

al-Bashir, il Sudafrica e il diritto internazionale penale: molto rumore per nulla•

di **Ivan Ingravallo** – *Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

ABSTRACT: The essay is inspired by a recent judgment of the Supreme Court of Appeal of South Africa on the non-cooperation of South Africa in the arrest and delivery of Sudanese President al-Bashir to the International Criminal Court. The author critically traces the complex story that involves al-Bashir and which produced a rupture between many African countries and the African Union, on one side, and the International Criminal Court and the United Nations Security Council, on the other. The author considers some recent potentially positive developments in this regard and proposes a change in the Court's approach in connection with this affair in order to re-strengthen its authority and its inclusiveness.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Elementi salienti della vicenda 'al-Bashir': il *referral* del Consiglio di sicurezza, la questione dell'immunità e l'opposizione dell'Unione africana. 3. L'obbligo di cooperazione con la Corte penale internazionale: la situazione degli Stati non-parti allo Statuto e il rilievo del *referral* da parte del Consiglio di sicurezza. 4. *Segue:* la situazione degli Stati parti allo Statuto. 5. Le conseguenze del viaggio di al-Bashir in Sudafrica nel 2015. 6. Conclusioni.

1. Premessa

La 'saga' giudiziaria che da quasi un decennio coinvolge il Presidente del Sudan Omar al-Bashir – salito al potere nel 1989 grazie a un colpo di Stato militare e confermato in quella carica dalle prime elezioni svoltesi nel 2010 e da quelle del 2015 (specie in questo secondo caso la democraticità del processo elettorale è stata assai contestata) – si è arricchita in tempi recenti di un nuovo capitolo: la sentenza pronunciata dalla Corte suprema di appello del Sudafrica il 15 marzo 2016 nel caso che ha visto opposti il Ministro della giustizia (*Minister of Justice and Constitutional Development*) e altri 11 ricorrenti (Ministri e alti funzionari governativi) contro il *Southern African Litigation Centre*, un'organizzazione non governativa a tutela dei diritti umani¹, a sostegno della quale altre organizzazioni similari hanno chiesto e, in un caso, ottenuto di intervenire in qualità di *amicus curiae*.

• Lavoro sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Ricorso n. 867/2015; la sentenza è reperibile sul sito web della Corte all'indirizzo www.justice.gov.za/sca. Per un primo commento v. D. AKANDE, *The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for All Heads of State?*, in *EJIL: Talk!*, 29 marzo 2016, reperibile sul sito web www.ejiltalk.org.

La sentenza del 15 marzo 2016 conferma e conferisce maggiore autorità – la Corte suprema di appello è il secondo organo giudiziario per importanza in Sudafrica – a quanto già riconosciuto in primo grado dall’Alta Corte di North Gauteng (Pretoria) con la pronuncia resa il 15 giugno 2015 (pubblicata il 24 giugno successivo) nel caso *Southern African Litigation Centre* contro *Minister of Justice and Constitutional Development* e altri 11². Entrambe le Corti, infatti, hanno stabilito che le autorità sudafricane sono tenute ad arrestare al-Bashir e a consegnarlo alla Corte penale internazionale (CPI) in esecuzione dei mandati da questa emessi, in ottemperanza agli obblighi derivanti dallo Statuto della CPI, che vincola il Sudafrica, nonché della sua legislazione interna.

In estrema sintesi i fatti che hanno originato queste due sentenze possono così sintetizzarsi: il 14 giugno 2015, a seguito dell’arrivo di al-Bashir in Sudafrica per partecipare all’Assemblea dell’Unione africana (UA), l’ONG ricorrente in primo grado avviò un procedimento d’urgenza dinanzi all’autorità giudiziaria interna affinché il Governo sudafricano eseguisse il mandato di arresto per al-Bashir al fine di consegnarlo alla CPI³. Nel corso del dibattimento le autorità governative hanno adottato una tattica dilatoria e, nonostante il duplice ordine dato loro dall’Alta Corte al fine di prevenire che al-Bashir uscisse dal territorio sudafricano prima della sua decisione in merito al ricorso proposto, dopo aver partecipato alla XXV Assemblea dell’UA il Presidente sudanese ha lasciato il Paese per tornare in patria, con tutto il suo seguito, proprio mentre l’Alta Corte pronunciava una decisione che imponeva alle autorità sudafricane di arrestarlo. In sede di appello queste hanno fatto ricorso dinanzi alla Corte suprema contro la decisione emessa dall’Alta Corte, la quale però nella sentenza emessa il 15 marzo 2016, ha confermato le conclusioni di quella emessa in primo grado, pur accogliendo, come vedremo, un *iter* argomentativo parzialmente diverso.

Di seguito, dopo aver considerato le circostanze in cui la CPI ha emesso i due mandati di arresto nei confronti di al-Bashir e il conseguente contrasto insorto con alcuni Stati africani e con la stessa UA per la sua esecuzione, ci soffermeremo sulle citate sentenze del 2015 e del 2016 al fine di valutarne criticamente i principali elementi argomentativi. Vedremo peraltro come, in entrambi i casi, la normativa di diritto internazionale penale, pur ampiamente vagliata dalle due Corti, abbia in ultima analisi avuto un rilievo marginale nelle determinazioni da esse raggiunte, sostanzialmente fondate sulla normativa interna sudafricana. In conclusione, prenderemo in considerazione alcuni elementi che, in tempi recenti, mostrano un tentativo di distensione dei rapporti tra CPI e UA, provando a suggerire una possibile via d’uscita dall’attuale situazione di *impasse* che caratterizza il procedimento avviato dalla CPI contro il Presidente del Sudan.

² Ricorso n. 27740/2015; la sentenza è reperibile sul sito web www.saflii.org. In tema v. l’accurata ricostruzione di M. J. VENTURA, *Escape from Johannesburg? Sudanese President Al-Bashir Visits South Africa, and the Implicit Removal of Head of State Immunity by the UN Security Council in Light of Al-Jedda*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 995 ss.; nonché i commenti di D. TLADI, *The Duty on South Africa to Arrest and Surrender Al-Bashir under South African and International Law: A Perspective from International Law*, *ivi*, 1027 ss.; E. DE WET, *The Implications of President Al-Bashir’s Visit to South Africa for International and Domestic Law*, *ivi*, 1049 ss.; J. D. VAN DER VYER, *The Al Bashir Debacle*, in *African Human Rights Law Journal*, 2015, 559 ss.

³ Cfr. anche la richiesta urgente avanzata il 13 giugno 2015 dal Procuratore della CPI in merito all’obbligo per il Sudafrica di arrestare e consegnare al-Bashir (ICC 02/05-01/09-241-Conf.) e la decisione positiva emessa in pari data dalla II Camera preliminare (ICC 02/05-01/09-242). I documenti della CPI sono reperibili sul suo sito web www.icc-cpi.org.

2. Elementi salienti della vicenda 'al-Bashir': il referral del Consiglio di sicurezza, la questione dell'immunità e l'opposizione dell'UA

Come accennato, al fine di comprendere compiutamente il contesto nel quale la pronuncia si inserisce occorre ripercorrere, per sommi capi, le molteplici questioni sorte da quando l'allora Procuratore della CPI (Luis Moreno Ocampo) chiese e ottenne l'emissione di due mandati di arresto nei confronti del Presidente sudanese per i gravi crimini commessi in Darfur. al-Bashir è accusato di crimini contro l'umanità e di crimini di guerra (primo mandato di arresto, emesso il 4 marzo 2009)⁴ e, quale "autore indiretto", di genocidio (secondo mandato di arresto, emesso il 12 luglio 2010)⁵.

Le indagini della CPI sulla situazione in Darfur furono avviate su impulso del Consiglio di sicurezza (CdS) dell'ONU, al quale si deve l'attivazione (*referral*) della competenza della CPI attraverso l'approvazione della risoluzione 1593 (2005)⁶. Il Consiglio ha utilizzato i poteri assegnatigli dall'art. 13, b), dello Statuto della CPI, agendo in base al capitolo VII della Carta ONU, e ha consentito alla Corte di procedere nei confronti di un organo di uno Stato (il Sudan) che non ha ratificato lo Statuto. Anche se non vi è alcun automatismo tra il *referral* del CdS e la decisione del Procuratore di procedere con un'indagine, è stata criticata l'attribuzione a un organo eminentemente politico e privo del carattere di terzietà proprio di un tribunale (il CdS) del potere di attivare a discrezione dei suoi membri (in particolare dei cinque membri permanenti, tre dei quali non sono parti dello Statuto della CPI) l'azione della Corte riguardo a situazioni che coinvolgono uno Stato terzo rispetto ad essa, il quale quindi non ha accettato la sua competenza⁷. Considerazioni simili riguardano anche l'altro (simmetrico al *referral*) potere riconosciuto al CdS nel suo rapporto con la CPI, ossia la possibilità, agendo ai sensi del capitolo VII, di differire (*deferral*) qualsiasi indagine o processo per un periodo di dodici mesi (rinnovabile: art. 16 dello Statuto della CPI)⁸. Il par. 6 della risoluzione 1593 esclude la giurisdizione della CPI sui 'nationals, current or former officials or personnel from a contributing State outside Sudan which is not a party to the Rome Statute', che sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva dello Stato di nazionalità⁹; una disposizione simile è

⁴ See ICC-02/05-01/09-1 e l'immediato commento di A. CIAMPI, *The Proceedings against President Al Bashir and the Prospects of Their Suspension under Article 16 ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 885 ss.

