



4/2018

## COOPERAZIONE ITALIA-LIBIA: PROFILI DI RESPONSABILITÀ PER CRIMINI DI DIRITTO INTERNAZIONALE <sup>(\*)</sup>

di Flavia Pacella

*Le azioni erano mostruose,  
ma chi le fece era pressoché normale,  
né demoniaco né mostruoso.*

*Hannah Arendt, La banalità del male*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le iniziative del Governo italiano in Libia in tema di lotta all’immigrazione clandestina. – 3. Le condizioni per l’esercizio della giurisdizione della CPI in Libia. – 4. Profili di responsabilità ministeriale: *aiding and abetting*. – 5. I rapporti tra la giurisdizione italiana e la giurisdizione della CPI. – 5.1. Primo scenario: l’Italia apre un’indagine. – 5.1.1. La prima fase dell’*admissibility test*: l’esistenza di attività. – 5.1.2. La seconda fase dell’*admissibility test*: *unwillingness* e *inability*. – 5.2. Secondo scenario: l’Italia decide di non procedere. – 6. Conclusione.

### 1. Introduzione.

L’8 maggio 2017 la Procuratrice generale della Corte penale internazionale (d’ora in avanti CPI), nel suo tredicesimo rapporto al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite sulla situazione in Libia, esprimeva la propria preoccupazione con riferimento alla natura e alla portata dei crimini presumibilmente commessi a danno dei migranti in transito nel Paese nordafricano, dichiarando di valutare l’apertura di un’indagine in merito<sup>1</sup>.

---

<sup>(\*)</sup> Desidero esprimere la mia gratitudine al prof. Mirko Sossai e alla dott.ssa Alice Riccardi dell’Università Roma Tre, senza i quali questo contributo non avrebbe mai visto la luce. Inoltre ringrazio di cuore i magistrati della Procura della Repubblica di Tivoli, in particolar modo il Procuratore Francesco Menditto e i Sostituti procuratori Andrea Calice, Filippo Guerra, Gabriele Iuzzolino e Giuseppe Mimmo per il loro incondizionato supporto e costante confronto. Le idee espresse in questo lavoro sono attribuibili interamente a me, così come la responsabilità per eventuali errori o omissioni.

<sup>1</sup> *Thirteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, consultabile in [questa pagina web](#).



4/2018

In particolare, facendo esplicito riferimento all'allarmante numero di persone arbitrariamente detenute in condizioni disumane<sup>2</sup>, il rapporto riscontrava la commissione delle fattispecie di omicidio (*killings*), stupro e altre forme di violenza sessuale (*rape and other forms of sexual violence*), tortura e lavoro forzato (*torture and forced labour*) e tratta di esseri umani (*human trafficking*).

Nel successivo rapporto sulla situazione in Libia, risalente all'8 novembre 2017<sup>3</sup>, la Procuratrice ha affermato che, sulla base delle informazioni acquisite dal suo Ufficio, "alcuni crimini presumibilmente commessi contro i migranti in Libia potrebbero rientrare nella competenza della Corte"<sup>4</sup>, confermando in tal modo di considerare l'ipotesi di aprire un'indagine.

Come noto, l'Italia è direttamente coinvolta nei flussi migratori provenienti dalla Libia<sup>5</sup>. Secondo il Ministero degli interni<sup>6</sup>, rispetto all'anno precedente il 2017 ha visto una significativa e costante diminuzione degli sbarchi a partire dal mese di luglio. Complessivamente, rispetto al 2016 gli sbarchi sono diminuiti del 33,85%<sup>7</sup>.

Tale significativa contrazione è certamente imputabile, *inter alia*, alle iniziative del Governo italiano sul fronte tanto della regolamentazione dell'attività delle ONG quanto della cooperazione con le autorità libiche. In particolare, nel corso del 2017 l'Italia ha dapprima concluso un Memorandum d'intesa con il Governo libico di riconciliazione nazionale<sup>8</sup>, poi ha deliberato la partecipazione italiana alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica e infine ha adottato un codice di condotta per le ONG che operano nel salvataggio in mare dei migranti.

Ciò posto, quel che rileva in punto di fatto è il duplice dato per cui da una parte lo Stato italiano ha adottato una politica di cooperazione e assistenza nei confronti delle autorità libiche al fine precipuo di arginare l'arrivo dei migranti sulle nostre coste e, dall'altra, le stesse autorità libiche sono presumibilmente implicate in violazioni dei diritti umani dei migranti talmente severe da portare la Procuratrice della CPI a valutare la possibilità di aprire un'indagine per crimini contro l'umanità.

In punto di diritto, gli elementi fattuali sopra esposti impongono una riflessione sui possibili profili di responsabilità internazionale delle autorità italiane per l'assistenza fornita alla Libia, tanto a livello statale<sup>9</sup> quanto sul piano individuale. In questa analisi ci

---

<sup>2</sup> Il Rapporto stimava che le persone arbitrariamente detenute fossero tra le 4.000 e le 7.000 ma secondo le successive stime, aggiornate al 14 novembre 2017 e riportate dall'OHCHR (v. [questa pagina web](#)), i migranti detenuti nei centri di detenzione ufficiali sarebbero circa 19.900. In ogni caso, il numero è probabilmente più elevato, data la presenza di numerosi centri di detenzione non ufficiali.

<sup>3</sup> *Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)* (d'ora in avanti OTP 14<sup>th</sup> Report), consultabile in [questa pagina web](#).

<sup>4</sup> *Ibid.*, §34 (traduzione dell'Autrice).

<sup>5</sup> In particolare, le nostre coste costituiscono il punto di approdo dei migranti in partenza dalla Libia e provenienti da numerosi paesi quali Nigeria, Guinea, Bangladesh, Costa d'Avorio, Mali, Eritrea, Senegal, Gambia, Sudan e Marocco.

<sup>6</sup> Consultabili in [questa pagina web](#).

<sup>7</sup> Dal 1 gennaio al 22 dicembre 2017.

<sup>8</sup> Presieduto da Serraj e riconosciuto dalle Nazioni unite.

<sup>9</sup> Per quanto il tema della responsabilità dello Stato per illeciti internazionali esuli dal *focus* di questo articolo, è opportuno nondimeno richiamare l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli



4/2018

si propone di approfondire l'eventuale responsabilità penale individuale delle nostre autorità governative, alla luce di una possibile indagine della Procura della CPI. Si tenga a mente, infatti, che l'art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma istitutivo della Corte prevede la responsabilità penale di chiunque, in vista di facilitare la commissione di un crimine di competenza della Corte, aiuti, partecipi o assista nella perpetrazione o nel tentativo di perpetrazione di tale crimine. Si rammenti, inoltre, che nel ratificare tale strumento l'Italia ha, in forza dell'art. 27(2), espressamente rinunciato a ogni immunità o altro privilegio di cui goda chiunque sia sottoposto alla sua giurisdizione.

La prima parte di questo contributo analizza gli accordi tra il Governo italiano e la controparte libica; la seconda verte sui criteri per l'esercizio della giurisdizione della CPI in relazione ai crimini commessi a danno dei migranti; e infine la terza parte è dedicata alle implicazioni di un'eventuale indagine con riferimento alla astratta configurabilità di una responsabilità in capo al Presidente del Consiglio dei ministri e ai ministri<sup>10</sup>, nonché ai rapporti tra la giurisdizione italiana e quella della CPI.

## **2. Le iniziative del Governo italiano in Libia in tema di lotta all'immigrazione clandestina.**

Nell'ottica della possibile apertura di un'indagine da parte della Procura della CPI, è necessario analizzare anzitutto i rapporti italo-libici in tema di lotta all'immigrazione clandestina, al fine di valutare l'entità dell'assistenza italiana al partner nordafricano.

In effetti, le iniziative del Governo italiano in Libia sono molteplici e coinvolgono, a vario titolo, una pluralità di interlocutori. Nello specifico, si tratta non solo di accordi bilaterali conclusi tra il nostro esecutivo e la controparte libica, ma anche di patti suggellati con i rappresentanti delle comunità locali libiche.

