

HAPPY BIRTHDAY ICC!

Bilancio dei primi nove anni di attività della Corte penale internazionale

di Michela Miraglia

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La competenza per materia della Corte: aspetti ancora insoliti. — 3. Gli ulteriori criteri di attribuzione della competenza. — 4. I meccanismi di avvio delle indagini: il *self-referral*. — 5. I complessi rapporti fra la Corte ed il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. — 6. I mandati di arresto a carico di Al Bashir e Gheddafi: presupposti cautelari e standard probatori. — 7. La selezione delle indagini e dei “cases”: il parametro della gravità e la sua natura. — 8. Le interazioni fra i soggetti nella fase procedimentale: un nuovo ruolo per le vittime? — 9. Conclusioni.

1. Introduzione. — La Corte penale internazionale (*International Criminal Court*, nota con l’acronimo ICC) costituisce un punto di arrivo ed al contempo solo una linea di partenza nella storia della giustizia penale internazionale.

Un punto di arrivo, perché ne rappresenta un obiettivo fondamentale: la creazione di una Corte permanente, competente solo per i reati “codificati” nello Statuto di Roma e negli *Elements of Crimes*¹ e commessi dopo la sua entrata in vigore, indipendente ed in grado di superare le critiche mosse a tutte le esperienze giurisdizionali internazionali precedenti -a partire da quella dell’*International Military Tribunal* di fronte al quale si celebrò il processo di Norimberga- e di collocarsi, in quell’ambito, sotto diversi aspetti, come evoluzione.

Una linea di partenza, perché alle caratteristiche menzionate corrispondono solo potenzialità della Corte: infatti, essa tutt’ora presenta molti aspetti critici che debbono essere affrontati e superati per poter trasformare quelle potenzialità in strumenti di lavoro efficaci.

Si tratta, indubbiamente, del raggiungimento di una meta posta alla fine di un sentiero tortuoso, lungo il quale molte volte si è corso il rischio di doversi definitivamente arrestare². A Roma, nel 1998, alla Conferenza diplomatica -al termine

¹ Le norme applicabili di fronte alla Corte penale internazionale sono contenute, oltre che nello Statuto, e negli *Elements of Crimes*, nelle *Rules of Procedure and Evidence*, sorta di codice di procedura penale; le *Regulations of the Court* regolano, invece, il funzionamento quotidiano dell’ICC.

² Cfr. M. C. BASSIUNI, *Indagini e procedimenti penali internazionali: da Versailles a Roma*, in *Legislazione penale*, 2002, p. 817 s.

della quale venne adottato lo Statuto della Corte- a cui parteciparono i rappresentanti di 148 Stati e di numerosissime organizzazioni non governative, si arrivò, infatti, con la consapevolezza che quella avrebbe potuto essere l'ultima occasione per la creazione di un organismo giurisdizionale permanente dotato di competenza per i più gravi crimini internazionali³.

La Corte ha preso vita, quindi, a differenza di quanto era accaduto per i Tribunali *ad hoc*, diretta emanazione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, attraverso uno strumento tradizionale di diritto internazionale, un trattato, forma che assume lo Statuto di Roma, al contempo testo normativo fondamentale con valore quasi "costituzionale" per il nuovo ordinamento⁴, adottato al termine della Conferenza diplomatica il 18 luglio 1998 con 120 voti a favore, 7 contrari e 21 paesi astenuti (fra i voti contrari si ricordino quelli degli USA, della Cina ed Israele)⁵, al quale ciascuno Stato può aderire attraverso la ratifica, trasformandosi, così, in Stato Parte ed accettando su base volontaria, senza imposizioni, salvo quelle previste, come vedremo, in relazione all'azione del Consiglio di sicurezza, la giurisdizione della Corte⁶.

Essa è, poi, entrata in vigore, in tempi forse inaspettati, quattro anni dopo, il 1° luglio 2002, come prescritto dallo Statuto stesso, al raggiungimento, anzi, di fatto, al superamento, della sessantesima ratifica⁷.

³ Tale consapevolezza animò le trattative e, soprattutto, l'azione del gruppo di delegazioni degli Stati definiti "Like-Minded" che aveva come scopo principale quello di rimuovere gli ostacoli alla creazione della Corte (cfr. M. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, 3rd ed., vol. III, Martinus Nijhoff, 2008, p. 131). Si deve rammentare, inoltre, come essa incise sul processo di negoziazione che, sia in questa fase cruciale sia in quelle successive per la redazione delle *Rules of Procedure and Evidence* e degli *Elements of Crimes*, si svolse nell'ottica del compromesso. Proprio per tale motivo, spesso, i testi normativi applicabili di fronte alla Corte penale internazionale presentano, in relazione a molti istituti, vuoti ed aspetti ambigui che debbono necessariamente, e non senza difficoltà, venir colmati o sciolti dall'interpretazione giurisprudenziale dando vita ad una "law-in-action" spesso fortemente divergente dalla "law-in-the-books". Per le problematiche inerenti, in questo contesto, al ruolo delle vittime, si veda *infra*, § 6.

⁴ Per le problematiche inerenti al rango delle fonti normative si veda, da ultimo, G. BITTI, *Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, 2009, p. 285 s. Il rapporto fra le *Regulations of the Court* e le disposizioni dello Statuto è stato recentemente oggetto di un dibattito sorto intorno ad una decisione della Camera Dibattimentale I nel caso *Lubanga*, poi risolto dal *dictum* della Corte d'appello. Sull'argomento cfr. *infra*, § 6.

⁵ Si veda L.N. SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publisher, 2002, p. 4.

⁶ Tale genesi avrebbe dovuto rappresentare un definitivo affrancamento dal Consiglio di sicurezza ed il punto di origine per lo sviluppo dell'indipendenza della Corte. Sui rapporti della Corte con il Consiglio di sicurezza cfr. *infra*, § 4.

⁷ Cfr. Art. 126 Rome St. Si rammenti che, ad oggi, si contano 118 Stati che hanno ratificato lo Statuto, divenendo a tutti gli effetti Stati Parte o accettato la giurisdizione della Corte in modo provvisorio ai sensi dell'art. 12(3) dello Statuto. Su quest'ultimo meccanismo, soprattutto con riguardo al significato del termine "Stato" utilizzato nel testo della norma, si veda *infra*, § 5.

Sono, quindi, trascorsi nove anni da quella data e la Corte si dirige verso la conclusione del suo primo decennio di attività.

Durante questo periodo sono state avviate sei indagini su altrettante “situazioni”⁸ riguardanti fatti commessi nei territori della Repubblica democratica del Congo, dell’Uganda, del Darfur, della Repubblica centrafricana, del Kenia e, da ultimo, sul territorio libico. Ad oggi pende la richiesta avanzata dall’Ufficio del Procuratore di avviare un’ulteriore indagine riguardante la Costa d’Avorio. Sono stati emessi diciotto mandati di arresto e nove mandati di comparizione a carico di persone sospettate di aver commesso crimini di competenza della Corte. Sono in corso tre dibattimenti di cui uno, che vede imputato Thomas Lubanga Dyilo⁹, considerato sotto molti aspetti un “procedimento pilota” perché il primo ad aver raggiunto stadi mai toccati e durante il quale sono emerse questioni tecniche di estrema rilevanza, mai affrontate prima nello specifico ambito della Corte penale internazionale, è giunto alle sue battute conclusive. L’Ufficio dell’accusa si sta occupando di almeno sei diverse situazioni poste sotto osservazione per le quali dovrà assumere la decisione di aprire o meno un procedimento. Altre, fra le quali spicca, sicuramente, quella relativa ai fatti commessi dai militari britannici in Iraq, sono state per così dire “archivate” dal Procuratore.

I dati riportati non debbono sviare l’osservatore che, *prima facie*, li potrebbe ritenere indice di un buon funzionamento della Corte e di un rapido e regolare svolgimento dei procedimenti incardinati di fronte ad essa. In questo decennio, infatti, la Corte ha vissuto -e sta tutt’ora vivendo- una serie di difficoltà non trascurabili che incidono su quel percorso, cui prima si accennava, volto a trasformare le caratteristiche astratte e gli istituti a disposizione del nuovo organo giurisdizionale in efficaci strumenti di lavoro, fondamentale per il raggiungimento del fine ultimo della Corte, ragione essenziale della sua creazione, ovvero combattere l’impunità per i più gravi crimini internazionali attraverso meccanismi ordinari di giustizia¹⁰.

Il presente lavoro si propone di analizzare alcune delle principali problematiche emerse nella prima prassi della Corte penale internazionale, concentrandosi

⁸ Cfr. art. 13(a) e (b). “Situazione” (“*situation*”) è il termine utilizzato dallo Statuto per l’avvio dell’indagine e riguarda un insieme magmatico di fatti, generalmente limitati territorialmente e temporalmente. Sulla scelta e sul significato del termine “*situation*” si veda W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, p. 297 s. Sul passaggio dalla “*situation*” al “*case*” si veda *infra*, § 3.

⁹ Sulle prime questioni procedurali affrontate durante il caso *Lubanga* si veda, volendo, M. MIRAGLIA, *Thomas Lubanga Dyilo: il primo imputato di fronte alla Corte penale internazionale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 586 s.

¹⁰ Sulla inadeguatezza dei risultati raggiunti dalla Corte rispetto alle aspettative si veda A. CASSESE, *The International Criminal Court five years on: Andante or Moderato?*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 30.

soprattutto su quelle inerenti ai meccanismi di avvio dei procedimenti, alle loro derive ed ai criteri di selezione delle indagini.

L'analisi verrà condotta seguendo la scia dei ruoli giocati dai "protagonisti e comprimari" del nuovo ordinamento, per verificare in quale modo questi, interagendo fra loro, abbiano determinato equilibri o disequilibri, in grado di traghettare la Corte verso approdi più o meno sicuri, senza tralasciare, in conclusione, alcune riflessioni di sintesi con lo sguardo rivolto verso un futuro più sereno per la Corte e per la comunità internazionale, almeno per quanto attiene alla possibilità di celebrare processi penali giusti al termine dei quali pronunciare sentenze, di condanna o assoluzione, percepite anch'esse come tali.

2. La competenza della Corte: aspetti ancora insoliti. — Per affrontare le questioni menzionate è necessario definire, preliminarmente, la competenza della Corte.

Rationae materiae, essa ricomprende il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra ed il crimine di aggressione¹¹.

In realtà, riguardo a quest'ultimo reato, la competenza sussiste solo formalmente, perché il suo inserimento nell'art. 5 dello Statuto non è stato accompagnato¹² né seguito¹³ da una definizione della fattispecie criminosa e dei meccanismi procedurali necessari per consentirne l'esercizio di fatto. Come è noto, sul punto si è sviluppato un acceso dibattito, soprattutto a causa delle implicazioni politiche del reato in questione. Si tratta, quindi, di uno dei primi aspetti problematici in relazione al quale valutare la portata e l'effettività degli strumenti a disposizione della Corte nella lotta all'impunità per i crimini internazionali più gravi.

Non è questa la sede per una trattazione approfondita dell'argomento, ma, per completezza espositiva, si deve ricordare che la situazione di assoluta stasi relativa all'aggressione è stata movimentata dalla risoluzione adottata a Kampala nel giugno

¹¹ Art. 5 St. CPI.

¹² Sulle trattative in seno alla Conferenza diplomatica sul punto e sul raggiungimento del compromesso si veda H. VON HEBEL, D. ROBINSON, *Crimes Within the Jurisdiction of the Court*, in R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, Kluwer Law International, 1999, p. 81 s.

¹³ Il compito specifico fu affidato, dapprima, alla "*Preparatory Commission*" il cui mandato si è concluso nel 2002 e, successivamente, allo "*Special Working Group*" sul crimine di aggressione istituito dall'Assemblea degli Stati Parte. Sull'operato dello "*Special Working Group*" si veda S. BARRIGA, *The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression*, in R. BELELLI (ed.), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, Ashgate, 2010, p. 621 s.

del 2010, durante la prima Conferenza di revisione dello Statuto di Roma¹⁴, contenente un cosiddetto “pacchetto sull’aggressione”¹⁵, con cui si è definito il crimine e sono stati individuati i meccanismi di procedibilità, attraverso modifiche sia allo Statuto sia agli *Elements of Crimes*¹⁶. Ciò non significa, però, che la Corte possa esercitare fin d’ora la propria competenza in materia di aggressione. Questo sarà possibile solo dopo un anno dall’accettazione o ratifica degli emendamenti da parte di almeno 30 Stati, condizione necessaria perché l’Assemblea degli Stati Parte possa, a sua volta, dopo il 1 gennaio 2017, assumere una decisione positiva in proposito, all’unanimità o con la maggioranza dei due terzi¹⁷.

Dal punto di vista sostanziale il “crimine di aggressione” viene definito come pianificazione, preparazione, inizio o esecuzione da parte di un soggetto che si trovi in una posizione tale da esercitare controllo o dirigere l’azione politica o militare di uno Stato di un “atto di aggressione”¹⁸ che per “*character, gravity and scale*” costituisca una manifesta violazione della Carta delle Nazioni Unite¹⁹.

I meccanismi procedurali per consentire l’esercizio della competenza sono complessi e diversificati a seconda che l’impulso provenga da uno Stato Parte o dal

¹⁴ Resolution RC/res. 6, Adopted at the 13th preliminary meeting, on 11 June 2010, by consensus. L’art. 121 dello Statuto disciplina la procedura di modifica dello stesso, prevedendo che i primi emendamenti potessero essere adottati solo dopo sette anni dall’entrata in vigore del testo normativo.

¹⁵ Per la ricostruzione dei negoziati svoltisi a Kampala sul crimine di aggressione si veda G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione dello Statuto della Corte penale internazionale ed il crimine di aggressione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 723 s.

¹⁶ La Risoluzione prevede l’inserimento nello Statuto dell’art. 8 *bis*, contenente la definizione della fattispecie; degli artt. 15 *bis* e 15 *ter*, dedicati alla definizione dei meccanismi procedurali e, inoltre, la modifica dell’art. 8 *bis* degli *Elements of Crimes*. Da ora in poi si farà riferimento al testo di questi articoli senza specificare che essi sono contenuti nella Risoluzione adottata a Kampala e non sono ancora entrati in vigore.

¹⁷ Art. 15 *bis*(2) e (3) ed art. 15 *ter*(2) e (3). Si rammenti che la competenza della Corte è individuata, *ratione temporis*, per i soli reati di aggressione commessi dopo un anno dal deposito del trentesimo strumento di accettazione o ratifica degli emendamenti.

¹⁸ Sulla trasformazione dell’aggressione da crimine di Stato a crimine dell’individuo si veda M. C. CICIRIELLO, *L’aggressione in diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2002, *passim* e, in modo più specifico sulla responsabilità individuale per il reato in questione nelle esperienze precedenti alla Corte internazionale ed in base alle disposizioni dello Statuto di Roma, M.A. SHUKRI, *Individual Responsibility for the Crime of Aggression*, in R. BELELLI (ed.), *International Criminal Justice*, cit., p. 519 s.

¹⁹ Art. 8 *bis*(1) St. CPI. Ai sensi del secondo comma della norma in esame per “atto di aggressione” si deve intendere l’uso della forza armata da parte di uno Stato contro la sovranità, l’integrità territoriale o l’indipendenza politica di un altro Stato o in ogni altro modo che non sia compatibile con la Carta delle Nazioni Unite. L’elencazione che segue nel testo della norma è solo esemplificativa e non certo esaustiva. Per la distinzione fra “crimine di aggressione” e “atto di aggressione”, con particolare riferimento all’aspetto della gravità, si veda D. SCHEFFER, *The Complex Crime of Aggression Under the Rome Statute*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 898 s.

Procuratore della Corte, da un lato, oppure, dall'altro, dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite²⁰.

In presenza della prima ipotesi si aprono due possibili scenari: qualora il Procuratore ritenga di avere a disposizione basi ragionevoli per iniziare un'indagine in materia di aggressione dovrà verificare se il Consiglio di sicurezza ha riconosciuto la sussistenza di un atto di aggressione. In tal caso potrà, quindi, avviare il procedimento. Qualora manchi una determinazione del Consiglio di sicurezza il Procuratore può, comunque, superare l'ostacolo ed instaurare il procedimento dopo aver ottenuto l'autorizzazione dalla "Pre-Trial Division"²¹. In entrambi i casi contemplati dall'art. 15 *bis* la giurisdizione della Corte sussiste solo quando l'atto di aggressione venga commesso da uno Stato Parte (ovvero da una persona che si trovi, ai sensi dell'art. 15 *bis*, in una posizione tale da esercitare controllo su o dirigere l'azione politica o militare di quello Stato) venendo meno, invece, se il crimine di aggressione è commesso da cittadini di uno Stato non parte o sul suo territorio²². L'ambito di operatività della Corte è ulteriormente ridotto da un'altra previsione contenuta nell'art. 15 *bis*(4), derogatoria rispetto alla regola generale, il cosiddetto "opting-out mechanism", attraverso il quale uno Stato Parte può dichiarare di non accettare la giurisdizione della Corte in materia di aggressione, privandola, quindi, della possibilità di indagare e procedere per gli atti commessi dallo Stato stesso²³.

²⁰ Ai fini di una migliore comprensione di tali meccanismi è necessario aver ben presente i modi di avvio delle indagini di fronte alla Corte penale internazionale, oggetto di trattazione nei paragrafi successivi. Per maggior ordine sistematico si è ritenuto di esporre in questa sede le disposizioni procedurali contenute nella Risoluzione adottata a Kampala e di rimandare integralmente per gli adeguati strumenti di lettura a quanto si dirà più oltre.

²¹ La procedura è analoga a quella prevista per tutti gli altri crimini di competenza della Corte dall'art. 15 qualora il Procuratore voglia avviare un'indagine *proprio motu*. In quel caso, però, l'autorizzazione a "procedere" deve essere richiesta ad una singola camera preliminare e non all'intera "Division". Sul punto si veda, *infra*, § 3, nota 50. Alcuni autori hanno interpretato le previsioni dell'art. 15 *bis*(6) come applicabili non solo nel caso in cui il Consiglio di sicurezza rimanga silente sull'atto di aggressione, ma anche quando adotti una decisione negativa a riguardo. Cfr. D. SCHEFFER, *The Complex Crime of Aggression*, cit., p. 901.

