LA POSIZIONE DELLE ORGANIZZAZIONI REGIONALI AFRICANE E DEGLI STATI AFRICANI NEI CONFRONTI DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

EGERIA NALIN*

SOMMARIO: 1. La controversa relazione tra Stati africani e Corte penale internazionale. – 2. La posizione dell'UA nei confronti della Corte penale internazionale. Il caso *Al Bashir*. – 3. La crisi della CPI come espressione della crisi del multilateralismo? – 4. I risvolti positivi della crisi: verso un nuovo corso delle azioni della CPI? – 5. *Segue*: lo sviluppo della complementarità positiva come strumento per uscire dalla crisi.

1. *La controversa relazione tra Stati africani e Corte penale internazionale*

La posizione degli Stati africani e delle organizzazioni internazionali che li riuniscono nei confronti della Corte penale internazionale (CPI) ha conosciuto fasi alterne nel corso di questi anni[1].

Gli Stati africani sono stati fondamentali per l'approvazione, prima, e l'entrata in vigore dello Statuto di Roma, poi[2] ed anche attualmente, tra i 123 Stati membri della CPI, il gruppo più numeroso (ben 33) è composto da Stati africani.

Gli Stati africani sono anche quelli maggiormente coinvolti nelle indagini della Corte: in questi anni, gli unici casi deferiti alla CPI dal Consiglio di sicurezza *ex* art. 13, lett. b), sono relativi a Stati africani (Sudan/Darfur e Libia); inoltre, i processi celebrati o attualmente in corso hanno avuto e hanno imputati di nazionalità africana[3].

Orbene, un tale interesse (quasi esclusivo) della CPI per i crimini compiuti in Africa può essere interpretato come un doveroso tributo pagato dalla Corte al continente cui essa deve la sua fortuna: in altre parole, la CPI rappresenterebbe una opportuna forma di giustizia

* Ricercatrice di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

[1] In argomento, cfr. tra gli altri, v. C. CHERNOR JALLOH, *Regionalizing International Criminal Law*, in *Intern. Crim. Law Review*, 2009, p. 445 ss.; M. MAMDANI, *Africa in the 21st Century: The International Criminal Court's Case Against the President of Sudan: A Critical Look*, in *Col. Jour. Int. Affairs*, 2009, p. 85 ss.; M. SSENYONJO, *The Rise of the African Union Opposition to the International Criminal Court's Investigations and Prosecutions of African Leaders*, in *Int. Crim. Law Review*, 2013, p. 385 ss.

[2] In particolare, il Senegal è stato il primo Stato a ratificare lo Statuto di Roma; Niger e Congo erano tra i 10 Stati che con la propria contemporanea ratifica dello Statuto ne hanno consentito l'entrata in vigore.

[3] Invero, solo di recente il Procuratore ha iniziato una indagine sulla situazione in Georgia e in Bangladesh/Myanmar; inoltre sta conducendo un esame preliminare relativamente alle situazioni esistenti in Colombia; Iraq/Regno Unito; Filippine; Ucraina e Venezuela e ha concluso positivamente quello relativo alla Palestina, chiedendo alla Corte di definire l'ambito territoriale rispetto al quale potrà indagare (istanza del 22 gennaio 2020, ICC-01/18-12, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*). In ultimo, la richiesta di autorizzazione a cominciare una indagine sui crimini compiuti in Afghanistan, inizialmente respinta dalla Camera di prima istanza (decisione della CPI del 12 aprile 2019, ICC-02/17-33, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*), è stata, infine, accolta dalla Camera di appello, che si è pronunciata su ricorso del Procuratore (sentenza del 5 marzo 2020, ICC-02/17 OA4, *Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*).

per le numerosissime vittime di crimini compiuti nel continente africano, ponendo fine all'impunità in un contesto nel quale il sistema giurisdizionale statale, sovente, non assicura una adeguata repressione dei crimini internazionali commessi nel proprio territorio[4].

Sicché, poiché la CPI nasce – come recita il Preambolo del suo Statuto – affinché «the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished» (*considerando* 4), posto che essa funziona in base al principio di complementarità (*considerando* 10 Preambolo e art. 1 Statuto) e, dunque, interviene nei casi in cui lo Stato, competente a giudicare sui crimini previsti nello Statuto di Roma, sia «unwilling or unable» di procedere (art. 17 Statuto), è evidente la ragione per la quale, ad oggi, così numerosi siano i casi pendenti dinanzi ad essa che riguardino Paesi africani[5].

A ciò va aggiunta una ragione di carattere pratico: la Corte per funzionare ha bisogno della cooperazione degli Stati interessati dalla commissione dei crimini di cui si occupa, senza la quale essa rischia di essere – come diceva efficacemente Antonio Cassese parlando dei tribunali per la ex Iugoslavia e per il Ruanda – «un gigante senza né braccia né gambe»[6]. Orbene, numerosi Stati africani hanno auto-deferito le situazioni relative ai crimini compiuti nei propri territori alla CPI, chiedendo l'apertura di una indagine da parte della Corte[7]; inoltre, inizialmente, la Costa d'Avorio – pur non essendo Stato parte della CPI – ne ha accettato la giurisdizione, *ex* art. 12, par. 3, con riferimento ai crimini compiuti nel suo territorio. Siffatti palesi inviti degli Stati interessati rivolti alla CPI, oltre a poter essere letti come una ammissione di incapacità a procedere (idonea a rendere operativo il principio di complementarità), hanno, soprattutto, significato per la Corte una opportunità di iniziare ad operare in un ambiente favorevole e collaborativo, che potesse consentirle di giungere alla celebrazione dei primi processi in tempi ragionevolmente brevi.

---

[4] Alle volte, ciò accade per incapacità dei Paesi africani di amministrare la giustizia in casi siffatti, spesso perché stentano ad uscire da una situazione di conflitto armato o di violenza diffusa e generalizzata, ovvero perché non hanno ancora sviluppato un apparato giurisdizionale con adeguate cognizioni in tema di crimini internazionali e che sia pienamente rispettoso dello standard del *due process*. Altre volte, l'impunità dei crimini è una scelta motivata ufficialmente dall'esigenza di anteporre la pace e la riconciliazione alla giustizia, ponendo la questione se vi possa essere reale riconciliazione senza giustizia per le vittime o se si tratti, piuttosto, di una scelta che segna un compromesso politico, volto a consolidare il potere di un Governo non sempre veramente rispettoso dei valori della democrazia e dei diritti umani.

[5] Secondo l'Informal Expert Paper, *The Principle of Complementarity in practice*, ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-2009 6/37 VW T, ICC-OTP 2003, par. 23: «The term "genuine" is defined, for example, in the Oxford dictionary, as "having the supposed character, not sham or feigned". The context of Article 17 affirms that the term must be interpreted in relation not only to "unwillingness" (sham, feigned) but also to "inability", and it therefore also connotes a certain basic level of objective quality. Thus, a country devastated by conflict and facing a collapse of its system might be willing to conduct proceedings, and yet be unable to genuinely carry out proceedings. It was extremely important to many States that proceedings cannot be found "non-genuine" simply because of a comparative lack of resources or because of a lack of full compliance with all human rights standards. The issue is whether the proceedings are so inadequate that they cannot be considered "genuine" proceedings. Of course, although the ICC is not a "human rights court", human rights standards may still be of relevance and utility in assessing whether the proceedings are carried out genuinely». La suddetta interpretazione della complementarità rispetto a Stati «unwilling or unable genuinely to prosecute» giustifica, dunque, le numerose azioni intraprese dalla CPI rispetto a crimini compiuti in Paesi africani.

[6] A. CASSESE, *On the Current Trends towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 1998, p. 2 ss., in specie p. 13.

[7] È il caso di Uganda (2004), Repubblica democratica del Congo (2004), Repubblica centro africana (2004 e 2014), Mali (2012). Sulla pratica dell'auto-deferimento, v. le considerazioni critiche di P. GAETA, *Is the Practice of "Self-Referrals" a Sound Start for the ICC?*, in *Jour. Crim. Just.,* 2004, p. 951 ss.; C. KRESS , "*Self Referrals" and "Waivers of Complementarity*", ivi, p. 944 ss.

Tuttavia, negli ultimi tempi, numerosi Stati africani hanno fornito una diversa lettura di questo interesse della CPI per i crimini compiuti in Africa, asserendo che la Corte abbia tradito la fiducia degli Stati africani, trasformandosi in uno strumento dell'imperialismo dei Paesi occidentali per realizzare una nuova forma di colonialismo in Africa, una giustizia politica e politicizzata (così Sud Africa, Burundi, Uganda, Sudan, Zimbabwe, Kenya, Ruanda e Gambia)[8]. Soprattutto i Presidenti di Zimbabwe, Ruanda e Benin hanno sottolineato il *double standard* della CPI che non perseguirebbe, ad esempio, i crimini altrettanto gravi compiuti dai britannici in Iraq, nonché il mancato deferimento della situazione israeliana e siriana alla CPI, in quanto si tratterebbe di Stati protetti, il primo, dall'imperialismo occidentale, il secondo, da altra Potenza come la Russia[9]. Queste posizioni critiche troverebbero un ulteriore riscontro nella circostanza che il Consiglio di sicurezza, nelle risoluzioni con cui ha deferito le situazioni sudanese e libica alla Corte, ne ha interdetto l'azione nei confronti dei cittadini di Paesi non parti dello Statuto di Roma, così creando una sorta di immunità per i crimini eventualmente compiuti in tali territori, tra gli altri, dai cittadini americani. Nonostante il Procuratore si sia affrettato a precisare che la CPI agisce, a seguito del deferimento, alle condizioni stabilite dal proprio Statuto e che il Consiglio di sicurezza non può creare condizioni aggiuntive a quelle ivi previste ai fini dell'esercizio dell'azione penale – a maggior ragione violando il principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito anche dallo Statuto CPI (art. 21, par. 3) – di fatto nessuna azione è stata ad oggi intrapresa nei confronti di cittadini di alcuno dei Paesi NATO intervenuti in Libia,

[8] In argomento, v. K. M. CLARKE, *Fictions of Justice: The International Criminal Court and the Challenge of Legal Pluralism in Sub-Saharan Africa*, Cambridge, 2009; K. AMBOS, *Expanding the Focus of the "African Criminal Court"*, in W. SCHABAS, Y. MCDERMOTT, N. HAYES (eds.), *The Ashgate Research Companion to International Criminal Law: Critical Perspectives*, Abingdon, 2013, p. 499 ss.; A. BABINGTON- ASHAYE, *The International Criminal Court and its Potential Impact on Development in Africa*, in M. KAMGA, M. M. MBENGUE (dir.), *Liber Amicorum Raymond Ranjeva. L'Afrique et le droit international: variations sur l'organisation internationale*, Paris, 2013, p. 45 ss.; P. I. LABUDA, *The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity*, in *Afr. YB. Int. Law*, 2013-2014, p. 289 ss.; R. DICKER, *The International Criminal Court (ICC) and Double Standards of International Justice*, in C. STAHN (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, 2015, p. 3 ss.; G. NESI, *La repressione dei crimini internazionali tra diritto di autodeterminazione dei popoli e affermazione della statualità*, in R. WENIN, G. FORNASARI, E. FRONZA, *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta.* Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014, Napoli, 2015, p. 23 ss.; ID., *Statehood, Self-determination and International Criminal Justice*, in Hilpold (ed.), *Autonomie und Selbstbestimmung in Europa und im internationalen Vergleich*, Wien, 2016, p. 322 ss.; C. STAHN, *Justice Civilisatrice? The ICC, Post-colonial Theory and Faces of 'the Local'*, in C. DE VOS, S. KENDALL, C. STAHN (eds.), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge, 2015, p. 83 ss.; JB. J. VILMER, *The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the Crisis*, in *Int. Aff.*, 2016, p. 1319 ss.; F. COWELL, *Inherent Imperialism: Understanding the Legal Roots of Anti-imperialist Criticism of the International Criminal Court*, in *Jour. Crim. Just.*, 2017, p. 667 ss.; M. DU PLESSIS, *The Omar Al-Bashir Case: Exploring Efforts to Resolve the Tension between the African Union and the International Criminal Court*, in T. MALUWA, M. DU PLESSIS, D. TLADI (eds.), *The Pursuit of a Brave New World in International Law: Essays in Honour of John Dugard*, Leiden, 2017, p. 431 ss.