La cooperazione italo-libica in tema di lotta all'immigrazione clandestina affonda le sue radici nell'Accordo per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di sostanze stupefacenti o psicotrope ed all'immigrazione clandestina firmato a Roma il 13 dicembre 2000<sup>11</sup> e reso operativo nel 2007 con l'adozione di due protocolli esecutivi<sup>12</sup>, in cui si prevede per la prima volta l'organizzazione

---

Stati (d'ora in avanti DASR), a mente del quale "uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: (a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e (b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato." V. Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Unlawful death of refugees and migrants*, 15 August 2017, UN Doc A/72/335, p. 10-11.

<sup>10</sup> Il riferimento ai ministri deve ritenersi comprensivo anche del Presidente del Consiglio dei ministri.

<sup>11</sup> MARIAGIULIA GIUFFRÈ, *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law* 24 (2012) 692-734, p. 700.

<sup>12</sup> Il Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista e il Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo al Protocollo di cooperazione per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, entrambi firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007.



4/2018

congiunta di pattugliamenti marittimi, la cessione temporanea di unità navali italiane e l'assistenza di personale di polizia italiano in materia di addestramento, formazione e manutenzione dei mezzi. Con il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 2008<sup>13</sup>, la collaborazione tra i due Paesi si intensifica prevedendo la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche da affidare a società italiane (art. 19(2)) e la collaborazione alla definizione di iniziative, sia bilaterali sia in ambito regionale, volte a prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei paesi di origine dei flussi migratori (art. 1(3)). Successivamente alla rivoluzione del 17 febbraio 2011, i rapporti tra i due Stati mediterranei continuano nel solco della cooperazione precedente, come annunciato nella Dichiarazione di Tripoli del 2012<sup>14</sup>.

Si noti, dunque, che la cooperazione italo-libica in materia di lotta all'immigrazione clandestina non è cosa recente; al contrario, l'assistenza fornita dall'Italia in termini di formazione delle forze di sicurezza libiche e di monitoraggio delle frontiere marittime e terrestri è prassi ben consolidata tra i due paesi mediterranei.

Venendo ora agli accordi più recenti, il 2 febbraio 2017 il Premier italiano Gentiloni e il Presidente del Consiglio presidenziale libico Serraj hanno sottoscritto un Memorandum d'intesa<sup>15</sup> con cui l'Italia si impegna a: (i) sostenere le istituzioni libiche militari e di sicurezza; (ii) fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta all'immigrazione clandestina, ovverosia la guardia di frontiera, la guardia costiera del Ministero della Difesa, e gli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno; (iii) completare il sistema di controllo dei confini terrestri a sud della Libia, in attuazione dell'art. 19 del Trattato del 2008; (iv) finanziare centri di accoglienza, fornire medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza e formare il personale libico di tali centri.

Infine, il 28 luglio 2017 il Consiglio dei Ministri ha deliberato la partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica con decorrenza dal 1 agosto al 31 dicembre 2017, con l'obiettivo di "fornire supporto alle forze di sicurezza libiche per le attività di controllo e contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di esseri umani"<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Siglato a Bengasi il 30 agosto 2008 e ratificato in Italia con l. 7/2009.

<sup>14</sup> Lo stesso anno infatti, i Ministri dell'interno italiano e libico convengono, *inter alia*, sulla realizzazione di corsi di formazione delle forze di sicurezza libiche ad opera degli ufficiali italiani, sul monitoraggio dei confini libici tramite la fornitura da parte italiana di mezzi tecnici e sull'assistenza italiana alla costruzione di un centro di accoglienza, confermando altresì "l'impegno al rispetto dei diritti dell'uomo tutelati dagli Accordi e dalle Convenzioni internazionali vigenti". V. il Processo verbale della riunione tra il Ministro dell'Interno della Repubblica italiana ed il Ministro dell'interno della Libia (Tripoli, 3 aprile 2012).

<sup>15</sup> Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana (Roma, 2 febbraio 2017).

<sup>16</sup> In particolare, la missione prevede i seguenti compiti: (i) protezione e difesa dei mezzi del Consiglio presidenziale/Governo di accordo nazionale libico (GNA) che operano per il controllo/contrasto dell'immigrazione illegale, distaccando una o più unità assegnate al dispositivo per operare nelle acque territoriali e interne della Libia controllate dal Consiglio presidenziale/ Governo di Accordo Nazionale (GNA) in supporto a unità navali libiche; (ii) ricognizione in territorio libico per la determinazione delle attività di supporto da svolgere; (iii) attività di collegamento e consulenza a favore della Marina e Guardia



4/2018

In aggiunta ai summenzionati accordi bilaterali, il Governo italiano ha coinvolto nella strategia di contenimento dei flussi migratori anche esponenti delle comunità locali libiche.

Il 31 marzo 2017 si è svolto al Viminale un incontro con i capi delle tribù Tebu, Suleiman e Tuareg<sup>17</sup>, che controllano la regione del Fezzan al confine con Algeria, Ciad e Niger, al fine di intensificare il controllo della frontiera meridionale libica. Secondo quanto riportato dal quotidiano La Stampa, in forza dell'accordo con i capi clan, "l'Italia interverrà con mezzi e risorse per la formazione del personale" della guardia di frontiera libica<sup>18</sup>.

In estrema sintesi, la strategia di esternalizzazione del controllo frontaliero<sup>19</sup> messa in atto dal Governo italiano sembra seguire un doppio binario: da un lato si agisce per fermare le partenze dalla Libia verso le nostre coste, dall'altro si agisce per sigillare la frontiera meridionale libica al fine di evitare, *ab origine*, che i migranti raggiungano la Libia<sup>20</sup>.

Gli accordi italo-libici sono stati oggetto di aspre critiche da parte, in particolare, delle Nazioni unite<sup>21</sup>. L'Alto Commissario per i diritti umani Zeid Ra'ad Al Hussein ha definito l'assistenza fornita dall'Italia e dall'Unione Europea alla Guardia costiera libica come disumana. In particolare, secondo Al Hussein, gli interventi in Libia avrebbero peggiorato la situazione dei migranti, la cui sofferenza è stata definita un "oltraggio alla coscienza dell'umanità"<sup>22</sup>. Similmente, il Comitato contro la tortura, rilevando come la gestione dei migranti in Libia sia in larga parte in mano a gruppi paramilitari, ha esplicitamente affermato che il Memorandum d'intesa del 2 febbraio 2017 è stato sottoscritto a dispetto delle notizie di sistematiche e generalizzate violazioni dei diritti umani poste in essere contro i migranti nei centri di detenzione, integrando così una politica di respingimento sistematico dei migranti diretti in Italia. Inoltre il Comitato ha espresso preoccupazione in merito a recenti informazioni secondo cui alcuni gruppi armati che gestiscono il traffico di migranti sarebbero stati addirittura finanziati dal

---

costiera libica; (iv) collaborazione per la costituzione di un centro operativo marittimo in territorio libico per la sorveglianza, la cooperazione marittima e il coordinamento delle attività congiunte; (v) ripristino dell'efficienza degli assetti terrestri, navali e aerei, comprese le relative infrastrutture, funzionali al supporto per il contrasto dell'immigrazione illegale.

<sup>17</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya's Dark Web of Collusion*, dicembre 2017, p. 49 (d'ora in avanti Rapporto Amnesty).

<sup>18</sup> V. [questa pagina web](#).

<sup>19</sup> Si tenga a mente che la prassi, ormai largamente diffusa e consolidata, di esternalizzare il controllo frontaliero è stata duramente criticata dalla Relatrice speciale sulle esecuzioni arbitrarie nel suo Rapporto del 15 agosto 2017, a mente del quale tali politiche, lungi dal contrastare il *business* del traffico di esseri umani, finiscono per alimentarlo. V. Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Unlawful death of refugees and migrants*, UN Doc A/72/335, 15 August 2017, §13.

