

Le indagini della Corte Penale Internazionale “*Into the situation of Ukraine*” – Alcune criticità.

di **Cuno J. Tarfusser**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. La legittimità dell’indagini, ovvero un’indagine su piedi di argilla. – 3. L’esecuzione dei provvedimenti giudiziari, ovvero un leone senza denti. – 4. La tempistica, ovvero speditezza è altra cosa. – 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

All’indomani della comunicazione fatta dal Procuratore della Corte Penale Internazionale (“CPI” o “Corte”), il britannico Karim Khan¹, della sua decisione di richiedere alla Camera Preliminare (*Pre-trial Chamber*) della Corte l’autorizzazione per “*aprire un’indagine nella situazione dell’Ucraina*”², seguita solo due giorni dopo, il 2 marzo 2022, dalla comunicazione di aprire l’indagine in base al mandato (*referral*) in tal senso ricevuto da ben 39 paesi³, tra cui l’Italia, ho avuto modo di leggere e di ascoltare le più disparate analisi, commenti e prese di posizione di improvvisati e improbabili “esperti” di diritto penale internazionale.

Solo ora, a distanza di diversi giorni si iniziano a leggere commenti di veri esperti⁴, frutto di riflessioni più approfondite e meditate cui anch’io intendo dare il mio contributo avendo quali punti di riferimento, oltre alla legge, e quindi gli strumenti normativi della Corte (Statuto di Roma, Regole di Procedura e di Prova, Regolamento della Corte) ed i suoi precedenti, e quindi eventuali casi analoghi su cui la Corte si è già espressa, anche e soprattutto

¹ Conosco Karim Khan da molti anni e lo apprezzo, sia sotto il profilo personale, sia sotto quello professionale ed auspico che sotto la sua direzione la Procura della Corte possa finalmente assumere l’autorevolezza e la capacità operativa che sin qui non ha evidenziato.

² Cosiddetta “*motu proprio investigation*” (articolo 15 dello Statuto di Roma (SR)).

³ Cosiddetto “*State referral*” (articolo 14 SR).

⁴ Si vedano in tal senso le riflessioni di C. MELONI, *Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2022, accessibile al seguente [link](#); S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes*, in *European Journal of International Law*, 3 marzo 2022, accessibile al seguente [link](#); F. M. PALOMBINO – R. AITALA, *Nel fragore delle armi la legge non è silente*, in *Limes, La Russia cambia il mondo*, n. 2/2022.

l'esperienza, e quindi il mio "vissuto" di quasi undici anni all'interno della Corte Penale Internazionale accanto a giuristi⁵ provenienti da tutto il mondo. Anticipo sin d'ora che da nessuno dei tre punti di riferimento vi è ragione di essere particolarmente ottimisti sul fatto che l'intervento della CPI possa essere, non già risolutivo, ma avere un'efficacia che vada al di là di una, seppur forte, simbologia.

Tra le diverse criticità ne voglio segnalare tre in particolare: la legittimità dell'indagine, l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e la tempistica.

2. La legittimità dell'indagini, ovvero un'indagine su piedi di argilla.

Pur condividendo in modo incondizionato la decisione di Karim Khan di "intervenire" nella guerra di aggressione all'Ucraina da parte della Russia con i poco incisivi mezzi normativi che gli sono offerti dallo Statuto di Roma (SR), istitutivo della Corte Penale Internazionale, non posso non rilevare come questo intervento soffra di un vizio di origine, idoneo a rendere vano ogni sforzo investigativo.

Non è ovviamente in discussione la legittimazione attiva ad investigare che gli è ampiamente conferita dai *referral* di ben 39 Stati Parte allo Statuto di Roma, Italia compresa (art. 14 SR). Non altrettanto pacifica è, però, a mio avviso, la sussistenza di quella che lo Statuto chiama "*precondition*"⁶, ovvero quella pre-condizione all'esercizio della giurisdizione che, per comodità e migliore comprensione, chiamo legittimazione territoriale o passiva. Questa presuppone l'avere lo Stato sul territorio del quale si investiga ratificato lo Statuto⁷, oppure, nel caso in cui lo Stato non lo abbia ratificato, l'avere questi accettato la giurisdizione della Corte⁸.

