



8 MAGGIO 2019

I limiti posti dai Paesi africani
all'istituzionalizzazione della
cooperazione fra Stati nella repressione
giudiziale dei crimini internazionali

di Leonardo Pasquali

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Università di Pisa

I limiti posti dai Paesi africani all'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali *

di Leonardo Pasquali

Professore associato di Diritto dell'Unione europea
Università di Pisa

Sommario: 1. Introduzione. 2. La reazione degli Stati africani *uti singuli* all'azione della Corte penale internazionale nei confronti dei *senior State officials*. 2.1. La minaccia di ricorrere all'art. 127 dello Statuto di Roma. 2.2. Casi di effettiva applicazione dell'art. 127 dello Statuto di Roma. 2.2.1. La revoca della notifica di recesso da parte di alcuni Stati. 2.2.2. Il completamento della procedura di recesso *ex art.* 127 da parte di un solo Stato africano. 3. Una reazione collettiva affidata all'organizzazione regionale. 3.1. Il tentativo di reagire con gli strumenti forniti dallo Statuto di Roma. 3.1.1. Le opzioni portate avanti dall'UA: il ricorso agli artt. 16, 98 e 121 e ss.. 3.1.2. L'*extrema ratio*: la “*ICC Withdrawal Strategy*”, ovvero un ricorso collettivo all'art. 127 dello Statuto di Roma? 3.2. La creazione di alternative regionali alla CPI: verso una africanizzazione della repressione giudiziale dei crimini internazionali? 3.2.1 Il “*Malabo Protocol*”, ovvero la Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli come alternativa regionale alla CPI. 3.2.2 Il Tribunale penale ibrido per il Darfur. 4. Ricostruzione sistematica e considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Le trasformazioni avvenute nell'ambito della repressione giudiziale dei crimini internazionali nel corso del XX secolo possono essere inquadrare a pieno titolo nel più ampio fenomeno del passaggio, nei rapporti fra Stati, da un diritto internazionale di coesistenza ad uno di cooperazione.

La cooperazione multilaterale fra Stati in tale settore è stata infatti consacrata con la creazione di una vera e propria organizzazione internazionale, la Corte penale internazionale, mediante l'adozione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, il 17 luglio 1998¹.

Come noto, tuttavia, la CPI non mira a sostituirsi alle giurisdizioni statali nella repressione giudiziale dei crimini internazionali, costituendo piuttosto la tessera di un mosaico più ampio. La competenza della Corte penale internazionale ad occuparsi della repressione giudiziale dei crimini internazionali, nel sistema tratteggiato dallo Statuto di Roma non è infatti esclusiva. Al contrario, gli Stati mantengono la loro potestà di giudicare i presunti autori di un crimine internazionale² e la competenza della CPI è complementare a

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul tema v. *amplius infra*, paragrafo 4.

² “Rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali”; Preambolo dello Statuto di Roma, sesto paragrafo.

quella degli Stati, come espressamente riconosciuto nell'art. 1 dello Statuto di Roma³. In virtù dell'art. 17 dello Statuto di Roma essa può infatti intervenire solo quando gli Stati non possono o non vogliono esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali, intendendo con ciò anche le fattispecie in cui la giurisdizione nazionale sia esercitata inadeguatamente, con lo scopo di sottrarre l'imputato ai suoi crimini o di non farlo comparire innanzi alla giustizia. È riconosciuta una priorità della giurisdizione statale rispetto a quella internazionale.

L'art. 20, tuttavia, attribuisce alla Corte stessa il potere di pronunciarsi sulla propria competenza in caso di dubbi, nonché quello di revocare il valore di cosa giudicata ad una sentenza di un tribunale penale interno al fine di occuparsi nuovamente della questione. Se inoltre si considera che, ai sensi degli artt. 13 e seguenti, il Procuratore può aprire un'indagine non solo su richiesta di uno Stato parte, ma anche del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ed addirittura *ex officio*, appaiono evidenti le limitazioni di sovranità cui hanno accettato di sottoporsi i Paesi che hanno ratificato lo Statuto di Roma (o vi hanno aderito).

Gli Stati, tuttavia, sono soliti accettare le limitazioni della loro sovranità imposte dal diritto internazionale che essi stessi contribuiscono a creare *ob reciprocam utilitatem*. Quando tale utilità non sembra loro più sussistere emerge la tentazione di sciogliersi dal vincolo internazionale.

L'oggetto della presente indagine prende le mosse da queste brevi considerazioni e ruota intorno a due questioni.

³ Sul tema esistono ottimi contributi. Senza alcuna pretesa di completezza piace menzionare, *ex plurimis*, i seguenti: F. LATTANZI, *The Complementary Character of the Jurisdiction of the Court with Respect to National Jurisdictions*, in F. LATTANZI (a cura di), *The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute*, Napoli, 1998, pp. 1 ss.; J. HOLMES, *Complementarity: National Courts versus the ICC*, in A. CASSESE - P. GAETA - J.R.W.D. JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, pp. 667 ss.; F. GIOIA, *State Sovereignty, Jurisdiction, and 'Modern' International Law: The Principle of Complementarity in the International Criminal Court*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 1095 ss.; F. LATTANZI, *La complementarità*, in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, pp. 179 ss.; K.J. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, 2008; M. POLITI - F. GIOIA (a cura di), *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, Aldershot, 2008; C. STAHN - M. EL ZEIDY (a cura di), *The International Criminal Court and Complementarity: from Theory to Practice*, Cambridge, 2011; E. BONOMO, *La sentenza della Corte penale internazionale contro Lubanga Dyilo: il primo caso di complementarità calpestata?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.3/2012, pp. 580 ss.; K. J. HELLER, *A Sentence-Based Theory of Complementarity*, in *Harvard International Law Journal*, 2012, pp. 85 ss.; L. PROSPERI, *Diritto Internazionale Penale come Vincolo per gli Ordinamenti Interni: Il Trasferimento dei Procedimenti dall'ICTY ai Tribunali Bosniaci ed un Nuovo Modello di Complementarietà*, in *Bocconi Legal Papers*, n.1/2013, pp. 235 ss.; L. PROSPERI, *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n.4/2013; G. VANACORE, *Self-referrals e complementarità della Corte penale internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013; A. PANETTA, *Il principio di complementarità tra giurisdizione interna e internazionale nella giurisprudenza della Corte penale internazionale sui casi riguardanti gli Stati africani*, in *Federalismi.it – Focus Africa*, n.2/2014; E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in E. AMATI - M. COSTI - E. FRONZA - P. LOBBA - E. MACULAN - A. VALLINI (a cura di), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016, pp. 27 ss.; A. RASI, *Principio di complementarità e interpretazione dello Statuto di Roma*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, pp. 5 ss..

La prima è se anche la Corte penale internazionale possa essere vittima della c.d. “crisi di rigetto” che talora colpisce le organizzazioni internazionali ovvero di quel fenomeno proprio della comunità internazionale in base al quale i soggetti primari della stessa (gli Stati) possono, in certe condizioni, essere tentati di riappropriarsi della sovranità che, a condizioni di reciprocità con gli altri Stati, avevano ceduto ad un'organizzazione internazionale acquisendone la *membership*. Ciò avviene quando valutano che i motivi di utilità alla base di tale scelta siano venuti meno o comunque non siano più sufficienti a contemperare gli svantaggi (o presunti tali) che detta limitazione di sovranità comporta per gli Stati stessi.

La seconda, di carattere più ampio, è se comunque un eventuale sistema alternativo a quello in cui il ruolo di chiusura è affidato alla Corte penale internazionale torni ad essere quello in cui la repressione giudiziale dei crimini internazionale si fonda sulla buona volontà del singolo Stato e nel quale la cooperazione fra gli Stati si concretizza, in caso di estradizione, in un rapporto di tipo bilaterale⁴ oppure se, al contrario, la presenza di un ente basato sulla cooperazione multilaterale fra gli Stati, che completa il sistema (quale un tribunale internazionale), secondo quanto affermatosi negli ultimi anni, appaia in ogni caso destinata a confermarsi.

Tali questioni non saranno esaminate nella dimensione universalista, ma in quella ben più ristretta e circoscritta dei Paesi della regione africana che in ragione del loro retaggio storico, politico e sociale sono portati a guardare al problema in un'ottica particolare.

2. La reazione degli Stati africani *uti singuli* all'azione della Corte penale internazionale nei confronti dei *senior State officials*

Un esame dell'attività della Corte penale internazionale dal 2002 ad oggi ci permette di evidenziare certe peculiarità. Innanzitutto, la CPI, in questo periodo è sì occupata di undici situazioni⁵. Di esse ben dieci riguardano Stati africani⁶.

⁴ Su questo profilo v. *infra*, paragrafo conclusivo.

⁵ Poiché ogni situazione può dare vita ad uno o più casi o cause, i casi di cui si è occupata la Corte sono ventisei. Classificando tali scenari secondo le tre condizioni di procedibilità al verificarsi delle quali, ai sensi dell'art. 13 del suo Statuto, la CPI può esercitare la propria giurisdizione, è possibile evidenziare quanto segue. In cinque occasioni - e nello specifico quelle concernenti Uganda, Repubblica Democratica del Congo, Repubblica Centrafricana I e II e Mali - lo scenario è stato segnalato al Procuratore da uno Stato membro della CPI ai sensi dell'art. 13 lett. a). In due casi è stato lo stesso Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite, agendo *ex capite* VII della Carta ad effettuare la segnalazione, a norma della art. 13 lett. b). Si tratta delle situazioni in Darfur/Sudan, ove il CdS ha agito mediante la risoluzione 1593 (2005) ed in Libia attraverso la risoluzione 1970 (2011). Infine, per quanto concerne gli scenari in Kenya, Costa d'Avorio, Georgia e Burundi, è stato lo stesso Procuratore a decidere di investire la Corte, agendo *ex officio* in virtù dei poteri attribuitigli dal combinato disposto degli artt. 13 lett. c) e 15 dello Statuto di Roma

⁶ L'unica eccezione riguarda la Georgia.

Questo dato appare utile per analizzare quanto accaduto negli ultimi anni nei rapporti fra la Corte penale internazionale ed alcuni dei suoi Stati membri: una pluralità di Stati africani sono andati oltre il già rilevante rifiuto di cooperare con la CPI in ottemperanza all'obbligo che incombe sugli Stati membri in virtù degli artt. 86 ss. dello Statuto di Roma, ipotizzando il proprio recesso dall'organizzazione. In alcuni casi hanno concretamente attivato la procedura di recesso, ed uno di questi lo ha portato a termine.

Lo Statuto di Roma fin dall'origine ha previsto espressamente la facoltà per il singolo Stato di sciogliersi unilateralmente dal vincolo associativo. Secondo quanto previsto dal suo art. 127, comma 1, ogni membro può, con una semplice notifica, seguita dal trascorrere di un periodo di un anno⁷, procedere all'uscita definitiva dalla CPI. In ciò la Corte si distingue pertanto da altre organizzazioni internazionali⁸, quali le Nazioni unite (nella cui Carta è assente una norma in tal senso) o l'Unione europea. Per quest'ultima si sono dovuti attendere più di cinquant'anni e la revisione dei Trattati istitutivi operata dal Trattato di Lisbona per avere una disposizione (l'odierno art. 50 TFUE) che esplicitamente attribuisse al singolo Stato membro la facoltà di recedere dall'Unione⁹.

2.1. La minaccia di ricorrere all'art. 127 dello Statuto di Roma

I casi più rilevanti di Stati che hanno avanzato l'ipotesi di recedere dallo Statuto di Roma concernono il Kenya, l'Uganda e la Namibia.

⁷ In virtù dell'art. 121, comma 6 dello Statuto di Roma vi è esenzione da tale termine ed il recesso può avere effetto immediato qualora esso sia richiesto da uno Stato parte che non abbia accettato un emendamento condiviso da sette ottavi degli Stati parte.

⁸ Sul ritiro dalle organizzazioni internazionali, senza alcuna pretesa di completezza e limitatamente alla dottrina italiana, v.: F. C. GENTILE, *Il recesso delle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 1951, pp. 464 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Scritti sulle organizzazioni internazionali*, Milano, 1961; M. SCERNI, *Aspetti giuridici del ritiro dalle Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 1965, pp. 227 ss.; F. LEANZA LAURIA, *Il recesso dall'Organizzazione delle Nazioni Unite: il caso dell'Indonesia*, in *Diritto internazionale*, 1966, pp. 153 ss.; A. BEGHÉ LORETI, *Il recesso dalle organizzazioni internazionali*, Milano, 1967; G. BISCOTTINI, *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte I, La Teoria dell'organizzazione*, Padova, 1981; R. MONACO, *Scritti di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 1981; P. ZICCARDI, *Organizzazione internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, 1981, pp. 158 ss.; M. PANEBIANCO - G. MARTINO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, Milano, 1997; T. BALLARINO, *Organizzazione internazionale. Aspetti giuridici*, Milano, 1998; M. R. SAULLE, *Lezioni di organizzazione internazionale. Le organizzazioni internazionali a livello mondiale e regionale*, Napoli, 2002; U. DRAETTA - M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Il diritto delle organizzazioni internazionali, parte speciale*, Milano, 2011; P. PUSTORINO, *Lo status di membro delle organizzazioni internazionali*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, pp. 141 ss.; S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2012; R. BELLONI - M. MOSCHELLA - D. SICURELLI (a cura di), *Le organizzazioni internazionali: struttura, funzioni, impatto*, Bologna, 2013; C. ZANGHÌ, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 2013; R. VIRZO - I. INGRAVALLO (a cura di), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden-Boston, 2015; B. CONFORTI - C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Milano, 2017; S. CAFARO, *Status di membro di una organizzazione internazionale e altre modalità di partecipazione*, in P. PENNETTA - S. CAFARO - A. DI STASI - I. INGRAVALLO - G. MARTINO - C. NOVI (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 2018, pp. 165 ss.

⁹ Peraltro le modalità di tale recesso debbono essere in principio essere definite mediante un accordo da stipularsi fra lo Stato recedente e l'UE.

Gli eventi interni al Kenya hanno avuto un ruolo significativo nell'avviare il processo di contestazione da parte degli Stati africani nei confronti della Corte penale internazionale, attuatosi attraverso la minaccia del ritiro o la sua effettiva attuazione¹⁰.

Nel marzo 2010 il Procuratore della CPI aveva aperto un'indagine *motu proprio*¹¹ nei confronti di Uhru Kenyatta e di altre cinque persone (fra cui William Ruto) per crimini contro l'umanità¹², indagine legata al ruolo avuto da tali soggetti nelle violenze post-elettorali¹³ che ebbero luogo negli anni 2007 e 2008¹⁴. Poco tempo dopo tale decisione del Procuratore, il Parlamento keniota approvò una prima mozione a favore del recesso del Paese dalla CPI, che se applicata avrebbe portato il Kenya ad essere il primo Stato ad abbandonare la Corte penale internazionale. Nel 2013, tuttavia, Kenyatta divenne Presidente della Repubblica e Ruto vice-Presidente. Alcuni mesi dopo tale elezione il Parlamento approvò una seconda mozione di recesso. Le motivazioni di tale scelta, espresse chiaramente durante il dibattito parlamentare, erano incentrate sulla necessità di proteggere la sovranità del Kenya ed i suoi cittadini. Venne infatti messo in rilievo come le grandi potenze non siano parte dello Statuto di Roma e che la giustificazione adottata dagli Stati uniti era proprio la protezione dei propri cittadini e soldati dal rischio che venissero aperti procedimenti nei loro confronti per ragioni politiche¹⁵. La portata giuridica di tale mozione risultava peraltro piuttosto limitata, in quanto sarebbe comunque spettato all'esecutivo e non al Parlamento effettuare la notifica di recesso al Segretario generale dell'ONU ai sensi dell'art. 127 Statuto di Roma, ma né il predecessore di Kenyatta (Presidente in carica al momento dell'adozione della prima mozione), né lo stesso Kenyatta diedero seguito all'istanza del Parlamento. Al contrario, per un certo periodo, Kenyatta ed il suo vice continuavano a professare la loro intenzione di cooperare con la Corte. Il Presidente keniota

¹⁰ Sul tema v. *inter alios* L. R. HELFER - A.E. SHOWALTER, *Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy against the ICC*, in *International Criminal Law Review*, 2017, p. 1.

¹¹ Si tratta peraltro della prima volta che il Procuratore si è avvalso dei poteri attribuitigli dall'art. 15, comma 1 dello Statuto di Roma.

¹² Nello specifico assassinio, deportazione o trasferimento forzato di popolazione, persecuzione, stupro ed altri atti inumani.

¹³ I numeri di tali violenze sono impressionanti: assassinio di più di mille persone, oltre novecento atti di stupro e violenza sessuale documentati, circa 350.000 sfollati e più di 3.500 feriti gravi. Inoltre, come si legge nell'atto del Procuratore erano stati presenti: “*elements of brutality, for example burning victims alive, attacking places sheltering IDPs, beheadings, and using pangas and machetes to hack people to death*” e che i criminali, fra l'altro, erano accusati di aver “*terrorized communities by installing checkpoints where they would select their victims based on ethnicity, and hack them to death, commonly committed gang rape, genital mutilation and forced circumcision, and often forced family members to watch*”. Tali violenze avevano inoltre avuto gravissimi impatti individuali sulle vittime: “*Complaints of harm suffered concern the inability of victims' children to continue their education, poor living conditions and health concerns in IDP camps, psychological damage such as trauma, stress, and depression, loss of income due to loss of jobs or an inability to re-establish their business, the contraction of sexually transmitted diseases after rape, abandonment after rape, and the separation of families*”. Queste informazioni, e le altre riportate sono riprese dagli atti della procedura presso la CPI.

¹⁴ Avendo il Kenya ratificato lo Statuto di Roma in data 15 marzo 2005, la competenza della Corte per i fatti accaduti nel 2007 e 2008 discende dalla norma di cui all'art. 11, comma 2 dello Statuto stesso.

¹⁵ V. *The Guardian*, 5 settembre 2013.

decise di recarsi all'udienza presso la CPI a l'Aja l'8 ottobre del 2014, dopo aver ceduto temporaneamente la Presidenza a Ruto¹⁶, presentandosi così come semplice cittadino e non come Capo di Stato. In tale occasione, oltre a dichiarare che non era colpevole di alcuno dei crimini imputatigli, rigettò le accuse di aver utilizzato la sua posizione per interferire nella cooperazione fra governo keniota e CPI in relazione al suo caso ed affermò che le accuse nei suoi confronti erano frutto di ragioni politiche da parte di “imperialisti che consideravano i leader africani incompetenti”¹⁷. A giudizio della stessa Corte¹⁸, però, il comportamento del governo keniota nel caso *Procuratore contro Uhuru Muigai Kenyatta* non era conforme agli obblighi di cooperazione che incombono sugli Stati membri della CPI ai sensi dello Statuto di Roma¹⁹. Nel 2014, tuttavia, la Corte decise di ritirare le imputazioni nei confronti di Kenyatta per insufficienza di prove, avendo alcuni testimoni chiave ritrattato. Di conseguenza il caso è considerato chiuso, ma la CPI non sembra aver abbandonato del tutto l'ipotesi di sottoporre a giudizio il Presidente keniota, se si considera l'incarico successivamente assegnato a tre giudici²⁰. *Medio tempore* i toni erano stati alzati dalle supreme cariche del Paese africano: il Presidente Kenyatta aveva minacciato di dare seguito alle mozioni approvate dal Parlamento attraverso la notifica del recesso del Kenya dalla Corte penale internazionale²¹. A suo parere tale azione sarebbe stata giustificata da diversi motivi: la CPI non rispetterebbe la sovranità nazionale degli Stati membri (mentre i padri fondatori dello Stato africano “avevano combattuto con coraggio per preservare il Paese dalle influenze esterne); avrebbe tradito il suo mandato, non essendo più uno strumento di giustizia ma di politica di potenza ed infine non agirebbe con imparzialità. Riteneva che questo fosse inaccettabile per il suo Paese, sempre pronto a sostenere le organizzazioni internazionali, purché fondate sull'eguaglianza ed il rispetto della sovranità nazionale e che meritava lo stesso rispetto accordato agli altri Stati, anche se più potenti o ricchi²².

¹⁶ In applicazione dell'articolo 147 della Costituzione del Kenya, che recita: “...3) *Subject to Article 134, when the President is absent or is temporarily incapacitated, and during any other period that the President decides, the Deputy President shall act as the President*”.

¹⁷ V. BBC News Africa, 8 ottobre 2014.

¹⁸ Così precisavano i giudici della Camera di primo grado V (B) della Corte nel 2014: “... *[it] finds that, cumulatively, the approach of the Kenyan Government [...] falls short of the standard of good faith cooperation and that this failure has reached the threshold of non-compliance as obliged under the Rome Statute*” e ancora: “*the Kenyan Government's noncompliance has not only compromised the Prosecution's ability to thoroughly investigate the charges, but has ultimately impinged upon the Chamber's ability to fulfill its mandate under Article 64, and in particular, its truthseeking function in accordance with Article 69 (3) of the Statute.*”. Il testo integrale si può trovare nel sito della CPI.

¹⁹ A tale riguardo vi è chi ha esplicitamente sostenuto la violazione degli artt. 89 e 93 dello Statuto stesso; così, *inter alios*, E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship between Africa and the International Criminal Court (ICC)*, in *Journal of Law and Conflict Resolution*, 2018, p. 21.

²⁰ Queste informazioni si possono trovare nel sito della CPI.

²¹ V. Africa Times, 12 dicembre 2016.

²² *Ibid.*

Un altro Stato africano da cui sono provenute critiche molto severe nei confronti della Corte penale internazionale è l'Uganda. Il comportamento di tale Paese (*rectius* dei suoi governanti), come peraltro quello di altri Stati africani, appare invero poco coerente²³. La peculiarità del caso dell'Uganda nasce tuttavia dal fatto che il *revirement* dell'atteggiamento tenuto verso la Corte è opera della stessa persona, il Presidente Museveni, e non ha fatto seguito, come in altre fattispecie, ad un cambio nella guida del Paese (come ad esempio in Gambia).

