

Il Caso Al-Bashir avanti la Corte Penale Internazionale. Il riferimento della Giordania all'Assemblea degli Stati Parte e al Consiglio di Sicurezza

di *Jacopo Governa*

Sommario. 1. I fatti. – 2. La procedura. – 3. Il contenuto delle decisioni. – 4. Il riferimento. – 5. L'appello della Giordania.

1. I fatti

L'11 Dicembre 2017 La Pre-Trial Chamber II (PTCII) della Corte Penale Internazionale (Corte o ICC) ha adottato una nuova decisione ex art. 87 dello Statuto della Corte (St.). Tale decisione riguarda la mancata esecuzione di una richiesta di cooperazione rivolta al Regno di Giordania avente ad oggetto l'arresto del Presidente del Sudan Omar Al-Bashir e la sua consegna alla Corte.¹

Come è noto, il 31 marzo 2005 il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha riferito alla Corte la situazione in Sudan mediante la Risoluzione 1593 (2005) per presunti crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio perpetrati nella regione del Darfur dal 2002, anno di entrata in vigore dello Statuto di Roma.² Nonostante il Procuratore della Corte abbia spiccato, nel marzo 2009 e nel luglio dell'anno successivo, due mandati d'arresto,³ da quasi dieci anni Al-Bashir mantiene il suo ruolo di Presidente del Sudan e come tale partecipa ad incontri ufficiali e riunioni di capi di Stato anche al di fuori del suo Paese.

Nel corso degli anni Al-Bashir ha viaggiato sul territorio di numerosi Stati partedello Statuto di Roma sui quali grava un obbligo di cooperazione con la Corte regolato dalla parte IX dello Statuto. Tuttavia, nonostante i

¹ *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, 11 dicembre 2017, ICC-02/05-01/09-309 (“Jordan decision”).

² S/RES/1593 (2005).

³ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 marzo 2009, ICC-02/05-01/09-1; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Second Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 luglio 2010, ICC-02/05-01/09-95.

numerosi appelli, nessuno Stato ha proceduto al suo arresto e alla sua consegna alla Corte consentendo al Procuratore di formulare l'accusa. Sotto il profilo giuridico, il più grande ostacolo opposto dagli Stati all'esecuzione della richiesta di cooperazione è quello dell'immunità dei capi di Stato nel corso delle visite ufficiali, che metterebbe gli Stati a cui venga presentata la richiesta nella difficile situazione di scegliere se violare il diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità, ovvero di venir meno agli obblighi pattizi derivanti dalla ratifica dello Statuto.

In più occasioni la Corte ha avuto modo di esprimersi al riguardo, dichiarando ad esempio che lo Stato a cui venga richiesto di cooperare agirebbe quale strumento dello *juspuniendi* della Corte, quale tramite dunque per l'esercizio della giurisdizione di quest'ultima e non della propria giurisdizione nazionale.⁴ La questione è alla base anche della recente decisione adottata nei confronti della Giordania, che non presenta alcuna novità rispetto alla decisione del luglio 2017 quando la stessa PTCII si è espressa in merito alla mancata cooperazione del Sudafrica.⁵ Sia la decisione maggioritaria che l'opinione separata del giudice Perrin de Brichambaut rinviano ai ragionamenti effettuati in quella sede, che necessitano dunque di essere richiamati.

2. La procedura

⁴*Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 December 2011, ICC-02/05-01/09-139 par.43. V. anche *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, 13 December 2011, ICC-02/05- 01/09-140; *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, 26 March 2013, ICC-02/05-01/09-151; *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", 9 April 2014, ICC-02/05-01/09-195; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the non-compliance by the Republic of Djibouti with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of the State Parties to the Rome Statute, 11 July 2016, ICC-02/05-01/09-266; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Decision on the non-compliance by the Republic of Uganda with the request to arrest and surrender Omar Al-Bashir to the Court and referring the matter to the United Nations Security Council and the Assembly of State Parties to the Rome Statute, 11 July 2016, ICC-02/05-01/09-267.

⁵ *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, 6 luglio 2017, ICC-02/05-01/09-302 ("South Africa decision").