[9] Di particolare interesse è a questo proposito la risoluzione proposta dalla Francia (UN Doc. S/2014/348 del 22 maggio 2014) per deferire alla CPI la situazione in Siria. La risoluzione è stata, infatti, bloccata dal veto di Russia e Cina per gli effetti negativi che un simile deferimento avrebbe potuto produrre rispetto al processo di pace siriano (UN Doc. S/PV/7180 del 22 maggio 2014, p. 12 ss.). Sul mancato deferimento alla CPI della questione siriana e le reazioni degli Stati africani, cfr. C. CHERNOR JALLOH, *Regionalizing International Criminal Law?*, cit., p. 445 ss.

ancorché sia prospettabile la commissione di alcuni crimini da parte della coalizione di cui facevano parte[10].

La illustrata posizione critica degli Stati africani, per quanto maggioritaria, non è affatto unitaria. Altri Stati africani difendono l'operato della Corte (per es. il Senegal) o la vedono come uno strumento necessario, nonostante fino ad ora non si sia mostrato particolarmente efficace ed incisivo (Nigeria, Malawi). Il gruppo di contatto istituito dalla Comunità economica degli Stati dell'Africa occidentale (ECOWAS) per occuparsi della crisi in Mali (composto da Benin, Costa d'Avorio, Niger, Nigeria, Liberia, Burkina Faso e Togo) ha concluso i suoi lavori chiedendo alla CPI di indagare sui crimini compiuti nella zona settentrionale del Mali[11]. Il Botswana, in occasione di un High-level ICC Regional Seminar sulla cooperazione tra la CPI e gli Stati (tenutosi in quel Paese il 29-30 ottobre 2015), «called upon states to strengthen relations between African States and the Court by engaging and identifying critical measures that will improve [African States'] communication channels with the Court». Nigeria, Ghana, Costa d'Avorio, Mali si sono espressi a favore di una fattiva cooperazione con la CPI[12].

Invero, l'impressione è che – fermo restando un certo oggettivo *double standard* della CPI nella scelta dei crimini da perseguire, dovuto, peraltro, non solo al condizionamento dei Membri permanenti del Consiglio di sicurezza, ma anche alle ragioni di opportunità legate alla diffusa collaborazione degli Stati africani (almeno quando ciò corrisponda agli interessi "governativi") – le accuse alla CPI siano frutto di una strumentalizzazione politica. A tal riguardo va ricordato che le situazioni sudanese e libica sono state deferite alla CPI dal Consiglio di sicurezza col voto favorevole dei Membri non permanenti africani del Consiglio stesso[13]; come si è sottolineato, molte situazioni africane sono al vaglio della CPI in base a *self deferral*; a parte le isole Comore, nessuno Stato africano membro della CPI ha chiesto direttamente alla Corte di giudicare su situazioni in Stati non africani, nonostante sia possibile ai sensi Statuto. A ciò va aggiunto che anche tra gli Stati che si oppongono alla CPI, alcuni hanno manifestato e manifestano un atteggiamento ambivalente nei confronti della Corte. È il caso, ad. es., del Kenya e dell'Uganda.

Il primo, aveva inizialmente dimostrato una certa apertura verso la CPI, tanto che la stessa aveva emesso nei confronti di Keniatta – all'epoca vice Primo ministro – un ordine di comparizione, anziché un mandato di arresto. La situazione è mutata allorché Keniatta, divenuto capo del governo, ha inaugurato una campagna di attacchi contro la Corte – definita colonialista e razzista – supportato dalla Unione africana (UA), la quale ha chiesto al Consiglio di sicurezza di bloccare l'azione contro Keniatta *ex* art. 16 Statuto CPI[14]. La

[10] Sui crimini compiuti in Libia dalla coalizione di Stati autorizzati, cfr. U. VILLANI, *L'intervento militare in Libia:* responsibility to protect *o … responsabilità per aggressione?*, in *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*², Bari, 2015, p. 55 ss., in specie p. 66 ss.

[11] Statement issued by the ECOWAS Contact Group at the end of a summit on the Malian crisis, luglio 2012.

[12] Infatti la Costa d'Avorio ha cooperato per la consegna di Laurent Gbagbo e Charles Ble Goud, il Niger per quella di Ahmad Al Faqi Al Mahdi.

[13] Si tratta di Tanzania e Benin per il Sudan e di Gabon, Nigeria e Sud Africa per la Libia.

[14] Extraordinary session of the Assembly of the African Union, 12 ottobre 2013, Addis Abeba, Ext/Assembly/AU/Dec.1, *Decision on Africa's relationship with the International Criminal Court (ICC)*. Il Consiglio di sicurezza bocciò, quindi, una bozza di risoluzione in tal senso (cfr. SC/1176 del 15 novembre 2013): UN Press Release, *Security Council Resolution Seeking Deferral of Kenyan Leaders' Trials Fails to Win Adoption, with 7 voting in Favour, 8 Abstaining*, del 15 novembre 2013.

contrapposizione si è risolta a seguito delle successive decisioni con cui la CPI ha dismesso il caso, negando l'esistenza dei presupposti per procedere contro Keniatta e il suo vice Ruto[15].

Quanto all'Uganda, il cui Governo è autore del primo auto-deferimento alla CPI – probabilmente nella consapevolezza che il Procuratore avrebbe proceduto in tal senso e nel tentativo di orientare l'azione della Corte, attraverso la propria attività di cooperazione, verso i soli crimini compiuti dalle forze antigovernative[16] –, essa si è unita al coro dei Paesi dell'UA che contestano la legittimità della CPI; tuttavia, nel caso *Ongwen*, pur avendo istituito una apposita International Crimes Division per perseguire crimini quali quelli compiuti dallo stesso, si è astenuta dal chiederne la consegna, lasciando che fosse la CPI a processarlo[17].

In conclusione, sembrerebbe che gli Stati africani considerino la CPI un fedele alleato allorché persegue i gruppi contrapposti alle forze governative, consolidando posizioni di potere già esistenti (Uganda, Congo, Mali), mentre la "demonizzino" ove la stessa persegua i governanti (in carica) che non sono pienamente rispettosi dei diritti umani! La stessa sorte, in fondo, è già toccata ai Tribunali *ad hoc* per la ex Iugoslavia e il Ruanda, nonché ai tribunali misti, quale la Corte speciale per la Sierra Leone. Come è stato efficacemente dimostrato, il successo (o l'insuccesso) di tali tribunali è dipeso dalla reazione delle dominanti *élites* locali politiche e intellettuali[18].

E purtroppo, per le ragioni di opportunità di cui si è detto, la CPI ha fatto il gioco di molti Governi africani anche nella scelta dei casi a cui dare priorità[19].

2. *La posizione dell'UA nei confronti della Corte penale internazionale. Il caso* Al Bashir

Le posizioni di contrapposizione alla CPI si sono acuite particolarmente nella gestione del caso *Al Bashir*, che ha ulteriormente inasprito i rapporti tra Stati africani e CPI, vedendo una netta presa di posizione in senso contrario alla Corte da parte dell'UA.

Come è noto, Al Bashir – che è stato capo di Stato del Sudan fino ad aprile 2019 – è destinatario di un mandato di arresto da parte della CPI già dal 2009[20]. Tale circostanza ha rimarcato le divisioni tra gli Stati africani rispetto alla CPI e ha segnato negativamente i rapporti tra la Corte e l'UA. Infatti Sud Africa, Nigeria, Kenya, Ruanda, Tanzania, Benin,

---

[15] Decisioni della CPI del 13 marzo 2015, ICC-01/09-02/11, *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, e del 5 aprile 2016, ICC-01/09-01/11, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*.

[16] Per un approccio critico alle scelte del Procuratore di processare i soli crimini compiuti dalle forze antagoniste al Governo, cfr. W. A. Schabas, *Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism*, in *Jour. Crim. Just.,* 2008, p. 731 ss.

[17] Come è noto, Ongwen, uno dei comandanti del gruppo LRA (Lord Resistance Army) nel 2015 si è arreso alle truppe americane nel territorio della Repubblica Centro africana che lo ha, dunque, consegnato alla Corte, senza che l'Uganda si opponesse.

[18] Per tutti, v. M. MILANOVIC, *Courting Failure: When are International Criminal Courts Likely to Be Believed by Local Audiences?*, in K. J. HELLER, F. MEGRET, S. NOUWEN, J. OHLIN, D. ROBINSON (eds.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law,* Oxford, 2020, reperibile *online*.

[19] In argomento, P. CLARK, *Law, Politics and Pragmatism: The ICC and Case Selection in the Democratic Republic of Congo and Uganda*, in N. WADDELL, P. CLARK (eds.), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa*, London, 2008, p. 37 ss.; S. T. ROSENBERG, *The International Criminal Court in Côte d'Ivoire: Impartiality at Stake?*, in *Jour. Crim. Just.*, 2017, p. 471 ss.

[20] Il 4 marzo 2009 e il 12 luglio 2010 la CPI ha emesso due mandati di arresto nei confronti di Al Bashir per il compimento in Darfur, tra il 2003 e il 2008, di crimini contro l'umanità (omicidio, sterminio, trasferimento forzato, tortura e stupro), crimini di guerra (attacchi intenzionali contro i civili e saccheggi) e genocidio contro tre gruppi etnici.

Eritrea, Egitto, Libia, Algeria e Marocco hanno assunto una posizione negativa rispetto all'emanazione del suddetto mandato di arresto, in quanto – a loro parere – esso, per un verso, avrebbe violato le norme internazionali sulle immunità dei capi di Stato in carica e, per altro, avrebbe intaccato il processo di pace in Sudan, minacciando la sovranità del suo Governo[21]. In particolare, l'azione in Sudan sarebbe espressione di una nuova forma di imperialismo delle grandi Potenze, volto a supportare i loro alleati e a colpirne gli avversari anche attraverso l'azione penale.

