

# CIR

## **CENTER FOR INTER-LEGALITY RESEARCH**

Working Paper No. 10/2021

**ALESSANDRO BUFALINI**

***PACE E GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE NELL'ETÀ  
DELL'INTERLEGALITÀ***

The Inter-Legality Working Paper Series can be found at

[www.cir.santannapisa.it/working-papers](http://www.cir.santannapisa.it/working-papers)

# **PACE E GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE NELL'ETÀ DELL'INTERLEGALITÀ**

Alessandro Bufalini\*

## **1. La dimensione interlegale dei rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite**

In queste pagine si intendono osservare e confrontare tra loro alcuni possibili modelli di interazione e strumenti di coordinamento tra l'attività giurisdizionale della Corte penale internazionale e l'azione politica del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Queste complesse relazioni saranno qui analizzate nella particolare prospettiva del potere di sindacato giurisdizionale da parte del tribunale delle decisioni del Consiglio di sicurezza dirette ad incidere sull'esercizio dell'azione penale.

Prima di illustrare le diverse opzioni ricostruttive, conviene brevemente inquadrare i rapporti e le potenziali sovrapposizioni tra le due legalità qui più specificamente in gioco, quella "onusiana", di cui è espressione in questo ambito l'azione politica del Consiglio di sicurezza, e quella dello Statuto di Roma, trattato internazionale che governa e guida l'attività giurisdizionale della Corte penale internazionale.

La necessità di coordinare l'azione politica del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con l'attività giurisdizionale della Corte penale internazionale discende dalla strettissima connessione esistente tra le situazioni materiali su cui le due istituzioni sono chiamate ad esercitare le proprie funzioni. Nella prassi infatti, la commissione su larga scala di crimini internazionali (come quelli di competenza della Corte) è stata frequentemente associata all'esistenza di una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale (presupposto dell'azione del Consiglio, come previsto dall'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite). In sostanza, se le finalità sono parzialmente diverse – rendere giustizia alle vittime e condannare i responsabili dei crimini, per la Corte, e mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza, per il Consiglio – gli eventi su cui i due organi possono essere chiamati ad intervenire sono in molti casi gli stessi. Tale connessione materiale è richiamata in maniera esplicita nello stesso preambolo dello

---

\* Ricercatore in Diritto Internazionale, Università degli Studi della Tuscia.

Statuto di Roma, dove si riconosce che i crimini oggetto di giurisdizione della Corte “threaten the peace, security and well-being of the world”<sup>1</sup>.

Nella disciplina delle relazioni tra Corte e Consiglio assumono dunque particolare rilievo due distinte esigenze, la cui necessità di tutela può però talvolta generare tensioni, o essere all’origine di veri e propri conflitti: la salvaguardia dell’autonomia dei due organi nelle rispettive sfere di competenza, il politico e il giudiziario, e la necessità di una cooperazione tra le due organizzazioni al fine di perseguire due obiettivi fondamentali dell’ordinamento internazionale, la pace e la giustizia. Per quanto pace e giustizia siano naturalmente scopi fondamentali per tutti i soggetti che operano nell’ordinamento internazionale, è costante il rischio che entrino in collisione tra loro e stringente l’esigenza di una qualche forma di contemperamento. Conciliare pace e giustizia è un’operazione estremamente complessa, anche alla luce delle diverse priorità e sensibilità che inevitabilmente guidano i comportamenti di un tribunale penale internazionale e quelli di un organo politico preposto al mantenimento della pace.

Queste possibili e necessarie interferenze hanno condotto alla introduzione all’interno dello Statuto di Roma di forme di raccordo tra le attività delle due organizzazioni, rendendo esplicita la dimensione composita del diritto applicabile dal tribunale internazionale. Lo Statuto di Roma cerca infatti di offrire alcuni strumenti di coordinamento, il cui corretto e attento impiego dovrebbe in principio favorire un’armonica ed efficace interazione tra i due organi ed evitare il sorgere di conflitti. Si è tentato in pratica di dare una forma stabile e, nei limiti del possibile, prevedibile, al ruolo che il Consiglio può svolgere rispetto all’azione repressiva del tribunale penale internazionale<sup>2</sup>. In altre parole, si è cercato, con il trattato di Roma, di tracciare una cornice giuridica in grado di conciliare e far convivere la contingenza e la maggiore discrezionalità dell’agire politico con la continuità e la stabilità della funzione giudiziaria.

Nonostante il pericolo di contrapposizioni tra iniziative di natura politica e corretta amministrazione della giustizia penale internazionale, l’idea che la persecuzione dei crimini internazionali rappresenti un mezzo importante per il mantenimento della pace e della sicurezza si è da tempo consolidata e ha ispirato, in diversi contesti storici, l’azione delle Nazioni Unite. L’istituzione dei tribunali penali internazionali per la *ex* Jugoslavia e per il Ruanda da parte del Consiglio di sicurezza testimonia in modo tangibile una concezione dello strumento penale

---

<sup>1</sup> Terzo considerando del preambolo allo Statuto di Roma.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione storica dei rapporti tra Nazioni Unite e giurisdizioni penali internazionali, si veda L. Condorelli, S. Villalpando, *Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales*, in J-P. Cot, M. Forteau, A. Pellet (a cura di), *La Charte des Nations Unies: commentaire article par article*, Paris, 2005, p. 201 e ss.

internazionale come potenziale mezzo per il raggiungimento della pace<sup>3</sup>. In questa medesima prospettiva – ed è questo uno dei principali strumenti di raccordo – lo Statuto di Roma dispone che il Consiglio possa avvalersi dell’azione della Corte, attivando, tramite apposita richiesta, le indagini del Procuratore rispetto ad una determinata situazione di violenza diffusa. In queste ipotesi, evidentemente, il Consiglio considera l’attività della Corte strumentale al ristabilimento della pace e della sicurezza internazionale<sup>4</sup> (art. 13, lett. *b*) dello Statuto di Roma). Si tratta, più in generale, dell’idea che l’azione dei due organi possa essere, in alcuni casi, complementare, persino indissolubile. Insomma, che non vi sia pace senza giustizia<sup>5</sup>.

Reali o presunte tensioni tra pace e giustizia sono però piuttosto frequenti nell’esperienza giuridica internazionale. È innegabile infatti che, in alcuni contesti, l’attività giurisdizionale possa ripercuotersi negativamente sul complesso processo di ristabilimento della pace e di conciliazione delle parti in conflitto<sup>6</sup>. Si pensi, ad esempio, ad un mandato di

<sup>3</sup> Sul ruolo della giustizia penale nel ristabilimento della pace si veda, tra gli altri, V. Gowlland-Debbas, *The Security Council and Issues of Responsibility under International Law*, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, 2012, in particolare, pp. 298-346.

