

Le attività del Procuratore della Corte Penale Internazionale nell'ambito delle indagini preliminari: il rinvio della situazione del Gabon.

di *Elisabetta Bonomo*

Il 21 settembre scorso, l'Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale ha ricevuto l'atto di rinvio di una situazione da parte del governo della Repubblica del Gabon, in cui vengono riferiti alcuni fatti che costituirebbero crimini internazionali, avvenuti a seguito delle elezioni presidenziali tenutesi nel mese di agosto e per i quali sarebbe responsabile il candidato perdente, il signor Jean Ping¹.

Si tratta del quinto caso in cui la Corte de L'Aja viene attivata da uno Stato parte dello Statuto di Roma² e costituisce l'occasione per analizzare quasi siano le conseguenze ne derivano. In particolare, ci si vuole di seguito soffermare sui poteri e gli eventuali obblighi che – come conseguenza di tale atto – insorgano in capo al Procuratore.

Prima di procedere con l'analisi prefissata, è necessario illustrare il fondamento giuridico del rinvio di una situazione da parte dello stesso Stato in cui sono avvenuti i fatti rispetto ai quali si richiede di aprire un'indagine. Come è noto, l'attivazione della Corte è possibile – oltre che per iniziativa dello stesso Procuratore³ - tramite un rinvio da parte del Consiglio di sicurezza o di uno Stato che abbia precedentemente ratificato lo Statuto di Roma. Rispetto a quest'ultimo caso, la normativa rilevante non contiene alcuna specificazione ulteriore, consentendo dunque, da una parte, che non vi sia alcun collegamento particolare tra lo Stato rinviante e i fatti che si ritiene costituiscano crimini internazionali e, dall'altra parte, che anche lo Stato che abbia giurisdizione sull'eventuale caso possa inviare un'auto-denuncia ("self-referral").

L'atto di "referral" non crea alcun vincolo particolare in capo allo Stato rinviante nei confronti della Corte, dal momento che gli obblighi – in particolare quelli di cooperazione - derivano dal suo essere parte dello Statuto di Roma. Ciononostante, si ritiene che sia necessario che l'organo firmatario dell'atto abbia il potere di rappresentare lo Stato come "comunità giuridica unitariamente organizzata"⁴. Per questo motivo, i rappresentanti degli Stati devono essere debitamente abilitati, secondo i criteri previsti nell'ambito della procedura per l'adozione dei trattati

¹ L'atto di rinvio è reperibile al sito <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-Gabon.pdf>

² Per quanto riguarda la situazione della Costa d'Avorio, non essendo quest'ultimo Stato parte dello Statuto, a seguito dell'atto di accettazione ai sensi dell'art. 12, par. 3, si è resa necessaria l'attivazione *motu proprio* del Procuratore.

³ In questo caso, l'avvio delle indagini non è tuttavia automatico, dal momento che – ai sensi dell'art. 15 dello Statuto – è necessario che il Procuratore abbia ottenuto debita autorizzazione da parte della Camera preliminare.

⁴ Salerno F., *Diritto internazionale, principi e norme*, Padova, 2013, p. 164.

internazionali⁵. Mentre considerati *ipso iure* plenipotenziari il Capo dello Stato, il Capo del governo, il Ministro degli esteri e il capo di missione diplomatica, per gli altri soggetti è necessario un formale atto di abilitazione.

Con riferimento al rinvio da parte del Gabon, si può osservare come l'atto sia firmato da parte del Ministro di giustizia e dei diritti umani, debitamente autorizzato dal Capo dello Stato, tramite un atto di "Pleins pouvoirs"⁶.

L'attivazione della Corte – che avvenga ad opera di uno Stato o del Consiglio di sicurezza – comporta l'avvio di una fase pre-processuale di "preliminary investigations". Le modalità di svolgimento delle attività sono disciplinate dall'art. 15, par. 2 dello Statuto, mentre la decisione conclusiva in merito all'apertura delle indagini si fonda su valutazioni di carattere discrezionale, nell'effettuare le quali il Procuratore deve considerare – tra le altre cose – gli elementi indicati all'art. 53.