Ma, soprattutto, il caso *Al Bashir* è stato l'occasione per l'UA per far emergere una serie di criticità nei rapporti del continente africano con la CPI, attraverso una dettagliata strategia di attacco realizzata dall'Organizzazione regionale africana nei confronti della Corte[22].

Anzitutto, l'UA ha ripetutamente chiesto al Consiglio di sicurezza di bloccare l'azione della Corte penale nei confronti di Al Bashir, ai sensi dell'art. 16 dello Statuto CPI, per evitare che essa fosse di ostacolo al processo di pacificazione in corso[23]. La sollecitazione non ha trovato accoglimento: il preambolo della risoluzione 1828, del 31 luglio 2008 (adottata con l'astensione degli Stati Uniti), si limita a prendere atto della precedente decisione dell'UA del 21 luglio, «having in mind concerns raised by members of the Council regarding potential developments subsequent to the application by the Prosecutor of the International Criminal Court of 14 July 2008, and taking note of their intention to consider these matters further»[24].

La reazione dell'UA si è tradotta in una serie di decisioni con cui ha imposto agli Stati parte di non cooperare con la CPI per l'arresto di Al Bashir[25], nonché in una proposta di modifica dello Statuto della Corte penale, finalizzata ad attribuire anche all'Assemblea generale un potere analogo a quello previsto dall'art. 16 dello Statuto a favore del Consiglio di sicurezza, in caso di inerzia di quest'ultimo[26]. Inoltre, l'Organizzazione ha chiesto ai propri

---

[21] Cfr. S. ODERO, *Politics of International Criminal Justice: The ICC's Arrest Warrant for Al-Bashir and the African Union's Neo-Colonial Conspirator Thesis*, in C. MURUNGU, J. BIEGON (eds.), *Prosecuting International Crimes in Africa*, Pretoria, 2011, p. 147 ss. V., tuttavia, la sentenza del 16 febbraio 2018 della Corte di appello di Nairobi (*The Attorney General, Minister of State for Provincial Administration and Internal Security, The Kenyans for Justice and Development Trust (KEJUDE)* v. *The Kenya Section of International Commission of Jurists*) che ha affermato l'insussistenza delle immunità nel caso *Al Bashir* rispetto alla CPI.

[22] Per una dettagliata analisi delle posizioni assunte inizialmente dall'UA, cfr. M. DU PLESSIS, C. GEVERS, *Balancing Competing Obligations. The Rome Statute and AU Decisions*, Institute for Security Studies Paper 225, ottobre 2011, reperibile *online*.

[23] Una prima richiesta di sospensione del processo *ex* art. 16 Statuto CPI è stata avanzata dal Consiglio per la pace e sicurezza dell'UA il 21 luglio 2008, ma il Consiglio di sicurezza dell'ONU si è limitato a registrare la richiesta. La richiesta è stata reiterata nella successiva *Decision on the Application by the International Criminal Court (ICC) Prosecutor for the Indictment of the President of the Republic of The Sudan*, Assembly/AU/Dec 21, Addis Abeba, 1–3 febbraio 2009.

[24] Contro le richieste di sospensione dell'azione nei confronti di Al Bashir *ex* art 16 Statuto CPI si sono espressi Francia e Regno Unito, nonostante la posizione favorevole di Russia e Cina. Per un commento, v. A. CIAMPI, *The Proceedings Against President Al Bashir and the Prospects of their Suspension Under Article 16 ICC Statute*, in *Jour. Crim. Just.*, 2008, p. 885 ss. V. altresì le osservazioni di M. ARCARI, *A Vetoed International Criminal Justice? Cursory Remarks on the Current Relationship between the UN Security Council and International Criminal Courts and Tribunals*, in *Dir. um. dir. int.*, 2016, p.363 ss.

[25] Cfr, tra le prime, *Ministerial Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the ICC*, AU, MinICC/Legal, 8–9 giugno 2009, Addis Abeba e la *Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/DEC.270(XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 15th Ordinary Session of the Assembly of the Union, Kampala, 27 luglio 2010, Doc Assembly/AU/Dec 296(XV), in cui l'Assemblea «Reiterate[d] its Decision that AU Member States shall not cooperate with the ICC in the arrest and surrender of president Al-Bashir of The Sudan».

[26] *Decision on the meeting of African States parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)*, Assembly/AU/Dec.245(XIII), 3 luglio 2009, Sirte; *Decision on the Implementation of the Decisions on the International*

Stati membri di farsi promotori, presso l'Assemblea generale, di una richiesta di parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia sulla questione delle immunità dei capi di Stato e di governo in carica[27]. L'UA ha, infine, creato un organo *ad hoc* per sviluppare strategie attuative delle proprie istanze nei confronti della CPI (dagli emendamenti allo Statuto alla sospensione del procedimento contro Al Bashir), la Open Ended Committee of Ministers of Foreign Affairs on the ICC. Ad essa l'Organizzazione ha dato mandato per elaborare una *Withdrawal Strategy* degli Stati membri dell'UA dalla CPI, sempre con lo scopo di stimolare l'esercizio di una giurisdizione penale internazionale più equa (anche geograficamente) e di spingere verso l'esercizio della giurisdizione penale da parte degli Stati membri della stessa UA, singolarmente o a livello di Organizzazione regionale. In questo contesto, come meglio vedremo, si inserisce l'iniziativa di emendamento del Protocollo istitutivo della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli per attribuirvi competenze in materia di crimini internazionali.

La decisione sul recesso, poi adottata dall'UA[28], ha suscitato reazioni opposte da parte degli Stati membri dell'Organizzazione regionale: Nigeria, Senegal, Capo Verde e Liberia hanno apposto riserve alla decisione o allo specifico paragrafo che adotta la *withdrawal strategy*. Altri quattro Stati (Malawi, Tanzania, Tunisia e Zambia) hanno richiesto più tempo per approfondire la questione e lo Zambia nel 2017 ha tenuto una consultazione popolare sul recesso dalla CPI che è stato bocciato da più del 90% della popolazione. Inoltre, Botswana, Burkina Faso, Capo Verde, Ghana, Senegal, Costa d'Avorio, Lesotho, Malawi, Nigeria, Repubblica democratica del Congo, Senegal, Sierra Leone, Tanzania, Tunisia e Zambia hanno confermato il proprio sostegno alla CPI dopo la approvazione di tale decisione da parte dell'UA. Tuttavia, Namibia e Kenya hanno minacciato il recesso, quest'ultimo anche per protestare contro un eventuale processo contro Keniatta; infine, Gambia, Sud Africa e Burundi hanno formalizzato la procedura di recesso dalla CPI, istanza di recesso poi ritirata – seppure con diverse motivazioni – da Gambia e Sud Africa[29].

Criminal Court, Assembly/AU/Dec.334(XVI), 30–31 gennaio 2011, Addis Abeba. La proposta di emendamento è stata presentata il 30 novembre 2009, ma non è stata mai adottata date le gravi implicazioni relative ai rapporti tra CPI e ONU, oltre che tra Assemblea generale e Consiglio di sicurezza. In argomento, C. C. JALLOH, D. AKANDE, M. DU PLESSIS, *Assessing the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *Afr. Jour. Legal Studies*, 2011, p. 5 ss.

[27] Una prima richiesta in tal senso è stata avanzata all'Assemblea generale il 18 luglio del 2018: *Request for the inclusion of an item in the provisional agenda of the seventy-third session, Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the consequences of legal obligations of States under different sources of international law with respect to immunities of Heads of State and Government and other senior officials*, Letter dated 9 July 2018 from the Permanent Representative of Kenya to the United Nations addressed to the Secretary-General, A/73/144.

[28] Assembly of the Union, Twenty-Eighth Ordinary Session, 30-31 gennaio 2017, Addis Abeba, *Draft decision on the International Criminal Court*, Doc. EX.CL/1006(XXX).

[29] Il recesso del Gambia era stato voluto dall'ex Presidente Jammeh – il quale aveva già rifiutato di dare esecuzione a decisioni vincolanti della Corte di giustizia dell'ECOWAS sull'uccisione di alcuni giornalisti, nonché di cooperare con la Commissione africana dei diritti dell'uomo e dei popoli – temendo l'apertura di una indagine per i crimini compiuti a seguito del tentativo di colpo di Stato del 2014. Avendo Jammeh perso le elezioni, nel 2017, il nuovo presidente Adama Barrow ha, quindi, ritirato il recesso. Il ritiro del recesso da parte del Sud Africa è, invece, dipeso da una decisione della High Court (Sentenza dell'High Court of South Africa del 22 febbraio 2017, caso n. 83145/2016, *Democratic Alliance* v. *Minister of International Relations and Cooperation and Others*, reperibile *online*) che ha constatato la contrarietà alla legge interna della procedura seguita per attuare il recesso; tuttavia, il Governo sud africano ha espresso la propria intenzione di reiterare il recesso e nel maggio 2018 la questione è stata portata all'attenzione del Parlamento sud africano (South Africa International Crimes Bill 37 (2017)). In argomento, v. M. DU PLESSIS, G. METTRAUX, *South Africa's Failed Withdrawal from the Rome Statute: Politics, Law, and Judicial Accountability*, in *Jour. Crim. Just.*, 2017, p. 361 ss.; M. SSENYONJO, *African States*

È degno di nota che ancora nel gennaio 2018, l'UA ha appoggiato la posizione del Burundi – unico Stato africano, fino ad ora, ad aver completato la procedura di recesso dalla CPI –, il quale lamenta di essere vittima dell'imperialismo occidentale che cerca di imporsi agli Stati africani anche per mezzo delle azioni della CPI[30], e ha chiesto agli Stati membri di supportare la propria posizione di contrasto e non cooperazione con la CPI[31].

Di fatto, questo braccio di ferro ha indebolito la posizione della CPI.

Al Bashir è transitato liberamente, tra gli altri, in Sud Africa, Chad e Malawi, senza essere mai arrestato (oltre che in Etiopia e Ruanda, che non sono Stati parte della CPI)! La CPI più volte si è pronunciata in questi anni contro gli Stati che non hanno adempiuto l'obbligo di consegna di Al Bashir[32], prima negando l'immunità di Al Bashir dinanzi a tribunali penali internazionali, quali la stessa CPI, in base al diritto consuetudinario; quindi, sostenendo che il deferimento da parte del Consiglio di sicurezza della situazione sudanese alla Corte, accompagnato dall'imposizione al Sudan dell'obbligo di cooperazione con la stessa, abbia

Withdrawal from the Rome Statute of the International Criminal Court: From Withdrawal Notifications to Constructive Engagement, in *Int. Crim. Law Review*, 2017, p. 749 ss.; H. WOOLAVER, *From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal*, in *The Eur. Jour. Int. Law*, 2019, p. 73 ss.