Nel caso in discussione il Procuratore àncora la propria legittimazione territoriale alle due dichiarazioni, rispettivamente dell'aprile 2014 e del settembre 2015, con le quali l'Ucraina ha dichiarato di accettare la giurisdizione della Corte.

In apparenza, quindi, tutte le condizioni giuridiche per l'indagine che il Procuratore ha annunciato di voler condurre sembrano essere soddisfatte: vi

⁵ Tra le tante cose che ho imparato in questi undici anni alla Corte è che il termine "giurista", contrariamente ad altri indicanti una comune estrazione accademica o professionale, non ha un contenuto, un significato e soprattutto un livello di conoscenza uniforme dei principi di diritto.

⁶ Art. 12 SR – "*Preconditions to the exercise of jurisdiction*".

⁷ Art. 12, comma 1, SR – "*A State which becomes a Party to this Statute thereby accepts the jurisdiction of the Court with respect to the crimes referred to in article 5*".

⁸ Art. 12, comma 3, SR – "*If the acceptance of a State which is not a Party to this Statute is required ..., that State may, ..., accept the exercise of jurisdiction by the Court with respect to the crime in question. The accepting State shall cooperate with the Court without any delay or exception...*".

è il *referral* di 39 Stati e vi sono addirittura due dichiarazioni di accettazione della giurisdizione da parte dell'Ucraina.

In cosa consiste allora la debolezza, il potenziale *vulnus*, di questa indagine? Il momento in cui la debolezza dell'indagine potrebbe appalesarsi con effetti davvero deflagranti in termini di credibilità per la Corte, e così fornire ulteriori validi argomenti ai suoi numerosi detrattori, arriverà inesorabilmente nel momento in cui il Procuratore sottoporrà i risultati delle indagini al vaglio dei giudici e quindi con la sua "giurisdizionalizzazione".

Sarà a partire da quel momento che verrà messa in discussione (*"challenged"*) la legittimità delle indagini e quindi il valore giuridico e l'utilizzabilità processuale del materiale probatorio raccolto⁹. Le domande che verranno poste e cui i giudici dovranno dare una risposta saranno le seguenti.

Possono due dichiarazioni di accettazione della giurisdizione rilasciate in un contesto storico temporale, in una situazione politica emergenziale e da un governo diverso, avere ancora efficacia ad otto anni di distanza?

Possono ancora avere efficacia, anche e soprattutto, alla luce del fatto che in questi otto anni il Parlamento ucraino non ha provveduto – come avrebbe potuto e, a mio avviso, dovuto – a regolarizzare la propria posizione verso la CPI con la ratifica dello Statuto?

Perché l'attuale governo ucraino, pur avendo trovato tempo e modo per proporre un'azione giudiziaria contro la Russia davanti alla Corte Internazionale di Giustizia (ICJ) non ha trovato il tempo per passare anche dal Registrar della CPI a depositare un'ulteriore dichiarazione "attualizzata" di accettazione della giurisdizione?

Non trascuro, ovviamente, il fatto che, mentre la prima delle due dichiarazioni delimita la giurisdizione della Corte *ratione temporis* al periodo dal 21 novembre 2013 al 22 febbraio 2014, la seconda riguarda *"crimes against humanity and war crimes, stipulated in Article 7 and Article 8 of the Rome Statute of the International Criminal Court, committed on the territory of the Ukraine starting from 20 February 2014 and to the present time"* e quindi appare non avere alcun limite temporale. Ma il problema non cambia. Riconoscendo, infatti, valore ultrattivo alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 12, terzo comma, RS da Stati che non hanno ratificato lo Statuto, si apre la strada, non solo verso una strisciante giurisdizione universale della Corte, ma anche all'aggiramento del non sempre facile processo politico interno di