<sup>4</sup> Nel primo dibattito interno al Consiglio di sicurezza sul ruolo della Corte penale internazionale emerse chiaramente l’idea di un ruolo “funzionale” dell’attività della Corte rispetto al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, cfr. *Concept Note of the Open Debate of the Security Council on Peace and Justice with a special focus on ICC*, 17 ottobre 2012, S/PV.6849. Parte della dottrina, invero, ha sottolineato come l’impatto dell’azione della Corte sui conflitti armati in corso -- in virtù delle numerose e complesse ricadute che può avere e delle ragioni politiche che hanno condotto alla sua attivazione -- sia in realtà “not only largely unpredictable but also non-linear”, cfr. P. Kastner, *Armed Conflicts and Referrals to the International Criminal Court*, in “*Journal of International Criminal Justice*”, 2014, p. 481.

<sup>5</sup> “No peace without justice” era il motto che ha sospinto, nelle posizioni spesso assunte da diverse organizzazioni non governative, l’istituzione dei primi tribunali penale internazionali negli anni Novanta. Per alcune considerazioni sulla natura complementare dei due organi, e più in generale sulle diverse forme che l’interazione tra pace e giustizia può assumere, si vedano i contributi, tra i tanti, di V. Gowlland-Debbas, *The Role of the Security Council in the New International Criminal Court from a Systemic Perspective*, in L. Boisson de Chazournes, V. Gowlland-Debbas (a cura di), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality/L’ordre juridique international, un système en quête d’équité et d’universalité, Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, 2001, p. 632; D.R. Verduzco, *The Relationship between the ICC and the United Nations Security Council*, in C. Stahn (a cura di) *The Law and Practice of the ICC*, 2015, pp. 30-64; J.E. Mendez, J. Kelley, *Peace Making, Justice and the ICC*, in C. De Vos, S. Kendall, C. Stahn (a cura di), *Contested Justice*, Cambridge, 2015, pp. 479-495. Si ricostruiscono, in quest’ultimo contributo, tre diverse possibili relazioni: la Corte come strumento a disposizione del Consiglio per il mantenimento della pace; l’idea, non pienamente realizzata, di una totale autonomia istituzionale e di una netta separazione di mandati e funzioni; e il Consiglio come organo esecutivo e di attuazione delle decisioni giudiziali. Da un punto di vista diverso, più ampio e politologico, la divisione che alcuni hanno compiuto è tra liberali, che mettono in luce gli effetti positivi della creazione dei tribunali penali per il ristabilimento di una pacifica convivenza tra i popoli, e realisti, che tendono a vederne più che altro gli effetti destabilizzanti, cfr. G.J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, 2000, in particolare, pp. 284-310. L’A., pur ritenendo modesti i risultati raggiunti nelle passate esperienze di repressione dei crimini internazionali, invita a non lasciare alle vittime dei crimini l’arma della vendetta (qualsiasi forma essa possa assumere) e a preservare il ruolo in qualche modo di mediatore che può essere svolto dai tribunali internazionali: “a great advantage of international legalism is that it institutionalizes and moderates desires for revenge” (p. 304).

<sup>6</sup> Interessante al riguardo è l’analisi sull’azione della Corte in Uganda proposta da K. Peschke, *The ICC Investigation into the Conflict in Northern Uganda: Beyond the Dichotomy of Peace versus Justice*, in B.S. Brown (a cura di), *Research Handbook on International Criminal Law*, 2011, pp. 178-205 e da CLARK, *Peace, Justice and the International Criminal Court*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, pp. 521-545. Sulla

arresto emesso dal tribunale internazionale nei confronti di un capo di Stato: l'effetto di questa iniziativa giudiziale potrebbe essere quello di inasprire le relazioni tra lo Stato interessato e la comunità internazionale, produrre un isolamento di quella comunità politica, con ripercussioni negative anche (e soprattutto, forse) per la popolazione, o per chi si oppone a quella forza di governo. Anche l'ipotesi di un contrasto tra repressione penale e mantenimento della pace è dunque presa espressamente in considerazione nello Statuto di Roma. Si è immaginato, infatti, che in alcune circostanze il perseguimento della giustizia potesse essere di intralcio al ristabilimento della pace e della sicurezza e compromettere la stabilità stessa delle relazioni internazionali. A tal fine – e qui affiora una certa preminenza del valore della pace su quello della giustizia tra gli obiettivi fondamentali dell'ordinamento internazionale – il Consiglio può chiedere alla Corte di arrestarsi, di fermare per un limitato periodo di tempo, la propria attività giurisdizionale, che potrà poi riprendere quando le esigenze del mantenimento della pace lo consentano (art. 16 dello Statuto di Roma)<sup>7</sup>. Emerge, in questo particolare ambito delle relazioni tra i due organi, non solo la possibile conflittualità tra le esigenze della pace e quelle della giustizia, ma anche la necessità di far prevalere in alcuni contesti, pur circoscritti, l'effettività dell'azione politica del Consiglio rispetto alla repressione penale e alla piena autonomia dell'organo giurisdizionale. Qui la cooperazione, o meglio il coordinamento, tra i due organi, si esprime nel potenziale ritrarsi dell'uno, la Corte, a favore dell'altro, il Consiglio.

Presupposto dell'esercizio di entrambi i poteri qui richiamati – il potere di *referral* (art. 13 dello Statuto di Roma) e il potere di *deferral* (art. 16) – è che il Consiglio agisca sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e compia quindi un accertamento circa l'esistenza di una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale. Una domanda che ci si può porre – forse quella cruciale nell'analisi delle interazioni qui in esame – è se, e fino a che punto, la Corte penale internazionale possa sindacare tale accertamento del Consiglio di sicurezza e precludere o limitare gli effetti di una decisione volta all'attivazione o alla sospensione della propria attività giudiziale. Una volta ammessa la possibilità di tale sindacato, è evidente come

---

effettiva capacità della Corte di incidere sul ristabilimento della pace nella Repubblica democratica del Congo, si veda invece O. Kambala, *Entre négligence et complaisance: les risques de dérapage de la Cour pénale internationale en RDC*, Le Phare (Kinshasa), 28 ottobre 2004, disponibile su <http://fr.allafrica.com/stories/200410290050.html>. Sul più generale impatto della Corte penale internazionale nei processi di giustizia transizionale, si veda il contributo di C. Stahn, *The Geometry of Transitional Justice*, in "Leiden Journal of International Law", 2005, pp. 425-466.

<sup>7</sup> La richiesta di sospendere l'azione giurisdizionale, peraltro, non implica necessariamente che il Consiglio si stia materialmente e attivamente occupando di quella determinata situazione. Per questo motivo, parla di una possibile e pericolosa "paralisi", data dalla congiunta inazione delle Nazioni Unite e della Corte, N. Elaraby, *The Role of the Security Council and the Independence of the International Criminal Court: Some Reflections*, in M. Politi, G. Nesi (a cura di), *The International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Aldershot, 2001, p. 46.

alla Corte sia rimesso il difficile compito di determinare i principi e le norme di diritto applicabile, un diritto che si trova, come detto, all'incrocio di più sfere di legalità, in primo luogo quelle del sistema delle Nazioni Unite e del trattato di Roma. Non si affronteranno in questa sede specifici conflitti interpretativi legati alla prassi delle due organizzazioni<sup>8</sup>, ma è evidente che la scelta di uno o l'altro dei modelli e delle tecniche di coordinamento qui proposte determina la soluzione del caso concreto che si potrà porre, o già si è posto, all'attenzione dell'interprete.