[30] Ci pare che, nel caso del Burundi, il recesso divenga il mezzo per giustificare l'assenza di cooperazione (se non, addirittura, l'attività ostativa) di tale Stato rispetto all'azione investigativa e processuale della CPI sui crimini compiuti nel suo territorio. Infatti, nonostante il recesso non abbia effetto sulle azioni già intraprese dalla CPI (art. 127 Statuto CPI) e, dunque, sugli obblighi di cooperazione degli ex Stati parte rispetto ad esse, è improbabile un pronto adempimento di tali obblighi da parte del Governo nazionale, preoccupato di evitare "ingerenze" esterne sulla "commissione di crimini nel proprio territorio", così come testimonia la reazione dello stesso nei confronti dell'operato della Commissione di inchiesta del Consiglio dei diritti umani dell'ONU – di cui era membro fino a dicembre 2018 – (nominata nel 2016 e più volte prorogata fino al 2018) e del suo Presidente. Rispetto a quest'ultima, v. l'immediata condanna del Commissario dei diritti umani ONU, Bachelet, la quale ha affermato che «The threat to prosecute the members of the Commission for the work they have done at the express request of the Council – a subsidiary body of the General Assembly – is unacceptable and should be immediately withdrawn. And the personal attack on the Chair of the Commission of Inquiry, Mr. Doudou Diène, comparing him to a participant in the slave trade, was a disgrace (*Comment by the UN High Commissioner for Human Rights Michelle Bachelet on Wednesday's statement by the Government of Burundi at a meeting of the General Assembly's Third Committee in New York*, 25 ottobre 2018).

[31] Assembly of the Union, Thirtieth Ordinary Session, 28–29 gennaio 2018, Addis Abeba, *Decision on the International Criminal Court*, DOC. EX.CL/1068(XXXII).

[32] Decisioni della CPI del 12 dicembre 2011, ICC-02/05-01/09-139, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the failure by the Republic of Malawi to comply with the cooperation request issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; del 13 dicembre 2011, ICC-02/05-01/09-140, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision pursuant to article 87(7) of the Rome Statute on the refusal of the Republic of Chad to comply with the cooperation requests issued by the Court with respect to the arrest and surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*; del 9 aprile 2014, ICC-02/05-01/09-195, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo Regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*; dell'11 luglio 2016, ICC-02/05-01/09-266, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute*; dell'11 luglio 2016, ICC-02/05-01/09-267, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the noncompliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute*; del 6 luglio 2017, ICC-02/05-01/09-302, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir*; dell'11 dicembre 2017, ICC-02/05-01/09-309, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender o[f] Omar Al-Bashir.*

rimosso l'immunità di Al Bashir, rendendo applicabile al Sudan l'art. 27 dello Statuto CPI[33] sia nei rapporti con la Corte (verticali), che con gli Stati parte della stessa (orizzontali)[34]. Come è noto, tali decisioni della CPI sono rimaste ineseguite[35]; anzi, agli Stati africani si è affiancata la Giordania che ne ha condiviso le perplessità circa l'insussistenza dell'immunità per un capo di Stato in carica. Proprio a seguito dell'ennesimo rifiuto di arrestare Al Bashir da parte di tale Stato, la Corte ha deferito lo stesso all'Assemblea degli Stati parte, affinché assumesse gli opportuni provvedimenti. Il deferimento è stato, infine, impugnato dalla Giordania, consentendo alla CPI, allo scopo di pronunciarsi definitivamente sulla questione delle immunità, di chiedere, l'intervento di numerosi *amici curiae*, oltre che degli Stati e delle organizzazioni internazionali (*in primis* l'UA) interessati alla questione[36].

La CPI ha sollecitato, altresì, più volte, il Consiglio di sicurezza ad intervenire nei confronti degli Stati inadempienti rispetto al proprio obbligo di cooperazione con la CPI, un tale intervento essendo nelle prerogative del Consiglio ove esso abbia deferito la situazione alla Corte penale (art. 87, par. 7, Statuto). Tuttavia, nonostante la Corte non abbia mancato di sottolineare che l'inerzia e il silenzio del Consiglio di sicurezza indeboliscano la Corte e vanifichino l'utilità dello stesso istituto del deferimento, il Consiglio non ha mai dato seguito alle suddette richieste[37].

---

[33] L'art. 27, par. 2, Statuto CPI prevede: «Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person».

[34] Per un'analisi critica delle diverse pronounce della CPI si rinvia, tra gli altri, a D. AKANDE, *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities*, in *Jour. Crim. Just.*, 2009, p. 333 ss.; ID., *The Effect of Security Council Resolutions and Domestic Proceedings on State Obligations to Cooperate with the ICC*, ivi, 2012, p. 299 ss.; ID., *The Immunity of Heads of States of Nonparties in the Early Years of the ICC*, in *Am. Jour. Int. Law*, 2018, p. 172 ss.; D. TLADI, *The ICC Decisions on Chad and Malawi. On Cooperation, Immunities and Article 98*, in *Jour. Crim. Just.,* 2013, p. 199 ss.; ID., *When Elephants Collide it is the Grass that Suffers: Cooperation and the Security Council in the Context of the AU/ICC Dynamic*, in *Afr. Jour. Legal Studies*, 2014, p. 381 ss.; N. BOSCHIERO, T*he ICC Judicial Finding on Non-cooperation Against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593*, in *Jour. Crim. Just.*, 2015, p. 625 ss.; P. GAETA, P. I. LABUDA, *Trying Sitting Heads of State: The African Union v. the ICC in the* Al-Bashir *and* Kenyatta *Cases*, in C. CHERNOR JALLOH, I. BANTEKAS (eds.), *The International Criminal Court and Africa*, Oxford, 2017, cap. VII; G. METTRAUX, J. DUGARD, M. DU PLESSIS, *Heads of State Immunities, International Crimes and President Bashir's Visit to South Africa,* in *Int. Crim. Law Review*, 2018, p. 577 ss.; SKANDER GALAND A., *UN Security Council Referrals to the International Criminal Court*, Leiden, Boston, 2019, p. 153 ss.

[35] A. CIAMPI, *Il meccanismo di cooperazione delle Corte penale internazionale alla prova dei fatti: che cosa, e perché, non ha funzionato*, in *Dir. um. dir. int.*, 2015, p. 151 ss.

[36] Ordinanza della CPI del 29 marzo 2018, ICC-02/05-01/09 OA2, *Order inviting expressions of interest as amici curiae in judicial proceedings pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*: entro il 16 luglio 2018 erano invitati a sottoporre le proprie osservazioni UA, UE, Lega degli Stati arabi e OSA; entro il 30 aprile 2018 gli Stati che mostrassero di avere interesse e gli accademici che dimostrassero una particolare qualificazione rispetto alle questioni da affrontare.

[37] Cfr. *Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005) Twenty-first Report*, del 25 giugno 2015, in cui la Corte affermava: «if there is no follow-up action on the part of the Security Council, any referral by the Council to the ICC under Chapter VII of the UN Charter would never achieve its ultimate goal, namely, to put an end to impunity. Accordingly, any such referral would become futile». Simili affermazioni si ritrovano nel successivo *Statement* del 20 giugno 2018: «I once again urge the Council to take concrete action concerning States referred to it by the Court following failures by such States to arrest and surrender ICC suspects in the Darfur situation, while on their territory. I am encouraged by the efforts that a number of members of this Council, including permanent members, continue to make to break the impasse. These efforts include proposals for potential responses by the Council to the referrals it receives and public calls to States, including the Sudan, to cooperate with the Court to execute outstanding arrest warrants. This ongoing support for the work of the Office by individual members of this Council is greatly

La presa d'atto della sconfitta (su tutti i fronti) della Corte penale è evidente nelle dichiarazioni del Procuratore, la signora Fatou Bensouda, la quale, rimarcando la propria volontà di non tradire le vittime sudanesi che chiedono giustizia, ha invitato l'attuale Governo sudanese[38] e il Consiglio di sicurezza a un fattivo supporto delle azioni della Corte, «to make real progress in the pursuit of accountability and justice for the victims in the Darfur situation»[39].

3. *La crisi della CPI come espressione della crisi del multilateralismo?*

L'evidente situazione di crisi della CPI, segnata dalla descritta fine dell'idillio con gli Stati africani e, soprattutto, con l'UA, sembra inserirsi e trovare la sua più profonda spiegazione nel contesto dell'attuale crisi (globale) del multilateralismo[40].

Nel 1998, la firma dello Statuto di Roma era stata salutata come attuazione e consolidamento del progetto della Comunità internazionale di dotarsi di un tribunale penale internazionale permanente attraverso il quale esercitare uno *ius puniendi* di fronte a crimini internazionali che, per la propria gravità, offendono la Comunità internazionale nel suo complesso e sono in contrasto con i valori fondamentali della stessa. In quest'ottica, la CPI appariva come la *longa manus* della Comunità internazionale nel campo della giustizia penale internazionale e tale ricostruzione risultava confermata dall'elevato numero di ratifiche del suo Statuto, indice non solo della volontà della maggioranza degli Stati della Comunità internazionale di avvalersi della Corte per porre fine all'impunità dei più efferati crimini, ma anche della convinzione degli stessi di aver creato una corte penale, frutto di una negoziazione "universale" e aperta all'adesione di tutti gli Stati, in quanto chiamata ad amministrare la giustizia nell'interesse della pace (Preambolo, *considerando* 3, 4, 5, 9 e art. 1 Statuto CPI)[41].

Sicché in quest'ottica si giustifica che lo Statuto CPI consenta l'esercizio della giurisdizione della Corte sui cittadini di Stati terzi che abbiano commesso crimini nel territorio di Stati parte o di Stati che abbiano accettato la giurisdizione della Corte: gli Stati del *locus commissi delicti* si servirebbero della CPI, in quanto organo comune alla Comunità

valued». In particolare, secondo il Procuratore, la necessità di una azione del Consiglio di sicurezza, in casi siffatti, sarebbe sostenuta da Francia, Svezia, Uruguay e Senegal.

[38] Come è noto, un colpo di stato ha deposto Al Bashir nell'aprile 2019. Il nuovo Governo ha arrestato l'ex Presidente e lo ha processato per corruzione; inoltre, secondo notizie di stampa circolate nello scorso mese di febbraio, esso avrebbe espresso l'intenzione di consegnarlo alla CPI. Tuttavia, ad oggi tale consegna non è stata ancora compiuta.

[39] *ICC Prosecutor Statement to the United Nations Security Council on the Situation in Darfur, pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, del 19 giugno 2019.

[40] In argomento, cfr. J. POWDERLY, *International Criminal Justice in an Age of Perpetual Crisis*, in *Leid. Jour. Int. Law*, 2019, p. 1 ss.

[41] Su tali caratteristiche della CPI, cfr. A. CASSESE, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, in *Eur. Jour. Int. Law*, 1999, p. 144 ss., in specie p. 166, nonché O. TRIFFTERER, *Preliminary Remarks: The Permanent ICC – Ideal and Reality*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*², Munchen, Baden Baden, 2008, p. 46. V. anche C. KRESS, K. PROST, *Article 98*, in O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*³, Munchen, Baden Baden, 2016, p. 2117 ss., in specie p. 2132 s.

internazionale, per esercitare il proprio *ius puniendi*[42] Nella stessa ottica, lo Statuto attribuisce al Consiglio di sicurezza, nell'esercizio delle sue funzioni per il mantenimento della pace, la facoltà di deferire una situazione alla CPI, pur rispetto a crimini compiuti in Stati non parti dello Statuto della Corte: in altri termini, la CPI diviene il sostituto permanente dei tribunali *ad hoc* che il Consiglio di sicurezza, ai fini del ripristino della pace, ha creato per contrastare l'impunità dei crimini.