In un primo tempo, infatti, non solo l'Uganda aveva sottoscritto e ratificato il Trattato di Roma²⁴, ma il suo governo fu uno dei pochi ad essersi avvalso del potere attribuito agli Stati parte dall'art. 14 del Trattato stesso²⁵, ovvero quello di chiedere al Procuratore di aprire le indagini su una situazione in cui appaiono essere stati commessi crimini internazionali²⁶.

Il Presidente ugandese, sempre nel 2004, si era incontrato col Procuratore della CPI per cooperare nella ricerca e cattura dei *leader* del LRA, ai sensi dell'art. 89 dello Statuto di Roma. D'altra parte, fra i motivi principali dell'adesione dell'Uganda alla Corte penale internazionale, così come per molti altri Stati africani, vi era il dichiarato auspicio che ciò avrebbe portato alla punizione dei responsabili di crimini internazionali commessi sul suo territorio, col conseguente effetto di deterrenza²⁷.

In un secondo tempo, però, il medesimo Museveni si unì al coro di coloro che accusavano la CPI di prendersela ingiustamente con i *leader* africani²⁸, esprimendo pubblicamente il suo apprezzamento per le

²³ Leggasi M. KERSTEN, *Between Disdain and Cooperation – Uganda's Controversial Place in the ICC-Africa Relationship*, in ISPI online papers, 28 marzo 2017.

²⁴ Rispettivamente in data 17 marzo 1999 e 14 giugno 2002.

²⁵ Ad oggi (dicembre 2018) solo tre Stati, oltre all'Uganda (nello specifico: Repubblica Democratica del Congo, Repubblica Centrafricana e Mali), si sono avvalsi di tale potere.

²⁶ Nel gennaio 2004 aveva infatti segnalato la commissione di possibili crimini di guerra e crimini contro l'umanità avvenuta principalmente nell'Uganda settentrionale nell'ambito di un conflitto armato che aveva opposto le forze governative ed un movimento ribelle denominato “*Lord's Resistance Army*” o LRA, a partire dal 1 luglio 2001. Queste informazioni, così come le altre riportate, sono riprese dagli atti della procedura presso la CPI. Sebbene infatti il conflitto fra forze governative ugandesi e LRA sia più risalente, la competenza *ratione temporis* della CPI è limitata ai fatti accaduti successivamente all'entrata in vigore dello Statuto di Roma, ai sensi dell'art. 11, comma 1 dello Statuto stesso e quindi al 1 luglio 2002. Per approfondimenti sul conflitto fra forze governative ugandesi e LRA si rinvia, *inter alios*, a: R. DOOM - K. VLASSENROOT, *Kony's message: a new koine? The Lord's Resistance Army in Northern Uganda*, in *African Affairs*, 1991, pp. 5 ss.; F. VAN ACKER, *Uganda and the Lord's Resistance Army: the new order no one ordered*, in *African Affairs*, 2004, pp. 335 ss.

²⁷ Sul ruolo della CPI in Uganda v. J. SARKIN, *Complementarity in the line of fire: the catalysing effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*, in *Canadian Journal of African Studies*, 2015, pp. 518 ss.;

²⁸ Egli manifestò più volte il suo sostegno alle massime cariche del Kenya ed al Presidente del Sudan, Al-Bashir, messi in stato d'accusa dalla Corte. Nel 2014, invitato alle celebrazioni per il cinquantunesimo anniversario dell'indipendenza del Kenya, accusò la CPI di essersi trasformata in uno strumento per opprimere l'Africa e minacciò di presentare una mozione al successivo vertice dell'Unione africana per il recesso di tutti gli Stati africani dalla Corte. L'atteggiamento estremamente critico del Presidente ugandese continuò negli anni successivi. Così, nel maggio 2016, dopo aver invitato alla cerimonia del giuramento per l'inizio del suo quinto mandato anche il Presidente sudanese Al-Bashir, nonostante il mandato d'arresto spiccato dalla CPI nei confronti di quest'ultimo nel 2009, egli definì la CPI “un mucchio di persone inutili” che aveva perso del tutto il suo sostegno

decisioni di abbandonare la Corte prese del Sudafrica e dal Burundi, tanto da far ritenere il suo Paese come uno dei potenziali candidati al recesso.

L'atteggiamento del Presidente ugandese è stato severamente criticato dalla dottrina, ritenendolo emblematico dell'approccio utilitaristico dei governanti africani. Secondo diversi autori, detti *leader* sostengono l'operato della Corte penale internazionale quando le accuse sono rivolte ai loro nemici (quali ribelli o avversari politici). Per converso vengono meno ai loro obblighi di cooperazione e adottano un atteggiamento critico nei confronti della Corte stessa nel caso in cui le indagini concernano un *senior State official* africano, dimostrando così di volersi proteggere l'un l'altro dal rischio di dover rispondere davanti alla CPI di eventuali crimini²⁹.

Un atteggiamento in una certa misura analogo a quello del Presidente ugandese è stato tenuto dai rappresentanti della Namibia. Una peculiarità di quest'ultimo rispetto ad altri casi esaminati è che non è mai stata aperta alcuna procedura concernente fatti accaduti nel territorio della Namibia³⁰.

Nel 2015, il Ministro dell'Informazione Tjekero Tweya dichiarò che il gabinetto dei Ministri aveva approvato una mozione in cui si prendeva in considerazione un possibile recesso dello Stato dalla CPI, pur senza indicare una data. La Corte era infatti accusata di concentrarsi esclusivamente sui Paesi africani, o comunque in via di sviluppo, e di prendere di mira i loro governanti³¹. Nello specifico il Presidente namibiano Geingob aveva espresso il suo disappunto per il procedimento aperto nei confronti del Presidente del Kenya, qualificandolo come ingerenza negli affari interni di detto Stato che la CPI avrebbe dovuto evitare³².

Nell'ambito di una riflessione sui rapporti fra Organizzazioni internazionali e sovranità degli Stati merita una menzione quanto dichiarato dalla Ministra delle Relazioni internazionali e della cooperazione Netumbo Nandi-Ndaitwah. Secondo tale tesi, infatti, la partecipazione della Namibia alla Corte penale internazionale sarebbe stata il frutto di una temporanea debolezza delle istituzioni interne, legata alla recente indipendenza. Superata tale fase, detta partecipazione sarebbe da interpretare come un'assenza di fiducia nelle istituzioni del Paese. Ciò troverebbe conferma nel comportamento degli Stati uniti che,

²⁹ Così, *inter alios*, K. MILLS, *Bashir is Dividing Us: Africa and the International Criminal Court.*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, pp. 404 ss.; E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., pp. 22-23.

³⁰ Nel 2007 era stata tuttavia inoltrata una petizione alla CPI da parte della *National Society of Human Rights* (NSHR) affinché fossero svolte indagini nei confronti dell'ex-Presidente Sam Nujoma, dell'ex-Ministro della Difesa Erkki Nghimtina e di altre due persone per avere istigato, pianificato, supervisionato, favorito, aiutato e sostenuto la sparizione di centinaia di namibiani; cfr. *The Namibian*, 24 novembre 2015.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

nell'opinione della Ministra, non farebbero parte dello Statuto di Roma in quanto hanno piena fiducia nelle proprie istituzioni³³.

2.2 Casi di effettiva applicazione dell'art. 127 dello Statuto di Roma

Se ci si limitasse a leggere quanto affermato da vari Ministri e Presidenti africani in reazione all'azione della CPI nei confronti di alcuni *senior State officials* africani in carica, si potrebbe avere l'impressione che la stessa esistenza della Corte fosse in pericolo, in quanto i Paesi che appartengono al gruppo più numeroso dei suoi membri (quelli africani, appunto), uno dopo l'altro, avrebbero potuto decidere di recedere dallo Statuto di Roma. In un determinato momento, peraltro, sembrò che tale rischio si potesse effettivamente concretizzare, quando alcuni Stati andarono oltre le parole e le minacce e compirono i passi formali necessari per uscire dalla Corte penale internazionale. Alla fine del 2016, in meno di un mese, ben tre Stati africani notificarono al Segretario generale delle Nazioni unite la loro intenzione di recedere dallo Statuto di Roma, secondo quanto previsto dall'art. 127 dello Statuto stesso. Il primo fu il Sudafrica, in data 19 ottobre³⁴, seguito pochi giorni dopo dal Burundi (il 27 ottobre³⁵) e dal Gambia, il 10 novembre³⁶. In quei giorni una profonda crisi della CPI, con l'uscita in massa degli Stati africani, sembrava una reale possibilità. Quanto accaduto nei mesi successivi smentì tuttavia l'ipotesi più pessimista (senza per questo cancellare i timori circa la capacità della CPI di realizzare un'azione efficace). Infatti, ben due dei tre Stati summenzionati revocarono la notifica di recesso prima che trascorresse il tempo necessario al suo perfezionarsi³⁷. Un solo Stato africano, il Burundi, ha invece effettivamente rinunciato allo status di membro della CPI³⁸.

2.2.1. La revoca della notifica di recesso da parte di alcuni Stati

Le ragioni alla base di tale revoca sono tuttavia di natura differente. Nel caso del Sudafrica, infatti, sono di carattere giuridico, mentre in quello del Gambia si sono imposte considerazioni meramente politiche.

³³ V. New Era Live, 11 marzo 2016. Ancora più curiosa è l'affermazione del Presidente Geingob, il quale dichiarò che la Namibia avrebbe continuato ad essere parte dello Statuto di Roma, rinunciando così al recesso minacciato, se si fosse riusciti a convincere gli Stati Uniti a ratificarlo.

³⁴ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. South Africa: Withdrawal. Doc: C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

³⁵ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. Burundi: Withdrawal. Doc: C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

³⁶ UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. Gambia: Withdrawal. Doc: C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

³⁷ Il quale, a norma dell'art. 127, è di dodici mesi, o più lungo se così vuole lo Stato che procede alla notifica.

³⁸ Sui limiti dell'utilità del recesso di uno Stato il cui capo di Stato, di governo o altro *senior State official* rischia di essere sottoposto a giudizio dalla Corte che discendono da quanto disposto dalla norma di cui all'art. 127 dello Statuto di Roma v. *amplius infra*, quanto scritto nel paragrafo 3.1.2. relativo alla *Withdrawal Strategy*.

Le motivazioni del recesso del Sudafrica erano state chiaramente indicate nella notifica stessa³⁹, pur non essendovi un obbligo giuridico in tal senso. In primo luogo si evidenziava, sia in apertura che in chiusura del documento, che la scelta non doveva essere considerata in contrasto con l'impegno del Sudafrica per la tutela dei diritti umani e nella lotta contro l'impunità, ma a favore di giustizia e responsabilità⁴⁰.

Si sceglie tuttavia di abbandonare la CPI, a proposito della quale tuttavia si rivendicava orgogliosamente il ruolo svolto dal Sudafrica nella sua creazione (così come si rivendicava orgogliosamente l'appartenenza all'Unione africana), in quanto si riteneva che continuare a farne parte avrebbe compromesso “gli sforzi del Sudafrica per promuovere la pace e la sicurezza nel continente africano”. Tale convincimento derivava dalla “non invidiabile” ed “insostenibile” posizione in cui lo Stato dell'Africa australe si era trovato essendo sottoposto a quelle che vengono qualificate dal governo sudafricano come “obbligazioni confliggenti”⁴¹. La prima di tali obbligazioni è quella di arrestare il capo di Stato del Sudan, Al Bashir, presente sul territorio sudafricano per partecipare al vertice UA, in applicazione di quanto disposto dallo Statuto di Roma; ad essa si contrapponeva quella di garantirgli l'immunità ai sensi non solo delle previsioni dello *Host Agreement* e della Convenzione generale sui privilegi e le immunità dell'OUA del 1965, ma anche di una norma di diritto internazionale consuetudinario (fonte che regolamenterebbe i rapporti giuridici fra uno Stato parte della CPI come il Sudafrica e gli Stati non parte, quale il Sudan) la quale, secondo il governo sudafricano, riconoscerebbe l'immunità *ratione personae* dei capi di Stato in carica. Nel documento sono inoltre espresse perplessità sull'effettiva realizzazione da parte della Corte dell'ideale di universalità ed eguaglianza innanzi alla legge alla base della sua fondazione, ritenendo peraltro che la sua credibilità fosse minata dal fatto che ben tre su cinque dei membri del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite non ne fanno parte e che lo stesso Cds non si sia comportato come avrebbe dovuto in virtù dell'art. 16 dello Statuto di Roma quando “il coinvolgimento della CPI costituisce una minaccia alla pace ed alla sicurezza nel continente africano”.

L'effettivo recesso del Sudafrica dalla Corte penale internazionale si sarebbe dovuto perfezionare il 19 ottobre 2017, in applicazione di quanto disposto dall'art. 127 dello Statuto di Roma. Il 22 febbraio 2017, però, la Alta Corte del Sudafrica (Gauteng Division, Pretoria) giudicò la notifica di recesso

³⁹ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. South Africa: Withdrawal. Doc: C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁴⁰ Veniva anche messo in rilievo come tale impegno fosse nato con la lotta all' “inumanità” del colonialismo e dell'apartheid e come detti valori siano fondamentali per il Paese, essendo stati consacrati nella sua Costituzione.

⁴¹ Il riferimento è a quanto accaduto nel giugno 2015, in occasione dello svolgimento a Johannesburg di sessioni del Concilio esecutivo e dell'assemblea dell'Unione africana.

incostituzionale e invalida, nello specifico perché la decisione era stata adottata senza la necessaria preventiva approvazione da parte del Parlamento⁴².

Di conseguenza, in esecuzione di tale sentenza, il 7 marzo 2017 il Sud Africa revocò lo strumento di recesso⁴³ ed attualmente è ancora membro della CPI⁴⁴.

Il terzo Stato a notificare la propria intenzione di recedere dalla Corte penale internazionale dopo il Sudafrica (v. *supra*) ed il Burundi (v. *infra*) fu il Gambia. Diversamente dal Sudafrica, nel documento presentato da quest'ultimo Stato non erano presenti le motivazioni che avevano determinato tale passo⁴⁵. Esse si ritrovano in alcune dichiarazioni rilasciate da autorevoli esponenti del suo governo, quali il Presidente Yahya Jammeh ed il Ministro dell'Informazione Sheriff Bojang e sostanzialmente sono riconducibili a quello che essi definiscono come l' "approccio neo-coloniale" della CPI nei confronti degli Stati africani, accusandola di non aver affrontato allo stesso modo gli eventi accaduti in Europa ed in Africa⁴⁶ e giungendo a formulare esplicite accuse di razzismo nei confronti della Corte⁴⁷.

Per completezza è opportuno ricordare che la notifica del recesso da parte del Gambia avvenne meno di un mese prima delle elezioni presidenziali alle quali si presentava Jammeh per un quinto mandato⁴⁸ e che i suoi metodi nei confronti degli oppositori politici erano criticati duramente dalle organizzazioni per

⁴² V. High Court of South Africa (Gauteng Division, Pretoria), 22 febbraio 2017, Case No: 83145/2016, Democratic Alliance/Minister of International Relations and Cooperation. Il ricorso era stato avanzato dal principale partito di opposizione (Alleanza democratica) insieme a varie organizzazioni della società civile. Nella dottrina italiana, v. A. STIANO, L'Alta Corte del Sudafrica si pronuncia sulla (in)validità della dichiarazione di recesso dallo Statuto di Roma, in *Federalismi.it – Focus Africa*, n.2/2018.

⁴³ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. South Africa: Withdrawal of Notification of Withdrawal. Doc: C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁴⁴ In ordine alle perplessità che comunque paiono sussistere in Africa nei confronti dell'attività della CPI appare significativa la reazione della stessa Alleanza democratica a tale esito. Se infatti da una parte il partito, che aveva promosso il ricorso all'Alta Corte di Pretoria non poteva che dichiararsi soddisfatto, dall'altra, pur ribadendo la sua contrarietà al recesso, affermò la necessità di iniziare un dibattito sulle possibili aree di riforma onde migliorare l'efficienza della CPI. Cfr. E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., p. 24.

⁴⁵ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. Gambia: Withdrawal. Doc: C.N.862.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁴⁶ Specifico riferimento fu fatto al caso dell'ex Primo ministro britannico Tony Blair che non era stata perseguito dalla CPI "nonostante il suo ruolo nelle atrocità commesse durante la guerra in Iraq"; E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., p. 25.

⁴⁷ Queste accuse sono peraltro respinte con sdegno da chi lavora nella Corte: "*what no-body is allowed to spell out, what does not exist, neither inside the ICC nor in its proximity, are such things as: racism, humiliation towards African states, mishandling of complex African issues, manifestation of arrogance, political instrument targeting Africa and Africans, racial hunting, selective justice, neo-colonialism, or neo-imperialism. All of us, men and women from all over the world, who on a daily basis work at the Court... we all feel offended by these false, gross, totally unfounded and stupid accusations*"; C. TARFUSSER, *The International Criminal Court vis-à-vis Africa: a Defence from inside the Court*, in *ISPI online papers*, 28 marzo 2017.

⁴⁸ Reso possibile grazie alle modifiche sul limite di mandati approvate durante la sua presidenza.

la tutela dei diritti civili. Egli era inoltre accusato di essere coinvolto in vari gravi crimini durante la sua presidenza, fra cui atti di tortura⁴⁹.

Nel gennaio 2017, tuttavia, in Gambia avvenne un mutamento dello scenario politico a seguito della vittoria nelle elezioni presidenziali del dicembre 2016 da parte di Adama Barrow e la sconfitta di Jammeh. Tale risultato portò, dopo un percorso tortuoso⁵⁰, alla scelta di Jammeh di esiliarsi in uno Stato non parte del Trattato di Roma, la Guinea equatoriale.

In conseguenza di ciò, il 10 febbraio 2017, il “nuovo governo” del Gambia “dopo aver attentamente riconsiderato le circostanze alla base della decisione di recesso” ha deciso di revocare la notifica e “si considera ancora uno Stato parte e continuerà ad onorare le obbligazioni che derivano dallo Statuto di Roma”⁵¹.

2.2.2. Il completamento della procedura di recesso *ex art. 127* da parte di un solo Stato africano

Il solo Stato africano che, ad oggi, ha perfezionato il recesso dallo Statuto di Roma è il Burundi. Anche in questo caso, come in quello del Gambia appena esaminato, le motivazioni della decisione di recesso non si trovano nell'atto di notifica dello stesso⁵². Esiste tuttavia un documento ufficiale nel quale sono esplicitati i motivi che hanno indotto il Consiglio dei Ministri ad adottare il “Progetto di legge concernente il recesso della Repubblica del Burundi dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale”⁵³. Dalla lettura di tale documento emerge chiaramente che la scelta di recedere dalla Corte è legata all'atteggiamento che la Corte stessa aveva adottato a seguito delle violenze che hanno avuto luogo nel

⁴⁹ Cfr. E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., p. 25. Gli autori suggeriscono che alla base della decisione di recedere dalla Corte vi sarebbe proprio la volontà del Presidente gambiano di evitare di essere chiamato a rispondere dinanzi ad essa di crimini internazionali; *ibid.* Altro elemento da evidenziare per avere un quadro complessivo della situazione è che all'epoca il Procuratore della CPI era già Fatou Bensouda, una donna nera, di nazionalità gambiana (peraltro già consulente di Jammeh, agli inizi della sua presidenza, e successivamente Ministro della giustizia nel suo governo).

⁵⁰ Jammeh infatti non riconobbe il risultato delle elezioni e si rese necessario un intervento di *peace-enforcing* in Gambia ad opera dell'organizzazione sub-regionale ECOWAS.

⁵¹ V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. Gambia: Withdrawal of Notification of Withdrawal. Doc: C.N.62.2017.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁵² V. UNITED NATIONS, Rome Statute of the International Criminal Court - Rome, 17 July 1998. Burundi: Withdrawal. Doc: C.N.805.2016.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification).

⁵³ V. Communiqué de presse de la réunion du Conseil des Ministres du jeudi 06 octobre 2016. Il documento si apre con le consuete accuse alle grandi potenze (le quali “per proteggere loro eventuali criminali” non hanno ratificato lo Statuto di Roma, dopo aver fatto pressione sugli altri Stati, in primis africani, affinché procedessero in tal senso) e con una critica al ruolo pretesamente assunto dalla CPI (la quale, essendo finanziata in grande misura dall'Unione europea sarebbe divenuta “uno strumento di pressioni politiche sui governi dei Paesi poveri o un mezzo di destabilizzarli”), giungendo ad ipotizzare l'assenza di indipendenza della CPI medesima e del suo Procuratore dalle grandi potenze.

Paese in occasione della grave crisi politica del 2015⁵⁴. Già nel maggio 2015, effettivamente, il Procuratore della Corte aveva espresso la sua viva preoccupazione per tali violenze⁵⁵, situazione che aveva ritenuto essersi aggravata nel novembre dello stesso anno⁵⁶ e che l'aveva spinto a cominciare un esame preliminare della situazione il 25 aprile 2016⁵⁷.

Nello specifico il governo burundese accusava il Procuratore e la stessa Corte, “sotto pressione delle potenze che finanziano il suo funzionamento, nel merito l'U.E.” di essere intervenuti nel conflitto in corso nel Burundi, “in spregio del loro dovere di neutralità” sino ad annunciare l'apertura di un esame preliminare sulla situazione in Burundi e ciò “sulla base di rapporti falsi prodotti da destabilizzatori con la copertura di pretesi esperti indipendenti dell'ONU”⁵⁸. Al contempo nulla sarebbe stato fatto nei confronti degli autori delle “violenze insensate e delle atrocità contro le popolazioni civili ed i membri delle forze di sicurezza” avvenute in occasione di “manifestazioni violente che si sono trasformate in atti di terrorismo... aventi caratteristiche di insurrezione, che erano finanziate e sostenute da certi Paesi occidentali ed hanno condotto alla perdita di vite umani e alla distruzione di beni materiali considerevoli prima di sfociare nel tentativo di rovesciamento delle istituzioni repubblicane”⁵⁹. Alla luce di ciò, considerando che l'atteggiamento del Procuratore della CPI costituisce “un attentato grave e flagrante

⁵⁴ In dottrina vi è chi, senza mezzi termini, sostiene che il Presidente burundese “*immediately jumped on the bandwagon of the African leaders calling for an end to what they described as an assault on African state sovereignty*”, sfruttando la contemporaneità fra il crescente malcontento degli Stati africani in merito a quello che considerano un interesse eccessivo della CPI nei confronti degli affari africani e l'apertura delle indagini da parte del Procuratore a proposito di quanto accaduto nell'aprile 2015 in occasione della campagna elettorale per il rinnovo del Presidente del Burundi; E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., p. 25.