## **2. La soluzione gerarchica dei conflitti: l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e la prevalenza della legalità onusiana**

È stata talora ventilata l'idea di ricostruire le interazioni tra Corte e Consiglio in un'ottica volta a garantire una prevalenza all'azione dell'organo politico sull'attività giurisdizionale del tribunale<sup>9</sup>. Questa possibile ricostruzione dei rapporti tra Consiglio di sicurezza e Corte penale internazionale fa solitamente leva sul ruolo che potrebbe essere svolto in questo ambito dall'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e, come ora si vedrà, tende ad ignorare i limiti posti all'azione del tribunale dallo stesso Statuto di Roma.

L'ipotesi di una rilevanza dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite al fine di legittimare una limitazione o una estensione da parte del Consiglio di sicurezza dell'azione giurisdizionale della Corte penale internazionale, anche al di là di quanto previsto dal trattato di Roma, è già stata concretamente prospettata in almeno due diverse occasioni.

Nel corso dell'adozione della risoluzione del Consiglio di sicurezza 1423 del 2002, relativa al rinnovo della missione delle Nazioni Unite in Bosnia Erzegovina, alcuni Stati hanno affermato che il Consiglio avrebbe il potere di sospendere in maniera definitiva ed automatica l'azione giurisdizionale del tribunale<sup>10</sup>. Queste posizioni di alcuni governi erano dettate dall'esigenza politica di ottenere il voto favorevole degli Stati Uniti al rinnovo della missione;

---

<sup>8</sup> Per un'analisi delle molteplici forme di interazione, e di conflitto, tra le due organizzazioni, sia consentito rimandare a A. Bufalini, *I rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza*, Napoli, 2018.

<sup>9</sup> Si possono qui riportare alcune tesi dirette a riconoscere all'art. 103 l'effetto di attribuire ai fini della Carta delle Nazioni Unite, ed in particolare, al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, la natura di "international public order to which other treaty regimes and the international organizations giving effect to them must conform", cfr. D. Shelton, *International Law and "Relative Normativity"*, in M. Evans (a cura di), *International Law*, Oxford, 2006, 178. Per una critica alle concezioni, per così dire, eccessivamente "estensive" della natura "costituzionale" della Carta, si può vedere G. Arangio-Ruiz, *On the Security Council's "law-making"*, in "Rivista di diritto internazionale", 2000, p. 683.

<sup>10</sup> Si veda, tra le altre, la posizione piuttosto esplicita di Singapore, UN doc. S/PV.4568, p. 23, ove si afferma chiaramente che un siffatto esercizio del potere di *deferral* sarebbe "within the Security Council's authority".

quello Stato, infatti, poneva la sospensione della giurisdizione della Corte rispetto alle operazioni di *peacekeeping* autorizzate o istituite dalle Nazioni Unite quale condizione necessaria ai fini della propria partecipazione a quelle stesse missioni. Al di là del dato politico, quel che qui interessa è che questa ricostruzione dei poteri del Consiglio si pone in aperto contrasto con la ratio dell'art. 16 dello Statuto di Roma, che presuppone invece la necessità che l'eventuale rinnovo della sospensione, al termine dei dodici mesi previsti, avvenga alla luce di una valutazione *ex novo* della situazione politica che ha determinato l'interruzione delle indagini o dei procedimenti in corso e non possa invece considerarsi automatica<sup>11</sup>.

Secondo le posizioni assunte da alcuni Stati, il potere del Consiglio di interrompere in modo definitivo l'attività giurisdizionale della Corte rispetto a determinate situazioni, anche al di là quindi dei precisi limiti statutari, discenderebbe direttamente dagli effetti dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e dal fatto che quest'ultima disposizione “provides for Charter obligations to prevail in the event of a conflict between Charter obligations and other international obligations”<sup>12</sup>. Anche in dottrina è invero possibile rinvenire alcune riflessioni critiche rispetto alla portata dell'art. 16 e al limite temporale ivi previsto. L'impossibilità di sospendere la giurisdizione della Corte per un periodo superiore ai 12 mesi disposto da quella norma solleva, secondo alcuni, una serie di perplessità, in particolare sull'idea stessa che “the Rome Statute can constitutionally limit the Council's powers”<sup>13</sup>. Anche queste critiche si fondano su di un generico richiamo all'art. 103 e alla prevalenza che questa norma attribuisce agli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Più in generale, secondo tali ricostruzioni, l'art. 103 della Carta dovrebbe invece permettere al Consiglio di esercitare “its plenary powers ... to act decisively in many matters affecting international peace and security”<sup>14</sup>.

Il secondo interessante richiamo all'art. 103 della Carta rispetto all'attività della Corte penale internazionale si rinviene nel rapporto della Commissione di esperti per la repressione dei crimini commessi a Timor-Est, trasmesso al Segretario generale delle Nazioni Unite nel 2005. In quell'occasione si è sostenuto che il Consiglio di sicurezza ha il potere di estendere la giurisdizione *ratione temporis* della Corte in modo da includervi i crimini commessi a Timor Est alla fine degli anni Novanta, in un periodo antecedente all'entrata in vigore dello Statuto di

<sup>11</sup> Tra i tanti, si veda n questo senso anche N. Jain, *A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court*, in “European Journal of International Law”, 2005, p. 247.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> R. Wedgwood, *The International Criminal Court: An American View*, in “European Journal of International Law”, 1999, p. 98

<sup>14</sup> *Ibidem*.

Roma. Una proposta che si poneva dunque in aperto contrasto con l'art. 11 del trattato istitutivo della Corte, che limita la competenza del tribunale ai crimini commessi dopo l'entrata in vigore dello Statuto. Anche in questo caso, la Commissione di esperti ha giustificato tale tesi invocando l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite che rappresenterebbe “a legal basis upon which the Security Council could legitimately extend the scope of the temporal jurisdiction of the ICC”<sup>15</sup>.

A sostegno di soluzioni simili a quelle appena richiamate, alcuni autori ritengono in definitiva che le misure adottate dal Consiglio “are binding also for the ICC and subject to Art. 103”<sup>16</sup>. In altre parole, se le misure adottate dal Consiglio rispettano i limiti dell'esercizio dei poteri ad esso riconosciuti dalla Carta delle Nazioni Unite, la loro eventuale incompatibilità con lo Statuto di Roma “is irrelevant” e le decisioni del Consiglio godrebbero, in pratica, di una vera e propria “priority over conflicting Rome Statute obligations of the ICC and its Member States”<sup>17</sup>. La prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite non sarebbe quindi accordata soltanto rispetto agli obblighi discendenti dal trattato di Roma per gli Stati parte, ma anche agli obblighi che dallo Statuto stesso discendono per gli organi del tribunale.

