

Principio di complementarietà e interpretazione dello Statuto di Roma

Aurora Rasi*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La disciplina statutaria. – 3. Le tecniche interpretative utilizzate dalla Corte penale internazionale nell'applicazione dell'art. 17 dello Statuto di Roma. – 3.1. L'interpretazione letterale. – 3.2. L'interpretazione per analogia. – 3.3. L'interpretazione funzionale. – 3.4. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti. – 4. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive

L'art. 17 dello Statuto di Roma determina i criteri utili a stabilire quale organo, tra la Corte penale internazionale e il giudice nazionale, debba esercitare la competenza a giudicare nel caso concreto¹. Esso è funzionale all'attuazione della disposizione preambolare n. 10 e dell'art. 1 dello Statuto, i quali assegnano alla Corte penale internazionale un ruolo complementare («shall be complementary») rispetto alla giurisdizione nazionale².

Al fine di realizzare questa indicazione, l'art. 17, par. 1, stabilisce, innanzi tutto, un criterio di ordine generale: in caso di litispendenza, la Corte è tenuta ad arrestare la propria azione ed a riconoscere priorità all'esercizio di competenza del giudice nazionale. La Corte penale internazionale deve («shall») infatti dichiarare inammissibile un caso allorché questo sia già oggetto di un procedimento nazionale³. Non ha peraltro rilievo in quale fase si trovi il procedimento nazionale.

* Dottore di ricerca in diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Dipartimento di Scienze Giuridiche, Piazzale Aldo Moro, 5 – 00185 Roma, aurora.rasi@uniroma1.it.

¹ Per un'analisi normativa dell'art. 17 dello Statuto di Roma si vedano: W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2016, p. 446 ss.; W. SCHABAS, M. EL ZEIDY, "Article 17: Issues of Admissibility", in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, O. TRIFFTERER, K. AMBOS (eds), Munich-Oxford-Baden-Baden, 2016, p. 781 ss.; J. STIGEN, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions: The Principle of Complementarity*, Leiden, 2008; J.T. HOLMES, "Complementarity: National Courts versus the ICC", in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (eds), Oxford, 2002, p. 667 ss.

² Cfr. la disposizione preambolare n. 10, «the International Criminal Court established under this Statute shall be complementary to national criminal jurisdictions», e l'art. 1 dello Statuto di Roma, il quale stabilisce che la Corte penale internazionale «shall be complementary to national criminal jurisdictions».

³ È noto che, nel sistema giuridico italiano, l'ammissibilità viene generalmente valutata avendo riguardo non ad un 'caso' bensì all'istanza di apertura di un procedimento. In tal senso si esprime, ad esempio, l'art. 360 *bis* c.p.c., che disciplina le cause di inammissibilità del ricorso per cassazione.

Quest'ultimo deve avere prevalenza sia che versi nella fase delle indagini, sia che si trovi già nella fase dibattimentale (art. 17, par. 1, lett. *a*) dello Statuto), sia nel caso in cui esso fosse già concluso poiché archiviato al termine delle indagini (art. 17, par. 1, lett. *b*), dello Statuto).

Accanto al criterio generale della priorità della competenza nazionale, l'art. 17 stabilisce poi, in via di eccezione, un regime speciale. La Corte penale internazionale non è tenuta a dichiarare l'inammissibilità del caso oggetto del procedimento nazionale qualora quest'ultimo non presenti il carattere della 'genuinità'. Tale situazione ricorrerebbe allorché il procedimento nazionale fosse viziato dalla incapacità («inability»), ovvero dalla mancanza di volontà («unwillingness») dello Stato a condurlo a conclusione. Le nozioni di *unwillingness* e di *inability* sono ulteriormente elaborate dall'art. 17, rispettivamente nel secondo e nel terzo paragrafo⁴.

L'art. 17 ha evidenziato nel tempo numerosi problemi interpretativi, molti dei quali hanno trovato via via soluzione nella prassi giurisprudenziale della Corte penale internazionale⁵. La prassi più recente sembra peraltro porre in luce un

Nello Statuto di Roma, invece, la valutazione di ammissibilità generalmente concerne un 'caso'. In tal senso si esprimono, ad esempio, gli art. 15, 17, 18, 19, 53, 89 e 90. Con il termine 'caso' si intende la circostanza in cui «one or more crimes within the jurisdiction of the Court seem to have been committed by one or more identified suspects» (Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04, Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS5 and VPRS 6* del 17 gennaio 2006, par. 65). Per un esame approfondito della nozione di 'caso' nello Statuto di Roma si rinvia a R. RASTAN, "Situation and Case: Defining the Parameters", in *The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice*, C. STAHN, M. EL ZEIDY (eds), Cambridge, 2011, p. 421 ss., p. 437 ss.; J. STIGEN, *op. cit.*, p. 91 ss.

⁴ L'art. 17, par. 2, dello Statuto di Roma prevede, in particolare, che «[i]n order to determine unwillingness in a particular case, the Court shall consider, having regard to the principles of due process recognized by international law, whether one or more of the following exist, as applicable: (a) The proceedings were or are being undertaken or the national decision was made for the purpose of shielding the person concerned from criminal responsibility for crimes within the jurisdiction of the Court referred to in article 5; (b) There has been an unjustified delay in the proceedings which in the circumstances is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice; (c) The proceedings were not or are not being conducted independently or impartially, and they were or are being conducted in a manner which, in the circumstances, is inconsistent with an intent to bring the person concerned to justice». L'art. 17, par. 3, dello Statuto di Roma stabilisce, poi, che «[i]n order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether, due to a total or substantial collapse or unavailability of its national judicial system, the State is unable to obtain the accused or the necessary evidence and testimony or otherwise unable to carry out its proceedings». Per una ricostruzione del significato delle nozioni di *unwillingness* e di *inability* si rinvia, *ex multis*, a W. SCHABAS, M. EL ZEIDY, *op. cit.*, p. 803 ss.; J. STIGEN, *op. cit.*, p. 251 ss.; P. BENVENUTI, "Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions", in *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, F. LATTANZI, W. SCHABAS (eds), L'Aquila, 1999, p. 21 ss., p. 42 ss.

⁵ Si pensi, a titolo esemplificativo, alle pronunce nelle quali la Corte penale internazionale ha ricostruito le condizioni che debbono ricorrere affinché si possa ritenere che la Corte da un lato, ed il giudice nazionale dall'altro, stiano conoscendo il medesimo caso. Nella giurisprudenza delle Camere di primo grado, la prassi giungeva alla elaborazione di un *test* generalmente denominato «same person – same conduct test». Sulla base di esso, «for the Chamber to be satisfied that the domestic in-

problema non ancora risolto, concernente il margine di flessibilità riconosciuto alla Corte penale internazionale nell'interpretazione di tale disposizione. Questo problema emerge, ad esempio, nella pronuncia con la quale la Camera preliminare ha autorizzato il Procuratore ad intraprendere le indagini rispetto alla situazione in Georgia⁶.

È opportuno riassumere rapidamente la questione che vi ha dato origine. È noto come, allorché le venga richiesto di autorizzare l'avvio di indagini, la Camera preliminare sia tenuta a svolgere un esame prognostico sull'ammissibilità dei casi che potrebbero, da esse, emergere. Ciò è invero stabilito dagli art. 15 e 53 dello Statuto di Roma. Soltanto in assenza di ostacoli all'ammissibilità, la Camera preliminare può autorizzare il Procuratore ad iniziare le attività investigative. Nella specifica circostanza della Georgia, alcuni dei casi che sarebbero probabilmente emersi dalle indagini formavano già oggetto di procedimenti nazionali, taluni pendenti innanzi al giudice georgiano ed altri dinanzi al giudice russo.