La disciplina generale delle richieste di cooperazione da parte della Corte è regolata dall'art. 87 St., che al paragrafo (7) prevede la possibilità di dichiarare la mancata cooperazione da parte di uno Stato che abbia impedito alla Corte stessa di esercitare i suoi poteri e le sue funzioni ed, eventualmente, riferire la questione alla Assemblea degli Stati Parte (ASP) e al Consiglio di Sicurezza, nel caso in cui la situazione sia stata riferita al Procuratore *ex art.* 13(b) St..

Come correttamente ricordato dal giudice Perrin de Brichambeaut la possibilità per la Corte di pronunciarsi in tema di diritto applicabile nei rapporti tra due Stati, potere normalmente proprio della Corte Internazionale di Giustizia, deriva dal principio della *Kompetenz-Kompetenz* di cui all'art. 119 St.⁶ La condizione di incertezza per lo Stato a cui viene inoltrata la richiesta è infatti determinata proprio dalla richiesta della Corte, che pertanto è chiamata a sciogliere i nodi controversi.⁷

3. Il contenuto delle decisioni

Aspetti preliminari. Le questioni da dirimere sono due: innanzitutto i giudici sono chiamati a valutare se lo Stato parte (la Giordania come il Sudafrica) abbia omesso di ottemperare alla richiesta di arresto e consegna di Al-Bashir in contrasto con quanto previsto dallo Statuto di Roma; in caso di risposta affermativa si pone il quesito se riferire o meno il caso all'ASP e/o al Consiglio di Sicurezza.

Per rispondere al primo quesito, la PTCII analizza le posizioni delle parti in tema di immunità. Essa non mette in alcun modo in discussione la presenza di una consuetudine internazionale che accordi ai capi di stato stranieri l'immunità, precludendo allo Stato ospitante la possibilità di esercitare la propria giurisdizione penale, e al contempo dichiara l'impossibilità di accertare la sussistenza di una norma dello stesso tenore che escluda tale immunità nei casi in cui la richiesta di arresto sia disposta nei confronti degli stessi capi di stato esteri per crimini internazionali, nemmeno quando il mandato sia spiccato da un tribunale internazionale.⁸

Per quanto riguarda invece le norme statutarie, l'art. 27 St. esclude che le immunità legate alla qualifica ufficiale possano inficiare la giurisdizione della Corte. Come chiaramente affermato nel caso del Sudafrica, la PTCII ha rigettato l'interpretazione restrittiva che esclude l'applicazione della

⁶ *South Africa decision, Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par. 63.

⁷ *South Africa decision*, par.70.

⁸ *South Africa decision*, par.68, *Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par.96; *Jordan decision*, par.27.

norma alla fase dell'arresto, sulla base del fatto che ove tale disposizione non trovasse applicazione anche con riferimento all'arresto del soggetto indagato, alla Corte sarebbe preclusa la possibilità di esercitare la propria giurisdizione.⁹ Tale disposizione ha innanzitutto un effetto verticale, regola cioè i rapporti tra la Corte e uno Stato parte. Tuttavia i giudici riconoscono all'art. 27 St. anche un effetto orizzontale tra gli Stati parte del trattato: infatti, quando uno Stato ratifica lo Statuto ed accetta l'irrelevanza dell'immunità riconosciuta dalla norma internazionale a beneficio della Corte, accetta anche l'impossibilità di opporre alla Corte le immunità legate alla qualifica ufficiale di soggetti di altri Stati parte nelle ipotesi in cui siano destinatari di sia una richiesta di cooperazione.¹⁰

L'efficacia dell'art. 27 St. nei rapporti tra Stati parte determinerebbe l'inapplicabilità dell'art. 98(1) St. invocato dai rappresentanti di Sudafrica e Giordania, il quale dispone che la Corte non possa presentare richieste di cooperazione che costringerebbe lo Stato richiesto ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che gli derivano dal diritto internazionale in materia d'immunità degli Stati o d'immunità diplomatica di una persona o di beni di uno Stato terzo senza aver preventivamente ottenuto anche la cooperazione dello Stato terzo per l'abolizione dell'immunità. Le due disposizioni, che non devono essere lette come contraddittorie, hanno diversi ambiti di applicazione,¹¹ e la ratifica da parte di due Stati del trattato di Roma determina l'applicazione dell'art. 27 nei rapporti orizzontali, senza che sia necessario rimuovere alcuna immunità.¹²