⁵ See ICC-02/05-01/09-95. Sulla qualificazione di al-Bashir quale "indirect perpetrator" si rinvia a J. JESSBERGER, J. GENEUSS, *On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2008, 853 ss.

⁶ Risoluzione adottata il 31 marzo 2005, con 11 voti a favore e 4 astensioni (Algeria, Brasile, Cina, U.S.A.).

⁷ O. IMOEDMHE, *Unpacking the Tensions between the African Union and the International Criminal Court: The Way Forward*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2015, 88; B. CHINEDU OLUGBUO, *The African Union, the United Nations Security Council and the Politicisation of International Justice in Africa*, in *African Journal of Legal Studies*, 2014, 355 ss.

⁸ P. GARGIULO, *Il controverso rapporto tra Corte Penale Internazionale e Consiglio di Sicurezza per la repressione dei crimini di diritto internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2009, 428 ss.; L. CONDORELLI, S. VILLALPANDO, *Referral and Deferral by the Security Council*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, 627 ss. Non mi pare percorribile né opportuna l'opzione proposta da P. MURUNGI, *10 Years*, cit., secondo la quale un modo "of protecting Article 16 from abuse is by establishing criteria to be followed before any deferral decision can be made by the Council".

⁹ V. l'aspra critica di S. A. WILLIAMS, W. A. SHABAS, *Article 13. Exercise of Jurisdiction*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, II ed., München, 2008, 571 ss.

inserita nel par. 6 della risoluzione 1970 del 26 febbraio 2011, concernente il *referral* della situazione libica¹⁰. Si tratta di un'evoluzione dell'approccio scelto dal CdS (o, per meglio dire, imposto al Consiglio dagli U.S.A.) con il par. 1 della risoluzione 1422 del 12 luglio 2002, relativa al rinnovo del mandato di operazioni da esso istituite o autorizzate, secondo il quale: "consistent with the provisions of Article 16 [del suo Statuto], the ICC, if a case arises involving current or former officials or personnel from a contributing state not a Party [allo Statuto], shall for a twelve-month period [...] not commence or proceed with investigation or prosecution of any such case"¹¹.

Un altro elemento problematico nella vicenda di al-Bashir attiene alla circostanza che è stato il primo caso in cui la CPI ha emesso un mandato di arresto nei confronti di un Presidente in carica, provocando la reazione negativa di alcuni Stati africani, parti e non del suo Statuto. Consideriamo che numerosi Stati africani hanno promosso l'istituzione della Corte, così come l'approvazione dei tre emendamenti al suo Statuto, approvati nel 2010 e nel 2015¹². Degli attuali 124 Stati membri della CPI, 34 appartengono al gruppo africano¹³, mentre altri dieci Stati africani (tra cui il Sudan) hanno solo firmato lo Statuto¹⁴ e dieci non l'hanno neppure firmato¹⁵.

Anche la principale organizzazione internazionale di questo continente, l'UA, si è pronunciata in senso critico nei confronti sia della scelta del CdS di coinvolgere la CPI, sia della decisione di questa di emettere un mandato di arresto nei confronti di al-Bashir. L'Assemblea UA, che è l'organo di vertice di questa organizzazione, ha deciso nel 2009 e ribadito negli anni successivi che gli Stati membri dell'UA, in conformità con l'art. 98 dello Statuto della CPI (su cui v. *infra*), non coopereranno con la CPI nell'esecuzione del mandato di arresto contro al-Bashir¹⁶. Nelle sue decisioni relative a tale vicenda l'UA ha ripetutamente affermato che questa inchiesta costituisce una minaccia al processo di riconciliazione in corso e alla stabilità del Sudan. E la presa di posizione dell'UA è stata condivisa da altre organizzazioni internazionali, come la Lega araba e l'Organizzazione delle cooperazione islamica, oltre che dal Movimento dei non-allineati e da Stati influenti come la Cina e la Russia, anche grazie all'intensa attività di *lobbying* svolta dalle autorità sudanesi.

L'UA ha reagito nello stesso modo nel 2013, a seguito delle indagini avviate dalla CPI nei confronti del Presidente keniano Uhuru Kenyatta e del suo vice William Ruto per le violenze

¹⁰ V. in senso critico A. RICCARDI, *Sul deferral della situazione libica alla Corte penale internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, 380.

¹¹ V. la condivisibile opinione di L. CONDORELLI, A. CIAMPI, *Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, 593.

¹² Gli emendamenti del 2010 hanno riguardato la modifica dell'art. 8 e il crimine di aggressione, quello del 2015 la soppressione dell'art. 124.

¹³ Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Capo Verde, Ciad, Comoros, Congo, Costa d'Avorio, Gabon, Gambia, Ghana, Gibuti, Guinea, Kenya, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritius, Namibia, Niger, Nigeria, Repubblica Centrafricana, Repubblica Democratica del Congo, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, Sudafrica, Tanzania, Tunisia, Uganda e Zambia.

¹⁴ Oltre al Sudan, si tratta di Algeria, Angola, Camerun, Egitto, Eritrea, Guinea-Bissau, Mozambico, Marocco, São Tomé e Príncipe.

¹⁵ Etiopia, Guinea Equatoriale, Libia, Mauritania, Ruanda, Somalia, Sud Sudan, Swaziland, Togo e Zimbabwe.

¹⁶ La prima decisione contenente tale richiesta è la Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev. 1, 3 luglio 2009, più volte confermata da successive decisioni della stessa Assemblea, tutte reperibili sul sito web dell'organizzazione www.au.int. L'Alta Corte di North Gauteng, nella sua sentenza del 23 giugno 2015, ha affermato che una decisione dell'UA ha, al massimo, un carattere 'persuasive' nell'ordinamento sudafricano.

scoppiate in Kenya in occasione delle elezioni del 2007¹⁷. Nell'ottobre 2013 l'Assemblea UA, convocata in sessione straordinaria per esaminare la situazione di Kenyatta e Ruto, ha deciso che, al fine di salvaguardare l'ordine costituzionale, la stabilità e l'integrità dei suoi Stati membri: "no charges shall be commenced or continued before any International Court or Tribunal against any serving AU Head of State or Government"¹⁸. Anche questa decisione, che può soddisfare le preoccupazioni degli Stati africani non-parti allo Statuto della CPI, non fa però venire meno gli obblighi che lo Statuto pone agli Stati parti, incluso quello derivante dall'art. 27¹⁹. Si tratta, infatti, anche in questo caso e con tutta evidenza, di un argomento politico, che si pone quindi su un piano differente rispetto all'approccio giuridico che dovrebbe guidare l'azione del Procuratore e le decisioni della CPI²⁰.

La vicenda di al-Bashir, seguita da quelle che hanno riguardato i vertici politici del Kenya e quelli della Libia (con il mandato di arresto per il Presidente Muammar Gheddafi adottato a seguito del *referral* effettuato dal CdS con la risoluzione citata 1970)²¹, ha provocato la forte reazione di alcuni Stati africani nei confronti della CPI (e dello stesso CdS), accusata di un atteggiamento neo-colonialista²² o comunque 'partigiano' contro questo continente²³, anche perché sino a pochi mesi fa le uniche situazioni in cui la Corte aveva portato avanti delle inchieste formali erano relative a vicende africane²⁴. Sin dalla sua istituzione la Corte ha preso in considerazione situazioni occorse in differenti aree geografiche, dall'Africa (Burundi, Guinea, Nigeria) all'America Latina (Colombia), Europa (Ucraina), Asia (Afghanistan) e Medio Oriente (Iraq, Palestina). Ma ha deciso di avviare indagini solo rispetto a casi verificatisi in Africa (Costa d'Avorio, Kenya, Libia, Mali, Repubblica

¹⁷ Cfr. Assembly/AU/Dec.482(XXI), 27 maggio 2013. Su questa vicenda v. l'ampia analisi condotta da L. NICHOLS, *The International Criminal Court and the End of Impunity in Kenya*, Heidelberg, 2015.

¹⁸ Cfr. Ext/Assembly/AU/Dec.1(Oct.2013), 12 ottobre 2013.

¹⁹ V. anche K. D. MAGLIVERAS, G. J. NALDI, *The International Criminal Court's Involvement with Africa: Evaluation of a Fractious Relationship*, in *Nordic Journal of International Law*, 2013, 428.