Quanto ai procedimenti georgiani, la Camera preliminare riferiva che essi erano stati senz'altro condotti dal 2008 al 2014. Nel marzo del 2015, tuttavia, le autorità georgiane avevano informato il Procuratore dell'esistenza di ostacoli alla prosecuzione dei procedimenti, dovuti alle precarie condizioni di sicurezza («fragile security situation») presenti, in quel momento, sul territorio. Tali indicazioni sono

vestigation covers the same 'case' as that before the Court, it must be demonstrated that: a) the person subject to the domestic proceedings is the same person against whom the proceedings before the Court are being conducted; and b) the conduct that is subject to the national investigation is substantially the same conduct that is alleged in the proceedings before the Court» (Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi* dell'11 ottobre 2013, par. 66). La Camera d'appello invece, pur compiendo le medesime verifiche richieste dal «same person – same conduct test», evita l'utilizzo di tale terminologia. Essa ha infatti dichiarato che «the defining elements of a concrete case before the Court are the individual and the alleged conduct. It follows that for such a case to be inadmissible under article 17 (1) (a) of the Statute, the national investigation must cover the same individual and substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court» (Corte penale internazionale, *Appeals Chamber, The Prosecutor v. Francis Kirimi Mutbuara, Uhuru Kiugai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, *Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute»* del 30 agosto 2011, par. 39).

⁶ Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation* del 27 gennaio 2016. Conviene forse specificare come il termine 'situazione', nello Statuto di Roma, indichi l'oggetto di un'indagine. In particolare, «[s]ituations, which are generally defined in terms of temporal, territorial and in some cases personal parameters, such as the situation in the territory of the Democratic Republic of the Congo since 1 July 2002, entail the proceedings envisaged in the Statute to determine whether a particular situation should give rise to a criminal investigation as well as the investigation as such» (Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04, *Decision on the Applications for Participation in the Proceedings of VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS5 and VPRS 6*, cit., par. 65). Per una ricostruzione approfondita della nozione di 'situazione' nello Statuto e nella prassi della Corte, si rinvia ancora a R. RASTAN, *op. cit.*, p. 422 ss.; J. STIGEN, *op. cit.*, p. 91 ss.

state ritenute sufficienti, dalla Camera preliminare, per non compiere alcun accertamento in merito alla possibile *inability* o *unwillingness* della Georgia. La Camera, piuttosto, ha indicato sbrigativamente che la comunicazione delle autorità georgiane era «dispositive of the matter», ed ha stabilito che i procedimenti nazionali non impedivano alla Corte di esercitare la propria competenza a giudicare⁷.

La scelta di riconoscere un peso determinante ad una comunicazione che, in effetti, riferiva soltanto della esistenza di ostacoli all'avanzamento dei procedimenti nel breve termine, non sembra immediatamente conforme all'art. 17. Sulla base di un'interpretazione letterale della disposizione, infatti, l'accertamento dell'avvio di procedimenti ad opera delle autorità nazionali avrebbe dovuto condurre, di per sé, all'inammissibilità dei relativi casi innanzi alla Corte. Nella specifica circostanza, avrebbero peraltro potuto trovare applicazione sia la lettera *a*) che la lettera *b*) del primo paragrafo dell'art. 17. Come si anticipava, ambedue tali disposizioni stabiliscono che la Corte, in caso di litispendenza, possa superare l'obbligo di riconoscere priorità alla competenza nazionale esclusivamente accertando la presenza di *inability* o di *unwillingness* in capo allo Stato procedente. Qualora si fosse ritenuto che le attività investigative della Georgia non fossero ancora concluse, ancorché momentaneamente sospese, sarebbe stato applicabile l'art. 17, par. 1, lett. *a*). Qualora invece si fosse ritenuto che le attività di indagine fossero state concluse e che, poi, le autorità nazionali avessero deciso di non procedere ulteriormente, sarebbe stata applicabile la lett. *b*) dell'art. 17, par. 1.

Ne consegue che, se la Camera avesse interpretato letteralmente l'art. 17, essa avrebbe dovuto quanto meno chiarire su quale base giuridica superava l'ostacolo all'ammissibilità rappresentato dalla presenza di procedimenti nazionali concorrenti ed autorizzava, così, le indagini. Essa avrebbe dovuto innanzi tutto qualificare la comunicazione delle autorità georgiane alla stregua di un elemento dimostrativo di *inability* o di *unwillingness*. Quindi, sulla base di tale accertamento, la Camera avrebbe potuto valutare in via prognostica ammissibili per la Corte i casi oggetto anche dei procedimenti georgiani e, finalmente, autorizzare il Procuratore a svolgere indagini⁸.

Un accertamento prognostico di ammissibilità, non preceduto da un accertamento di *inability* o di *unwillingness*, veniva effettuato dalla Camera preliminare anche con riferimento a taluni dei casi oggetto di procedimento da parte delle autorità russe. A seguito di un'approfondita analisi, la Camera ha escluso che la Russia risultasse *unwilling*, dichiarando invece di nutrire ragionevoli dubbi («reasonable doubts») per quanto riguardava la *inability* di questo Stato. In virtù di tali dubbi la Camera ha concluso nel senso che l'avvio di un procedimento inter-

⁷ Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*, cit., par. 41.

⁸ In tal senso, cfr. Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, Separate Opinion of Judge Péter Kovács* del 27 gennaio 2016, par. 51 ss.

nazionale fosse «more appropriate»⁹. È controvertibile che la Corte penale internazionale abbia il potere di far prevalere la propria competenza a giudicare, rispetto a quella nazionale, in virtù di dubbi di *inability* ovvero di mere valutazioni di opportunità. Interpretando letteralmente l'art. 17, sembra invero difficile ritenere dette valutazioni di opportunità coincidenti con l'accertamento di *unwillingness*, o di *inability*, imposto alla Corte dalla disposizione statutaria¹⁰.

È verosimile che la decisione sulla Georgia costituisca il prodotto dell'esercizio di un ampio margine di flessibilità nell'interpretazione dell'art. 17 da parte della Camera preliminare. La determinazione del grado di flessibilità nell'interpretazione consentito dall'art. 17 alla Corte penale internazionale ha peraltro evidenti implicazioni sistematiche, dato che da esso dipende il contenuto di uno dei principi fondamentali che determinano i rapporti fra l'esercizio di competenza da parte della Corte e l'esercizio di competenza da parte delle autorità giudiziarie nazionali, vale a dire il principio di complementarità. Un'interpretazione disinvolta, da parte della Corte penale internazionale, del potere conferitole dallo Statuto di determinare l'ampiezza della competenza da essa esercitabile si rifletterebbe, infatti, sull'ampiezza della competenza esercitabile dalle autorità nazionali, privando il principio di complementarità di gran parte del suo effetto utile.