²² Non è chiaro se in materia di aggressione l'accettazione della giurisdizione della Corte effettuata ai sensi dell'art. 12(3) da uno Stato non Parte possa considerarsi anche, automaticamente, come accettazione della giurisdizione in materia di aggressione. Cfr. C. STAHN, *The 'End', the 'Beginning of the End' or the 'End of the Beginning'? Introducing Debates and Voices on the Definition of 'Aggression'*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 880. Sulla procedura disciplinata dall'art. 12(3) St. CPI cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo.

²³ Il meccanismo in questione è previsto dalla seconda parte dell'art. 15 *bis*(4) che, letteralmente, sancisce: "The Court may, in accordance with article 12, exercise jurisdiction over a crime of aggression, arising from an act of aggression committed by a State Party, unless that State Party has previously declared that it does not accept such jurisdiction by lodging a declaration with the Registrar". In dottrina non vi è unanimità sul fatto che l'entrata in vigore degli emendamenti per i singoli Stati Parte e, quindi, la possibilità della Corte di esercitare la propria competenza ai sensi della disposizione sopra riportata, dipenda o meno da una

Qualora, invece, sia il Consiglio di sicurezza a riferire la situazione al Procuratore, ai sensi dell'art. 15 *ter*, si applicherà la procedura ordinaria prevista dall'art. 13(b) St. CPI ed in tal caso le indagini potranno riguardare anche reati commessi da cittadini di uno Stato non parte o sul territorio di quest'ultimo, come per gli altri reati di competenza della Corte.

Le previsioni contenute nella risoluzione sono state accolte in modo difforme.

Non si può non condividere, però, l'opinione di chi ha salutato il raggiungimento della definizione, per quanto criticabile dal punto di vista sostanziale, come un traguardo non discutibile che consente di considerare l'aggressione come un crimine internazionale perseguibile e punibile da parte della Corte e, a livello simbolico, la guerra come il "male supremo" che sta, generalmente, al centro di tutte le violazioni dei diritti umani e, conseguentemente, all'origine di tutti i crimini internazionali²⁴.

I meccanismi procedurali non sono immuni da critiche.

Quello che sicuramente rileva, per il filo conduttore della presente trattazione, è, ancora una volta, l'incertezza materiale che circonda il crimine di aggressione. Non è prevedibile, infatti, se gli emendamenti otterranno l'approvazione necessaria per la loro entrata in vigore, anche se sul punto sono state espresse opinioni ottimistiche²⁵. Qualora si dovesse raggiungere questo risultato gli aspetti problematici relativi alla possibilità concreta di perseguire il crimine in questione permarranno comunque.

Ci si domanda, infatti, ad esempio, se in mancanza di un *referral* del Consiglio di sicurezza o di una positiva determinazione dello stesso sulla sussistenza dell'atto di aggressione l'Ufficio del Procuratore, prima, e tutta la *Pre-Trial Division*, poi, siano in

accettazione specifica degli emendamenti proveniente dallo Stato Parte in questione o solo dal raggiungimento dei presupposti sopra illustrati (30 ratifiche o accettazioni e l'ulteriore approvazione dell'Assemblea degli Stati Parte). Sulla complessa questione interpretativa che chiama in gioco le disposizioni generali in materia di modifiche allo Statuto contenute nell'art. 121(4) e (5) si veda R. L. MANSON, *Identifying the Rough Edges of the Kampala Compromise*, in *Criminal Law Forum*, vol. 21, 2010, p. 423 s.

²⁴ Il pensiero riportato è di W. A. Schabas, così come citato da H-P. KAUL, *Is It Possible to Prevent or Punish Future Aggressive War-Making?*, testo della relazione svolta durante le LI Haopei Lecture Series, 8 February 2011, in http://www.fichl.org/fileadmin/fichl/documents/FICHL_OPS/FICHL_OPS_1_Kaul.pdf, p. 4. Si rammenti che una definizione simile era già stata elaborata a Norimberga e, nonostante ciò, dopo la seconda guerra mondiale non si rinvennero tentativi giurisdizionali di punire gli atti di aggressione. Sul punto si veda E. GREPPI, *Aggressione e crimine di aggressione: accertamento «politico» e riflessi giurisdizionali internazionali*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI, *Diritti individuali e giustizia internazionale. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 367 s.

²⁵ Secondo alcuni le procedure di approvazione degli emendamenti dovrebbero essere considerate con favore perché avrebbero posto il crimine di aggressione in una sorta di stato comatoso per salvargli la vita nel contesto della Corte penale internazionale. Cfr. D. M. FERENCZ, *The Crime of Aggression: Some Personal Reflections on Kampala*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, 2010, p. 907.

grado di concretizzare l'autonomia loro riconosciuta²⁶. Si critica, inoltre, l'"opting-out mechanism" capace di vanificare del tutto la competenza della Corte in materia di aggressione e si valutano negativamente quelle disposizioni dell'art. 15 *bis* attraverso le quali si priva lo Stato Parte che abbia accettato la giurisdizione della Corte della possibilità di veder perseguito il crimine commesso sul suo territorio da cittadini di uno Stato non parte, diversamente da quanto accade per gli altri reati ai sensi dell'art. 12(2)(a) e (b) dello Statuto²⁷.

La Risoluzione adottata a Kampala rappresenta sicuramente un compromesso come i molti altri spesso accettati per portare avanti il progetto della Corte e le contraddizioni a cui si è fatto cenno sopra sono altrettanto sicuramente corollario dell'ottica compromissoria²⁸. La domanda cruciale, a cui sembra attualmente difficile trovare una risposta con i dati a disposizione, è se il contenuto di quella risoluzione, nel caso in cui gli emendamenti dovessero entrare in vigore²⁹, debba essere considerato solo simbolico e ulteriore esempio, nella vita della Corte, di una "giustizia

²⁶ L'argomento in questione è stato utilizzato durante le trattative che hanno condotto all'adozione della Risoluzione sull'aggressione per ostacolare l'attribuzione all'Ufficio del Procuratore dell'autonomia in questione, propendendo, invece, per il monopolio del Consiglio di sicurezza o, al limite, per la condivisione dello stesso con la Corte di giustizia. I dubbi in merito all'adeguatezza dell'Ufficio dell'accusa per quanto riguarda scelte con implicazioni politiche sono legittimi anche alla luce delle vicende più attuali. Il pensiero va sicuramente alla situazione riguardante la Palestina che non ha ancora trovato una soluzione (sul punto si veda C. STAHN, *The 'End', the 'Beginning of the End'*, cit., p. 881). Sulla questione palestinese in seno alla Corte cfr. *infra*, § 5. Si rammenti, inoltre, che l'atto di aggressione costituisce uno degli elementi del reato e, quindi, nelle fasi successive dovrà essere oggetto di "prova" secondo i diversi standard contemplati per giungere fino a quello più alto previsto per la sentenza di condanna "beyond reasonable doubt" ai sensi dell'art. 66(3) St. CPI. Per una trattazione approfondita dei casi in materia di aggressione affrontati dal Consiglio di sicurezza, dall'Assemblea generale della Nazioni Unite e dalla Corte di giustizia in relazione alla Carta delle Nazioni Unite, sicuramente rilevanti qualora si dovesse procedere in futuro di fronte alla Corte cfr. E. GREPPI, *State Responsibility for Acts of Aggression Under the United Nations Charter: A Review of Cases*, in R. BELELLI (ed.), *International Criminal Justice*, cit., p. 499 s. Si ritiene, inoltre, che nella valutazione in questione l'Ufficio del Procuratore e la Corte possano essere guidati dagli "Understandings" relativi alla Risoluzione (cfr. "Understandings regarding the amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the crime of aggression") di cui, però, non è chiaro il valore giuridico (sul punto si veda, ancora, C. STAHN, *The 'End', the 'Beginning of the End'*, cit., p. 879).

²⁷ Per una critica condivisibile sull'aspetto specifico cfr. G. DELLA MORTE, *La Conferenza di revisione*, cit., p. 746.

²⁸ Sul punto si vedano, per tutti, K. KREß, L. VON HOLTZENDORFF, *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 1179 s. Le disposizioni, frutto del compromesso che ha dominato la tecnica legislativa nella stesura dello Statuto di Roma, delle *Rules of Procedure and Evidence* e degli *Elements of Crimes* e, per ciò che sanciscono o ciò che non dicono, come si vedrà in seguito, si sono rivelate nella prima prassi estremamente problematiche quando oggetto di interpretazione giurisprudenziale nell'ottica della coerenza del sistema.

²⁹ Tale risultato, come molti altri assolutamente vitali per l'effettività della Corte penale internazionale nello sviluppo dei procedimenti, dipende in tutto e per tutto dall'azione degli Stati.

impossibile”³⁰ o, invece, uno strumento -per quanto impreciso e contraddittorio- comunque idoneo a perseguire e punire il crimine di aggressione³¹.

3. Gli ulteriori criteri di attribuzione della competenza . – La competenza della Corte ricomprende, *ratione temporis*, in generale i reati commessi dopo l’entrata in vigore dello Statuto³², a partire dal 1° luglio 2002, e, con riferimento ai singoli Stati Parte, quelli commessi dopo l’entrata in vigore del testo normativo riguardo a ciascuno di essi, a meno che non riconoscano la giurisdizione della Corte “retroattivamente”³³, senza però poter oltrepassare il termine generale da considerarsi assoluto³⁴. Il carattere permanente del nuovo organo giurisdizionale, in grado di superare il problema particolarmente sentito dei giudici speciali *post factum* (come sono stati, ancora, anche i due Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia e per il Ruanda)³⁵, si colloca, in ottica assolutamente evolutiva, al fianco di questa previsione che consente di dare piena attuazione al principio di legalità, esplicitamente sancito dall’art. 22 dello Statuto³⁶, ed è

³⁰ L’espressione è presa a prestito da A. CASSESE, *Giustizia impossibile*, in *La Repubblica.it*, 5 marzo 2009.

³¹ Si deve rammentare come il crimine di aggressione, così come definito dall’art. 15 *bis*, possa presentare problemi anche in relazione ad una caratteristica fondamentale del nuovo sistema processuale, ovvero la partecipazione delle vittime, per una difficoltà di individuazione delle stesse alla luce della definizione contenuta nella *Rule 85 RPE CPI* atteso che, normalmente, la vittima del crimine di aggressione è uno Stato e questo non rientrerebbe nella definizione menzionata. Sulla problematica si veda S. N. HASKOS, *An Argument for the Deletion of the Crime of Aggression from the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Pace International Law review*, vol. 23, 2011, pp. 261-263. L’A. conclude, ma senza approfondite motivazioni, per una cancellazione del crimine di aggressione dallo Statuto di Roma. “A quale pro sudare se la tela giuridica sarà rotta dalla spada o dal cannone?” (F. CARRARA, al termine del suo *Programma*, 1889, vol.VII, § 3927, p.667). Ci si interroga se le parole del noto giurista siano attuali anche nell’ottica del perseguimento internazionale di un reato come l’aggressione dalle così forti implicazioni politiche.

³² Art. 11(1) St. CPI.

³³ Art. 11(2) St. CPI.

³⁴ Non sembra condivisibile l’opinione di chi riteneva che il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con il proprio *referral* potesse oltrepassare tale limite attribuendo alla Corte una competenza retroattiva per fatti commessi antecedentemente al 1° luglio 2002 (cfr. L. CONDORELLI, S. VILLALPANDO, *Referral and Deferral by the Security Council*, in A. CASSESE, P.GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, Oxford University Press, 2002, pp. 634-635).

³⁵ Ovviamente l’esistenza della Corte penale internazionale, sia per quanto attiene alla complementarietà (cfr. *infra*, in questo paragrafo), sia per quanto riguarda la sua natura di “*court of last resort*” che non può occuparsi di tutti i crimini internazionali, attivandosi solo per quelli più gravi, non scongiura la creazione di altri tribunali di carattere internazionale o misto contraddistinti dalla specialità e dalla loro istituzione *post factum*.

³⁶ Sull’argomento si veda M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in G. CARLIZZI, G. DELLA MORTE, S. LAURENTI, A. MARCHESI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Problemi e prospettive*, Vivarium, 2003, p. 159 s.

rafforzata dal divieto di retroattività di cui all'art. 24 dello stesso testo. Si deve rammentare come il principio di legalità menzionato trovi nel nuovo ordinamento uno spazio mai occupato prima nell'ambito della giustizia penale internazionale non solo perché viene formalmente sancito e reso effettivo (come, invece, non era stato in modo palese nelle esperienze precedenti) dal criterio di attribuzione della competenza *ratione temporis*, ma anche perché la disciplina sostanziale contenuta nello Statuto e negli *Elements of Crimes* rivela un approccio dettagliato, sia per la parte generale sia per quella speciale, e sistematico mai incontrato, tanto da essere considerata per la prima volta una vera "codificazione del diritto penale internazionale"³⁷.

Ratione personae, la competenza riguarda i soli reati commessi da "individui"³⁸ che abbiano compiuto i diciotto anni³⁹.

Per l'analisi della competenza della Corte vengono, infine, in rilievo i criteri della "cittadinanza" e "territorialità"⁴⁰, poiché essa si esercita materialmente per i soli reati commessi da un cittadino di uno Stato Parte o sul territorio dello stesso, chiunque sia l'autore. In realtà questi limiti possono essere rimossi in due modi: il primo, contemplato dall'art. 12(3) dello Statuto, in base al quale uno Stato non parte può accettare la giurisdizione della Corte in relazione ad una situazione⁴¹, in tal modo allargando la competenza a reati commessi sul territorio di quello Stato o, anche, dai cittadini dello stesso ed, inoltre, come sarà analizzato più approfonditamente in seguito, attraverso il *referral* del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁴² -uno dei meccanismi di avvio delle indagini- in grado di riferire, appunto, alla Corte situazioni all'interno delle quali siano stati commessi reati contemplati dall'art. 5 a prescindere dai due criteri menzionati.

³⁷ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 3ª ed., Giuffrè, 2009, p. 125.

³⁸ Art.25 (1) St. CPI.

³⁹ Art. 26 St. CPI.

⁴⁰ In tutte le disposizioni analizzate in materia di competenza lo Statuto utilizza il solo termine "*jurisdiction*". Per ragioni di semplificazione si è scelto di usare nella trattazione, per tradurlo, sempre il termine "competenza", pur consci che, nel parallelo con il nostro ordinamento, esso può essere, talvolta, come nel caso dei due criteri in questione, più correttamente sostituito dal termine "giurisdizione". Per una scelta differente in relazione alla medesima questione lessicale cfr. A. CIAMPI, *I caratteri generali della competenza della Corte*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, Giuffrè, 2006, p. 71.

⁴¹ In realtà la locuzione utilizzata è "*crime in question*", ma sembra condivisibile l'interpretazione di chi non ritiene l'accettazione riferibile ad uno specifico crimine, ma, piuttosto ad una situazione. Per una panoramica delle posizioni assunte dalla dottrina sulla questione si vedano S.A. WILLIAMS, W.A. SCHABAS, *Article 12*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, 2nd ed., 2008, p. 559. Sul significato del termine "situazione" nell'ambito dello Statuto di Roma si veda, *supra* § 1, nota 8 e *infra* § 3.

⁴² Art. 13(b) St. CPI.

Per esigenze di comprensione e per avere a disposizione tutti gli strumenti essenziali per trattare gli altri aspetti problematici emersi nei primi anni di vita della Corte si deve rammentare che essa si pone nei confronti delle giurisdizioni statali in base al principio di “complementarietà”, opposto di quella primazia che aveva caratterizzato, invece, i due Tribunali *ad hoc*⁴³. L’intervento della Corte avviene se e solo quando lo Stato, a cui spetti la giurisdizione in relazione a determinati fatti, non voglia o non possa instaurare un procedimento “genuino”⁴⁴. La Corte, quindi, è pensata come una struttura di supporto agli Stati, complementare, appunto, ai quali spetta in via principale la responsabilità di combattere l’impunità per i crimini internazionali⁴⁵.

Giunti a tal punto si può procedere alla prima riflessione di sintesi; la Corte penale internazionale, potenzialmente, è portatrice di giustizia, secondo due diverse direttive: celebrando processi che, altrimenti, e per varie ragioni non verrebbero celebrati altrove e, quindi, perseguendo i colpevoli a livello internazionale; nello stesso tempo, proprio in virtù del principio di complementarietà, la Corte può essere strumento di giustizia in modo indiretto⁴⁶. La sua esistenza dovrebbe, e si sottolinei il condizionale, perché nella prima prassi si sono verificate in tal senso vicende controverse⁴⁷, responsabilizzare gli Stati ed indurli, dove possibile, ad agire, al loro interno, per combattere l’impunità, forse, talvolta in modo ancora più incisivo, per la vicinanza anche fisica alla società all’interno della quale il reato è stato commesso, ricucendo quindi, in maniera più efficace, lo strappo dove questo, a causa del reato, si è verificato (le stesse vittime potrebbero percepire i processi celebrati di fronte a giudici

⁴³ Il principio di “complementarietà” è sancito già nel Preambolo dello Statuto di Roma (cfr. Punto 10 Preambolo St. CPI da coordinarsi con la previsione del Punto 4 che recita: “*Affirming that the most serious crimes of concerns to the international community as a whole must go not unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level [...]*”).

⁴⁴ Art. 17(1)(a) St. CPI.

⁴⁵ La complementarietà è concetto estremamente complesso. Per una trattazione esaustiva si rimanda a F. LATTANZI, *La complementarietà*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., p. 179 s.