Se è vero che, come ribadito anche dall'accordo di relazione tra le due organizzazioni internazionali del 2004<sup>18</sup>, la Corte penale internazionale, come ogni altro soggetto dell'ordinamento, è tenuta a rispettare i principi e le regole di natura consuetudinaria contenute nella Carta delle Nazioni Unite, appare tuttavia più complicato far discendere dall'art. 103 un'automatica supremazia dell'azione del Consiglio sull'attività giurisdizionale della Corte. Questi richiami all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, infatti, non sembrano tenere in adeguata considerazione la lettera della disposizione e quella che ne è stata fino ad oggi la concreta applicazione. Come già osservato in dottrina, infatti, l'art. 103 “n'affirme nulle part que la Charte ou même que les obligations en vertu de la Charte sont “supérieures” aux autres

<sup>15</sup> *Report to the Secretary-General of the Commission of Experts to Review the Prosecution of Serious Violations of Human Rights in Timor-Leste (then East Timor) in 1999*, S/2005/458, 26 maggio 2005, par. 455.

<sup>16</sup> A dire il vero, non sono in molti ad aver sostenuto una tale tesi, ma si veda J. Pichon, *Internationaler Strafgerichtshof und Sicherheitsrat der Vereinten Nationen*, Heidelberg, 2011, p. 350.

<sup>17</sup> *Ibidem*. Alcune ricostruzioni tendono ad attribuire un ruolo all'accordo di relazione, e al riconoscimento delle responsabilità delle Nazioni Unite, al fine di confermare la prevalenza dell'azione del Consiglio su quella della Corte. In particolare, secondo queste tesi, l'accordo di relazione del 2004 “does not validate any aspect of the ICC work that would purport to override the established mechanisms of maintenance of international peace and security centered on the leading role of the UNSC in situations endangering peace and security”, cfr. J. Doria, *Conflicting Interpretation of the ICC Statute - Are the Rules of Interpretation of the Vienna Convention Still Relevant?*, in M. Fitzmaurice, O. Elias e P. Merkouris (a cura di), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Leiden/Boston, 2010, p. 310.

<sup>18</sup> *Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations*, 22 luglio 2004, ICC-ASP/3/Res.1.



accords ou à leurs obligations”<sup>19</sup>. Anche nella prassi, del resto, questa norma è stata in generale impiegata per lo più per “donner une solution à des conflits concrets entre obligations”<sup>20</sup>. In altri termini, l’art. 103 non sarebbe volto a sancire la prevalenza della Carta delle Nazioni Unite rispetto a qualsiasi altro trattato internazionale, ma sarebbe più semplicemente una regola per la soluzione dei possibili conflitti tra obblighi degli Stati. A differenza di quello che le ricostruzioni più sopra richiamate suggeriscono, infatti, l’art. 103 sembra chiaramente diretto a determinare la prevalenza per gli Stati, e non per tutti i soggetti dell’ordinamento internazionale, degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. Nonostante il carattere universale di alcuni principi espressi nella Carta delle Nazioni Unite e l’impegno assunto dalla stessa Corte a rispettarne il contenuto e le finalità, il tribunale non è assoggettato ad una regola volta a disciplinare ipotesi di conflitti tra obblighi che possono potenzialmente sorgere per gli Stati membri delle Nazioni Unite.

Anche nei rapporti qui in esame, come spesso accaduto in altri contesti, l’art. 103 della Carta delle Nazioni Unite viene in sostanza interpretato in maniera estensiva, come meccanismo generale di coordinamento intersistemico: invece di essere impiegato come norma di soluzione di conflitti normativi tra obblighi statali confliggenti, viene invocato per sancire l’inammissibilità di qualsiasi pretesa di controllo giurisdizionale sulle decisioni politiche del Consiglio. Non è qui possibile ripercorrere le numerose interpretazioni che sono state avanzate sul contenuto e la portata dell’art. 103, la cui applicazione appare, alla luce della prassi, essere in costante evoluzione negli ultimi decenni<sup>21</sup>. Ciò che rileva ai fini di un’analisi dei rapporti tra

<sup>19</sup> R. Kolb, *L’article 103 de la Charte des Nations Unies*, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 2014, p. 242.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Alcuni di questi problemi interpretativi sono illustrati da J-M. Thouvenin, *Article 103*, in J-P. Cot, A. Pellet e M. Forteau, *La Charte des Nations Unies*, Paris, 2005, pp. 2133-2147. Sono molti, in dottrina, a far discendere il carattere costituzionale della Carta proprio dall’art. 103, considerato un “constitutional principle of the international community”, cfr. C. Tomuschat, *International Law as a Coherent System: Unity or Fragmentation?*, in M.H. Arsanjani, J. Cogan, R. Sloane, S. Wiessner, *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, The Hague, 2011, p. 337.

Come è noto, il primato delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza su altri obblighi internazionali è stato garantito attraverso un richiamo a tale disposizione in diverse occasioni dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea. Si vedano le note decisioni del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione* (Raccolta, 2005, p. II – 3533) e T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione* (Raccolta, 2005, p. II – 3649), oggetto, peraltro, di numerose critiche. Cfr., ad esempio, E. Cannizzaro, *A Machiavellian Moment? The UN Security Council and the Rule of Law*, in “International Organizations Law Review”, 2006, pp. 189 e ss. e B. Conforti, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in “Diritto dell’Unione Europea”, 2006, p. 333 e ss.

La Corte europea dei diritti umani, invece, non ha mai direttamente applicato l’art. 103 e ha sempre di fatto evitato di esprimersi sulla portata di tale norma rispetto agli obblighi in materia di diritti umani degli Stati parte della Convenzione. La Corte di Strasburgo ha però in alcune circostanze richiamato l’esistenza dell’art. 103 per affermare una sorta di supremazia del fine del mantenimento della pace e della sicurezza, cfr. Corte europea dei diritti umani, *Stichting Mothers of Srebrenica et al. v. The Netherlands*, ricorso n. 65542/12, 11 giugno 2013, e *Behrami and Behrami v. France e Saramati v. France, Germany and Norway*, ricorso n. 71412/01 and 78166/01,

Consiglio di sicurezza e Corte penale internazionale, è il fatto che, in molti casi, l'art. 103 sembra essere stato invocato sul piano istituzionale "in quanto espressivo della superiorità del sistema delle Nazioni Unite"<sup>22</sup> o della supremazia della sicurezza internazionale su ogni altro scopo dell'ordinamento<sup>23</sup>.

Siffatta concezione dell'art. 103 conduce a riconoscere al Consiglio una sorta di insindacabile autorità di imporre le condotte che più ritiene opportune a tutti i soggetti dell'ordinamento internazionale, incluse eventuali autorità giurisdizionali chiamate ad applicare le sue decisioni<sup>24</sup>. L'art. 103, in altre parole, può essere espressione di un modello che, per quanto volto a mettere in connessione tra loro diversi sistemi normativi, finisce per garantire di fatto una prevalenza alla discrezionalità politica del Consiglio, in quanto portatore degli interessi collettivi consacrati nella Carta delle Nazioni Unite, su qualsiasi forma di controllo giurisdizionale. Nei rapporti tra Corte penale internazionale e Consiglio di sicurezza, questa prospettiva non fa altro che assoggettare la funzione giudiziaria alle esigenze del mantenimento della pace e ad escludere qualsiasi possibilità di sindacato giurisdizionale sulle decisioni politiche assunte dal Consiglio sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Insomma, la legalità sarebbe soltanto una, quella del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

### **3. Il principio Kompetenz-Kompetenz, la teoria della political question e il problema delle legalità separate**

Una volta scartata l'ipotesi di una prevalenza gerarchica, e una conseguente sorta di immunità giurisdizionale delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, si tratta di definire la natura e la portata del sindacato di validità che la Corte può essere chiamata a svolgere.