Conviene quindi procedere ad una verifica del margine di flessibilità che lo Statuto conferisce alla Corte nell'utilizzo di un potere assai penetrante. L'analisi verterà, in primo luogo, sulla disciplina statutaria del principio di complementarità, così da ricostruire il quadro normativo rilevante. In secondo luogo, si volgerà l'attenzione alla prassi giurisprudenziale della Corte penale internazionale. Da ultimo, si porranno a confronto gli elementi emersi dall'analisi, con l'obiettivo di individuare le tecniche atte a realizzare un risultato equilibrato, che tenga conto delle varie esigenze in gioco¹¹.

⁹ Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*, cit., par. 46.

¹⁰ Dopo aver affermato che i dubbi relativi alla *inability* della Russia rendevano «more appropriate» l'avvio del procedimento internazionale, la Camera compiva peraltro una precisazione singolare. Essa invero evidenziava come la questione dell'ammissibilità dei casi oggetto anche dei procedimenti russi non fosse definitivamente risolta. Piuttosto, essa veniva rinviata «to be authoritatively resolved at a later stage if needed» (cfr. Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, Situation in Georgia*, ICC-01/15-12, *Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation*, cit., par. 46). Tale asserzione non sembra immediatamente congruente con il dettato statutario. Gli art. 15 e 53 stabiliscono, infatti, che la Camera possa autorizzare il Procuratore ad avviare le indagini soltanto a condizione che «[t]he case is or would be admissible under article 17». Autorizzando il Procuratore ad avviare le indagini, la Camera preliminare non rinviava la decisione, ma implicitamente stabiliva che non vi fossero ostacoli all'ammissibilità dei casi oggetto dei procedimenti russi.

¹¹ Non conviene, in questa sede, esaminare l'ulteriore questione relativa alla utilizzazione, da parte della Corte penale internazionale, degli art. 31 ss. della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati al fine di interpretare lo Statuto di Roma. Per quanto di indubbio interesse, tale questione esula, infatti, dagli obiettivi del presente lavoro.

2. La disciplina statutaria

La ricostruzione della disciplina statutaria del principio di complementarità comporta una serie di problemi interpretativi.

Da un lato, lo Statuto contiene una serie di norme che enfatizzano la residualità del ruolo della Corte penale internazionale rispetto alle prerogative riconosciute ai giudici nazionali¹².

In tal senso sembrano potersi interpretare sia la disposizione preambolare n. 10 che l'art. 1, già menzionati nel precedente paragrafo. Nel medesimo senso pare poi potersi interpretare la disposizione preambolare n. 6, la quale chiarisce che sono gli Stati i soggetti deputati in via principale a sanzionare il compimento di crimini internazionali¹³. Anche l'art. 17 del resto, nello stabilire il complesso meccanismo di ammissibilità, sembra senz'altro teso a garantire il rispetto, da parte della Corte, della primazia nazionale nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

¹² Nel corso dei lavori preparatori che hanno condotto alla redazione dello Statuto di Roma, la primazia del giudice nazionale rispetto alle prerogative del foro internazionale penale è stata peraltro ampiamente sottolineata. Già nel commentario al *Draft Statute for an International Criminal Court*, elaborato dalla Commissione di diritto internazionale nel 1994, veniva specificato come l'istituenda corte avrebbe potuto esercitare la competenza a giudicare soltanto qualora vi fosse «no prospect of those persons being duly tried in national courts» (Commissione di diritto internazionale, *Draft Statute for an International Criminal Court*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1994, vol. II, parte II, disponibile su legal.un.org, p. 26 ss., p. 27). Nel prosieguo dei lavori preparatori venivano poi chiarite le ragioni in base alle quali si riteneva preferibile che lo statuto contemplasse «a strong presumption in favour of national jurisdiction»: tra queste figurava, ad esempio, il minor costo del procedimento nazionale rispetto alla onerosità del procedimento internazionale (cfr. *Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Report of the Ad Hoc Committee*, A/AC.244/CRP.5 del 22 agosto 1995, disponibile su www.legal-tools.org, par. 3). Per un maggiore approfondimento dei lavori preparatori allo Statuto di Roma, inerenti all'elaborazione del principio di complementarità, si rinvia a J.T. HOLMES, «The Principle of Complementarity», in *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute*, R.S. LEE (ed.), The Hague, 1999, p. 41 ss.

La valorizzazione del primato della competenza del giudice penale nazionale rispetto al giudice penale internazionale è tanto più rilevante se si considera la circostanza che, nel medesimo periodo, venivano istituiti con risoluzioni del Consiglio di sicurezza i tribunali *ad hoc*, a favore dei quali era stata invece riconosciuta priorità nell'esercizio della competenza rispetto ai giudici nazionali. Ci si riferisce, come è noto, al Tribunale internazionale penale per la ex-Jugoslavia ed al Tribunale internazionale penale per il Ruanda (istituiti, rispettivamente, dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 827 (1993) del 25 maggio 1993 e con risoluzione n. 855 (1994) dell'8 novembre 1994). Sul punto del riparto del potere di esercitare la competenza con il giudice nazionale, l'art. 9, par. 2, dello Statuto del Tribunale internazionale penale per la ex-Jugoslavia stabilisce invero che «[t]he International Tribunal shall have primacy over national courts». Similmente, l'art. 8, par. 2, dello Statuto del Tribunale internazionale penale per il Ruanda dispone che «[t]he International Tribunal for Rwanda shall have the primacy over the national courts of all States». Sembra dunque ragionevole ritenere che i redattori dello Statuto di Roma, certamente consapevoli delle disposizioni contenute negli statuti dei tribunali *ad hoc*, abbiano inteso rimarcare la scelta di un differente criterio utile a ripartire l'esercizio della competenza tra il giudice nazionale ed il giudice internazionale.

¹³ Cfr. disposizione preambolare n. 6, «it is the duty of every State to exercise its criminal jurisdiction over those responsible for international crimes».

Ancora, l'art. 53, par. 1, dopo aver stabilito che il Procuratore possa avviare una indagine (o chiedere l'autorizzazione ad avviare un'indagine *proprio motu*) soltanto se ravvisi una base ragionevole per procedere («reasonable basis to proceed»), precisa alla lett. *b*) che tale base può ricorrere soltanto qualora la valutazione prognostica sull'ammissibilità dei futuri procedimenti abbia esito positivo¹⁴.

Tali indicazioni sanciscono, inequivocabilmente, che l'esercizio della competenza a giudicare da parte della Corte penale internazionale incontra un limite oggettivo, dato dall'esistenza di una forma 'genuina' di esercizio di competenza da parte dei giudici nazionali. Tale limite, tuttavia, non è assistito da meccanismi obiettivi che siano atti a garantire la sfera di primazia riconosciuta ai giudici nazionali.

Difatti, lo Statuto assegna incontrovertibilmente alla Corte penale internazionale il potere di determinare l'ampiezza della competenza esercitabile, rispettivamente, da essa e dalle autorità nazionali. La Corte possiede dunque, ai sensi dell'art. 17, la *Kompetenz-Kompetenz*. Pur vantando un'aspettativa di primazia nell'esercizio di competenza, quindi, gli Stati sono meri destinatari delle insindacabili determinazioni della Corte.