La posizione della maggioranza. A questo punto, tuttavia, il ragionamento dei giudici della maggioranza e quello del giudice Perrin de Brichambaut, che sia nel caso del Sudafrica che nel caso della Giordania ha redatto una *separate opinion*, divergono, nonostante entrambe le posizioni giungano al medesimo risultato. Il Sudan, infatti, non è uno Stato parte dello Statuto, e di conseguenza l'art. 27 St. non dovrebbe trovare applicazione nei rapporti tra questo e uno Stato parte (come il Sudafrica e la Giordania), a vantaggio dell'art. 98(1) St.. La regola di principio viene tuttavia meno per i giudici della maggioranza in virtù dell'intervento del Consiglio di Sicurezza che è all'origine della situazione in Sudan; mentre per il giudice di minoranza l'applicabilità al caso Al-Bashir della Convenzione per la prevenzione del

⁹ *South Africa decision*, par.74-75.

¹⁰ *South Africa decision*, par.79; *Jordan decision*, par.33.

¹¹ *South Africa decision*, *Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par.46.

¹² *South Africa decision*, par.81; *Jordan decision*, par.34.

Genocidiocomporterebbe un'accettazione della rimozione dell'immunità in grado di consentire l'applicabilità dell'art. 98(1) St..

Sulla base della giurisprudenza della Corte secondo cui il riferimento della situazione da parte del Consiglio di Sicurezza determina l'applicazione della (quasi totalità della) normativa statutaria anche al Sudan, i giudici Tarfusser e Chung giungono alla conclusione che il Sudan, rispetto alla situazione riferita, dovrebbe essere considerato alla stregua di uno Stato parte, tanto più che sulla base dell'obbligo di cooperazione imposto al Sudan dalla Risoluzione 1593 (2005) sarebbe, anzi, proprio il Sudan il primo Stato tenuto a dare esecuzione al mandato di arresto.¹³ La situazione oggetto di riferimento all'interno della risoluzione ONU costituisce il limite entro cui anche uno Stato non parte dovrebbe essere considerato come parte del trattato: se dunque disposizioni quali quelle relative al voto in sede di ASP o in merito al finanziamento della Corte non possono chiaramente trovare applicazione, non ci sarebbe motivo per escludere l'applicabilità dell'art. 27 St.¹⁴

L'opinione separata. Il giudice francese, invece, allo stato degli atti, ritiene di non potersi spingere fino al punto di affermare che il riferimento della situazione da parte del Consiglio di Sicurezza abbia messo il Sudan nella stessa posizione di uno Stato parte, non essendo prive di fondamento sia la posizione del Procuratore, sia le posizioni degli Stati interessati.¹⁵ Allo stesso modo non ritiene di poter prendere posizione in merito alla capacità della Risoluzione 1593 (2005) di privare Omar Al-Bashir delle immunità connesse alle sue funzioni.

Egli si sofferma invece su un aspetto non accolto dalla maggioranza,¹⁶ vale a dire l'applicabilità al caso in esame della già menzionata Convenzione per la prevenzione del Genocidio del 1948, ratificata dal Sudan nonché da Sudafrica e Giordania. In particolare egli sottolinea come l'art. VI preveda che chiunque venga accusato di genocidio (ai sensi della Convenzione, la cui definizione è tuttavia ricalcata dall'art. 6 St.) sia processato dai tribunali competenti dello Stato nel cui territorio l'atto è stato commesso, o dal tribunale penale internazionale competente rispetto a quelle Parti contraenti che ne abbiano riconosciuto la giurisdizione. Ritenuti soddisfatti tutti i presupposti per l'applicabilità della disposizione al caso Al-Bashir (la

¹³ *South Africa decision*, par.92; *Jordan decision*, par.38.

¹⁴ *South Africa decision*, par.91; *Jordan decision*, par.44.