È proprio questa visione della CPI che la crisi del multilateralismo inficia, "relegando" il Trattato di Roma a mero trattato multilaterale, istitutivo di una giurisdizione penale tra i soli Stati parte del Trattato. La vicenda *Al Bashir* è emblematica a tal riguardo. L'affermazione dell'esistenza dell'immunità di Al Bashir dinanzi a un tribunale penale internazionale, esattamente come dinanzi a un qualsiasi tribunale statale, segna l'abbandono della tesi adombrata – seppure sotto forma di *obiter dictum* – dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Congo* c. *Belgio* e sviluppata dalla Corte speciale per la Sierra Leone nel caso *Taylor*[43]. Secondo questa tesi, dato che la repressione dei crimini più gravi interessa la Comunità internazionale nel suo complesso, posto che lo *ius puniendi* della Comunità internazionale può essere esercitato attraverso tribunali penali internazionali, quali quelli istituiti dal Consiglio di sicurezza o dagli Stati attraverso un trattato universalmente voluto e ratificato, come il Trattato di Roma, vengono meno le ragioni a sostegno delle immunità *ratione personae* dinanzi all'organo attraverso il quale la Comunità internazionale esercita il proprio *ius puniendi*. Infatti, i rischi di ingerenza negli affari interni di uno Stato attraverso una strumentalizzazione politica dell'azione penale, i quali costituiscono il vero ostacolo all'esercizio dell'azione penale da parte dei singoli Stati, non sussistono ove si proceda dinanzi a un tribunale penale internazionale così istituito. Come si è accennato, la stessa CPI nella decisione relativa al *Malawi* aveva fondato l'obbligo di consegna di Al Bashir sull'inesistenza di una norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione per i capi di Stato in carica dinanzi ai tribunali penali internazionali[44]; peraltro, successivamente, essa ha abbandonato tale tesi a favore di quella che fa leva su una "rimozione" dell'immunità ad opera del Consiglio di sicurezza. Questa scelta è stata criticata da chi, tra gli *amici curiae* chiamati dalla CPI a fornire il proprio parere sulla questione dell'esistenza o meno dell'immunità nel caso *Al Bashir*, ha paventato il rischio che siffatto orientamento «amounts to an alarming retreat from the idea that the Statute, while of course being formally a multilateral treaty, substantively constitutes the establishment of a system of international criminal justice *stricto sensu*, that is a system to entrust a permanent international criminal court with the enforcement of the *ius puniendi* of the international community», così supportando «a fundamentally different vision: that of a group of States having decided to coordinate their response to certain crimes affecting their

[42] Sui rapporti tra CPI e Stati terzi, si rinvia, tra gli altri, a G. PALMISANO, *The ICC and Third States*, in F. LATTANZI, W. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Ripa Fagnano Alto, 1999, p. 391 ss.; G. M. DANILENKO, *The Statute of the International Criminal Court and Third States*, in *Michigan Jour. Int. Law*, 2000, p. 445 ss.; D. AKANDE, *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties: Legal Basis and Limits*, in *Jour. Crim. Just.*, 2003, p. 618 ss.; B. B. JIA, *The International Criminal Court and Third States*, in CASSESE (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2008, p. 160 ss.; R. CRYER, *The ICC and its Relationship to Non-States Parties*, in C. STAHN (ed.), *Law and Practice*, cit., p. 260 ss.

[43] Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 14 febbraio 2002, *Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), par. 61; sentenza della Corte speciale per la Sierra Leone del 31 maggio 2004, SCSL-2003-01-I, *Decision on Immunity from Jurisdiction, Prosecutor* v. *Charles Taylor*, par. 50-52.

[44] Decisione *Malawi*, cit., par. 46: «it is the view of the Chamber that when cooperating with this Court and therefore acting on its behalf, States Parties are instruments for the enforcement of the *jus puniendi* of the international community whose exercise has been entrusted to this Court when States have failed to prosecute those responsible for the crimes within its jurisdiction».

shared national interests through the conclusion of a multilateral treaty establishing a joint criminal court»[45]. Forse accogliendo queste critiche e il contestuale invito a riaffermare l'inesistenza, ai sensi del diritto consuetudinario, dell'immunità dei capi di Stato in carica dinanzi ai tribunali penali internazionali, per contribuire a rafforzare il consolidamento di una simile norma e ribadire che la CPI è uno strumento tramite il quale la Comunità internazionale esercita il proprio *ius puniendi*[46], nella più recente decisione relativa al caso *Al Bashir*, la Corte è tornata ad affermare che «there is neither State practice nor *opinio juris* that would support the existence of Head of State immunity under customary international law *vis-à-vis* an international court»[47]. La Corte ha chiarito che «the absence of a rule of customary international law recognising Head of State immunity *vis-à-vis* an international court is also explained by the different character of international courts when compared with domestic jurisdictions. While the latter are essentially an expression of a State's sovereign power, which is necessarily limited by the sovereign power of the other States, the former, when adjudicating international crimes, do not act on behalf of a particular State or States. Rather, international courts act on behalf of the international community as a whole»[48].

---

[45] *Written observations of Professor Claus Kress as amicus curiae, with the assistance of Ms Erin Pobjie, on the merits of the legal questions presented in 'The Hashemite Kingdom of Jordan's appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for the arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir"' of 12 March 2018* (ICC-02/05-01/09-326), ICC-02/05-01/09 OA2, del 18 giugno 2018, par. 23. In particolare, secondo Kress «(…) the entire evolution of international criminal law has been inspired by the idea that war crimes are so horrendous that they affect the international community as a whole. There is an *ius puniendi* that transcends State sovereignty and instead resides in the international community itself. Already the Nuremberg judgment, which was then unanimously affirmed by the General Assembly, articulates the essence of this idea. We can articulate this very idea with greater precision, since the concept of international community has fully crystallised as a legal concept, a crystallization which is apparent from the passage of the ICJ's judgment in Barcelona Traction, which we have looked at. If States have recognised through their practice and *opinio juris* that such an *ius puniendi* of the international community exist, they must be entitled to provide this community with an organ, no other than an international criminal court to enforce it. (…) States must be entitled to initiate a treaty negotiation process, which is open to universal participation and guided by universally accepted human rights standards, all this with the transparently stated goal to provide the international community with a permanent judicial organ to enforce this *ius puniendi*. (…) This reasoning explains (…) why the ICJ has not referred to international criminal courts without qualification, but only to certain international criminal courts, including this Court.(…) To conclude on the first central counterargument, the ICC's jurisdiction is not fully understood on the basis of a delegation of powers theory. I therefore urge the Appeals Chamber not to belittle in its decision the basic underpinnings of its own jurisdiction and not to make this Court indistinguishable from a transnational criminal court where a group of States have bundled their forces to pursue their joint national interests in the Prosecution of cross-border crimes» (*Transcript of hearing*, 14 settembre 2018, ICC-02/05-01/09-T-8-ENG, p. 35, rigo 19 ss., e p. 36, fino a rigo 9).

[46] Nel senso di un rilancio della Corte penale «as the central institution in the fight against impunity» attraverso un «new deal» tra CPI e Stati parte, v. anche l'appello di Z. RAAD AL HUSSEIN, B. STAGNO UGARTE, C. WENAWESER, T. INTELMAN, *The International Criminal Court Needs Fixing*, in *Atlantic Council*, 24 aprile 2019, reperibile *online*.

[47] Sentenza della CPI del 6 maggio 2019, ICC-02/05-01/09 OA2, *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, par. 113.

[48] Ivi, par. 115. Cfr. anche, più diffusamente, l'Opinione comune concorrente dei giudici Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa allegata alla sentenza del 6 maggio 2019, ICC-02/05-01/09-397-Anx1, *Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański and Bossa*, parr. 52-174, in particolare, par. 54: «The ICC exercises its jurisdiction in no other circumstance than on behalf of the international community – represented under the Rome Statute or the UN Charter as the case may be – for the purpose of the maintenance of international peace and security according to the rule of international law» e par. 59: «Hence, an international court exercises the jurisdiction of no one sovereign. It exercises the jurisdiction of all the concerned sovereigns *inter se*, for their overall benefit». La Corte ha inoltre confermato che «The legal obligation under Resolution 1593, which imposed upon Sudan the same obligation of cooperation that the Rome Statute imposes upon States Parties,

Sempre in quest'ottica si possono leggere le dichiarazioni del Presidente della Corte, Chile Eboe-Osuji, che hanno sottolineato il forte legame tra le funzioni della Corte e la realizzazione del 16° UN Sustainable Development Goal (Peace, Justice and Strong Institutions)[49].

4. *I risvolti positivi della crisi: verso un nuovo corso delle azioni della CPI?*

Se la crisi descritta ha avuto risvolti fortemente negativi per la CPI, è evidente che un recesso collettivo da parte degli Stati africani o della maggioranza di essi ne segnerebbe la fine.

Nondimeno, a noi non sembra che la situazione sia destinata a portare a una rottura definitiva dei rapporti tra Africa e Corte, né, tantomeno, alla concretizzazione di una forma di recesso collettivo. In particolare, non ci pare che sia nell'interesse dell'UA distruggere la CPI, consegnando all'impunità la gran parte dei crimini compiuti nel territorio africano. Non si tratterebbe di un progetto politicamente vantaggioso per l'Organizzazione regionale africana, la quale – in assenza di un efficace sistema di contrasto dell'impunità dei crimini compiuti in Africa[50]– finirebbe col tradire i valori di cui essa si erge a paladina già nel proprio Statuto[51]. Una simile strategia colpirebbe le vittime africane di crimini, le quali perderebbero una occasione per ottenere giustizia, soprattutto ove il recesso si accompagnasse all'abrogazione di leggi nazionali che spesso – recependo le norme dello Statuto CPI – sanciscono la punibilità dei crimini contemplati da quest'ultimo ad opera dei tribunali nazionali[52]. Inoltre, essa si tradurrebbe in una grande sconfitta per l'UA stessa, la quale, costantemente, rivendica un proprio ruolo di primo piano nel perseguimento dell'obiettivo di porre fine all'impunità dei crimini compiuti nel continente africano.

---

including with regard to the applicability of article 27(2) of the Statute, prevailed as *lex specialis* over any immunity that would otherwise exist between Sudan and Jordan» (sentenza *Giordania*, par. 144). Per un primo commento alla sentenza, cfr. C. KRESS, *Preliminary Observations on the ICC Appeals Chamber's Judgment of 6 May 2019 in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, TOAEP's Occasional Paper Series, Brussels, 2019, reperibile *online*.