⁹ Un simile *challenge*, oltretutto in un procedimento aperto a seguito di un cd "self referral" da parte della Repubblica Democratica del Congo, uno Stato-Parte dello Statuto, e quindi molto meno sensibile, è già stato sollevato nel procedimento a carico di Callixte Mbarushimana e deciso dalla Camera preliminare di cui ho fatto parte che, dopo un ampio e sofferto dibattito, ha deciso di rigettare l'eccezione con la *"Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court"* n. ICC-01/04-01/10-451 26-10-2011 1/26 RH PT del 26 ottobre 2011.

ratifica dello Statuto e soprattutto delle obbligazioni verso la Corte, primo fra tutti l'obbligo di contribuire con adeguate risorse economiche e di personale al suo funzionamento.

A tale ultimo proposito basta considerare come il Procuratore, proprio in questi giorni, abbia trasmesso agli Stati Parte, *in primis* a quelli firmatari del *referral*, una nota verbale chiedendo ulteriori contribuzioni in termini sia finanziari, che di personale distaccato per fare fronte all'enorme impegno che questa indagine indubbiamente richiederà.

3. L'esecuzione dei provvedimenti giudiziari ovvero un leone senza denti.

Ammessi che le indagini riusciranno a superare la soglia del controllo giurisdizionale evidenziato al punto precedente, la Corte si troverà di fronte ad un problema, questo sì – almeno allo stato – insuperabile: l'esecuzione dei provvedimenti giudiziari con particolare riferimento ai mandati di cattura a carico di coloro che verranno individuati quali responsabili dei crimini internazionali commessi sul territorio dell'Ucraina. Non sarà superfluo ricordare, infatti, che il processo presso la Corte non può essere celebrato *in absentia*¹⁰.

Ipotizzando – senza necessità di particolare fantasia – che i responsabili di detti crimini siano il Presidente russo Vladimir Putin e persone, politici e militari, a lui vicini, si può escludere che queste saranno arrestate e trasferite nella sezione “detenuti internazionali” del carcere de l'Aia (NL) a disposizione della Corte. Questo non solo perché la Russia non ha ratificato lo Statuto di Roma, ma anche perché la Corte per dare esecuzione ai propri provvedimenti si deve affidare alla cooperazione degli Stati non avendo alcun potere coercitivo proprio.

Per dare un'idea della molto limitata potenza operativa della Corte faccio riferimento a tre procedimenti che vedevano accusati Capi di Stato di cui mi sono occupato durante il mio mandato di giudice della Corte. Si tratta dei procedimenti a carico di **Omar Al Bashir**, all'epoca Presidente in carica del Sudan, di **Laurent Gbagbo**, all'epoca Presidente da poco deposto della Costa d'Avorio, e del Colonnello **Mu'ammur Gheddafi**, Comandante della Libia. Sotto il profilo in esame i tre procedimenti hanno avuto un andamento totalmente diverso.

Omar Al Bashir, accusato di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità e di genocidio, ha “convissuto” per oltre dieci anni con due mandati di cattura della Corte pendenti a suo carico. Non solo questi non sono – comprensibilmente, trattandosi di Presidente in carica – mai stati eseguiti dalle autorità di polizia sudanesi, ma non sono stati mai nemmeno eseguiti dalle autorità di polizia dei (pochi) Stati Parte in cui Al-Bashir si è recato in

¹⁰ Art. 63, comma 1, SR – “*The accused shall be present during the trial*”.

visita di Stato. Questi paesi (Camerun, Sudafrica, Ciad, Malawi e Giordania) hanno giustificato il mancato arresto e quindi la violazione dell'obbligo di cooperazione con la Corte¹¹, con quelle che chiamavano “*conflicting obligations*”, ovvero l'obbligo di cooperazione derivante dallo Statuto di Roma, da un lato, e l'obbligo di garantire l'immunità ad un Capo di Stato estero, derivante dal trattato di Vienna del 1962, dall'altro lato. Nel dubbio (si fa per dire), gli Stati hanno regolarmente privilegiato il secondo obbligo non procedendo all'arresto di Al-Bashir. Solo l'11 aprile 2019 questi è stato arrestato a seguito di un colpo di Stato militare e tutt'ora è detenuto nel suo Paese che ha dato qualche contraddittorio segnale circa la volontà di consegnarlo alla Corte Penale Internazionale.