²⁰ È da condividere l'opinione di R. J. V. COLE, *Africa's Relationship with the International Criminal Court: More Political than Legal*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, 684; "few have said at what stage prosecutions should fit into the peace process".

²¹ V. l'ampia analisi di E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato dalla giurisdizione della Corte penale internazionale e responsabilità statale per gravi illeciti internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, 1083 ss., la cui ricostruzione di un legame diretto tra responsabilità individuale e statale per crimini internazionali non sembra peraltro applicabile ai casi in cui la giurisdizione della CPI non sia attivata dal CdS.

²² Ma, come affermato da F. MEGRET, *Cour pénale internationale et colonialisme: au-delà des évidences*, 20 febbraio 2013, reperibile sul sito web ssrn.com/abstract=2221424, p. 4: "un Etat qui devient partie au statut de Rome se 'protège' aussi d'une certaine manière contre les crimes qui pourraient être commis par d'autres Etats sur son territoire (y-compris d'Etats occidentaux)".

²³ Vedi il dibattito aperto il 17 marzo 2013 sul sito web iccforum.com sul tema: "Africa Question. Is the ICC targeting Africa Inappropriately?", nonché i due recenti volumi curati da G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM, *Africa and the International Criminal Court*, The Hague, 2014, e da R. H. STEINBERG, *Contemporary Issues Facing the International Criminal Court*, Boston, 2016, la cui parte VII è totalmente dedicata a "the Africa issue" e include capitoli scritti, tra gli altri, da M. CHERIF BASSIOUNI, D. HANSEN, M. KAMARI CLARKE, M. M. DEGUZMAN, C. ACHALEKE TAKU, J. PEAKE, A. TEJAN-COLE.

²⁴ Vedi le opinioni (dissonanti) di C. C. JALLOH, *Regionalizing International Criminal Law?*, in *International Criminal Law Review*, 2009, 445 ss., e di H. VAN DER WILT, *Universal Jurisdiction under Attack. An Assessment of African Misgivings towards International Criminal Justice as Administered by Western States*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 1043 ss. Di "Corte penale africana" parla espressamente E. CIMIOTTA, *Corte penale internazionale e accettazione della giurisdizione da parte della Palestina: incompetenza o subaltermità al Consiglio di sicurezza?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 685 ss.

centrafricana, Repubblica Democratica del Congo, Sudan, Uganda)²⁵, archiviandone invece altri, in merito ad alcuni dei quali sarebbe stato probabilmente più opportuno proseguire l'attività di indagine.

L'insoddisfazione di alcuni influenti Stati africani (membri e non della CPI) ha indotto l'UA a minacciare un ritiro in massa di questo gruppo di Stati dalla CPI²⁶. Anche questa richiesta ha un evidente rilievo politico – non a caso l'Assemblea UA ha raccomandato l'istituzione di un *open-ended Ministerial Committee* composto dai Ministri degli esteri degli Stati membri²⁷ – e non è da condividere l'opinione di chi afferma che la CPI dovrebbe valutare questa possibile conseguenza prima di iniziare nuove indagini in merito a crimini commessi in Africa²⁸. Segnaliamo inoltre che, secondo l'art. 127, par. 2, dello Statuto della CPI, il recesso non libera uno Stato dagli obblighi sorti durante la sua *membership* e non incide sulla cooperazione con la Corte per le indagini e i procedimenti iniziati prima di esso.

Peraltro, spesso la Corte è criticata per azioni od omissioni del CdS, il che è ingiustificato²⁹ e piuttosto chiama in causa il 'cronico' problema dell'eccessiva discrezionalità (e selettività) del CdS nell'esercizio dei suoi poteri *ex* capitolo VII, problema che è acuito dall'esercizio del diritto di veto da parte dei cinque membri permanenti: un evidente esempio è dato dal veto opposto il 22 maggio 2014 da Cina e Russia all'adozione di una risoluzione contenente il *referral* alla CPI della situazione in Siria³⁰.

Con riferimento alla vicenda che coinvolge al-Bashir, gli organi principali dell'UA hanno immediatamente chiesto al CdS di utilizzare il potere di cui all'art. 16 al fine di sospendere il procedimento nei confronti del Presidente sudanese³¹, ma questa richiesta non è stata presa in considerazione: nel preambolo della risoluzione 1828, approvata il 31 luglio 2008 con la sola astensione degli U.S.A., il CdS si è limitato a prendere nota di tale richiesta, "having in mind concerns raised by members of the Council regarding potential developments subsequent to the application by the Prosecutor of the International Criminal Court of 14 July 2008, and taking note

²⁵ Sul problema della 'selettività' della CPI v. M. M. DEGUZMAN, *Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court*, in *Michigan Journal of International Law*, 2012, 265 ss.

²⁶ K. MILLS, "Bashir Is Dividing US": *African and the International Criminal Court*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, 404 ss. Cfr. Assembly/AU/Dec.493(XXII), 31 gennaio 2014 e, ancor più chiaramente, Assembly/AU/Dec.590(XXVI), 31 gennaio 2016 e Assembly/AU/Dec.616(XXVII), 18 luglio 2016 (Burkina Faso, Capo Verde, Repubblica Democratica del Congo e Senegal hanno formulato una riserva a tale riguardo). Vedi anche, tra le manifestazioni più recenti di tale atteggiamento critico, l'intervento del Ministro degli esteri etiope per conto dell'UA in occasione della 14^a Assemblea della CPI (18 novembre 2015), così come gli interventi dei delegati di Sudan, Kenya, Siria, Russia, Nicaragua e Cina in occasione del dibattito svoltosi il 13 maggio 2016 in Assemblea generale dell'ONU in merito al rapporto della CPI per il 2014/2015.

²⁷ Cfr. Assembly/AU/Dec.586(XXV), 15 giugno 2015.

²⁸ S. ODERO, *Politics of International Criminal Justice: The ICC's Arrest Warrant for Al Bashir and the African Union's Neo-Colonial Conspirator Thesis*, in C. MURUNGU, J. BIEGON (eds.), *Prosecuting International Law in Africa*, Cape Town, 2011, 145 ss.; J. EMMANUEL, *The International Criminal Court and Sovereignty: What Does Kenyatta Mean for the Future of the ICC?*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2014, 158.

²⁹ P. MURUNGI, *10 Years of the International Criminal Court (ICC): The Court, Africa, The United Nations Security Council (UNSC) and Article 16 of the Rome Statute*, 10 settembre 2012, reperibile sul sito web ssrn.com/abstract=2169819.

³⁰ UN Doc. S/PV.7180. V. la condivisibile valutazione critica di M. ARCARI, *A Vetoed International Criminal Justice? Cursory Remarks on the Current Relationship between the UN Security Council and International Criminal Court and Tribunals*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, 363 ss.

³¹ Cfr. Consiglio di pace e sicurezza UA, comunicato emesso il 21 luglio 1998; Assemblea UA, Assembly/AU/Dec.221(XII), 3 febbraio 2009.

of their intention to consider these matters further”³². Lo stesso è accaduto riguardo al differimento richiesto dall’UA al CdS in merito al procedimento contro l’allora Presidente libico Gheddafi³³ (terminato a seguito della sua uccisione, avvenuta il 20 ottobre 2011). Nel caso di Kenyatta e Ruto, invece, la richiesta formulata dall’Assemblea UA al CdS di utilizzare il potere assegnatogli dall’art. 16 dello Statuto della CPI al fine di differire le indagini relative alla situazione in Kenya³⁴ è stata esaminata dal Consiglio il 15 novembre 2013, ma la risoluzione proposta non è stata approvata, avendo ottenuto solo sette voti a favore³⁵.

L’atteggiamento ‘pilatesco’ del CdS a fronte della richiesta dell’UA di differire il procedimento nei confronti di al-Bashir ha avuto altri effetti negativi nel rapporto tra la Corte e l’UA. Nel 2009 il Sudafrica ha presentato, a nome degli Stati africani della CPI, un emendamento all’art. 16 del suo Statuto, finalizzato a estendere all’Assemblea generale dell’ONU il potere di sospendere per un anno un’attività di indagine della Corte, qualora – come nel caso di al-Bashir – il CdS non riesca a pronunciarsi a tale riguardo³⁶. Questa proposta non ha raccolto significativi consensi in occasione dell’Assemblea degli Stati della CPI ed è assai improbabile che possa raggiungere la maggioranza necessaria alla sua approvazione ed entrata in vigore³⁷, ma mostra l’insoddisfazione degli Stati africani per la gestione della ‘questione al-Bashir’ da parte del CdS. La stessa che emerge anche dall’emendamento proposto il 22 novembre 2013 (pochi giorni dopo il mancato differimento per Kenyatta e Ruto) dal Kenya all’Assemblea degli Stati della CPI, concernente, tra l’altro, l’inserimento nell’art. 27, par. 3, di una clausola di eccezione a favore di “serving Heads of State, their deputies and anybody acting or is entitled to act as such”, i quali “may be exempt from prosecution during their term of office”. Nonostante l’utilizzazione del “may”, che implica che spetterebbe alla Corte valutare, caso per caso, la concessione di questa eccezione, l’obiettivo perseguito con questo emendamento è evidentemente di limitare, *pro futuro*, l’azione della Corte in casi come quelli che hanno coinvolto al-Bashir, Gheddafi e Kenyatta. È alquanto improbabile che anche questo emendamento possa trovare accoglimento, ma la sua presentazione costituisce un ulteriore indizio dell’insoddisfazione del Kenya e di altri Stati africani nei confronti della CPI.