⁵⁵ I.C.C., Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the recent pre-election violence in Burundi, 8 maggio 2015.

⁵⁶ I.C.C., Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, regarding the worsening security situation in Burundi, 6 novembre 2015.

⁵⁷ I.C.C., Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on opening a Preliminary Examination into the situation in Burundi, 25 aprile 2016. In tale documento, peraltro, il Procuratore giustifica la sua scelta di agire menzionando i seguenti fatti: “In the course of the on-going crisis, more than 430 persons were reportedly killed, at least 3,400 people have been arrested and over 230,000 Burundians forced to seek refuge in neighbouring countries. My Office has reviewed a number of communications and reports detailing acts of killing, imprisonment, torture, rape and other forms of sexual violence, as well as cases of enforced disappearances. All these acts appear to fall within the jurisdiction of the ICC”. Ci tiene però a precisare che: “A preliminary examination is not an investigation but a process of examining the information available in order to reach a fully informed determination on whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation pursuant to the criteria established by the Rome Statute”.

⁵⁸ V. Communiqué de presse de la réunion du Conseil des Ministres du jeudi 06 octobre 2016 *cit.* È così che viene definito il rapporto sul Burundi emesso da una Commissione d'inchiesta delle Nazioni unite in cui venivano rilevate possibili implicazioni del Presidente burundese Pierre Nkurunziza in crimini contro l'umanità comprendenti tortura, sparizioni, violenze sessuali, assassinii stragiudiziali ed arresti arbitrari, avvenuti durante la sua corsa per un terzo mandato da Presidente nell'aprile 2015. Fu sulla base di quanto contenuto in questo rapporto che il Procuratore della CPI decise di attivarsi.

⁵⁹ *Ibid.*

alla sovranità ed alla sicurezza” del Burundi, il mantenimento dello status di membro della Corte penale internazionale non sarebbe giustificato⁶⁰.

Contrariamente a quanto accaduto nei due casi analizzati *supra*, dal 27 ottobre 2017 il Burundi non è più membro della Corte penale internazionale, essendosi rivelati infruttuosi i tentativi di convincere il governo burundese effettuati dal nuovo Presidente gambiano Barrow⁶¹, così come gli inviti del Presidente dell'Assemblea degli Stati parte allo Statuto di Roma, rivolti ai governanti burundesi, di condividere le proprie preoccupazioni in seno all'Assemblea stessa ed intavolare un dialogo⁶².

Ciò non ha comunque impedito che due giorni prima che si perfezionasse il recesso, cioè il 25 ottobre, i giudici della CPI autorizzassero l'ufficio del Procuratore ad aprire un'indagine sui crimini che rientrano nella competenza della Corte presumibilmente commessi da chiunque in Burundi, ovvero da cittadini burundesi al di fuori del territorio nazionale, fra il 25 aprile 2015 ed il 26 ottobre 2017 (periodo temporale peraltro estendibile dal Procuratore in presenza di certe condizioni)⁶³ il che limita fortemente gli effetti del recesso sulla posizione del Presidente burundese, in virtù di quanto disposto dal secondo comma dell'art. 127 dello Statuto di Roma⁶⁴.

Va sottolineato che nel gennaio 2018, l'Assemblea dell'UA, pur limitandosi ad una presa d'atto del perfezionarsi della “decisione sovrana” del Burundi di recedere dallo Statuto di Roma, mostra una certa condivisione delle motivazioni di tale scelta, esprimendo una condanna nei confronti della decisione della CPI di aprire un'indagine su quanto accaduto nel Paese, in quanto ciò sarebbe “pregiudizievole per il processo di pace con gli auspici della Comunità dell'Africa orientale e costituisce sia una violazione della sovranità del Burundi che una mossa volta a destabilizzare il Paese”⁶⁵.

Alla fine, pertanto, un solo Stato africano ha effettivamente receduto dalla CPI. Se è vero che, rispetto a quello che si paventava all'acme della crisi ciò non sembra molto, d'altra parte è innegabile che, per la prima volta dalla fondazione della Corte, il numero degli Stati che la compongono sia diminuito anziché aumentare: erano 124 sino al 27 ottobre 2017, sono diventati 123 (e successivamente 122, essendosi *medio*

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Cfr. E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., p. 25. Gli autori precisano che: “The effect of retracting the withdrawal would be to open up channels through which President Nkurunziza could be criminally charged under the ICC, something that his administration is definitely not keen on”; *ibid.*

⁶² V. I.C.C., 18 ottobre 2016.

⁶³ Tali informazioni si possono trovare anche Statement of the President of the Assembly of States Parties on the process of withdrawal from the Rome Statute by Burundi sul sito della stessa CPI, così come il testo integrale della decisione contenente tale autorizzazione.

⁶⁴ Ai sensi di tale norma, infatti, la posizione di uno Stato nei confronti della CPI non muta con il recesso in relazione alle questioni, inchieste e procedure di cui la Corte era investita prima del momento in cui il recesso è diventato effettivo. Sull'argomento v. *amplius infra*, quanto scritto nel paragrafo 3.1.2. relativo alla *Withdrawal Strategy*.

⁶⁵ ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session, 28-29 January 2018, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 672 (XXX), § 4).

tempore perfezionato, in data 17 marzo 2019, il recesso di uno Stato non africano, le Filippine). Da questo punto di vista può riscontrarsi un'analogia con altre organizzazioni internazionali che, in questi ultimi anni, anziché veder aumentare il numero dei loro membri lo vedono diminuire: il riferimento è *in primis* all'Unione europea, se e quando il recesso del Regno unito dovesse effettivamente perfezionarsi. Il numero degli Stati membri della CPI è però destinato ad aumentare nuovamente a breve, grazie all'adesione della Malesia, che diverrà effettiva il 1 giugno 2019, in virtù dell'art. 126, comma 2 dello Statuto di Roma⁶⁶.

È vero che anche la perdita di un solo membro, magari neppure particolarmente significativo (come il Burundi) è un evento negativo per l'organizzazione internazionale in quanto evidenzia uno stato di disagio fra i suoi membri. Non sorprende, pertanto, che a seguito della decisione di recedere adottata dal governo del Burundi il Presidente dell'Assemblea degli Stati parte allo Statuto di Roma abbia espresso la sua preoccupazione, rilevando come il recesso di uno Stato parte costituisca un ostacolo alla lotta contro l'impunità di coloro che commettono crimini internazionali⁶⁷.

Tutto ciò pare effettivamente confermare ancora una volta che il fenomeno delle organizzazioni internazionali dev'essere letto alla luce della tensione continua che sussiste nelle relazioni internazionali fra cooperazione internazionale, cooperazione intergovernativa, fra Stati, e sovranità statale.

3. Una reazione collettiva affidata all'organizzazione regionale

L'elemento in parte nuovo che pare emergere dalla presente analisi, frutto dell'evoluzione della comunità internazionale, è che - sebbene continui a sussistere il naturale impulso degli Stati di reintegrare la propria sovranità, riappropriandosi di quella ceduta all'organizzazione internazionale - risulta tuttavia più difficile oggi che in passato per uno Stato, agendo *uti singuli*, concretizzare tale pulsione. L'alternativa concreta per gli Stati potrebbe, in linea teorica, essere quella di agire non più singolarmente, ma in gruppo, magari coeso, quale quello costituito da Stati che appartengono alla stessa regione, come sembrerebbe confermare il grande sviluppo della cooperazione regionale organizzata. In tal caso però non ci si troverebbe più di fronte all'alternativa fra sovranità ceduta all'organizzazione internazionale, magari a carattere universale (come la CPI) e sovranità trattenuta all'interno del singolo Stato, quanto piuttosto sovranità messa in comune a livello universale oppure a livello regionale. Come si percepisce immediatamente, tuttavia, rimane da verificare se e quando quella indicata possa rappresentare una risposta a tale impulso degli Stati.

⁶⁶ La comunicazione dell'adesione della Malesia, effettuata dal Segretario generale dell'ONU, si trova anche sul sito delle Nazioni unite.

⁶⁷ I.C.C., *Statement of the President of the Assembly cit.*

È questa la chiave di lettura che si propone per esaminare la reazione dell'Unione africana all'azione della Corte penale internazionale nei confronti di alcuni *leader* africani in carica.

3.1. Il tentativo di reagire con gli strumenti forniti dallo Statuto di Roma

Il mutamento di condotta dei Paesi africani nei confronti della Corte penale internazionale risulta *ictu oculi* dalla lettura dei documenti adottati nel tempo dall'Organizzazione dell'unità africana (OUA) prima e dall'organizzazione succedutale, l'Unione africana, successivamente.

Il *favor* con cui era stata accompagnata in Africa la nascita della CPI si evince già dalla dichiarazione approvata in occasione della prima Conferenza ministeriale dell'OUA sui diritti umani, nella quale si chiedeva agli Stati africani che non lo avessero ancora fatto di procedere alla ratifica dello Statuto di Roma⁶⁸, adottato pochi mesi prima. Quando però vennero avviate innanzi alla Corte penale internazionale procedure nei confronti dei *senior State officials* africani in carica da parte della, l'Unione africana cominciò a rivedere la propria posizione nei confronti della stessa CPI⁶⁹, con un'*escalation* che emerge chiaramente dalla lettura dei documenti ufficiali dell'organizzazione.

3.1.1 Le opzioni portate avanti dall'UA: il ricorso agli artt. 16, 98 e 121 e ss.

Nello specifico la reazione dell'UA riguardava nell'ordine il mandato d'arresto spiccato dalla Corte per crimini di guerra e crimini contro l'umanità nei confronti del Presidente sudanese Omar Al Bashir⁷⁰ e le indagini aperte nei confronti di Presidente e vice-Presidente kenioti⁷¹.

⁶⁸ V. First OAU Ministerial Conference on Human Rights, Grand Bay (Mauritius) Declaration and Plan of Action, 1999, § 13 lett. m.

⁶⁹ Sul tema v., *ex plurimis*, K. MILLS, Bashir is Dividing Us, op. cit.; J.A. OKOTH, Kenya and Sudan: The two Cases that shaped Africa's Criticism towards the ICC, in ISPI online papers, 28 marzo 2017.

⁷⁰ Si tratta del primo utilizzo da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite dei poteri attribuitigli dall'art. 13, lett. b) dello Statuto di Roma. In data 31 marzo 2005, il Consiglio di Sicurezza adottò la Risoluzione 1593 (2005) con cui segnalava al Procuratore che in Darfur alcuni dei crimini di cui all'art. 5 dello Statuto di Roma (e nello specifico appunto genocidio, crimini di guerra e crimini contro l'umanità) apparivano essere stati commessi. Il testo integrale della Risoluzione si può trovare anche sul sito delle Nazioni unite. Le informazioni sulla situazione relativa al Darfur si trovano *in primis* negli atti processuali della Corte. Nella dottrina italiana, sulla vicenda relativa al Presidente sudanese Al Bashir v., *inter alios*, R. CADIN, *Il caso paradigmatico del Sudan, crocevia tra pace e giustizia all'alba del XXI secolo*, in *Federalismi.it*, n.3/2011.

⁷¹ V. *supra*, paragrafo dedicato al Kenya.

I principali atti formali in cui si concretizzò tale reazione furono *in primis* la Decisione 245(XIII) del 3 luglio 2009⁷² e la specifica “Decisione sulla relazione dell’Africa con la Corte penale internazionale (CPI)” del 13 ottobre 2013⁷³, entrambe adottate dall’Assemblea dell’Unione⁷⁴.

In primo luogo in tali documenti veniva ribadito l’ “inflexibile impegno” dell’organizzazione regionale a combattere l’impunità nell’intero continente⁷⁵. Si sosteneva però che l’azione della CPI nei confronti dei *leader* africani avrebbe potuto rendere più difficile il processo di pace nei Paesi africani interessati⁷⁶. Nel secondo documento, peraltro, i toni divennero più aspri che nel primo: mentre nel più risalente ci si limitava ad esprimere “profonda” e “grave” preoccupazione per il mandato di arresto spiccato nei confronti di Al Bashir⁷⁷, nel più recente si parlava espressamente di “politicizzazione” ed “abuso” delle accuse mosse dalla CPI ai *leader* africani⁷⁸. Si affermava inoltre che l’operato della Corte poteva costituire una grave minaccia per la “sovranità, la stabilità e la pace” del Kenya e di altri Stati africani⁷⁹.

Oltre a queste dichiarazioni di principio, tuttavia, l’UA con tali decisioni adottò una rosa di misure, agendo su un triplice piano.

In primo luogo si mosse all’interno del perimetro normativo dello Statuto di Roma, facendo in particolare leva su due norme: l’art. 16 e l’art. 98.

La prima, come è noto, attribuisce al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite il potere di sospendere per dodici mesi, peraltro rinnovabili, qualsiasi indagine o procedimento penale iniziati dalla CPI. L’Unione africana avanzò esplicite richieste in tal senso al CdS sia per quanto riguarda Al Bashir⁸⁰ che in proposito dei *leader* kenioti⁸¹, con il dichiarato intento di giungere ad una sospensione che durasse sino al termine

⁷² V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session, 1-3 July 2009, Sirte, Great Socialist People’s Libyan Arab Jamahiriya, Dec.245(XIII).

⁷³ V. EXTRAORDINARY SESSION OF THE ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, 12 October 2013, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 1 (October 2013).

⁷⁴ La prima, tuttavia, in occasione di una sua sessione ordinaria, mentre la seconda nell’ambito di una sessione straordinaria convocata su impulso del Kenya e dedicata essenzialmente ad esaminare le relazioni fra Africa e Corte penale internazionale. Si ricorda che Ai sensi della regola n. 11, comma 1 delle Regole di procedura dell’Assemblea dell’Unione africana, per convocare una sessione straordinaria è necessaria la maggioranza dei due terzi degli Stati membri.

⁷⁵ V. rispettivamente ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 4 e EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, § 2.

⁷⁶ V. rispettivamente ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 3 e EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, § 7.

⁷⁷ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 2.

⁷⁸ V. EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, § 4.

⁷⁹ *Ibid.*, § 5.

⁸⁰ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 9.

⁸¹ In tal caso, peraltro, l’Assemblea non si limitò a formulare una richiesta al Consiglio di sicurezza affinché adottasse una risoluzione per sospendere il procedimento nei confronti di Kenyatta e Ruto (come avvenuto per Al Bashir), ma decise che il Kenya stesso avrebbe dovuto formulare una richiesta in tal senso e che tale richiesta avrebbe dovuto essere appoggiata da tutti gli Stati membri africani. Prese inoltre altre tre decisioni. In primo luogo

dei loro rispettivi mandati⁸². L'obiettivo era insomma quello di impedire, mediante tale istituto, che la Corte portasse avanti le azioni nei confronti dei *senior State officials* in carica, congelando la sua azione sino a quando essi non fossero decaduti dalla carica.

L'altro argomento avanzato dall'Assemblea concerneva l'immunità degli organi di vertice di uno Stato. Immunità che in virtù della sua interpretazione dell'art. 98, comma 1, dello Statuto di Roma avrebbe imposto ai suoi Stati membri di non cooperare nell'arresto e consegna alla Corte di Al Bashir⁸³. Tale immunità sarebbe garantita da principi di diritto internazionale consuetudinario (oltre che da norme di diritto interno dei singoli Stati) ed impedirebbe a qualsiasi tribunale internazionale di iniziare o continuare un procedimento nei confronti del Capo di Stato o di governo di uno Stato appartenente all'Unione africana, onde “salvaguardare l'ordine costituzionale, la stabilità e l'integrità degli Stati membri”⁸⁴.

L'UA decise inoltre di agire per giungere ad una modifica delle norme dello Statuto stesso, anche attraverso una limitazione dei poteri di iniziare *motu proprio* un'indagine attribuiti al Procuratore dall'art. 15 dello Statuto⁸⁵, dettando agli Stati africani una chiara linea da tenere in occasione della prevista conferenza di revisione dello Statuto di Roma⁸⁶.

si espresse per la creazione un gruppo di contatto fra l'UA ed i membri del CdS (in particolare quelli permanenti) anche per ottenere un tempestivo *feedback* sulla sospensione dei procedimenti relativi a Kenyatta, Ruto e Al Bashir. In secondo luogo chiese formalmente alla CPI di rinviare il processo nei confronti di Kenyatta e di sospendere il procedimento nei confronti di Ruto sino al momento in cui il CdS non avesse preso in considerazione la richiesta di rinvio *ex art.* 16 inoltrata dal Kenya. Infine, decise che Kenyatta non sarebbe dovuto comparire innanzi alla Corte sino a quando la stessa Corte ed il Cds non avessero tenuto in debito conto delle preoccupazioni avanzate dall'UA e dai suoi Stati membri; cfr. EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, § 10.

⁸² *Ibid.*, § 10 ii).

⁸³ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 10. La richiesta della Corte sarebbe infatti stata presentata in violazione di tale norma, ai sensi della quale “*La Corte non può presentare una richiesta di assistenza che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli incombono in diritto internazionale in materia... d'immunità diplomatica di una persona*”. Sul tema in generale v. *inter alios* J. P. PIERINI, *Il rispetto delle immunità e degli accordi che richiedono il consenso del Sending State nella cooperazione della Corte*, in G. LATTANZI - V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, pp. 447 ss. e M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra Stati e Tribunali penali internazionali*, Bari, 2012. Per quanto concerne nello specifico il caso di Al Bashir v. P. GAETA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, pp. 315 ss.; F. STAIANO, *Immunità dei Capi di Stato ed obblighi di cooperazione con la Corte Penale Internazionale: il caso Al Bashir alla luce del diritto internazionale*, in *Federalismi.it – Focus Africa*, n.1/2017.

⁸⁴ V. EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, §§ 9 e 10 i).

⁸⁵ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 11.

⁸⁶ “*The Assembly... REQUESTS the Commission to convene a preparatory meeting of African States Parties at expert and ministerial levels (Foreign Affairs and Justice) but open to other Member States at the end of 2009 to prepare fully for the Review Conference of States Parties scheduled for Kampala, Uganda in May 2010, to address among others, the following issues:*

i.) *Article 13 of the Rome Statute granting power to the UN Security Council to refer cases to the ICC;*

ii.) *Article 16 of the Rome Statute granting power to the UN Security Council to defer cases for one (1) year;*

iii.) *Procedures of the ICC;*

iv.) *Clarification on the Immunities of officials whose States are not party to the Statute;*

v.) *Comparative analysis of the implications of the practical application of Articles 27 and 98 of the Rome Statute;*

vi.) *The possibility of obtaining regional inputs in the process of assessing the evidence collected and in determining whether or not to proceed with prosecution; particularly against senior state officials; and*

Infine l'Assemblea, in occasione della sua sessione straordinaria, prese in considerazione la possibilità di estendere la competenza della Corte africana dei diritti umani e dei popoli ai crimini internazionali⁸⁷, in applicazione del principio affermato nella decisione precedente, secondo il quale la repressione giudiziale dei crimini internazionali commessi sul suolo africano sarebbe dovuta avvenire in Africa⁸⁸.

Nel valutare gli effetti delle decisioni adottate dall'Unione africana in reazione all'apertura da parte della CPI di procedimenti nei confronti di capi di Stato africani ed altri *senior State officials* in carica (nello specifico il Presidente sudanese Al Bashir ed il Presidente keniota Kenyatta ed il suo vice Ruto) bisogna, ovviamente, distinguere quelli sugli Stati africani da quelli sulla comunità internazionale nel suo complesso. È innegabile che le richieste dell'Unione non abbiano trovato una accoglienza molto favorevole nella comunità internazionale *at large, in primis* presso il Cds della Nazioni unite e la stessa Corte penale internazionale. Il primo continuò ad ignorare la richiesta di adottare la risoluzione di sospensione di cui al summenzionato art. 16⁸⁹, sebbene la richiesta fosse ulteriormente reiterata dall'Assemblea dell'Unione⁹⁰. La Camera d'appello della CPI, da parte sua, stabilì che la Camera Preliminare avrebbe dovuto estendere il mandato di arresto nei confronti di Al Bashir anche al crimine di genocidio⁹¹.

Diverso è stato il giudizio da parte degli Stati africani. Questi ultimi, infatti, hanno sostanzialmente applicato in modo compatto tali decisioni, anche se non sempre erano state condivise da tutti. Particolarmente significativo è quanto accaduto a proposito del mandato di arresto spiccato nei confronti

vii.) *Any other areas of concern to African States Parties.*”; *Ibid.*, § 8. Certa dottrina evidenzia come l'emendamento più discusso sia quello che propone di modificare l'art. 16 dello Statuto di Roma attribuendo all'Assemblea generale delle Nazioni unite il potere di sospendere le indagini o l'esercizio dell'azione penale in caso di mancata azione da parte del CdS in presenza di una richiesta di sospensione da parte di uno Stato; cfr. T. REINOLD, *Constitutionalization? Whose constitutionalization? Africa's ambivalent engagement with the International Criminal Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, p. 1091. Sull'emendamento proposto all'art. 16 v. in particolare l'approfondito studio di D. AKANDE - M. DU PLESSIS - C. CHEMOR JALLOH, *An African Expert Study on the African Union Concerns About Article 16 of the Rome Statute of the ICC*, Institute for Security Studies, Tshwane (Pretoria), 2010. Sebbene tale questione sia effettivamente di un certo rilievo, non pare doversi trascurare la portata di tutte le altre (quale ad esempio il chiarimento sul combinato disposto degli artt. 27 e 98).

⁸⁷ V. EXTRAORDINARY SESSION *cit.*, § 10 iv) e v). Sul tema v. *amplius infra*.

⁸⁸ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* § 5.

⁸⁹ In realtà il CdS era sin dalla prima richiesta spaccato, in quanto alla sospensione si opponevano sostanzialmente gli Stati sviluppati ed occidentali; cfr. D. AKANDE - M. DU PLESSIS - C. CHEMOR JALLOH, *An African Expert Study, op. cit.*, pp. 10 e 11.