---

2 maggio 2007, par. 148. A livello interno, l'applicazione dell'art. 103, come norma che sancisce la prevalenza degli obblighi della Carta ONU, è stata invece prospettata in più di un'occasione, cfr. *Youssef Nada v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, Administrative Appeal Judgment, 14 novembre 2007, BGE 133 II 450, 1A 45/2007 e *Association Mothers of Srebrenica et al. v. The United Nations, The State of the Netherlands intervening*, Netherlands Supreme Court, 13 aprile 2012, par. 4.3.6.

<sup>22</sup> Così, criticamente, L. Gradoni, *Il lato oscuro dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione, Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011, p. 268.

<sup>23</sup> Si veda l'atteggiamento critico su questa concezione di P. De Sena, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, in F. Salerno (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, 2010, p. 45 e ss.

<sup>24</sup> C. Chinkin, *Jus Cogens, Article 103 of the UN Charter and Other Hierarchical Techniques of Conflict Solution*, in "Finnish yearbook of International Law", 2006, p. 63 e ss. Sottolinea questo pericolo anche R. Kolb, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, cit., p. 249 e ss.

In principio, si potrebbe sostenere che la giurisdizione dei tribunali penali internazionali sia limitata all'accertamento della responsabilità penale per la commissione di crimini internazionali. Non si può escludere, tuttavia, che queste stesse giurisdizioni siano chiamate in talune circostanze a pronunciarsi anche su questioni che non attengono direttamente alla attribuzione di responsabilità individuali. In particolare, è possibile che i tribunali penali internazionali, così come qualsiasi altro organo giudiziario, si trovino a dover risolvere una serie di questioni preliminari per determinare l'ambito della propria competenza giurisdizionale; tra tali questioni è spesso rientrata anche quella relativa alla validità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

Il problema del sindacato giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di sicurezza si è infatti posto in più di un'occasione nel corso degli ultimi decenni di fronte a diversi tribunali penali internazionali. Com'è noto, il Tribunale per la *ex* Jugoslavia si è ad esempio domandato se la creazione di un tribunale penale internazionale da parte del Consiglio di sicurezza può essere considerata una misura conforme alla Carta delle Nazioni Unite ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Quel tribunale si è quindi trovato a dover decidere se e come esercitare un controllo di validità sulle risoluzioni del Consiglio di sicurezza che ne hanno disposto l'istituzione.

Le diverse risposte fornite nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali rivelano il carattere non pacifico della questione. In un primo momento, la camera di prima istanza del Tribunale per la *ex* Jugoslavia, nel caso *Tadić*, aveva sottolineato di non potersi considerare “a constitutional court set up to scrutinize the actions of organs of the United Nations”<sup>25</sup>. Più nello specifico, ad avviso del tribunale di primo grado, il giudice penale ha una serie di “clearly defined powers”, che concernono “a quite specific and limited criminal jurisdiction”: il tribunale non avrebbe quindi alcuna autorità “to investigate the legality of its creation by the Security Council”<sup>26</sup>.

Nello stesso caso *Tadić*, la camera d'appello del Tribunale per la *ex* Jugoslavia ha però accolto una posizione in qualche modo opposta e destinata a segnare la futura giurisprudenza in materia. I giudici di secondo grado, infatti, hanno messo in evidenza che l'ordinamento internazionale non è composto da un “integrated judicial system” e che spetta a ciascun tribunale il compito di determinare il contenuto del proprio atto istitutivo e definire il perimetro

<sup>25</sup> Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, Trial Chamber, IT-94-1-T, 10 agosto 1995, par. 5.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

del proprio potere giurisdizionale<sup>27</sup>. Nelle parole dei giudici del Tribunale per la *ex* Jugoslavia, infatti, “the plea based on the invalidity of constitution of the International Tribunal goes to the very essence of jurisdiction”<sup>28</sup>. Per questa ragione, la camera d’appello ritiene di dover esaminare, in via incidentale, “the legality of its establishment by the Security Council”.

La competenza ad indagare il fondamento e la legittimità del proprio atto istitutivo, e quindi delle risoluzioni del Consiglio, sarebbe dunque una conseguenza del principio *Kompetenz-Kompetenz*, ovvero dell’idea che ogni organo giurisdizionale ha il potere, intrinseco e inerente alla stessa funzione giudiziaria, di determinare l’ambito della propria competenza<sup>29</sup>. Nella prospettiva dei rapporti tra la Corte penale internazionale e il Consiglio di sicurezza, il principio *Kompetenz-Kompetenz* attribuisce al tribunale il compito di accertare di volta in volta la validità delle richieste di attivazione o sospensione della propria attività giudiziale.

Secondo alcune ricostruzioni critiche, tuttavia, la camera d’appello del Tribunale per la *ex* Jugoslavia avrebbe interpretato in maniera eccessivamente estensiva tale potere, adottando in pratica “an expansive view of its power to determine its own jurisdiction – even at the

<sup>27</sup> Ad avviso della camera d’appello, in sostanza, “the first obligation of the Court as of any other judicial body is to ascertain its own competence”, *ibidem*. Per quanto la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia relativa al sindacato di validità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza non sia sempre di agevole interpretazione e conduca talvolta a risultati incerti, sembrano andare in questa direzione alcune parole pronunciate dalla stessa Corte nel parere consultivo sulle *Conseguenze giuridiche per gli Stati della continua presenza dell’Africa del Sud in Namibia (Sud-Ovest africano)*, nonostante la risoluzione 276 (1970), parere del 21 giugno 1971, in *ICJ Report 1971*, p. 45: “the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions”. La bibliografia sulle relazioni tra Consiglio di sicurezza e Corte internazionale di giustizia è sterminata, ma si possono richiamare almeno L. Condorelli, *La Corte internazionale di giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite*, in “Rivista di diritto internazionale”, 1994, pp. 897-921 e M.I. Papa, *I rapporti tra Corte internazionale di giustizia e Consiglio di sicurezza*, Padova, 2006

<sup>28</sup> Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Camera d’Appello, IT-91-1-AR72, 2 ottobre 1995, par. 12.