Una delle caratteristiche delle "preliminary investigations" consiste nei limiti dei poteri attribuiti al Procuratore. In questa fase, infatti, è possibile solamente raccogliere informazioni da parte di Stati, organizzazioni internazionali o non governative e altre fonti attendibili, oppure ottenere testimonianze presso la sede della Corte. Tutto il materiale viene inviato dagli Stati in modo volontario poiché in questa fase preliminare al procedimento non sussiste alcun obbligo statutario di cooperazione a favore della Corte. L'art. 86 dello Statuto stabilisce, infatti, che "States parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its *investigation and prosecution* of crimes within the jurisdiction of the Court" (corsivo aggiunto). Non solo, come già osservato, non siamo ancora in una fase di indagine, ma, mancando un'imputazione nei confronti di un soggetto individuato non neppure possibile parlare di azione giudiziaria per crimini rientranti nella giurisdizione della Corte. Una possibilità di ampliamento degli obblighi di cooperazione anche nella fase pre-processuale è connessa alla questione dell'esistenza o meno di un obbligo di cooperazione anche rispetto alle richieste connesse ai "poteri impliciti" della Corte. La risposta dipende dall'interpretazione data in merito alla portata dell'art. 86 dello Statuto⁷. Sulla base della dottrina tradizionale e del principio *in dubio mitius*, secondo il quale gli obblighi pattizi andrebbero interpretati nel senso più restrittivo possibile perché derogano al principio generale di libertà degli Stati, una tale interpretazione degli obblighi di cooperazione non sarebbe ammissibile. Diversamente, invece, essa sarebbe accettabile in base al principio generale di effettività e alla teoria dell'effetto utile, che riconoscerebbe l'esistenza di poteri impliciti, necessari all'esercizio delle funzioni della Corte⁸. Qualora si accogliesse questa tesi rimarrebbe tuttavia dubbia

⁵ Cfr. art. 7, Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

⁶ <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Power-of-attorney-Gabon.pdf>

⁷ Swart B., Sluiter G., *The International Criminal Court and International Criminal Cooperation*, in Von Hebel H. A. M., Lammers J. G., Schukking J. (a cura di), *Reflection on the International Criminal Court: Essays in Honour of Adrian Bos*, Den Haag, 1999, p. 91.

⁸ Salerno F., *Diritto internazionale, principi e norme*, Padova, cit., p. 189

la possibilità di avviare le procedure previste dall'art. 87 dello Statuto in caso di mancato adempimento delle richieste di cooperazione.

Passando ora alle attività proprie delle indagini preliminari, come specificato anche dall'Ufficio del Procuratore nel suo "Policy paper on preliminary investigations" del 2013⁹, gli elementi da accertare sono nell'ordine: la giurisdizione, l'ammissibilità, l'interesse della giustizia.

La sussistenza della giurisdizione della Corte deve essere verificata dal punto di vista personale, temporale e materiale. Per quanto riguarda i primi due criteri, nell'ambito della situazione rinviata dal Gabon non si rileva alcuna problematica: conformemente a quanto prescritto dagli articoli 11 e 12 dello Statuto, i fatti riferiti sono avvenuti dopo l'entrata in vigore dello Statuto per lo Stato e, inoltre, coinvolgono soggetti di nazionalità di uno Stato parte. Più complicata è, invece, l'analisi degli elementi materiali. Secondo il rappresentante del Gabon, Jean Ping, si sarebbe reso responsabile del crimine di genocidio per aver pubblicamente incitato il popolo ad agire per liberarsi da una parte della popolazione, definita di "scarafaggi"¹⁰. Inoltre, egli avrebbe una responsabilità indiretta nella commissione di alcuni atti persecutori e di privazione della libertà, riconducibili – secondo la ricostruzione del ministro gabonese – ai crimini contro l'umanità. In questa fase preliminare si deve dunque verificare se, secondo il criterio del "reasonable grounds to believe"¹¹, i fatti riportati contengano gli elementi costitutivi delle fattispecie penali rientranti nella giurisdizione della Corte. Ciò non significa, tuttavia, che il *nomen iuris* attribuito dallo Stato sia vincolante per il Procuratore. Per quanto riguarda la prima ipotesi di crimine, l'atto di "referral" non riporta alcuna indicazione dell'esistenza del dolo specifico che deve accompagnare le condotte perché queste costituiscano genocidio: l'art. 5 dello Statuto di Roma richiede espressamente la volontà di distruggere un gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso, mentre non fa alcun riferimento a ragioni di carattere politico.

