradizione. Tuttavia, poiché lo stesso passaggio "ricorda" un obbligo preesistente, sarebbe più ragionevole dedurre la conformità delle parole del Preambolo con la prescrizione consuetudinaria dell'*aut dedere aut judicare*⁶⁹. Cionondimeno gli esperti della Corte hanno identificato nello spirito della norma un "obiettivo sistemico", cioè quello in virtù del quale sono gli Stati a doversi gravare dell'onere più significativo quanto alla repressione dei crimini internazionali, anche al fine di non esaurire le risorse della Corte ed appesantirla con un carico non gestibile⁷⁰.

Resterebbe fermo, però, in questo caso l'interrogativo sul significato da attribuire ad un dovere citato in un Preambolo e non più precisato né rammentato

⁶⁷ Experts Group, 'The Principle of Complementarity in Practice', 2003. Vedi anche la Corte Internazionale di Giustizia che afferma che la cooperazione con i tribunali internazionali adempie di per sé il dovere di cui all'art. 6 della Convenzione sul Genocidio: 'Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)', 26 febbraio 2007, International Court of Justice Reports (2007), par. 443-450.

⁶⁸ SCHABAS, *supra* nota 33, p. 7; SCHABAS, *Complementarity in Practice: Creative Solutions or a Trap for the Court?* in M. POLITI e F. GIOIA, *The International Criminal Court and National Jurisdictions* (Ashgate, Aldershot, UK, 2008), p. 26; SCHABAS, *The Rise and Fall of Complementarity* in C. STAHN and M. M. EL ZEIDY, *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012), p. 236.

⁶⁹ Vedi R. CLARK, citato da M. BERGSMO e O. TRIFFTERER, *Preamble* in TRIFFTERER, *supra* nota 9, p. 11.

⁷⁰ Experts Group, *supra* nota 67, par. 60; vedi anche MELONI, *supra* nota 5, p. 5.

nelle disposizioni operative dello Statuto. La domanda resta sempre la stessa: come riconciliare questo dovere imposto agli Stati con gli artt. 14 e 17? Detto diversamente, la norma del Preambolo ha una natura assoluta o meno, contempla un obbligo dal contenuto davvero innovativo oppure no?

L'ovvia conseguenza che parte della dottrina ricava dall'interpretazione del dovere come assolutamente vincolante è quella di interpretare il combinato disposto degli artt. 14 e 17 alla luce dello stesso Preambolo. Bisognerebbe cioè, in ultima analisi, impedire il *referral* proveniente dallo Stato "direttamente coinvolto o interessato" (titolare del potere giurisdizionale domestico) e rendere automaticamente inammissibili i casi ogniqualvolta lo Stato che ha giurisdizione ometta di compiere qualsivoglia attività procedimentale.

Senonché questa interpretazione è suscettibile di revocare in dubbio l'intera impalcatura dello Statuto, o meglio di pregiudicare il suo fine essenziale: quello di combattere e di porre fine alla impunità. Chi ci assicura che, una volta interpretato in maniera così innovativa il combinato disposto del sesto paragrafo del Preambolo, e degli artt. 14 e 17, lo Stato proceda a punire coloro che si macchiano dei crimini internazionali? Paralizzando la possibilità di azione della Corte, quando nessuno Stato si muove, il tasso di impunità crescerebbe invece di diminuire.

5. Conclusioni.

L'unico modo attraverso il quale incoraggiare gli Stati ad agire non è quello di vietare una singola classe di *referrals* o di riscrivere il test di ammissibilità *ex art. 17*. Occorre bensì costruire e rafforzare una strategia politica dell'Ufficio del Procuratore, che punti sull'incentivazione quando possibile dell'intervento primario statale. I quesiti più imminenti e degni di considerazione non concernono allora problemi di interpretazione giuridica quanto piuttosto profili di strategia politica. Non esiste una questione giuridica circa l'ammissibilità del procedimento in caso di inazione degli Stati o di dichiarazione esplicita di non stare agendo (o di non essere capaci a farlo) giudiziariamente o di rinuncia alle eccezioni che il regime di complementarità mette a loro disposizione onde recuperare il singolo caso a livello domestico.

La ammissibilità o la inammissibilità di una singola situazione, prima, e di un singolo caso, poi, è sempre il risultato di una *quaestio facti*. Il risultato della verifica circa la legittimità dell'intervento complementare della Corte deve dipendere sempre e solo dall'accertamento dei parametri dell'art. 17. Solo se lo Stato non sta investigando (o quando non ha già investigato e/o processato, ovvero lo ha fatto ma nei termini di una codificata ipotesi di *unwillingness* o *inability*) su quella specifica fattispecie, la dichiarazione di ammissibilità del procedimento innanzi alla Corte può intervenire. La dichiarazione di ammissibilità o inammissibilità, e dunque la legittimità dell'intervento della Corte, quale Tribunale complementare, non può mai derivare dalle parole di uno Stato, ma dal riscontro fattuale e concreto di quelle parole.