<sup>29</sup> Si tratta di una prerogativa inerente e intrinseca alla stessa funzione giudiziaria che, in principio, “does not need to be expressly provided for in the constitutive documents”, cfr. Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Camera d’Appello, IT- 94-1-AR72, 2 October 1995, par. 18. All’interno dello Statuto di Roma vi sono peraltro almeno due disposizioni che sembrano esplicitare tale principio: l’art. 19 dispone che la Corte “shall satisfy itself that it has jurisdiction in any case brought before it”, e una delle clausole finali, l’art. 119, prevede, in termini più generali, che “[a]ny dispute concerning the judicial functions of the Court shall be settled by the decision of the Court”. Il primo a definire il concetto qui richiamato, anche se nel diverso contesto del riparto di competenze tra Stati e Bund, è stato H. Bohlau, *Competenz-Competenz? Erörterungen zu Artikel 78 der Verfassung des Norddeutschen Reichs*, Leipzig, 1869, p. 2. Sul principio, in relazione invece ai tribunali internazionali, si vedano, tra i tanti, C.R.F. Amerasinghe, *Jurisdiction of International Tribunals*, The Hague/London/New York, 2003; U.M. Iaccarino, *Della c.d. competenza della competenza dei tribunali internazionali*, Napoli, 1962; F.I. Shihata, *The power of the International Court to determine its own jurisdiction*, The Hague, 1965; L. Boisson de Chazournes, *The Principle of Compétence de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals*, in M.H. Arsanjani, J.K. Cogan e S. Weissner (a cura di), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2010, p. 1027-1064.

expense of the Council”<sup>30</sup>. In questa prospettiva, il potere di un giudice internazionale di accertare l’esistenza di una minaccia alla pace o di una violazione della pace sarebbe quindi limitato, o meglio escluso, dalla circostanza che “the jurisdiction to make such a decision has already been allotted elsewhere”<sup>31</sup>. Come espressamente sostenuto in dottrina, in pratica, la natura politica dell’accertamento renderebbe “quite wrong for any Court to substitute its own political judgment for that of the Security Council”<sup>32</sup>.

Questi rilievi critici sembrano rifarsi alla teoria della *political question*. Com’è noto, l’idea di fondo di tale concezione è che non tutti gli aspetti di una controversia possano essere oggetto di soluzione giudiziaria: vi sono casi in cui la natura prettamente politica dell’oggetto del giudizio impone ai giudici di lasciare il campo alla discrezionalità del potere politico<sup>33</sup>.

La teoria della *political question* non implica però la totale inammissibilità di un sindacato giurisdizionale sulle decisioni di carattere politico. Un aspetto, forse il più interessante, di questa costruzione è l’incidenza che essa può avere nel determinare la portata

<sup>30</sup> J.E. Alvarez, *Nuremberg Revisited: The Tadić Case*, in *European Journal of International Law*, 1996, p. 247. Per una interessante critica ad alcuni aspetti delle conclusioni raggiunte nelle due decisioni, si veda ancora J.E. Alvarez, *The Likely Legacies of Tadić*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 1997, pp. 613-620.

<sup>31</sup> R. Higgins, *Policy Considerations and the International Judicial Process*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1968, p. 80.

<sup>32</sup> D. Bowett, *Judicial and Political Functions of the Security Council and the International Court of Justice*, in H. Fox (a cura di), *The Changing Constitution of the United Nations*, 1973, p. 84. Una posizione simile è stata assunta anche dal giudice Lauterpacht, nella propria opinione separata annessa all’ordinanza della Corte internazionale di giustizia nel noto caso relativo alla Applicazione della Convenzione contro il genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Jugoslavia). Pur riconoscendo l’esistenza di un potere di controllo di validità delle decisioni del Consiglio di sicurezza da parte della Corte internazionale di giustizia, Lauterpacht ha messo in rilievo che “there can be no less doubt that it does not embrace any right of the Court to substitute its discretion for that of the Security Council”. Corte internazionale di giustizia, opinione separata del giudice Lauterpacht, *Applicazione della Convenzione contro il genocidio (Bosnia-Erzegovina c. Jugoslavia)*, ordinanza del 13 settembre 1993, in *ICJ Reports 1993*, p. 439, par. 99.

<sup>33</sup> Alla luce del ragionamento compiuto dalla Corte suprema americana nella storica decisione *Marbury v. Madison*, evitare che gli organi giudiziari invadano la sfera della discrezionalità politica sarebbe proprio il principio cardine della separazione dei poteri, cfr. *Marbury vs. Madison*, in *Reports of decision in Supreme Court*, t. I. Alla sentenza, tradizionalmente, viene attribuito l’importante merito di aver introdotto il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti. Sulla teoria della *political question*, si può vedere, in generale, T. Franck, *Political Questions/Judicial Answers*, Princeton, 1992. Naturalmente anche le Corti costituzionali degli ordinamenti europei continentali si sono dovute confrontare con la teoria della *political question*. Il ruolo assegnato alle corti costituzionali in questi sistemi è, come è noto, quello di valutare se le scelte legislative siano compatibili con i parametri della Costituzione, un’operazione piuttosto complessa di fronte a carte costituzionali che individuano più che altro elenchi di diritti fondamentali da tutelare (che possono porsi in contrasto tra loro) e obiettivi programmatici. Anche al giudice delle leggi, il principio della separazione dei poteri può quindi imporre di sottrarsi da un sindacato nei confronti di quegli aspetti della questione sottoposta che presuppongono una certa discrezionalità degli organi politici. Al riguardo, può qui solo essere richiamato lo storico confronto su chi debba essere il vero custode della costituzione tra Hans Kelsen (H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1933), Milano, 1989) e Carl Schmitt (SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), Milano, 1981). Su alcuni dei problemi accennati, si può vedere, tra i tanti, RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione a una teoria giuridica della funzione giurisprudenziale consequenziale)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1985, p. 355 ss.

del sindacato più che condurre alla totale negazione dello stesso. In pratica, il raggio del controllo giurisdizionale sarebbe tanto più ristretto quanto più è estesa la discrezionalità politica concessa per la particolare decisione in oggetto<sup>34</sup>. Così, pur ammettendo in principio che qualsiasi questione, anche di carattere politico, possa essere oggetto di un controllo di legalità, laddove la discrezionalità concessa agli organi politici è estremamente ampia, l'accertamento giurisdizionale potrebbe essere circoscritto agli aspetti formali del processo decisionale o intervenire solamente di fronte a manifesti abusi di potere.

In questa prospettiva, la natura politica e ampiamente discrezionale dell'accertamento del Consiglio circa l'esistenza di una minaccia alla pace e l'indeterminatezza dei parametri normativi contenuti nella Carta delle Nazioni Unite sembrano avere più che altro l'effetto di ridurre notevolmente lo spazio del controllo giurisdizionale. Sul punto è particolarmente interessante quanto affermato ancora una volta dal Tribunale per la *ex* Jugoslavia secondo cui, in principio, “the wider the discretion of the Security Council under the Charter of the United Nations, the narrower the scope for the International Tribunal to review its actions”<sup>35</sup>. Ciò non significa tuttavia che il potere di sindacato di un tribunale “disappears altogether”<sup>36</sup>: agli organi giudiziari andrebbe sempre riconosciuta la capacità di attribuire – anche alla luce della prassi dello stesso Consiglio di sicurezza – un significato giuridico alle nozioni, pur indeterminate, contenute nell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite.