⁹⁰ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Fourteenth Ordinary Session, 31 January – 2 February 2010, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec.270(XIV), § 10.

⁹¹ A tale decisione fu dato puntualmente seguito il 12 luglio 2010, quando venne spiccato un secondo mandato d'arresto nei confronti del Presidente sudanese, il quale divenne così la prima persona ad essere ricercata in quanto formalmente accusata di genocidio dalla CPI. Tali informazioni si estraggono *in primis* dagli atti della procedura relativi al caso Al-Bashir, che si trovano anche sul sito della stessa CPI e più precisamente all'indirizzo: <https://www.icc-cpi.int/darfur>, visitato il 30 dicembre 2018

di Al Bashir. La decisione presa dall'Assemblea dell'UA nel 2009, secondo cui i suoi Stati membri non avrebbero dovuto cooperare nell'arresto e consegna del Capo di Stato sudanese alla CPI⁹², aveva in un primo momento destato molte perplessità fra gli Stati africani⁹³, come conferma l'assenza dell'unanimità nell'adozione della delibera⁹⁴. Nella sintesi di un diplomatico africano: “*Bashir is dividing us*”⁹⁵. In un primo tempo, effettivamente, tale divisione parve avere effetti concreti, tanto che nel luglio del 2010 il Presidente sudanese non si recò in Uganda per partecipare alla quindicesima sessione ordinaria dell'Assemblea dell'Unione africana⁹⁶. Alcuni giorni prima del vertice dell'UA, tuttavia, per la prima volta dal momento in cui la CPI aveva spiccato un mandato d'arresto nei suoi confronti, Al Bashir andò in uno Stato parte allo Statuto di Roma, il Ciad, senza essere arrestato dalle autorità di tale Paese⁹⁷, che pur si esponeva così ad una violazione dei suoi obblighi derivanti dal trattato medesimo⁹⁸. Successivamente, nonostante la lettura ottimistica di certi commentatori⁹⁹, la prassi di non eseguire il mandato d'arresto spiccato dalla Corte nei confronti di Al Bashir, iniziata dal Ciad e proseguita dal Kenya, è stata, sino ad oggi, costantemente¹⁰⁰ seguita da tutti gli Stati africani parte allo Statuto di Roma sul cui territorio si sia recato

⁹² V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Dec.245(XIII) *cit.*, § 10.

⁹³ Così ad esempio il Botswana, il Benin, il Sudafrica, l'Uganda, il Kenya ed il Ciad (v. AMNESTY INTERNATIONAL, *International Criminal Court – The Contribution Africa can make to the Review Conference*, Amnesty International Publications, Londra, 2009, p. 10).

⁹⁴ Mancando il voto favorevole del Ciad. Vi è chi sostiene che il sostegno alla decisione sia stato meno ampio di quel che sembra *prima facie*, se si tiene conto del comportamento tenuto da Gheddafi in tale occasione; cfr. D. GREENBERG, *African Union Declaration Against the ICC Not What it Seems*, in *Foreign Policy In Focus*, 6 agosto 2009.

⁹⁵ V. Sudan Tribune, 29 luglio 2010.

⁹⁶ La giustificazione ufficiale dell'assenza fu tuttavia che questa era stata la risposta all'assenza del Presidente ugandese alla sua inaugurazione. In tale occasione, peraltro, l'UA ribadì espressamente la sua decisione secondo cui i suoi Stati membri non avrebbero dovuto cooperare con la CPI nell'arresto e consegna del Presidente sudanese; cfr. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, *Fifteenth Ordinary Session, 25-27 July 2010, Kampala, Uganda*, Dec.296(XV), § 5.

⁹⁷ L'evento è particolarmente significativo in quanto il Ciad, nel 2009, era stato fra i Paesi che avevano mostrato maggior dissenso rispetto alla decisione dell'UA di non cooperazione fra Stati africani e CPI nel caso Al-Bashir (anche se, non bisogna trascurare il fatto che, medio tempore le relazioni diplomatiche fra Ciad e Sudan si erano normalizzate).

⁹⁸ In tal senso v., *inter alios*, K. MILLS, *Bashir is Dividing Us*, *op. cit.*, p. 423. Sul tema v. comunque *amplius infra*.

⁹⁹ I quali avevano definito quanto accaduto in Ciad e in Kenya una “*small*” o “*minor victory*” per Al Bashir; cfr. K. MILLS, *Bashir is Dividing Us*, *op. cit.*, p. 423

¹⁰⁰ Sebbene in un'occasione successiva - a seguito di una comunicazione ufficiale con cui la CPI ricordava al Kenya il suo obbligo di arrestare Al Bashir, chiedendo altresì di essere informata di ogni impedimento nel compiere tale azione qualora il Presidente sudanese si fosse recato nuovamente in Kenya - la sede di un vertice dell'IGAD venne trasferita da quest'ultimo ad uno Stato non parte allo Statuto di Roma, l'Etiopia.

il Presidente del Sudan¹⁰¹. Recentemente tale prassi ha cominciato a diffondersi anche fra gli Stati parte al Trattato di Roma extra-africani¹⁰².

La reazione costante della CPI a tali comportamenti degli Stati parte è stata quella di deferirli al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ed all'Assemblea degli Stati parte allo Statuto di Roma¹⁰³ “affinché adottassero ogni misura ritenuta appropriata”¹⁰⁴. L'Assemblea degli Stati membri della CPI, agendo ai sensi dell'art. 112, comma 2 lett. f) dello Statuto di Roma, adottava le procedure di mancata cooperazione¹⁰⁵. Opposta era invece la reazione dell'Unione africana, che approvava la scelta degli Stati

¹⁰¹ Nello specifico, si sono comportati in tal modo Gibuti, Malawi, Repubblica democratica del Congo, Uganda, Sudafrica e Ruanda; v. i Rapporti del Procuratore al CdS. Il testo integrale di tali documenti si trova anche sul sito della CPI.

¹⁰² Nello specifico, nel 2017 il Regno di Giordania non ha arrestato di Al Bashir quando questi si è recato ad Amman al fine di partecipare al ventottesimo vertice della Lega araba, nonostante una comunicazione ufficiale con cui la CPI rinnovava al suddetto Stato parte la richiesta di procedere all'arresto immediato ed alla consegna del Presidente sudanese; cfr. I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Report of the Registry on information received regarding Omar Al Bashir's potential travel to the Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ICC-02/05-01/09, 24 marzo 2017.

¹⁰³ Con la sola eccezione del Sudafrica; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The 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*, Case No. ICC-02/05-01/09, 6 luglio 2017.

¹⁰⁴ I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to the Republic of Chad*, Case No. ICC-02/05-01/09, 27 agosto 2010; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's presence in the territory of the Republic of Kenya*, Case No. ICC-02/05-01/09, 27 agosto 2010; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision informing the United Nations Security Council and the Assembly of the States Parties to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti*, Case No. ICC-02/05-01/09, 12 maggio 2011; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Corrigendum to the Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, 13 dicembre 2011; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The 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*, Case No. ICC-02/05-01/09, 13 dicembre 2011; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, 26 marzo 2013; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The 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*, Case No. ICC-02/05-01/09, 9 aprile 2014; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir: Decision on the non-compliance of 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*, Case No. ICC-02/05-01/09, 11 luglio 2016; I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of The 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 of Omar Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09, 11 dicembre 2017.

¹⁰⁵ V. Allegato alla Risoluzione ICC-ASP/10/Res.5 del 21/12/2011, pp. 38 ss.

africani di non cooperare con la CPI nell'arresto di Al Bashir¹⁰⁶, sottolineando come tale comportamento costituisca l'applicazione di numerose sue decisioni¹⁰⁷, da continuare a rispettare¹⁰⁸, e favorisse la pace e la stabilità in Africa. Si rammaricava inoltre della scelta della CPI di reagire a tale *modus operandi* degli Stati africani deferendoli al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ed all'Assemblea degli Stati parte allo Statuto di Roma¹⁰⁹.

La strategia dell'Unione africana di non cooperare con la Corte a proposito dell'arresto di Al Bashir ha indubbiamente dato qualche frutto. È infatti innegabile che, ancora oggi, pur essendo trascorsi quasi dieci anni dal primo mandato d'arresto spiccato dalla CPI nei confronti del Presidente sudanese (e più di otto da quello per genocidio), nessuno dei due è stato eseguito e Al Bashir non è ancora nella custodia della Corte¹¹⁰. *Medio tempore* egli si è recato varie volte non solo in Stati che non hanno ratificato lo Statuto di Roma¹¹¹ ma anche in Stati parte allo stesso (principalmente africani, ma in un caso, la Giordania, anche non africani) senza mai essere arrestato¹¹². Pertanto, poiché a norma dello Statuto di Roma la Corte non può giudicare in contumacia, la decisione presa dall'Unione africana e l'atteggiamento di non cooperazione con la CPI conseguentemente tenuto dagli Stati africani hanno sostanzialmente paralizzato la Corte stessa, impedendole di andare oltre lo stadio preliminare nel caso Al Bashir. Ciò anche perché il Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite – che pur aveva dato inizio alle indagini, segnalando al Procuratore quanto accaduto in Darfur, agendo in virtù dei poteri conferitigli dall'art. 13 lett. b) dello Statuto di Roma- non ha mai adottato misure concrete a seguito delle segnalazioni effettuate dalla Camera

¹⁰⁶ ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Fourth Ordinary Session *cit.* § 18; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Sixth Ordinary Session *cit.* § 3.

¹⁰⁷ *Ibid.* § 5; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Eighteenth Ordinary Session, 29-30 January 2012, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 397 (XVIII), § 7; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Sixth Ordinary Session, 30-31 January 2016, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 590 (XXVI), § 3. Il testo integrale di queste decisioni si può trovare anche sul sito dell'Unione africana.

¹⁰⁸ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Eighteenth Ordinary Session *cit.* § 8; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Fourth Ordinary Session, 30-31 January 2015, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 547 (XXIV), § 19; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Sixth Ordinary Session *cit.* § 4; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Eighth Ordinary Session, 30-31 January 2017, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 622 (XXVIII), § 2 iii); ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 2 iii).

¹⁰⁹ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Sixteenth Ordinary Session, 30-31 January 2011, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 334 (XVI), § 4.

¹¹⁰ Come ricorda la stessa CPI; v. il sito internet della Corte. Il dato è riferito al 13 aprile 2019, anche se quanto sta accadendo in Sudan in questi ultimi giorni, con la caduta di Al Bashir, potrebbero mutare radicalmente il quadro.

¹¹¹ Fra cui, per menzionare solo quelli visitati più recentemente, oltre a Stati africani come Etiopia, Mauritania, Guinea equatoriale Sud Sudan o Egitto vi sono anche Stati non africani quali Russia, Cina, Turchia o Arabia Saudita.

¹¹² V. i Rapporti del Procuratore al CdS.

preliminare¹¹³, nonostante le espressioni di sostegno alla Corte di molti dei suoi membri. In compenso, tuttavia, il CdS non ha neppure mai accolto le reiterate richieste avanzate dall'Unione africana, dai membri africani del Consiglio stesso e da singoli Stati africani di fare uso dei poteri attribuitigli dall'art. 16 dello Statuto di Roma per imporre alla CPI la sospensione delle indagini o dell'azione penale nei confronti di Al Bashir¹¹⁴, nonostante il disappunto espresso più volte dalla stessa UA¹¹⁵.

Il rifiuto degli Stati parte allo Statuto di Roma di cooperare con la Corte parrebbe costituire una violazione delle obbligazioni su di essi incombenti ai sensi degli artt. 86 ss. dello Statuto stesso¹¹⁶. Non è però di questo avviso l'Unione africana, secondo cui la norma di cui all'art. 98, comma 1 renderebbe lecita la decisione degli Stati membri di rifiutarsi di arrestare e consegnare alla Corte i Capi di Stato in carica dei Paesi africani non parte allo Statuto di Roma nei cui confronti sia stato spiccato un mandato d'arresto dalla stessa CPI, trattandosi di soggetti cui il diritto internazionale consuetudinario riconosce immunità, essendo questo nello specifico il caso del Presidente sudanese Al Bashir¹¹⁷. L'UA, che sta altresì cercando di giungere ad una richiesta di parere alla Corte internazionale di giustizia sulla questione¹¹⁸, si è rivolta agli Stati africani - in particolare a quelli parte allo Statuto di Roma - affinché si opponessero ad altre interpretazioni¹¹⁹, chiedendo loro anche di farsi parte diligente presso l'Assemblea degli Stati membri della CPI al fine di promuovere la convocazione di un gruppo di esperti per proporre un'interpretazione che chiarisca il rapporto fra gli artt. 27 e 98 dello Statuto di Roma e, più in generale in relazione alle "obbligazioni conflittuali" degli Stati parte a cooperare con la Corte¹²⁰.

Non è questa la sede per un'esame approfondito della questione, la quale meriterebbe uno studio *ad hoc*. Qui ci si limita a rilevare che la tesi dell'Unione africana, la quale pur sembra trovare il conforto di certa

¹¹³ Come rilevano anche E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship, op. cit.*, p. 23.

¹¹⁴ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Eighteenth Ordinary Session *cit.* §§ 3 e 4; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Nineteenth Ordinary Session, 15-16 July 2012, Addis Ababa, ETHIOPIA, Dec. 419 (XIX), § 4; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Second Ordinary Session *cit.* § 8; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Fourth Ordinary Session *cit.* §§ 3 e 17 d) ed e); ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Sixth Ordinary Session *cit.* § 2 ii) e iii); ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Eight Ordinary Session *cit.* § 2 ii); ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 2 ii).

¹¹⁵ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Second Ordinary Session *cit.* §§ 6 e 7 e Twenty-Sixth Ordinary Session *cit.* § 8.

¹¹⁶ Sulla cooperazione fra Stati e Tribunali penali internazionali v. M. CASTELLANETA, *La cooperazione tra Stati e Tribunali penali internazionali*, Bari, 2012.

¹¹⁷ V. *inter alios* ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Eighteenth Ordinary Session *cit.* § 6; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 3 i).

¹¹⁸ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Eighteenth Ordinary Session *cit.* § 10 e Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 5 ii); UNGA, 73rd 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, A/73/144 e Agenda of the seventy-third session of the General Assembly Adopted by the General Assembly at its 3rd plenary meeting, on 21 September 2018 - A/73/251.

¹¹⁹ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 3 i).

¹²⁰ *Ibid.* § 5 i).

dottrina, perlomeno nella misura in cui il soggetto coperto da immunità riveste la sua carica in uno Stato non parte¹²¹, non ha trovato tuttavia accoglienza nella giurisprudenza della stessa Corte penale internazionale, la quale invero, ai sensi dell'art. 119 dello Statuto di Roma, è l'unico soggetto legittimato a decidere dell'esistenza o meno di immunità in un caso sottoposto. La CPI ha infatti costantemente ritenuto che non sussista alcuna immunità per i capi di Stato sospettati di aver commesso un crimine di competenza della Corte stessa¹²², causando così la “profonda preoccupazione” dell'Unione africana¹²³. L'immunità dei Capi di Stato e più in generale dei *senior State officials* in carica rimane ciononostante un cardine della politica dell'UA, a tal punto che ha deciso di rivedere i suoi accordi standard sull'ospitare i suoi vertici ed altri incontri di alto livello al fine di garantirla¹²⁴.

Il sostanziale mancato accoglimento delle istanze provenienti dall'UA da parte della comunità internazionale¹²⁵ ha causato un'ulteriore *escalation* nell'atteggiamento assunto dall'Unione stessa nei confronti della CPI, che sembra assumere un carattere di particolare gravità.

3.1.2. *L'extrema ratio*: la “ICC Withdrawal Strategy”, ovvero verso un ricorso collettivo all'art. 127 dello Statuto di Roma?

La maggiore forza della reazione dell'Unione africana nei confronti della CPI emerse in particolare dalla decisione di adottare, nel gennaio 2017, la “ICC Withdrawal Strategy”¹²⁶ (o, in lingua italiana, strategia di recesso dalla CPI), qualificando le notifiche di recesso di Burundi, Sudafrica e Gambia come prodromi

¹²¹ V. *ex plurimis* P. GAETA, *Official Capacity and Immunities*, in A. CASSESE - P. GAETA - J.R.W.D JONES (a cura di), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Vol. I, Oxford, 2002, pp. 992-995; I. INGRAVALLO, *The Relationship Between the African States and the International Criminal Court: Immunity or Impunity?*, in G. CELLAMARE - I. INGRAVALLO (a cura di), *Peace Maintenance in Africa*, Cham, 2018, pp. 179-183. *Contra*, fra gli altri, C. MURUNGU, *Immunity of State officials and the prosecution of international crimes*, in C. MURUNGU - G. BIEGON (a cura di), *Prosecuting international law in Africa*, Pretoria, 2011, pp. 33 ss.

¹²² V. in particolare le decisioni adottate dalle Camere preliminari sulla mancata esecuzione della richiesta della Corte in relazione all'arresto ed alla consegna di Al Bashir da parte di vari Stati membri della CPI. Il testo integrale di tali decisioni si trova anche sul sito della CPI. Sul profilo qui menzionato sono di particolare interesse le decisioni relative all'inadempimento del Malawi e del Sudafrica. Tale giurisprudenza è stata peraltro oggetto di critiche, anche severe, da parte della dottrina, che l'ha accusata di non essere fondata su una solida base di ragionamento e di non essere convincente; cfr. I. INGRAVALLO, *The Relationship*, *op. cit.*, pp. 181 e 182.

¹²³ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 3 i).

¹²⁴ *Ibid.* § 5 iii).

¹²⁵ Come peraltro ulteriormente dimostrato anche per quanto concerne le proposte africane di riforma dello Statuto di Roma, nonostante una certa comunità di intenti degli Stati africani, molto apprezzata dall'Unione; cfr. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Second Ordinary Session *cit.* § 3.

¹²⁶ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Eight Ordinary Session *cit.* § 8. Già in occasione della ventiduesima sessione ordinaria, l'Assemblea dell'UA si era invero riservata il diritto di prendere ogni ulteriore misura o decisione eventualmente necessaria per preservare e salvaguardare la pace, la sicurezza e la stabilità, nonché la dignità, la sovranità e l'integrità del continente africano (cfr. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Second Ordinary Session *cit.* § 9), dichiarazione che lascia aperta ogni possibilità, ivi compresa quella di un recesso di massa; così anche F. BOHEME, *Exit, voice and loyalty: state rhetoric about the International Criminal Court*, in *The International Journal of Human Rights*, 2017, p. 423.

di tale strategia¹²⁷. Si definiva così l'idea di un recesso di massa degli Stati africani, di fronte al mancato accoglimento delle istanze provenienti dall'Unione.

Tale decisione ha tuttavia un rilievo prettamente politico più che propriamente giuridico. Come già cennato *supra* l'art. 127, comma 1 dello Statuto di Roma prevede esplicitamente che ogni singolo Stato parte possa recedere dallo Statuto stesso. Il rilievo di tale norma può essere apprezzato al meglio ricordando come la norma generale in materia di recesso dai trattati internazionali - contenuta all'art. 42, comma 2 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati - imponga che il recesso da un trattato avvenga esclusivamente in applicazione delle norme del trattato stesso da cui si intende recedere (nonché della stessa Convenzione di Vienna). Alla luce di tali disposizioni pare pertanto di potersi agevolmente concludere che, ai sensi del diritto internazionale, il recesso dallo Statuto di Roma si configura necessariamente quale atto unilaterale del singolo Stato parte. Dell'assenza di norme giuridiche internazionali che prevedano la possibilità di un recesso collettivo è consapevole la stessa Unione africana¹²⁸ la quale, infatti, opportunamente qualifica quanto previsto nella *Withdrawal Strategy* come “raccomandazioni”, limitandosi ad incitare i suoi Stati membri affinché ne prendano in considerazione l'esecuzione¹²⁹. La prospettiva di un recesso collettivo diventa ancor più remota se si considera come durante il dibattito in seno alla succitata ventottesima sessione ordinaria dell'Assemblea dell'UA siano emerse profonde divisioni sul punto fra gli Stati africani, concretizzatesi nella presentazione di riserve formali alla decisione¹³⁰.

Sotto un altro profilo giova ricordare come gli effetti giuridici del recesso, anche del singolo Stato, siano comunque limitati *ratione temporis*. In virtù del secondo comma dell'art. 127 dello Statuto di Roma, infatti, essi non possono essere retroattivi. Si tratta peraltro di un'applicazione del principio generale in base al quale le obbligazioni di uno Stato che discendono da un trattato e che sono in vigore al momento del recesso dello Stato stesso dal trattato rimangono in vigore e non sono pregiudicate dal recesso medesimo. L'art. 127, comma 2, tuttavia, precisa in particolare che non viene meno l'obbligo dello Stato recedente

¹²⁷ I tre suddetti Stati furono infatti definiti “*pioneer implementers of the Withdrawal Strategy*”; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Eight Ordinary Session *cit.*, § 8.

¹²⁸ “*Further research on the idea of collective withdrawal, a concept that has not yet been recognized by international law, is required in order to seek out additional guidance regarding the potential emergence of a new norm of customary international law*”; AFRICAN UNION, Withdrawal Strategy Document – Draft 2 del 12 gennaio 2017. È peraltro il caso di ricordare che l'Unione africana in quanto tale non è parte dello Statuto di Roma, mentre un certo numero dei suoi Stati membri lo sono.

¹²⁹ ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Eight Ordinary Session *cit.* § 8.

¹³⁰ Nigeria, Senegal e Capo Verde hanno espresso una riserva formale alla decisione adottata dalla suddetta Assemblea, e la Liberia l'ha fatto in relazione al paragrafo con cui veniva adottata la “*ICC Withdrawal Strategy*”, mentre altri Paesi (quali Malawi, Tanzania, Tunisia e Zambia) hanno richiesto un periodo di tempo per poterla studiare ed altri ancora hanno manifestato espressamente il loro sostegno alla Corte; cfr. M. PROCOPIO, Reforms or Withdrawal? The Evolving Mosaic of Africa's ICC Strategies, in ISPI online papers, 28 marzo 2017.

di cooperare con la CPI nell'ambito di inchieste e procedure penali cominciate prima del momento in cui il recesso è diventato effettivo e che la Corte può continuare ad esaminare ogni questione di cui era stata investita prima di tale data. Se si applicasse tale principio alla fattispecie che ha rappresentato uno dei principali motivi di contrasto fra la CPI e gli Stati africani ne conseguirebbe che anche gli Stati i quali decidessero, nell'ambito di un'azione collettiva o individuale, di recedere dallo Statuto di Roma continuerebbero in ogni caso ad essere obbligati a cooperare con la Corte per quanto concerne l'arresto e la consegna di Al Bashir.