Il potere della Corte di determinare l'ambito delle competenze rispettivamente esercitabili da essa stessa e dai giudici nazionali, è ulteriormente rafforzato da una serie di disposizioni statutarie che stabiliscono una vera e propria *guardianship* permanente sulle attività di questi ultimi. Si pensi al sistema delle preclusioni per le istanze di accertamento di ammissibilità dei casi, che emerge dalla lettura congiunta degli art. 15, 18, e 19. In particolare, gli art. 15, par. 5, 18, par. 3 e 19, par. 10, sanciscono che la dichiarazione di non ammissibilità di un caso sia priva di carattere definitivo e non precluda, quindi, un successivo accertamento in senso contrario. Tale regime non sembra coerente con il principio della competenza primaria dei giudici nazionali. Esso, al contrario, pare piuttosto presentare un netto *favor* nei confronti della Corte penale internazionale, atto a comprimere tale principio.

L'art. 15, par. 5, fa riferimento alla dichiarazione con la quale la Camera preliminare neghi al Procuratore l'autorizzazione ad avviare la fase di indagine. Tale decisione, invero, non preclude per il Procuratore la possibilità di proporre nuove istanze, concernenti la medesima situazione di fatto ma dotate di altri elementi a loro sostegno¹⁵. L'art. 18, par. 3, fa invece riferimento alla ipotesi nella quale il Procuratore, su richiesta dello Stato procedente, interrompa il procedimento di

¹⁴ Cfr. art. 53, par. 1, dello Statuto di Roma, «[t]he Prosecutor shall, having evaluated the information made available to him or her, initiate an investigation unless he or she determines that there is no reasonable basis to proceed under this Statute. In deciding whether to initiate an investigation, the Prosecutor shall consider whether [...] The case is or would be admissible under article 17».

¹⁵ Cfr. art. 15, par. 5, dello Statuto di Roma, «[t]he refusal of the Pre-Trial Chamber to authorize the investigation shall not preclude the presentation of a subsequent request by the Prosecutor based on new facts or evidence regarding the same situation».

richiesta di autorizzazione alle indagini e riconosca priorità al procedimento nazionale in corso. Tale decisione è priva del carattere di definitività, al punto tale che al Procuratore è imposto, dall'art. 18, par. 3, di verificarne nuovamente la fondatezza dopo sei mesi, ed è peraltro consentito di mutarla in qualsiasi altro momento al variare delle circostanze¹⁶. L'art. 19, par. 10, si riferisce invece alla decisione mediante la quale la Camera giudicante accolga una mozione volta a far riconoscere inammissibile un caso che, in precedenza, era stato valutato ammissibile. Tale disposizione consente al Procuratore, allorché venisse a conoscere nuovi fatti che neghino le basi sulle quali era stata stabilita l'inammissibilità del caso, di chiedere in qualsiasi momento che la decisione venga riesaminata¹⁷. La possibilità di trasformare una statuizione di inammissibilità in una declaratoria di ammissibilità resterebbe, quindi, aperta in ogni momento. Viceversa, la possibilità di trasformare una statuizione di ammissibilità in una dichiarazione di inammissibilità in ragione della presenza di un procedimento nazionale concorrente è assai più limitata, come descritto nell'art. 19, par. 4. I soggetti legittimati possono invece chiedere alla Corte di rivedere una precedente valutazione di ammissibilità, invocando l'art. 17, par. 1, lett. a) e b), una sola volta ed esclusivamente prima che il processo internazionale abbia inizio¹⁸.

In senso analogo sembrano deporre le disposizioni statutarie che determinano gli obblighi informativi che il Procuratore può porre in capo agli Stati, vale a dire l'art. 18, par. 5, e l'art. 19, par. 11.

L'art. 18, par. 5, si riferisce, come il già esaminato par. 3, all'ipotesi in cui il Procuratore, su richiesta dello Stato procedente, decida di non chiedere l'autorizzazione alle indagini, bensì di arrestare la propria azione al fine di garantire priorità al procedimento nazionale. In particolare, l'art. 18, par. 5, stabilisce che, in tale circostanza, il Procuratore possa esigere dallo Stato di essere periodicamente informato circa gli sviluppi dei procedimenti, e dispone inoltre l'obbligo

¹⁶ Cfr. art. 18, par. 3, dello Statuto di Roma, «[t]he Prosecutor's deferral to a State's investigation shall be open to review by the Prosecutor six months after the date of deferral or at any time when there has been a significant change of circumstances based on the State's unwillingness or inability genuinely to carry out the investigation».

¹⁷ Cfr. art. 19, par. 10, dello Statuto di Roma, «[i]f the Court has decided that a case is inadmissible under article 17, the Prosecutor may submit a request for a review of the decision when he or she is fully satisfied that new facts have arisen which negate the basis on which the case had previously been found inadmissible under article 17».

¹⁸ L'art. 19, par. 4, dello Statuto di Roma stabilisce invero che «[t]he admissibility of a case or the jurisdiction of the Court may be challenged only once by any person or State referred to in paragraph 2. The challenge shall take place prior to or at the commencement of the trial. In exceptional circumstances, the Court may grant leave for a challenge to be brought more than once or at a time later than the commencement of the trial. Challenges to the admissibility of a case, at the commencement of a trial, or subsequently with the leave of the Court, may be based only on article 17, paragraph 1 (c)». Per una disamina dei termini temporali di cui all'art. 19, par. 4, si veda, *ex multis*, Corte penale internazionale, *Trial Chamber II, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)* del 16 giugno 2009, par. 28 ss.

per lo Stato (parte dello Statuto) di ottemperare alla richiesta¹⁹. Similmente, l'art. 19, par. 11, prevede che il Procuratore, qualora decidesse di arrestare l'attività di indagine in favore della giurisdizione nazionale, possa non di meno chiedere allo Stato precedente di mettere a sua disposizione le informazioni concernenti gli sviluppi dei procedimenti²⁰. Tali disposizioni agevolano la Corte nel reperimento delle informazioni utili a verificare, in qualsiasi momento, se i procedimenti nazionali concorrenti siano viziati da *unwillingness* o da *inability* e sembrano conferire alla Corte penale internazionale una vera e propria posizione di supremazia rispetto agli Stati.

3. Le tecniche interpretative utilizzate dalla Corte penale internazionale nell'applicazione dell'art. 17 dello Statuto di Roma

L'interpretazione del complesso sistema delle disposizioni statutarie nelle quali si articola il principio di complementarità non è agevole. Da un lato, l'esistenza di un principio generale che sancisce la priorità dell'esercizio della competenza statale dovrebbe comportare, come corollario, la necessità di adottare tecniche ermeneutiche restrittive delle disposizioni normative che conferiscono, in via di eccezione, il potere di esercitare la funzione giurisdizionale alla Corte penale internazionale. D'altra parte, il conferimento alla Corte del potere di determinare l'ambito della competenza da essa esercitabile e, di conseguenza, quello della competenza esercitabile sul piano statale, sembra piuttosto sottolineare l'esistenza di un margine di discrezionalità interpretativa il cui esercizio ben difficilmente può andare a favore degli Stati. La scelta delle tecniche interpretative sembra allora rivestire un ruolo cruciale nella determinazione del contenuto e degli effetti del principio della competenza primaria degli Stati.

Nel tempo, la Corte penale internazionale ha utilizzato tecniche ermeneutiche particolarmente eterogenee. Si può nondimeno cogliere un orientamento, applicato vieppiù uniformemente nel tempo, verso l'adozione di criteri e metodi interpretativi di carattere funzionale.

¹⁹ Cfr. art. 18, par. 5, dello Statuto di Roma, «[w]hen the Prosecutor has deferred an investigation in accordance with paragraph 2, the Prosecutor may request that the State concerned periodically inform the Prosecutor of the progress of its investigations and any subsequent prosecutions. States Parties shall respond to such requests without undue delay».

