

LUISS GUIDO CARLI 
LIBERA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

Dipartimento di giurisprudenza

Tesi in diritto internazionale

**Titolo: Il ricorso ai principi internazionali nella
giurisprudenza delle Corti Supreme**

Relatore: Prof. Roberto Virzo

Correlatore: Prof. Pietro Pustorino

Candidato: Antonio Buccino Grimaldi

Matricola: 137613

Anno accademico: 2019/2020

a Vittoriuccio

IL RICORSO AI PRINCIPI INTERNAZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI SUPREME.

INDICE

Introduzione	4
Capitolo I: l'ingresso dei principi internazionali ed il loro atteggiarsi negli ordinamenti nazionali	6
Par. 1: I principi internazionali	6
Par. 2: Il ruolo delle Corti Supreme	10
Par. 3: Il bilanciamento	17
Par. 4: Monismo e dualismo (pluralismo)	23
Par. 5: L'adattamento	27
Par. 5 a): I trattati	29
Par. 5 b): I trattati UE	30
Par. 5 c): La CEDU	32
Par. 5 d): Le consuetudini	34
Par. 6: La prassi applicativa dell'adattamento	35
Par. 6 a): I trattati in Italia	35
Par. 6 a.1): I trattati nel Regno Unito	36
Par. 6 b): I trattati UE	37
Par. 6 b.1): Il diritto UE in Italia	38
Par. 6 b.2): I trattati UE in Germania	38
Par. 6 c): La CEDU	39
Par. c.1): La CEDU in Italia	39
Par. c.2): La CEDU in Russia	41
Par. d): Le consuetudini	42
Par. d.1): Le consuetudini in Italia	42
Par. d.2): Le consuetudini in Francia	43
Capitolo II: I singoli principi e diritti nell'ordinamento internazionale	44
Introduzione	44
Par. 1: Il principio del non <i>refoulement</i>	45

Par. 2: Il diritto alla speranza	54
Par. 3: Il principio di legalità	63
Par. 4: Il divieto di genocidio	74
Par. 5: Le immunità degli Stati dalla giurisdizione	83
Capitolo III: I singoli principi e diritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme	94
Introduzione	94
Par. 1: Il principio del non <i>refoulement</i>	94
Par. 2: Il diritto alla speranza	105
Par. 3: Il principio di legalità	115
Par. 4: Il divieto di genocidio	125
Par. 5: Le immunità degli Stati dalla giurisdizione	135
Conclusioni	144
Bibliografia	147
Giurisprudenza	151
Riassunto	156

Introduzione

Il lavoro si propone di analizzare come le Corti Supreme si avvalgano dei principi di diritto internazionale nella loro giurisprudenza ed i risultati che tale lavoro interpretativo produce negli ordinamenti nazionali. Tale fenomeno riveste una grande importanza nel diritto internazionale ed ha interessanti evoluzioni anche negli ordinamenti nazionali.

Gli elementi da tenere in considerazione per procedere all'analisi di tale argomento sono due: da una parte vi sono i principi internazionali, dall'altra la giurisprudenza delle Corti Supreme in materia.

I principi internazionali sono uno strumento molto importante per garantire tutele ampie ed adeguate, in particolare, agli individui, in relazione ai loro diritti fondamentali, necessità sempre più sentita in una società globalizzata, in cui lo Stato ha visto scemare il suo ruolo di soggetto centrale nello scacchiere del diritto internazionale, con la conseguenza che la sua sovranità, in molti ambiti, è stata limitata in modo tale che esso non sia più in grado di offrire una protezione completa agli individui¹. Un riflesso di tale stato della società e del diritto è che, spesso, i legislatori si vedono costretti ad adeguare i loro ordinamenti interni alle nuove garanzie e diritti che si formano a livello internazionale, anche sulla scorta dei principi internazionali.²