Se pertanto la portata giuridica dell'adozione della strategia di recesso collettivo da parte dell'UA non deve essere sopravvalutata, anche sul piano politico essa deve essere apprezzata *cum grano salis*. Non appare peregrino sostenere che la *Withdrawal Strategy* dell'Unione non abbia quale reale obiettivo finale il recesso collettivo degli Stati africani dalla Corte penale internazionale¹³¹, ma piuttosto quello di esercitare una pressione che induca la CPI a modificare la propria linea di condotta nei confronti degli Stati africani. Nella stessa ipotesi di un effettivo recesso *en masse*, l'idea di fondo non sembra comunque di voler tornare allo *status quo ante* (ovvero ad un esercizio della giurisdizione penale internazionale lasciato alle buone intenzioni del singolo Stato) quanto piuttosto, eventualmente, ad un esercizio della giurisdizione penale internazionale diverso, ma pur sempre collettivo. Palesi indicazioni in tal senso sembrano infatti emergere, piuttosto chiaramente, dallo stesso documento sulla *Withdrawal Strategy*, in cui: si chiarisce che l'uscita di massa può indicare un tentativo di spostarsi da un vecchio equilibrio, che favorisce alcuni Stati e ne svantaggia altri, verso un nuovo equilibrio con una differente distribuzione; si indica quale obiettivo quello di riconfigurare radicalmente forme esistenti di cooperazione internazionale; si evidenzia, infine, come il recesso da un trattato possa dare più voce allo Stato recedente, attribuendogli un maggior potere di addivenire ad una riformulazione del trattato stesso in termini maggiormente rispondenti ai suoi interessi, ovvero di creare una "norma giuridica" o un' "istituzione" insieme ad altri Stati che condividano il suo punto di vista¹³².

Nonostante tutto questo, non bisogna trascurare che l'Unione africana costituisce la "voce" del continente né la sua autorità morale. Alla luce di ciò, la strategia di recesso deve essere considerata come

¹³¹ Vi è chi ha sostenuto senza mezzi termini che: "*Perhaps the most unfortunate aspect of the Strategy is its misleading title. It is difficult, if not impossible, to read it and conclude that it proposes a roadmap for states to withdraw en masse from the Court. It really should be called "ICC Reform Proposals" or something similar. However, is clear that certain states prefer to muddy the waters and perhaps even want the media and observers to dramatize the possibility of a mass withdrawal*"; M. KERSTEN, *Between Disdain and Cooperation*, *op. cit.*

¹³² AFRICAN UNION, *Withdrawal Strategy Document cit.*, p. 6 § 19.

uno strumento non trascurabile sul piano politico, che bene illustra le crescenti tensioni e criticismi nei confronti della CPI da parte degli Stati africani negli ultimi anni¹³³.

Sotto un altro profilo, è innegabile che, astrattamente, tale decisione dell'UA potrebbe effettivamente incentivare il recesso da parte degli Stati africani interessati a tale prospettiva, sapendo di poter contare sull'approvazione dell'organizzazione regionale.

3.2. La creazione di alternative regionali alla CPI: verso una africanizzazione della repressione giudiziale dei crimini internazionali?

Al di là degli effetti sul futuro della Corte penale internazionale, un eventuale recesso *en masse* degli Stati africani dal Trattato di Roma avrebbe come conseguenza quella di rendere più difficile la repressione dei crimini internazionali commessi nel continente africano. Il che contrasterebbe, fra l'altro, con l'“*unflinching commitment... to combating impunity... throughout the continent*” regolarmente ribadito ad ogni sessione dell'Assemblea dell'Unione africana.

Dichiarando di voler scongiurare tale rischio l'Assemblea stessa ha ipotizzato di creare un meccanismo giudiziale alternativo per la repressione dei crimini internazionali commessi nel continente africano. Come già illustrato *supra*, sin dalla prima sessione in cui l'UA cominciò a manifestare la sua preoccupazione per l'azione della CPI nei confronti dei *leader* africani venne indicato che il principio cardine cui attenersi era che il giudizio per i crimini internazionali commessi in Africa avrebbe dovuto essere reso nel continente medesimo¹³⁴, soluzione peraltro ampiamente condivisa¹³⁵. Una volta raggiunta questa convinzione sull'*an* restava tuttavia da decidere come agire concretamente, sul *quomodo*. A tale proposito sono due le ipotesi che sono state portate avanti.

La prima prevede una regionalizzazione, nel senso specifico di africanizzazione, della repressione giudiziale dei crimini internazionali commessi in Africa non attraverso la creazione *ex novo* di una Corte penale africana, quanto piuttosto mediante un ampliamento delle competenze della Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli (o, secondo il suo acronimo in lingua inglese AfCHPR).

¹³³ Questa opinione è piuttosto diffusa in dottrina. V. *inter alios* M. RONDREUX, *The International Criminal Court and Africa: Transcending Cleavages to Achieve Common Goals*, SAIIA Occasional Paper 274, Johannesburg, 2018, p. 5.

¹³⁴ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session *cit.* §§ 5 e 6.

¹³⁵ Così, parlando ai giornalisti in occasione della quindicesima sessione ordinaria dell'Assemblea dell'UA tenutasi a Kampala, in Uganda nel luglio 2010, l'allora *chairman* dell'organo, nonché Presidente del Malawi (Stato parte allo Statuto di Roma), Mutharika, ebbe occasione di affermare che Al Bashir non avrebbe potuto e non sarebbe stato giudicato al di fuori del continente africano. L'affermazione è riportata dal Sudan Tribune, 28 luglio 2010. In altra occasione fu la stessa Assemblea a dichiarare la sua approvazione per la richiesta di uno Stato membro, la Libia, di processare sul proprio territorio i suoi cittadini accusati di aver commesso crimini internazionali; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Nineteenth Ordinary Session *cit.* § 6.

La seconda, in compenso, prevede un'applicazione del fenomeno dei Tribunali misti o ibridi per risolvere singole situazioni, come dimostra l'ipotesi di creare di un Tribunale penale ibrido per il Darfur¹³⁶.

3.2.1 Il “*Malabo Protocol*”, ovvero la Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli come alternativa regionale alla CPI

La principale soluzione proposta dall'Unione africana quale alternativa sul piano regionale alla Corte penale internazionale per la repressione giudiziale dei crimini internazionali commessi in Africa, consiste, come si è detto, nell'ampliare le competenze della Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli, attribuendogliene anche in tale materia¹³⁷. A tal fine fu adottato il Protocollo sugli emendamenti al Protocollo sullo Statuto della Corte africana di giustizia e diritti umani¹³⁸, conosciuto anche come *Malabo Protocol* (o, in italiano, Protocollo di Malabo)¹³⁹. Detto Protocollo attribuisce alla Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli la giurisdizione anche in materia di crimini internazionali¹⁴⁰, dedicando alla materia una specifica terza sezione della Corte medesima¹⁴¹. Qualora esso entrasse in vigore, pertanto, prenderebbe vita una nuova forma, sino ad oggi inedita, di cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali: un tribunale penale internazionale regionale.

¹³⁶ V. *infra*, paragrafo 3.2.2.

¹³⁷ Già in occasione della succitata sessione straordinaria dell'Assemblea, tenutasi nell'ottobre 2013, era stato deciso di attribuire una corsia prioritaria all'estensione del mandato della Corte africana, onde coprire anche “i crimini internazionali, quali il genocidio, i crimini contro l'umanità ed i crimini di guerra”, invitando la Commissione ad accelerare tale processo e gli Stati membri a sostenerlo; cfr. EXTRAORDINARY SESSION OF THE ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION *cit.* § 10 iv) e v).

¹³⁸ Il Protocollo sullo Statuto della Corte africana di giustizia e diritti umani, adottato il primo luglio 2008 a Sharm-El-Sheikh (Egitto) aveva stabilito la fusione in un'unica Corte della Corte africana sui diritti umani e dei popoli e della Corte di giustizia dell'Unione africana; cfr. art. 2 del Protocollo. Tale Protocollo non è tuttavia entrato in vigore in quanto sebbene sia stato sottoscritto da ben trentadue Stati africani, solo sette lo hanno ratificato ed ai sensi del suo articolo 9 la sua entrata in vigore è prevista solo 30 giorni dopo il deposito del quindicesimo strumento di ratifica. Sull'argomento v., inter alios R. CADIN, “We have an African Dream”: sviluppi istituzionali e giurisprudenziali del sistema africano di protezione dei diritti umani e dei popoli, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n.3/2011.

¹³⁹ ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Third Ordinary Session, 26-27 June 2014, Malabo, EQUATORIAL GUINEA, Dec. 529 (XXIII), § 2 e). Per un approfondimento sul Protocollo di Malabo v., inter alios, il completo recente lavoro di G. WERLE - M. VORBAUM, *The African Criminal Court - A Commentary on the Malabo Protocol*, L'Aja, 2017.

¹⁴⁰ V. art. 3, comma 1 del Protocollo. Il testo integrale del Protocollo si può trovare anche su Internet, in particolare nel sito dell'Unione africana all'indirizzo, visitato il 30 gennaio 2019.

¹⁴¹ Questa sezione si va ad aggiungere alle due originariamente previste (le quali concernono rispettivamente gli affari generali ed i diritti umani e dei popoli; cfr. art. 16, comma 1 dello Statuto della Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli, allegato al Protocollo). In origine, infatti, la Corte africana di giustizia e diritti umani non aveva competenza in materia penale. La struttura tripartita è dovuta a preoccupazioni di carattere finanziario ed al desiderio di evitare il proliferare delle istituzioni.

Lo Statuto della Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli, allegato al Protocollo, detta altresì la composizione, i poteri le funzioni¹⁴² della sezione di diritto penale internazionale e le regole della procedura innanzi ad essa¹⁴³.

Contiene inoltre rilevanti elementi di novità¹⁴⁴, tanto che potrebbe fornire un certo contributo allo sviluppo del diritto internazionale¹⁴⁵.

L'aspetto forse più interessante - almeno ai fini della presente trattazione- sembra tuttavia essere l'immunità accordata dall'art. 46 A bis del Protocollo ai capi di Stato e di governo di Stati membri dell'UA in carica per la durata del loro mandato¹⁴⁶. Immunità peraltro estesa anche a “chiunque agisca o abbia titolo ad agire in tale ruolo”, nonché “ad altri *senior State officials* in base alle loro funzioni”. Si tratta di una norma che, volendo garantire una rilevante ampiezza *ratione personae*, difetta di chiarezza, lasciando un ampio ed assai discutibile margine di interpretazione¹⁴⁷ su quella che già di per sé è un'eccezione assai

¹⁴² V. artt. 16 comma 2, 9 bis, 19 bis, 22 A, 22 C dello Statuto.

¹⁴³ V. artt. 17-22 e 34 A, 34 B, 43 A, 45, 46 A – 46 L dello Statuto.

¹⁴⁴ Ciò si evince in primo luogo dall'elenco dei crimini di competenza della Corte, enumerati agli artt. 14 e 28 A – 28 M dello Statuto. Mentre la competenza *ratione loci* della Corte africana è per definizione più limitata rispetto a quella della CPI, investendo il “solo” continente africano, quella *ratione materiae* risulta in compenso molto più ampia. La Corte penale internazionale, infatti, in virtù dell'art. 5 dello Statuto di Roma è competente esclusivamente per i “crimini più gravi, motivo di allarme per l'intera comunità internazionale” e cioè genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra e crimine di aggressione. Quella africana è invece chiamata ad occuparsi di ulteriori dieci categorie di crimini (cambio incostituzionale di governo; pirateria; terrorismo; mercenarismo; corruzione; riciclaggio di denaro; tratta di esseri umani; traffico di stupefacenti; traffico di rifiuti pericolosi; sfruttamento illecito di risorse naturali). La dottrina non nasconde i problemi che tale ampiezza può comportare; v., inter alios G. ABRAHAM, *Africa's Evolving Continental Court Structures: At the Crossroads?*, SAIIA Occasional Paper 209, Johannesburg, 2015, p. 11. Anche Amnesty International ha espresso la sua preoccupazione, in particolare per quanto concerne la definizione di terrorismo di cui all'art. 28 G: AMNESTY INTERNATIONAL, *Malabo Protocol – Legal and Institutional Implications of the merged and expanded African Court*, Amnesty International, Londra, 2016, p. 17. Altri rilevanti profili di novità del Protocollo sono l'istituzione di un Defence Office come organo indipendente del Tribunale (art. 22 C), nonché la previsione di una responsabilità penale delle persone giuridiche (art. 46C). Se per quanto concerne il primo si tratta di un *unicum* per quanto concerne i tribunali penali internazionali ed anche i tribunali ibridi o misti (se si eccettua il Tribunale speciale per il Libano), ma l'istituto è largamente diffuso nei diritti interni, il secondo non solo è sconosciuto a livello internazionale, ma si allinea alle più recenti tendenze di certi diritti interni. La dottrina evidenzia come tale previsione abbia origine nel “devastating impact of corporate malfeasance in Africa”; M. SIRLEAF, *The African Justice Cascade and the Malabo Protocol*, in *International journal of Transitional Justice*, 2017, p. 76.

¹⁴⁵ È questa l'opinione, ad esempio, di P. BRITS, *The African Court: a solution to maritime crime?*, in F. VREÏ - C. BRUWER (a cura di), *Lecture Series on Maritime Security Governance Off Africa*, Stellenbosch, SIGLA, 2017, p. 63

¹⁴⁶ Art. 46 A bis: “*No charges shall be commenced or continued before the court against any serving AU Head of state or Government, or anybody acting or entitled to act in such a capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure in office*”.

¹⁴⁷ Le stesse delegazioni di alcuni Stati africani avevano espresso le loro perplessità a tal proposito durante le discussioni relative alla stesura dell'articolo, ma alla fine il risultato delle loro osservazioni non era stato quello di eliminare l'estensione dell'immunità ai *senior state officials* quanto piuttosto quello, più limitato ma comunque rilevante, di aggiungere le parole “*based on their functions*”, onde collegare l'immunità personale a quella funzionale;

criticata¹⁴⁸, essendo peraltro la prima volta che una clausola di tal genere è inclusa nello statuto di un tribunale internazionale¹⁴⁹.

Lo stesso Protocollo indica tuttavia che la sua entrata in vigore avverrà solo trenta giorni dopo il deposito del quindicesimo strumento di ratifica¹⁵⁰ e sotto questo profilo paiono esservi non poche difficoltà. Secondo gli ultimi dati pubblicati dall'Unione africana, infatti, solo undici Stati membri (su cinquantacinque) hanno sottoscritto il Protocollo¹⁵¹ ma nemmeno uno ha proceduto con la ratifica¹⁵², sebbene siano passati quattro anni dall'adozione del Protocollo da parte dell'Assemblea dell'UA e nonostante i solleciti di quest'ultima¹⁵³.

Un altro problema da affrontare per rendere operativo quanto previsto sulla carta è, come sovente in Africa¹⁵⁴, quello finanziario¹⁵⁵.

3.2.2 Il Tribunale penale ibrido per il Darfur

L'ampliamento delle competenze della Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli attraverso il Protocollo di Malabo, onde ricomprenservi la repressione giudiziale dei crimini internazionali commessi in Africa, non è l'unica opzione presa in considerazione dall' UA per spostare la questione in “ambito africano”.

cfr. EXECUTIVE COUNCIL, Twenty-Fifth Ordinary Session, 20-24 June 2014, Malabo, EQUATORIAL GUINEA, EX.CL/846(XXV), §§ 25 e 26.

¹⁴⁸ Vi è chi giunge a definirla senza mezzi termini “*a major setback in the advance of international criminal justice; in fact, it can only be construed as in the interests of those African leaders fearful of an end to a culture of impunity*”, evidenziando altresì la forte opposizione della società civile e di ONG quali Amnesty International; G. ABRAHAM, Africa's Evolving Continental Court Structures, *op. cit.*, pp. 14 e 15. Sul tema v. anche, *inter alios*, M. DU PLESSIS, Shambolic, shameful and symbolic - Implications of the African Union's immunity for African leaders, ISS Paper 278, 2014.

¹⁴⁹ Come opportunamente rileva I. INGRAVALLO, *The Relationship*, *op. cit.*, p. 185. Ovviamente i precedenti sono limitati.

¹⁵⁰ V. art. 11 del Protocollo.

¹⁵¹ Nello specifico: Benin, Ciad, Comore, Congo, Ghana, Guinea-Bissau, Kenya, Mauritania, Sierra Leone, São Tome e Principe ed Uganda

¹⁵² Il dato si trova sul sito dell'Unione africana.

¹⁵³ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Fourth Ordinary Session *cit.* § 11); Twenty-Eighth Ordinary Session *cit.* § 4; Thirtieth Ordinary Session *cit.* § 3 iii).

¹⁵⁴ Sull'argomento v. *inter alios* G. PASCALE, *The African Security System: Between the Quest for Autonomy and the External Financial Dependence*, in G. CELLAMARE - I. INGRAVALLO (a cura di), *Peace Maintenance in Africa*, Cham, 2018, pp. 35 ss.

¹⁵⁵ Per risolvere tale problema l'Assemblea dell'UA, dopo aver sottolineato la necessità di assicurare un finanziamento prevedibile e sostenibile, decideva di stabilire a tal fine un fondo speciale e di convocare una conferenza al fine di mobilitare le risorse per iniziare e sostenere l'attività della Corte africana in materia di repressione giudiziale dei crimini internazionali commessi in Africa; ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Twenty-Fourth Ordinary Session *cit.* §§ 15 e 17 b).

Il *Panel* di alto livello sul Darfur (AUPD), istituito dal Consiglio per la Pace e la Sicurezza dell'UA (PSC)¹⁵⁶ a seguito del mandato di arresto spiccato dalla CPI nei confronti di Al-Bashir (v. *supra*), nel suo Rapporto pubblicato nell'ottobre 2009¹⁵⁷ (a seguito di una proroga del mandato) mise l'accento sulla rilevanza da riconoscere alla giurisdizione statale¹⁵⁸, sottolineando come la sua importanza fosse riconosciuta dallo stesso Statuto di Roma, anche alla luce del ruolo necessariamente limitato della CPI che ha la capacità di perseguire giudizialmente solo un numero ridotto di persone, col conseguente rischio che la maggioranza di coloro che hanno commesso gravi crimini rimanga impunita¹⁵⁹. Nello specifico caso del Darfur un intervento esterno fu tuttavia ritenuto necessario, anche per l'assenza di fiducia nel sistema giudiziario sudanese espressa dalle vittime¹⁶⁰. La soluzione proposta nel rapporto fu pertanto la creazione di un Tribunale penale ibrido per il Darfur¹⁶¹.

Le caratteristiche di detto Tribunale ibrido sono ispirate a quelle di altre corti analoghe esistenti. Esso dovrebbe essere collocato all'interno del sistema giudiziario sudanese¹⁶² in maniera analoga a quanto avvenuto, ad esempio, per le Camere straordinarie miste per la Cambogia¹⁶³. Trattandosi di un tribunale ibrido, i giudici che lo compongono dovrebbero essere sia sudanesi che internazionali, così come pubblici ministeri, avvocati ed inquirenti¹⁶⁴, essendo questa la caratteristica specifica che definisce tale tipologia di organi giudiziari. Il *Panel* riserva tuttavia un ruolo di primo piano proprio all'organizzazione regionale nella composizione di tale tribunale. Spetterebbe infatti all'Unione africana la nomina dei giudici non

¹⁵⁶ PEACE AND SECURITY COUNCIL, 142nd meeting, 21 July 2008, Addis Abeba, Etiopia, Communiqué, § 11 ii). Si tratta di un organo indipendente del PSC, composto da “illustri africani di elevata integrità”, che fu incaricato nello specifico di esaminare la situazione in Darfur e di proporre raccomandazioni relative al modo migliore di trattare in maniera effettiva e globale i temi della responsabilità e della lotta all'impunità da una parte e della pace e della riconciliazione dall'altra. L'iniziativa ottenne lo “strong support” da parte dell'Assemblea dell'UA; cfr. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Thirteenth Ordinary Session cit. Dec. 252 (XIII), § 7.

¹⁵⁷ V. Report of the African Union High-Level Panel on Darfur (AUPD), 8 ottobre 2009.

¹⁵⁸ Ibid. pp. 63 e 64 §§ 244-245. Il Panel giunge a questa conclusione dopo aver esaminato le reazioni all'operato della CPI in Sudan e da parte dell'Unione africana evidenziando come quest'ultima si fosse sempre preoccupata delle violazioni avvenute in Sudan e fosse a favore della punizione dei colpevoli, pur mostrandosi al contempo attenta alla stabilità del Sudan ed al rischio derivante dagli interventi esterni; ibid. pp. 62 e 63 §§ 240-243.

¹⁵⁹ Ibid. pp. 63 e 64 §§ 244-245.

¹⁶⁰ Ibid. p. 64, § 246.

¹⁶¹ Ibid. pp. 64-66 §§ 246-254.

¹⁶² *Ibid.*, in partic. § 252. Per permettere ciò il Sudan è invitato a “take immediate steps to introduce legislation to allow legally qualified non-nationals to serve on the judiciary of Sudan”; ibid. p. 87, § 322. Il *Panel* peraltro evidenzia come ciò non imponga una modifica alla Costituzione del Sudan nella misura in cui essa “does not expressly prohibit non-Sudanese nationals from being appointed to the judiciary of Sudan”; *ibid.*

¹⁶³ Sul tema mi sia concesso di rinviare a L. PASQUALI, *I crimini commessi dai khmer rossi in Cambogia: inadeguatezza della repressione giudiziale “domestica” e coinvolgimento delle Nazioni Unite*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, pp. 637 ss.