Un ulteriore segnale di sfiducia, espresso attraverso l’UA, consiste nella decisione, non priva di ambiguità, di emendare il Protocollo allo Statuto della Corte africana dei diritti dell’uomo e dei popoli, istituita nel 2006 in base al Protocollo alla Carta africana, approvata dall’OUA il 9 giugno 1998³⁸. La Corte africana non è un tribunale penale, ma si occupa di violazioni dei diritti umani e può esaminare anche reclami di individui e ONG qualora gli Stati parti vi consentano³⁹. Mentre in

³² La diversità di opinioni tra i membri del CdS, in particolare tra i suoi membri permanenti, emerge dalla lettura del processo verbale della sua 5947^a riunione, svoltasi in occasione dell’adozione della risoluzione 1828.

³³ Cfr. Assembly/AU/Dec.366(XVII), 1 luglio 2011.

³⁴ A partire dalla Assembly/AU/Dec.334(XVI), 31 gennaio 2011.

³⁵ Cfr. UN Doc. S/PV.6070. Azerbaigian, Cina, Marocco, Pakistan, Russia, Ruanda e Togo hanno votato a favore, mentre Argentina, Australia, Francia, Guatemala, Lussemburgo, Repubblica di Corea, U.K. e U.S.A. si sono astenuti. In tema v. J. OKOTH, *Africa, the United Nations Security Council and the International Criminal Court: The Question of Deferrals*, in G. WERLE, L. FERNANDEZ, M. VORMBAUM (eds.), *Africa and the International*, cit., 195 ss.

³⁶ L’Assemblea UA ha sostenuto questo emendamento: cfr. Assembly/AU/Dec.270(XIV), 2 febbraio 2010. V. però le osservazioni critiche di C. C. JALLOH, D. AKANDE, M. DU PLESSIS, *Assessing the African Union Concerns about Article 16 of the Rome Statute of the International Criminal Court*, in *African Journal of Legal Studies*, 2011, 5 ss.

³⁷ Secondo l’art. 121 dello Statuto della CPI un emendamento è approvato se sostenuto dai 2/3 degli Stati membri della CPI ed entra in vigore qualora sia ratificato dai 7/8 dei membri. Inoltre, agli Stati che non accettano un emendamento è data la possibilità di recedere dallo Statuto.

³⁸ Questo Protocollo è stato accettato da 30 dei 54 membri dell’UA.

³⁹ Al momento, solo otto Stati parti hanno depositato la dichiarazione a tal fine richiesta.

passato l'opzione scelta dagli Stati UA era quella di integrare questa Corte con la Corte di giustizia UA, il 27 giugno 2014 l'Assemblea UA ha approvato il "Protocollo di emendamento del Protocollo sullo Statuto della Corte africana di giustizia e diritti umani", al fine di trasformare l'attuale Corte in una nuova Corte africana di giustizia e dei diritti umani e dei popoli⁴⁰. Questa riforma, promossa proprio in seguito all'inchiesta della CPI contro al-Bashir⁴¹ è volta, tra l'altro, ad ampliare le competenze della Corte africana per includervi anche quelle per i crimini internazionali⁴². La nuova Corte, infatti, sarà articolata in tre sezioni: una per gli affari generali (che assumerà le competenze della Corte di giustizia UA); una per i diritti umani e dei popoli (con le competenze della Corte istituita nel 2006); una (nuova) per i crimini internazionali. Non è questa la sede per approfondire tale questione, anche perché il Protocollo del 2014 non è ancora stato ratificato da alcuno Stato (e solo in nove lo hanno firmato), ma la scelta di 'regionalizzare' la giurisdizione penale sui crimini internazionali conferma la sfiducia degli Stati africani nei confronti della CPI. Ci limitiamo a segnalare che il Protocollo include un'ampia immunità giurisdizionale dinanzi alla futura Corte africana a favore degli organi di vertice degli Stati parti (art. 46A *bis*)⁴³, anche se paradossalmente questo potrebbe costituire un 'via libera' all'azione della CPI in casi come quelli che hanno coinvolto al-Bashir, Kenyatta e Gheddafi, in quanto escluderebbe qualsiasi problema di duplicazione delle accuse nei confronti di un Capo di Stato in carica o di un altro organo di vertice di uno Stato parte⁴⁴.

3. L'obbligo di cooperazione con la Corte penale internazionale: la situazione degli Stati non-parti allo Statuto e il rilievo del referral da parte del Consiglio di sicurezza

Al fine di comprendere come dalla vicenda sommariamente descritta si arrivi alla sentenza emessa il 15 marzo 2016 dalla Corte suprema di appello del Sudafrica occorre inserire un elemento finora solo accennato, consistente nell'obbligo di cooperazione con la Corte che incombe sugli Stati parti. L'art. 86 del suo Statuto, come noto, impone loro un obbligo generale di cooperazione con la Corte in tutte le sue attività, mentre il successivo art. 89, par. 1, impegna espressamente tutti gli Stati parti a eseguire le richieste di arresto e consegna avanzate dalla CPI. Questa, infatti, non ha un autonomo potere di coercizione e deve affidarsi alla collaborazione dei suoi Stati membri in ordine all'esecuzione delle misure di arresto nei confronti degli accusati. Ora, la prassi della CPI mostra come questo obbligo sia stato generalmente adempiuto quando l'indagine è partita su richiesta di uno Stato membro (c.d. *self-referral*), mentre è rimasto sostanzialmente inattuato nelle situazioni in

⁴⁰ Cfr. Assembly/AU/Dec.529(XXIII).

⁴¹ Cfr. Assembly/AU/Dec.245(XIII) Rev. 1, 3 luglio 2009, cit.

⁴² In tema, v. il recente studio di M. SSENYONJO, S. NAKITTO, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Law Section': Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?*, in *International Criminal Law Review*, 2016, 71 ss.

⁴³ B. C. OLUGBUO, *The African Union, the United Nations Security Council and the Politicisation of International Justice in Africa*, in *African Journal of Legal Studies*, 2014, 371.

⁴⁴ D. TLADI, *The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol: Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 15. V. anche H. GUELDICH, *Protocoles portant amendements au Protocole sur le statut de la Cour africaine de justice ed des droits de l'homme (Protocole de Malabo)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 714; M. SSENYONJO, S. NAKITTO, *The African Court of Justice*, cit., 97.

cui le indagini hanno avuto inizio su sollecitazione del CdS (Darfur, Libia) o in base all'azione condotta *motu proprio* dal Procuratore (Kenya)⁴⁵.

Con riferimento al caso di al-Bashir occorre considerare la diversa situazione in cui si trovano gli Stati membri della CPI da quelli che invece non sono vincolati dallo Statuto, a partire dallo stesso Sudan. Per questo Stato è possibile affermare l'esistenza di un obbligo di cooperare con la CPI, che però non deriva dal suo Statuto, ma dalla risoluzione 1593, fondata sul capitolo VII della Carta ONU: secondo il par. 2 il CdS "Decides that the Government of Sudan and all other parties to the conflict in Darfur, shall cooperate fully with and provide any necessary assistance to the Court and the Prosecutor pursuant to this resolution". Di conseguenza, la scelta del Sudan di non consegnare al-Bashir, né alcuno degli altri imputati sudanesi accusati dalla Corte per i crimini commessi in Darfur, costituisce una violazione della risoluzione e della Carta, rispetto alla quale il CdS non ha però approvato misure ulteriori, nonostante le sollecitazioni del Procuratore della CPI⁴⁶. Non ci sembra invece fondata l'opinione di chi ritiene che, dato che il CdS ha approvato la risoluzione 1593 in base al capitolo VII e siccome essa pone nei confronti del Sudan l'obbligo di piena collaborazione con la CPI, da ciò derivi l'obbligo per il Sudan di revocare l'immunità di al-Bashir e, quindi, il vincolo per tutti i membri dell'ONU di considerare revocata l'immunità⁴⁷.