Laurent Gbagbo, Presidente della Costa d'Avorio dal 2000 al 2010, venne arrestato l'11 aprile 2011 all'interno del Palazzo Presidenziale di Abidjan da militari della missione ONU e francesi, nell'ambito e all'esito di un conflitto armato che ha causato migliaia di morti e di feriti, passato alla storia come “violenza post elettorale”. Questo sanguinoso conflitto tra sostenitori dei due candidati alla Presidenza, Laurent Gbagbo e Alassane Ouattara, è seguito alle contestate elezioni presidenziali dell'ottobre/novembre 2010 perse da Gbagbo. Accusato insieme ad un Ministro del suo Gabinetto, Charles Blé Goudé, di vari crimini contro l'umanità per avere ordinato ai militari l'attacco contro la popolazione civile a lui avversa, è stato consegnato il 30 novembre 2011 alla Corte che, su richiesta del Procuratore della Corte, aveva spiccato un mandato di cattura a suo carico. Rinvitato a giudizio nel giugno 2014, il processo, presieduto da me, si è aperto nel gennaio del 2016 e si è concluso nel gennaio 2019 con la piena assoluzione, confermata nel marzo 2021 dalla Camera d'appello.

Mu'ammarr Gheddafi colpito, unitamente a suo figlio Saif Al Islam e al capo dei suoi servizi segreti Abdullah Al Sanussi, da un mandato di cattura, anche a mia firma, dell'11 giugno 2011 è stato ucciso solo quattro mesi dopo, il 20 ottobre 2011, in pieno conflitto civile nell'ambito di quel movimento passato alla storia come “primavera araba”. Il problema del suo arresto e della sua consegna alla Corte non si è, quindi, mai posto. Forse però è interessante sapere che, nemmeno Saif Al Islam Gheddafi e Al Sanussi sono stati consegnati alla Corte. Il primo, arrestato in Niger, il secondo in Mauritania, sono stati consegnati alle autorità libiche e da queste processati.

Questi essendo i precedenti di procedimenti a carico di Capi di Stato avanti alla Corte Penale Internazionale e dando per scontato che in termini di *Realpolitik* un presidente sudanese o ivoriano non hanno il medesimo peso specifico sulla bilancia dei rapporti internazionali, un'apparizione di Putin o di altre persone del suo *inner circle* davanti ai giudici della Corte può essere esclusa con una probabilità che rasenta la ragionevole certezza. Se mai

¹¹ Part 9, art. 86-ss., RS “*International Cooperation and Judicial Assistance*”.

saranno chiamati a rispondere dei loro crimini, lo saranno davanti all'autorità giudiziaria russa una volta cambiato il regime, speriamo meno criminale e meno sanguinario.

4. La tempistica, ovvero speditezza è altra cosa.

L'ultima criticità che voglio segnalare è quella della durata dei procedimenti davanti alla Corte e lo faccio nella perfetta consapevolezza del paradosso che sia un magistrato italiano a criticare la lentezza della giustizia internazionale. Mai come in questo caso sarebbe necessario, non solo un intervento tempestivo, ma soprattutto dei risultati investigativi e giudiziari che giungano in tempi i più rapidi possibili per aggiungere, oltre al segnale politico di condanna di questa guerra di aggressione, anche un forte segnale giudiziario sovranazionale.