¹⁶⁴ Report of the African Union High-Level Panel on Darfur *cit.*, in partic. §§ 252 e 323.

sudanesi (i quali ciononostante non dovrebbero essere solo africani)¹⁶⁵. Ci si discosta così in maniera significativa dalla prassi in materia di Tribunali ibridi o misti, che solitamente riservano tale funzione all'ONU e non ad organizzazioni regionali.

Il Tribunale ibrido dovrebbe applicare il diritto interno sudanese¹⁶⁶. Ciò rende necessario che il Sudan provveda ad intervenire sul suo ordinamento giuridico al fine di adottare, nel rispetto della sua Costituzione un *corpus* adeguato di norme in materia di crimini internazionali¹⁶⁷. Questa, peraltro, è solo una delle misure che il Paese africano è chiamato a prendere onde permettere la persecuzione dei crimini internazionali, dovendo altresì provvedere su molti aspetti, fra cui spicca la necessità di rimuovere le immunità *de jure* e *de facto*¹⁶⁸. Oltre alle misure relative alle cause di esclusione della pena, cui si aggiungono quelle sull'estinzione della punibilità alle garanzie di un giusto processo, ne sono previste altre per i reati in materia sessuale e per la protezione di vittime e testimoni. Vengono infine richiesti personale sufficiente e risorse adeguate¹⁶⁹.

Nell'idea del *Panel*, tuttavia, il Tribunale ibrido non avrebbe competenza esclusiva, essendo la sua funzione limitata a giudicare in primo e secondo grado i maggiori responsabili dei più gravi crimini commessi durante il conflitto in Darfur¹⁷⁰. Il “principale fardello della giustizia” rimarrebbe a carico delle altre corti e tribunali costituiti all'interno del sistema giudiziario sudanese, in particolare le Corti speciali per il Darfur¹⁷¹, con l'adozione delle misure necessarie al buon funzionamento dei “meccanismi tradizionali di giustizia”¹⁷².

Secondo il *Panel* la soluzione così tratteggiata, molto attenta a non urtare le suscettibilità sudanesi¹⁷³, pur non completamente esente da aspetti negativi¹⁷⁴, sembrerebbe essere ampiamente condivisa, sia nel Darfur (in particolare incontrando il *favor* delle vittime¹⁷⁵) che all'esterno della regione, tanto in Sudan

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 87 § 323. I giudici dovrebbero essere selezionati attraverso un procedimento trasparente, sulla base di criteri quali la competenza in diritto e procedura penale e l'esperienza nelle funzioni, ma anche “la capacità di adattarsi al sistema giudiziario del Sudan” (oltre che il rispetto di un equilibrio fra i generi) ed avvalendosi della consulenza di giudici e giuristi di fama internazionale e delle organizzazioni internazionali; *ibid.* pp. 88 e 89 §§ 331 e 332.

¹⁶⁶ *Ibid.*, § 252.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 89 § 336.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*, § 254.

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Ibid.*, p. 90 § 337.

¹⁷³ *Ibid.*, in partic. § 253.

¹⁷⁴ In particolare il rischio di ritardi, dovuti alle “notevoli risorse diplomatiche e politiche” necessarie per la realizzazione di un tribunale ibrido (*ibid.* § 250) e quello che esso si limiti, per ragioni finanziarie e quindi di tempo, a perseguire solo i casi maggiormente rilevanti (*ibid.* § 251).

¹⁷⁵ *Ibid.*, in partic. § 246.

quanto in altri Paesi¹⁷⁶. Si tratterebbe pertanto di una buona soluzione, come “componente dell'architettura per confrontarsi al passato del Darfur”, anche in considerazione dell'insufficiente fiducia nelle istituzioni sudanesi¹⁷⁷.

La soluzione proposta non rappresenta certo una novità assoluta. Infatti, successivamente alla firma dello Statuto di Roma ma già prima della sua entrata in vigore cominciarono a sorgere i primi tribunali c.d. ibridi o misti¹⁷⁸, enti di cui vi è stata negli ultimi vent'anni una vera e propria proliferazione¹⁷⁹. Di questi una buona percentuale riguarda tribunali istituiti per la repressione giudiziale di crimini internazionali commessi in Africa, quali il Tribunale misto per la Sierra Leone¹⁸⁰, le Camere africane straordinarie in seno alle Corti senegalesi¹⁸¹ e la Corte penale speciale per la Repubblica centrafricana¹⁸²

Si tratta di un fenomeno composito, non essendovi neppure uniformità in dottrina sulla riconducibilità di alcune di queste fattispecie, quali le Camere africane straordinarie in seno alle Corti senegalesi, al *genus* tribunali ibridi o misti.

Per quanto concerne la loro compatibilità con la Corte penale internazionale sembra potersi dare una risposta positiva, sia perché per alcuni di questi tribunali la soluzione si trova nell'art. 11 dello Statuto di Roma (che, come noto, limita la competenza della CPI *ratione temporis* alle fattispecie prodottesi

¹⁷⁶ Ibid. p. 65, § 249.

¹⁷⁷ Ibid., in partic. § 252.

¹⁷⁸ Sul tema v. *ex plurimis* E. CIMIOTTA, *I Tribunali penali misti*, Padova, 2009; C. RAGNI, *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano, 2012; S. WILLIAMS, *Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues*, Oxford, 2012, nonché gli articoli contenuti nel numero monografico della *Revue belge de droit international*, n.1/2017.

¹⁷⁹ Sull'opportunità di tale proliferazione v. *inter alios* F. POCAR, *The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals – A Necessity in the Current International Community*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 304 ss.

¹⁸⁰ V., *inter alios*, M. FRULLI, *The Special Court for Sierra Leone: Some Preliminary Comments*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 857 ss.; R. Cryer, “Special Court” for Sierra Leone?, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 435 ss.; E. E. STENSRUD, *New Dilemmas in Transitional Justice: Lessons from the Mixed Courts in Sierra Leone and Cambodia*, in *Journal of Peace Research*, 2009, p. 5 ss.; M. BORTOLUZZI, *Faire des affaires avec le diable : la contribution du Tribunal spécial pour la Sierra Leone en matière d'aide et encouragement*, in *Revue belge de droit international*, 2017, pp. 215 ss.

¹⁸¹ V., *inter alios* E. CIMIOTTA, *L'istituzione in Senegal delle Camere straordinarie africane*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 861 ss.; F. MUSSO, *Le Camere africane straordinarie in seno alle corti senegalesi: un esempio di giurisdizione penale particolare?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 553 ss.; E. LEGALL - M. LENORMAND, *Les Chambres africaines extraordinaires du Sénégal ou les prémices d'une nouvelle génération juridictions pénales internationalisées*; A. KABORE', *Les juridictions sénégalaises avaient-elles besoin de chambres extraordinaires pour poursuivre et juger Hissein Habré?*; M. EUDES - E. GUEMATCHA, *Quels apports des Chambres africaines extraordinaires?*, tutti in *Revue belge de droit international*, 2017, rispettivamente alle pp. 61 ss., 89 ss. e 193 ss.

¹⁸² V., *inter alios*, J-F. AKANDJII-KOMBE' - C. MAIA, *La Cour pénale spéciale centrafricaine: les défis de la mise en place d'une justice pénale internationalisée en République centrafricaine*; C. DENIS, *Juridictions pénales «hybrides», un impact durable est-il possible? Le cas de la Cour pénale spéciale en République centrafricaine*, entrambi in *Revue belge de droit international*, 2017, rispettivamente alle pp. 129 ss. e 155 ss.; L. CHIGOWE - L. JUMA, *The principle of complementarity and hybrid courts: the case of the Special Criminal Court for the Central African Republic*, in *Lesotho Law Journal*, 2018, pp. 41 ss.

successivamente all'entrata in vigore dello Statuto stesso o, per gli Stati che vi hanno aderito successivamente quelle successive alla data di adesione, salvo dichiarazione contraria) sia perché, più in generale, la questione pare potersi risolvere grazie al principio di complementarità¹⁸³.

Una peculiarità del Tribunale penale ibrido per il Darfur come tratteggiato nel rapporto del *Panel* è che quest'ultimo, a differenza di quanto è sinora accaduto quasi sempre per i tribunali ibridi o misti, non sarebbe istituito dalla comunità internazionale nel suo insieme, attraverso le Nazioni unite, trattandosi piuttosto di una creazione puramente africana. Si inserirebbe in quella tensione fra livello universale e livello regionale che è alla base di molte delle considerazioni del presente contributo. Sotto questo profilo l'analogia sarebbe con quanto accaduto per le Camere africane straordinarie in seno alle Corti senegalesi. Si tratta di un precedente importante, nella misura in cui la condanna del dittatore ciadiano Hissèin Habré suole essere considerata come una dimostrazione fornita dalla comunità africana di essere in grado di agire collettivamente per reprimere giudizialmente i crimini internazionali commessi nel continente¹⁸⁴ anche se, a differenza di Al Bashir, non vi è mai stata una azione nei suoi confronti da parte della CPI, anche perché i crimini di cui era accusato e per cui è stato condannato si riferiscono al periodo che va dal 1982 al 1990 e pertanto ad un periodo per cui la competenza della Corte penale internazionale è esclusa *ratione temporis* ai sensi dell'art. 11 dello Statuto di Roma, come meglio illustrato *supra*.

La possibilità di un'effettiva creazione di un Tribunale penale ibrido per il Darfur appare comunque remota. In primo luogo, sebbene siano passati oramai dieci anni dal rapporto del *Panel* non vi sono stati passi significativi in questa direzione. Al contrario, *medio tempore* vi è stata la “grande crisi” fra CPI e Stati africani e l'adozione del Protocollo di Malabo da parte dell'UA. Se vi sia ancora spazio per tribunali misti

¹⁸³ Sul tema della complementarità tra tribunali in materia di repressione di crimini internazionali v. *amplius infra*, paragrafo 4. Alcune recenti interessanti considerazioni su tale compatibilità si trovano anche, fra gli altri, in M. ALIE', *Cour pénale internationale et juridictions nationales mixtes ou hybrides: un mariage de raison ou la raison d'un mariage?* in *Revue belge de droit international*, 2017, pp. 339 ss. ed in L. CHIGOWE - L. JUMA, *The principle of complementarity*, *op. cit.*

¹⁸⁴ Sul caso Habré esiste copiosa letteratura, anche per le complesse vicende che hanno portato al suo giudizio da parte delle Camere africane straordinarie in seno alle Corti senegalesi. Alla richiesta di estradizione del Belgio al Senegal (ove Habré si era rifugiato) non eseguita dallo Stato africano, seguì l'intervento dell'UA la quale affermò che l'ex Presidente del Ciad doveva essere giudicato in Africa. Vi fu quindi il ricorso del Belgio alla Corte internazionale di giustizia e la sentenza di quest'ultima in cui si affermò che, in ottemperanza al principio *aut dedere aut iudicare* il Senegal avrebbe dovuto sottoporre Habré a giudizio innanzi ai suoi tribunali “senza ulteriore ritardo” se non lo estradava. Sul caso Habré v. *ex plurimis* P. GAETA, *Ratione Materiae Immunities of Former Heads of State and International Crimes: The Hissène Habré Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 186 ss.; D. N. SHARP, *Prosecutions, Development, and Justice: The Trial of Hissène Habré*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2003, pp. 147 ss.; T. MOGHADAM, *Revitalizing Universal Jurisdiction: Lessons from Hybrid Tribunals Applied to the Case of Hissène Habré*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2008, pp. 471 ss.; C.J. STEVENS, *Hunting a Dictator as a Transnational Legal Process: The Internalization Problem and the Hissène Habré Case*, in *Pace International Law Review*, 2012, pp. 190 ss.; R.T. WATIO, *Affaire Hissène Habré: où en est la justice?*, in *African Yearbook of International Law*, 2012, pp. 379 ss.; F. PERRINI, *Conclusa la lunga vicenda giudiziaria del dittatore ciadiano Habré, condannato in appello per crimini internazionali dalle Camere africane straordinarie*, in *Federalismi.it – Focus Africa*, n.2/2017.

o ibridi africani, qualora quest'ultimo entrasse effettivamente in vigore, è questione dibattuta¹⁸⁵. Una tesi è che i tribunali misti o ibridi debbano essere visti come fasi di transizione in cui l'organizzazione della giurisdizione penale internazionale sperimenta gli strumenti per giungere ad una soluzione unitaria, basata su vari tentativi e diverse esperienze con cui ci si è confrontati, scontrandosi con le difficoltà che si sono presentate e cercando nuovi strumenti per superarle, al fine di giungere ad una soluzione sincretica. Si tratterebbe insomma di situazioni temporanee, che attendono di arrivare ad un fine ben preciso¹⁸⁶.

4. Ricostruzione sistematica e considerazioni conclusive

La repressione giudiziale dei crimini internazionali fondata su una cooperazione multilaterale è un fenomeno recente, ma ben fondato, sia sotto un profilo teorico che da un punto di vista funzionale. L'opportunità che sia l'intera comunità internazionale ad occuparsi di tale tipo di crimini discende dal fatto che si tratta di comportamenti i quali, in virtù della loro gravità, offendono l'intera umanità. D'altra parte, da un punto di vista funzionale, proprio la loro gravità impone che si debba fare tutto il possibile affinché chi commette tali crimini sia effettivamente giudicato, condannato e punito. Tale obiettivo è evidentemente più agevolmente raggiungibile in presenza di una cooperazione fra i vari soggetti che compongono la comunità internazionale.

Non sorprende, pertanto, che già il primo criterio “speciale” di attribuzione sorto per determinare il foro competente a giudicare una persona accusata di un crimine internazionale avesse alla base l'idea di una certa cooperazione fra Stati. Il riferimento è al principio di universalità della giurisdizione penale internazionalmente imposta¹⁸⁷, previsto sin dal XVI secolo dal diritto internazionale consuetudinario per

¹⁸⁵ Alcune recenti interessanti considerazioni sul tema si trovano in S. SMIS - E.A. CIRIMWAMI, *Repenser la création fragmentée des juridictions hybrides en Afrique au profit de la Cour africaine de justice, des droits de l'homme et des peuples*, in *Revue belge de droit international*, 2017, pp. 314 ss.

¹⁸⁶ Mi sia concesso di rinviare a L. PASQUALI, *La repressione giudiziale dei crimini internazionali: tertium genus datur? Le “Camere Straordinarie Miste per la Cambogia”*, in LP – *La legislazione penale*, 2013, p. 75. Tali considerazioni derivano dalle inquietudini che sorgono dal rischio di polverizzazione della giurisdizione penale internazionale. Il moltiplicarsi dei tribunali internazionali, se da un lato è positivo poiché gli Stati si rivolgono alla comunità internazionale per risolvere le controversie, dall'altro rischia di dar vita ad un sistema estremamente frammentato. Un sistema di tal genere non può non essere percepito dal giurista come anorganico, privo sia di un rapporto gerarchico tra i diversi organi giudicanti che di un sistema di revisione delle sentenze da parte di un organo differente, esterno, tanto che vi è chi non ha esitato a definirlo, anziché “*ordre judiciaire*”, “*désordre judiciaire*”. Ciò non toglie che, astrattamente, in situazioni le quali presentano una situazione politica particolarmente delicata il ricorso a tribunali ibridi o misti, con tutti gli inconvenienti che ciò comporta, continui ad essere un'ipotesi da prendere in considerazione, in quanto permette un riequilibrio dell'elemento statale (che a sua volta aiuta da un punto di vista funzionale) con quello internazionale, impedendo l'esercizio strumentale della giurisdizione statale. In conclusione, la soluzione costituita da tale tipo di tribunali potrebbe continuare ad esistere per ovviare, in determinati casi, ad alcuni inconvenienti propri di questa istituzione ed in particolare a quelli che, in certe situazioni politiche, potrebbero derivare dalla priorità accordata alla giurisdizione statale.

¹⁸⁷ Sul tema v. *ex plurimis* (limitatamente alla dottrina italiana e senza alcuna pretesa di completezza): T. TREVES, *La giurisdizione nel diritto penale internazionale*, Padova, 1973; P. BENVENUTI, *Sui limiti internazionali alla*

attribuire la competenza in relazione al primo crimine internazionale, la pirateria. Tale principio, nella sua accezione c.d. condizionata¹⁸⁸, si applica solo allo Stato nel cui territorio si trovava il presunto autore di un crimine di tal genere (c.d. *Forum deprehensionis*), imponendogli un'obbligazione alternativa espressa col brocardo “*aut dedere aut iudicare*”: tale Stato deve o processare il presunto autore di un crimine di tal genere, oppure estradarlo verso un altro Stato che gliene faccia domanda. Come noto, detto criterio si aggiunge ai tre criteri utilizzati tradizionalmente dal diritto internazionale processuale penale per determinare il foro competente per giudicare dei reati ovvero quelli del *locus commissi delicti*, della nazionalità attiva e della nazionalità passiva¹⁸⁹. L'idea alla base dei criteri di collegamento per determinare il foro competente è comunque sempre la stessa: ovvero che si possa occupare della repressione giudiziale di un reato lo Stato che è stato offeso dallo stesso. Al contrario quando viene commesso un crimine internazionale, poiché a causa della natura stessa del crimine tutti gli Stati ne sono offesi, essi sono di conseguenza competenti a sottoporre a giudizio i presunti rei. Qualora lo Stato nel cui territorio essi si trovino non voglia o non

giurisdizione penale, in *Rivista di diritto internazionale*, 1974, pp. 238 ss.; A. CASSESE, *On Current Trend Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *European Journal of International Law*, 1998, pp. 2 ss.; A. CASSESE, *Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 589 ss.; P. GAETA, *Il diritto internazionale e la competenza giurisdizionale degli Stati per crimini internazionali*, in A. CASSESE - M. CHIAVARIO - G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino, 2005, pp. 497 ss.; S. ZAPPALÀ, *L'universalità della giurisdizione e la Corte penale internazionale*, in A. CASSESE - M. CHIAVARIO - G. DE FRANCESCO (a cura di), *Problemi attuali, op. cit.*, pp. 549 ss.; A. CALIGIURI, *In merito alla compatibilità del principio di universalità della giurisdizione penale in materia di genocidio con la CEDU*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 177 ss.; F. LATTANZI, *Quelques réflexions sur le “principe de juridiction universelle”*, in G. VENTURINI - S. BARIATTI (a cura di), *Droits individuels et justice internationale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, pp. 461 ss.; M.R. MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, 2012; L. PROSPERI, *Giurisdizione universale, Corte penale internazionale e principio di complementarità: una triangolazione possibile?*, in *Federalismi.it – Focus Human Rights*, n.4/2013; N. PIACENTE, *Addressing the Impunity Gap through Cooperation*, in R. BELLELLI (a cura di), *International Criminal Justice. Law and Practice from the Rome Statute to its Review*, New York, 2016, pp. 241 ss.

¹⁸⁸ Ad essa si contrappone la c.d. universalità pura. Questa attribuisce ad ogni Stato la competenza a giudicare dei crimini internazionali a prescindere non solo dal *locus commissi delicti* e dalla cittadinanza di reo e vittima del crimine (come nell'accezione condizionata del principio), ma anche dalla presenza o meno dell'accusato sul suo territorio. Tale accezione, è stata accolta solo nel diritto interno di alcuni Stati (quali il Belgio, la Germania o la Spagna), ma il rischio di abusi ed i problemi diplomatici che essa comporta ha spinto questi stessi Stati a fare un passo indietro. Esempio è il caso della legge belga del 16 giugno 1993, la quale trasponesse nel diritto interno belga il principio dell'universalità pura, successivamente abrogata e sostituita da una normativa più restrittiva ad opera della legge del 5 agosto 2003. Sul tema v., *inter alios*, A. CASSESE, *Is the Bell Tolling for Universality?*, *op. ult. cit.*, pp. 589 ss.; D. VANDERMEERSCH, *Prosecuting International Crimes in Belgium*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 400 ss.

¹⁸⁹ In base al primo lo Stato è competente a giudicare dei crimini commessi in una zona sottoposta alla sua giurisdizione. Questo è il criterio prevalente, sostanzialmente per due ordini di ragioni. La prima è che si tratta del criterio il quale maggiormente soddisfa gli Stati in quanto enti *superiorem non recognoscentes*, in quanto evidenzia la sovranità territoriale. La seconda è che costituisce il *forum conveniens*, trattandosi del luogo in cui, essendo meno difficile raccogliere le prove, è evidentemente quello maggiormente adeguato per lo svolgimento dell'azione penale. A questo criterio predominante, se ne aggiungono altri due, quello della nazionalità attiva e quello della nazionalità passiva (riconosciuto solo da alcuni Stati) appunto, in cui il cittadino dello Stato competente a svolgere l'azione penale è, rispettivamente, il presunto reo ovvero la vittima del reato.

possa agire in tal senso, il principio di universalità gli impone di estradarli verso lo Stato che intenda giudicarli. Con l'affermarsi di tale principio, pertanto, sorge nell'ordinamento internazionale un'obbligazione di carattere universale di cooperare¹⁹⁰ al fine di garantire un'effettiva repressione giudiziale dei crimini internazionali.

Il passo avanti in materia di cooperazione rispetto ai tre criteri “tradizionali” summenzionati è pertanto evidente, in quanto per procedere all'extradizione in presenza di tale fattispecie non è più necessario che sussistano accordi bilaterali quali quelli che gli Stati sogliono stipulare per garantire che, a condizioni di reciprocità, si riesca a giudicare e punire il presunto reo che abbia trovato rifugio in uno Stato diverso da quello competente in virtù di uno di tali tre criteri. Tale obbligazione dà tuttavia vita ad una cooperazione fra Stati limitata. In primo luogo sotto il profilo temporale, in quanto si esaurisce con l'extradizione dei presunti rei. In secondo luogo è una cooperazione che si concretizza, ogni volta, in un rapporto bilaterale fra Stato che domanda l'extradizione e Stato che la concede, per cui ogni volta sono solo due gli Stati che effettivamente collaborano nella repressione giudiziale del crimine internazionale.