Passando a considerare la questione della cooperazione degli altri Stati, segnaliamo che rileva non solo la loro accettazione o meno dello Statuto della CPI, ma anche il distinto problema del rispetto dell'immunità di un Capo di Stato in carica quale è al-Bashir. A tale riguardo, il *referral* del CdS può avere l'effetto di estendere gli obblighi derivanti dallo Statuto della CPI a quegli Stati che non lo hanno accettato. Ma l'attivazione della Corte da parte del CdS non obbliga uno Stato a divenire parte dello Statuto di Roma, ma rimuove un limite all'esercizio della giurisdizione della Corte nei confronti di uno Stato che non l'ha accettata. In una siffatta circostanza il fondamento della competenza della Corte sono i poteri del CdS *ex* capitolo VII, non lo Statuto. Se è vero che il potere di effettuare un *referral* è attribuito al CdS dall'art. 13, b), dello Statuto, nondimeno questa è una mera clausola abilitante, che può essere attivata a discrezione del CdS e secondo le indicazioni che lo stesso organo fornisce nel momento in cui effettua il *referral*.

Con specifico riferimento al caso del Darfur, la risoluzione 1593 dispone che gli Stati non-parti allo Statuto della CPI non sono tenuti ad assisterla, ma "urged all States and concerned regional and other international organizations to cooperate fully". Non è quindi condivisibile l'opinione secondo cui una risoluzione contenente un *referral*, in quanto adottata in base al capitolo VII della Carta, produrrebbe un obbligo a carico di tutti gli Stati membri dell'ONU di cooperare con la CPI⁴⁸. È invece da preferire quella che fa dipendere il livello di cooperazione degli Stati ONU (membri e non) della CPI dal contenuto specifico della singola risoluzione contenente il *referral*⁴⁹, perché altrimenti verrebbe nullificata la (seppur criticabile) discrezionalità che la Carta ONU assegna al CdS nell'esercizio dei suoi poteri ai sensi del capitolo VII.

⁴⁵ V. anche A. CIAMPI, *Il meccanismo di cooperazione delle Corte penale internazionale alla prova dei fatti: che cosa, e perché, non ha funzionato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, 174 ss.

⁴⁶ V., da ultimo, il ventitreesimo rapporto presentato dal Procuratore al CdS sull'attuazione della risoluzione 1593, del 9 giugno 2016.

⁴⁷ Per questa 'acrobatica' costruzione giuridica v. E. DE WET, *The Implications*, cit., 1049 ss.

⁴⁸ Così S. M. WELDEHAIMANOT, *Arresting Al-Bashir: The African Union's Opposition and the Legalities*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 2011, 224.

⁴⁹ L. CONDORELLI, A. CIAMPI, *Comments*, cit., 593.

4. Segue: la situazione degli Stati parti allo Statuto

In merito alla situazione per gli Stati membri della CPI, come il Sudafrica, nello Statuto di Roma vi sono due disposizioni che possono venire in rilievo, tra loro potenzialmente contraddittorie. Da una parte l'art. 27, che dichiara l'irrelevanza della qualifica ufficiale, inclusa quella di Capo di Stato o di Governo, al fine di esentare una persona dalla responsabilità penale in applicazione dello Statuto. Dall'altra parte l'art. 98, secondo il quale la Corte non può formulare una richiesta di consegna che implichi per lo Stato cui è rivolta di agire in modo contrario agli obblighi internazionali sull'immunità diplomatica di una persona di uno Stato non-membro⁵⁰, salvo che la Corte ottenga preventivamente da quello Stato una rinuncia all'immunità⁵¹. Secondo l'opinione che appare preferibile, al fine di riconciliare il contenuto degli articoli 27 e 98 occorre distinguere tra Stati membri e non della CPI: nei rapporti tra due Stati membri trova applicazione l'art. 27, mentre l'art. 98 si applica alle situazioni che coinvolgono Stati membri e Stati terzi⁵².

Come accennato, la Corte ha in diverse occasioni censurato la mancata cooperazione di alcuni suoi Stati membri nell'arresto e consegna di al-Bashir, che era presente sul loro territorio in veste ufficiale, talora per partecipare a riunioni di organizzazioni regionali⁵³. Una prima rilevante pronuncia ha riguardato il Malawi che, secondo la decisione emessa dalla I Camera preliminare il 13 dicembre 2011, ha violato l'obbligo di cooperazione posto dall'art. 87 dello Statuto della CPI; di conseguenza la Corte, applicando il par. 7 di questa disposizione, ha sottoposto la questione al CdS e all'Assemblea degli Stati della CPI. Lo stesso ha fatto nei confronti del Ciad nella decisione resa in pari data e, nel 2014, della Repubblica Democratica del Congo (RDC). Né il CdS, né l'Assemblea della CPI hanno dato seguito a queste decisioni e inoltre, come già ricordato, esse hanno prodotto la reazione dell'Assemblea UA, che ha ripetutamente protestato, affermando che questi Stati stavano adempiendo a obblighi assunti in base al suo Atto costitutivo e a sue decisioni, oltre che in conformità all'art. 98 dello Statuto della CPI. E in anni recenti l'Assemblea UA ha in più occasioni espressamente sostenuto e approvato la mancata cooperazione degli Stati africani con la CPI.

I motivi alla base delle due decisioni appena richiamate sono diversi, ma ci sembrano entrambi poco convincenti. Nelle prime decisioni (relative a Malawi⁵⁴ e Ciad⁵⁵) la I Camera preliminare ha

⁵⁰ Il significato dell'espressione "Stato terzo" in questa disposizione non è chiaro, perché potrebbe intendersi riferita anche a "uno Stato diverso rispetto a quello richiesto". Non appare fondata l'opinione di D. TLADI, *The Duty on South Africa*, cit., 1027 ss., secondo cui "since al-Bashir is neither a diplomat nor a state, the exception in Article 98 does not apply to him".

⁵¹ V. il commento di C. KREB, K. PROST, *Article 98. Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary*, cit., 1601 ss.

⁵² P. GAETA, *Official Capacity and Immunities*, in A. CASSESE, P. GAETA, J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute*, cit., 991 ss.; D. AKANDE, *The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and Its Impact on Al Bashir's Immunity*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 339. La distinzione tra Stati membri e non è poco considerata da O. TRIFFTERER, *Article 27. Irrelevance of Official Capacity*, in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary*, cit., 779 ss.

⁵³ V. la parte II del volume curato R. H. STEINBERG, *Contemporary Issues*, cit., interamente dedicata alla "Obligation to arrest: the Darfur issue", che include capitoli di D. AKANDE, P. GAETA, M. W. MUTUA, W. A. SCHABAS, G. SLUITER.

⁵⁴ Cfr. ICC-02/05-01/09-139-Corr.

⁵⁵ Cfr. ICC-02/05-01/09-140. Nei confronti del Ciad, il 26 marzo 2013 la II Camera preliminare ha approvato una seconda decisione che censura la mancata cooperazione di questo Stato nell'arresto e nella consegna di al-Bashir.

ritenuto esistere una speciale eccezione di diritto consuetudinario alla regola sull'immunità dei Capi di Stato, senza però offrire solidi argomenti di prassi e *opinio iuris* a sostegno di questa affermazione⁵⁶. Anche una parte della dottrina ritiene che si sarebbe formata una nuova regola consuetudinaria sull'obbligo di perseguire coloro che si rendano responsabili di gravi violazioni dei diritti umani, limitando così le regole sull'immunità a favore dei Capi di Stato⁵⁷, e la stessa Alta Corte di North Gauteng ha aderito a tale opinione nella sua sentenza del giugno 2015, senza peraltro offrire una motivazione.

Altri autori ritengono che questa nuova regola varrebbe unicamente per i procedimenti che si svolgono dinanzi a corti penali internazionali⁵⁸. Secondo Gaeta, ad esempio, le regole di diritto internazionale generale in tema di immunità personali non sono applicabili all'azione di tali corti poiché in queste circostanze viene meno la loro ragion d'essere, vale a dire la tutela dell'indipendenza di un organo dello Stato dalle interferenze di altri Stati⁵⁹. Questa autrice aggiunge che la circostanza che un tribunale penale internazionale abbia la competenza, ma non i poteri coercitivi per esercitarla, non implica che le autorità giudiziarie nazionali possano fare qualsiasi cosa da esso richiesta⁶⁰.

Come accennato, queste ricostruzioni non paiono però condivisibili. In particolare, la mancanza di una *communis opinio* a favore di una regola siffatta può facilmente evincersi proprio dall'atteggiamento tenuto da numerosi Stati africani e dalla stessa UA nelle vicende che hanno riguardato al-Bashir, Gheddafi e Kenyatta⁶¹. Né sembra sufficiente, al fine di ricostruire l'esistenza

⁵⁶ In senso critico v. D. TLADI, *The ICC Decisions on Chad and Malawi: On Cooperation, Immunities, and Article 98*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, 199 ss.; J. EMMANUEL, *The International Criminal*, cit., 151; M. FRULLI, *Piercing the Veil of Head-of-State Immunity: The Taylor Trial and Beyond*, in C. C. JALLOH (ed.), *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy. The Impact for African and International Criminal Law*, New York, 2014, 333 ss. In senso parzialmente differente v. K. D. MAGLIVERAS, G. J. NALDI, *The International Criminal*, cit., 432. V. anche J. M. IVERSON, *The Continuing Functions of Article 98 of the Rome Statute*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2012, 131 ss.