²⁰ Cfr. art. 19, par. 11, dello Statuto di Roma, «[i]f the Prosecutor, having regard to the matters referred to in article 17, defers an investigation, the Prosecutor may request that the relevant State make available to the Prosecutor information on the proceedings. That information shall, at the request of the State concerned, be confidential. If the Prosecutor thereafter decides to proceed with an investigation, he or she shall notify the State to which deferral of the proceedings has taken place». Per una disamina delle differenze tra le due disposizioni, si veda J. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Oxford, 2008, p. 188.

3.1. L'interpretazione letterale

In un ristretto numero di casi la Corte penale internazionale, al fine di determinare l'ampiezza della competenza da essa esercitabile, ha privilegiato il canone dell'interpretazione letterale. L'utilizzo di tale tecnica ha però prodotto risultati controversi.

Un esempio di tali incongruenze interpretative è dato da due decisioni della Camera preliminare, relative una al caso di Saif Al-Islam Gaddafi, l'altra al caso di Abdullah Al-Senussi. I due casi erano già oggetto di procedimento innanzi al giudice libico e si imponeva, così, una valutazione della genuinità dei procedimenti nazionali. In ambedue i casi si poneva, peraltro, una questione davvero singolare. Dato che gli imputati avevano subito, e continuavano a subire nel procedimento nazionale, la lesione del loro diritto di difesa, la Camera preliminare doveva stabilire se la lesione dei diritti fondamentali dell'imputato rendesse di per sé viziato di *inability*, o di *unwillingness*, il procedimento nazionale²¹. La Camera preliminare, in tali decisioni, stabiliva che la violazione dei diritti fondamentali dell'imputato non rende di per sé non genuino un procedimento e, quindi, non consente alla Corte di reputare ammissibile il caso ai sensi dell'art. 17 dello Statuto; in particolare, la violazione dei diritti fondamentali dell'imputato potrebbe rilevare in un giudizio di ammissibilità soltanto a condizione che si inserisca in una delle fattispecie realizzative di *unwillingness* o *inability* delineate espressamente dall'art. 17, par. 2 e 3²². Conseguentemente, poiché nessuna delle situazioni descritte nell'art. 17 si era realizzata, il caso di Abdullah Al-Senussi era dichiarato inammissibile²³. Il caso di Saif Al-Islam Gaddafi era invece dichiarato ammissibile, ma non certo in ragione della violazione del suo diritto di difesa nell'ambito del procedimento nazionale. Piuttosto, la declaratoria di ammissibilità era fondata sulla incapacità dello Stato libico di ottenere l'imputato nella pro-

²¹ Corte penale internazionale: *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi* del 31 maggio 2013; *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, cit. In ambedue i casi, peraltro, l'illecito veniva espressamente riconosciuto dallo Stato libico: cfr. i par. 212-213 della decisione inerente al caso di Saif Al-Islam Gaddafi, ed il par. 232 della decisione relativa al caso di Abdullah Al-Senussi. Per un approfondimento delle molteplici implicazioni derivanti dalle due decisioni appena menzionate, si rinvia, *ex multis*, a A. RICCARDI, "Complementarietà e rispetto dei diritti umani degli imputati nel caso libico di fronte alla Corte penale internazionale", in questa *Rivista* 2014, p. 237 ss.; F. MÉGRET, M.G. SAMSON, "Holding the Line on Complementarity in Libya: The Case for Tolerating Flawed Domestic Trials", in *Journal of International Criminal Justice* 2013, p. 571 ss.

²² Cfr. Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, cit., par. 235.

²³ Ivi, par. 311.

pria disponibilità. Tale circostanza, in effetti, corrisponde a una di quelle descritte dall'art. 17, par. 3, quali manifestative di *inability*²⁴.

La scelta di interpretare l'art. 17 in maniera letterale ed isolata dal contesto ad esso proprio conduceva, peraltro, a risultati paradossali. In particolare, veniva riconosciuta priorità ad un procedimento nazionale che era lesivo di diritti che in sede internazionale rappresentano delle garanzie fondamentali del procedimento (art. 67 dello Statuto), le quali costituiscono, inoltre, parametri interpretativi che la Corte è tenuta a considerare in ogni circostanza (art. 21, par. 3, dello Statuto)²⁵.

Tale risultato, peraltro, sarebbe stato evitabile qualora la Camera avesse utilizzato la tecnica dell'interpretazione contestuale. Essa avrebbe potuto interpretare l'art. 17 alla luce dell'art. 21, par. 3, il quale le impone di interpretare tutte le norme giuridiche in maniera coerente («consistent») con i diritti umani internazionalmente riconosciuti. Inoltre, la Camera preliminare avrebbe potuto prendere in considerazione l'art. 67 dello Statuto, che annovera il diritto di avere un legale a propria difesa tra le garanzie irrinunciabili del procedimento²⁶. Utilizzando la tecnica dell'interpretazione contestuale, la Camera avrebbe quindi potuto stabilire che un procedimento nazionale lesivo dei diritti riconosciuti dallo Statuto di Roma quali fondamentali dell'imputato, nonché quali garanzie irrinunciabili del procedimento, non sia annoverabile nella nozione di procedimento accolta dall'art. 17. Ancora, la Camera avrebbe potuto evidenziare come il riconoscimento di priorità

²⁴ Cfr. Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi*, cit., par. 215.

²⁵ Chiamata ad esprimersi sulla legittimità della decisione adottata dalla Camera preliminare, e relativa all'inammissibilità del caso concernente Abdullah Al-Senussi, la Camera d'appello, in un inciso, criticava la scelta di non tenere in considerazione le norme di cui all'art. 21, par. 3, dello Statuto. La Camera d'appello non arrivava però a concludere che il caso fosse ammissibile, specificando come in effetti «article 17 was not designed to make principles of human rights *per se* determinative of admissibility» e come, sopra tutto, l'art. 17 rappresenti una *lex specialis* rispetto alle altre norme statutarie (cfr. Corte penale internazionale, *Appeals Chamber, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled «Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi»* del 24 luglio 2014, par. 229).

²⁶ La giurisprudenza della Corte penale internazionale ha peraltro sottolineato più volte come l'art. 21, par. 3, dello Statuto di Roma debba essere applicato alla stregua di un parametro necessario per l'interpretazione di tutte le norme giuridiche, in particolar modo di quelle statutarie (cfr., *ex multis*, Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* del 4 marzo 2009, par. 44; *Appeals Chamber, Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04, *Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal* del 13 luglio 2006, par. 38). La dottrina, poi, ha messo in luce come lo scopo precipuo dell'art. 21, par. 3, sia quello di imporre, alla Corte penale internazionale, di esercitare le sue funzioni aderendo strettamente alle norme che garantiscono i diritti degli imputati. Cfr., *ex multis*, M. McAULIFFE DEGUZMAN, "Article 21, Applicable Law", in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers Notes, Article by Article*, O. TRIFFTERER (ed.), Munich-Oxford, 2008, p. 701 ss., p. 711.

ad un procedimento lesivo dei diritti internazionalmente riconosciuti quali fondamentali dell'imputato avrebbe, indirettamente, violato l'art. 21, par. 3.