[49] «There cannot be sustainable socio-economic development, where conflicts, atrocities and fear reign supreme. (…) The fact that we have today a permanent International Criminal Court has changed the way the world looks at atrocities. The world expects accountability. Victims demand justice. The space for impunity for these atrocities is shrinking» (55th Ordinary Session of the Authority of Heads of State and Government of the Economic Community of West African States, *Remarks at Opening Ceremony*, 29 giugno 2019, Abuja, reperibile *online*).

[50] In proposito va ricordato che la modifica dello Statuto della Corte africana, volta a rendere tale Corte competente a giudicare anche i crimini internazionali non è ancora entrata in vigore.

[51] Art. 4 dell'Atto costitutivo dell'UA «The Union shall function in accordance with the following principles: (…) (h) the right of the Union to intervene in a Member State pursuant to a decision of the Assembly in respect of grave circumstances, namely: war crimes, genocide and crimes against humanity; (…) (o) respect for the sanctity of human life, condemnation and rejection of impunity».

[52] In proposito, è degno di nota che recentemente la Corte cost. sud africana ha affermato che le autorità sudafricane hanno l'obbligo di agire, in base alle norme nazionali che hanno previsto la giurisdizione universale in attuazione dello Statuto CPI, per indagare su presunti atti di tortura commessi in Zimbabwe dalla polizia di quello Stato contro cittadini zimbabwesi: sentenza della South African Constitutional Court del 30 ottobre 2014, caso n. CCT 02/14, *National Commmissioner of the South African Police Service v Southern African Human Rights Litigation Centre and Another (John Dugard and Others; Tides Center; Peace and Justice Initiative; Centre for Applied Legal Studies as Amici Curiae).*

Ed invero, la strategia di recesso collettivo non ha una portata vincolante, in quanto la decisione che l'adotta «*calls on* member states to consider implementing its recommendations» (par. 8); inoltre la stessa strategia richiama al rispetto delle norme costituzionali di ciascun Paese membro, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (art. 42) e quelle dello Statuto CPI pertinenti (artt. 121 e 127).

Quanto alle reiterate decisioni (senz'altro obbligatorie) con le quali l'UA ha imposto agli Stati membri l'obbligo di non dare esecuzione al mandato di arresto nei confronti di Al Bashir, esse creano, per gli Stati membri dell'UA, che siano altresì parti dello Statuto CPI, un classico caso di obblighi confliggenti[53]. Di conseguenza, spetta al singolo Stato scegliere se dare esecuzione agli uni o agli altri, salvo che la superiorità degli uni non sia sancita da norme convenzionali o dal diritto interno (ad es., ove leggi nazionali sull'attuazione dello Statuto CPI impongano tale obbligo di cooperazione) e ferma restando la responsabilità internazionale per gli obblighi rimasti ineseguiti[54]. Inoltre, nel senso che la posizione dell'UA di contrapposizione, se non di rottura, con la CPI non sia affatto totale, depone la circostanza che le decisioni che hanno imposto agli Stati UA di non cooperare con la CPI lo hanno fatto con riferimento a specifiche situazioni (Sudan, Kenya, Burundi), al punto che proprio la cooperazione di alcuni Stati africani ha favorito la consegna di Al Mahdi o Ongwen alla CPI.

Infine, non va dimenticato che nonostante la descritta contrapposizione alla CPI, l'UA non ha mai cessato di chiedere alla Corte penale di procedere ad alcuni emendamenti del proprio Statuto, quali: la citata proposta di estensione del potere di bloccare l'azione della CPI, *ex* art. 16 Statuto, anche all'Assemblea generale, in caso di inerzia del Consiglio e su richiesta degli Stati interessati; la possibilità di escludere la giurisdizione della CPI nei confronti di capi di Stato in carica e la richiesta di un parere all'UA, da parte del Consiglio di sicurezza, prima di procedere al deferimento alla Corte di situazioni relative ai Paesi africani. In altri termini, essa ha chiesto alla CPI e al Consiglio di sicurezza di tener conto delle istanze e delle posizioni dell'UA riguardo a "questioni africane", soprattutto ove si tratti di bilanciare le esigenze della giustizia con quelle della pace.

Su queste basi, ci sembra che anche la *withdrawal strategy* – così come le richiamate decisioni sulla non cooperazione – si inserisca nel più generale contesto delle azioni di protesta della UA contro la Corte penale, volte a rilanciare un processo di dialogo e di (parziale) rinegoziazione del Trattato di Roma, al fine di dare maggiore peso agli Stati africani e alla stessa UA, quale ente esponenziale rappresentativo dell'Africa, nella Corte e nello

[53] Da ricordare che nel 2015, la Corte Africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha respinto al richiesta di un parere da parte di ONG nigeriane (tra cui la Coalition for ICC), impegnate a favorire il rispetto dei diritti umani e a contrastare l'impunità dei crimini, sulla superiorità o meno degli obblighi di cooperazione discendenti per Stati parte della CPI (tra cui la Nigeria) dallo Statuto di Roma e gli obblighi discendenti dalla partecipazione all'UA, che costantemente chiede agli Stati membri di non dar seguito alle richieste di consegna di Al Bashir alla CPI. Premesso di aver legittimazione a giudicare sulle sole questioni relative ai diritti umani, la Corte africana non si è pronunciata, asserendo che il quesito sottopostole "concernesse il diritto internazionale" e, inoltre, che i ricorrenti non avessero indicato le norme sui diritti umani rilevanti. Ma v. l'opinione dissenziente del giudice Ouguergouz che nota come, invocandosi norme dello Statuto CPI, la Corte avrebbe dovuto chiarire se tale Statuto può essere incluso o meno tra gli strumenti a tutela diritti umani.

[54] In un primo momento, dopo aver imposto l'obbligo di non eseguire il mandato di arresto contro Al Bashir, l'UA si era limitata a chiedere ai propri Stati membri che fossero anche parti dello Statuto CPI <<to balance, where applicable, their obligations to the African Union with their obligations to the ICC>> (*Decision on the Progress Report of the Commission on the Implementation of Decision Assembly/AU/Dec.270(XIV) on the Second Ministerial Meeting on the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) doc. Assembly/AU/10(XV)*, 25-27 giugno 2010, parr. 5 e 6; *Decision on the Implementation of the Decisions on the International Criminal Court, Assembly/AU/Dec.419(XIX)*, Doc. EX.CL/731(XXI), 15-16 luglio 2012, par. 5.

svolgimento delle funzioni di quella. In altri termini, esse perseguirebbero il fine (politico) di indurre la CPI a rivedere certe proprie strategie di azione e influenzarne i rapporti con il Consiglio di sicurezza e, soprattutto, con i suoi Membri permanenti.

Quale la reazione della CPI?

Dopo la fase di contrapposizione relativa al caso Al Bashir, dalla quale è scaturita la paralisi della CPI rispetto ai crimini compiuti in Sudan, la Corte si è mostrata propensa ad accogliere siffatte offerte di dialogo[55].

Anzitutto, si è realizzata la tanto auspicata svolta delle attività di indagine e processuali verso situazioni non solo africane. Il riferimento è all'apertura di una indagine in Georgia, nonché in Colombia, Iraq (per i crimini compiuti da cittadini del Regno Unito), Afghanistan, Palestina, Ucraina e Bangladesh, per i crimini compiuti dal Myanmar attraverso la deportazione dei Rohingya sul territorio del Bangladesh.

Certo, anche questo nuovo corso non è scevro da ombre. Se va, in particolare, salutata con favore la riapertura dell'indagine in Iraq (frettolosamente chiusa tra molte critiche dall'allora Procuratore Moreno Ocampo con la motivazione che gli illeciti compiuti non raggiungessero il livello di gravità richiesto dagli artt. 17, par. 1, lett. d), e 53, par. 1, lett. b), dello Statuto CPI al fine di iniziare una azione penale, dato il numero "modesto" delle vittime rispetto ai casi di cui la Corte è solita occuparsi), appariva "in controtendenza" rispetto alla descritta apertura la (criticatissima) decisione che aveva ritenuto non fosse "nell'interesse della giustizia" procedere nel caso dell'Afghanistan[56]. Tale decisione, sulla quale tornava ad aleggiare il sospetto di una certa "sensibilità" della Corte alle pressioni, minacce o volontà dei Membri permanenti del Consiglio di sicurezza[57], è stata, infine, "ribaltata" dalla Camera di appello che ha ritenuto che non spetti alla Corte, in sede di autorizzazione dell'apertura di una indagine, accertare l'esistenza dell'interesse della giustizia, dovendosi limitare a verificare «whether there is a reasonable factual basis for the Prosecutor to proceed with an investigation, in the sense of whether crimes have been committed, and whether the potential case(s) arising from such investigation would appear to fall within the Court's jurisdiction»[58].

A nostro parere, un'altra "conseguenza" che finisce per produrre effetti positivi sul piano dell'efficacia dell'azione della Corte consiste nell'avere indotto la stessa a cessare di chiedere (invano) un intervento del Consiglio di sicurezza dinanzi alla non cooperazione degli Stati, preferendo, eventualmente, rivolgersi all'Assemblea degli Stati parte.

Infatti, per quanto potrebbe apparire auspicabile un ruolo più attivo e partecipe del Consiglio di sicurezza in caso di deferimento di una situazione alla CPI[59] – il quale si

---

[55] V., ad es., la risoluzione ICC-ASP/17/Res.5, adottata dall'Assemblea degli Stati parte il 12 dicembre 2018 per *consensus, Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties*, par. 56 s.

[56] *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, cit., che aveva motivato il respingimento della richiesta di autorizzazione a procedure del Procuratore, pur essendocene gli estremi, in base alla mancanza di sufficienti prospettive di una azione "di successo" della CPI, data la situazione politica esistente in Afghanistan e l'assenza di cooperazione da parte degli Stati interessati.

[57] Recentemente, il rischio di un processo in Afghanistan per i cittadini americani ha portato gli USA a minacciare restrizioni e sanzioni contro i giudici della CPI implicati in una eventuale indagine contro tali cittadini; mentre la Russia ha ritirato la firma dello Statuto per l'apertura dell'indagine sui crimini eventualmente compiuti in Crimea.

[58] *Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan*, cit., par. 46.

[59] In questo senso, v. I. INGRAVALLO, *The Relationship Between the African States and the International Criminal Court: Immunity or Impunity?*, in G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *Peace Maintenance in Africa. Open Legal Issues*, Berlin, Torino, 2018, p. 169 ss., in specie p. 185 ss.; G. NESI, *Non-Permanent Members of the Security Council and*

concretizzasse anche nell'adozione di misure per indurre gli Stati reticenti ad adempiere i propri obblighi di cooperazione con la Corte –, allo stato attuale è più che mai difficile che ciò si realizzi[60], date le contrapposizioni politiche tra alcuni Membri permanenti del Consiglio. Inoltre, una azione siffatta sarebbe suscettibile di critiche, da parte dei Paesi africani, nei medesimi termini in cui lo sono i deferimenti o le (mancate) sospensioni delle azioni della Corte da parte del medesimo[61].