<sup>20</sup> V. [questa pagina web](#).

<sup>21</sup> OHCHR, *Italy-EU search and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns*, 15 August 2017; OHCHR, *EU 'trying to move border to Libya' using policy that breaches rights – UN experts*, 17 August 2017.

<sup>22</sup> OHCHR, *UN Human rights chief: suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, 14 novembre 2017.



4/2018

Governo libico per trattenere i migranti in Libia<sup>23</sup>. In particolare, secondo alcune agenzie di stampa<sup>24</sup> e ONG<sup>25</sup>, le autorità di Tripoli avrebbero concluso un accordo con una potente milizia che controlla il traffico di migranti nella regione di Sabrata, la c.d. Brigata Anas Dabbashi, al fine di arrestare le partenze per l'Italia. In cambio, la milizia avrebbe ottenuto piena legittimazione a operare sul territorio come forza di sicurezza.

Alla luce delle suddette osservazioni, gli accordi italo-libici destano particolare preoccupazione sotto un duplice profilo. In primo luogo, perché l'Italia fornisce assistenza alla Guardia costiera libica e, più in generale, alle istituzioni governative che gestiscono i migranti, che sono direttamente coinvolte negli abusi<sup>26</sup>. In secondo luogo, perché gli accordi conclusi con le autorità libiche potrebbero aver determinato queste ultime a finanziare alcuni trafficanti allo scopo di garantire, tramite l'arresto degli sbarchi, l'attuazione degli accordi con l'Italia.

Nell'ottica dell'eventuale apertura di un'indagine da parte della Procura, è opportuno quindi chiarire come si possa radicare la giurisdizione della CPI in Libia e poi chiedersi se e in qual misura l'assistenza fornita dall'Italia alle autorità libiche possa integrare dei profili di responsabilità ministeriale.

### 3. Le condizioni per l'esercizio della giurisdizione della CPI in Libia.

La Libia non è uno Stato parte dello Statuto della CPI. Pertanto, non è possibile per la Procuratrice aprire un'indagine d'ufficio in relazione a eventuali crimini commessi sul territorio di quello Stato o ad opera di suoi cittadini. Eppure, la giurisdizione della Corte è ivi già stata esercitata, in forza del deferimento operato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 e 13 dello Statuto.

A mente di tali disposizioni, il Consiglio di sicurezza può, attraverso una risoluzione vincolante per tutti gli Stati membri dell'ONU, legittimare l'esercizio della giurisdizione della CPI anche nel territorio di Stati non parte dello Statuto di Roma. Il collegamento che esiste fra la risoluzione del Consiglio di sicurezza che deferisce (c.d. *referral*) e il radicamento della giurisdizione della Corte comporta che la prima è fonte di limiti materiali, territoriali, personali e temporali per la seconda.

Nel caso di specie, la risoluzione *de qua* – la 1970 (2011) – è stata adottata dal Consiglio il 26 febbraio 2011 a fronte del violento soffocamento da parte del regime di Gheddafi delle proteste scoppiate sulla scia della c.d. primavera araba. Con quell'atto, il Consiglio, esprimendo grave preoccupazione per la sistematica violazione dei diritti fondamentali e riconoscendo la situazione libica quale minaccia alla pace e alla sicurezza

---

<sup>23</sup> *Consideration of Italy - 1582nd Meeting 62nd Session of Committee against Torture*, 14 November 2017, consultabile in [questa pagina web](#). V. anche *Committee against Torture, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 December 2017, §22-23.

<sup>24</sup> A tale proposito si vedano queste pagine web: [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#).

<sup>25</sup> Rapporto Amnesty, p. 49.

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 52; UNSMIL, OHCHR, "Detained and Dehumanised" Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya, 13 December 2016, p. 14-22.

internazionale, faceva esplicito riferimento alla fattispecie di crimini contro l'umanità per qualificare gli attacchi perpetrati dalle autorità libiche nei confronti della popolazione civile, e dava mandato retroattivo alla Procura internazionale di indagare sui presunti crimini di competenza della CPI commessi in Libia a partire dal 15 febbraio 2011<sup>27</sup>.

Occorre quindi chiedersi se la risoluzione in esame possa legittimare l'apertura di una seconda indagine in Libia, avente ad oggetto i crimini commessi a danno dei migranti. La questione verte in particolare sui limiti temporali del deferimento, posto che esso prevede esplicitamente un *dies a quo* – il 15 febbraio 2011 – ma tace sul *dies ad quem*<sup>28</sup>. È quindi necessario capire se l'ambito di applicazione del *referral*, ovvero sia la situazione determinatasi in Libia a partire dal 15 febbraio 2011, possa estendersi anche agli illeciti in esame.

In mancanza di un termine finale del deferimento, due sono gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza della Corte per delimitare l'ambito di una situazione.

Secondo un primo orientamento, nettamente restrittivo, la giurisdizione *ratione temporis* della Corte sarebbe limitata ai fatti occorsi prima del *referral* ovvero della richiesta del Procuratore di aprire un'indagine<sup>29</sup>. Tale orientamento è stato applicato nella decisione di autorizzazione all'apertura dell'indagine in Kenya, laddove la Camera preliminare ha stabilito che “it would be erroneous to leave open the temporal scope of the investigation to include events subsequent to the date of the Prosecutor's Request”<sup>30</sup>. In particolare, i giudici hanno chiarito che l'espressione “a crime [which] has been or is being committed” di cui all'art. 53(1)(a) dello Statuto, deve essere interpretata nel senso che l'autorizzazione ad aprire l'indagine può coprire solo i crimini commessi fino al momento della richiesta di autorizzazione da parte del Procuratore<sup>31</sup>.

Sulla scorta di questo precedente, nell'ambito della situazione di Costa d'avorio, i giudici, facendo riferimento alle particolari circostanze del paese, hanno stabilito che per poter estendere l'indagine ai crimini commessi dopo la data della richiesta della Procura, è necessario che tali crimini siano “continuativi” (*continuing crimes*), nel senso che siano stati perpetrati nell'ambito dei medesimi elementi contestuali dei crimini commessi prima della richiesta. Nello specifico, tali nuovi crimini devono “at least in a broad sense, involve the same actors and have been committed within the context of either the same attacks (crimes against humanity) or the same conflict (war crimes)”<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> S/RES/1970 (2011), par. 4.

<sup>28</sup> “Decides to refer the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since 15 February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court”.

<sup>29</sup> WILLIAM SCHABAS, *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016.

<sup>30</sup> *Situation in Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, PTC II, 31 March 2010, ICC-01/09, §206.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> *Situation in Cote d'Ivoire*, Corrigendum to Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, PTC III, 15 November 2011, ICC-02/11, §179.



4/2018

Se si applicasse tale criterio al caso di specie, la Procuratrice potrebbe aprire un'indagine in merito ai *migrant-related crimes* solo sostenendo che tali crimini sono stati commessi dagli stessi soggetti attivi e nell'ambito del medesimo contesto di attacco alla popolazione civile che ha originato il *referral* del Consiglio di sicurezza. Tale posizione sembra difficile da sostenere, sol che si consideri che il deferimento di cui alla risoluzione 1970 (2011) si concentrava espressamente sulla repressione delle proteste civili e sull'incitamento alla violenza da parte del Governo libico, che in quel momento era ancora sotto il controllo di Gheddafi<sup>33</sup>. Sarebbe pressoché impossibile quindi sostenere che i crimini contro i migranti siano commessi nell'ambito della repressione delle proteste anti-Gheddafi e da parte degli stessi funzionari del regime.

Un secondo orientamento, meno restrittivo, prevede che rientrino nell'ambito di una situazione non solo i crimini commessi fino alla data del deferimento, ma anche quelli posti in essere dopo il *referral*, qualora siano "sufficientemente collegati" (*sufficiently linked*) alla situazione di crisi in atto al momento del deferimento<sup>34</sup>.