¹⁵ *South Africa decision*, *Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par. 58.; *Jordan decision*, *Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par.3.

¹⁶ *South Africa decision*, par.109.

rispondenza dell'ICC ai caratteri di tribunale penale internazionale, la possibilità di ritenere che il Sudan abbia riconosciuto la giurisdizione della Corte,¹⁷ che Al-Bashir possa essere considerato come persona accusata di genocidio)¹⁸ il giudice francese passa all'analisi dell'art. IV della medesima Convenzione, che sancisce la punibilità degli autori *siano essi governanti, funzionari o privati*. Una dettagliata analisi del concetto di *governanti* e dei precedenti nella giurisprudenza penale internazionale e in quella della Corte Internazionale di Giustizia, porta il giudice ad affermare che le immunità personali sono incompatibili con le obbligazioni assunte dagli Stati firmatari della Convenzione e che tali Stati abbiano rinunciato all'immunità dei *governanti* al momento della ratifica. L'antiorità della adesione del Sudan alla Convenzione consentirebbe di ritenere soddisfatti i requisiti di cui all'art. 98(1) (vale a dire la rimozione dell'immunità da parte del Paese terzo/Sudan) e quindi Sudafrica e Giordania non avrebbero agito in maniera contraria ai propri obblighi internazionali se avessero dato esecuzione alla richiesta di cooperazione della Corte.¹⁹

Conclusioni comuni sulla procedura. A prescindere dalla soluzione accolta e quindi dall'applicabilità o meno dell'art. 98(1) St. al caso in esame, la PTCII precisa che tale disposizione non attribuisce in ogni caso alcun diritto agli Stati parte di rifiutare l'esecuzione di una richiesta di cooperazione della Corte sulla base di una propria interpretazione della norma in esame, essendo la Corte il solo soggetto legittimato ad esprimersi sul tema.²⁰ Non solo la norma, a differenza di altre, non prevede che lo Stato possa posticipare l'esecuzione di una richiesta della Corte (in proposito i giudici rinviano agli artt. 89(2), 90 e 95), ma in nessun modo lo Stato richiesto viene investito di un potere discrezionale in merito all'esecuzione in caso di disaccordo con l'interpretazione dello Statuto da parte della Corte. Al contrario, l'art. 98(1) giunge a precludere alla stessa Corte la possibilità di

¹⁷ Tale presupposto è ritenuto soddisfatto sulla base del fatto che il Sudan è membro delle Nazioni Unite, e come tale è tenuto ad applicare le decisioni del Consiglio di Sicurezza sulla base dell'art. 25 della Carta ONU, tra cui figura la Risoluzione 1593 (2005) che attribuisce alla ICC la competenza per la situazione in Darfur.

¹⁸ *South Africa decision, Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par. 10-19.

¹⁹ *South Africa decision, Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par. 47; *Jordan decision, Opinion minoritaire du juge Marc Perrin de Brichambaut*, par. 10.

²⁰ Tale valutazione deriva da una lettura della *Rule 195* delle *Rules of Procedure and Evidence*, dalla quale appare chiaro che è la Corte ad applicare l'art. 98 sulla base delle informazioni fornite dallo Stato a cui sia stato chiesto di cooperare. (*South Africa decision*, par. 100-102).

richiedere la cooperazione di uno Stato finchè il limite dell'immunità non sia stato rimosso con il consenso dello Stato terzo.²¹

Nella decisione relativa alla condotta del Sudafrica, la PTCII aveva precisato come le consultazioni di cui all'art. 97 funzionali alla risoluzione di problemi relativi all'esecuzione di richieste di cooperazione non fossero necessarie nei casi di cui all'art. 98 St., in virtù della lettura appena illustrata e della Rule 195 delle Rules of Procedure and Evidence. La richiesta delle consultazioni era tuttavia stata ammessa in virtù delle incertezze all'epoca ancora presenti sul tema, ed anzi tale richiesta da parte dello Stato africano era stata considerata come un sincero impegno per la risoluzione della questione. Tuttavia la Corte ha al contempo negato che la richiesta di consultazioni comporti una qualche forma di sospensione della richiesta di cooperazione.²²