⁴⁶ Pur consapevoli della molteplicità dei compiti affidati alla Corte penale internazionale ci si concentra, qui, volutamente, su quello proprio di un organo giudiziario ordinario (ovvero l’instaurazione e celebrazione di processi) che, a parere di chi scrive, dovrebbe essere quello principalmente considerato dalla Corte al fine di rendere efficace il suo mandato, spesso complicato e vanificato, per quanto attiene al raggiungimento degli scopi, proprio dal tentativo di funzionare, allo stesso tempo, come Corte di giustizia, Corte di sicurezza, “organo diplomatico” ed anche di perseguire all’interno dei procedimenti eventualmente instaurati obiettivi complessi, ulteriori rispetto all’accertamento della responsabilità penale. Sul punto si veda la lucida analisi di M. DAMAŠKA, *The Competing Vision of Fairness: the Basic Choice for International Criminal Tribunals*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 36, 2011, p. 376.

⁴⁷ Per la pratica del cosiddetto “*self-referral*” o “*auto-referral*” si veda *nfra*, § 3.

interni, *in primis*, come il riconoscimento, spesso difficile nei contesti in cui i crimini internazionali vengono commessi, dei reati perpetrati in loro danno).

4. I meccanismi di avvio delle indagini: il self-referral. — Le indagini di fronte alla Corte penale internazionale possono essere avviate secondo un triplice meccanismo definito “*triggering mechanism*” per *referral* di uno Stato Parte⁴⁸, per *referral* del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁴⁹ o in base ad una decisione assunta “*proprio motu*” dal Procuratore⁵⁰.

La scansione procedimentale disegnata dallo Statuto non prevede, come invece accade nel nostro ordinamento, la ricezione di una notizia di reato per uno o più fatti specifici da iscriversi formalmente, tanto da segnare in modo certo il momento di avvio del procedimento, ma piuttosto una “denuncia” al Procuratore da parte di soggetti individuati dallo Statuto stesso -come uno Stato, il Consiglio di sicurezza o altri soggetti variabili- di una “*situation*”, insieme magmatico di eventi, generalmente circoscritti territorialmente e temporalmente, sulla quale viene avviata l’indagine. Solo durante il corso di questa, all’emergere di elementi su fatti determinati, ascrivibili, presuntivamente, ad autori specifici, si potrà avere il passaggio dalla “*situation*” al

⁴⁸ Artt. 13(1)(a) e 14 St. CPI.

⁴⁹ Art. 13(1)(b) St. CPI.

⁵⁰ Artt. 13(1)(c) e 15 St. CPI. Non si tratta qui, in modo diffuso, la possibilità del Procuratore di avviare indagini di propria iniziativa, sulla base di comunicazioni ricevute attraverso vari canali, non perché questo ingranaggio del “*triggering mechanism*” non presenti problemi di funzionamento, ma per ragioni sistematiche. Si ricordi che l’autonomia attribuita all’Ufficio dell’accusa attraverso le disposizioni citate è stata fortemente dibattuta nelle trattative della Conferenza diplomatica. Il suo accoglimento nel sistema è frutto di un compromesso di cui è corollario la disciplina contenuta nell’art. 15 dello Statuto, diversa da quella prevista nel caso di *referral* di uno Stato Parte o del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, che consente al Procuratore di avviare un’indagine *proprio motu* solo dopo aver ottenuto l’autorizzazione della camera preliminare. Sulle trattative che hanno condotto a tale soluzione si veda S.A. FERNÁNDEZ DE GURMENDI, *The Role of the International Prosecutor*, in R.S. LEE, *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute*, cit., p. 176 s. Il potere in questione è stato utilizzato per avviare l’indagine relativa alle violenze accadute in Kenia nel periodo post-elettorale 2007-2008. Si veda *Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01/09, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of the Investigation Into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 March 2010. Ad oggi pende di fronte alla Camera Preliminare III la decisione relativa alla richiesta del Procuratore di avviare un’indagine ai sensi dell’art. 15 dello Statuto per i fatti accaduti in Costa d’Avorio nel 2002. La situazione è peculiare sotto due aspetti. Il primo: la Costa d’avorio non è uno Stato Parte, ma ha accettato la giurisdizione della Corte per una specifica situazione il 18 marzo 2003, confermando tale accettazione il 14 dicembre 2010 dopo l’elezione del nuovo Presidente. Inoltre, come è evidente, l’Ufficio dell’accusa ha tenuto sotto osservazione la situazione per ben otto anni. Tale lasso di tempo potrebbe essere visto come indice delle difficoltà della Procura della Corte nell’assumere decisioni rapide sull’apertura o meno di indagini a fronte di situazioni intricate dal punto di vista politico. Sull’accettazione della giurisdizione della Corte da parte della Costa d’Avorio cfr. D. DONAT CATTIN, *Accettazione della competenza ad hoc e funzione preventiva dell’intervento della Corte penale internazionale: la situazione della Costa d’avorio*, in O. FERRAJOLO (a cura di), *Corte penale internazionale. Aspetti di giurisdizione e funzionamento nella prassi iniziale*, Giuffrè, 2007, p. 93 s.

cosiddetto “*case*”. Tale passaggio, non definito né dallo Statuto né dalle *Rules of Procedure and Evidence*, è stato individuato dalla giurisprudenza nella richiesta ed emissione a carico di un sospettato di uno dei provvedimenti previsti dall’art. 58 dello Statuto, ovvero il mandato di arresto o il mandato di comparizione⁵¹.

Le tre vie contemplate dallo Statuto sono già state percorse nella prassi della Corte, dando origine a quelle sei indagini menzionate che hanno condotto, tutte, all’emissione di “provvedimenti cautelari” ed al sorgere dei relativi “*cases*”, non senza rivelare nuove problematiche.

Uno degli aspetti controversi è rappresentato dal cosiddetto “*auto-referral*” o “*self-referral*”. Nel disciplinare il meccanismo di avvio delle indagini per mano di uno Stato Parte e, quindi, nel redigere l’art. 13(1)(a) e l’art. 14 dello Statuto, i *drafters*, nell’ottica dell’assetto generale dell’ordinamento che si regge, come detto, sul principio di complementarità, avevano sicuramente pensato ad uno Stato che riferisse fatti accaduti sul territorio di un altro Stato, oppure commessi da cittadini di uno Stato diverso, ma non vi è traccia di una riflessione che toccasse anche una sorta di “auto denuncia”⁵². In realtà nella prima prassi della Corte si è manifestato un fenomeno, forse inaspettato, situazione anomala in presenza della quale lo Stato che avrebbe giurisdizione sui fatti commessi sul suo territorio o da propri cittadini si spoglia volontariamente della giurisdizione stessa, chiedendo l’intervento della Corte, senza dimostrare di non avere i mezzi adeguati per svolgere internamente indagini o celebrare processi, dando vita al cosiddetto “*self-referral*”. Ciò è accaduto, su probabile spinta dell’Ufficio del Procuratore, per la Repubblica democratica del Congo, la Repubblica centrafricana e, soprattutto, l’Uganda. Il meccanismo in questione, pur se, dal punto di vista formale, non incompatibile in assoluto con le disposizioni dello Statuto, cela notevoli insidie che potrebbero addirittura portare ad una strumentalizzazione della Corte⁵³.

⁵¹ *Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04, Public Redacted Version Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 and VPRS 6, 17 January 2006, § 65.* Sulla nozione di “*case*” cfr. R. RASTAN, *What Is a Case for the Purpose of the Rome Statute?*, in *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, p. 435 s. Con la richiesta di emissione di uno dei provvedimenti di cui all’art. 58 St. CPI si dovrebbe anche individuare il momento formale della “*prosecution*”, oggetto di scelta discrezionale da parte del Procuratore ai sensi dell’art. 53(2) St. CPI. In caso di emissione dei provvedimenti menzionati il futuro sviluppo del procedimento, meramente eventuale, prevede la fase della “*confirmation of the charges*” (art. 61 St. CPI) e, a seguito della conferma, una sorta di “rinvio a giudizio”, quella del “*trial*”, deputata all’assunzione delle prove e finalizzata all’accertamento della responsabilità penale ed alla pronuncia di una sentenza sul merito (artt. 62-76 St. CPI).

⁵² W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., pp. 309-310.

⁵³ C’è chi ha definito la pratica in esame come una “invenzione dell’Ufficio del Procuratore” piuttosto che il frutto di una interpretazione dello Statuto. In tal senso W. A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 309.

Ci si deve domandare, innanzitutto, se sia legittimo superare il principio di complementarità e consentire, quindi, l'avvio delle indagini a prescindere dalla dimostrazione dell'inadeguatezza delle strutture giudiziarie interne per perseguire i crimini in questione, come è avvenuto nei tre casi menzionati⁵⁴. Appare preferibile e condivisibile l'opinione di chi ha elaborato una risposta negativa, sia sulla base della lettura delle norme applicabili sia grazie ad una riflessione più generale su quelli che abbiamo detto essere gli scopi fondamentali della Corte, sanciti nel Preambolo dello Statuto⁵⁵. Il "self-referral" sembra vanificare, inoltre, la possibilità per la Corte penale internazionale di funzionare come impulso per gli Stati perché questi combattano al loro interno, come accennato sopra, l'impunità per i crimini internazionali (compito non trascurabilmente sancito a livello statutario nel Preambolo).

Il pericolo maggiore, però, è quello che si verifica quando lo Stato riferisca una situazione all'interno della quale sono stati commessi reati da parte di ribelli o oppositori del potere, con l'intento di reprimerli. Non è un caso che i tre *auto-referrals* presentati riguardino situazioni di tal genere, anche se solo quello relativo all'Uganda aveva ad oggetto, specificamente, in modo esclusivo reati commessi dagli appartenenti al "Lord's Resistance Army"⁵⁶. Proprio a fronte della formulazione di quel *referral* il Procuratore ha avvertito la necessità, riconoscendone, quindi, gli aspetti critici e pericolosi, di rilasciare una dichiarazione in cui affermava di non sentirsi limitato nelle indagini e di volerle condurre in modo imparziale anche per fatti commessi da altri soggetti⁵⁷. Si deve ricordare, però, che la cooperazione degli Stati è assolutamente vitale per la Corte penale internazionale, sotto molteplici punti di vista, e si deve anticipare, fin d'ora, che proprio la cooperazione degli Stati con la Corte, anzi il suo difetto, rappresenta uno degli aspetti più nefasti in questi primi anni di attività. La Corte, ancor di più di quanto accadeva nella prassi dei Tribunali *ad hoc*, è quasi totalmente priva di quegli strumenti che normalmente nelle giurisdizioni nazionali sono affidati alla polizia ed al rappresentante dell'accusa, dovendo affidarsi dall'esecuzione dei

⁵⁴ La Camera Preliminare I nel caso *Lubanga* ha esplicitamente riconosciuto la compatibilità del meccanismo con il principio di complementarità. Cfr. *Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8, *Decision on the Prosecutor Application for a Warrant of Arrest*, 10 February 2006, § 35.

⁵⁵ Cfr. J. K. KLEFFNER, *Auto-referrals and the complementary nature of the ICC*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, cit., p. 44 s.

⁵⁶ Sulla problematica si veda A. CASSESE, *The International Criminal Court five years on*, cit., pp. 25-26. Per una prima analisi, priva di critiche, sul *referral* da parte dell'Uganda si veda P. AKHAVAN, *The Lord's resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court*, in *American Journal of International Justice*, vol. 99, 2005, p. 403 s., dove l'A., a p. 411, sostiene, in modo non condivisibile, che, senza dubbio, nel riferire la situazione alla Corte penale internazionale il governo ugandese fosse ben consapevole di esporsi ad eventuali indagini.

⁵⁷ Office of the Prosecutor, Joint Press Conference, London, 29 January 2004.

mandati di arresto fino alla conclusione dello svolgimento delle indagini all'azione degli Stati, appunto. Il fatto che dopo un *self-referral* -che riguarda esplicitamente o meno crimini commessi da oppositori del governo dello Stato- il Procuratore decida di svolgere le indagini senza limitazioni soggettive, indirizzandole anche verso altri autori e, soprattutto, verso appartenenti alle forze dell'ordine o agli apparati di potere di quello Stato, non significa che possa ottenere pari collaborazione dallo stesso e, quindi, uguali risultati, con un indubbio condizionamento materiale delle indagini, senza scongiurare il pericolo della strumentalizzazione e politicizzazione della Corte⁵⁸.

5. I complessi rapporti fra la Corte ed il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. — Il secondo meccanismo di avvio delle indagini su cui si intende riflettere è il *referral* del Consiglio di sicurezza che, come già chiarito, può riferire alla Corte, agendo in base al disposto del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, una situazione all'interno della quale si presumano commessi reati rientranti nella sua competenza *ratione materiae* e *temporis* a prescindere, però, dal fatto che questi rispondano ai criteri di territorialità e cittadinanza sopra illustrati⁵⁹. Il *referral* del Consiglio di sicurezza, ad oggi, è stato utilizzato per affidare alla Corte le situazioni relative ai fatti accaduti in Darfur⁶⁰ e quelli assolutamente contemporanei riguardanti la Libia⁶¹.

Come già accennato, la Corte penale internazionale, doveva superare, nelle intenzioni dei legislatori, il rapporto di necessaria dipendenza che i Tribunali *ad hoc* avevano avuto con il Consiglio di sicurezza. A Roma si discusse se attribuire a quest'ultimo il monopolio del potere per dare impulso alle indagini, decidendo, invece, di affiancare a tale meccanismo gli altri due previsti dall'art. 13 dello Statuto, proprio per dotare la Corte di una maggiore autonomia. Tale tendenza sembra aver avuto il

⁵⁸ Il pericolo era stato evidenziato già all'indomani del primo *self-referral*. Cfr. P. GAETA, *Is the Practice of 'Self-Referrals' a Sound Start for the ICC?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 951-952.

⁵⁹ Non vi è opinione unanime sulla necessità, a fronte di un *referral* del Consiglio di sicurezza, di verificare i requisiti di ammissibilità di cui all'art. 17. La questione, forse appositamente lasciata irrisolta, sembra poter essere definita con risposta negativa dalla lettura coordinata degli articoli 17 e 18. Si rammenti, però, che il Procuratore nel caso del Darfur ha, invece, assunto una posizione opposta ritenendosi vincolato, nei vari rapporti svolti di fronte al Consiglio di sicurezza, dai criteri di cui all'art. 17. Sul punto si veda S.A. WILLIAMS, W.A. SCHABAS, *Article 13*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 570. Non sembra esservi traccia di dichiarazioni sull'argomento nel rapporto svolto dal Procuratore sull'indagine relativa alla Libia. Cfr. Office of the Prosecutor, *First Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011)* e Office of the Prosecutor, *Statement to the United Nations Security Council on the situation in the Libyan Arab Jamahiriya, pursuant to UNSCR 1970(2011)*, in <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Situations+and+Cases/Situations/ICC0111/Reports+to+the+UNSC/>.

⁶⁰ UNSCR 1593 (2005), Adopted by the Security Council at its 5158th meeting, on 31 March 2005.

⁶¹ UNSCR 1970 (2011), Adopted by the Security Council at its 6491th meeting, on 26 February 2011.

suo spazio anche nelle trattative per la redazione degli emendamenti allo Statuto in materia di aggressione, conducendo alla possibilità, probabilmente non di facile attuazione⁶², di avviare un'indagine a prescindere da una determinazione del Consiglio di sicurezza sull'esistenza di un atto di aggressione.

L'indipendenza della Corte non sembra necessariamente limitata dal meccanismo in esame, perché il Procuratore, a fronte del *referral*, mantiene autonomia e discrezionalità potendo, formalmente, decidere di non avviare un'indagine sulla situazione riferita qualora ricorrano i presupposti di cui all'art. 53 dello Statuto o, successivamente, di non procedere ai sensi del secondo paragrafo della stessa norma⁶³.

L'indipendenza potrebbe, invece, venir posta a maggior rischio dall'istituto del "*deferral*", disciplinato dall'art. 16 dello Statuto, attraverso il quale il Consiglio può impedire, tramite risoluzione, l'avvio di un procedimento o la sua prosecuzione per un periodo di dodici mesi, prorogabili *sine die*, per ragioni espresse riconducibili al disposto del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite⁶⁴. Tale strumento non è mai stato utilizzato fino ad ora, anche se il ricorso allo stesso è stato invocato a gran voce dai paesi dell'Unione Africana con riguardo alle indagini relative al Darfur, al Kenia ed alla Libia⁶⁵. Anch'esso, per quanto incidente sulle scelte della Corte, potrebbe, però, essere visto come parte di un piano più ampio di quello semplicemente giudiziario in

⁶² Cfr. *supra.*, § 2.

⁶³ L'interpretazione, non unanimemente accolta, sembra preferibile, a parere di chi scrive, oltre che per coerenza con la necessità di tutelare l'indipendenza della Corte, anche dopo la lettura attenta del testo dell'art. 53 St. CPI e della *Rule 105 RPE CPI*. Cfr. *infra*, § 5, nota 102.

⁶⁴ Sull'istituto in questione si veda, in generale, M. BERGSMO, J. PEJIĆ, *Article 16*, in O. TRIFFTERER (ed.), *The Rome Statute*, cit., p. 595 s.

⁶⁵ Sulla posizione dell'Unione Africana cfr. *infra*. Si rammenti che il Consiglio di sicurezza, all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto, ha adottato una risoluzione, fortemente criticata, con effetto analogo ad un "*deferral*", ma che non sembra potersi collocare nell'ambito di operatività dell'art. 16 St. CPI, pur richiamato dal testo. Si tratta della UNSCR 1422 (2002) che garantisce sostanzialmente immunità ai cittadini di uno Stato non parte coinvolti in operazioni disposte o autorizzate dalle Nazioni Unite per un periodo di dodici mesi, rinnovabili. Si può considerare la risoluzione come tassello di un più ampio piano, soprattutto degli Stati Uniti. Non è questa la sede per poter trattare diffusamente l'argomento del rapporto fra gli USA e la Corte (per il quale si rimanda a S.B. SEWALL, C. KAISEN (eds.), *The United States and the International Criminal Court*, American Academy of Arts and Sciences, 2001, *passim*). Si deve solo ricordare che gli Stati Uniti, firmatari dello Statuto, hanno poi ritirato la firma apposta ed hanno iniziato una strenua campagna di opposizione generale alla Corte e di sottrazione dei propri cittadini alla sua giurisdizione, condotta, soprattutto, attraverso la conclusione di "*bilateral agreements*" con singoli Stati ai sensi dell'art. 98 dello Statuto e culminata nel cosiddetto "*American Service-Members' Protection Act*", entrato in vigore nel 2002 che proibisce, in generale, qualunque forma di cooperazione con la Corte e contiene la clausola soprannominata "*The Hague Invasion Act*" che consente al presidente degli Stati Uniti di usare qualunque mezzo per liberare cittadini americani detenuti presso la Corte o in virtù di un provvedimento emesso dai suoi organi. Le relazioni degli USA con la Corte penale internazionale sembrano essere mutate (anche se solo apparentemente) con il passaggio dall'amministrazione Bush a quella Obama. Sul punto cfr. V. FANCHIOTTI, *Cessate le ostilità statunitensi verso la Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2652 s.

cui la Corte stessa diviene complementare rispetto al Consiglio di sicurezza nel raggiungimento degli obiettivi di pace⁶⁶.