Aderendo a tale canone, la Procuratrice potrebbe aprire una nuova indagine dimostrando che i *migrant-related crimes* siano sufficientemente collegati alla situazione di crisi che ha determinato il Consiglio di sicurezza a deferire la situazione libica alla Corte. Dunque, applicando il criterio del *sufficient link*, la Procura avrebbe l'onere, significativamente meno gravoso rispetto al canone dei *continuing crimes*, di provare che i crimini *de quibus* traggono origine dal collasso del regime di Gheddafi e dal conflitto che ne è seguito.

A tale proposito, si noti che il Consiglio di sicurezza ha più volte ribadito che la situazione in Libia continua a costituire una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale<sup>35</sup>, dimostrando in tal modo che la situazione odierna del paese è figlia dell'instabilità provocata dal crollo del regime di Gheddafi. Inoltre, il criterio del *sufficient link* è stato esplicitamente adottato dalla Procura nel suo Policy Paper del 2016<sup>36</sup> ed è stato anche recentemente applicato dalla Camera preliminare della Corte proprio nella situazione in Libia, nella decisione sul mandato di arresto nei confronti di Al-Werfalli (per crimini presumibilmente commessi tra il 3 giugno 2016 e il 17 luglio 2017)<sup>37</sup>.

Giunti a tal punto è necessario sottolineare che le condizioni e i criteri sopra descritti in merito all'apertura di una seconda indagine in Libia sono certamente

---

<sup>33</sup> S/RES/1970 (2011), secondo considerando.

<sup>34</sup> *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest Against Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, PTC I, 28 September 2010, §6; *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, ICC-01/04-01/12-1- Red, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, PTC II, 13 July 2012, §14; *Situation in Georgia*, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, ICC-01/15-12, PTC I, 27 January 2016, §64.

<sup>35</sup> OTP 14<sup>th</sup> Report, §45.

<sup>36</sup> OTP, *Policy paper on case selection and prioritisation*, 15 September 2016, §26. Anche la dottrina sembra aver riconosciuto tale orientamento come prassi, v. ROD RASTAN, *The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court*, 23 *Criminal Law Forum*, 2012, p. 21 e ANTONIO MARCHESI, ELENI CHAITIDOU, *Article 14 Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law*, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart, 2016, p. 722.

<sup>37</sup> *Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, Warrant of Arrest, PTC I, 15 agosto 2017, ICC-01/11-01/17, §23.



necessari per indagare ed eventualmente perseguire cittadini libici. Tuttavia, poiché il nostro paese, al contrario della Libia, è uno Stato parte dello Statuto di Roma, con riferimento ai cittadini italiani la Procuratrice ben potrebbe aprire un'indagine *motu proprio*. In tal caso non sarebbe necessario ancorare l'indagine al *referral* del Consiglio di sicurezza e ai suoi parametri territoriali e temporali. In altre parole, sebbene si ritenga poco probabile che la Procura internazionale apra un'indagine esclusivamente nei confronti di cittadini italiani, non si può non rilevare come, in principio, ciò sia possibile.

Una volta chiarita l'entità dell'assistenza italiana alle autorità libiche e analizzati i criteri per l'apertura dell'indagine, è necessario spostare l'attenzione sulla forma di partecipazione nel crimine internazionale astrattamente ascrivibile ai nostri ministri.

#### 4. Profili di responsabilità ministeriale: *aiding and abetting*.

In via preliminare, è opportuno ricordare che i crimini positivizzati dallo Statuto di Roma sono strutturati come fattispecie necessariamente plurisoggettive<sup>38</sup>, il cui disvalore precipuo risiede, sotto il profilo dell'oggetto giuridico, nella lesione di particolari interessi sovranazionali<sup>39</sup> (la pace, la sicurezza e il 'benessere' internazionali)<sup>40</sup> e, sotto il profilo fenomenologico, nella loro dimensione di massa (*makrokriminalität*), normativamente valorizzata attraverso la previsione dei c.d. elementi contestuali<sup>41</sup>.

Inoltre, con riferimento al concorso di persone, secondo la giurisprudenza<sup>42</sup> e la dottrina<sup>43</sup> prevalenti, lo Statuto di Roma, diversamente dall'ordinamento italiano, adotta

<sup>38</sup> ROSARIA SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, p. 127 ss.; KAI AMBOS, *Article 25 Individual criminal responsibility*, in Otto Triffterer and Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart, 2016, p. 985 (d'ora in avanti Triffterer, *Article 25*).

<sup>39</sup> A parere di chi scrive, l'oggetto giuridico dei *core crimes* ha una duplice veste: su un piano generale, comune a tutte le fattispecie di cui all'art. 5 dello Statuto, l'oggetto giuridico è costituito da *interessi* sovranazionali quali la pace e la sicurezza internazionali (e qui, come detto, sta il *quid pluris* delle norme incriminatrici *de quibus* rispetto alle fattispecie c.d. ordinarie tipiche degli ordinamenti nazionali); su un piano speciale, le singole fattispecie incriminatrici tutelano *beni* giuridici specifici quali, ad esempio, l'esistenza e l'identità del gruppo nel genocidio, e la libertà e dignità dell'individuo nei crimini contro l'umanità. In altre parole, i crimini di diritto internazionale tutelano contestualmente dei beni-mezzo (identità del gruppo, dignità individuale ecc.) e dei beni-fine, *rectius* interessi (sicurezza internazionale ecc.).

<sup>40</sup> Preambolo dello Statuto di Roma.

<sup>41</sup> GERHARD WERLE (ed), *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2009, p. 31 ss, 141.

<sup>42</sup> *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1 December 2014, paras. 462 ss; *Prosecutor v. Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 11 December 2014, §135 (d'ora in avanti *Blé Goudé*, Confirmation of Charges). *Contra Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, TC, 7 March 2014, paras. 1386–7, 1394 ss; *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, TC, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, paras. 6–12; *Prosecutor v. Ngudjolo Chui*, No. ICC-01/04-02/12-4, Judgment, TC, Concurring Opinion of Judge van den Wyngaert, 18 December 2012, paras. 5–6, 17, 22 et seq. 66, 70; *Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3464-AnxI, Judgment, TC, Minority Opinion of Judge van den Wyngaert, 7 March 2014, paras. 279–81.

<sup>43</sup> HÉCTOR OLÁSULO, *Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first*

un approccio c.d. dualistico o differenziato. Ciò comporta in primo luogo la fondamentale distinzione tra autore e compartecipe (*principal* e *accessory*), ovvero tra l'esecutore materiale del crimine e colui che vi contribuisce a livello morale o materiale e, in secondo luogo, la rilevanza di tale distinzione ai fini della determinazione del grado di colpevolezza (*blameworthiness*) e, conseguentemente, della individuazione in concreto della pena.

Ciò posto, sotto il profilo dell'attribuzione della responsabilità penale, l'art. 25(3) dello Statuto individua quattro forme di partecipazione nel crimine, che si atteggiano a vere e proprie fattispecie di concorso: (i) la commissione del crimine (autoria); (ii) l'ordine, l'istigazione e l'induzione (concorso morale); (iii) l'agevolazione (concorso materiale o morale) e, in via residuale, (iv) la partecipazione al crimine di gruppo.

Alla luce della ricostruzione fattuale e normativa suesposta e nell'ottica dell'eventuale apertura di un'indagine da parte della Procura della CPI, sembra potersi escludere con ragionevole certezza che le condotte dei nostri ministri possano integrare le forme dell'autoria, dell'ordine, dell'istigazione o dell'induzione. Al contrario, appare più corretto qualificarle in termini di accessorieta' rispetto alle condotte principali poste in essere dalla Guardia costiera, dai funzionari governativi e dai gruppi paramilitari libici che gestiscono i migranti. Pertanto, si ritiene che l'unica forma di partecipazione nel crimine internazionale astrattamente imputabile ai nostri ministri sia l'agevolazione (*aiding and abetting*), per i seguenti motivi.