4. Il riferimento

A differenza della decisione di luglio 2017 sul Sudafrica, la decisione adottata nei confronti della Giordania ha comportato il riferimento all'ASP e al Consiglio di Sicurezza della mancata esecuzione della richiesta di cooperazione.²³ Tale differenza si fonda sul diverso approccio adottato dagli Stati nei confronti della Corte: i giudici hanno infatti valorizzato ai fini della decisione la correttezza della condotta del Sudafrica che aveva prontamente e per la prima volta attivato il sistema delle consultazioni di cui all'art. 97 St. a causa della percezione di essere gravata da obblighi contrastanti (violare l'obbligo pattizio di cooperazione o il diritto consuetudinario in materia di immunità). Inoltre, sulla scorta delle parole espresse dall'*Appeals Chamber* nel caso Kenyatta,²⁴ che riprendeva la pronuncia della *Supreme Court of Appeal of South Africa* secondo cui il Governo aveva violato i propri obblighi di cooperazione con la Corte per il mancato arresto di Al-Bashir, nonché alla luce della mancata adozione di misure da parte dell'ASP e del Consiglio di Sicurezza, i tre giudici avevano ritenuto inutile, ai fini della cooperazione, riferire la questione ai due organismi.²⁵

²¹ *South Africa decision*, par.103-105.

²² *South Africa decision*, par.119.

²³ *Jordan decision*, par.55.

²⁴ *Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Judgment on the Prosecutor's appeal against Trial Chamber V(B)'s "Decision on Prosecution's application for a finding of non-compliance under Article 87(7) of the Statute", 19 agosto 2015, ICC-01/09-02/11-1032, par.43.

²⁵ *South Africa decision*, par.135 ss.

Nella decisione di dicembre, invece, la Camera ha ritenuto insussistenti tali attenuanti nella condotta della Giordania, che nella richiesta di consultazioni si era limitata ad esprimere la propria posizione, negando di dare seguito alla richiesta di cooperazione. Nonostante all'epoca dei fatti fosse la Corte avesse già chiarito nei confronti del Sudafrica che alla richiesta di consultazioni non si accompagnasse alcun effetto sospensivo e che permanesse in capo allo Stato l'obbligo di arrestare Al-Bashir, la Giordania aveva invece deliberatamente scelto di non arrestare il Presidente del Sudan.

5. L'appello della Giordania

Il 18 Dicembre i rappresentanti della Giordania hanno notificato l'appello/la richiesta di appello della decisione:²⁶ alla Corte è stato infatti presentato un unico documento con il quale lo Stato appella la decisione di fronte alla *Appeals Chambers* sottolineando come la decisione della PTCII abbia concluso la procedura di cui all'art. 87(7) St. e che dunque non si tratti di un *interlocutory appeal*; solo in via subordinata lo stesso documento varrebbe quale richiesta di autorizzazione alla PTCII. La stessa Giordania, tuttavia, sulla base del tipo di decisione in oggetto e per il fatto che la Giordania non è *parte* nel procedimento, esclude l'applicabilità diretta degli artt. 81 e 82 St, ma ritiene che l'autorizzazione all'appello potrebbe essere disposta ove la Corte ritenesse applicabile l'art. 82(1)(d). Il Procuratore non si oppone alla concessione dell'autorizzazione all'appello di due delle questioni sollevate sulla scorta delle affermazioni della PTCII.²⁷

Le ragioni evidenziate dalla Giordania a supporto dell'appello sono quattro. La prima è di carattere fattuale e attiene all'applicabilità ad Al-Bashir dell'immunità sulla base della Convenzione sui privilegi e le immunità della Lega Araba del 1953, che non è stata considerata dalla PTCII per insussistenza di informazioni sufficienti atte a provare l'applicabilità della Convenzione al Sudan. A tale errore se ne aggiungerebbe uno ulteriore di diritto posto chela Giordania sarebbe vincolata dalla Convenzione a prescindere dalla ratifica da parte del Sudan, essendo lo scopo della stessa

²⁶ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, The Hashemite Kingdom of Jordan's Notice of Appeal of the Decision under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by Jordan with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir; or, in the Alternative, Leave to Seek Such an Appeal, 18 dicembre 2017, ICC-02/05-01/09-312 ("Jordan's appeal").