3.2. L'interpretazione per analogia

Una maggiore flessibilità interpretativa nella ricostruzione dell'art. 17 è rinvenibile laddove la Corte penale internazionale abbia utilizzato lo strumento dell'*analogia iuris*. In talune pronunce la Corte ha estratto il principio generale che informava la disciplina di talune fattispecie statutarie, e lo ha poi applicato ad altre fattispecie che, seppure non espressamente contemplate dallo Statuto, presentavano similitudini rilevanti con le prime.

Un esempio di tale *modus operandi* è ravvisabile in una pronuncia emessa dalla Camera di primo grado nel giugno 2009²⁷. La Camera era chiamata a valutare, ai sensi dell'art. 17, la condotta di uno Stato che aveva instaurato un procedimento giurisdizionale per poi archiviarlo e deferirne la cognizione alla Corte penale internazionale, ritenendo il procedimento internazionale preferibile a quello nazionale. Tale circostanza, in effetti, manifesterebbe la mancanza di volontà dello Stato di portare avanti il procedimento giurisdizionale. Sarebbe difficile, tuttavia, ricondurla alle ipotesi di *unwillingness* descritte dall'art. 17, par. 2, dello Statuto di Roma. La difesa dell'imputato chiedeva infatti alla Camera di interpretare letteralmente l'art. 17 e di sancire, in primo luogo, come la circostanza che un procedimento nazionale fosse stato avviato imponesse alla Corte penale internazionale di emettere una declaratoria di inammissibilità del caso. Secondariamente, la difesa chiedeva di chiarire come il deferimento del caso compiuto dalle autorità nazionali non consentisse egualmente alla Corte di ritenere ammissibile il caso, giacché nessuna delle ipotesi di *unwillingness* descritte dall'art. 17, par. 2, si era realizzata²⁸. La Camera di primo grado non accoglieva le richieste della difesa e, anzi, ricostruiva il significato dell'art. 17, par. 2, distaccandosi espressamente dalla lettera della disposizione²⁹. La Camera dapprima identificava il principio che informava tutte le ipotesi di *unwillingness* descritte dall'art. 17, par. 2, nell'assenza, in capo allo Stato procedente, dell'intento di assicurare l'accusato alla giustizia³⁰. Quindi, la Camera stabiliva come la *unwillingness* dello Stato potesse essere senz'altro accertata in circostanze che, pur non espressamente previste dallo Statuto, rivelavano comunque l'assenza dell'intento di assicurare l'accusato alla giusti-

²⁷ Corte penale internazionale, *Trial Chamber II, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)*, cit.

²⁸ *Ivi*, par. 6 ss.

²⁹ La dottrina ha peraltro messo in luce come l'enumerazione di circostanze di cui all'art. 17, par. 2, dello Statuto di Roma sia da intendersi alla stregua di un *numerus clausus* (cfr. J. STIGEN, *op. cit.*, p. 257 ss.).

³⁰ Corte penale internazionale, *Trial Chamber II, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute)*, cit., par. 76.

zia. Tra queste, figurava proprio la situazione di uno Stato che «aims to see the person brought to justice, but not before national courts»³¹. A parere della Camera, una siffatta interpretazione dell'art. 17, par. 2, avrebbe pienamente rispettato (sarebbe stata «adhering to») il principio di complementarità³².

3.3. L'interpretazione funzionale

Un margine di flessibilità ancora maggiore nella interpretazione dello Statuto di Roma emerge dalle pronunce nelle quali la Corte ha effettuato ricorso alla tecnica dell'interpretazione funzionale, ricostruendo il contenuto dell'art. 17 alla luce dello scopo dello Statuto di Roma, ossia quello di rendere completo il sistema di accertamento dei crimini internazionali e di evitare l'impunità per i rei.

Un esempio di tale operazione interpretativa è individuabile in una decisione emessa dalla Camera d'appello nel settembre del 2009³³. Si trattava, in quel caso, di interpretare l'art. 17, par. 1, lett. *b*). Alla Camera d'appello si poneva il problema, in particolare, di qualificare ai sensi dell'art. 17, par. 1, lett. *b*) la decisione di archiviare il procedimento emessa, dal giudice nazionale, al solo fine di favorire l'instaurazione del procedimento innanzi alla Corte penale internazionale. Un'interpretazione letterale della disposizione statutaria avrebbe senz'altro condotto a ritenere configurate le circostanze ostative all'avvio del procedimento internazionale. Vi erano state, in effetti, indagini nazionali e vi era stata, poi, una decisione di archiviazione. Stando alla lettera della disposizione, qualora nel procedimento nazionale non si fossero manifestate le ipotesi di *unwillingness* descritte dall'art. 17, par. 2, o le ipotesi di *inability* di cui all'art. 17, par. 3, la Corte penale internazionale non avrebbe potuto dichiarare ammissibile il caso.

³¹ Ivi, par. 77.

³² Ivi, par. 78. Non sono peraltro mancate contestazioni rivolte all'impianto della pronuncia poc'anzi descritta. Ad esempio, anni dopo ed in un procedimento giurisdizionale differente, veniva richiamata l'estensione delle fattispecie di *unwillingness* compiuta dalla Camera di primo grado nel 2009 e veniva qualificata alla stregua di un atto *ultra vires* e *contra legem*. Riferendosi all'interpretazione estensiva dell'art. 17, par. 2, compiuta nella decisione esaminata, il collegio difensivo dell'imputato Laurent Gbagbo sottolineava come «il n'est [...] pas conforme à la lettre du Statut, qui prévoit trois cas d'absence de volonté, et non quatre. Or, il faut présumer que les rédacteurs du Statut de Rome – les représentants des Etats, et non les juges – l'ont rédigé de manière qu'ils considéraient comme exhaustive et comme un système complet [...]. Il en ressort que le test adopté par la Chambre de Première Instance dans l'affaire Katanga l'a été de manière *ultra vires* et *contra legem*» (Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, *Version publique expurgée de la requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut* del 15 febbraio 2013, par. 79). La Camera preliminare, nella decisione che seguiva a tale istanza, lasciava però impregiudicata la questione (cfr. Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, *Decision on the «Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des Articles 19 et 17 du Statut»* dell'11 giugno 2013, par. 28).

³³ Corte penale internazionale, *Appeals Chamber, The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, *Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case* del 25 settembre 2009.

La Camera d'appello evidenziava però la circostanza che l'interpretazione letterale dell'art. 17, par. 1, lett. *b*) avrebbe condotto, nel caso specifico, ad un risultato inaccettabile («peculiar, if not absurd, result»). Invero, la Corte penale internazionale avrebbe dovuto sancire l'inammissibilità di un caso in ragione di una decisione emessa, dal giudice nazionale, proprio per consentire l'instaurazione del procedimento internazionale³⁴. La Camera d'appello, così, ricostruiva il significato dell'art. 17, par. 1, lett. *b*) «in light of the Statute's overall purpose». Essa, in primo luogo, identificava l'*overall purpose* dello Statuto di Roma nella eliminazione dell'impunità per i rei di crimini internazionali, di cui alla disposizione preambolare n. 5. Quindi, utilizzando la tecnica dell'interpretazione funzionale, la Camera stabiliva che l'art. 17, par. 1, lett. *b*) non contemplasse, tra le cause che precludono l'ammissibilità del caso per la Corte, le decisioni di archiviazione emesse al solo scopo di consentire l'instaurazione del giudizio internazionale penale³⁵. La Camera d'appello specificava, peraltro, come tale interpretazione dell'art. 17 fosse compatibile («in accord with») con il principio di complementarità³⁶.