Per giungere ad una cooperazione multilaterale di maggior qualità nella repressione giudiziale dei crimini internazionali bisogna attendere un'epoca recente. È infatti solo con la fine della guerra fredda che, negli anni '90 del secolo scorso, diventa realtà l'idea di tribunali internazionali competenti a giudicare di crimini internazionali, con la nascita del Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia e del Tribunale internazionale per il Ruanda, entrambi istituiti dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite nell'ambito dei poteri attribuitigli dal capo VII della Carta ONU¹⁹¹. L'istituzione di questi tribunali internazionali *ad hoc* permette che la cooperazione multilaterale nell'esercizio della giurisdizione penale per la repressione

¹⁹⁰ Non vi è uniformità in dottrina ed in giurisprudenza sul fatto se si tratta di un'obbligazione solo di carattere pattizio o anche di diritto internazionale consuetudinario. Se da una parte è indubbio che in vari trattati internazionali venga accolto il principio di universalità, nella sua accezione condizionata (così ad esempio nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977, per quanto concerne i presunti colpevoli di infrazioni gravi, o nella Convenzione delle Nazioni unite sulla tortura del 1984) più discusso è se si sia formata una norma di diritto internazionale consuetudinario in tal senso.

¹⁹¹ Ad onore del vero, già cento anni fa, alla fine della prima guerra mondiale, fu prevista nel Trattato di Versailles l'istituzione di un tribunale “speciale”, composto da cinque giudici nominati ognuno da una delle potenze vincitrici della prima guerra mondiale, al fine di sottoporre a giudizio l'Imperatore di Germania, Guglielmo II, fra l'altro per “offesa suprema contro la morale internazionale”, come risulta dall'art. 227 del Trattato stesso, ma tale previsione rimase sulla carta. Fu in compenso dopo la seconda guerra mondiale che vennero effettivamente istituiti due tribunali “internazionali”, con sede rispettivamente a Norimberga ed a Tokyo, per perseguire giudizialmente i crimini internazionali commessi durante il conflitto dai maggiori responsabili tedeschi e giapponesi. Ferme restando altre considerazioni critiche su tale esperienza (*in primis* che si trattava della “giustizia dei vincitori” nei confronti degli sconfitti) e senza comunque sottovalutare la loro importanza nel cammino verso una cooperazione istituzionalizzata nella repressione giudiziale dei crimini internazionali, per quanto qui interessa si rileva che non si trattava di veri e propri tribunali internazionali indipendenti, dovendo piuttosto essere qualificati come organi comuni delle quattro grandi potenze vincitrici, che peraltro erano chiamate a nominare sia i giudici che i pubblici ministeri.

dei crimini internazionali compia un primo salto di qualità, essendo appunto la comunità internazionale nel suo insieme che si fa carico del problema, anziché lasciarlo allo Stato più “volenteroso”, come invece accade col solo principio di universalità. Si tratta tuttavia di una cooperazione ancora fortemente limitata, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione personae*¹⁹².

La tappa successiva¹⁹³ nel cammino che porta all'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali è la creazione della Corte penale internazionale, mediante l'adozione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, il 17 luglio 1998 (entrato in vigore il 1 luglio 2002 in virtù di quanto disposto dal suo articolo 126), nel cui preambolo è espressamente affermato che “i delitti più gravi che riguardano l'insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita... attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale”¹⁹⁴. Come risulta dal combinato disposto degli artt. 1 e 4 del suo Statuto, la Corte Penale Internazionale è un tribunale internazionale permanente, a carattere autonomo, che costituisce il nucleo di una organizzazione internazionale che reca lo stesso nome¹⁹⁵. Alla luce di ciò, la cooperazione fra gli Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali parrebbe essersi perfezionata proprio a cavallo fra il XX ed il XXI secolo, quasi a chiudere il c.d. “secolo breve”¹⁹⁶, particolarmente nefasto per quanto concerne la commissione dei crimini internazionali, sia sotto il profilo quantitativo che sotto il profilo qualitativo¹⁹⁷. La cooperazione fra gli Stati in materia è pertanto strutturata, essendo giunti alla creazione di una vera e propria organizzazione internazionale universale *ad hoc* per la repressione dei crimini internazionali, la Corte penale internazionale, appunto¹⁹⁸. Tale

¹⁹² Il Tribunale penale internazionale per l'Ex-Yugoslavia è competente a perseguire le persone responsabili delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario commesse nel territorio della Ex-Yugoslavia a partire dal 1991. Il Tribunale penale internazionale del Ruanda è competente a perseguire i presunti responsabili di genocidio e di altre gravi violazioni del Diritto internazionale umanitario commesse nel territorio del Ruanda e dei paesi limitrofi tra il 1 gennaio ed il 31 dicembre del 1994.

¹⁹³ Sul tema v. G. CALVETTI - T. SCOVAZZI (a cura di), *Dal Tribunale per la ex-Yugoslavia alla Corte Penale Internazionale*, Milano 2004.

¹⁹⁴ Preambolo dello Statuto di Roma, quarto paragrafo.

¹⁹⁵ Sulla nozione di organizzazione internazionale v. da ultimo P. PENNETTA, *La nozione di organizzazione internazionale*, in P. PENNETTA - G. MARTINO - A. DI STASI - I. INGRAVALLO - S. CAFARO - C. NOVI (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Padova, 2018, pp. 297-321.

¹⁹⁶ La citazione riprende il celebre titolo di un'opera di E. J. HOBSBAWM, *Il secolo breve*, BUR, Milano, 2014.

¹⁹⁷ “Memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell'umanità”; Preambolo dello Statuto di Roma, secondo paragrafo.

¹⁹⁸ “Determinati ad istituire a tali fini e nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale”; Preambolo dello Statuto di Roma, nono paragrafo.

organizzazione è peraltro composta da un elevato numero di Stati membri (ad oggi 122¹⁹⁹), vantando altresì uno stretto collegamento con l'ONU²⁰⁰.

La creazione della Corte penale internazionale è tuttavia solo un tassello, per quanto importante, che completa il quadro. La sua funzione nella repressione giudiziale dei crimini internazionali è infatti residuale, di chiusura del sistema: essa interviene quando gli Stati, cui continua ad essere affidata tale competenza, non possono o non vogliono agire, come peraltro previsto espressamente dall'art. 17 dello Statuto di Roma ed il suo rapporto con le giurisdizioni statali è di complementarità²⁰¹. Detto articolo riconosce una priorità della giurisdizione statale rispetto a quella internazionale ed il funzionamento della CPI è basato su un coordinamento “sbilanciato” a favore delle giurisdizioni statali. Tale esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei tribunali statali è auspicabile, ma a condizione che tale funzione sia utilizzata correttamente. Il rischio è che tale esercizio sia strumentale e ciò in entrambi i sensi, ossia tanto a copertura dell'autore di crimini internazionali come, al contrario, in senso persecutorio. È per questo che la Corte penale internazionale può supplire all'incapacità degli Stati di sottoporre coloro che sono accusati di aver commesso crimini internazionali ad un equo processo, intervenendo quando essi non possono o non vogliono agire.

Il quesito che pare opportuno porsi in questa fase - e sul quale si fonda la presente riflessione- è se, alla luce della prassi esaminata nel presente contributo, la cooperazione sviluppatasi in seno alla comunità internazionale nella repressione giudiziale dei crimini internazionali, sfociata nella creazione di una vera e propria organizzazione internazionale, debba essere oramai considerata un fenomeno strutturale, destinato a durare nel tempo oppure, al contrario, sia destinato ad infrangersi contro le risorgenti barriere del c.d. sovranismo²⁰².

La questione dell'impatto della volontà di certi Paesi di sottrarre ad un'organizzazione internazionale di cui fanno parte le competenze attribuitele per riappropriarsene sull'istituzionalizzazione della

¹⁹⁹ Il dato è riferito al 2 aprile 2019. In data 1 giugno 2019 il numero di Stati diventerà 123, grazie al perfezionamento dell'adesione della Malesia.

²⁰⁰ V. Preambolo dello Statuto di Roma, nono paragrafo. È così per un doppio ordine di ragioni. *In primis* l'esistenza stessa della CPI è funzionale alla realizzazione di due dei principali obiettivi delle Nazioni Unite, ovvero il mantenimento della pace e la tutela dei diritti umani. In secondo luogo lo Statuto di Roma attribuisce un ruolo privilegiato al Consiglio di sicurezza dell'ONU: non solo tale organo, agendo ai sensi del Capo VII della Carta ONU, può, ai sensi dell'art. 13 dello Statuto di Roma investire il Procuratore della CPI di una questione in cui ritiene che possano essere stati commessi crimini internazionali, ma può altresì, in virtù dell'art. 16 dello Statuto stesso, imporre alla CPI di sospendere o di non iniziare un'indagine od un procedimento.

²⁰¹ Sul tema v. *supra*, nota 3.

²⁰² Il tema sta suscitando attualmente un certo interesse nella dottrina. Basti, al proposito, menzionare due recenti convegni intitolati “*Sovranazionalità e tendenze sovraniste: quali prospettive per l'Unione europea?*” e “*Le Organizzazioni Internazionali fra crisi del multilateralismo ed iniziative di neo-protezionismo*”, tenutisi alla fine del 2018, rispettivamente a Napoli ed a Messina.

cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali si è effettivamente posta in Africa, nel momento in cui la Corte penale internazionale ha aperto indagini ed esercitato l'azione penale nei confronti di Capi di Stato ed altri *senior State officials* di Paesi africani in carica. Ha insomma “osato” incidere sul nucleo duro della sovranità dello Stato, pretendendo di sottoporre a giudizio le persone fisiche che incarnano *pro tempore* lo Stato stesso, quali il suo capo di Stato in carica. È ben vero che, nel caso di specie, una questione quale quella dell'immunità dalla giurisdizione penale dei capi di Stato e di governo in carica, che presenta una certa complessità ed eterogeneità di vedute²⁰³, deve essere risolta tenendo conto dell'esistenza di una norma *ad hoc* dello Statuto di Roma, quella di cui all'art. 27 (significativamente intitolato “Irrilevanza della qualifica ufficiale”) il quale dispone che la “qualifica ufficiale di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante detto o di agente di uno Stato” non è motivo di esonero dalla responsabilità penale e che la competenza della CPI nei confronti di tali individui non viene meno a causa di disposizioni di diritto interno che attribuiscono loro immunità o prevedano regole di procedura speciale²⁰⁴. È tuttavia un dato di fatto che la Corte penale internazionale

²⁰³ Sull'immunità dei Capi di Stato e di governo e di altri *senior State officials* esistono invero numerosi studi. Limitandosi alla dottrina italiana piace menzionare, *ex plurimis* e senza alcuna pretesa di completezza, i seguenti contributi: A. BIANCHI, *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, Vol. 46, 1993, pp. 1993 ss.; A. BIANCHI, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law*, 1999, pp. 237 ss.; P. DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso Pinochet*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, pp. 933 ss.; S. ZAPPALÀ, *Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Gaddafi Case before the French Cour de Cassation*, in *European Journal of International Law*, 2001, pp. 595 ss.; A. CASSESE, *When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, in *European Journal of International Law*, 2002, pp. 853 ss.; G. GAJA, *La discutibile revoca del mandato di arresto di un ex ministro degli esteri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 370 ss.; A. CASSESE, *The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: The “Sharon and others” Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 437 ss.; B. I. BONAFÈ, *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, pp. 393 ss.; A. VIVIANI, *Crimini internazionali e responsabilità dei leader politici e militari*, Milano, 2005; M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007; P. GAETA, *Does President, op. cit.*, pp. 315 ss.; N. RONZITTI, *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 1033 ss.; B. CONFORTI, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 5 ss.; P. GAETA, *Immunity of States and State Officials: a Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?*, in A. CASSESE (a cura di), *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford, 2012, pp. 227 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VII, 2014, pp. 735 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *The Functional Immunity of State Officials from Foreign Jurisdiction: a Critique of the Traditional Theories*, in *Questions of International Law*, 2015, pp. 3 ss.; N. RONZITTI, *The Immunity of State Organs – A Reply to Pisillo Mazzeschi*, in *Questions of International Law*, 2015, pp. 59 ss.; B. CONFORTI, *A Few Remarks on the Functional Immunity of the Organs of Foreign States*, in *Questions of International Law*, 2015, pp. 69 ss.

²⁰⁴ Sul tema in dottrina v., *ex plurimis*, P. GAETA, *Official Capacity, op. cit.*, pp. 990 ss.; G. PASQUA, *Irrilevanza delle cariche ufficiali*, in G. LATTANZI - V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale. Organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006, pp. 355 ss.; A. LANCIOTTI, *Limiti alle immunità degli organi nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, 2007, pp. 301 ss.; E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato dalla giurisdizione della Corte penale internazionale e responsabilità*

abbia in buona misura utilizzato il suo potere nei confronti di chi occupa tali posizioni in Africa. La valutazione della reazione degli Stati africani a quello da essi considerato come un atteggiamento persecutorio della Corte e delle sue conseguenze sull'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali non può essere univoca, ma articolata.

La reazione degli Stati africani *uti singuli* all'azione della Corte penali internazionale nei confronti dei capi di Stato in carica, analizzata nella prima parte del presente contributo, non presenta specifici elementi di originalità, potendo essere inquadrata nell'ambito di un fenomeno tipico nella comunità internazionale. Infatti gli Stati, in certi momenti, sono tentati di uscire da un'organizzazione internazionale di cui sono membri, con l'intento di riacquistare autonomia ed indipendenza rispetto ad un processo di cooperazione istituzionalizzata che ritengono non rispondere più alle proprie esigenze. Fenomeno questo legato strettamente alla natura stessa degli Stati nel diritto internazionale, in quanto enti tradizionalmente *superiorem non recognoscentes*, i quali tollerano le limitazioni di sovranità (peraltro esclusivamente *ob reciprocam utilitatem*) - che l'appartenenza ad un'organizzazione internazionale impone necessariamente- solo quando e sino a che l'organizzazione internazionale dimostra di rispondere ai *desiderata* dello Stato stesso. Altrimenti risorge la volontà di riacquistare *in toto* la sovranità ceduta all'organizzazione internazionale. Tuttavia, la suddetta reazione dei singoli Stati africani, al di là delle parole, non ha nei fatti prodotto risultati particolarmente significativi, né i suoi effetti sull'organizzazione internazionale CPI (e quindi sull'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali nella forma attuale) sembrano essere particolarmente rilevanti. Ciò è confermato analizzando tale fattispecie col prisma del celebre modello di Hirschman²⁰⁵, del quale la reazione individuale di certi Stati

statale per gravi illeciti internazionali, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 1083 ss.; F. STAIANO, *Immunità dei Capi di Stato*, *op. cit.*

²⁰⁵ Cfr. A. O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty*, Cambridge, 1970. Il modello è invero pensato principalmente per descrivere il comportamento delle imprese, ma è lo stesso A. a ritenerlo applicabile ai membri che ritengano sussistere un peggioramento nei servizi forniti da un'organizzazione di cui fanno parte (*ibid.*, p. 4). Sebbene non sia stato applicato sovente alle relazioni tra gli Stati e le organizzazioni internazionali di cui essi sono membri, vi è qualche studio in tal senso. Così la teoria di Hirschman è stata applicata per analizzare il comportamento degli Stati Uniti nei confronti della società delle Nazioni (cfr. K. C. LAVELLE, *Exit, Voice, and Loyalty in International Organizations: US Involvement in the League of Nations*, in *Review of International Organizations*, 2007, pp. 371 ss.) e dei Paesi industrializzati nell'ambito dell'UNESCO (G. KITTEL - V. RITTBERGER - F. SCHIMMELFENNIG - A. HASENCLEVER, *Between Loyalty and Exit: Explaining the Foreign Policies of Industrialized Countries in the UNESCO Crisis (1978-87)*, Tubinga, 1995) e, più recentemente, alla stessa Corte penale internazionale. Si tratta del contributo di F. BOHEME, *Exit, voice and loyalty*, *op. cit.* Tale scritto, tuttavia, non prende in considerazione il comportamento dei soli Stati africani, ma contiene una rigorosa analisi delle dichiarazioni degli Stati membri della CPI nel periodo che va dalla sua nascita fino al 2016 e conclude che il sostegno globale per la Corte rimane elevato. È per queste ragioni che non mi sento di condividere *in toto* le conclusioni di questo peraltro serio studio. *In primis* in quanto essa concerne il comportamento complessivo degli Stati membri della CPI, mentre la presente analisi è incentrata sulla condotta di quelli africani. In secondo luogo perché essa prende in considerazione un periodo temporale ampio, ma non i mesi di maggiore difficoltà per la Corte.

africani all'operato della CPI parrebbe essere una pedissequa applicazione. La “voce”, infatti, è stata alta, ma l' “uscita” molto ridotta²⁰⁶. L'unico caso di uscita, peraltro, ha avuto luogo solo dopo anni di voce inutile, con conseguente aumento della frustrazione da parte degli Stati a causa di ciò. La resilienza della Corte penale internazionale e l'estrema difficoltà degli Stati membri a concretizzare il recesso, come dimostra il fatto che di sei Stati che lo hanno minacciato solo tre lo hanno formalizzato, ma di questi ben due non lo hanno perfezionato, potrebbe spingere a considerare la CPI come appartenente all'insieme di organizzazioni in cui Hirschman ritiene improbabile o impossibile l'uscita, a causa della “lealtà”²⁰⁷.

La questione, tuttavia, se si analizza la reazione collettiva degli Stati africani, assume connotati diversi da quelli sopra indicati. Nel caso di specie, infatti, gli Stati non più convinti dell'utilità derivante dalla loro partecipazione ad un'organizzazione internazionale di tipo universale (la CPI) hanno cercato di reagire collettivamente, attraverso un'altra organizzazione internazionale, ma a carattere regionale (l'Unione africana), che raggruppa tutti gli Stati africani membri della CPI e molti Stati non membri. Quest'ultimo costituisce un elemento di peculiarità rispetto a quanto ipotizzato da Hirschman. Sebbene anche il comportamento dell'Unione africana possa essere inquadrato nel binomio voce/uscita, esso infatti presenta anche alcuni elementi di specificità. Se i tentativi di modificare lo Statuto di Roma, ad esempio limitando i poteri di iniziare *motu proprio* un'indagine attribuiti al Procuratore dall'art. 15 dello Statuto, rientrano a pieno titolo nella categoria “voce” (la quale nell'idea di Hirschman esprime la capacità dello Stato di influire sulle decisioni e sulle politiche dell'organizzazione), l' “autorizzazione” data dall'UA ai suoi Stati membri di non cooperare con la Corte, non ottemperando alla richiesta di quest'ultima di arrestare e consegnare un capo di Stato in carica è più difficilmente inquadrabile nel modello, potendo forse rientrare in un'ipotesi di uscita selettiva (intendendo con ciò l'uscita da certe decisioni o da certe

²⁰⁶ Hirschman classifica le possibili reazioni che i membri di un'organizzazione hanno quando percepiscono come in diminuzione la rispondenza dell'attività dell'organizzazione stessa ai loro interessi, suddividendole in “Voce” (*Voice*) e “Uscita” (*Exit*). Il primo termine ricomprende le manifestazioni, individuali o collettive, di malcontento volte a stimolare un cambio di atteggiamento da parte dell'organizzazione. Il secondo, invece, descrive i casi di recesso dall'organizzazione. I due comportamenti (voce e uscita) non sono considerati alternativi, quanto piuttosto cumulativi, nel senso che si tende ad usare prima la voce per poi eventualmente passare all'uscita. Quest'ultimo, tuttavia, è un rimedio di ultima istanza, in quanto a seguito del recesso l'ormai ex membro perde la possibilità di influenzare il comportamento dell'organizzazione, per cui l'uscita non avverrà sin quando il membro non perderà le speranze di ottenere risultati attraverso la voce. Vi sono poi casi (come ad esempio famiglia, tribù, chiesa e stato, quelli che l'A. definisce “*primordial human groupings*”) in cui l'uscita è improbabile, quando non impossibile. Per descrivere tali casi Hirschman usa il termine di lealtà, definita come “un attaccamento speciale all'organizzazione”. La lealtà non rappresenta la terza alternativa al malcontento dopo voce ed uscita, quanto piuttosto un elemento che incide sul rapporto fra queste due, aumentando l'importanza e la probabilità di voce e riducendo di conseguenza quella di uscita, sino ad annullarla.

²⁰⁷ In dottrina vi è chi ha ritenuto che l'alta lealtà degli Stati alla CPI sia conseguenza del fatto che: “*the Court embodies the international accountability norm that many states support and regard as legitimate*”; F. BOHEME, *Exit, voice and loyalty*, *op. cit.*, p. 421.

politiche, in contrapposizione con l'uscita definitiva, o uscita *tout court* che invece corrisponde al recesso dall'organizzazione). Uscita selettiva che sarebbe però un'uscita selettiva di massa (concernendo tutti gli Stati africani membri sia della CPI che dell'UA) e fondata su un provvedimento dell'organizzazione regionale.

L'Unione africana, però, motiva il suo comportamento in diritto, considerandolo conforme al combinato disposto degli artt. 27 e 98 dello Statuto di Roma, secondo la sua interpretazione del combinato disposto di tali norme, come meglio illustrato *supra*. Questa “via giuridica” è perseguita con convinzione dall'organizzazione regionale, la quale è giunta da incoraggiare ufficialmente gli Stati parte e gli Stati non parte suoi membri a stipulare accordi bilaterali che garantiscano l'immunità ai “*senior State officials*”, per permettere all'art. 98 di produrre i suoi effetti²⁰⁸. Inoltre, sta cercando di ottenere il riconoscimento della sua interpretazione delle summenzionate norme, essendo riuscita, a mezzo di una richiesta del Kenya²⁰⁹, a far sì che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite mettesse in agenda una richiesta di parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia, ai sensi dell'art. 96 della Carta ONU, “sulle conseguenze delle obbligazioni giuridiche degli Stati in virtù di differenti fonti del diritto internazionale in materia di immunità dei Capi di Stato e di Governo ed altri *senior officials*”²¹⁰. Pertanto, continuando ad applicare le categorie di Hirschman, tale comportamento potrebbe essere qualificato come “voce”, intendendo con ciò la capacità dello Stato di influire sulle decisioni e sulle politiche dell'organizzazione. Si tratterebbe però di una categoria *sui generis* di voce, sotto due profili. In primo luogo, in quanto la voce non proviene da uno Stato ma da un'organizzazione regionale, la quale raduna un gruppo ampio di Stati, di cui peraltro alcuni sono membri dell'organizzazione CPI, ma altri no. In secondo luogo, il tentativo di influire sulle decisioni e le politiche dell'organizzazione è basato su una norma giuridica (*rectius* sull'interpretazione della stessa).