²⁷ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Prosecution's response to the Hashemite Kingdom of Jordan's notice of appeal against the article 87(7) decision, or in the alternative, application for leave to appeal the decision under article 82(1)(d), 21 dicembre 2017, ICC-02/05-01/09-313, par.3 ("Prosecution's response"); *South Africa decision*, par. 104.

quello di salvaguardare l'esercizio delle funzioni collegare alle attività della Lega Araba.²⁸

La seconda questione è più complessa e attiene all'erronea interpretazione degli effetti degli artt. 27(2) e 98 St. sull'immunità di Al- Bashir. L'atto d'appello non si sofferma tuttavia sulle ragioni a sostegno di tale tesi, promettendo una dettagliata spiegazione nel merito dinnanzi alla *Appeals Chamber*. Non è dunque chiaro perchè, secondo la Giordania, l'art. 27(2) non sarebbe opponibile ad uno Stato non parte dello Statuto, nè si sofferma sui motivi per cui artt. 27 e 98 non si escluderebbero vicendevolmente. Anzi, l'unica ragione abbozzata parte dalla premessa opposta rispetto a quella adottata dalla Camera per cui artt. 27 e 98 sono tra di loro complementari. Essa riguarda la compatibilità dell'applicazione dell'art. 98(2) con la Convenzione del 1953, con cui è richiesto il consenso dello Stato terzo che invii in uno Stato parte un soggetto ricercato dalla Corte perchè lo Stato parte ospitante possa eseguire la richiesta di cooperazione. Nella prospettiva giordana sarebbe dunque stato suggeribile appellare prima la parte della decisione della maggioranza che fonda i presupposti del ragionamento e che esclude l'applicabilità al caso in esame dell'art. 98 nella sua interezza, in virtù del fatto che il Sudan debba essere considerato alla stregua di uno Stato parte. Questo costituisce invece il terzo motivo d'appello.²⁹

Non a caso il Procuratore, propone una nuova formulazione della questione prima di adire l'*Appeals Chamber*, richiedendo che venga chiarito se le immunità riconosciute ad Al-Bashir quale capo di Stato dal diritto consuetudinario o da trattati internazionali preesistenti impediscano ad uno Stato parte dello statuto di eseguire una richiesta di cooperazione che importi l'arresto e la consegna del Presidente del Sudan.

Come accennato, la terza ragione presentata dalla Giordania riguarda l'erronea convinzione della maggioranza secondo cui il riferimento da parte del Consiglio di Sicurezza determinerebbe l'applicazione dell'art. 27 al Sudan, imponendo innanzitutto a questo un obbligo di cooperazione con la Corte ed impedendo agli Stati parte la possibilità di opporre il mancato consenso del paese terzo necessario ex art. 98(1) e (2) al momento della mancata esecuzione della richiesta di cooperazione.³⁰ Anche in questo caso il Procuratore riformula in termini più chiari la questione chiedendo che l'*Appeals Chamber* chiarisca se la Risoluzione 1953 (2005) comporti

²⁸ *Jordan's appeal*, parr.16 ss.

²⁹ *Jordan's appeal*, parr.23 ss.

³⁰ *Jordan's appeal*, parr.29 ss.

l'applicazione dei diritti e degli obblighi (incluso l'art. 27(2) St.) gravanti sugli Stati parte anche al Sudan,³¹ confermando dunque la posizione adottata dalla maggioranza della PTCII.