⁵⁷ C. MURUNGU, *Immunity of State Officials and the Prosecution of International Crimes*, in C. MURUNGU, J. BIEGON (eds.), *Prosecuting International Law in Africa*, Cape Town, 2011, 33 ss. In senso diverso v. J. NEEDHAM, *Protection or Prosecution for Omar Al Bashir? The Changing State of Immunity in International Criminal Law*, in *Auckland University Law Review*, 2011, 234; D. TERZIAN, *Personal Immunity and President Omar Al Bashir: An Analysis under Customary International Law and Security Council Resolution 1593*, in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2011, 299. Secondo L. N. SADAT, B. COHEN, *Impunity Through Immunity: The Kenya Situation and the International Criminal Court*, 18 dicembre 2015, reperibile sul sito web ssrn.com/abstract=2705446, l'art. 27 dello Statuto della CPI "simply codified a customary international law rule".

⁵⁸ S. PAPILLON, *Has the United Nations Security Council Implicitly Removed Al Bashir's Immunity?*, in *International Criminal Law Review*, 2010, 279 ss. Più cauto è l'approccio di altri autori, come C. KREB, K. PROST, *Article 98*, cit., 1608 ss.; J. D. VAN DER VYVER, *Prosecuting the President of Sudan: A Dispute between the African Union and the International Criminal Court*, in *African Human Rights Law Journal*, 2011, 691; M. FRULLI, *Piercing the Veil*, cit., 328 e 331.

⁵⁹ P. GAETA, *Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, 320. In senso diverso v. D. AKANDE, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in *American Journal of International Law*, 2004, 415 ss.; v. anche le osservazioni critiche di E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato*, cit., 1100 ss.

⁶⁰ P. GAETA, *Does President Al Bashir*, cit., 319: "It is one thing to say that an international criminal court is not duty bound to respect international immunities [...]. It is quite another thing to assert that on the basis of an arrest warrant issued by an international court, a state which is expressly requested by that court to arrest and surrender an individual protected by personal immunities can lawfully disregard these immunities".

⁶¹ D. TLADI, *The Immunity Provision*, cit., 3 ss. In tema v. l'ampio studio di M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione civile e penale nei confronti degli organi statali sospettati di crimini*

di una norma consuetudinaria, richiamare un passaggio della sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia il 14 febbraio 2002 nel caso *Yerodia (RDC c. Belgio)*⁶², nel quale essa, oltre a riconoscere l'immunità assoluta dinanzi a tribunali stranieri di un Ministro degli esteri in carica (ma anche di un Capo di Stato)⁶³ nel caso di un mandato di arresto (par. 58), anche per la commissione di crimini internazionali (parr. 54-55)⁶⁴, in un *obiter dictum* ha lasciato aperta una diversa soluzione qualora si tratti di un processo dinanzi a un tribunale penale internazionale⁶⁵.

Un approccio diverso, anch'esso non condivisibile, è stato seguito dalla II Camera preliminare nella decisione del 9 aprile 2014 relativa alla mancata cooperazione della RDC nell'arresto e nella consegna del Presidente del Sudan, laddove essa ha riconosciuto il limite posto dall'art. 98 del suo Statuto, ma ha fondato la mancanza di immunità di al-Bashir su una revoca implicita derivante dalla richiamata risoluzione 1593 del CdS⁶⁶. Anche questa decisione è stata richiamata dall'Alta Corte di North Gauteng nella sua sentenza di primo grado del giugno 2015. Secondo alcuni questo approccio potrebbe essere esteso anche agli Stati membri dell'ONU non-parti allo Statuto della CPI, poiché, come già accennato, l'attivazione della Corte attraverso il *referral* del CdS avrebbe l'effetto di vincolare il Sudan allo Statuto della CPI *ex art. 25* della Carta ONU e, di conseguenza, di equipararlo a uno Stato membro della CPI, nei cui confronti troverebbe così applicazione anche la limitazione di immunità prevista dall'art. 27 dello Statuto⁶⁷.

Secondo l'opinione preferibile, invece, la revoca dell'immunità non può essere ricavata implicitamente da un generico richiamo all'obbligo di cooperazione del Sudan contenuto nella risoluzione 1593 e il *referral* da parte del CdS produce semplicemente l'attivazione della giurisdizione della Corte e non trasforma il Sudan in uno Stato membro della CPI⁶⁸. Qualora il CdS intendesse derogare a una consolidata regola di diritto internazionale come quella che garantisce l'immunità ai Capi di Stato anche in caso di commissione di gravi crimini, dovrebbe dichiararlo espressamente⁶⁹. Questa osservazione risulta rafforzata dalla circostanza che, dopo la 1593, il CdS

internazionali, Torino, 2007, nonché il recente contributo di R. UERPMANN-WITZACK, *Immunities before International Criminal Courts*, in B. KRZAN (ed.), *Prosecuting International Crimes: A Multidisciplinary Approach*, Leiden, 2016, 70 ss.

⁶² *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000*, reperibile sul sito web della Corte www.icj-cij.org.

⁶³ La Corte lo ha confermato nella successiva sentenza resa il 4 giugno 2008 nel caso relativo a *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Gibuti c. Francia)*, par. 170.

⁶⁴ V. le osservazioni critiche di B. MAN-HO CHOK, *Let the Responsible Be Responsible: Judicial Oversight and Over-Optimism in the Arrest Warrant Case and the Fall of the Head of State Immunity Doctrine in International and Domestic Courts*, in *American University International Law Review*, 2015, 489 ss.

⁶⁵ Questo elemento è stato valorizzato dalla Camera di appello della Corte speciale per la Sierra Leone nella decisione resa il 31 maggio 2004 nel caso *Prosecutor c. Taylor (Decision on Immunity from Jurisdiction)*. Al riguardo M. FRULLI, *Piercing the Veil*, cit., 325 ss., rileva che "one of the aggravating factors in sentencing was his position as head of state".

⁶⁶ Cfr. ICC-02/05-01/09-195, su cui v. N. BOSCHIERO, *The ICC Judicial Finding on Non-cooperation against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2015, 625 ss. In tema v. già D. AKANDE, *The Legal Nature*, cit., 340 ss.; S. PAPILLON, *Has the United Nations*, cit., 275 ss.; D. TERZIAN, *Personal Immunity*, cit., 300 ss.; R. J. V. COLE, *Africa's Relationship*, cit., 686.

⁶⁷ D. AKANDE, *The Legal Nature*, cit., 340 ss.; S. PAPILLON, *Has the United Nations*, cit., 288; J. NEEDHAM, *Protection or Prosecution*, cit., 248.

⁶⁸ P. GAETA, *Does President Al Bashir*, cit., 324; E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato*, cit., 1114 ss.; E. DE WET, *The Implications*, cit., 1049 ss.

⁶⁹ E. CIMIOTTA, *Immunità personali dei Capi di Stato*, cit., 1129; C. C. JALLOH, *Regionalizing*, cit., 484; P. WARDLE, *The Survival of Head of State Immunity at the International Criminal Court*, in *Australian International Law Journal*, 2011, 200; J. EMMANUEL, *The International Criminal Court*, cit., 151. In senso diverso v. E. DE WET, *The*

ha adottato diverse altre risoluzioni sulla situazione in Darfur, anche successive all'adozione dei mandati di arresto contro al-Bashir, e avrebbe quindi potuto inserire una espressa revoca della sua immunità in una di queste risoluzioni⁷⁰. Ciò non è accaduto e, anche se tale situazione, che assicura l'immunità a una persona accusata di crimini molto gravi come al-Bashir, risulta essere ingiusta, cionondimeno essa appare conforme al diritto internazionale vigente⁷¹.

5. Le conseguenze del viaggio di al-Bashir in Sudafrica nel 2015

Come accennato, la sentenza resa il 15 marzo 2016 dalla Corte suprema di appello sudafricana è volta a verificare il rispetto dell'obbligo di cooperazione di questo Stato nel dare esecuzione ai mandati di arresto emessi dalla CPI nei confronti di al-Bashir. La conclusione cui giunge la Corte conferma quanto già deciso dall'Alta Corte di North Gauteng, ossia che le autorità sudafricane sono tenute a cooperare con la CPI, e riconosce che il loro comportamento ha violato lo Statuto della CPI e la legge interna (*Implementation Act*) con la quale nel 2002 il Sudafrica vi ha dato esecuzione.