Ai sensi dell'art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma, è penalmente responsabile chiunque, "in vista di agevolare la perpetrazione di [un crimine di competenza della Corte], [...] fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale crimine, ivi compresi i mezzi per farlo". Dunque, gli elementi essenziali dell'agevolazione sono due<sup>44</sup>: (i) l'assistenza materiale (*aiding*) o morale<sup>45</sup> (*abetting*) rispetto alla consumazione o al tentativo di

---

*case law of the International Criminal Court*, in Carsten Stahn and Goran Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2009, p. 339; TRIFFTERER, *Article 25*, p. 985; GERHARD WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, 953-975, p. 955 (d'ora in avanti Werle); BERT SWART, *Modes of International Criminal Liability*, in Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 87 (d'ora in avanti Swart). *Contra*: FERRANDO MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, *Journal of International Criminal Justice* 1, 2003, 26, p. 33 *et seq.*

<sup>44</sup> *Blé Goudé*, Confirmation of Charges, §167.

<sup>45</sup> Si noti che nell'ordinamento italiano il concorso morale si sostanzia in una pluralità di condotte: (i) istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, (ii) agevolazione alla sua preparazione o consumazione, (iii) rafforzamento del proposito criminioso di altro concorrente, (iv) mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di essa (*ex multis* Cass., Sez. 1, Sentenza n. 7643 del 28/11/2014 Ud. (dep. 19/02/2015) Rv. 262310). Quindi, mentre il concorso morale italiano non differenzia la responsabilità concorsuale a seconda del grado di contribuzione del concorrente, l'art. 25(3) dello Statuto sdoppia il concorso morale in due diverse forme di partecipazione nel crimine: la prima consiste nell'ordine, istigazione e induzione altrui all'esecuzione del crimine (art. 25(3)(b)) e la seconda consiste nelle sussidiarie e residuali forme di agevolazione morale (*abetting* ex art. 25(3)(c)).



4/2018

consumazione del crimine (*actus reus*) e (ii) lo scopo di facilitarne la perpetrazione (*mens rea*).

In relazione all'*actus reus*, nel silenzio della norma, si pone il problema di definire il perimetro della condotta minima necessaria per configurare la forma partecipativa *de qua*. A tale proposito, sebbene la questione sia dibattuta, si ritiene di aderire all'opinione per cui l'art. 25(3)(c) presuppone da parte del concorrente un contributo sostanziale (*substantial contribution*), inteso in senso causale rispetto alla consumazione dell'illecito<sup>46</sup>. Tale nesso eziologico non richiede che la condotta agevolatrice costituisca una *conditio sine qua non* del crimine, altrimenti si verserebbe nell'ipotesi di coautoria<sup>47</sup>; piuttosto, il contributo sostanziale deve essere idoneo ad agevolare la commissione del crimine, aumentandone la probabilità, facilità o gravità (c.d. teoria dell'aumento del rischio)<sup>48</sup>.

Ciò posto, non sarebbe difficile per la Procura internazionale sostenere che la condotta dei nostri Ministri possa astrattamente configurarsi come agevolazione materiale *ex art. 25(3)(c)*. In primo luogo, non vi può essere dubbio sul fatto che il supporto finanziario, tecnico e tecnologico italiano costituisca di per sé una condotta materialmente agevolatrice. In secondo luogo, tale contributo, poiché fornito direttamente alla Guardia costiera libica e agli altri soggetti statali che si occupano dei migranti, autori principali dei presunti illeciti, si pone in una relazione causale rispetto alla commissione dei crimini. Infatti, l'effetto immediato della condotta ministeriale è proprio quello di trattenere i migranti in territorio libico, aumentando in tal modo il numero di vittime e determinandone l'assoluta impossibilità di sottrarsi agli abusi. Si rammenti, inoltre, che gli accordi italo-libici hanno presumibilmente contribuito anche alla conclusione di presunti accordi tra il Governo libico e la milizia Anas Dabbashi<sup>49</sup>. Ne consegue che la condotta dei nostri ministri potrebbe astrattamente essere considerata come contributo sostanziale rispetto alle azioni degli autori principali.

Più problematico sarebbe, nell'ottica di una futura indagine, valutare il dolo di concorso (*mens rea*). Sotto questo profilo l'art. 25(3)(c), richiedendo che il concorrente agisca "in vista di agevolare la perpetrazione del crimine"<sup>50</sup>, ha inteso stabilire un requisito psicologico più elevato rispetto all'agevolazione disciplinata dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, che non fanno menzione di tale criterio<sup>51</sup>. Tra le molteplici opzioni

---

<sup>46</sup> *Mbarushimana*, Confirmation of Charges, §279; *a contrario Prosecutor v. Ruto*, No. ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 23 January 2012, §354; *Prosecutor v. Furundzija*, No. IT-95-17/1-T, Judgment, TC, 10 December 1998, §235, 249; *Prosecutor v. Tadic*, No. IT-94-1-T, Judgment, TC, 7 May 1997, §688; JAMES STEWART, *The End of 'Modes of Liability' for International Crimes*, 25 *Leiden Journal of International Law*, 2012, 165–219, p. 203; TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1004, 1008; SWART, p. 86; WERLE, p. 969; *contra* WILLIAM SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4<sup>th</sup> ed., 2011, p. 228; *Prosecutor v. Perisic*, No. IT-04-81-A, Judgment, AC, 28 February 2013, §36.

<sup>47</sup> *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, No. ICTR 95-1-T, Judgment, TC, 21 May 1995, §201; *Prosecutor v. Bisengimana*, No. ICTR-00-60-T, Judgment and Sentence, TC, 13 April 2006, §34; *Prosecutor v. Mbarushimana*, No. ICC-01/04-01/10, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 16 December 2011, §279.

<sup>48</sup> TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1008.

<sup>49</sup> *Supra* §2.

<sup>50</sup> Si noti che il testo inglese è: "for the purpose of".

<sup>51</sup> *Prosecutor v. Mbarushimana*, No. ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, 16 December 2011, §281.



4/2018

ermeneutiche proposte dalla dottrina in merito al controverso *purpose standard*, in questo contributo si è ritenuto di avallare l'interpretazione che richiede nel concorrente: (i) la coscienza e volontà (*purpose*, appunto) di agevolare la condotta dell'autore principale (non, si badi, di contribuire alla commissione del crimine)<sup>52</sup> e (ii) la consapevolezza che l'evento illecito si verificherà nel corso normale degli eventi<sup>53</sup>. In buona sostanza, il dolo di concorso così configurato si avvicinerebbe molto – arrivando a sovrapporsi – al dolo eventuale<sup>54</sup>.

Seguendo questa impostazione, nel caso di specie la Procuratrice generale avrebbe l'onere di provare che i nostri ministri hanno agito con (i) la coscienza e volontà di agevolare le autorità libiche e (ii) con la consapevolezza che attraverso tale cooperazione, nel corso normale degli eventi, si sarebbero verificati o aggravati gli abusi nei confronti dei migranti. In particolare, la Procura dovrebbe sostenere che, sebbene le autorità italiane abbiano agito con il fine primario e astrattamente legittimo di interrompere i flussi migratori in entrata (e non certo di contribuire alla commissione di crimini contro l'umanità nei confronti dei migranti), il fatto che esse abbiano concluso gli accordi con la volontà di fornire un aiuto materiale alle autorità libiche e nella piena consapevolezza che, nel normale corso degli eventi, si sarebbero verificati gravissimi abusi, vuol dire che i ministri italiani hanno accettato il rischio (conosciuto) di agevolare la condotta criminosa degli autori principali.