Nel momento in cui, però, le scelte del Consiglio di sicurezza risultano dominate da ragioni politiche non perfettamente riconducibili al Capitolo VII della Carta, questo equilibrio viene meno e la Corte rischia di diventare una pedina nelle sue mani (o forse in quelle, soprattutto, dei suoi membri permanenti).

Non vi è chi non veda, nei primi anni di attività del nuovo organismo giurisdizionale, margine di preoccupazione in tal senso.

Le Risoluzioni sul Darfur e la Libia riguardano sicuramente situazioni diverse che meritano considerazioni autonome, ma che possono essere analizzate comparativamente per guidare l'interprete lungo una riflessione proprio sul rapporto fra il Consiglio e la Corte e quei margini di preoccupazione⁶⁷.

La risoluzione sul Darfur, adottata con l'astensione di due membri permanenti⁶⁸, che ha riferito alla Corte la "situazione" a partire dal 1° luglio 2002, da molti è stata accolta come il trionfo della giustizia, ma da altri, non peregrinamente, innanzitutto, come era già stato sottolineato per i Tribunali *ad hoc* definiti la "foglia di fico" del Consiglio, non parte di una strategia, ma quale *escamotage* per nascondere la totale assenza di questa⁶⁹. Inoltre deve essere oggetto di critica la previsione relativa ai cittadini di uno Stato non parte per condotte poste in essere sul territorio oggetto del *referral*, quando gli stessi si trovino in quei luoghi per missioni autorizzate dal Consiglio o dall'Unione Africana, sui quali la Corte non può esercitare giurisdizione⁷⁰. Essa può essere considerata come il frutto delle negoziazioni da parte degli USA che l'hanno ottenuta in cambio della decisione di non esercitare il loro diritto di veto. Un'altra previsione criticabile è quella contenuta nel punto 7 della Risoluzione,

⁶⁶ Si tratta della doppia natura, non priva di aspetti problematici, della Corte penale internazionale, da considerarsi quale "corte di giustizia", in senso tradizionale, ma anche, quale "corte di sicurezza". Per una riflessione critica sul punto si veda G.P. FLETCHER, J.D. OHLIN, *The ICC: Two Courts in One*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 428 s. A parere di chi scrive le scelte operate dal Procuratore e dai giudici in seno ad un'indagine avviata per *referral* del Consiglio di sicurezza dovrebbero rispondere solo ad esigenze di giustizia, senza essere limitate da obiettivi di pace perseguibili attraverso altre vie, al limite anche quella della sospensione dei procedimenti in corso ai sensi dell'art. 16 dello Statuto, frutto, però, di una decisione del Consiglio di sicurezza e non di un organo interno alla Corte. Il problema si pone, soprattutto, in relazione alle scelte di "*prosecutions*" che dovrebbero essere effettuate dal Procuratore solo guardando alle disposizioni, peraltro già piuttosto duttili, dell'art. 53 St. CPI.

⁶⁷ Per una trattazione completa delle Risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza relative alle interazioni con la Corte si veda N. WHITE, R. CRYER, *The ICC and the Security Council: An Uncomfortable Relationship*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 466 s.

⁶⁸ Le astensioni, quattro in totale, sono quelle degli Stati Uniti, Cina, Brasile ed Algeria.

⁶⁹ N. WHITE, R. CRYER, *The ICC and the Security Council*, cit., p. 479.

⁷⁰ Il punto 6 della Res. 1593(2005) in esame richiama alla memoria il contenuto della Res. 1422(2002). Cfr. *supra*, nota 65.

attraverso la quale si esclude che le spese derivanti dal *referral*, ed in modo specifico quelle per le indagini e le eventuali *prosecutions*, possano essere poste a carico delle Nazioni Unite, in apparente contrasto con il testo dell'art. 115(b) dello Statuto⁷¹.

Come si anticipava la Risoluzione 1970 (2011) si differenzia da quella precedente, *in primis*, perché adottata solo undici giorni dopo il verificarsi dei fatti oggetto della situazione riferita. La celerità non ha caratterizzato solo l'azione del Consiglio di sicurezza, ma anche quella degli organi della Corte, in special modo del Procuratore, il quale nella "situazione Darfur" aveva impiegato ben due anni per la richiesta dei primi mandati di arresto, poi emessi solo il 27 aprile 2007, ed ha deciso, invece, di avviare un'indagine sulla situazione libica quasi contestualmente all'adozione della Risoluzione, avanzando poi l'istanza per i mandati di arresto il 16 maggio 2011, emessi il 27 giugno. Tale differenza nel procedere è stata salutata favorevolmente⁷². Se è vero che ogni indagine richiede i propri tempi, è anche vero che nel caso del Darfur questi, per oggettive difficoltà nello svolgimento delle indagini stesse⁷³, ma anche per eccessiva cautela del Procuratore⁷⁴ si sono dilatati oltremisura⁷⁵.

Un'altra differenza macroscopica è rappresentata dall'adozione della Risoluzione sulla Libia all'unanimità. Questo dato di fatto, poteva, come alcuni hanno creduto, forse troppo ottimisticamente, rappresentare una evoluzione nei rapporti con la Corte, soprattutto degli Stati Uniti, foriera di nuove opportunità. Con atteggiamento

⁷¹ L'articolo in questione che regola, in generale, la materia delle spese della Corte e dell'Assemblea degli Stati Parte, alla lettera (b) prevede che le spese debbano essere coperte anche dai finanziamenti provenienti dalle Nazioni Unite, letteralmente "[...] *in particular in relation to the expenses incurred due to referrals by the Security Council*".

⁷² Si veda, per tutti, C. MELONI, *Chiesto l'arresto di Gheddafi per crimini contro l'umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 17 maggio 2011.

⁷³ La difficoltà di svolgimento delle indagini si accompagna, come vedremo, alle difficoltà (se non all'impossibilità) di esecuzione dei mandati, soprattutto quelli a carico dei due capi di Stato coinvolti e rivela una delle problematiche principali per l'efficacia dell'attività della Corte, ovvero la (mancata) cooperazione degli Stati, anche se Parte.

⁷⁴ Cfr. A. CASSESE, *Is the ICC Still Having Teething Problems?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 438 s.

⁷⁵ La lentezza che caratterizza la prima prassi della Corte penale internazionale è uno dei fattori maggiormente criticati. L'intensificarsi dei ritmi nell'indagine sulla Libia potrebbe, però, non essere necessariamente frutto di un miglioramento generale, ma di esigenze contingenti che hanno spinto l'Ufficio dell'accusa ad accelerare i tempi oltre che a basarsi completamente sui risultati di indagine e sugli elementi raccolti dall'*International Commission of Inquiry* istituita dall'ONU e presieduta da Cherif Bassiouni, a differenza di quanto accaduto, soprattutto inizialmente, in Darfur (è lo stesso Procuratore ad aver comunicato pubblicamente tale intenzione durante la conferenza stampa svoltasi presso la Corte il 28 giugno 2011, all'indomani dell'emissione dei mandati, dichiarando di aver imparato dalle esperienze precedenti a non tentare di svolgere indagini autonome dove non si trovi collaborazione o dove ci si esponga ad un eccessivo pericolo, con chiaro riferimento a tutte le situazioni in cui è in corso un conflitto, ma soprattutto a quella in Darfur).

più realistico si poteva, forse, considerare quell'unanimità come sintomo, nuovamente, della motivazione politica che aveva mosso il Consiglio di sicurezza, attraverso i suoi membri, e, quindi, ancora una volta dell'uso forse, addirittura, distorto, della Corte da parte del Consiglio stesso. Tale affermazione sembra oggi assolutamente fondata, alla luce degli eventi successivi, tanto da poter sostenere che il *referral* del Consiglio di sicurezza sia stato determinato anche, se non soprattutto, dall'intenzione di trovare ulteriore giustificazione all'intervento militare della Coalizione NATO a sostegno dei ribelli⁷⁶. E' doveroso domandarsi se a tale conclusione si potesse arrivare al momento dell'emissione della Risoluzione, anche se con un margine di incertezza maggiore. La risposta positiva, a parere di chi scrive, potrebbe essere contenuta nel testo della Risoluzione stessa e rappresentata dal punto 6 che detta una clausola identica a quella sopra analizzata e contenuta nella Risoluzione sul Darfur per quanto riguarda la sottrazione alla giurisdizione della Corte dei cittadini di uno Stato non parte che si trovino ad operare sul territorio libico. Tale clausola che mal si collocava, infatti, nel mutato assetto dei rapporti degli USA con la Corte e sembrava, apparentemente, poco giustificabile, mentre lo era stata per quanto riguardava il Darfur, avrebbe potuto, infatti, far riflettere fin dal momento dell'adozione della Risoluzione.

6. I mandati di arresto a carico di Al Bashir e Gheddafi: presupposti cautelari e standard probatori. — Come accennato, a fronte di entrambi i *referrals*, l'Ufficio dell'accusa ha deciso di avviare un'indagine che, con scansioni temporali differenti, ha condotto a richiedere e veder emessi mandati a carico di due capi di Stato: il primo destinato al presidente del Sudan Al Bashir⁷⁷, il secondo diretto a Muammar Gaddafi, leader libico *de facto* dal 1969⁷⁸. Le problematiche sottese ai mandati in questione sono

⁷⁶ Per questa conclusione si veda C. MELONI, *Emesso il mandato di arresto nei confronti del colonnello Gheddafi*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 luglio 2011.

⁷⁷ Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009; Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 12 July 2010. Il primo mandato destinato al presidente Al Bashir, emesso per sette capi di imputazione relativi a crimini di guerra e crimini contro l'umanità, è stato preceduto da due provvedimenti adottati a carico di altrettanti indagati il 27 aprile 2007. Si ricordi che il Procuratore, strategicamente, ha reso pubblica la richiesta di emissione del mandato destinato ad Al Bashir prima della decisione da parte della Camera Preliminare. Sul punto si veda C. GOSNELL, *The Request for an Arrest Warrant in Al Bashir*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 840 s. Il secondo mandato di arresto a carico di Al Bashir ha accolto, ottemperando al giudizio di rinvio della Corte d'appello, la tesi dell'accusa e ricompreso, quindi, il reato di genocidio escluso in prima istanza. Sulla vicenda specifica si veda *infra*, in questo stesso paragrafo.

⁷⁸ Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyat Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al Senussi, ICC-01/11, *Warrant of Arrest for Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi*, 27 June 2011. Il mandato, accompagnato da quelli a carico degli altri due coindagati, Saif Gaddafi e Abdullah Al-Senussi,

sconfinare. Qui si vuol solo evidenziare come la Camera Preliminare I, diversamente composta, abbia ritenuto non sussistere l'immunità di fronte alla Corte per entrambi i capi di Stato; come tale conclusione non sia assolutamente pacifica in dottrina⁷⁹ e come questa situazione complessa si sia ripercossa sul modo in cui gli Stati si sono posti di fronte ai mandati. A prescindere dalle motivazioni intricate utilizzate a sostegno di una o dell'altra posizione, il dato di fatto è la mancata esecuzione dei provvedimenti, riferendosi soprattutto a quello a carico di Al Bashir che continua ad oltrepassare indisturbato i confini del Sudan, viaggiando non solo attraverso Stati non parte e non membri dell'ONU, ma visitando i territori di Stati Parte, come, da ultimo, ad esempio, il Kenia⁸⁰. La richiesta di emissione di un mandato a suo carico, sicura affermazione da parte dell'Ufficio dell'accusa della propria indipendenza⁸¹, ha sollevato forti critiche in relazione all'effetto negativo del provvedimento sul processo di pace di cui Al Bashir veniva considerato uno dei protagonisti⁸², riportando alla ribalta l'annosa questione, già toccata concretamente nella prima prassi della Corte al momento dell'emissione dei mandati a carico dei leader del *Lord's Resistance Army* nell'indagine sull'Uganda, del rapporto fra giustizia e pace e, soprattutto, dell'opportunità che i procedimenti penali cedano il passo alle trattative di pace, senza ostacolarle o che, almeno, si svolgano in modo da coordinarsi con quelle trattative. Tale malcontento ha, addirittura, portato l'Unione Africana, di cui sono membri ben trentatré Stati Parte, a chiedere al Consiglio di sicurezza l'adozione di un *deferral*⁸³. Questo breve accenno alle problematiche

rispettivamente, figlio e cognato del *rais*, è stato emesso per omicidio e persecuzione, quali crimini contro l'umanità. Sia per quanto riguarda Gheddafi sia in relazione ad Al-Bashir la contestazione viene ricondotta sotto il disposto dell'art. 25(3)(a) dello Statuto che disciplina la cosiddetta "*indirect responsibility*" o "*indirect perpetration*". Per l'analisi della norma in esame si veda W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 427 s.

⁷⁹ Per le due posizioni opposte, si vedano, per tutti: P. GAETA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, p. 315 s. e S. PAPIILLON, *Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?*, in *International Criminal Law review*, vol. 10, 2010, p. 275 s.

⁸⁰ Dopo l'emissione del secondo mandato a carico di Al Bashir che, a seguito della decisione della Corte d'appello (Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Judgement on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, 3 February 2010), ha ricompreso anche l'imputazione per genocidio, inizialmente esclusa, c'è chi ha sostenuto la possibilità di utilizzare le disposizioni della Convenzione ONU sul Genocidio per "costringere" gli Stati ad eseguire il mandato (cfr. G. SLUITER, *Using Genocide Convention to Strengthen Cooperatin with the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 365 s.). Anche questa via non ha portato fino ad ora al raggiungimento di risultati concreti.

⁸¹ Cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo.

⁸² Sulla posizione in proposito di chi scrive si veda *supra*, nota 66.

⁸³ La risoluzione dell'Unione Africana, mai attuata dal Consiglio di sicurezza, è stata, per tale ragione, seguita da quella in cui l'Unione dichiarava che non avrebbe collaborato con la Corte nell'esecuzione del mandato ai sensi dell'art. 98 dello Statuto, riconoscendo l'immunità di Al Bashir,

relative all'atteggiamento degli Stati Parte e non parte nelle due vicende in esame porta a concludere per una forte criticità in materia di cooperazione degli Stati con la Corte nella prima prassi che incide, di fatto e quasi irrimediabilmente⁸⁴, sulla possibilità di sviluppare i procedimenti instaurati in modo che non rimangano scatole vuote, da un lato, e non si concretizzi una percezione diffusa della Corte penale internazionale come organo incapace, in tutto e per tutto, di adempiere al proprio compito giurisdizionale.

Lo sviluppo delle vicende relative al colonnello Gheddafi aggiunge, inoltre, qualche dettaglio al ragionamento sopra svolto: se è vero che dal punto di vista processuale il mandato di arresto non può essere revocato e, se non eseguito, rimane pendente così come il "case" a carico del suo destinatario, senza poter disporre l'"archiviazione" del procedimento⁸⁵, e se è perfettamente motivabile, in tal senso,

invece negata dal Collegio dei giudici che ha emesso il provvedimento cautelare. L'atteggiamento dell'Unione Africana è stato analogo anche per quanto riguarda i mandati di arresto emessi nel caso della Libia ed ha condotto, il 15 luglio 2011, all'adozione di una decisione con cui l'Unione ha ribadito la non cooperazione per l'esecuzione del mandato a carico di Al Bashir estendendola anche a quello destinato a Gheddafi. Il provvedimento in questione ha, inoltre, riaffermato la necessità di sospendere i procedimenti aperti di fronte alla Corte penale internazionale relativi a tutti i crimini commessi in Sudan, Kenia e Libia (cfr. Assembly/AU/Dec.366(XVII), *Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, Doc. EX.CL/670(XIX), in [http://au.int/en/sites/default/files/Assembly_AU_Dec_363-390_\(XVII\)](http://au.int/en/sites/default/files/Assembly_AU_Dec_363-390_(XVII)) e COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *African Union Maintains Contradictory Stance of Justice*, in http://www.coalitionfortheicc.org/documents/CICC_Advisory_AUSummit_18July2011_FINALpdf).

⁸⁴ Si rammenti che la Corte penale internazionale non ha strumenti coercitivi per ottenere la cooperazione degli Stati. Le questioni di mancata cooperazione possono essere sottoposte all'Assemblea degli Stati Parte ed al Consiglio di sicurezza per l'adozione di eventuali sanzioni ai sensi dell'art. 87(5) e (7) St. CPI (sull'argomento della cooperazione in generale e dei rimedi, in caso di violazione dei relativi obblighi, si veda A. CIAMPI, *The Obligation to Cooperate*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. II, Oxford University Press, 2002. p. 1607 s.). Al di là delle problematiche relative al venir meno dell'immunità per i capi di Stato sopra accennate, si deve sottolineare come, per l'esecuzione dei mandati a carico di Al Bashir e Gheddafi, l'obbligo di cooperazione gravi in base alle disposizioni dello Statuto su tutti gli Stati Parte e in base alle risoluzioni, in generale, su tutti gli Stati membri dell'ONU ed in modo specifico, rispettivamente, sul Governo sudanese e su "tutte le altre parti del conflitto in Darfur", nonché sul Governo libico. E' singolare notare come, per quanto attiene alla mancata cooperazione che ha afflitto i primi procedimenti di fronte alla Corte, siano stati i giudici ad assumere il ruolo di interlocutori con l'Assemblea degli Stati Parte o con il Consiglio di sicurezza, non esplicitamente attribuito loro o a nessun altro soggetto dai testi normativi. Sull'argomento si veda C. STAHN, *How Is the Water? Light and Shadow in the First Years of the ICC*, in *Criminal Law Forum*, vol. 22, 2011, p. 179.