Per quanto riguarda le ipotesi di crimini contro l'umanità, come ricordato anche nel rinvio, non è sufficiente che le condotte costituiscano un fatto isolato, bensì è necessario che esse siano parte di un attacco vasto o sistematico, la cui esistenza deve essere dimostrata. La Corte ha stabilito le caratteristiche di tali elementi circostanziali, riconducendo la "vastità" nell'esistenza di un "attack massive, frequent, carried out collectively with considerably seriousness and directed against a large number of civilian victims" e la "sistematicità" nella "organized nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence"¹².

⁹ https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/OTP-Policy_Paper_Preliminary_Examinations_2013-ENG.pdf

¹⁰ L'art. 25, par. 3, lett. e) dello Statuto di Roma stabilisce infatti per il solo crimine di genocidio la responsabilità per colui che "directly and publicly incites others to commit genocide".

¹¹ Art. 53, par. 1, lett. a).

¹² *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23.1.2012, par. 177.

Una volta accertata l'esistenza della giurisdizione della Corte, il Procuratore deve verificare l'ammissibilità del potenziale caso, secondo i criteri previsti dall'art. 17 dello Statuto. Si tratta di una valutazione che deve seguire due parametri: quello della complementarità e quello della gravità. Normalmente a questo stadio preliminare è difficile compiere una valutazione sull'ammissibilità secondo il parametro della complementarità, poiché, non essendo individuati i soggetti da perseguire, non è possibile verificare l'esistenza o meno di procedimenti penali di fronte a giurisdizioni statali e, dunque, accertare l'eventuale "unwillingness" o "inability". Poiché si tratterebbe di un giudizio esclusivamente prognostico, i giudici della Corte hanno definito impossibile, a questo stadio, un giudizio di inammissibilità¹³: in questa fase, la valutazione dell'ammissibilità non dovrebbe essere in alcun modo vincolante e dovrebbe essere effettuata sulla base di alcuni criteri che definiscano i "casi potenziali", ovvero identifichino il gruppo di persone che presumibilmente potrebbero essere coinvolte nelle indagini e i crimini che presumibilmente saranno perseguiti¹⁴.

Nell'ambito del rinvio qui analizzato, la verifica dell'ammissibilità secondo il criterio della complementarità appare tuttavia più agevole, in quanto il soggetto potenzialmente responsabile è già stato individuato. Alcuni interrogativi si pongono in conseguenza all'uso dello strumento del "self-referral": in questo caso, infatti, è dubbio se la mera autodenuncia possa essere sufficiente a soddisfare le condizioni di ammissibilità del caso, oppure se questa non esimi la Corte dalla loro effettiva verifica. In altre parole, si pone in questi casi il problema della sostenibilità della tesi per cui alla volontà di attivare la Corte da parte dell'organo statale legittimato a esprimerla consegua una rinuncia automatica della giurisdizione a favore della Corte e, dunque, un caso di "uncontested admissibility"¹⁵.

A tal proposito bisogna innanzitutto chiarire che una rinuncia alla giurisdizione da parte dello Stato non sembrerebbe coerente con il principio di complementarità come volto a incoraggiare gli Stati ad adempiere il proprio dovere di azione penale¹⁶. Inoltre, poiché lo Statuto non prevede alcuna eccezione al principio di complementarità, a parere di chi scrive deve accogliersi la tesi per cui il Procuratore anche in questi casi dovrebbe accertare l'assenza di procedimenti interno¹⁷ e, se possibile, considerare l'eventualità che altri Stati aventi giurisdizione sui casi potenziali potrebbero aver avviato dei procedimenti penali: poiché, infatti, gli Stati utilizzano criteri di giurisdizione diversi, non si può escludere che più Stati abbiano

¹³ *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, ICC-01/09-02/11-96, 30 maggio 2011, par. 49.

¹⁴ *Idem*, par. 50.

¹⁵ Office of the Prosecutor, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 18.

¹⁶ Jurdi N. N., *The International Criminal Court and National Courts. A Contentious Relationship*, Surrey, 2011, p. 168.

¹⁷ *Idem*, p. 163.

competenza sul medesimo caso. Solo attraverso una verifica effettiva sarebbe possibile rispettare i principi sanciti nello Statuto di Roma, che vedono l'azione della Corte come l'*extrema ratio*. Inoltre, la rinuncia di uno Stato alla giurisdizione sui crimini internazionali sarebbe incompatibile con gli obblighi di indagare e procedere imposti dal diritto internazionale¹⁸.