Come accennato, il percorso argomentativo seguito dalla Corte suprema di appello non è identico a quello seguito dall'Alta Corte, anche in ragione del fatto che in appello le autorità sudafricane hanno avanzato delle motivazioni parzialmente diverse a sostegno del loro comportamento. Dinanzi all'Alta Corte il Governo sudafricano si era difeso richiamando l'Accordo di sede concluso il 4 giugno 2015 tra il Sudafrica e la Commissione UA per lo svolgimento dell'Assemblea UA e di alcune altre riunioni preparatorie, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale sudafricana. Nella prospettiva della partecipazione anche di al-Bashir all'Assemblea UA questo Accordo di sede include una disposizione espressa (art. VIII) sui privilegi e le immunità dei funzionari dell'UA e dei delegati e rappresentanti delle organizzazioni internazionali partecipanti all'Assemblea dell'UA, richiamando anche l'art. C, sez. V, della Convenzione generale sui privilegi e le immunità di questa organizzazione (che il Sudafrica non ha ratificato), relativo ai privilegi e alle immunità dei rappresentanti statali presso l'UA. Il Governo sudafricano ha indicato quale base giuridica di questa disciplina la sez. 5, par. 3, della propria legge interna sui privilegi e le immunità diplomatiche (*DIPA Act*), ma tale specifica disposizione riguarda le organizzazioni internazionali e i loro funzionari, non i delegati statali presso di esse, rendendo quindi inapplicabile il ricordato art. C, sez. V, e questo, secondo l'Alta Corte, ha prodotto la conseguenza di lasciare al-Bashir privo di immunità in quanto delegato governativo. La Corte suprema di appello, invece, riconosce le immunità ai "delegati statali" che partecipano all'Assemblea UA, ma esclude il Presidente sudanese

Implications, cit., 1049 ss. Non è invece condivisibile l'opinione espressa da S. PAPILLON, *Has the United Nations*, cit., 285, e da J. NEEDHAM, *Protection or Prosecution*, cit., 245, secondo le quali un *referral* del CdS potrebbe avere solo un contenuto astratto.

⁷⁰ D. TLADI, *The Duty on South Africa*, cit., 1027 ss. M. FRULLI, *Piercing the Veil*, cit., 335 ss., suggerisce che il mandato di arresto nei confronti di al-Bashir potrebbe essere eseguito da un'operazione di pace istituita dal CdS. In questo senso v. anche F. BATTAGLIA, *I rapporti fra Nazioni Unite e Corte penale internazionale nella prassi del Consiglio di sicurezza in situazioni di conflitto*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, 1148 ss.; A. CIAMPI, *Il meccanismo di cooperazione*, cit., 174 ss. Ma v. l'opinione nettamente contraria recentemente espressa dall'Assemblea dell'UA: *Assembly/AU/Dec.616(XXVII)*, cit.

⁷¹ P. GAETA, *Does President Al Bashir*, cit., 316; J. NEEDHAM, *Protection or Prosecution*, cit., 234; P. WARDLE, *The Survival of Head of State Immunity*, cit., 181 ss. In tema, si rinvia anche allo studio intrapreso dalla Commissione del diritto internazionale in tema di immunità degli ufficiali statali dalla giurisdizione penale straniera.

dal loro novero, poiché lo qualifica “embodiment of the member state”⁷². Seguendo questa bizzarra impostazione la Corte suprema nega a un Capo dello Stato quei privilegi e quelle immunità che, in base all’art. VIII dell’Accordo di sede, spettano invece ai suoi delegati, vale a dire a coloro che rappresentano lo Stato presso l’organizzazione.

Dinanzi alla Corte suprema di appello il Governo sudafricano ha avanzato anche un nuovo e diverso argomento, sostenendo che l’immunità di al-Bashir è fondata sul diritto internazionale consuetudinario e sull’art. 4, par. 1, a), del *DIPA Act* e non è derogata dall’*Implementation Act*. Invece, secondo l’ONG – ricorrente in primo grado e convenuta dinanzi alla Corte suprema di appello –, la norma consuetudinaria in tema di immunità non si applica ai procedimenti avviati dinanzi alla CPI e il Governo sudafricano sarebbe comunque obbligato ad arrestare e consegnare al-Bashir sulla base di quanto dispone l’*Implementation Act*.

Questi sono i contrapposti argomenti che la Corte suprema di appello ha dovuto valutare al fine di decidere la controversia, mentre essa ha affermato di non essere competente a entrare nel merito delle accuse rivolte contro al-Bashir. La Corte ha anche rigettato l’obiezione secondo cui la questione avrebbe perso di interesse a seguito della partenza del Presidente sudanese dal territorio sudafricano, poiché secondo la Corte occorre comunque verificare se le autorità governative abbiano o meno violato la Costituzione e la normativa interna, nonché valutare se l’ordine di dare seguito ai mandati di arresto contro al-Bashir, emesso dall’Alta Corte, possa essere eseguito in futuro, qualora il Presidente sudanese tornasse sul territorio sudafricano.

La Corte suprema di appello, nel valutare l’esistenza della norma consuetudinaria sull’immunità dei Capi di Stato e la sua estensione, vale a dire l’applicabilità o meno a procedimenti per crimini internazionali dinanzi alla CPI, richiama le menzionate decisioni da questa emesse nei confronti del Malawi e della RDC e la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Yerodia*, nonché i principali orientamenti dottrinali sui quali ci siamo già soffermati in precedenza. Ma, stante la mancanza di un orientamento univoco in dottrina e in giurisprudenza, oltre che tra gli Stati, la Corte conclude affermando, in modo del tutto ragionevole, di essere “unable to hold that at this stage of the development of customary international law there is an international crimes exception to the immunity and inviolability that heads of state enjoy when visiting foreign countries and before foreign national Courts”⁷³.

Di conseguenza, la Corte suprema di appello sceglie di risolvere la questione attraverso la normativa interna sudafricana e, dopo essersi mostrata cauta nell’applicazione del diritto internazionale consuetudinario per riconoscere l’assenza di immunità di al-Bashir, si mostra assai più decisa a negarla sulla base della normativa interna, con una sentenza alquanto ardita sotto il profilo della giurisdizione universale. Procediamo con ordine. La Corte ricorda, infatti, che, secondo la sez. 232 della Costituzione sudafricana, il diritto internazionale generale è parte dell’ordinamento giuridico interno, ma può essere modificato dalla normativa nazionale, e che, in base alla sez. 233, nell’interpretare qualsiasi disposizione di legge i tribunali devono dare la preferenza a quella che sia ragionevole e conforme al diritto internazionale. Inoltre, richiamando

⁷² Secondo D. AKANDE, *The Bashir Case*, cit., si tratta di un errore delle autorità sudafricane nel predisporre l’Accordo di sede con l’UA.

⁷³ Aggiungendo: “However tempting it may be [...], it is not in my view permissible for it to do so”. In senso critico, ma non condivisibile, v. D. AKANDE, *The Bashir Case*, cit.

una recente pronuncia della Corte costituzionale sudafricana⁷⁴, la Corte suprema sostiene le posizioni della ONG convenuta secondo cui “the Government was under an obligation to cooperate with the ICC in arresting President Al Bashir”. Essa aggiunge, senza fornire spiegazioni, che “there is no dispute that President Al Bashir is subject to the jurisdiction of the ICC and can be prosecuted by it for his alleged crimes. He has been stripped of any immunity when before the ICC”. E afferma che vi è una chiara indicazione nel senso che il Sudafrica non riconosce l’immunità a favore di una persona accusata di crimini internazionali, poiché questo consegue all’applicazione del principio della *lex specialis* rispetto alla norma generale sull’immunità dei Capi di Stato, incorporata nel *DIPA Act*. In definitiva, secondo la Corte suprema, ai fini di accertare la revoca dell’immunità di al-Bashir non è necessario considerare la risoluzione 1593 del CdS, né applicare la Convenzione ONU contro il genocidio del 1948, ma è sufficiente applicare l’*Implementation Act*, con il quale è stato recepito lo Statuto della CPI.

Contraddittoria⁷⁵ appare un’altra affermazione della Corte suprema di appello che, dopo aver dichiarato l’inopportunità per i giudici interni di “expand the boundaries of customary international law by domestic judicial decision”, rileva che il Sudafrica nel dare esecuzione allo Statuto di Roma nel proprio ordinamento interno “was taking a step that many other nations have not yet taken” riguardo alla limitazione dell’immunità dei Capi di Stato per crimini internazionali. E aggiunge che, a suo parere, si tratta certamente di uno sviluppo progressivo e positivo. Viene da domandarsi come sarebbe stata accolta una simile affermazione qualora fosse stata pronunciata da un tribunale di uno degli Stati occidentali, tante volte criticati dagli Stati africani per l’utilizzazione del principio della giurisdizione universale, considerato uno strumento ‘neocolonialista’.