Il ricorso all'idea di un controllo limitato, ispirata alla dottrina della *political question*, sembra quindi aggiungere alcuni interessanti e utili elementi di riflessione al problema qui in esame. Si può, infatti, ipotizzare che i parametri di legalità e la natura stessa del controllo giurisdizionale non assumano forme statiche e immutabili, ma debbano anzi necessariamente adeguarsi al tipo di accertamento oggetto di potenziale conflitto. Del resto, la determinazione dei parametri giuridici che definiscono una minaccia o una violazione della pace è in costante evoluzione e ridefinizione e può nel tempo ridurre il tasso di politicità di quelle valutazioni, rendendole via via passibili di un più intenso controllo giurisdizionale.

Come in parte emerge dalla dottrina richiamata poco sopra, la teoria della *political question* si presta talvolta ad interpretazioni piuttosto estensive e volte a precludere qualsiasi forma di controllo giurisdizionale. Si può qui richiamare, solo per fare un esempio, una certa

<sup>34</sup> Si veda ancora M. Arcari, *Coordinamento e concorrenza tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giurisdizionali internazionali*, in M. Vellano (a cura di), *Il futuro delle Organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche*, SIDI - Società italiana di diritto internazionale, Napoli, 2015, in particolare pp. 159-163.

<sup>35</sup> Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Camera d'Appello, IT- 94-1-AR72, 2 October 1995

<sup>36</sup> Tribunale penale internazionale per la *ex* Jugoslavia, *Prosecutor v. Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Camera d'Appello, IT-94-1-AR72, 2 ottobre 1995, par. 20-21.

giurisprudenza del Tribunale speciale per il Libano. Nel caso *Ayyash*, la camera d'appello del tribunale ha sostenuto l'impossibilità di un sindacato giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di sicurezza in ragione della natura strettamente politica degli accertamenti compiuti da quell'organo quando agisce sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite. Nelle parole dei giudici, infatti, "the Security Council's determination as to the existence of a threat to international peace and security is not subject to judicial review"<sup>37</sup>. Insindacabili sono anche, ad avviso del Tribunale speciale per il Libano, le decisioni del Consiglio "regarding the measures it employs once it has found that such threat exists"<sup>38</sup>. Anche qui ci si troverebbe di fronte ad una "sole and exclusive prerogative" del Consiglio, poiché ogni decisione relativa alle misure più idonee al fine del mantenimento della pace è "essentially political in nature, and as such not amenable to judicial review"<sup>39</sup>.

Questi richiami alla teoria della *political question* sembrano invero muoversi ed essere ispirati da un atteggiamento che guarda al sistema all'interno del quale l'organo politico si trova ad agire, quello delle Nazioni Unite, come un ordinamento a sé stante, chiuso e autonomo<sup>40</sup>. Ciò emerge in modo lampante dai numerosi richiami compiuti dal Tribunale speciale per il Libano ad una certa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei diritti umani, e in particolare ai celebri casi *Kadi*<sup>41</sup> e *Nada*<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Tribunale speciale per il Libano, *Decision on the Defence Appeals Against the Trial Chambers "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal"*, Camera d'Appello, STL1101/PT/AC/AR90.1, 24 ottobre 2012, par. 35.

<sup>38</sup> *ibidem*

<sup>39</sup> *ivi*, par. 52. Anche in dottrina non mancano simili prese di posizione; vi è chi ha affermato, ad esempio, che il Consiglio di sicurezza "is not bound by any definition or formula as to what constitutes a threat to or breach of the peace or act of aggression", cfr. T. D. Gill, *Legal and Some Political Limitations on the Power of the U.N. Security Council to Exercise its Enforcement Powers Under Chapter VII of the Charter*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 1995, p. 40. Già Kelsen, del resto, sosteneva, in termini più generali, che le risoluzioni del Consiglio, adottate sulla base del capitolo VII della Carta, non sono necessariamente vincolate al rispetto del diritto internazionale, dal momento che "the purpose of the enforcement action under Article 39 is not to maintain or restore the law, but to maintain or restore peace, which is not necessarily identical with the law", cfr. H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1951, p. 294. In questo stesso senso possono essere lette anche alcune osservazioni di R. Higgins, *The Place of International Law in the Settlement of Disputes by the Security Council*, in "American Journal of International Law", 1970, in particolare pp. 15-18.

<sup>40</sup> Si vedano le riflessioni in tal senso compiute da M. Buscemi, *The non-justiciability of third-party claims before UN internal dispute settlement mechanisms. The 'politicization' of (financially) burdensome questions*, in "QIL-Questions of International Law", 2020, pp. 23-49.

<sup>41</sup> Cfr. *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-402/05 e C-415/05 P, sentenza del 3 settembre 2008, par. 326. Nonostante la difficoltà di ricostruire una chiara linea argomentativa seguita dalla Corte, già nei primi commenti alla sentenza si accennava alla "impressione di discontinuità fra ordinamento comunitario e diritto internazionale che emerge dalla sentenza", cfr. E. Cannizzaro, *Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel caso Kadi*, in "Rivista di diritto internazionale", 2008, p. 1078.

<sup>42</sup> Corte europea dei diritti umani, *Nada c. Svizzera*, ric. n. 10593/08, 12 settembre 2012.

Nel primo caso, com'è noto, la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha deciso di procedere allo scrutinio di legittimità delle misure adottate dall'Unione, senza mettere formalmente e direttamente in discussione la liceità e la primazia degli atti delle Nazioni Unite a livello internazionale. Una conclusione decisamente influenzata dall'approccio fortemente dualista adottato dalla Corte, che guarda ai due ordinamenti in questione – quello dell'Unione Europea e quello internazionale – come separati e indipendenti.

Nonostante il ragionamento che ha guidato la Corte di Strasburgo nel caso *Nada* sia stato in gran parte diverso da quello seguito dai giudici di Lussemburgo<sup>43</sup>, è piuttosto indicativo il fatto che il Tribunale speciale per il Libano abbia scelto di richiamare le parole formulate dal giudice Malinverni nella sua opinione separata. Le considerazioni del giudice svizzero mettono bene in luce l'angolo prospettico da cui si è mosso il Tribunale per il Libano. Dopo aver premesso che il Consiglio di sicurezza “is required to act within the confines of the United Nations Charter”<sup>44</sup>, il Tribunale speciale per il Libano riprende le parole di Malinverni, rilevando che “Security Council resolutions as such fall outside the Court’s direct supervision, the United Nations not being a party to the Convention”<sup>45</sup>. L'idea di fondo, quindi, al di là dei richiami alla *political question*, sembra piuttosto essere che le decisioni del Consiglio sono adottate all'interno di un sistema distinto da quello della Corte di Strasburgo e rispetto al quale quindi i giudici non possono esercitare alcun controllo. Anche nella dinamica qui in esame, relativa al sindacato di validità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, atteggiamenti simili finiscono per precludere la possibilità di soluzioni che tengano conto delle diverse legalità in gioco. Impostazioni ispirate alla separatezza e all'autonomia dei sistemi giuridici, gli approcci c.d. dualisti, ignorano, o fingono di ignorare, le connessioni inevitabili tra le decisioni politiche del Consiglio e la tutela delle posizioni individuali in gioco, nonché, più in generale, l'incidenza che l'azione del Consiglio di sicurezza può avere sulla amministrazione della giustizia<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Si può vedere a riguardo E. De Wet, *From Kadi to Nada: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions*, in “Chinese Journal of International Law”, 2013, pp. 787-807 e volendo anche A. Bufalini, P. Palchetti, *Potere, sicurezza e diritti dei terroristi (o presunti tali)*, in A. Ballarini, *Prometeo. Studi su eguaglianza, democrazia, laicità*, Torino, 2015, pp. 155-169.