Sicché, probabilmente, con riferimento al caso *Al Bashir*, attraverso il deferimento della Giordania all'Assemblea degli Stati parte dopo l'ennesimo rifiuto di esecuzione del mandato di arresto, la Corte sperava in un effetto "*naming and shaming*" che inducesse gli Stati a una maggiore cooperazione o, addirittura, nell'adozione da parte dell'Assemblea di "misure di pressione politico-diplomatica" nei confronti degli stessi Stati per indurli a cooperare con la CPI, compresa una sorta di "condizionalità" positiva per chi agisse in attuazione delle richieste della Corte[62]. Ed invero, nelle risoluzioni in tema di cooperazione, l'Assemblea degli Stati parte, oltre a chiedere l'esecuzione dei mandati di arresto emessi dalla CPI per renderne efficace l'azione e a invitare gli Stati a evitare, ove possibile, i contatti con le persone destinatarie di un mandato di arresto, con riferimento specifico ai casi deferiti alla CPI dal Consiglio di sicurezza, ha più volte sollecitato gli Stati parte «to explore possibilities for facilitating further cooperation and communication between the Court and international and regional organizations, including by securing adequate and clear mandates when the United Nations Security Council refers situations to the Court, ensuring diplomatic and financial

International Criminal Justice. A Proposal for Revitalization, in *Com. int.*, 2018, p. 605 ss.; ID., *Giustizia penale internazionale e Consiglio di sicurezza: tabù o istituzionalizzazione?,* in A. DI BLASE, G. BARTOLINI, M. SOSSAI (a cura di), *Diritto internazionale e valori umanitari. Atti della giornata di studio in onore di Paolo Benvenuti*, Roma, 2019, p. 205 ss.

60 Peraltro anche rispetto ai tribunali penali *ad hoc*, non si è registrata una significativa azione sanzionatoria del Consiglio di sicurezza nei confronti degli Stati che abbiano rifiutato di cooperare con gli stessi. Sulla questione ci permettiamo di rinviare al nostro *La Corte speciale per la Sierra Leone*, in *Com. int.*, 2002, p. 363 ss. in specie p. 393 ss.

61 Sui controversi rapporti tra CPI e Consiglio di sicurezza, v., tra gli altri, P. GARGIULO, *Il controverso rapporto tra Corte Penale Internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale*, in *Com. int.*, 1999, p. 428 ss.; 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*, Oxford, 2002, p. 627 ss.

62 Così il Procuratore nella sua replica del 3 aprile 2018 relativamente all'appello proposto dalla Giordania, ICC-02/05-01/09, *Prosecution Response to the Hashemite Kingdom of Jordan's Appeal against the "Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by Jordan with the request by the Court for arrest and surrender [of] Omar Al-Bashir*, par. 107: «Jordan incorrectly suggests that the Pre-Trial Chamber's decision to refer it to the ASP and the Security Council pursuant to article 87(7) was punitive in nature (…) referring Jordan to the ASP and the Security Council would make available further measures that are not at the Court's disposal, and thus obtain Jordan's cooperation. Since the ultimate goal is to obtain cooperation, such measures could include providing concrete assistance to obtain cooperation, providing incentives for cooperation, and engaging in further consultations. The Chamber's referral therefore was appropriately "value-neutral". And, contrary to Jordan's submissions, there is much to gain by its referral». In questo senso, v. anche le osservazioni di Ciampi del 18 giugno 2018 (ICC-02/05-01/09, *Amicus curiae observations of Prof. Annalisa Ciampi pursuant to rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence*, p. 12): «Finally, a finding of non-compliance and consequent referral by the Court may have an important "blaming and shaming" effect with implications beyond the present case *vis-à-vis* Jordan as well as the other States parties to the Statute and beyond. The damage to the image of the State concerned is obviously at the origin of 'Jordan Referral re Al-Bashir Appeal'. The pervasive general deterrent effect arising therefrom is evident from high amount of attention received by the present case». In proposito, va ricordato che la cooperazione di Serbia e Croazia rispetto al Tribunale penale internazionale per la ex Iugoslavia è in parte dipesa dalla "condizionalità" positiva relativa alla prospettiva di ingresso di tali Stati nell'UE.

support; cooperation by all United Nations Member States and follow–up of such referrals, as well as taking into account the Court's mandate in the context of other areas of work of the Security Council, including the drafting of Security Council resolutions on sanctions and relevant thematic debates and resolutions»[63].

Va notato, tuttavia, che la decisione finale della Camera di appello della CPI, asserendo che la Corte avesse fatto un uso erroneo della propria discrezionalità nel deferire alla Assemblea degli Stati parte la Giordania che si era rifiutata di eseguire il mandato di arresto nei confronti di Al Bashir[64], sembra precludere una simile via d'azione e potrebbe scoraggiare, in futuro, la CPI dal ricorrere alla stessa per ottenerne il sostegno descritto.

In ogni caso, resta aperta la via del dialogo, rilanciato dalla scelta della CPI di decidere sulla questione delle immunità dei capi di Stato in carica dopo aver udito il parere degli *amici curiae* e dei soggetti interessati riguardo alla corretta interpretazione degli artt. 27 e 98 del suo Statuto. In questo modo, la CPI ritorna ad essere arbitro delle proprie vicende, ricorrendo ai poteri di interpretazione autoritativa dello Statuto.

Tale apertura al dialogo sembra essere stata colta anche dall'UA che ha presentato un proprio parere come richiestole dalla Corte[65]. Vedremo se il definitivo chiarimento della questione delle immunità da parte della Corte indurrà l'UA a desistere dalla sua richiesta di parere alla CIG sulla stessa questione, magari consolidando una nuova fase di apertura alla Corte, nell'ottica del rafforzamento del sistema giurisdizionale penale dei Paesi africani per renderli pronti a perseguire i crimini, nel rispetto e in attuazione della complementarità.

5. Segue: *lo sviluppo della complementarità positiva come strumento per uscire dalla crisi*

Proprio lo sviluppo e la corretta attuazione di forme di "complementarità positiva" ci sembrano il più efficace strumento, allo stato attuale, per uscire da questa fase di crisi dei rapporti CPI/UA. Infatti, in questa accezione, il ruolo "complementare" della CPI rispetto alla giurisdizione degli Stati, attribuitole dallo Statuto per assicurare la repressione dei crimini, diviene una opportunità per spingere gli Stati stessi a esercitare primariamente la giurisdizione, emanando leggi nazionali che diano attuazione allo Statuto CPI attraverso il conferimento della giurisdizione per i crimini da esso contemplati ai tribunali nazionali, o, eventualmente, la creazione di tribunali speciali. Riteniamo che gli Stati possano adempiere il proprio obbligo primario di punire i crimini contemplati dallo Statuto della Corte anche collettivamente, ossia creando tribunali regionali, cui essi scelgano di attribuire parte del proprio potere giurisdizionale, in ragione della transnazionalità dei crimini da perseguire o di

[63] Cfr. le risoluzioni, adottate per *consensus*, ICC-ASP/16/Res.2, del 14 dicembre 2017, par. 26, e ICC-ASP/17/Res.3, dell'11 dicembre 2018, par. 25.

[64] Decisione *Giordania*, cit., par. 182 ss.

[65] V. le osservazioni dell'UA del 13 luglio 2018 nell'appello della Giordania, ICC-02/05-01/09 OA2, *The Africa Union Submission in the "Hashemite Kingdom of Jordan' Appeal against the 'Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir"*. Va ricordato che l'UA ha ribadito, nell'occasione, sia il proprio costante impegno per contrastare l'impunità dei crimini, che l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'immunità per i capi Stato e governo in carica: sicché nel caso *Al Bashir*, cittadino di Stato non parte della CPI, l'UA ha escluso che l'immunità sia venuta meno con il deferimento da parte del Consiglio di sicurezza della situazione in Darfur alla CPI, non ritenendo convincenti le argomentazioni utilizzate dalla Corte.

un interesse comune ad assicurare la repressione giurisdizionale degli stessi[66]. Sicché la limitata capacità di azione da parte della CPI non deve essere vista come una sconfitta della Corte o un "difetto" del progetto di una corte penale internazionale permanente, ma come una conseguenza delle previsioni del suo Statuto: il vero successo della CPI sarebbe "divenire inutile", in quanto ciò significherebbe che gli Stati sono efficacemente in grado di assicurare alla giustizia gli autori dei più gravi crimini.

Orbene, proprio nell'ottica della complementarità positiva si inquadrano numerosi progetti dell'UA per superare o affiancare la CPI[67], quale la menzionata proposta di istituzione di una Corte africana di giustizia e dei diritti. Quest'ultima, che secondo il Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights – adottato dall'Assemblea dell'UA nel 2014 ma non ancora in vigore – avrà giurisdizione, tra gli altri, su genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità (artt. 28A, 28B, 28C, 28D), ove pienamente operativa, potrebbe essere l'occasione per sviluppare in Africa un adeguato sistema giurisdizionale per punire i crimini ivi compiuti[68], in attuazione del principio di complementarità sancito dallo Statuto CPI[69]. Resta un ostacolo alla consacrazione di tale istituenda Corte africana ad alternativa rispetto alla CPI: il suo Statuto riconosce ai capi di Stato in carica l'immunità dalla giurisdizione; siffatta immunità potrebbe essere letta dalla CPI come incapacità o mancanza di volontà di procedere, idonea, dunque, a rendere operativa la CPI, soprattutto alla luce della decisione della Camera di appello della CPI che ha, da ultimo, confermato l'insussistenza della suddetta immunità dinanzi ai tribunali internazionali.

L'UA è anche coinvolta nel progetto di istituzione di una corte mista per il Sud Sudan, sulla base di un accordo con il Governo di quel Paese[70]. La Corte – che si avvarrà della

---

[66] Nel senso indicato nel testo, v. l'Informal Expert Paper, *The Principle of Complementarity in practice*, cit., par. 9: «While Article 17 requires ICC deference to investigations and prosecutions carried out genuinely by a "State", the OTP should as a policy matter be prepared to adopt a similar approach in respect of the ICTY, the ICTR, hybrid tribunals such as the Sierra Leone Special Court, courts and tribunals of UN administered territories, and other such courts. Thus, the same cooperative ties should be forged with such entities». In dottrina, tra gli altri, cfr. M. JACKSON, *Regional Complementarity. The Rome Statute and Public International Law*, in *Jour. Crim. Just.*, 2016, p. 1061 ss.; G. SLUITER, *Enforcing Cooperation: Did the Drafters Approach It the Wrong Way?*, ivi, 2018, p. 383 ss.

[67] V., tra gli altri, Executive Council, Thirty-Second Ordinary Session, 22–26 gennaio 2018, Addis Abeba, EX.CL/1061(XXXII), *Annual Report on the activities of the African Union and its organs,* nonché *African Union Transitional Justice Policy. An Integrated, Prosperous and Peaceful Africa*, adottata nel febbraio 2019.