La tecnica dell'interpretazione funzionale è stata utilizzata dalla Corte anche in altre situazioni. Ad esempio, essa è stata utilizzata al fine di ricostruire la situazione giuridica degli Stati sottoposti ad un esame preliminare.

Conviene forse ricordare, in via introduttiva, che la fase di esame preliminare vede protagonista il Procuratore, e dovrebbe sostanziarsi in una mera raccolta di informazioni, da lui compiuta, utili a determinare se sussista o meno una base ragionevole per procedere con l'avvio di un'indagine. Si ricorderà altresì che l'art. 53 dello Statuto enumera, tra i presupposti della base ragionevole per procedere, l'ammissibilità dei casi che potrebbero emergere dalle indagini³⁷. Ebbene, dal *Report* annuale concernente le attività di esame preliminare, redatto dal Procuratore nel novembre del 2015, emerge un elemento assai particolare. Ci si riferisce al passaggio nel quale il Procuratore si dichiarava preoccupato dal ritardo con il quale talune autorità nazionali stavano fornendo «tangible and pertinent evidence» volte a dimostrare l'esistenza di «concrete and progressive investigative steps in cases relating to the areas of focus of the preliminary examination»³⁸. Il Procu-

³⁴ Ivi, par. 83.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Ivi, par. 84.

³⁷ Recentemente, il Procuratore specificava che «[a] preliminary examination is not an investigation but a process of examining the information available in order to reach a fully informed determination on whether there is a reasonable basis to proceed with an investigation pursuant to the criteria established by the Rome Statute. Specifically, under article 53(1) of the Rome Statute, the Prosecutor must consider issues of jurisdiction, admissibility and the interests of justice in making this determination» (Corte penale internazionale, Ufficio del Procuratore, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, concerning referral from the Gabonese Republic* del 29 settembre 2016).

³⁸ Corte penale internazionale, Ufficio del Procuratore, *Report on Preliminary Examination Activities (2015)* del 12 novembre 2015, par. 164.

ratore sembra alludere ad un onere, in capo allo Stato sottoposto ad esame preliminare, di provare l'effettività della propria azione giurisdizionale, se non addirittura di provarne la genuinità. Tuttavia, interpretando letteralmente il dettato statutario, tale onere non pare trovare fondamento. L'art. 15, par. 3, e l'art. 53, par. 1, sembrano infatti indicare nel Procuratore l'unico soggetto titolare dell'onere di raccogliere informazioni nella fase di esame preliminare.

Sempre nel *Report* stilato nel 2015 il Procuratore, al fine di avvalorare l'esistenza dell'onere probatorio, menzionava in nota due decisioni, le quali in effetti configuravano un onere in capo allo Stato di dimostrare che la propria attività giurisdizionale fosse esente da *inability* ed *unwillingness*³⁹. Tuttavia, l'inversione dell'onere della prova dal Procuratore allo Stato sottoposto ad esame preliminare non sembra trovare alcun fondamento neppure nelle decisioni citate dal Procuratore. Esse infatti stabilivano che lo Stato dovesse provare la genuinità della propria azione giurisdizionale, ma non si riferivano alla situazione giuridica di uno Stato soggetto ad esame preliminare. La portata di tali decisioni, tutt'altro che generale, era limitata alla situazione di uno Stato che avesse contestato, ai sensi dell'art. 19 dello Statuto, una dichiarazione di ammissibilità precedentemente pronunciata da una camera giudicante⁴⁰.

L'onere degli Stati assoggettati ad esame preliminare di dimostrare la genuinità della loro azione giurisdizionale potrebbe derivare, allora, dall'utilizzo di una tecnica ermeneutica estensiva del dettato statutario. Il Procuratore potrebbe avere fondato l'onere della prova a carico degli Stati su di un'interpretazione funzionale dell'art. 15, par. 2, il quale gli attribuisce il potere, durante la fase di esame preliminare, di «seek additional information from States». Non è irragionevole interpretare tale disposizione alla luce dell'*overall purpose* dello Statuto di Roma. Il percorso ermeneutico del Procuratore potrebbe essersi articolato, allora, nei seguenti passaggi: egli avrebbe considerato, innanzi tutto, che il raggiungimento dell'*overall purpose* dello Statuto imponga che tutti i possibili responsabili di crimini internazionali siano sottoposti a procedimenti giurisdizionali genuini; allora, il Procuratore avrebbe interpretato l'art. 15, par. 2, nel senso che annoveri, tra le informazioni che egli possa chiedere allo Stato oggetto di esame preliminare, gli elementi a suffragio della genuinità dei procedimenti intrapresi sul piano interno.

³⁹ Ivi, par. 164, nota a piè di pagina n. 39.

⁴⁰ Cfr. Corte penale internazionale, *Appeals Chamber, The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Miugai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, *Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled «Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute»*, cit., par. 62; Corte penale internazionale, *Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, *Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi*, cit., par. 66, vi).

3.4. L'applicazione della teoria dei poteri impliciti

Al fine di estendere la portata della propria competenza, la Corte penale internazionale potrebbe, inoltre, avere tacitamente applicato la dottrina dei poteri impliciti. Ci si riferisce, in particolare, a talune circostanze nelle quali la Corte ha compiuto azioni che non trovano alcun fondamento giuridico nello Statuto, per quanto ricostruito secondo tecniche estensive di interpretazione.

A titolo esemplificativo si pensi alla negoziazione di accordi, relativi proprio all'applicazione del principio di complementarità, tra la Corte penale internazionale e gli Stati interessati da possibili procedimenti. Nel luglio del 2009, ad esempio, il Procuratore incontrava e concludeva un accordo con i rappresentanti del Kenya⁴¹. Lo Stato keniota aveva invero manifestato l'intenzione di procedere giurisdizionalmente rispetto a condotte sulle quali si concentrava anche l'attenzione della Corte penale internazionale⁴². Veniva così raggiunto un accordo tra i due soggetti. In base ad esso, il Kenya si impegnavo a svolgere determinate attività giurisdizionali e normative entro un certo termine, superato vanamente il quale esso assumeva l'impegno di deferire, senza indugio, la situazione presuntivamente criminosa alla cognizione della Corte, ai sensi dell'art. 14 dello Statuto di Roma.

Dacché non vi sono norme statutarie che espressamente conferiscano alla Corte penale internazionale il potere di concludere accordi con gli Stati, si pone il problema di individuare il fondamento giuridico di tale potere. Non sembra irragionevole ipotizzare che esso sia stato inteso, dalla Corte penale internazionale, alla stregua di un potere attribuito implicitamente dallo Statuto. Come è noto, in base alla teoria dei poteri impliciti, un'organizzazione internazionale non disporebbe soltanto dei poteri espressamente attribuiti dal trattato istitutivo, ma pure di tutti i poteri necessari a realizzare «its purposes and functions as specified or implied in its constituent documents»⁴³. Con specifico riguardo alla Corte penale internazionale, si è osservato come lo scopo del trattato che la istituisce (il suo *overall purpose*) sia quello di eliminare l'impunità per i rei di crimini internazionali, e come una delle sue funzioni sia, in base al principio di complementarità, quella di verificare se gli Stati stiano o meno conducendo procedimenti genuini. Sembra pertanto potersi dedurre che il potere di concludere accordi con gli Stati, all'interno dei quali questi ultimi assumano l'impegno di instaurare procedimenti genuini o, in alternativa, quello di deferire senza indugio i presunti cri-

⁴¹ Cfr. Corte penale internazionale, *Agreed Minutes of the meeting between Prosecutor Moreno-Ocampo and the delegation of the Kenyan Government* del 3 luglio 2009.