⁸⁵ Anche un eventuale *deferral* adottato dal Consiglio di sicurezza non avrebbe un effetto archiviativo, ma solo sospensivo. Inoltre ci si deve domandare se, qualora dovesse essere assunto un provvedimento ai sensi dell'art. 16 dello Statuto, al di là delle problematiche sulla sua assoluta vincolatività per l'Ufficio dell'accusa (sulle quali si rimanda a W.A. SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., p. 332), in pendenza dello stesso possano essere compiuti "atti urgenti" e se possa ricondursi a tale categoria anche l'esecuzione del mandato e non solo gli atti necessari per evitare la perdita di prove. In caso di risposta positiva ci si dovrebbe porre il problema del rispetto dei diritti umani dell'indagato che si

L'affermazione di chi ha sostenuto che l'emissione del mandato impedirebbe la ricerca e l'adozione di qualunque soluzione diplomatica a carico del "rais"⁸⁶, è anche vero che nel corso dell'"estate libica" le cronache hanno diffuso notizie relative a trattative in corso per individuare tale soluzione diplomatica⁸⁷, condotte soprattutto dalla Francia, Stato Parte, in cui si sarebbe scartata l'ipotesi dell'esilio, concedendo a Gheddafi di rimanere in Libia, qualora avesse deciso di abbandonare il potere. L'atteggiamento della Francia, accompagnata dalla Gran Bretagna, nella vicenda, data l'esistenza di un procedimento penale internazionale e di un mandato di arresto, rivela una scarsa considerazione per l'istituzione della Corte⁸⁸. L'emissione del "warrant of arrest" nei confronti di Al Bashir era stata definita esempio di una giustizia impossibile; il *referral* del Consiglio di sicurezza per la Libia ed i successivi sviluppi nella "questione libica" fanno pensare, invece, al fatto che la giustizia penale internazionale sia considerata, ancora ed in modo assolutamente criticabile, uno strumento dominato dalla "real-politik". In questo contesto l'emissione dei mandati a carico dei due capi di Stato, per quanto "impossibili" in relazione alla loro esecuzione, deve essere considerata il frutto del tentativo dell'Ufficio dell'accusa, avallato dalle decisioni dei giudici, di affermare la propria indipendenza e di proteggere, anche se a caro prezzo, quella giustizia internazionale dai giochi prettamente politici, sancendone l'autonomia⁸⁹.

I due mandati di arresto a carico di Al Bashir e del colonnello Gheddafi offrono l'occasione per svolgere alcune considerazioni prettamente processuali sui provvedimenti emessi. Il mandato di arresto è uno dei due provvedimenti "cautelari"

trovi, a procedimento sospeso, eventualmente *sine die*, in stato di custodia cautelare e si dovrebbero risolvere le questioni procedurali complesse relative a quali criteri adottare a fronte di una eventuale richiesta di "provisional release". Sulla possibilità di compiere qualunque atto a seguito di un *deferral* sembrano trovare soluzione negativa M. BERGSMO, J. PEJIC, *Article 16*, cit., p. 600.

⁸⁶ C. MELONI, *Emesso il mandato di arresto*, cit.

⁸⁷ Cfr. J. STEELE, *Libya's stalemate shows it is time to tempt Gaddafi out, not blast him out*, in [Guardian.com.uk](http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/jul/26/libya-gaddafi-war-nato-ceasefire), 26 July 2011, in <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2011/jul/26/libya-gaddafi-war-nato-ceasefire>.

⁸⁸ E' vero che il Consiglio di sicurezza non ha imposto alcun obbligo esecutivo esplicito sui membri della Coalizione NATO, ma è anche vero che l'atteggiamento della Francia, Stato Parte e membro dell'ONU, non sembra in linea con i generali doveri di rispetto e cooperazione nei confronti della Corte.

⁸⁹ Il Procuratore, durante la conferenza stampa tenutasi all'indomani dell'emissione dei mandati a carico dei tre indagati nell'indagine libica, rispondendo ad una delle domande dei giornalisti che chiedevano se considerasse il caso di Gheddafi simile a quello di Al Bashir e quindi caratterizzato da difficoltà se non impossibilità nell'esecuzione del mandato, ha risposto, ottimisticamente, che l'arresto dei capi di Stato è solo una questione di tempo, come è già successo di fronte ad altri organi di giustizia penale internazionale. Ocampo ha anche ribadito come la scelta di procedere nei confronti di Gheddafi, del figlio e di Al-Senussi sia stata determinata dal ricorso al criterio di gravità e, soprattutto, come i provvedimenti siano stati assunti a seguito della decisione di portare giustizia in Libia attribuibile, almeno nell'impulso, al Consiglio di sicurezza, quasi a voler ricordare che, una volta investita la Corte della situazione, essa si muove secondo le regole dei propri ingranaggi e non secondo le direttive, anche se implicite, della politica.

contemplati dall'art. 58 dello Statuto e si pone a fianco del "mandato di comparizione" ("*summons to appear*"). Come già accennato nella procedura delineata dallo Statuto e dalle *Rules of Procedure and Evidence* non si individua, formalmente, il momento di passaggio fra l'indagine su di una situazione e il procedimento a carico di un soggetto determinato per fatti specifici. Tale passaggio è stato identificato dalla giurisprudenza nella richiesta e successiva emissione del mandato di arresto o di comparizione⁹⁰, che, quindi, fa emergere un "*case*" dalla "*situation*". Dalla combinata lettura delle norme dello Statuto sembrano potersi distinguere, quindi, varie figure soggettive coinvolte nelle fasi iniziali del procedimento: la prima, la persona coinvolta nelle indagini a qualunque titolo ai sensi dell'art. 55(1) St. CPI; la seconda, la persona nei cui confronti siano rintracciabili "*grounds to believe that a person has committed a crime within the jurisdiction of the Court*" ai sensi dell'art. 55(2) St. CPI e, in fine, i soggetti nei cui confronti siano emersi "*reasonable grounds to believe*" che gli stessi abbiano commesso un reato di competenza della Corte, presupposto principale per l'emissione di uno dei due provvedimenti "cautelari" secondo il disposto dell'art. 58(1) St. CPI. Prendendo a prestito la terminologia del nostro codice di procedura penale sembra, *mutatis mutandis*, che, in relazione a queste due ultime posizioni si possa parlare di "indizi di colpevolezza" e "gravi indizi di colpevolezza". I provvedimenti di cui all'art. 58 non costituiscono solo il momento di passaggio dalla "*situation*" al "*case*", ma sono vincolanti per la persona che ne sia destinataria e gradualmente limitativi della sua libertà personale: il mandato di arresto, se eseguito, porterà alla "custodia cautelare"; il mandato di comparizione vincola il destinatario a presentarsi di fronte alla Corte e può accompagnarsi a restrizioni della libertà personale, meno afflittive di quella precedente⁹¹. In un sistema come quello della Corte penale internazionale che non contempla la possibilità di celebrare processi *in absentia* lo scopo principale dei provvedimenti in esame è quello di ottenere la presenza dell'indagato di fronte alla Corte. In quest'ottica il mandato di comparizione dovrebbe costituire la regola. Esso viene scelto dal Procuratore come oggetto della propria richiesta all'emergere di "*reasonable grounds to believe*" che la persona abbia commesso un reato di competenza della Corte e viene emesso dalla camera preliminare quando i giudici lo ritengano sufficiente allo scopo indicato. Il mandato di arresto dovrebbe, quindi, formalmente costituire un'eccezione. I presupposti per la sua adozione sono ulteriori e dettati dall'art. 58(1)(b) che contempla le nostrane "esigenze cautelari". L'arresto può, quindi, essere disposto quando "appaia necessario" per assicurare la presenza della persona al dibattimento, che la persona non ostruisca o metta in pericolo le indagini o lo

⁹⁰ Cfr. *supra*, § 3.

⁹¹ Art. 58(7) St. CPI.

svolgimento dei procedimenti e, infine, per evitare, quando possibile, che la persona perseveri nella commissione del crimine per cui si procede o di un reato “related”⁹². Si tratta, secondo l’interpretazione prevalente, di esigenze alternative che debbono essere valutate in concreto. Una volta eseguito il mandato il suo destinatario viene sottoposto a custodia cautelare secondo presupposti valutati *rebus sic stantibus* e soggetti a possibile mutamento. In tal senso viene previsto l’istituto del “interim release” a cui si può far ricorso d’ufficio o su istanza di parte⁹³.

Come accennato il presupposto per l’emissione dei provvedimenti di cui all’art. 58 St. CPI è racchiuso nella formula “reasonable grounds to believe”. Si tratta di uno degli standard probatori previsti dallo Statuto in riferimento a diversi segmenti procedurali. Al suo fianco si collocano i “substantial grounds to believe” necessari per confermare le accuse e emettere una sorta di “rinvio a giudizio” all’esito dell’udienza di cui all’art. 61 dello Statuto e il noto “beyond reasonable doubt”⁹⁴, contemplato dall’art. 66(3) dello stesso testo normativo, per provare la colpevolezza dell’imputato in dibattimento⁹⁵. Non si vuol qui condurre una disamina dettagliata della giurisprudenza che in seno alla Corte e durante i primi procedimenti si è occupata di definire o di chiarire il significato dei diversi standard probatori⁹⁶ o, sul fronte opposto, si è limitata a riconoscere la sussistenza di quelli richiesti dalle diverse norme⁹⁷. Si intende solo ricordare che proprio in relazione al mandato di arresto a carico di Al Bashir la Camera Preliminare I aveva emesso un provvedimento di parziale

⁹² L’art. 58(1)(b)(iii) specifica che il pericolo di reiterazione di un reato diverso da quello per cui si procede debba essere individuato in relazione ad un crimine di competenza della Corte la cui commissione derivi dalle stesse circostanze di quello oggetto del procedimento in corso.

⁹³ Art. 60(2) St. CPI. Sull’istituto, definito dalle *Rules of Procedure and Evidence* “conditional release”, cfr. *Rule 119 RPE CPI*.

⁹⁴ La formula di cui all’art. 66(3) richiama, ovviamente, alla memoria il “beyond any reasonable doubt” tipico dell’ordinamento statunitense e, quindi, è un chiaro collegamento con il modello accusatorio. Si deve notare, però, che i *drafters* dello Statuto hanno evitato di inserire nella locuzione utilizzata il termine “any”. Non si vede una differenza sostanziale nel risultato finale, ma si può considerare questa come una delle occasioni in cui, nel redigere le norme dello Statuto, si è cercato di allontanarsi, almeno lessicalmente, dal modello “adversary” per creare una procedura unica, fusione di elementi provenienti da diverse culture giuridiche. Cfr. M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Giappichelli, 2011, pp. 8-9.

⁹⁵ Sui diversi standard probatori contemplati dallo Statuto si vedano, in generale, A.J. BURROW, *The Standard of Proof in Pre-Trial Proceedings*, in K.A.A. KHAN, C. BUISMAN, C. GOSNELL (eds.), *Principle of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2010, p. 671 s. e C. ROHAN, *Reasonable Doubt Standard of Proof in International Criminal Trial*, in K.A.A. KHAN, C. BUISMAN, C. GOSNELL (eds.), *Principle of Evidence*, cit., p. 650 s.

⁹⁶ Per la fase pre-dibattimentale si rimanda a A.J. BURROW, *The Standard of Proof*, cit., p. 676 s.

⁹⁷ Così la Camera Preliminare, decidendo sulla richiesta dei mandati di arresto a carico di Gheddafi e dei coindagati (cfr. *Situation in the Libyan Arab Jamahiriya*, ICC-01/11, *Decision on the “prosecutor’s Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah AL-SENUSSI*, 27 June 2011).

accoglimento della richiesta del Procuratore, escludendo dallo stesso i capi di imputazione per genocidio. Specificamente non aveva ritenuto soddisfatto lo standard di cui all'art. 58(1) dello Statuto con riferimento al "*genocidal intent*" poiché la sua sussistenza, in base agli elementi forniti dall'accusa, poteva essere considerata, utilizzando un ragionamento inferenziale, solo una delle possibili conclusioni "*reasonable*" e non l'unica⁹⁸. Tralasciando la questione particolare e molto complessa che meriterebbe un'autonoma trattazione, si deve rammentare che la Corte d'appello, nel criticare questa conclusione raggiunta dalla Camera Preliminare, riflette, in generale, sui diversi standard probatori. Li richiama e conclude: «*It is evident from the wording of the provisions that the standards of "substantial grounds to believe" and "beyond reasonable doubt" are higher standards of proof than "reasonable grounds to believe"* »⁹⁹. La Corte d'appello, con la sua autorevolezza di Corte suprema all'interno dell'ordinamento che ci occupa, per quanto attiene al sistema dei precedenti, sembra collocare i diversi standard all'interno di un'unica scala, attribuendo loro solo gradazioni differenti. A parere di chi scrive dovrebbe essere ribadita l'opinione espressa già in altra sede, e forse guidata in modo fuorviante dalle autorevoli riflessioni dottrinali relative al nostro ordinamento¹⁰⁰, secondo la quale sarebbe opportuno differenziare i diversi standard probatori non solo nel grado, ma nel loro significato specifico, riferito all'ambito in cui operano. In tal senso lo standard previsto dall'art. 61(5) St. CPI dovrebbe essere inteso, anche per preservare l'imparzialità dei giudici del dibattimento, forse già troppo compromessi dal rilievo mediatico che i procedimenti di loro competenza hanno nelle fasi antecedenti al *trial*, come funzionale ad evitare accuse infondate e dibattimenti superflui e, quindi, a valutare non uno standard relazionato alla colpevolezza dell'imputato, quanto alla solidità della struttura accusatoria ed all'eventuale utilità del dibattimento per colmare possibili lacune¹⁰¹. Si consideri, inoltre, che tale differenziazione, ponendo lo standard previsto dall'art. 61 al di fuori della nozione di colpevolezza, preserverebbe anche una parziale verginità della Camera Preliminare chiamata a decidere sulla conferma delle accuse che si è già occupata della materia cautelare, non essendo prevista dallo Statuto una incompatibilità fra le funzioni dei giudici nei diversi segmenti del *pre-trial*.

⁹⁸ Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 4 March 2009, §§ 158-159.

⁹⁹ Prosecutor v. Al Bashir, ICC-02/05-01/09, *Judgement on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"*, 3 february, § 30.

¹⁰⁰ Cfr. M. DANIELE, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Giappichelli, 2005, *passim*.

¹⁰¹ Sull'argomento si veda, volendo, M. MIRAGLIA, [Admissibility of Evidence, Standard of Proof, and Nature of the Decision in the ICC Confirmation of Charges in Lubanga](#), in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 494 s.

7. La selezione delle indagini e dei “cases”: il parametro della gravità e la sua natura. – Nella lotta all’impunità per i crimini internazionali, il ricorso alla Corte penale internazionale deve essere considerato una *extrema ratio*. Tale risultato può venir raggiunto, nel rapporto con le giurisdizioni nazionali, attraverso il principio di complementarietà. Esso deve essere, però, perseguito, anche all’interno della Corte stessa e la via da percorrere è quella tracciata dall’art. 53 dello Statuto che, attraverso le sue disposizioni, riconosce al Procuratore una “discrezionalità controllata” su due fronti. Il primo, a cui è riferibile il paragrafo (1) della norma in esame, nel decidere se avviare un’indagine. Il secondo, toccato dal paragrafo (2), nel decidere se procedere nei confronti di singole persone per determinati reati. Si parla di discrezionalità, quindi, come vedremo più dettagliatamente, perché a fronte di una “situazione” o di reati che possano rientrare nella competenza della Corte il Procuratore non è obbligato ad agire. Essa è, però, controllata perché l’art. 53 dello Statuto attribuisce alla camera preliminare poteri diversificati per controllare, appunto, l’inazione del Procuratore ed, eventualmente, costringerlo ad attivarsi.

E’ necessario premettere fin d’ora che le disposizioni dell’art. 53 hanno una duplice natura, collegata alle loro funzioni: da un lato costituiscono la base per la discrezionalità e la eventuale “inazione autorizzata” del Procuratore, dall’altro svolgono, o dovrebbero svolgere, la funzione di “criteri di priorità”.