[68] In questo senso, cfr. Executive Council, Thirty-Second Ordinary Session, 22–26 gennaio 2018, Addis Abeba, EX.CL/1061(XXXII), *Introductory note of the Chairperson of the Commission to the annual report on the activities of the African Union and its organs*. Per un commento al Protocollo, si rinvia a H. GUELDICH, *Protocole portant amendements au Protocole sur le statut de la Cour africaine de justice ed des droits de l'homme (Protocole de Malabo)*, in questa *Rivista*, 2015, p. 712 ss. V, altresì, C. B. MURUNGU, *Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice and Human Rights*, in *Jour. Crim. Just.*, 2011, p. 1067 ss. Sulla Corte africana e, in generale, sul sistema di tutela dei diritti umani nel continente africano, cfr. C. ZANGHÌ, L. PANELLA, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*[4], Torino, 2019, p. 413 ss.

[69] Invero, il progetto di una simile Corte trova la sua *ratio* anche nella volontà di contrastare il supposto abuso della giurisdizione universale da parte dei Paesi UE. Sulle diverse posizioni UA/UE in materia di giurisdizione universale v. *The AU-EU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction*, Consiglio dell'Unione europea, 8672/1/09 REV 1, Bruxelles, 16 aprile 2009. V., inoltre, EX.CL/Dec.708(XXI), *Decision on the African Union Model National Law on universal jurisdiction over international crimes*, Doc. EX.CL/731(XXI)c, adottata nel luglio 2012 dal Consiglio esecutivo dell'UA.

[70] *Draft Statute* e *Memorandum of Understanding* della Corte risalgono a dicembre 2017, ma ancora nel rapporto S/2018/865 del 25 settembre 2018 su *Children and armed conflict in South Sudan*, il Segretario generale sottolineava la scarsità dei progressi compiuti per rendere operativa la Corte. Nello stesso senso si è espressa più di recente

assistenza tecnica dell'ONU – avrà competenza su crimini di guerra, contro l'umanità, genocidio e altri gravi crimini secondo il diritto internazionale e le leggi penali sud sudanesi e sarà composta da giudici sud sudanesi e da una maggioranza di giudici aventi la nazionalità di altri Stati africani; inoltre, sarà affiancata da una Commission for Truth, Reconciliation, and Healing.

In precedenza, l'UA aveva altresì stipulato un accordo col Senegal per la creazione delle Camere straordinarie africane che hanno processato l'ex dittatore del Chad Habré per i crimini compiuti. Sicché, ove anche le altre corti (regionale e miste) divenissero operative, l'Organizzazione regionale consoliderebbe la propria vocazione a ergersi al ruolo di paladina della lotta all'impunità nel continente africano, per fornire una "risposta" africana ai crimini compiuti nel continente africano.

Altro esempio di complementarità positiva (questa volta al di fuori dell'UA ma con il supporto dell'ONU) si ravvisa nella Corte speciale penale per la Repubblica centro africana. Si tratta – pure in questo caso – di un tribunale a composizione mista, chiamato a giudicare in base a norme interne di diritto penale e norme internazionali sui crimini, che opera, altresì, attraverso la cooperazione della missione di *peacekeeping* presente nel territorio, la MINUSCA[71]. Invero, la legge istitutiva stabilisce che, allorché un caso all'attenzione della Corte speciale rientri nelle competenze della CPI, la prima si asterrà dal procedere[72], così rovesciando la prospettiva dello Statuto CPI che, come si è sottolineato, pone la CPI in una posizione di complementarità rispetto ai tribunali nazionali. Cercando di fornire una interpretazione della suddetta legge in conformità allo Statuto di Roma, ci sembra che la legge in questione abbia voluto attribuire alla Corte speciale la giurisdizione sui crimini "meno gravi", di cui la CPI non potrà occuparsi, realizzando una sorta di "auto-deferimento" alla CPI per tutti gli altri. Beninteso, resta fermo che la CPI stessa potrebbe decidere di non giudicare su tali crimini e di reinvestire della questione la Corte speciale, in sede di valutazione dell'ammissibilità dei casi *ex* art. 17 Statuto CPI.

Orbene, la CPI guarda con favore lo sviluppo di queste forme di complementarità positiva[73] e, ove possibile, le incoraggia[74] poiché, come ha sottolineato lo stesso Presidente della CPI al termine del suo incontro in seno all'Assemblea generale per la presentazione del rapporto sulle attività della Corte nel 2018[75], la CPI non si pone come una minaccia alla

---

la UN Commission on Human Rights in South Sudan (Cfr. UN News Centre, *South Sudan: UN rights experts see little headway on peace deal amid spike in local-level violence*, del 23 agosto 2019).

[71] Un apposito *memorandum* è stato firmato tra il Governo locale e la MINUSCA il 7 agosto 2014: la MINUSCA è chiamata a cooperare con la Corte nello sviluppo della sua strategia accusatoria e di selezione dei casi e a coadiuvarla per gli arresti degli accusati. Inoltre, i "giudici internazionali" della Corte sono nominati su proposta della MINUSCA. Per un primo commento, v. P. I. LABUDA, *The Special Criminal Court in CAR: Failure or Vindication of Complementarity?*, in *Jour. Crim. Just.,* 2017, p. 175 ss.. Sulle prime azioni intraprese dalla Corte speciale, cfr. il rapporto del Segretario generale dell'ONU sulla Repubblica Centro africana, S/2019/822, del 15 ottobre 2019, par. 57, e il più recente rapporto S/2020/124, del 14 febbraio 2020, par. 52.

[72] *Loi Organique* n. 15/003, del 3 giugno 2015, art. 37.

[73] Parlando di complementarità positiva, va dato conto, altresì, dell'esistenza sin dal 2012 di una Special Criminal Court on the Events in Darfur, con giurisdizione sulle gravi violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario commesse in Darfur dal febbraio 2003, affiancata da una Truth, Justice and Reconciliation Commission, ancorché tale corte è sostanzialmente inattiva per mancanza di fondi e di una reale volontà politica di supportarne l'azione.

[74] Sull'attuazione della complementarità positiva da parte dell'Ufficio del Procuratore v., da ultimo, lo *Strategic Plan 2019-2021* dell'Ufficio del Procuratore, del 17 luglio 2019, in specie *Strategic Gol 6*, p. 28 ss.

[75] *Statement of the President of the International Criminal Court, Judge Chile Eboe-Osuji (Nigeria), to the United Nations General Assembly delivered on Monday, 29 October 2018, on the occasion of presenting the Court's annual report to the United Nations for 2017/2018*.

sovranità statale ma in una posizione di sussidiarietà rispetto alle giurisdizioni nazionali e di cooperazione con le stesse. In questo senso depone, ad es., il riconoscimento, in base al principio di complementarità, della giurisdizione libica nel caso *Al Senussi*.

A noi pare che la Corte incoraggi altresì, ove possibile, il ricorso a forme di *transitional justice*[76]. Ciò emerge, anzitutto, dalle *policies* approvate fino ad oggi dal Procuratore che delineano le linee guida seguite dalla Corte nella selezione dei casi da perseguire o da perseguire in via prioritaria. In particolare, nel Policy Paper on the Interests of Justice (del settembre 2007) e nel più recente Policy Paper on Case Selection and Prioritisation (del settembre 2016), l'apertura ai meccanismi di *transitional justice*, in alternativa alla CPI, sembra potersi giustificare in base all'interesse alla giustizia e all'interesse prioritario delle vittime (art. 53 Statuto CPI), allorché quest'ultimo possa essere meglio tutelato attraverso il ricorso a tali meccanismi e purché i meccanismi di *transitional justice* siano affiancati da strumenti di carattere giurisdizionale per perseguire i massimi responsabili e i più gravi crimini. A conferma di questa ricostruzione, ci pare si ponga altresì lo Statement del 15 ottobre 2018 sulla creazione di una Truth and Reconciliation Commission (TRC) in Gambia, in cui il Procuratore Bensouda ha ribadito il proprio compiacimento di fronte a strumenti che tutelano le vittime di crimini attraverso il ripristino della verità, le scuse e altre forme di riparazione per le vittime, pur asserendo che tali Commissioni devono altresì fungere da centro di raccolta di utili informazioni per l'istruzione di processi penali contro i «most responsible». A riguardo, ella ha anche sottolineato il ruolo complementare della CPI rispetto alle giurisdizioni nazionali e la volontà della Corte di cooperare con il Gambia e la sua TRC, come già avviene in casi analoghi.

In conclusione, se lo sviluppo della complementarità positiva sembra lo strumento più adeguato per superare la crisi attuale nei rapporti tra CPI e Africa/UA e per rilanciare la CPI stessa, affinché essa funzioni si richiede un duplice sforzo, da parte della Corte come dell'UA. Alla CPI tocca, infatti, incoraggiare e supportare i tribunali nazionali e regionali, creati in Africa dagli africani, magari ripartendo dal dialogo con l'UA sulle forme di *transitional justice* compatibili con lo Statuto CPI. D'altro canto, agli Stati africani, e all'UA *in primis*, compete impegnarsi seriamente affinché tribunali nazionali, corti speciali o tribunali regionali (assieme agli strumenti di *transitional justice* che eventualmente li affianchino) divengano concretamente operativi e assicurino una efficace punizione dei crimini più gravi nel rispetto del *due process* e del diritto alla giustizia delle vittime. Come ha sottolineato il presidente dell'Assemblea degli Stati parte, Kaba, al termine della *Dakar Conference on capacity-building with regard to African judicial systems and cooperation with the ICC* "Strengthening judicial systems at the national, regional and international levels through complementarity and cooperation is essential to ensure that all victims have access to justice"[77].

[76] Per un approfondimento della questione, ci permettiamo di rinviare alle più ampie considerazioni svolte nel nostro studio *Transitional Justice in Africa: Between the Fight Against Impunity and Peace Maintenance*, in G. CELLAMARE, I. INGRAVALLO (eds.), *op. cit.*, p. 135 ss., in specie p. 161 ss.

[77] ICC-ASP-20170524-PR1306 (2017), del 24 maggio 2017. Nell'occasione i ministri della giustizia di Stati africani si sono confrontati con i magistrati sulle proprie esperienze nei campi della capacità di costruire adeguati sistemi giudiziari, condivisione di informazioni, punizione di crimini e attuazione di norme penali.

ABSTRACT: *The regional African organizations and States position towards the ICC*

African States have been the first supporters of the ICC and are the most numerous groups among the ICC Member States. Nevertheless, in recent years, the African Union (AU) and numerous African States perceive the ICC as an instrument of a new form of colonialism of the main Powers, which encroach African States sovereignty through the ICC judicial activities. After the indictment of former Sudanese President Al Bashir, the AU urged the UN Security Council to defer the ICC proceedings as it impedes efforts to secure a lasting peace in that country. Moreover, it decided that its Member States shall not comply with the Al Bashir arrest warrant and developed a strategy for "collective withdrawal".

Given this backdrop, the paper first connects this ICC "crisis" to the global crisis of multilateralism Then, it focuses on the "positive" effects of the African criticism on the development of the ICC most recent judicial activities. It also analyses whether the mentioned Africa Union/African States' criticism is an effort to claim their own role in managing African affairs and African crimes. Finally, it ascertains whether the principle of "positive complementarity" may become a useful tool to solve the conflict between the ICC and African States.