In punto di fatto, non vi può essere dubbio sulla sussistenza della piena volontà da parte delle autorità italiane di agevolare e assistere le controparti libiche, chiaramente desumibile tanto dalla lettera degli accordi quanto dalle dichiarazioni degli stessi Ministri<sup>55</sup>. Similmente, anche con riferimento alla consapevolezza dell'esistenza di un sistema consolidato di abusi, sembra potersi dare una risposta affermativa. Infatti, come sottolineato da Amnesty International, sia prima che dopo la conclusione degli accordi vi sono state numerose pubblicazioni di agenzie di stampa, ONG e organizzazioni internazionali, che hanno svelato le estese e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali dei migranti in transito in Libia<sup>56</sup>. Dunque, in estrema sintesi, non sembra affatto possibile sostenere che i ministri italiani, al momento della conclusione degli accordi, ignorassero il gravissimo sistema di abusi cui i migranti erano sottoposti, così come sarebbe parimenti infondato ritenere che le nostre autorità non siano a conoscenza degli effetti di tali accordi in termini di un sostanziale aggravamento della condizione dei migranti<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1010.

<sup>53</sup> JAMES STEWART, *An Important New Orthodoxy on Complicity in the ICC Statute?*; THOMAS WEIGEND, *How to Interpret Complicity in the ICC Statute*; DOUG CASSEL, *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, in *6 Northwestern University Journal of International Human Rights* 304, 2007-2008, p. 312-313.

<sup>54</sup> V. ANTONIO CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in *5 Journal of International Criminal Justice* 875, 2007, p. 883.

<sup>55</sup> Si vedano, a titolo di esempio [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

<sup>56</sup> Rapporto Amnesty, p. 56-57.

<sup>57</sup> V. [questa pagina web](#), [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).



4/2018

Una volta chiarita la fattispecie di concorso astrattamente imputabile ai nostri ministri nel caso di un'indagine sui *migrant-related crimes*, è necessario analizzare la questione della complementarità fra la giurisdizione della CPI e la giurisdizione italiana. Nello specifico, ammettendo che la Procura apra l'indagine e ritenga *prima facie* sussistente il concorso delle autorità italiane, ci si chiede se (e come) il caso nei confronti dei nostri ministri possa ritenersi ammissibile *ex art. 17* dello Statuto di Roma.

## 5. I rapporti tra la giurisdizione italiana e la giurisdizione della CPI.

Il riparto di giurisdizione tra CPI e Stati parte è regolato dal principio di complementarità, a mente del quale la giurisdizione della Corte si pone su un piano di sussidiarietà rispetto alla potestà punitiva degli Stati<sup>58</sup>. In estrema sintesi, ai sensi dell'art. 17(1)(a),(b), a meno che l'azione statale non sia dovuta a una mancanza di volontà (*unwillingness*) o ad una incapacità (*inability*) dello Stato di procedere correttamente (*genuinely*), la mera apertura di un'indagine o di un procedimento a livello nazionale, anche qualora questi diano luogo ad archiviazione, è sufficiente a radicare la giurisdizione in capo allo Stato, rendendo il caso dinnanzi alla Corte inammissibile.

Dunque, ammettendo che nel caso di specie la Procura internazionale apra un'indagine nei confronti dei nostri ministri, con riferimento al riparto di giurisdizione tra la Corte e l'Italia si profilerebbero due diversi scenari: il primo riguarda l'ipotesi in cui in Italia venisse aperto un procedimento nei confronti dei ministri (art. 17(1)(a))<sup>59</sup>, il secondo riguarda l'ipotesi in cui, all'esito di tale procedimento, si decidesse di non procedere (art. 17(1)(b)).

### 5.1. Primo scenario: l'Italia apre un'indagine.

Con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 17(1)(a), la giurisprudenza della CPI ha stabilito che il c.d. *admissibility test* presuppone una valutazione divisa in due momenti, inestricabilmente collegati e consequenziali l'uno rispetto all'altro. In primo luogo, la Corte deve effettuare una verifica in ordine alla sussistenza di un'attività da parte dello Stato, ovvero sia lo svolgimento di indagini o l'adozione di provvedimenti penali sullo stesso caso. In secondo luogo e solo in caso di riscontro affermativo al primo quesito, la Corte deve accertare l'intenzione ovvero la capacità dello Stato di procedere correttamente<sup>60</sup>. In altre parole, l'accertamento dell'esistenza di un'attività statale

---

<sup>58</sup> ENRICO AMATI – EMANUELA FRONZA (eds), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 28.

<sup>59</sup> Art. 17(1)(a): "con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso se sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento".

<sup>60</sup> *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility



4/2018

costituisce un *prius* logico rispetto alla verifica della volontà o capacità di procedere. A *contrario*, ciò comporta che nel caso in cui la Corte accerti la mancanza di attività da parte dello Stato (c.d. *inactivity scenario*), non è necessario verificare l'intenzione e la capacità di procedere e, di conseguenza, il caso è *ipso facto* ammissibile dinnanzi alla CPI<sup>61</sup>.

Nel caso di specie, la Corte andrebbe dunque a verificare anzitutto se le autorità italiane abbiano iniziato delle attività, per poi accertare, in caso di riscontro positivo, se l'Italia abbia la volontà o la capacità di procedere correttamente<sup>62</sup>.

### 5.1.1. La prima fase dell'*admissibility test*: l'esistenza di attività.

In termini generali, sebbene la lettera dell'art. 17(1)(a) con riferimento alle 'indagini' e ai 'provvedimenti' nazionali sia alquanto ampia, non tutte le attività investigative, provvedimenti o processuali espletate a livello nazionale sono idonee a escludere la giurisdizione della Corte in favore della potestà punitiva statale. Al contrario, per ritenere l'attività statale prevalente rispetto alla giurisdizione della Corte, è necessario che essa abbia ad oggetto lo 'stesso caso' rispetto a quello pendente dinnanzi alla CPI<sup>63</sup>.

La giurisprudenza della Corte ha chiarito che l'espressione 'stesso caso' significa che le indagini della Corte e dello Stato devono riguardare lo stesso indagato e sostanzialmente la stessa condotta (c.d. *same person/same conduct test*)<sup>64</sup>. Se dal punto di vista soggettivo (identità della persona sottoposta alle indagini) lo standard in parola non pone particolari problemi ermeneutici, dal punto di vista oggettivo (sostanziale identità della condotta) la Corte ha precisato che:

1. Il raffronto fra le condotte deve essere *incident-specific*, deve cioè fondarsi sui singoli accadimenti spazio-temporali in cui è stata posta in essere la

---

of the Case, Appeals Chamber, 25 September 2009, §78-79 (d'ora in avanti *Katanga*, AC Admissibility Decision); *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-307, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 Entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute', Appeals Chamber, 30 August 2011, §41 (d'ora in avanti *Ruto*, AC Admissibility Decision); *Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/110A6, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", AC, 24 July 2014, §68-69 (d'ora in avanti *Al-Senussi*, AC Admissibility Decision).

<sup>61</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006, §40; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 8 February 2010, §29.

<sup>62</sup> *Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, PTC, 11 October 2013, §30, 65.

<sup>63</sup> WILLIAM SCHABAS, MOHAMED ZEIDY, *Article 17 Issues of Admissibility*, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart (2016), p. 799 (d'ora in avanti Triffterer, *Article 17*).

<sup>64</sup> *Ruto*, AC Admissibility Decision, §40.



4/2018

condotta criminosa<sup>65</sup>, in modo tale da poter valutare se il caso sotto indagine a livello nazionale ‘rispecchi in maniera sufficiente’ (*sufficiently mirrors*) il caso della Procura internazionale; in particolare, la Corte ha affermato che la questione riguarda il grado di sovrapposizione o coincidenza (*degree of overlap*) tra gli *incidents* oggetto dell’indagine statale e gli *incidents* oggetto dell’indagine internazionale. È evidente quindi che una tale valutazione deve necessariamente essere effettuata su base casistica<sup>66</sup>;

2. La qualificazione giuridica del fatto come reato ordinario (per es. tortura *ex art. 613 bis c.p.*) ovvero come crimine internazionale (per es. tortura come crimine contro l’umanità) non è rilevante, purché le fattispecie contestate a livello nazionale puniscano la medesima condotta delle fattispecie contestate dalla Procura internazionale<sup>67</sup>;
3. L’onere della prova rispetto alla sussistenza di un’attività statale sullo stesso caso grava sullo Stato, che deve produrre elementi “sufficientemente specifici e probanti” in tal senso<sup>68</sup>, come ad esempio deleghe d’indagine, ordini e decreti emessi dalle autorità titolari dell’indagine, verbali di escussione di testimoni e via dicendo<sup>69</sup>.