Il secondo criterio di ammissibilità riguarda la gravità, cui non può essere data un'interpretazione troppo stringente, poiché, come osservato dai giudici della Camera d'Appello, dare in questa fase una valutazione eccessivamente formalistica delle circostanze¹⁹ creerebbe un ostacolo al ruolo deterrente della Corte²⁰. Ciò non significa che l'Ufficio del Procuratore sia privo di linee-guida da seguire nell'esecuzione della verifica: la regulation 29, par. 2 delle Regulations of the Office of the Prosecutor prevede, infatti, che i fattori da analizzare siano il grado, la natura, le modalità di commissione dei crimini e il loro impatto. In quanto fondata essenzialmente sulla discrezionalità del Procuratore, questa valutazione risulta fondamentale, in particolare se si considera che, dal momento che la Corte penale internazionale ha risorse limitate, dovrebbe il più possibile essere incoraggiato il ricorso ai meccanismi giudiziari nazionali²¹.

L'ultima fase caratteristica delle "preliminary investigations" riguarda l'esame dell'interesse della giustizia. L'art. 53, par. 1, lett. c) dello Statuto ricollega questo concetto alla gravità del crimine e all'interesse delle vittime. La peculiarità di tale valutazione risiede nel fatto che il Procuratore non è chiamato a verificare se l'avvio delle indagini risponda agli interessi della giustizia, bensì se esistano circostanze specifiche tali da indurre a ritenere che la loro apertura possa ledere tali interessi²². L'Ufficio del Procuratore ha posto grande attenzione nell'interesse delle vittime, sottolineando la necessità di valutare non solo il loro interesse a vedere fatta giustizia, ma anche i bisogni di protezione e salvaguardia, oltre all'impatto che indagini e procedimento avrebbero su di loro²³.

¹⁸ Kleffner J., *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdiction*, cit., p. 216. *Contra*, Kress C., "Self-Referrals" and "Waivers of Complementarity, Some Considerations in Law and Policy", in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, vol. 2, p. 945.

¹⁹ *Prosecutor v. Abu Garda*, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-02/05-02/09-243-Red, 8/02/2010, par. 31.

²⁰ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58," ICC-01/04-169, 13/03/2006, par. 69 ss.

²¹ Cfr. International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Paper on Some Policy Issues before the Office of the Prosecutor*, 2003, p. 3.

²² Office of the Prosecutor, *Situation in Mali, Art. 53(1) Report*, 16.1.2013, reperibile al sito <http://www.icc>

http://www.icc.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr869.aspx (ultimo accesso, agosto 2015). International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Policy paper on the interests of justice*, 2007, p. 2 ss.

²³ International Criminal Court, Office of the Prosecutor, *Policy paper on the interests of justice*, p. 5.

In particolare, ci si interroga sulla possibilità che il Procuratore, alla luce dell'esistenza di meccanismi di giustizia di transizione operanti all'interno dello Stato, decida di non procedere con l'azione. Un'interpretazione restrittiva che, sulla base delle regole dettate dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, guardi principalmente al significato letterale dei termini usati e solo in secondo luogo all'oggetto e allo scopo del trattato²⁴, limiterebbe la portata dell'espressione fino a escludere una tale possibilità. Tuttavia la dottrina appare divisa sul punto. La maggior parte di essa interpreta l'espressione "interest of justice" in modo decisamente più estensivo, che renderebbe possibile che il Procuratore effettui un vero e proprio "bilanciamento" fra gli interessi della giustizia e gli interessi della pace. In questo modo, nei casi in cui nello Stato siano in atto processi di pacificazione, sussisterebbero le condizioni per rinunciare all'esercizio dell'azione penale²⁵. D'altra parte, come sostiene il prof. Zappalà, "it appears necessary to preserve the integrity of the proceedings without turning a blind eye to their political dimension"²⁶.

²⁴ Diversi punti di vista sono raccolti in Dukić D., *Transitional Justice and the International Criminal Court – in the "Interest of Justice"?*, in *International Review of the Red Cross*, 2007, vol. 89, p. 696 ss.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Zappalà S., *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, p. 43 ss.