Un altro argomento avanzato dalla Corte a sostegno della propria conclusione riguarda la circostanza che, prima dell’Assemblea UA del giugno 2015, il Sudafrica avesse adempiuto meticolosamente ai propri obblighi derivanti dallo Statuto della CPI, il che aveva impedito ad al-Bashir di entrare in territorio sudafricano. Ma, a ben vedere, questa circostanza potrebbe anche essere utilizzata in senso contrario, vale a dire che nel caso dell’Assemblea UA il Governo sudafricano era consapevole di riconoscere legittimamente l’immunità ad al-Bashir avendo a tal fine adottato atti volti a consentirgli l’ingresso sul proprio territorio⁷⁶.

6. Conclusioni

È probabile che la decisione emessa dalla Corte suprema di appello sudafricana il 15 marzo 2016 non sarà l’ultima in merito alla vicenda al-Bashir, né a livello statale, dove è possibile il ricorso delle autorità governative dinanzi alla massima istituzione giudiziaria (la Corte costituzionale), né tantomeno a livello di CPI. Ancora nel maggio 2016, infatti, il Presidente sudanese si è recato in visita ufficiale a Gibuti e in Uganda per prendere parte alle cerimonie di insediamento dei Presidenti di questi due Stati, entrambi membri della CPI.

⁷⁴ Si tratta della sentenza resa il 30 ottobre 2014 nel caso CCT 02/14, *National Commissioner of the South African Police Service e altri c. Southern African Human Rights Litigation Centre e altro*, reperibile sul sito web www.saflii.org.

⁷⁵ D. AKANDE, *The Bashir Case*, cit., usa il più cauto termine “surprising”.

⁷⁶ Invece, secondo E. DE WET, *The Implications*, cit., 1049 ss., in questa occasione la decisione del Governo sudafricano di ospitare l’Assemblea UA, con la partecipazione di al-Bashir, mostra il cambio di atteggiamento di questo Governo nei confronti della CPI al fine di non adempiere ai propri obblighi statutari.

Negli ultimi mesi, peraltro, è sembrato profilarsi un mutamento nei rapporti tra CPI e Stati africani, sotto un duplice profilo, dovuto anche all'azione di Fatou Bensouda, giurista gambiana che nel 2012 ha sostituito Moreno Ocampo come Procuratore della CPI⁷⁷.

Il primo elemento nuovo è la scelta della CPI di chiudere i procedimenti nei confronti di Kenyatta⁷⁸ e di Ruto⁷⁹. L'Assemblea UA ha espresso soddisfazione per queste decisioni, che hanno accolto richieste da essa ripetutamente formulate⁸⁰.

Il secondo è costituito dall'apertura di un'inchiesta per gli accadimenti occorsi in Ossezia meridionale (Georgia) tra il 1° luglio e il 10 ottobre 2008 (le ipotesi di reato sono quelle di crimini di guerra e contro l'umanità). Il 27 gennaio 2016 la I Camera preliminare ha autorizzato il Procuratore a procedere con l'inchiesta⁸¹, il che mostra la volontà di allargare l'azione della CPI anche a situazioni non-africane.

Questi due elementi potrebbero favorire il riavvicinamento tra gli Stati africani, in particolare quelli che hanno accettato lo Statuto di Roma, e la Corte, anche se la questione relativa ad al-Bashir resta aperta e problematica. A seguito dei due menzionati viaggi del maggio 2016 a Gibuti e in Uganda, infatti, ancora una volta il Procuratore ha protestato per il mancato rispetto dell'obbligo di arrestare e consegnare al-Bashir e la Corte ha avviato la procedura di cui all'art. 87, par. 7, nei confronti di questi Stati a causa della loro mancata cooperazione⁸².

Ci sembra però che la CPI, piuttosto che insistere in quello che, sempre di più, appare come uno stanco 'rituale', dovrebbe più opportunamente prendere atto della fragilità della costruzione giuridica che ha elaborato, secondo la quale uno Stato parte al suo Statuto è tenuto a eseguire un mandato di arresto nei confronti di un soggetto appartenente a uno Stato non-membro che gode di immunità, a meno che non sia il CdS, in virtù dei poteri che la Carta ONU gli attribuisce, ad adottare una decisione in tal senso. Come abbiamo provato a dimostrare, infatti, questa costruzione, ribadita e precisata in diverse pronunce della I e II Camera preliminare e sostenuta da una parte della dottrina, non sembra giuridicamente fondata al punto da superare l'attuale regola di diritto internazionale consuetudinario che tutela gli alti vertici statali anche qualora siano accusati di aver commesso crimini internazionali⁸³. Anche se questa conseguenza appare ingiusta, nondimeno insistere lungo un percorso giuridicamente fragile non giova all'autorevolezza e al prestigio della CPI.

⁷⁷ Prima di diventare Procuratore, Fatou Bensouda è stata vice-Procuratore. Sono africani anche il primo vice-Presidente (Joyce Aluoch, Kenya) e altri tre giudici della CPI (Sanji Monageng, Botswana; Chile Eboe-Osuji, Nigeria; Antoine Kesia-Mbe Mindua, RDC).

⁷⁸ Il Procuratore ha chiesto il ritiro delle accuse il 5 dicembre 2014, la V Camera (B) lo ha accordato il 13 marzo 2015. Ciò è avvenuto anche per il venir meno di alcune testimonianze ritenute importanti e per la mancata cooperazione del Governo del Kenya con la CPI.

⁷⁹ Il 5 aprile 2016 la V Camera (A) della CPI ha accolto, a maggioranza, la richiesta della difesa di Ruto (e di un altro imputato) di terminare il procedimento nei suoi confronti.

⁸⁰ Cfr. Assembly/AU/Dec.546(XXIV), 31 gennaio 2015; Assembly/AU/Dec.616(XXVII), cit.

⁸¹ Cfr. ICC-01/15. Per un primo commento v. M. MANCINI, *Una nuova sfida per la Corte penale internazionale: l'indagine sui crimini commessi nell'Ossezia del Sud*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, 178 ss.

⁸² V., da ultimo, il ventitreesimo rapporto presentato dal Procuratore della CPI al CdS sull'attuazione della risoluzione 1593, cit.

⁸³ Si segnala anche la proposta avanzata dall'Assemblea UA – per la prima volta nell'Assembly/AU/Dec.397(XVIII), 30 gennaio 2012 – di sollecitare un parere della Corte internazionale di giustizia in merito alle immunità dei funzionari statali secondo il diritto internazionale, recentemente ripresa anche da D. AKANDE, *An International Court of Justice Advisory Opinion on the ICC Head of State Immunity Issue*, in *EJIL: Talk!*, 31 marzo 2016, reperibile sul sito web www.ejiltalk.org.

Per quanto riguarda al-Bashir, in definitiva, allo stato dei fatti la Corte dovrebbe riconoscere l'inapplicabilità nei suoi confronti dell'art. 27 dello Statuto, rimettendo la questione al vero responsabile della situazione che si è venuta a creare, ossia il CdS. Questo, infatti, ha adottato un *referral* troppo generico e prudente con la risoluzione 1593, al quale non ha fatto seguire ulteriori provvedimenti significativi per contrastare la violazione della stessa da parte del Sudan. E nulla ha fatto il CdS per dare seguito alle undici segnalazioni avanzate dalla CPI in merito alla mancata cooperazione di Stati ONU (parti e non della suo Statuto) nell'arresto e nella consegna del Presidente sudanese.

Ci pare che nella vicenda al-Bashir la Corte sia stata chiamata a supplire alle mancate scelte del CdS, senza averne i poteri, né il peso politico, con il risultato di trovarsi a elaborare costruzioni giuridiche fragili e che hanno causato il contrasto con un gruppo di Stati, quelli africani, che in passato l'aveva promossa e sostenuta. Ci sembra che questa vicenda abbia indebolito la credibilità della CPI e assorbito una significativa porzione delle sue energie e risorse. E ogni indebolimento della Corte ha un diretto impatto sull'efficacia dell'azione di prevenzione e repressione dei gravi crimini internazionali condotta tanto a livello nazionale che internazionale, che in ultima analisi indebolisce le vittime e i loro diritti⁸⁴. L'auspicio è che la CPI prenda atto della necessità di un mutamento di approccio, anche sollecitando il Consiglio di sicurezza a svolgere in maniera maggiormente efficace il proprio ruolo. Questo mutamento renderebbe più fondate le sue decisioni sul piano giuridico e, su quello politico, potrebbe favorire la ricomposizione del legame con il gruppo degli Stati africani e con l'UA.

⁸⁴ F. BENSOUA, *The International Criminal Court and Africa: A Discussion on Legitimacy, Impunity, Selectivity Fairness and Accountability*, GIMPA Law Conference 2016, 17 marzo 2016, reperibile sul sito web www.icc-cpi.int.