Alla luce di quanto detto, qualora l’Italia non avvii alcun procedimento (*inactivity scenario*), il caso dinnanzi alla CPI sarebbe *ipso facto* ammissibile.

Di converso, qualora si avvii un procedimento ai sensi della l. cost. 1/1989<sup>70</sup>, tale procedimento potrebbe soddisfare il canone dello stesso caso (*same person/same conduct*) solo se, oltre a coinvolgere gli stessi ministri, abbia ad oggetto gli stessi accadimenti

---

<sup>65</sup> *Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11 OA 4, Judgment on the Appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, AC, 21 May 2014, §62, 70-74 (d’ora in avanti *Gaddafi*, AC Admissibility Decision).

<sup>66</sup> *Gaddafi*, AC Admissibility Decision, §71-73.

<sup>67</sup> *Ibid*, §119.

<sup>68</sup> *Ruto*, AC Admissibility Decision, §61, 83; *Prosecutor v. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12-47-Red, Decision on Cote D’Ivoire’s Challenge to the Admissibility of the Case against Simone Gbagbo, PTC I, 11 December 2014, §29.

<sup>69</sup> *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-239, Decision Requesting Further Submissions on Issues Related to the Admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 7 December 2012, §10-11.

<sup>70</sup> Come sancito dalla Suprema corte (*ex plurimis* Sez. 5, Sentenza n. 34546 del 18/06/2014 Ud. (dep. 06/08/2014) Rv. 264271), “gli elementi che caratterizzano la categoria dei “reati ministeriali” sono la particolare qualificazione giuridica soggettiva dell’autore del reato nel momento in cui questo è commesso e il rapporto di connessione fra la condotta integratrice dell’illecito e le funzioni esercitate dal ministro, rapporto che sussiste tutte le volte in cui l’atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto, dovendo invece ritenersi che siano esclusi dalla categoria in questione quei reati in cui sia ravvisabile un mero rapporto di occasionalità tra la condotta illecita del ministro e l’esercizio delle funzioni.” Nel caso di specie, poiché le condotte dei Ministri sono costituite dalla conclusione di plurimi accordi internazionali, è naturale concludere nel senso che gli illeciti penali ipotizzati siano stati commessi nell’esercizio delle funzioni di governo e pertanto vadano inquadrati non già come reati comuni, bensì come reati ministeriali ai sensi dell’art. 96 Cost.



4/2018

spazio-temporali (*incidents*) attenzionati dalla Procura internazionale. Ciò si potrebbe configurare se la condotta oggetto dell'indagine nazionale fosse proprio la conclusione degli accordi bilaterali con il governo libico e, di conseguenza, se i reati contestati ai ministri fossero concorso (art. 110 c.p.) in riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), tortura (art. 613 *bis* c.p.), lesioni personali (art. 582 c.p.), omicidio (art. 575 c.p.) ed estorsione (art. 629 c.p.)<sup>71</sup>. Al di fuori di tale ipotesi, l'eventuale procedimento italiano non soddisferebbe il *same person/same conduct test* e quindi il caso dinanzi alla CPI sarebbe ammissibile.

Nell'ipotesi in cui la Corte accerti che in Italia sia stata avviata un'indagine che soddisfi il canone dello *stesso caso*, essa andrebbe poi a verificare la seconda parte dell'*admissibility test*, ovvero se lo Stato italiano non sia *unwilling* o *unable* di procedere correttamente.

#### 5.1.2. La seconda fase dell'*admissibility test*: *unwillingness* e *inability*.

La Corte potrebbe rilevare una mancanza di volontà di procedere correttamente qualora l'indagine sia stata aperta con l'intento di proteggere i ministri dalla giurisdizione della Corte (art. 17(2)(a)), ovvero subisca ritardi ingiustificati che si dimostrino incompatibili con il fine di assicurare gli indagati alla giustizia (art. 17(2)(b)), ovvero il procedimento non venga svolto in maniera indipendente ed imparziale e comunque venga condotto in modo tale da essere incompatibile con il fine di assicurare i ministri alla giustizia (art. 17(2)(c)). Di converso, l'incapacità di procedere si configurerebbe quando, a causa di un totale o sostanziale collasso ovvero della indisponibilità del sistema giudiziario interno, l'Italia non abbia la capacità di ottenere la presenza degli imputati o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento instaurato (art. 17(3)).

Tenendo a mente che gli stessi elementi probatori utili per l'accertamento in ordine all'esistenza di procedimenti sullo stesso caso possono essere rilevanti anche per verificare l'intenzione e la capacità dello Stato di procedere correttamente<sup>72</sup>, si ritiene probabile che l'*admissibility test* effettuato dopo l'avvio di un'indagine in Italia dia esito negativo, precludendo la giurisdizione della Corte.

Invero, per quanto attiene al criterio dell'incapacità di procedere, non solo sarebbe impossibile riscontrare nel nostro paese un collasso del sistema giudiziario, ma, in ogni caso, nonostante la previsione dell'autorizzazione a procedere per specifiche

---

<sup>71</sup> Per una comparazione si veda *Al-Senussi*, AC Admissibility Decision, §120-121.

<sup>72</sup> *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red, Decision on the Admissibility of the Case against Abdullah Al-Senussi, PTC I, 11 October 2013, §210 (d'ora in avanti *Al-Senussi*, PTC Admissibility Decision).





4/2018

attività investigative di cui all'art. 10 l. cost. 1/1989, non vi sarebbero motivi per ritenere che l'Italia sia incapace di acquisire prove, di tutelare i testimoni o di assicurare la presenza e il diritto di difesa degli indagati<sup>73</sup>.

Quanto alla mancanza di volontà, si ritiene parimenti poco plausibile che la Corte riscontri dei ritardi ingiustificati incompatibili con il fine di assicurare gli indagati alla giustizia. A ben vedere, la l. cost. 1/1989 pone dei termini ordinatori estremamente stringenti, proprio a garanzia della celerità di tali procedimenti<sup>74</sup>. Similmente, si ritiene improbabile che la Corte accerti l'impossibilità di svolgere il procedimento in maniera indipendente ed imparziale. Sotto questo profilo, non si può non rilevare come, in principio, la scelta operata dalla l. cost. 1/1989 di assoggettare i ministri alla giurisdizione ordinaria, benché specializzata, sia una garanzia di indipendenza ed imparzialità<sup>75</sup>. Di contro, l'*unwillingness* potrebbe astrattamente essere riscontrato dalla Corte nel caso in cui, in sede di indagini preliminari, la Camera competente negasse l'autorizzazione a procedere per l'eventuale applicazione di misure limitative della libertà personale ovvero per l'effettuazione di intercettazioni telefoniche, sequestri o violazioni di corrispondenza, perquisizioni personali o domiciliari nei confronti dei ministri (art. 10 l. cost. 1/1989). Tuttavia, si ritiene che tale diniego non sia idoneo di per sé a dimostrare conclusivamente un difetto di volontà statale. Ciò in quanto, a ben vedere, l'autorizzazione a procedere *ex art. 10* non inibisce affatto l'esercizio dell'azione penale; piuttosto, essa meramente preclude l'esercizio di determinate attività d'indagine. Dunque, ai fini di un riscontro positivo in ordine al criterio di *unwillingness*, il diniego di autorizzazione a procedere *ex art. 10*, sebbene rilevante, non è sufficiente. A parer di chi scrive, in tal caso la Corte dovrebbe corroborare tale riscontro con ulteriori elementi probatori indicativi del difetto di volontà di procedere.