Secondo quanto scrive Hirschman, quando uno Stato è in grado di far sentire la sua voce, influenzando, o cambiando o bloccando le politiche con cui non è d'accordo non procede con l'uscita. Nella fattispecie in esame, tuttavia, quello che Hirschman definisce il “declino nella qualità o nel servizio” dell'organizzazione²¹¹, è costituito dall'apertura di indagini e dall'esercizio dell'azione penale nei confronti di *senior officials* di Paesi africani in carica ad opera della Corte, ovvero un comportamento che incide direttamente sul nucleo centrale della sovranità degli Stati. Un'eventuale “passo indietro” avrebbe

²⁰⁸ V. ASSEMBLY OF THE AFRICAN UNION, Nineteenth Ordinary Session *cit.* § 7.

²⁰⁹ V. UNGA, 73rd session - Agenda *cit.*

²¹⁰ V. UNGA, 73rd session, Request *cit.*

²¹¹ Intendendo con ciò quello che viene percepito dal membro dell'organizzazione come una diminuzione dell'utilità che egli ricava dalla partecipazione all'organizzazione stessa e che lo spinge ad utilizzare la voce o prospettare l'uscita.

pertanto un rilevante effetto nel senso di un ritorno di sovranità da parte degli Stati. Di conseguenza, qualora la voce dello Stato (*rectius* nel caso di specie dell'organizzazione regionale) fosse ascoltata, è vero che il recesso, peraltro nel caso di specie collettivo, dovrebbe essere scongiurato ma, sotto un altro profilo, si avrebbe un rilevante effetto dell'affermarsi della sovranità degli Stati sull'organizzazione internazionale CPI, in quanto alcuni suoi poteri verrebbero limitati.

D'altra parte, sempre applicando il suddetto modello, l'alternativa che si ha quando la voce non funziona è l'uscita. Uscita che, nel caso di specie rischierebbe di essere un recesso in massa degli Stati africani dalla Corte penale internazionale. Pertanto anche la *ICC Withdrawal Strategy* illustrata *supra* può essere agevolmente inquadrata nel modello: è l' "uscita", per la quale il membro insoddisfatto di un'organizzazione opta quando non è in grado di far sentire la sua voce (in modo da influire o cambiare o bloccare politiche con cui non è d'accordo), coniugata a livello di organizzazione regionale.

L'eventuale recesso di massa degli Stati africani rischierebbe di avere effetti potenzialmente molto rilevanti sull'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali come è strutturata attualmente attorno alla riconosciuta centralità della CPI. Si consideri infatti che gli Stati africani costituiscono il gruppo più numeroso in seno alla Corte: su 122 membri complessivi ben 33 sono africani (a fronte di 18 di Asia/Pacifico, 18 Europa orientale, 28 America latina e Caraibi, 22 Europa occidentale, oltre a Canada, Australia e Nuova Zelanda²¹²). Si tratta inoltre di Stati che hanno dato un contributo importante alla nascita ed allo sviluppo della Corte.

Si può pertanto concludere che la convinzione diffusa fra gli Stati africani che l'operato attuale della CPI non corrisponda alla loro utilità rischia di avere effetti distruttivi sull'istituzionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali? Probabilmente no.

Innanzitutto il rilievo mosso da molti Stati africani alla Corte di perseguire giudizialmente solo ed esclusivamente africani, per fatti accaduti in Africa non è più del tutto fondato. Se ciò era vero sino a qualche anno fa, oggi sembra che le cose stiano, lentamente, cambiando. È ben vero che, come meglio illustrato *supra*, gli scenari aperti riguardano ancora sostanzialmente gli Stati africani. Ad essi se ne è però aggiunto uno che non riguarda uno Stato africano, ma europeo, la Georgia. Inoltre, se si prendono in considerazione anche i casi sottoposti ad indagine preliminare dalla Procura si osserva che su dieci casi, sette non riguardano Stati africani, ma europei, asiatici, medio-orientali e sudamericani²¹³. Peraltro in ordine alle tre fattispecie concernenti l'Africa in una (Gabon) l'indagine è stata chiusa il 21 settembre 2018, in quanto la Procura non riteneva sussistere elementi sufficienti per ritenere che fossero stati

²¹² L'Italia ha ratificato lo Statuto di Roma in data 26 luglio 1999. Sui rapporti fra Italia e CPI v. M. CASTELLANETA, *Luci e ombre tra Italia e Corte penale internazionale*, in *Affari internazionali*, 2013.

²¹³ Nello specifico Afghanistan, Colombia, Iraq / Regno Unito, Palestina, Filippine, Ucraina e Venezuela.

commessi reati di competenza della CPI²¹⁴. Insomma, il c.d. “*Afro-Focused Prosecutorial Approach*”²¹⁵ sembra scemare e la CPI si è cominciata ad occupare anche di presunte violazioni avvenute in altre regioni del mondo, anche se per ora quasi esclusivamente a livello di indagine preliminare (con il solo caso della Georgia summenzionato in cui si è andati oltre).

Applicando la teoria di Hirschman si potrebbe ipotizzare che l'uscita diventi più remota in quanto la voce sta dando dei risultati. Ciò potrebbe anche essere vero, a meno che le summenzionate critiche alla Corte di dedicarsi esclusivamente all'Africa non nascondano in realtà una diversa preoccupazione da parte dei *leader* africani, legata alla scelta della CPI di perseguire giudizialmente anche i *senior State officials* in carica e di conseguenza al rischio di venire loro stessi chiamati a rispondere dei crimini internazionali eventualmente commessi dinanzi al tribunale internazionale²¹⁶.

Come tuttavia risulta dalla stessa linea di condotta dell'UA tratteggiata dai documenti esaminati, all'eventuale recesso *en masse*, frutto dell'implementazione della *ICC Withdrawal Strategy* da parte dei Paesi africani, non corrisponderebbe un ritorno della sovranità nei singoli Stati, quanto piuttosto l'assunzione di poteri analoghi a quelli dell'organizzazione che si abbandona (la CPI) da parte dell'organizzazione regionale, che li eserciterebbe attraverso la Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli (le cui competenze sono opportunamente ampliate in virtù del protocollo di Malabo), o, in alternativa, mediante la creazione, ad opera dell'Unione africana stessa, di tribunali misti o ibridi. In sostanza, muterebbe il soggetto cui gli Stati cedono la sovranità (*rectius* quella determinata porzione di sovranità): non più l'organizzazione universale, appunto, ma quella regionale, ritenendo che quest'ultima sia maggiormente rispondente all'utilità dello Stato stesso. Pertanto, sembra potersi concludere che l'idea alla base del percorso iniziato con i tribunali militari e che passando per i tribunali internazionali “puri” e poi sfociato nella CPI, ovvero l'idea che i crimini internazionali sono un problema collettivo, dell'intera comunità internazionale e che pertanto non può trovare una risposta basata solo sulla buona volontà di singoli Stati, ma deve essere possibile anche il ricorso ad un tribunale internazionale o internazionalizzato, sembra essere confermata dalla prassi. Il fenomeno, che già emerge con la nascita e proliferazione dei tribunali ibridi o misti, troverebbe ulteriore conferma qualora effettivamente le perplessità degli Stati africani sulla CPI portassero, alla fine, ad una regionalizzazione (nel caso di specie “africanizzazione”) della questione²¹⁷.

²¹⁴ Informazioni al proposito si trovano anche *sul* sito della CPI.

²¹⁵ L'espressione è di R. J. V. COLE, *Africa's Relationship with the International Criminal Court: more political than legal*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, p. 679.

²¹⁶ Tale accusa è mossa esplicitamente da alcuni autori quali, fra gli altri, E. OKURUT - H. AMONG, *The contentious relationship*, op. cit., pp. 22 e 23.

²¹⁷ Sul tema specifico della regionalizzazione della giustizia penale internazionale v., *inter alios*, W. BURKE-WHITE, *Regionalization of International Criminal Law Enforcement: A Preliminary Exploration*, in *Texas International Law*

In ogni caso la repressione giudiziale dei crimini internazionali non verrebbe lasciata ai soli tribunali statali, ma il sistema troverebbe il suo completamento in un tribunale con elementi di internazionalità. Ciò è da salutare, in principio, con favore. Sarebbe infatti difficilmente accettabile che venissero cancellati tutti i passi avanti compiuti in materia di repressione giudiziale dei crimini internazionali (e di conseguenza in ambito di tutela dei diritti umani) grazie allo sviluppo della cooperazione rafforzata fra Stati, sfociata in una vera e propria istituzionalizzazione con la creazione di un'organizzazione internazionale *ad hoc* (la Corte penale internazionale, appunto). Tale sviluppo è stato infatti la conseguenza dell'insufficienza che conteneva *in nuce* la soluzione della persecuzione giudiziale dei crimini internazionali affidata solo agli Stati in virtù del principio *aut dedere aut indicare*.

È vero che, sul piano teorico, la soluzione universale sarebbe sempre da preferire, in quanto i crimini internazionali sono, per definizione, crimini universali, in quanto offendono l'intera umanità. La soluzione regionale presenta però alcuni vantaggi propri, specifici²¹⁸. Esiste infatti una solidarietà regionale, frutto di fattori politici e di utilità reciproche maggiormente avvertite, la quale produce come effetto, positivo, l'attenuazione del rischio di una reazione negativa nascente da un intervento considerato dall'esterno, da lontano e pertanto vissuto come il risultato di una politica di dominio da parte degli Stati più potenti, quali ad esempio i membri permanenti del Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite o, addirittura, nel caso dell'Africa, come il frutto di una politica neo-coloniale. Nel caso specifico si tratterebbe inoltre di un'applicazione del principio “soluzioni africane ai problemi africani”, tanto caro agli alfiere del pan-africanismo e tenuto in grande considerazione dalla stessa Unione africana.

Dall'analisi effettuata appare pertanto che l'insoddisfazione degli Stati membri nei confronti di un'organizzazione internazionale a carattere universale potrebbe portare a ricorrere, per affrontare le questioni di competenza dell'organizzazione internazionale stessa (nella fattispecie in esame la repressione giudiziale dei crimini internazionali in cooperazione coi tribunali statali), non già al livello universale, quanto piuttosto a quello regionale, eventualmente a seguito di un recesso di alcuni Stati membri dall'organizzazione universale stessa. La domanda da porsi è se tale fenomeno sia limitato al caso analizzato, ovvero la Corte penale internazionale o se, al contrario, non debba inquadrarsi nell'ambito di un movimento più vasto, attualmente in atto, che comporta in generale uno spostamento di sovranità dal livello universale a quello regionale, essendo gli Stati, tradizionalmente *superiorem non recognoscentes*, più propensi a condividere la loro sovranità, *ob reciprocam utilitatem*, localmente, coi loro vicini, anziché con

Journal, 2003, pp. 729 ss.; C.C. JALLOH, *Regionalizing International Criminal Law?*, in *International Criminal Law Review*, 2009, pp. 445 ss.

²¹⁸ Come si è avuto modo di illustrare in un precedente lavoro concernente il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, il sistema regionale può rivelarsi particolarmente efficace; cfr. L. PASQUALI, *Il contributo cit.*, pp. 270 ss.

altri Stati, sentiti come lontani, geograficamente e culturalmente, e di cui si teme la potenza. Una risposta organica a tale quesito richiederebbe uno studio specifico. L'impressione è tuttavia che quanto sta accadendo in materia di repressione giudiziale dei crimini internazionali non sia un fenomeno isolato. La scelta di ricorrere al livello regionale, a discapito di quello universale sta infatti verificandosi in altre aree del mondo ed in altre materie, come ad esempio per quanto concerne la soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti esteri in America Latina²¹⁹. Quindi non solo Africa e repressione giudiziale dei crimini internazionali, ma anche America latina e soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti esteri.

Nel valutare l'opportunità o meno di una regionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali il profilo più rilevante appare tuttavia essere quello funzionale: ciò che conta è che si adotti lo strumento che maggiormente garantisce che non vi sia impunità per tale tipo di crimini²²⁰. È questa la cartina tornasole su cui misurare la bontà di una soluzione rispetto ad un'altra²²¹ e, da questo punto di vista quanto potrebbe accadere in Africa desta non poche preoccupazioni. D'altra parte è noto che in Africa la tutela giudiziale dei diritti umani tende ad oscillare fra la lotta contro l'impunità ed il mantenimento della pace²²². Come meglio illustrato *supra*, nel Protocollo di Malabo è espressamente prevista l'immunità per i capi di Stato e di governo in carica, ma anche per “chiunque agisca o abbia titolo ad agire in tale ruolo” e per gli “altri *senior officials* in base alle loro funzioni”. Né appare certo che eventuali tribunali misti o ibridi creati in singoli Paesi africani sarebbero in grado di sottoporre ad un equo processo le massime cariche dello Stato in funzione. Se, pertanto, la regionalizzazione della cooperazione fra Stati nella repressione giudiziale dei crimini internazionali si

²¹⁹ Sul tema cfr. il recentissimo contributo di A. DEL VECCHIO, *La regionalizzazione dell'arbitrato per la soluzione delle controversie riguardanti gli investimenti esteri in America latina*, in *Liber amicorum di Angelo Davì*, Napoli, in corso di stampa, in cui si evidenzia la crescente preferenza per gli strumenti regionali (quali il sistema Mercosud ed il tentativo compiuto in seno all'UNASUR) a discapito del sistema ICSID. Sulla nozione di “Investimenti” nel diritto internazionale e di arbitrato negli investimenti internazionali v., rispettivamente, F. MARRELLA, *Investimenti (Diritto internazionale)*, in Treccani, *Enciclopedia del diritto online*, Roma, 2018 e F. MARRELLA, *Arbitrato nel commercio e negli investimenti internazionali*, in F. MARRELLA - T. TREU - R. GAROFOLI (a cura di), *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2016, pp. 781-782.

²²⁰ Nelle parole di un giudice della CPI: “*the concrete possibility to investigate and prosecute international crimes and to bring to justice the perpetrators of the most serious crimes, that normally go unpunished at the domestic level, is something of an extraordinary importance and it has, in perspective and as such, a potential preventive effect. Each deviation, delay, in pursuing this objective would be a defeat for the International Community as a whole*”; C. TARFUSSER, *The International Criminal Court vis-à-vis Africa: a Defence from inside the Court*, in ISPI online papers, 28 marzo 2017.

²²¹ Così *inter alios* F. POCAR, *The Proliferation*, *op. ult. cit.*, p. 308.

²²² Sul tema v. T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali sulle commissioni di verità e riconciliazione e L'ammnistia nell'esperienza della commissione per la verità e riconciliazione del Sudafrica*, in F. FRANCONI - M. GESTRI - N. RONZITTI - T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008, pp. 599 e 615; E. NALIN, *Transitional Justice in Africa: Between the Fight Against Impunity and Peace Maintenance*, in G. CELLAMARE - I. INGRAVALLO (a cura di), *Peace Maintenance*, *op. cit.*, pp. 135-168.

sostanziasse nel ritorno dell'immunità, per chi rappresenta lo Stato ai massimi livelli, in tal caso si assisterebbe ad una rinnovata affermazione della sovranità degli Stati, non tanto per la perdita di competenze da parte dell'organizzazione universale CPI (nella misura in cui tali competenze verrebbero comunque trasferite ad un altro ente sovranazionale, seppur regionale), quanto piuttosto perché chi incarna tale sovranità non potrebbe più essere giudicato da un tribunale internazionale.

Completamente diversa si presenterebbe la questione se all'eventuale entrata in vigore del Protocollo di Malabo, o all'istituzione di tribunali misti o ibridi in singoli Stati africani, altrettanto eventuale, non corrispondesse un recesso di massa degli Stati africani dalla Corte penale internazionale.

In tal caso, infatti, entrerebbe in gioco ancora una volta il principio di complementarità: non solo tra giurisdizioni statali e CPI, ma anche fra quest'ultima ed altri tribunali africani, internazionali o misti. In dottrina è radicata la convinzione che tale complementarità sarebbe legittima, sebbene l'art. 1 dello Statuto di Roma menzioni espressamente la complementarità solo fra la Corte e le “giurisdizioni penali nazionali”, sembrando così voler tratteggiare un sistema “completo” o “chiuso” in cui la repressione giudiziale dei crimini internazionali è affidata agli Stati e solo quando essi non possono o non vogliono intervenire l'organizzazione internazionale apposita, la Corte penale internazionale, appunto, ai sensi dell'art. 17 dello Statuto stesso²²³. La tesi appare convincente, anche se non perfettamente rispondente al tenore letterale della norma, proprio alla luce di quanto cennato *supra* e cioè che l'obiettivo da perseguire è il massimo grado di punibilità per i crimini internazionali, anche per l'effetto di deterrenza che ciò comporta. Di fronte a questo principio pare opportuno che considerazioni meramente formali e formalistiche cedano il passo.

Nel caso di specie, peraltro, il fatto che il Protocollo di Malabo preveda l'immunità per i Capi di Stato, di governo e di una serie di altri soggetti (che possono essere definiti genericamente come *senior officials*) in carica paradossalmente semplificherebbe la ripartizione delle competenze fra la Corte africana di giustizia e diritti umani e dei popoli e la CPI. Spetterebbe infatti a quest'ultima il potere di giudicare tali soggetti in quanto la Corte africana non potrebbe occuparsene, in virtù di quanto disposto espressamente dal Protocollo medesimo²²⁴.

Tale atto, tuttavia, è stato ideato e redatto sotto l'egida dell'Unione africana non in uno spirito di collaborazione con la Corte penale internazionale, allo scopo di migliorare ulteriormente la repressione

²²³ Così, *ex plurimis*, I. INGRAVALLO, *The Relationship*, op. cit., pp. 184 e 185. Sulla complementarità fra livello regionale e livello universale v. inter alios M. JACKSON, *Regional Complementarity: The Rome Statute and Public International Law*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2016, pp. 1061 ss. Sul rapporto fra CPI e Corte africana v. anche A. PANETTA, *Il principio di complementarità*, op. cit., p. 25. Si rinvia inoltre a quanto scrivono sul tema gli altri autori menzionati alla nota 3

²²⁴ In senso analogo v. I. INGRAVALLO, *The Relationship*, op. cit., p. 185.

giudiziale dei crimini internazionali attraverso un'estensione dell'applicazione del principio di complementarità, quanto piuttosto con l'idea di costituire un'alternativa, regionale, alla CPI, che si occupasse di giudicare le persone accusate di aver commesso crimini internazionali sul territorio africano. Non è un caso che il Protocollo nulla dica sulle relazioni fra la Corte africana e quella internazionale. La sua stesura sembra far parte di una strategia più ampia dell'UA, ed è complementare alla *ICC Withdrawal Strategy*: Entrambe, peraltro, paiono subordinate ad un'altra ipotesi e cioè riuscire, attraverso un certo uso ed una determinata interpretazione di alcune norme dello Statuto di Roma o, in alternativa, mediante emendamenti allo Statuto stesso, a raggiungere quello che sembra essere il principale obiettivo attuale degli Stati africani (o almeno di un certo numero di essi), obiettivo fatto proprio dall'organizzazione regionale, ovvero far sì che la Corte non eserciti la propria giurisdizione nei confronti dei *senior State officials* africani in carica (ovvero di coloro che incarnano *pro tempore* la sovranità statale), per tutta la durata del loro mandato. Solo nell'impossibilità di ciò gli Stati africani paiono essere pronti a dare concretezza all'alternativa regionale (la quale prevede appunto l'immunità dalla giurisdizione della Corte africana per i suddetti soggetti)²²⁵.

È ben vero che neppure in questo caso l'immunità dei Capi di Stato, di governo ed altri *senior State officials* africani in carica dall'azione della Corte penale internazionale sarebbe del tutto garantita.

Innanzitutto, in quanto in ogni caso ai sensi dell'art. 127, comma 2, la Corte, in caso di recesso di uno Stato, può continuare ad occuparsi di ogni questione di cui fosse stata investita prima che il recesso si perfezionasse, come meglio illustrato *supra*²²⁶.

Inoltre, anche per le situazioni “nuove”, pur nell'ipotesi in cui i crimini fossero avvenuti sul territorio di uno Stato africano non più parte dello Statuto di Roma e l'indagato avesse la cittadinanza di tale Stato (o comunque di altro Stato non parte), rimarrebbe comunque la possibilità che il Consiglio di Sicurezza, agendo nell'ambito del Capitolo VII della Carta dell'ONU, sottoponga al Procuratore una questione che si inserisce nelle categorie di reati per i quali la Corte può giudicare un individuo in virtù dei poteri attribuitigli dall'art. 13 dello Statuto di Roma.

²²⁵ L'ipotesi dell'entrata in vigore del Protocollo senza un recesso di massa degli Stati africani dalla Corte penale internazionale non appare infatti realistica. Se, come appare dall'esame svolto, il comportamento degli Stati africani e dell'organizzazione regionale che li racchiude è frutto della preoccupazione legata all'azione della CPI nei confronti dei Capi di Stato ed altri *senior State officials* africani in carica e le azioni intraprese sono volte a impedire che tali soggetti siano sottoposti al giudizio di un tribunale internazionale durante il loro mandato, allora nell'ipotesi tratteggiata *supra* gli Stati africani otterrebbero il risultato opposto a quello che volevano raggiungere: ovvero proprio i soggetti che volevano sottrarre alla Corte penale internazionale rimarrebbero sottoposti alla sua giurisdizione.

²²⁶ V. paragrafo 3.1.2. sulla *Withdrawal Strategy*.



Ciò non toglie che, astrattamente, sarebbe possibile che il Protocollo di Malabo entrasse in vigore, gli Stati africani non recedessero dalla CPI e si instaurasse una collaborazione fra Corte africana e CPI nella persecuzione giudiziale dei crimini internazionali fondata sul principio di complementarità. Non ritengo però che, alla luce della prassi esaminata, sia questa la prospettiva effettivamente realizzabile, pur essendo auspicabile²²⁷.

²²⁷ Così *inter alios* F. POCAR, *The Proliferation*, *op. cit.*, p. 308.