Se, ad esempio, lo Stato rivela al Procuratore di non essere "capace" (*able*) a processare determinati individui, ma poi in realtà risulti che in concreto indagini sono

state intraprese, l'ammissibilità non potrà *prima facie* essere dichiarata, ma dovrà dimostrarsi la reale inidoneità di quelle indagini a reprimere le fattispecie punite dall'art. 5, secondo i parametri dell'art. 17 c. 3.

Se, secondo un esempio inverso, lo Stato riferisce una situazione al Procuratore, e successivamente dichiara allo stesso di voler intraprendere una o più azioni penali contro gli stessi individui su cui si è nel frattempo concentrata l'indagine del Procuratore, la dichiarazione di inammissibilità del procedimento innanzi alla Corte non è una conseguenza obbligata ed immediata. Dipenderà sempre dalla effettiva attività dello Stato, che dovrà rivolgersi contro quello stesso individuo accusato dal Procuratore e dovrà essere caratterizzata da una imputazione del fatto a titolo di crimine internazionale, e non di mero delitto comune (è questo il cd. "*specificity test*").

In altri termini, il test sulla complementarità non può mai essere alterato o bypassato sul fondamento delle dichiarazioni dello Stato, ma soltanto sulla scorta degli elementi di fatto disponibili al Procuratore prima e agli organi giurisdicenti della Corte poi.

Se non esiste una questione giuridica circa la sovrapposibilità tra le dichiarazioni unilaterali dello Stato in tema di complementarità e l'ammissibilità o inammissibilità del procedimento innanzi alla Corte, esiste piuttosto una questione politica circa i tempi e le modalità di un'attività di persuasione da parte dell'Ufficio del Procuratore, il quale si trovi innanzi ad un *inaction scenario*.

Certamente questo ennesimo *referral* ad opera di uno Stato del continente africano, il Mali, attirerà nuove critiche da parte dei detrattori dell'opera sin qui svolta dall'Ufficio del Procuratore, i quali tra le altre cose imputano a quest'ultimo la responsabilità di aver trasformato la Corte in una sorta di "Tribunale africano di riserva".

Questa critica è probabilmente ingenerosa se si considera il fatto che l'unica indagine avviata *proprio motu* dal Procuratore concerne le violenze scoppiate durante le elezioni kenyote nel 2008. Per il resto l'attivazione della giurisdizione della Corte è avvenuta, come detto, o per mezzo di *referrals* statuali o per il tramite del rinvio operato dal Consiglio di Sicurezza. Vero è che sinora l'Ufficio del Procuratore non ha aperto alcuna indagine ufficiale, secondo i poteri che gli sono conferiti dall'art. 15, per crimini commessi al di fuori del continente africano. E' però altrettanto vero che la politica seguita sinora è stata quella di attendere un *referral* ad opera di uno Stato Parte, o una lettera di accettazione *ad hoc* della giurisdizione della Corte ad opera di uno Stato non-Parte, piuttosto che rischiare di avventurarsi in una indagine aperta *proprio motu*, previa autorizzazione della Camera Preliminare.

Questa linea di azione ha dimostrato di non essere completamente priva di fondamento, se si considera che la Corte sinora non è stata in grado di ottenere la custodia di alcuno degli indagati nelle situazioni riferite per il tramite del Consiglio di Sicurezza (si pensi, su tutti, ad Ahmad Al-Bashir e Muhammad Hussein per il Sudan-

Darfur e a Said Al-Islam Gaddafi⁷¹ e Abdullah Al-Senussi per la Libia). Viceversa relativamente più agevole è stata la consegna di indagati nelle diverse situazioni denunciate dai singoli Stati (si pensi, ad esempio, a Thomas Lubanga Dyilo e Germain Katanga per la Repubblica Democratica del Congo, a Jean-Pierre Bemba Gombo per la Repubblica Centro-Africana e ai quattro attuali accusati kenyoti).

Differenti “visioni” del sistema della Corte sono in definitiva plausibili. Queste dipendono anche dalla focalizzazione esclusiva dell’interprete sul fine di promuovere i procedimenti nazionali o dalla considerazione del pari di altri scopi, quali, tra gli altri, l’effettività e la cooperazione nel provocare un’agonia alla prassi disdicevole ed odiosa della impunità dei crimini internazionali.

⁷¹ Vedi al proposito MELONI, *supra* nota 5.