L'esperienza però insegna che i tempi dei procedimenti alla Corte, nelle sue varie fasi, non brillano per particolare tempestività. Certo, all'origine di queste lentezze vi sono difficoltà ontologiche, quali investigazioni svolte in territori lontani, in situazione di *ongoing conflict*, di norma accompagnate dall'ostilità di una parte del conflitto e quindi anche di grave pericolo per chi investiga e che deve assicurare delle prove che siano qualificanti e genuine. Una volta chiusa l'indagine e spostatosi l'epicentro del procedimento alla sede della Corte, i motivi che determinano la lentezza sono altri ma non meno giustificati. Si pensi, ad esempio, al trasferimento delle prove dal luogo di raccolta alla sede della Corte garantendo la "*chain of custody*", all'enorme problema della tutela di testimoni e vittime, alla traduzione nelle due lingue di lavoro della Corte, l'inglese e il francese, delle dichiarazioni rese il più delle volte in una terza lingua, ecc. Cionondimeno ho sempre ravvisato una iper-burocratizzazione in ognuna di queste attività che, se razionalizzate, abbatterebbe in maniera sensibile i tempi dei procedimenti.

Un esempio tanto estremo, quanto calzante per il momento e gli attori coinvolti, di quanto vado affermando viene da un ulteriore, recentissimo *statement* del Procuratore della Corte. Il 10 marzo 2022, e quindi solo pochi giorni fa, egli ha annunciato di avere richiesto alla Camera preliminare della Corte l'emissione di tre mandati di cattura a carico di altrettante persone ritenute responsabili di crimini di guerra commessi nell'ambito della situazione della Georgia e quindi del conflitto tra Russia e la Georgia per i territori dell'Ossezia del Nord¹². A prescindere dalla bizzarra dell'annuncio della richiesta di emissione di mandati di cattura, ciò che è da evidenziare ai fini dell'argomento relativo alla tempistica è che i fatti per i quali nel marzo 2022 il Procuratore della Corte chiede tre mandati di cattura, risalgono al periodo agosto-ottobre 2008 e che l'autorizzazione della Camera preliminare

¹² Detto *statement* è disponibile al seguente [link](#).

della Corte, di cui ho fatto parte, a svolgere le indagini risale al gennaio 2016¹³.

C'è solo da augurarsi che i primi risultati delle indagini in Ucraina, qualunque essi siano, si vedano prima 2027.

5. Conclusioni.

Il successo di ogni conferenza diplomatica dipende dalle trattative tra gli Stati partecipanti e dai compromessi che da queste trattative scaturiscono. Più complessa è la materia della conferenza e ambizioso il risultato cui si ambisce, più le trattative sono controverse e si abbassa il livello al quale viene trovato il minimo comune denominatore che rappresenta il successo, o meno, della conferenza. Esattamente questo è accaduto anche alla conferenza diplomatica che nell'estate 1997 ha dato vita allo Statuto di Roma, base giuridica della Corte Penale Internazionale. Dallo scontro tra due sistemi e culture giuridiche, il *common law* e il *civil law*, è emersa una Corte Penale Internazionale che inevitabilmente sconta in termini di efficienza e di efficacia il lodevole tentativo, riuscito solo in parte, di accomunare e di amalgamare principi e procedure mutuati da entrambi i sistemi e le culture giuridiche.

L'auspicio è che questa gravissima crisi innescata dall'aggressione russa all'Ucraina riporti la Comunità internazionale al tavolo delle trattative per correggere le criticità – quelle qui accennate, ma diverse altre – che si sono appalesate nell'azione della Corte Penale Internazionale durante i suoi vent'anni di operatività, conferendole finalmente quel ruolo di *player* sul tappeto internazionale che, oltre alla diplomazia, ha anche urgente bisogno di Giustizia.

¹³ I tempi lunghi delle investigazioni che hanno ora portato alla richiesta dei mandati di cattura non sono attribuibili all'odierno Procuratore che è tale da meno di un anno, quanto di chi lo ha preceduto nella posizione.