In via subordinata la Giordania prova ad illustrare come, anche nell'eventualità in cui la PTCII non avesse errato nel dichiarare la mancata esecuzione della richiesta di cooperazione, essa avrebbe tuttavia abusato del proprio potere discrezionale riferendo la questione all'ASP e al Consiglio di Sicurezza. Tale ultima ragione è l'unica che si dilunga nell'illustrare i motivi che la fondano ed è sostanzialmente basata sul confronto con l'esito della decisione adottata nei confronti del Sudafrica. In particolare, si mette in luce come gli strumenti da cui desumere l'*inequivocabile* posizione della Corte in merito all'esecuzione della richiesta di cooperazione fossero gli stessi per entrambi gli Stati, vale a dire il verbale delle consultazioni con il Sudafrica nel giugno 2015 e la successiva *Decision following the prosecutor's request for an order further clarifying that the Republic of South Africa is under an obligation to immediately arrest and surrender Omar Al-Bashir*. Più pretestuosa appare invece l'accusa di abuso di potere da parte della Camera nella scelta di considerare come attenuante solo nel caso del Sudafrica la richiesta di consultazioni *ex art. 97 St.* perchè tale strumento non era mai stato utilizzato prima di allora.³²

Parzialmente condivisibile è l'affermazione che il riferimento all'ASP e al Consiglio di Sicurezza del non adempimento della Giordania non potrebbe produrre risultati utili alla cooperazione, non essendo più Al-Bashir in territorio giordano. Essa troverebbe il proprio fondamento proprio nella decisione di luglio 2017,³³ in cui i giudici rimarcavano inoltre la mancanza di conseguenze per i riferimenti effettuati in altri sei casi precedenti a quello del Sudafrica (Malawi, Chad, Chad, Repubblica Democratica del Congo, Djibuti e Uganda). Effettivamente la decisione di riferire la mancata cooperazione non inciderà direttamente sul caso Al-Bashir, tuttavia sarebbe errato limitare l'uso del potere discrezionale dei giudici per la mancanza di un procedimento sanzionatorio (in senso lato) in seno all'ASP ed al Consiglio di Sicurezza nei confronti degli Stati che non abbiano ottemperato ad una richiesta di cooperazione della Corte. Tale presa di coscienza è stata formulata in termini forse eccessivamente ampi, che rischiano ora di ritorcersi contro la Corte. Tuttavia, essa va chiaramente letta come una nota polemica nei confronti dell'incapacità dell'ASP e del Consiglio di Sicurezza

³¹ *Prosecution's response*, par.5 ss.

³² *Jordan's appeal*, par.32 ss.

³³ *South Africa decision*, par. 137.

(la cui risoluzione è alla base del riferimento alla Corte della situazione sudanese) di favorire la cooperazione da parte degli Stati e non come una rassegnata accettazione dello *status quo*.

È un fatto che i rapporti tra ICC e Sudafrica si siano significativamente deteriorati a seguito del mancato arresto del presidente del Sudan, e la decisione di luglio ha tra gli effetti (ma non necessariamente tra i propositi) quello di favorire una pacificazione. Detto ciò l'indulgenza della Corte nei confronti del Sudafrica è stata formalmente motivata con toni che lasciano intendere l'eccezionalità delle circostanze. Se è vero che il riferimento non segue automaticamente l'accertamento del comportamento conforme difforme dagli obblighi di cooperazione degli Stati parte e che tale riferimento dovrebbe essere disposto se funzionale ad ottenere la cooperazione nel caso concreto,³⁴ esso rimane ad oggi l'unico strumento nelle mani dei giudici per consentire l'apertura del processo nei confronti di Al-Bashir dopo quasi dieci anni dall'emissione del mandato di arresto e decidere se confermare le accuse mosse dal Procuratore o meno.

Bibliografia

1. Claus Kreß, "*The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute*", in Morten Bergsmo and LING Yan (Eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law*, FICHL Publication Series No. 15, Torkel Opsahl Academic EPublisher, Beijing, 2012, pp. 223-265.
2. Claus Kreß/Kimberly Prost, "*Article 98 – Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender*", in Otto Triffterer/Kai Ambos (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, Third Edition, C. H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2016, pp. 2115-2146.
3. William A. Schabas, "*The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*", Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 1307-1046.
4. Otto Triffterer, "*Article 27 – Irrelevance of Official Capacity*", in Otto Triffterer/Christoph Burchard (Ed.), *Commentary on the*

³⁴ *South Africa decision*, par.135.

Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article, Second Edition, C. H. Beck/Hart/Nomos, München/Oxford/Baden-Baden, 2008, pp. 1037-1057.