In tal senso il Procuratore, a fronte di un *referral* di uno Stato Parte, di un *referral* del Consiglio di sicurezza¹⁰² o di informazioni ricevute attraverso altri canali che dovrebbero sollecitare l’uso del suo potere *proprio motu*, deve avviare un’indagine a meno che non ritenga inesistenti “*reasonable basis to proceed*”. Egli deve, quindi, svolgere tre considerazioni: a) valutare se le informazioni a sua disposizione offrano “*reasonable basis*” per ritenere che un crimine di competenza della Corte sia stato commesso; b)

¹⁰² Si è già chiarito come, a parere di chi scrive, la discrezionalità tratteggiata dall’art. 53(1) St. CPI possa essere esercitata anche in caso di *referral* del Consiglio di sicurezza. Tale conclusione, non unanimemente accolta, si raggiunge anche solo attraverso la lettura incrociata delle norme applicabili, il cui disposto è chiaro e non sembra richiedere interpretazione. In tale ottica non avrebbe alcun significato, infatti, sia il riferimento di cui all’art. 53(3)(a) al Consiglio di sicurezza sia il testo della *Rule 105(1) RPE CPI* che recita: “*When the Prosecutor decides not to initiate an investigation under article 53, paragraph 1, he or she shall promptly inform in writing the State or States that referred a situation under article 14, or the Security Council in respect of a situation covered by article 13, paragraph (b)*”. *Contra* si veda J.D. OHLIN, *Peace, Security, and Prosecutorial Discretion*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 189. L’interpretazione, al di là delle posizioni assunte dall’Ufficio del Procuratore in relazione alle specifiche situazioni contingenti (Situation in Darfur, ICC-02/05, *Decision by the Prosecutor to initiate an investigation*, 1 June 2005), sembra essere quella accolta internamente alla Corte anche attraverso le parole della *Regulation 30* delle *Regulations of the Office of the Prosecutor* che, letteralmente sancisce: “*When a situation has been referred to the Prosecutor pursuant to article 13, paragraph (b), and the Prosecutor has determined that there would be a reasonable basis to initiate an investigation, the Office shall notify the Security Council through the Secretary-General of the United Nations*”.

valutare se il caso è ammissibile *ex art.* 17 dello Statuto; c) valutare se l'indagine possa non essere conforme all'"interesse della giustizia", avendo tenuto conto della gravità del crimine e degli interessi delle vittime. Se la decisione di non avviare l'indagine si basa sui casi previsti dalla lettere (a) e (b) il potere di "cestinazione" spetta al Procuratore stesso e la camera preliminare potrà esercitare un controllo giurisdizionale solo su istanza dello Stato o del Consiglio di sicurezza che abbiano effettuato il *referral*, senza però essere dotata, in questo caso, di poteri coercitivi, potendo solo invitare il Procuratore a rivalutare la propria decisione; nell'ultimo caso, invece, il controllo giurisdizionale potrà essere esercitato, sempre discrezionalmente, non solo su istanza di parte, ma anche d'ufficio e, qualora venga aperto un procedimento incidentale a tal scopo, la decisione di non procedere del Procuratore sarà effettiva solo dopo l'approvazione dei giudici dotati, in questo caso, di un potere coercitivo nei confronti del rappresentante dell'accusa che dovrà, quindi, a seconda degli stadi procedimentali, avviare l'indagine o esercitare la *prosecution*, anche se non vengono previsti strumenti processuali nel caso di mancata ottemperanza del provvedimento. La procedura descritta è applicabile anche quando il Procuratore eserciti la propria discrezionalità nella fase successiva, ovvero quando egli, avviata una indagine, decida di non procedere nei confronti di singole persone¹⁰³. I parametri dettati dall'art. 53(2) sono però, parzialmente, diversi da quelli già analizzati. L'inazione, in questo caso, è autorizzata quando il Procuratore non ritenga sussistere basi ragionevoli per chiedere l'emissione di un provvedimento "cautelare" ai sensi dell'art. 58 nei confronti di chi siano emersi "indizi di colpevolezza"¹⁰⁴; quando il caso sia inammissibile *ex art.* 17 dello Statuto o quando l'azione non sia conforme all'"interesse della giustizia", tenuto conto della gravità del reato, degli interessi delle vittime e dell'età o condizioni di salute dell'indagato, nonché del ruolo avuto dallo stesso nella commissione del reato.

Si deve rammentare che le decisioni del Procuratore di avviare un'indagine o di perseguire una determinata persona per uno specifico reato non sono sottoposte dalle norme applicabili ad alcun termine¹⁰⁵ e che la decisione sull'avvio dell'indagine viene

¹⁰³ Per una trattazione generale sui parametri normativi applicabili nella selezione delle indagini e dei singoli procedimenti cfr. F. GUARIGLIA, *The selection of cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 209 s.

¹⁰⁴ Sui presupposti per la richiesta e l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 58 cfr. *supra*, § 4.

¹⁰⁵ Per un tentativo di controllo sui tempi impiegati dall'Ufficio del Procuratore nella valutazione preliminare di una situazione si veda la vicenda della Repubblica centrafricana, all'interno della quale lo Stato autore del *referral* chiese alla Camera Preliminare competente di ottenere informazioni dal *Prosecutor* in merito al ritardo nell'assunzione di una decisione positiva o negativa sull'avvio dell'indagine. Il Procuratore cercò di ostacolare l'azione della Camera Preliminare la quale, pur svolgendo un'udienza apposita e dichiarando che la valutazione preliminare deve essere compiuta entro un tempo ragionevole, non si è spinta oltre nella riflessione sui suoi poteri di controllo né ha riconosciuto, nella situazione specifica, il superamento di quel limite. Cfr. *Situation in the Central African Republic, ICC-01/05, Decision*

assunta alla conclusione di un periodo di osservazione della situazione che, come è stato dimostrato dalla prima prassi, può durare anni, durante il quale l'ufficio del Procuratore svolge una "preliminary examination"¹⁰⁶, la cui pubblicità è sottoposta alla decisione anch'essa discrezionale dell'ufficio e che, talvolta, può servire da impulso all'apparato giudiziario nazionale al fine di assumere iniziative concrete e serie per combattere l'impunità per i crimini di competenza della Corte a livello interno, evitando, solo temporaneamente o in via più stabile il suo intervento¹⁰⁷.

Non è questa la sede per trattare in modo diffuso le decisioni assunte dall'Ufficio del Procuratore in relazione all'art. 53 nei primi anni di attività della Corte¹⁰⁸, ma si vuole, *in primis*, ribadire che i parametri indicati dalla norma sono quelli a cui il Procuratore può, nei limiti del controllo giurisdizionale illustrato, rivolgersi per rimanere legittimamente inerte e, al contempo, debbono essere considerati "criteri di priorità" che fra le molte situazioni all'esame e, soprattutto con riferimento alle molteplici posizioni dei singoli soggetti a carico dei quali siano emersi indizi di

Requesting Information on the Status of the Preliminary Examination of the Situation in the Central African Republic, 30 November 2006. Anche questa vicenda sembra riconducibile a quella tendenza che ha caratterizzato costantemente la prima prassi della Corte, in base alla quale, sia nella fase pre-procedimentale sia in quella successiva, le diverse camere competenti hanno cercato, nei rapporti con il Procuratore, di guadagnare spazio, privandolo di un ruolo già monopolistico secondo le parole dei testi normativi -soprattutto con riferimento alla fase antecedente al dibattimento- ed ancor più nell'interpretazione da parte dell'ufficio che, spesso, si è posto in netto e palese contrasto con i giudici. Per una valutazione del tema si veda, volendo, M. MIRAGLIA, *The First Decision of the ICC Pre-Trial*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, p. 191 s.

¹⁰⁶ La "preliminary examination" è regolata, per le modalità di svolgimento, dalle *Regulations* 25-32 delle *Regulations of the Office of the Prosecutor*. Si deve rammentare che per quanto riguarda l'esame della situazione, nel caso in cui il Procuratore non abbia ricevuto un *referral*, ma solo informazioni in relazione alle quali poter esercitare la sua iniziativa *proprio motu*, è l'art. 15(2) St. CPI a prevedere in modo esplicito le possibili attività da svolgersi preliminarmente per valutare la serietà di quelle informazioni che comprendono anche la facoltà di assumere "testimonianze" presso la sede della Corte.

¹⁰⁷ Fra le situazioni sotto osservazione ci si domanda se questo possa essere il caso della Colombia. Sull'argomento si veda THE AMERICAN NON-GOVERNMENTAL ORGANIZATIONS COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *The ICC's Colombia Investigation: Recent Developments and Domestic Proceedings*, in www.amicc.org. Per un'analisi sulle indagini condotte dalle autorità colombiane e sulla necessità o meno per il Procuratore di aprire immediatamente un'indagine sulla situazione cfr. K. AMBOS, F. HUBER, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court: Is there sufficient willingness and ability on the part of the Colombian authorities or should the Prosecutor open an investigation now? (Extended version of the Statement in the "Thematic session: Colombia"*, ICC OTP-NGO roundtable, 19/20 October 2010, The Hague), 5 January 2011, in www.icc-cpi.int/menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref%20colombia/the%20colombian%20peace%20process%20and%20the%20principle%20of%20complementarity%20of%20the%20international%20criminal%20court.

¹⁰⁸ Per una trattazione esaustiva sulla discrezionalità di fronte alla Corte penale internazionale dal punto di vista normativo e giurisprudenziale si veda C. STAHN, *Judicial Review of Prosecutorial Discretion: On Experiments and Imperfections*, in G. SLUITER, S. VASILIEV (eds.), *International Criminal Procedure: Towards a Coherent Body of Law*, Cameron May, 2009, p. 262 s.

colpevolezza, consentono di selezionare le indagini ed i *cases*¹⁰⁹, nell'ottica di una Corte che deve combattere l'impunità, sì, ma che è dotata di possibilità limitate e soprattutto di un mandato rivolto ai "più gravi crimini".

Le scelte compiute dall'ufficio del Procuratore in relazione alle indagini da avviare e, al loro interno, alle persone da perseguire, sono state oggetto di forti critiche che gettano pesanti ombre sull'operato di quell'Ufficio e, conseguentemente, sulla legittimazione dell'intera Corte. È stato scritto autorevolmente che il Procuratore ha usato il criterio della gravità solo riguardo alla prima delle funzioni che esso dovrebbe svolgere secondo il disposto dell'art. 53, ovvero quale parametro per l'esercizio in negativo della discrezionalità, pensando soprattutto alla decisione di non avviare un'indagine sui crimini commessi dai militari britannici in Iraq, senza, invece, usarlo come criterio di priorità per selezionare, fra le molte, quali indagini iniziare e le persone a carico delle quali aprire un procedimento¹¹⁰. Tali critiche, che non sembrano, come detto, riferibili alla decisione di richiedere il mandato a carico di Al Bashir e Gheddafi, aprono la strada ad altre, molto pericolose per la legittimazione della Corte,

¹⁰⁹ Per l'interpretazione attribuita in seno all'Ufficio del Procuratore all'art. 53 ed, in generale, alla discrezionalità si veda Office of the Prosecutor, *Policy Paper on the Interest of Justice*, September 2007, in www.icc-cpi.int/library/orgns/otp/ICC-OTP-InterestOfJustice.pdf.

¹¹⁰ La voce più critica sulla questione è quella di W.A. Schabas che in molti scritti non manca di sottolineare come la gravità non sembri posta realmente alla base della selezione delle indagini e delle *prosecutions* (con riguardo, principalmente, al procedimento a carico di Thomas Lubanga Dyilo). Fra questi si vedano, per tutti, W.A. SCHABAS, *Prosecutorial Discretion and Gravity*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 240 s. e ID., *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 6, 2008, p. 736 s. L'A. in quest'ultima sede riflette anche sulla portata del controllo giurisdizionale esercitabile dalla camera preliminare quando il Procuratore, ai sensi dell'art. 15 dello Statuto, decida di avviare un'indagine *proprio motu* chiedendo l'autorizzazione giurisdizionale prevista, non avendo, però a disposizione alcuna decisione in materia (Id., *ult. op. cit.*, p. 753). Tale considerazione offre, quindi, lo spunto per analizzare come la Camera Preliminare II ha affrontato il controllo previsto dall'art. 15 e la discrezionalità del Procuratore nella prima, ed allo stato unica, decisione assunta ai sensi dell'art. 15 St. CPI. Si deve premettere che la valutazione della camera preliminare, così come definita dall'art. 15(4) St. CPI, riguarda, in generale, la sussistenza di "*reasonable basis to proceed*" e il fatto che il caso rientri nella "*jurisdiction*" della Corte. Per ciò che qui rileva, nella decisione in esame, il Collegio ha ritenuto che la propria valutazione, ai sensi delle disposizioni richiamate, potesse spingersi fino a tutti i parametri previsti dell'art. 53 e, quindi, ad esempio, che l'autorizzazione avrebbe potuto essere negata, come poi non è avvenuto, per il mancato riconoscimento del parametro della gravità (Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 March 2010, § 24). Nella decisione in esame la Camera Preliminare ha riflettuto in modo generale sullo standard probatorio dettato dall'art. 15 St. CPI, considerandolo come il più basso fra quelli previsti dallo Statuto e avvicinabile, *mutatis mutandis*, a quello richiesto dall'art. 58 (Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, 31 March 2010, §§ 27 e 29). Sulla scia dei termini presi a prestito dal nostro sistema processuale e utilizzati sopra per definire gli altri standard probatori, si potrebbe ritenere che in questo contesto debbano sussistere "indizi" non di colpevolezza, come nel caso di cui all'art. 58 St. CPI, ma di "reati" (il plurale è doveroso, poiché, come sappiamo, l'indagine ha inizio in relazione non ad uno specifico fatto, ma ad un insieme magmatico che, ricomprenda, però, presuntivamente, crimini di competenza della Corte).

secondo le quali la stessa, proprio a causa delle scelte del Procuratore, sarebbe afrocentrica¹¹¹ e non si occuperebbe, invece, di situazioni molto gravi riguardanti altre zone geografiche, sottintendendo che la selezione, soprattutto delle indagini, da parte del Procuratore sarebbe dominata da ragioni politiche.

Fra le situazioni sottoposte a “*preliminary examination*” da parte dell’ufficio del Procuratore, spicca, per la sua peculiarità, quella relativa alla Palestina, per quanto riguarda i reati commessi nella striscia di Gaza durante il conflitto svoltosi fra il dicembre 2008 ed il gennaio 2009, oggetto della dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte avvenuta con una lettera datata 21 gennaio 2009, redatta su carta intestata dell’Autorità Nazionale Palestinese (PNA) e firmata dal Ministro della giustizia. L’esame da parte dell’Ufficio dell’accusa deve basarsi sulla risoluzione di una questione pregiudiziale imprescindibile: se quella lettera possa integrare i requisiti richiesti dallo Statuto per una valida accettazione della giurisdizione della Corte, proveniente da un soggetto che l’art. 13 indica come “Stato”. La questione spinosa da affrontare, apparentemente, era, quindi, solo quella relativa alla possibilità di riconoscere la PNA come Stato, anche se ai soli fini previsti dalla norma in questione. In realtà le opinioni sul punto espresse dalla dottrina non sono univoche. Alcuni sostengono effettivamente che al termine “Stato” utilizzato dall’art. 13 debba essere attribuito un significato tradizionale e si debba discutere, quindi, sulla natura statutale della PNA, ritenendo che la questione possa trovare risposta positiva, negativa o, addirittura, sostenendo che il Procuratore della Corte penale internazionale non dovrebbe pronunciarsi sul punto¹¹². Altri, invece, ritengono che si debba discutere in merito all’interpretazione del termine Stato, nel contesto dell’art. 13 dello Statuto, collocandosi, ancora, su due posizioni opposte: la prima propende per una interpretazione letterale e quindi restrittiva (dovendo tornare alle soluzioni menzionate); la seconda per un’interpretazione funzionale che consideri il termine Stato come applicabile al di là del suo significato ordinario. In questo senso la giurisdizione della Corte sarebbe stata validamente fondata dalla lettera della PNA¹¹³. Altri, in fine, discutono sul fatto che la PNA, al di là dalla sua natura statutale, detenga

¹¹¹ Per una trattazione della questione si veda, da ultimo, E. P. MENDES, *Peace and Justice at the ICC. A Court of Last Resort*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 166 s.

¹¹² Propende per qualle negativa Y. RONEN, *ICC Jurisdiction Over Acts Committed in the Gaza Strip*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 26-27.

¹¹³ In merito a questa conclusione si veda A. PELLET, *The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 981 s. Per dovere di completezza si deve rammentare che una richiesta proveniente dalla PNA per il riconoscimento dello Stato palestinese pende di fronte alle Nazioni Unite. L’esame della stessa è stato avviato dal Consiglio di sicurezza il 26 settembre 2011 ed accolto dalla minaccia degli Stati Uniti di esercitare il proprio diritto di veto al momento della decisione.

o meno la giurisdizione che vorrebbe trasferire alla Corte (alcuni, ad esempio, sostengono che la giurisdizione sarebbe stata oggetto di rinuncia con gli accordi di Oslo¹¹⁴). A prescindere dalle diverse posizioni appena accennate si deve sottolineare come la “questione palestinese” faccia sorgere qualche dubbio in merito alla capacità della Corte e, specificamente, dell’Ufficio del Procuratore di assumere decisioni, indispensabili per l’attivazione del meccanismo di giustizia penale internazionale, quando queste implicino questioni di forte significato o impatto politico¹¹⁵. Tale argomento, come detto sopra, è stato toccato durante le trattative per la redazione degli emendamenti allo Statuto in materia di aggressione e oggi rappresenta il fondamento di una delle perplessità riguardo ai meccanismi predisposti per l’attivazione della giurisdizione della Corte, ovvero la possibilità per il Procuratore prima e per i giudici dopo di qualificare autonomamente un atto come aggressione a prescindere da una determinazione in proposito del Consiglio di sicurezza.

8. Le interazioni fra i soggetti nella fase procedimentale: un nuovo ruolo per le vittime? — Anche l’ambito procedimentale nella prima prassi della Corte è stato caratterizzato dall’emergere di numerose problematiche nascenti, in parte e del tutto prevedibilmente, dall’impatto di una normativa mai applicata –spesso, come accennato, frutto di un’ottica compromissoria e quindi, già sulla carta, non priva di lacune e ambiguità- con necessità concrete, in parte dalla difficoltà di coordinare i diversi ruoli della Corte all’interno di un procedimento penale che ha come scopo non solo quello tradizionale di accertamento della responsabilità penale dell’imputato e di pronuncia di una sentenza, ma che non può, senza mettere a grave rischio l’equità del procedimento stesso e la legittimazione dell’organo giurisdizionale, perdere di vista quello scopo, da considerarsi, almeno agli occhi del processualista, il principale. Non da ultimo le difficoltà sono scaturite dall’interazione dei diversi soggetti che si muovono sul palcoscenico processuale, nel tentativo posto in essere da ciascuno di essi di ritagliarsi un ruolo ben definito e, talvolta, di prevaricare sugli altri o, meglio, di ridisegnare quel ruolo e la dinamica delle relazioni in modo piuttosto divergente da quello che si poteva dedurre dalla lettura dei testi normativi. Anche in questo ambito, e soprattutto con riferimento all’ultimo aspetto menzionato, si è scelto di focalizzare

¹¹⁴ Pur sposando l’interpretazione funzionale, sceglie questa conclusione Y. SHANY, *In Defence of Functional Interpretation of Article 12(3) of the Rome Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, p. 343.