## 5.2. Secondo scenario: l'Italia decide di non procedere.

Come precedentemente detto, l'art. 17(2)(b) prevede l'inammissibilità del caso dinnanzi alla CPI anche qualora il procedimento instaurato a livello nazionale si concluda con una "decisione di non procedere", a meno che tale decisione non sia il frutto di una mancanza di volontà o incapacità dello Stato di procedere correttamente. Alla luce della rilevante dottrina<sup>76</sup> e giurisprudenza<sup>77</sup>, per 'decisione di non procedere'

---

<sup>73</sup> *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, TC III, 24 June 2010, § 245, 246; *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-344-Red, Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 31 May 2013, §205-214; *Al-Senussi*, PTC Admissibility Decision, §297-303.

<sup>74</sup> Ad esempio, ai sensi dell'art. 6(2), il procuratore della Repubblica deve trasmettere gli atti al tribunale dei ministri entro 15 giorni dalla ricezione della notizia di reato; ai sensi dell'art. 8(1) il collegio ha 90 giorni per compiere le indagini preliminari; ai sensi dell'art. 9(3) la Camera competente deve decidere sull'autorizzazione a procedere entro 60 giorni dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente.

<sup>75</sup> Cass. pen., Sez. 6, Sentenza n. 207 del 21/01/1997 Cc. (dep. 21/03/1997) Rv. 207171.

<sup>76</sup> Triffterer, *Article 17*, p. 806.

<sup>77</sup> *Katanga*, AC Admissibility Decision, §82, 83; *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-962-



4/2018

si intende una decisione definitiva che chiude l'indagine e preclude l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale.

Nel caso di specie, si profilano due scenari, a seconda che l'eventuale procedimento nazionale nei confronti dei ministri venga archiviato ai sensi dell'art. 8(2) ovvero venga negata l'autorizzazione a procedere *ex art.* 9(3) l. cost. 1/1989.

L'art. 8(2) prevede che il tribunale dei ministri, sentito il pubblico ministero, possa disporre l'archiviazione con decreto non impugnabile<sup>78</sup>. In tal caso, essendo la decisione sostanzialmente definitiva e preclusiva dell'esercizio dell'azione penale, la Corte dovrebbe accertare se sia il frutto di una mancanza di volontà o incapacità dello Stato italiano di procedere correttamente. Solo l'esito positivo di tale accertamento renderebbe il caso ammissibile dinnanzi alla CPI.

Di converso, secondo la garanzia prevista dall'art. 9(3) l. cost. 1/1989, la Camera competente può negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, "con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo". Ai sensi dell'art. 4(1) l. 219/1989, tale decisione è irrevocabile. A parer di chi scrive, tale diniego dell'autorizzazione a procedere, al contrario dell'autorizzazione prevista *ex art.* 10, costituirebbe di per sé un difetto di volontà di procedere, rendendo il procedimento ammissibile *de plano* dinnanzi alla CPI, per due motivi. In primo luogo, perché equivale a riconoscere in capo ai ministri un'immunità funzionale<sup>79</sup>, che è irrilevante nei procedimenti dinnanzi alla CPI (art. 27 dello Statuto) e pertanto integrerebbe pienamente l'ipotesi di cui all'art. 17(2)(a) (finalità di proteggere i ministri dalla giurisdizione internazionale). In secondo luogo, perché subordinando l'esercizio dell'azione penale ad una decisione, peraltro insindacabile, di un organo non giurisdizionale quale il Parlamento, si vizierebbe l'indipendenza e l'imparzialità del procedimento (*rectius*: del collegio giudicante), ai sensi dell'art. 17(2)(c)<sup>80</sup>. Si badi, infine, che la stessa rimessione degli atti al ramo del Parlamento competente per l'autorizzazione a procedere è indicativa della volontà dell'autorità giudiziaria di esercitare l'azione penale, poiché altrimenti, il tribunale dei ministri provvederebbe ad archiviare *ex art.* 8(2). Dunque, *a fortiori*, il diniego dell'autorizzazione a procedere è sintomatico proprio della volontà dell'assemblea legislativa di sottrarre gli indagati alla giurisdizione penale nazionale<sup>81</sup>.

---

Corr, Judgment on the Appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the Decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 Entitled 'Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges', Appeals Chamber, 19 October 2010, §68, 74.

<sup>78</sup> Nello specifico, ai sensi dell'art. 2(1) l. 219/1989, l'archiviazione deve essere disposta (i) se la notizia di reato è infondata, (ii) se manca una condizione di procedibilità diversa dall'autorizzazione di cui all'articolo 96 della Costituzione, (iii) se il reato è estinto, (iv) se il fatto non è previsto dalla legge come reato, (v) se l'indiziato non lo ha commesso ovvero (vi) se il fatto integra un reato diverso da quelli indicati nell'articolo 96 della Costituzione.

<sup>79</sup> Corte Cost. 87/2012, p. 23-24.

<sup>80</sup> TRIFFTERER, *Article 17*, p. 826.

<sup>81</sup> In ciò risiede la peculiarità dell'autorizzazione a procedere in parola rispetto all'autorizzazione di cui

In conclusione, senza la pretesa di aver esaurito tutti i possibili scenari in cui si potrebbe sollevare una questione di ammissibilità, i paragrafi precedenti hanno illustrato l'operatività del principio di complementarietà nei casi ritenuti di più probabile verifica.

## 6. Conclusione.

Muovendo dal presupposto che il trattamento dei migranti in Libia possa integrare la fattispecie di crimini contro l'umanità, e pertanto essere oggetto di indagine da parte della Procura della CPI, questo contributo ha approfondito la configurabilità in astratto di una responsabilità in capo alle autorità italiane, in forza degli accordi di cooperazione con la Libia.

In particolare, dopo aver risolto positivamente la questione relativa all'esercizio della giurisdizione della Corte su tali fatti, si è sostenuto che la conclusione degli accordi in parola potrebbe astrattamente integrare, sia sotto il profilo dell'*actus reus* che della *mens rea*, la particolare forma di responsabilità dell'agevolazione materiale ex art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma. Con riferimento al riparto di giurisdizione tra l'Italia e la Corte, si è fornito un quadro generale, sebbene necessariamente parziale, dei possibili scenari e della conseguente prevalenza dell'una o dell'altra giurisdizione nei diversi casi.

In chiusura è opportuno sottolineare che la cooperazione con la Libia potrebbe configurare anche la responsabilità internazionale dello Stato italiano. Il diritto internazionale consuetudinario prevede due condizioni cumulative affinché uno Stato sia internazionalmente responsabile per l'assistenza fornita ad un altro Stato nella commissione di un illecito: (i) che lo Stato c.d. assistente agisca con la consapevolezza delle circostanze dell'atto illecito posto in essere dallo Stato c.d. assistito e (ii) che l'atto sia, in astratto, internazionalmente illecito anche se commesso dallo Stato c.d. assistente<sup>82</sup>. Nel caso di specie, come autorevolmente sostenuto altrove<sup>83</sup>, entrambi tali requisiti sembrano essere *prima facie* soddisfatti.

A conclusione di questo lavoro, non si può non rilevare con preoccupazione come la politica del Governo italiano e dell'Unione Europea in merito alla gestione dei flussi migratori provenienti dalla Libia stia continuando nella direzione di una sempre maggiore esternalizzazione del controllo frontaliero, nonostante le molteplici accuse di gravissimi abusi cui i migranti sono sistematicamente sottoposti<sup>84</sup>.

---

all'art. 10 l. cost. 1/1989 (*infra* §5.1.2.): mentre questa inibisce l'esercizio dell'azione penale, quella, come già detto, preclude al collegio di porre in essere talune attività investigative.

<sup>82</sup> Art. 16 DASR.

<sup>83</sup> MARINA MANCINI, *Migranti: l'Italia e i loro diritti umani violati in Libia*, 27 dicembre 2017, consultabile in [questa pagina web](#).

<sup>84</sup> V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).