⁴² Cfr. Corte penale internazionale, Ufficio del Procuratore, *OTP statement in relation to events in Kenya* del 5 febbraio 2008; *State House*, Nairobi, Kenya, *Special Tribunal to be set up*, 17 dicembre 2008, disponibile su www.icc-cpi.int.

⁴³ Cfr. Corte internazionale di giustizia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, parere consultivo dell'11 aprile 1949. Per un inquadramento generale della teoria dei poteri impliciti, si rimanda a B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2012, p. 14 ss.; N. BLOKKER, "International Organizations or Institutions, Implied Powers", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, 2009, disponibile su www.opil.oupilaw.com.

mini alla Corte penale internazionale, sia funzionale alla realizzazione tanto dello scopo dello Statuto di Roma quanto delle funzioni della Corte. Mediante la conclusione di un accordo con gli Stati aventi giurisdizione sul presunto crimine, invero, il rischio di impunità per i colpevoli di crimini internazionali si ridurrebbe notevolmente. Inoltre, sarebbe per tal via ottimizzata la funzione della Corte di verificare la genuinità dei procedimenti nazionali, essendo concordate e fissate *ex ante* le condizioni alle quali la Corte riterrà che un certo procedimento interno osti alla instaurazione del procedimento internazionale.

4. Conclusioni

Dalla disciplina statutaria sembra emergere come il principio di complementarità sia caratterizzato da una tensione di fondo. Per certi aspetti, esso tende a garantire agli Stati una posizione prioritaria, rispetto alla Corte penale internazionale, nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Per altri aspetti, invece, in varie sue articolazioni normative, esso sembra assicurare una posizione di supremazia alla Corte penale internazionale nei rapporti con le autorità statali. Vi sarebbero, in altre parole, due dimensioni del principio di complementarità. Esse sono dotate del medesimo rilievo sul piano concettuale, ma di un ben diverso risalto nel sistema statutario. La prima dimensione sarebbe rinvenibile in un'indicazione di carattere sostanziale, costituita dalla primazia statale, enfatizzata dallo Statuto di Roma in diverse sue parti. La seconda dimensione sarebbe invece riscontrabile in una serie di indicazioni di carattere procedurale, concernenti le posizioni di vantaggio riconosciute alla Corte, le quali vengono celate tra le righe dello Statuto di Roma e sono, forse, idonee ad erodere la primazia statale.

Per ricomporre sul piano teorico la tensione può senz'altro essere utile ricostruire il principio di complementarità in termini funzionali. Per far ciò, occorrerebbe valorizzare la circostanza che esso complessivamente tende a disciplinare l'esercizio competenze della Corte, e dei giudici nazionali, in maniera tale da assicurare un risultato: l'ottimizzazione dell'accertamento e della repressione penale di crimini internazionali. In tale ottica, il principio di complementarità non mirerebbe a salvaguardare astratte prerogative di primazia, né a favore della Corte penale internazionale né dei giudici nazionali. Piuttosto, esso avrebbe l'obiettivo di garantire che la competenza a giudicare sia effettivamente esercitata dall'organo che meglio possa realizzare l'*overall purpose* dello Statuto di Roma.

In questa prospettiva, il meccanismo giuridico del principio di complementarità verrebbe ad essere composto di proposizioni normative scindibili sulla base dei loro destinatari. Una prima serie, composta da tre obblighi, avrebbe quali destinatari gli Stati. Essi sarebbero innanzi tutto obbligati, al fine di evitare l'attivazione del procedimento internazionale, a svolgere la funzione giurisdizionale nel rispetto delle condizioni e dei criteri descritti dallo Statuto di Roma. Inoltre, essi sarebbero obbligati a fornire alla Corte garanzie circa la conformità della loro azione giurisdizionale ai requisiti sanciti dallo Statuto. Da ultimo, il principio di complementarità imporrebbe agli Stati di sottoporre la loro azione alla valutazio-

ne insindacabile della Corte penale internazionale. Una sola prescrizione sarebbe invece rivolta dal principio di complementarità alla Corte. Quest'ultima sarebbe in particolare obbligata a rispettare la precedenza degli Stati nell'esercizio dell'attività di giudicare, a condizione che la loro azione sia priva di *inability* o *unwillingness* e risulti, quindi, ragionevolmente idonea a realizzare gli obiettivi statuari.

Dalla ricostruzione del principio di complementarità in chiave funzionale, sembra peraltro possibile ammettere che la Corte abbia il potere di interpretare in maniera funzionale anche ciascuna delle disposizioni nelle quali esso si articola. In termini pratici, ciò equivarrebbe a considerare che il significato delle singole disposizioni statuarie, le quali danno attuazione al principio di complementarità, andrebbe ricostruito alla luce dell'*overall purpose* dello Statuto di Roma. L'interpretazione funzionale risulterebbe, in tale prospettiva, il canone fondamentale per la ricostruzione del contenuto concreto del principio di complementarità, nelle sue varie sfaccettature normative.

È in questo ordine di idee che può peraltro trovare adeguata collocazione sistematica l'impianto argomentativo della decisione che autorizzava il Procuratore ad avviare le indagini sulla situazione in Georgia. In detta circostanza, come si ricorderà, si avevano due distinte serie di procedimenti nazionali, la cui idoneità ad eliminare il rischio di impunità per i presunti colpevoli era assai controversa. I procedimenti russi erano verosimilmente connotati da *inability*; rispetto ai procedimenti georgiani, la capacità dello Stato di portarli a termine non era affatto certa⁴⁴. La decisione della Camera di autorizzare l'avvio delle indagini, pur senza accertare preliminarmente la presenza di *inability* o *unwillingness*, sembra allora dettata dall'esigenza di non impedire l'avvio del procedimento internazionale. Alla luce della singolare situazione fattuale, data dalla compresenza di procedimenti nazionali concorrenti, ciascuno dei quali caratterizzato però da notevoli zone d'ombra, l'avvio del procedimento internazionale, sia pure non solidamente fondato sulle previsioni statuarie, deve essere apparso alla Camera come l'unica soluzione atta a realizzare lo scopo dello Statuto.

ABSTRACT. The Principle of Complementarity and the Interpretation of the Rome Statute

In spite of the many decisions adopted by the International Criminal Court with regard to the interpretation of Art. 17 of the Rome Statute, establishing the principle of complementarity, some issues still remain unsettled. In particular, it is not entirely clear what is the measure of discretion of the Court in determining if a State is unable or unwilling to conduct a genuine proceeding. Building on the recent case law of the Court, this article attempts to shed some light on that issue. It concludes that, by using its interpretative powers, the Court is creepingly reversing the terms of the principle of complementarity and affirming its jurisdiction in situations where the acting State has not been definitively proved to be unwilling or unable.

Keywords: International Criminal Court; complementarity principle; Rome Statute; interpretation of International Law; functional interpretation technique; situation in Georgia.

⁴⁴ Cfr. *supra*, paragrafo 1.