<sup>44</sup> Tribunale speciale per il Libano, *Decision on the Defence Appeals Against the Trial Chambers “Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal”*, Camera d'Appello, STL1101/PT/AC/AR90.1, 24 ottobre 2012, par. 48.

<sup>45</sup> *Ibidem*, richiamando l'opinione separata del giudice Giorgio Malinverni nel caso *Nada c. Svizzera*, ric. n. 10593/08, 12 settembre 2012, par. 15.

<sup>46</sup> In questa direzione, con un'una particolare attenzione al caso *Al-Dulimi* (Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), *Al-Dulimi and Montana Management Inc. c. Svizzera*, ric. n. 5809/08, 21 giugno 2016) e alla nota sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana, le riflessioni di G. Palombella, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in J. Klabbbers, G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, 2019, in particolare pp. 386-390.



#### 4. Il controllo interlegale e i rapporti di forza tra le due organizzazioni

Se l'azione dell'organo politico non può essere ritenuta esterna, ed estranea, all'attività giudiziaria della Corte e se i due sistemi non possono essere trattati come ordini separati e distinti, alla luce di quali parametri e in che modo può essere esercitato il sindacato di validità delle decisioni del Consiglio di sicurezza?

Si può in primo luogo sostenere che un potere di sancire l'invalidità delle decisioni politiche è certamente da ammettere nel caso in cui queste ultime siano caratterizzate da un'arbitrarietà tale da ritenere che le prerogative riconosciute al Consiglio sfocino in un vero e proprio abuso di potere<sup>47</sup>. Si può immaginare, ad esempio, la necessità di un intervento giurisdizionale nei confronti di decisioni difficilmente riconducibili ai poteri attribuiti al Consiglio di sicurezza o di atti che non possono essere ritenuti funzionali agli obiettivi della Carta delle Nazioni Unite o che si pongono comunque manifestamente in contrasto con i principi e le regole fondamentali dell'ordinamento internazionale.

Al di là delle ipotesi di manifesta arbitrarietà o abuso di potere, alcune riflessioni compiute in queste pagine mostrano come la soluzione dei possibili conflitti tra le istanze politiche del Consiglio e l'esercizio della funzione giurisdizionale del tribunale non può essere fornita in termini generali ed astratti. L'interprete non potrà che accertare di volta in volta le specificità dei fatti oggetto di causa, costruire le disposizioni rilevanti delle due sfere di legalità, tentare di conciliare per via ermeneutica le possibili contrapposizioni e, infine, individuare il principio interlegale in grado di decidere del caso concreto. In sostanza, così come il Consiglio non può trincerarsi dentro il proprio sistema di riferimento per rivendicare l'impossibilità di qualsiasi forma di intrusione nel dominio ad esso (primariamente, ma non esclusivamente) riservato, i giudici della Corte sono chiamati in qualche modo a farsi carico della prospettiva del Consiglio stesso, a valutare la compatibilità dell'azione politica, non solo con le regole del proprio trattato istitutivo, lo Statuto di Roma, ma anche con i principi della Carta delle Nazioni Unite (e, in particolare, il margine di discrezionalità sotteso agli accertamenti fondati sul

---

<sup>47</sup> È il caso delle primissime risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza nei primi anni di vita del tribunale (risoluzioni 1422(2002) e 1487(2003)). La totale assenza del presupposto materiale alla base delle richieste sospensive del Consiglio in queste ipotesi può far ritenere che ci si trovi qui di fronte a decisioni dal carattere arbitrario e che nulla hanno a che fare con gli scopi delle Nazioni Unite. Tra le tantissime ricostruzioni critiche di questa prassi del Consiglio, si vedano M. Arcari, *La risoluzione 1422 (2002) relativa ai rapporti tra Corte penale internazionale e forze di peacekeeping*, in "Rivista di diritto internazionale", 2003, pp. 723-731; C. Stahn, *The Ambiguities of Security Council Resolution 1422*, in "European Journal of International Law", 2003, pp. 85-104 e R. Cryer, N.D. White, *The ICC and the Security Council: An Uncomfortable Relationship*, in J. Doria, H-P. Gasser, M. C. Bassiouni (a cura di), *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor Igor Blishchenko: in memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000)*, Leiden, 2009, pp. 455-484.

capitolo VII) e del diritto internazionale generale. In altre parole, la portata del potere della Corte di sindacare la validità delle decisioni politiche non può essere ricostruita soltanto alla luce delle norme che guidano il funzionamento del tribunale, ma deve tenere in adeguata considerazione l'alto tasso di politicità e l'insieme dei parametri di legalità all'interno dei quali agisce il Consiglio di sicurezza.

In conclusione, non si possono qui ignorare altre componenti di natura politica e in qualche misura "di forza", che possono contribuire a fissare in un punto, ogni volta diverso, l'equilibrio tra azione politica e portata del sindacato giurisdizionale. Da un lato, gli organi del tribunale non possono trascurare le più generali ricadute politiche del proprio sindacato di validità delle decisioni del Consiglio di sicurezza: è sufficiente pensare al ruolo decisivo che il Consiglio può svolgere, attraverso il proprio potere coercitivo, nell'ambito della cooperazione degli Stati con il tribunale e al forte interesse dunque della stessa Corte ad intrattenere con l'organo politico delle relazioni, per così dire, amichevoli. Dall'altro lato, e al contempo, il Consiglio non può sottovalutare le conseguenze della propria azione (specie se arbitraria) in termini di legittimità e credibilità del suo stesso operato nell'amministrazione della giustizia penale internazionale e, più in generale, nella gestione della sicurezza collettiva: anche il Consiglio ha dunque un evidente interesse a non vedere sanzionate dal tribunale le proprie scelte per non rischiare di pregiudicare la sua (già alquanto compromessa, invero) centralità nella governance della sicurezza collettiva. Questa dimensione contestuale può svolgere un ruolo importante nel determinare gli atteggiamenti delle due organizzazioni (e quindi dei giudici del tribunale nell'esercizio del proprio potere di sindacato), anche al di là di quelle che sono le interpretazioni più corrette del dato normativo al centro del conflitto e della rilevanza che può essere, a seconda dei casi, attribuita alla dimensione politica della decisione. La mutevolezza di questi elementi di carattere politico e diplomatico rende impossibile fissarne a priori e in modo definitivo l'incidenza, che non può che dipendere dalle contingenze del caso concreto, dai rapporti di forza esistenti tra le due organizzazioni e dalla credibilità di cui esse godono o meno in un dato momento storico.