¹¹⁵ Per le difficoltà affrontate in questo contesto specifico dall’Ufficio dell’accusa cfr. Office of the Prosecutor, Letter to the United Nations High Commissioner for Human Rights, 12 January 2010.

l'attenzione su una problematica particolare, ovvero il ruolo attribuito alle vittime nei primi procedimenti.

Come si sa una delle caratteristiche assolutamente peculiari e innovative dell'ordinamento in esame è quella di considerare la vittima non più, come era accaduto di fronte ai Tribunali *ad hoc*, solo come oggetto di protezione ed, eventualmente, fonte di prova, ma come vero soggetto titolare, in seno al processo penale, del diritto di partecipazione¹¹⁶ e di quello alla riparazione¹¹⁷. E', quindi, evidente che nell'ottica sovraesposta delle difficoltà nascenti dall'impatto di nuove norme con la prassi quello in questione rappresenti uno dei settori più stimolanti per lo studioso, anche perché i testi normativi applicabili fissano alcune direttive per tracciare la forma e le dimensioni della partecipazione, lasciando, però, ai giudici molto spazio nel completamento dell'opera. Per quello che qui rileva i punti fermi sono rappresentati, principalmente, dal disposto dell'art. 68(3)¹¹⁸ dello Statuto che finalizza, *in primis*, la partecipazione delle vittime quando siano stati toccati dalla commissione del reato i loro interessi personali alla possibilità di esprimere "*views and concerns*"; che, inoltre, lascia le modalità di partecipazione alla determinazione dei giudici, caso per caso, senza, però, che le stesse possano mai pregiudicare o porsi in contrasto con i diritti dell'imputato, con la realizzazione di un processo equo e rapido e che, in fine, specifica come la voce delle vittime nel processo possa essere espressa non solo personalmente, ma da un "rappresentante legale"¹¹⁹.

La tendenza generale dei giudici, anche se spesso parzialmente frenata dal successivo intervento della Corte d'appello, sembra quella volta ad offrire l'interpretazione più ampia possibile delle norme applicabili e, quindi, a quei "soggetti partecipanti", e non parti, un ruolo forse inimmaginabile (e non privo di effetti collaterali).

Si ricordino, a titolo esemplificativo, le decisioni che hanno consentito la partecipazione precoce delle vittime nell'ambito dell'indagine sulla "situazione", là dove l'unico protagonista riconosciuto dalle norme era il Procuratore¹²⁰ e dove non

¹¹⁶ Art. 68(3) St. CPI.

¹¹⁷ Art. 73 St. CPI.

¹¹⁸ Per l'analisi del paragrafo 3 della norma in esame si veda D. DONAT CATTIN, *Article 68*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 1286 s.

¹¹⁹ Per la definizione del termine "vittima" e per le altre disposizioni in materia di partecipazione si deve far riferimento alle *Rules 85-93 RPE CPI*, seguite dalle *Rules 94-99 RPE CPI* in materia di riparazione. Per una trattazione sul rappresentante legale delle vittime si veda, volendo, M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa*, cit., p. 77 s.

¹²⁰ L'unica ipotesi codificata in presenza della quale il Procuratore sia chiamato ad interagire con un difensore nella fase in questione è quella disciplinata dall'art. 56, ovvero lo svolgimento di una "*unique investigative opportunity*", istituito preposto alla raccolta di elementi probatori quando vi sia il pericolo della

esiste ancora, formalmente, un indagato assistito dal suo difensore, anche, se poi, come accennato, frenate dalla giurisprudenza della Corte d'appello che ha affermato come il diritto alla partecipazione in tale fase non possa essere riconosciuto in modo generale ed assoluto¹²¹, ma debba essere valutato caso per caso e, soprattutto, in relazione alla celebrazione di un determinato "procedimento"¹²².

Percorso analogo sembra essere stato seguito dalla Camere Dibattimentale nel procedimento a carico di Lubanga quando il Collegio ha accolto una richiesta su istanza dei rappresentati delle vittime per modificare, in corso di dibattimento, l'imputazione, formulata dal Procuratore e confermata dalla Camera Preliminare, per cui si procedeva¹²³. Si tratta di una questione sicuramente più riferibile al problema non trascurabile della gerarchia delle fonti e del valore da attribuirsi in questo ambito allo Statuto, ma, comunque, indice di una volontà generale volta ad attribuire alle vittime partecipanti ed ai loro rappresentanti poteri, se pur solo di impulso, non codificati¹²⁴.

La tendenza sembra aver raggiunto, sotto certi aspetti, il culmine con una decisione adottata dalla Camera Dibattimentale ancora nel caso *Lubanga* che ha accolto la richiesta dei rappresentanti legali di tre vittime di poter ascoltare le stesse su fatti non toccati da precedenti testimonianze, specificando che esse, soggetti partecipanti, sarebbero state sentite sotto giuramento e, quindi, a tutti gli effetti come testimoni, prima dell'inizio della presentazione delle prove da parte della difesa e, solo

loro perdita, all'interno della quale la camera preliminare può adottare, su base discrezionale, varie misure fra le quali la nomina di un "difensore della difesa". Per la trattazione dell'argomento e l'uso del termine si veda M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa*, cit., p. 30 s.

¹²¹ Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04 OA4 OA5 OA6, *Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007*, 19 December 2008; § 57

¹²² Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04 OA4 OA5 OA6, *Judgment on victim participation in the investigation stage of the proceedings in the appeal of the OPCD against the decision of Pre-Trial Chamber I of 7 December 2007 and in the appeals of the OPCD and the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I of 24 December 2007*, 19 December 2008, § 56. Per un'analisi esaustiva della problematica qui solo accennata si rimanda a C. MELONI, *Le vittime nel procedimento di fronte alla Corte penale internazionale*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, La Tribuna, 2010, p. 403 s.

¹²³ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06, *Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court*, 14 July 2009.

¹²⁴ La decisione è stata, poi, annullata dalla Corte d'appello (Cfr. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Case No. ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, *Judgement on the Appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterisation of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court"*, 8 December 2009. Sulla vicenda giurisprudenziale si veda volendo M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa*, cit., pp. 81-82. Per un'analisi della decisione della Corte d'appello si rimanda a S. LUZZATI, *La modifica del nomen juris al vaglio della Corte penale internazionale nel caso Lubanga*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 1574-1575.

successivamente, avrebbero potuto esprimere i loro “*views and concerns*”¹²⁵. Si tratta di una decisione di assoluta importanza, e di non facile lettura, soprattutto perché caratterizzata da molteplici aspetti problematici, anche al di là di quelli specificamente inerenti alle dimensioni ed ai poteri di partecipazione delle vittime, che possono, però, essere tutti ricondotti alla più generale questione della *fairness* del procedimento, principio irrinunciabile per la piena legittimazione della Corte, almeno a livello puramente processuale, e trattati nell’ottica dell’argomento che ci occupa. Il provvedimento in esame è straordinario nella storia della Corte perché per la prima volta si consente alle vittime partecipanti di rivolgersi direttamente ai giudici, senza l’intermediazione del loro rappresentante legale¹²⁶, per esprimere le loro “*views and concerns*”. Il maggior grado di eccezionalità si raggiunge, però, riguardo ad altri tre aspetti: le vittime, partecipanti, vengono sentite come testimoni; la richiesta dell’assunzione della loro “testimonianza” proviene dai rappresentanti legali delle stesse in corso di dibattimento e, non ultimo, per ragioni di protezione si ammette che la partecipazione anonima si ripercuota anche sulla loro testimonianza.

La questione relativa alla possibilità di sentire le vittime partecipanti come testimoni è stata oggetto di un acceso dibattito in cui si sono espresse forti perplessità, pur in assenza di una norma che vietasse tale procedura¹²⁷. Anche se abituati a pensare, con riguardo al nostro ordinamento, ad una parte civile che viene sentita come teste, con tutte le problematiche relative alla presunzione di non colpevolezza visto che, invece, l’imputato, secondo il nostro codice di procedura penale può, se lo chiede o se

¹²⁵ Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, *Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial*, 26 June 2009. La Camera Dibattimentale ha poi negato alle parti l’autorizzazione a presentare appello avverso la decisione in questione (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, *Decision on the defence application for leave to appeal the Trial Chamber’s ‘Decision on the request by victims a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07 to express their views and concerns in person and to present evidence during the trial’*, 8 September 2009).

¹²⁶ La stessa Camera Dibattimentale poco prima di adottare la decisione in esame aveva osservato: “*It needs to be remembered that this is a court of law, in particular, this is the criminal trial of the accused, and the presumption is that those who participate in the proceedings will be lawyers, lawyers acting for individuals or for bodies, for entities*”, aggiungendo poi che la partecipazione personale avrebbe potuto essere consentita su base eccezionale, perché foriera di effetti destabilizzanti per il procedimento. Cfr. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, *Transcript of the 12 January 2009 Status Conference*, p. 43, ll. 12-20.

¹²⁷ Sull’argomento si veda, da ultimo, S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims v. the Rights of the Accused*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 151-152. C’è chi ha sostenuto che il testo della Rule 140 RPE CPI sia stato inserito proprio per lasciare aperta la possibilità di testimonianza della vittima partecipante (cfr. D. DONAT CATTIN, *Article 68*, cit., p. 1290). Quest’ultima norma, al paragrafo (3), recita: “*Unless otherwise ordered by the Trial Chamber, a witness other than an expert, or an investigator if he or she has not yet testified, shall not be present when the testimony of another witness is given. However, a witness who has heard the testimony of another witness shall not for that reason alone be disqualified from testifying. [...]*”

acconsente, essere sottoposto all'esame senza prestare giuramento¹²⁸, si debbono condividere quelle perplessità che propendevano per una incompatibilità dei ruoli fra soggetto partecipante e testimone¹²⁹. La commistione di questi ruoli avvenuta nel caso in esame sembra ancor più preoccupante ed ambigua poiché la Camera Dibattimentale non solo ha concesso alle vittime partecipanti di testimoniare, ma ha stabilito che, successivamente, esse avrebbero potuto esprimere le loro posizioni¹³⁰.

L'aspetto più intricato della decisione sembra, a parere di chi scrive, quello relativo al meccanismo di ingresso delle testimonianze nel processo. Se come appariva a prima lettura e come ancora sembra dopo più attenta riflessione, le testimonianze sono il frutto dell'accoglimento di una richiesta dei rappresentanti legali delle vittime, significa che soggetti partecipanti a cui era quasi unanimemente negato il diritto di richiedere l'ammissione di prove sono stati, concretamente, trattati come parti¹³¹. Qualche dubbio in merito a questa ricostruzione sorge quando la Camera Dibattimentale, nel richiamare le norme applicabili al caso concreto, cita anche l'art. 69(3) che accoglie il principio dispositivo attenuato, in base al quale, appunto, le prove possono essere ammesse nel dibattimento su richiesta di parte, ma è attribuito ai giudici il potere istruttorio che consente loro di chiedere la presentazione di tutte le prove considerate necessarie per l'accertamento della verità. Tale disposizione, chiaro frutto della commistione di istituti provenienti da opposte culture giuridiche¹³², è criticabile, in generale, per quanto riguarda il rispetto del principio di imparzialità del giudice, perché il ricorso al potere da essa sancito può avvenire in qualunque momento (come è stato nel processo Lubanga) e non solo al termine dell'istruzione su richiesta di

¹²⁸ Sul disequilibrio nella valutazione della testimonianza della parte civile e delle dichiarazioni effettuate dall'imputato nell'ottica della presunzione di non colpevolezza per quanto attiene all'ordinamento italiano, si veda G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Zanichelli, 1979, p. 154 s.

¹²⁹ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 152.

¹³⁰ La decisione sul punto specifico sembra essere giustificata dall'intenzione del Collegio di avere a disposizione veri e propri elementi probatori da poter utilizzare come base per la sentenza di merito e, al contempo, consentire alle vittime di esprimere "*views and concerns*" in modo più ampio al di fuori delle maglie strette della testimonianza, con un probabile effetto catartico. Se così fosse, si deve ricordare come quello in corso è un processo penale, esempio di giustizia ordinaria, e come effetti ulteriori ed eventualmente riconciliativi dovrebbero essere perseguiti per altra via.

¹³¹ Sulla natura del ruolo delle vittime come "soggetti partecipanti" e non "parti" si veda, per tutti, H. FRIMAN, *Participation of Victims in the ICC Criminal Proceedings and the Early Jurisprudence of the Court*, in G. SLUITER, S. VASILIEV (eds.), *International Criminal Procedure*, cit., pp. 234-235. Cfr. anche S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 154, dove l'A. chiarisce come le vittime non debbano essere considerate parti e come solo le parti possano essere autorizzate ad avere un ruolo attivo nel procedimento probatorio.

¹³² W.A SCHABAS, *The International Criminal Court*, cit., pp. 842-843.

parte¹³³. Inoltre, perché se non utilizzato con cautela, quel potere rischia di consentire un eccessivo allontanamento della procedura dal sistema *adversary* e di trasformare il giudice in un “giudice istruttore”¹³⁴, considerando anche che l’art. 69 non impone ai giudici di utilizzare quel potere sulla base dei risultati delle prove già assunte.

Tornando alla decisione specifica la Camera Dibattimentale nella sua motivazione non sembra toccare la nozione di “necessarietà” contenuta nell’art. 69(3), facendo riferimento solo alla pertinenza ed alla rilevanza di cui all’art. 64(9)(a) dello Statuto¹³⁵. Delle due l’una: o, pur richiamando formalmente l’art. 69, la maggioranza dei giudici sta ammettendo in concreto, come già ammesso in principio precedentemente¹³⁶, la presentazione di prove su richiesta delle vittime partecipanti, attribuendo, quindi, loro non un vero e proprio diritto spettante alle parti, ma un potere che caratterizza queste ultime, richiamando solo formalmente l’art. 69, oppure sta tracciando, o allargando, i confini del potere istruttorio, non considerando il presupposto della necessarietà menzionato nella norma o identificandolo con la rilevanza, di cui all’art. 64(9)(a), fatto criticabile se si valuta quel potere istruttorio come

¹³³ Sulla problematica riguardo al nostro ordinamento cfr. L. CARACENI, *I poteri d’ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Giuffrè, 2007, pp. 160-161.

¹³⁴ S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 148.

¹³⁵ L’art. 64(9) St. CPI recita: “*The Trial Chamber shall have, inter alia, the power on application of a party or on its own motion to: (a) Rule on the admissibility or relevance of evidence; and (b) Take all necessary steps to maintain order in the course of a hearing*”; l’art. 69(3) St. CPI sancisce: “*The parties may submit evidence relevant to the case, in accordance with article 64. The Court shall have the authority to request the submission of all evidence that it considers necessary for the determination of the truth*”.

¹³⁶ Si richiami la decisione della Camera Dibattimentale I Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, *Decision on victims’ participation*, 18 January 2008, § 108, poi confermata dalla decisione della Corte d’appello Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, *Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008*, 11 July 2008, § 4. Condivisibili sul punto della impossibilità per le vittime di presentare prove, le motivazioni espresse dal giudice dissenziente Pikis (Prosecutor v. Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10, *Judgment on the appeals of The Prosecutor and The Defence against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008 (Partly Dissenting opinion of Judge G.M. Pikis)*, 11 July 2008, §§ 4-15) che ribadisce la propria posizione già sostenuta in una precedente opinione dissenziente secondo cui le vittime non sono parti e non possono introdurre nel processo nulla di più delle loro “*views and concerns*” (§ 15).

eccezionale¹³⁷ che, addirittura, alcuni interpreti ritenevano esercitabile solo in favore dell'imputato¹³⁸.

Per completare l'analisi della decisione e del suo impatto sulla nuova procedura si deve sottolineare come le vittime che hanno presentato la richiesta e che sono state ammesse quali testimoni fossero coperte dall'anonimato, nella loro partecipazione¹³⁹. Successivamente hanno acconsentito a rinunciare all'anonimato nei rapporti con la difesa, ma solo dopo l'adozione delle misure di protezione adeguate¹⁴⁰ e senza risolvere tutti quei problemi collaterali che l'anonimato aveva potuto generare fino a quel momento¹⁴¹. Questo offre lo spunto per ricordare come la partecipazione e, di più, la testimonianza anonima, non esplicitamente previste o escluse né dallo Statuto né dalle *Rules of Procedure and Evidence*, siano state accolte nella prima prassi per far fronte a necessità oggettive di protezione delle vittime e dei testimoni in modo tanto frequente,

¹³⁷ Si deve rammentare come il nostro ordinamento scelga un principio dispositivo attenuato, ma conferisca, ai sensi dell'art. 507, al giudice del dibattimento un potere istruttorio eccezionale, confinato entro i limiti dell'assoluta necessarietà. Per una trattazione esaustiva dell'argomento si veda L. CARACENI, *I poteri d'ufficio*, cit., p. 141 s. Per l'ultima interpretazione dell'art. 507 da parte della Corte costituzionale si veda Corte cost. n. 73 del 2010 e per un esame dell'argomento alla luce della pronuncia della Consulta P. TONINI, *Iniziativa d'ufficio del giudice e onere della prova tra principio di imparzialità e funzione cognitiva del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2010 s.

¹³⁸ Cfr. H. FRIMAN, *The ICC and the Victim Participation: A Third Party to the Proceedings*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, 2009, p. 496. Altri commentatori hanno sottolineato come la necessarietà non vada letta solo alla luce della possibilità della Corte di pronunciare una decisione, ma, interpretata nell'ottica dello scopo ulteriore del processo, ovvero la ricostruzione della verità. In ogni caso gli stessi sembrano sottintendere anche che tale valutazione debba essere compiuta dopo la presentazione delle prove su richiesta di parte, come non accaduto in questo caso. Cfr. D. K. PIRAGOFF, *Article 69*, in O. TRIFFTERER, *Commentary on the Rome Statute*, cit., p. 1321.

¹³⁹ E' perfettamente condivisibile l'opinione di chi ha definito la partecipazione anonima come "odiosa" e poco giustificabile, proponendo quale valida alternativa l'ingresso nel procedimento non di singole vittime, ma di associazioni che consentirebbero di proteggere l'anonimato senza ripercussioni negative sui diritti dell'imputato il quale, anche alla luce della decisione analizzata, si trova non solo a dover affrontare un soggetto partecipante di cui non conosce l'identità, ma le sue richieste in materia di prove relative alla colpevolezza, oltre che al diritto alla riparazione. Cfr. S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., pp. 150-151.

¹⁴⁰ La situazione specifica è stata oggetto di una richiesta della difesa al fine di conoscere l'identità delle vittime prima della loro deposizione, in modo da poter preparare efficacemente l'esame incrociato. Cfr. *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Requête urgente de la Défense aux fins de levée de l'anonymat des victimes a/0225/06, a/0229/06 et a/0270/07 et de la communication d'une version non expurgée et signée de leur déposition*, 18 août 2009.

¹⁴¹ Proprio una delle vittime che ha avanzato l'istanza impulso per la decisione in esame (a/0225/06) è stata coinvolta in una vicenda intricata di scambio di persona o, piuttosto, di scambio di identità che dimostrerebbe quanti e quali effetti collaterali possa avere la partecipazione anonima. Cfr. *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04.01/06, *Redacted Decision on the disclosure of information from victims application forms (a/0225/06, a/0229/06 and a/0270/07)*, 4 February 2011.

da diventare, a parere di chi scrive, fonte di preoccupazione per la *fairness* del procedimento¹⁴².

Se, come anticipato, il punto fermo per la partecipazione delle vittime è rappresentato dalla necessità di non contrastare o mettere in pericolo i diritti dell'imputato ed il *fair trial*, tale decisione ci appare per lo meno dubbia nell'ottica del rispetto di tali limiti. Essa tocca, infatti, una serie di aspetti processuali difficili che hanno reso necessario l'intervento interpretativo dei giudici, effettuato in modo estensivo o, addirittura, creativo, ma comunque criticabile.

Aperti a prendere in considerazione le posizioni di chi dall'interno della Corte o, anche molto autorevolmente, in dottrina, ha ritenuto giustificabili le soluzioni adottate¹⁴³ (ci si riferisce alla partecipazione anonima delle vittime, all'uso dei testimoni anonimi, alla coesistenza del ruolo di vittima partecipante e fonte di prova, nonché alla possibilità per le vittime di richiedere e presentare prove) se considerate eccezionali e singolarmente, ci si deve, invece, arroccare su posizioni molto più rigide e garantiste quando ci si renda conto che quelle singole soluzioni possono arrivare a coesistere nello stesso procedimento e anche in uno stesso momento specifico, tanto da pregiudicare i diritti dell'imputato e molti di quei principi generalmente riconosciuti come riconducibili alla nozione di *fair trial* e, pertanto, irrinunciabili (si pensi anche solo, ad esempio, alla presunzione di non colpevolezza ed all'imparzialità del

¹⁴² Ritorna qui l'annoso problema sull'ammissibilità in concreto della testimonianza anonima, già affrontato nella prassi dei Tribunali *ad hoc* ed oggetto di un acceso dibattito dottrinale, che chiama in gioco la tensione fra la tutela dei diritti dell'imputato e la protezione delle fonti di prova. Per quanto riguarda l'introduzione della testimonianza anonima nel sistema processuale della Corte penale internazionale, essa fu oggetto di una esplicita proposta, poi non accolta, avanzata dalla delegazione italiana durante le trattative per la redazione delle *Rules of Procedure and Evidence*. Cfr. H. BRADY, *Protective and Special Measures for Victims and Witnesses*, in R.S. LEE (ed.), *The International Criminal Court. Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, Transnational Publishers, 2001, p. 450 s. Anche se ben consci della giurisprudenza in materia della Corte di Strasburgo (cfr. S. TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005, p. 316 s. e, in ambito nazionale, S. LONATI, *Il diritto dell'accusato a "interrogare o fare interrogare" le fonti di prova a carico*, Giappichelli, 2008, p. 210 s.) e di quella elaborata in seno alle giurisdizioni penali internazionali (si veda, in relazione al Tribunale per la ex Jugoslavia, il precedente *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, *Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses*, 10 August 1995), a parere di chi scrive si può anche concordare sulla assoluta necessità dell'uso dell'anonimato per far fronte ad esigenze eccezionali, relative ai rischi specifici a cui sono sottoposte le persone esaminate, ma si deve avere un approccio onesto all'argomento, ammettendo come non sia possibile trovare una soluzione di compromesso. La testimonianza anonima, in quest'ottica, qualunque accorgimento preventivo o successivo venga adottato, comporta una scelta di prevalenza delle esigenze di protezione su quelle di tutela dei diritti dell'imputato, soprattutto il diritto al confronto con il proprio accusatore, inteso in modo pieno ed effettivo. Sull'argomento della testimonianza anonima in ambito internazionale si veda, da ultimo, M.E. KURTH, *Anonymous witnesses before the International Criminal Court: Due process in dire straits*, in C. STAHN, G. SLUITER (eds.), *The Emerging Practice*, cit., p. 615 s.

¹⁴³ Cfr., ad esempio, per l'uso dei testimoni anonimi, M. DAMAŠKA, *The Competing Visions of Fairness: The Basic Choice for International Criminal Tribunals*, in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 36, 2011, pp. 383-384.

giudice)¹⁴⁴. L'erosione dei diritti dell'imputato non sembra un dato di fatto quando questo debba fronteggiare vittime partecipanti anonime, le cui richieste di prove vengono ammesse dai giudici, senza preliminarmente sciogliere l'anonimato, anche se con il riferimento al loro potere istruttorio, peraltro interpretato in modo dubbio, ed hanno ad oggetto la testimonianza di quelle vittime stesse, poi eventualmente seguita dall'espressione personale delle loro "*views and concerns*?"

I primi anni di attività della Corte penale internazionale hanno rivelato, dal punto di vista tecnico, pericolose derive in materia di *fair trial* e, per quanto riguarda l'argomento specifico della partecipazione delle vittime, sicuramente uno spostamento dell'asse di equilibrio della procedura -già piuttosto sbilanciato, per quanto riguarda la parità della parti, verso l'accusa¹⁴⁵- tanto da rendere necessario almeno un ripensamento dell'assetto.

Le violazioni del *fair trial* sono pericolose per la legittimazione della Corte¹⁴⁶. I giudici in tal senso hanno dimostrato atteggiamenti contrastanti espressi in decisioni spesso non coerenti, talvolta criticabili, come quelle analizzate, forse costretti da un modello di partecipazione delle vittime rivelatosi di difficile attuazione, soprattutto per le lacune normative¹⁴⁷, altre volte tese a ricercare rimedi non contemplati dallo Statuto o dagli altri testi normativi, addirittura estremi, di fronte alla violazione dei diritti dell'imputato tale da non poter più assicurare la celebrazione di un processo equo, come lo "*stay of the proceedings*" al quale hanno fatto ricorso, più volte, nel caso Lubanga. La sospensione del procedimento, però, ne ha prolungato la durata, con evidenti ripercussioni, nuovamente, sui diritti dell'imputato detenuto, atteso che non è mai stata accompagnata dall'esecuzione di un provvedimento di rilascio, se pur adottato dai giudici di merito. Queste vicende dovrebbero indurre, quindi, ad una seria riflessione sull'individuazione di rimedi preventivi per il rispetto dei diritti dell'imputato¹⁴⁸, senza dover ricorrere, quando possibile, a quelli successivi che, a loro volta, in una sorta di moto a spirale senza fine, generano altre situazioni critiche.

¹⁴⁴ Si deve concordare con chi, in dottrina, ha sottolineato come la "*fairness*" nell'ambito delle giurisdizioni internazionali sia sottoposta a sfide diverse e più ardue di quelle affrontate nei diversi contesti nazionali, determinate da caratteristiche specifiche del sistema processuale, *in primis* la presenza delle vittime come soggetti partecipanti, ma anche dai molteplici scopi che si affidano al processo penale. Cfr. M. DAMAŠKA, *The Competing Vision of Fairness*, cit., p. 370 s.

¹⁴⁵ Sul punto si veda, volendo, M. MIRAGLIA, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., p. 135 s.

¹⁴⁶ Si veda, ancora, da ultimo S. ZAPPALÀ, *The Rights of Victims*, cit., p. 145.

¹⁴⁷ E' stato sottolineato, infatti, che la partecipazione delle vittime avrebbe richiesto una legislazione più dettagliata. S. ZAPPALÀ, *ult. op. cit.*, cit., p. 145.

¹⁴⁸ A solo titolo esemplificativo si rammenti che le questioni processuali più critiche sono sorte in materia di *disclosure*, di cui alcuni aspetti hanno, poi, condotto al primo *stay of the proceedings* (Prosecutor v.

9. *Conclusioni.* – La panoramica condotta sulla prima prassi della Corte penale internazionale ha sicuramente svelato scenari problematici all'interno dei quali i protagonisti processuali o meno del nuovo ordinamento hanno interagito non senza difficoltà, talvolta determinando disequilibri che rendono sicuramente necessari interventi e riflessioni per poter rimediare alle eventuali conseguenze negative.

Nonostante ciò si vuole condividere l'opinione di chi sostiene vi sia spazio per il miglioramento e, soprattutto, per non far naufragare il nuovo sistema. Sicuramente non esistono rimedi assoluti, ma si può cercare di correggere, anche se solo di qualche grado, la rotta.

In quest'ottica, ripercorrendo, per ragioni sistematiche, l'ordine di trattazione, il *self-referral*, che sicuramente è servito nei primi momenti di vita della Corte per dare impulso alla sua attività e per avere procedimenti di cui occuparsi, se slegato dai presupposti della complementarità, sembra contrario ai principi generali contenuti nello Statuto che impongono agli Stati il dovere di attivarsi per combattere l'impunità. Esso, però, è entrato a far parte, con queste fattezze, del nuovo sistema, senza che esistano meccanismi certi per impedirne o limitarne il ricorso. Si può, quindi, auspicare che l'ufficio del Procuratore, a fronte di eventuali nuovi *self-referrals*, utilizzi ogni arma per condurre le indagini imparzialmente, toccando fatti commessi non solo da eventuali oppositori, per inviare un chiaro messaggio a chi volesse usare questo canale per strumentalizzare la Corte, anche se con i limiti derivanti dai meccanismi di svolgimento delle indagini contemplati dallo Statuto e basati, come detto, quasi esclusivamente sulla cooperazione degli Stati.

Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, *Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008*, 13 June 2008), riguardo all'ammissione delle prove, nonché alla mancata ottemperanza da parte del Procuratore dei provvedimenti dei giudici e, da ultimo, addirittura con riferimento all'abuso del processo da parte dell'Ufficio dell'accusa. Tale abuso sarebbe stato perpetrato, prevalentemente, attraverso i cosiddetti intermediari per la raccolta di elementi probatori, utilizzati dal Procuratore sul territorio congolese e che, poi, secondo la difesa, avrebbero indotto (se non istigato) alcuni testimoni a mentire. L'uso degli intermediari aveva già generato problemi, portando la Camera Dibattimentale I ad imporre il 15 luglio 2010, con una decisione assunta oralmente, il secondo "*stay of the proceedings*", poi revocato dalla Corte d'appello (*Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 OA 17, *Judgment on the appeal of Prosecutor against the oral decision of Trial Chamber I of 15 July 2010 to release Thomas Lubanga Dyilo*, 8 October 2010). L'abuso del processo è stato oggetto di un'ulteriore richiesta di sospensione avanzata dal difensore di Thomas Lubanga Dyilo, rigettata, però, dalla Camera Dibattimentale I (cfr. *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Redacted Decision on "Defence Application Seeking a Permanent Stay of the Proceedings"*, 7 March 2011). Da ultimo, per le conseguenze negative in materia di processo equo generate dalle problematiche inerenti alla *disclosure*, si veda la decisione *Prosecutor v. Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, *Decision postponing the commencement of the confirmation hearing*, 16 August 2011 e le relative motivazioni contenute in *Decision on "Defence request to deny the use of certain incriminating evidence at the confirmation hearing" and postponement of confirmation hearing*, 16 August 2011.

La mancata cooperazione degli Stati, anche quelli Parte, è sicuramente uno degli aspetti più negativi della prima prassi, capace di impedire lo svolgimento delle indagini e la celebrazione dei processi. Non si ritiene corretto che il Procuratore scelga le indagini da svolgere e le persone da perseguire guardando al margine di successo e cercando di non sollecitare la reazione negativa degli Stati, poiché si tratterebbe di un altro modo per ridurre l'indipendenza della Corte e per condizionarne l'operato. Ci si dovrebbe proporre di svolgere campagne di sensibilizzazione, là dove possibile, volte non solo alla ratifica dello Statuto, ma all'adozione delle leggi di attuazione che, in qualche modo, costituirebbero un incentivo interno per la cooperazione effettiva con la Corte e, dove queste non siano in grado di produrre alcun effetto, ricorrere più frequentemente ai meccanismi "sanzionatori". Per quanto riguarda la problematica in questione relativamente al nostro Paese si deve rammentare che l'Italia non ha ancora predisposto ed approvato la normativa di attuazione e che, pertanto, la cooperazione con la Corte potrebbe rappresentare, concretamente, ancora un problema¹⁴⁹.

Dall'altro lato, per far guadagnare maggiore credibilità alla Corte ed evitare che essa sia esposta a critiche, per quanto poco fondate, in relazione alla sua scarsa imparzialità nella selezione delle indagini e dei casi, è necessario che l'Ufficio dell'accusa si ispiri in modo più rigoroso al principio di gravità e, forse, sarebbe auspicabile che venissero predisposte linee guida più dettagliate da tenere in considerazione nella valutazione dello stesso e dell'interesse della giustizia per assicurare maggior trasparenza. Tale compito dovrebbe essere affidato, però, allo stesso Ufficio, senza demandarlo ad altri, al fine di non snaturare la discrezionalità riconosciuta dall'art. 53 dello Statuto.

In fine molti problemi sono stati incontrati nella celebrazione dei procedimenti. Come visto, anche in questo ambito, le interazioni fra i "protagonisti ed i comprimari" del processo hanno generato disequilibri che hanno condotto a tali situazioni di gravità per la tutela dei diritti dell'imputato da imporre ai giudici scelte estreme, come quella dello "*stay of the proceedings*". Un possibile margine di miglioramento potrebbe essere ottenuto recuperando la dimensione strettamente processuale dell'istituzione di cui ci

¹⁴⁹ La Commissione Giustizia nel giugno 2011 ha concluso l'esame di alcune proposte di legge in materia di adeguamento del nostro ordinamento allo Statuto di Roma, predisponendo, poi, un testo che deve seguire, ora, l'iter legislativo, sperando che possa giungere alla sua conclusione a differenza di quanto accaduto per altri progetti in questi nove anni. L'evidente ritardo nell'approvazione ed entrata in vigore della legge di attuazione richiama alla memoria una ben nota vicenda che, per analoghi difetti di adeguamento allo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Ruanda, aveva posto l'Italia in una situazione critica nel caso del religioso Athanase Seromba. Seromba, accusato di fronte al Tribunale per il Ruanda di aver ordinato il massacro avvenuto nella sua parrocchia, si era rifugiato, poi, in Italia sotto falso nome. Il mandato di arresto a suo carico è rimasto per lungo tempo senza esecuzione proprio per quella lacuna legislativa. La vicenda si è poi conclusa con l'estradizione di Seromba a favore del Tribunale internazionale dopo l'approvazione della legge n. 181 del 2 agosto 2002.

si occupa. Non si tratta certamente della panacea per tutti i mali, ma tale ripensamento consentirebbe di sgravare il processo da compiti ulteriori¹⁵⁰, potendosi concentrare solo sull'accertamento della responsabilità dell'imputato, interpretando, quindi, in quest'ottica, almeno alcune norme che, in altro modo, richiedono un'estensione differente e pericolosa per i suoi diritti¹⁵¹. E' sicuramente impopolare proporre di ripensare alla partecipazione delle vittime, ma lo studio dei primi procedimenti porta a pensare che quella partecipazione sia stata disegnata dalla giurisprudenza, all'interno degli ampi spazi lasciati dalle norme, pensando anche a quegli scopi ulteriori, sopra menzionati. Nessuno può negare che a livello procedimentale la vittima debba meritare attenzione, ma, a parere di chi scrive, il modello di partecipazione che emerge dalla prima prassi porta in superficie forti attriti con la posizione dell'imputato, tali da ripercuotersi sull'equità del processo, già messa in difficoltà da altri aspetti peculiari della giustizia internazionale. Si potrebbe, quindi, cercare di ristabilire l'assetto o reinterpretando il ruolo partecipativo della vittima in modo diverso da quello proposto nei primi procedimenti, soprattutto per quanto attiene alla materia probatoria inerente alla colpevolezza dell'imputato o, in maniera più radicale, pensando addirittura ad una modifica dello Statuto, accogliendo le proposte di chi suggerisce di consentire esclusivamente la partecipazione di associazioni che rappresentino le vittime o, ancora, limitando la partecipazione di queste ultime al solo scopo riparatorio, collocandola in una fase successiva a quella dibattimentale che segua la pronuncia della sentenza, dove le vittime possano, a quel punto, esprimere le proprie "*views and concerns*" senza stretti vincoli, ottenendo, quindi, anche scopi propri dei meccanismi alternativi di giustizia di carattere riconciliativo. Non si intende, quindi, togliere voce alle vittime, ma consentire loro di parlare durante il processo attraverso i canali della testimonianza ed in forma meno vincolata successivamente, con conseguenze negative estremamente ridotte per la realizzazione del *fair trial*, la cui erosione, per quanto considerata una semplice reinterpretazione della nozione, può essere usata non solo dalla difesa per ottenere assoluzioni, ma dai detrattori della Corte per gettare discredito su un'istituzione che dovrebbe, invece, svolgere una funzione esemplare.

¹⁵⁰ M. DAMASKA, *The Competing Visions of Fairness*, cit., p. 376.

¹⁵¹ Si pensi, ad esempio, all'interpretazione di cui si è trattato sopra del potere istruttorio sancito dall'art. 69(3)