Tuttavia, non sempre gli interventi dei legislatori nazionali sono puntuali, comportando delle lacune degli ordinamenti e la negazione di tutele agli individui. In questi casi verrà in rilievo il lavoro delle Corti Supreme, che potranno garantire gli individui anche in caso di inerzia dei legislatori, concedendo, ad esempio, diritti non ancora previsti nella legislazione nazionale, ma presenti a livello internazionale³. Il ruolo della giurisprudenza delle Corti Supreme, tuttavia, non si esaurisce a questo: esse hanno la funzione di coordinare il diritto internazionale e, di conseguenza, anche i principi internazionali, con i principi fondamentali dei propri ordinamenti, in un'operazione che presenta non poche problematiche. Come si dirà più avanti nel dettaglio, le Corti, nell'utilizzare i principi internazionali, cercano, oltre che di proteggere i diritti gli individui in maniera più completa, anche di salvaguardare il proprio ordinamento nazionale in caso di interpretazioni del diritto internazionale

¹ Come spiega A. Del Vecchio: *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, II edizione, Cacucci, Bari, 2015 pag. 14

² In Italia numerose sono state le leggi introdotte per questo motivo. A partire dalle riforme della Costituzione del 1999 con la legge costituzionale n.2 che ha modificato l'articolo 111 in ossequio alla giurisprudenza CEDU sul giusto processo o la novella dell'art. 81 con la legge costituzionale 1/2012 che ha introdotto il principio del pareggio di bilancio in base alle nuove norme europee. Anche a livello di leggi ordinarie gli interventi sono stati molteplici: con la legge numero 532/1982 vi fu l'introduzione in Italia del tribunale del riesame per assicurare meglio il diritto di difesa dei soggetti sottoposti a misura cautelare, oppure il decreto legislativo 193/2003, codice in materia di protezione dei dati personali, a tutela del diritto alla riservatezza degli individui o, ancora, la legge 54 del 2006 che contiene l'articolo 155 sexies, poi abrogato, che ebbe il merito di aver introdotto, per la prima volta in Italia, il diritto dei minori di essere ascoltati dal giudice nei procedimenti di separazione e divorzio.

³ Sentenza Cassazione penale 48587/11

che possano ledere i propri ordinamenti di appartenenza⁴. Esse, inoltre, hanno anche una decisiva funzione di sviluppo del diritto internazionale, contribuendo alla formazione ed alla consolidazione dei principi internazionali⁵.

Il lavoro si propone di analizzare quali siano le regole che dirigono questo fenomeno, per poi guardare come i singoli ordinamenti reagiscano al diritto internazionale, in base alla loro storia, tradizione giuridica e alle scelte, anche politiche, degli Stati⁶, che condizionano in maniera rilevante l'apertura o meno degli ordinamenti nazionali⁷ al diritto internazionale. L'ultima parte dell'elaborato si occupa di analizzare la prassi applicativa di tutto ciò, osservando dove si riscontra armonia tra gli interessi degli ordinamenti e dove, al contrario, si crea conflitto.

Capitolo I

L'ingresso dei principi internazionali ed il loro atteggiarsi negli ordinamenti nazionali

Sommario: 1 I principi internazionali; 2 Il ruolo delle Corti Supreme; 3 Il bilanciamento; 4 Monismo e dualismo (pluralismo); 5 L'adattamento; 5 a) I trattati; 5 b); i trattati UE; 5 c) la CEDU; 5 d) le consuetudini; 6 La prassi applicativa dell'adattamento; 6 a) I trattati in Italia; 6 a.1) I trattati nel Regno Unito; 6 b) I trattati UE; 6 b.1) Il diritto UE in Italia; 6 b.2) I trattati UE in Germania; 6 c) La CEDU; 6 c.1) La CEDU in Italia; 6 c.2) La CEDU in Russia; 6 d) Le consuetudini; 6 d.1) Le consuetudini in Italia; 6 d.2) Le consuetudini in Francia

Paragrafo 1

I principi internazionali

I principi internazionali sono una fonte non scritta del diritto internazionale.

⁴ Infra par. 3

⁵ Sentenza Corte Costituzionale italiana 238/2014 par. 3.3

⁶ Come nel caso degli USA, che scrissero la Costituzione in modo che fosse aperta al diritto internazionale, al fine di facilitare i propri rapporti con le potenze europee. D. M. Golove e D. J. Hulsebosch: *A civilized nation: the early american Constitution, the law of nations, and the pursuit of international recognition* New York university school of law public law & legal theory research paper series working paper no. 10-58 2010 pag. 103

⁷ Come sottolinea PM. Dupuy: *International Law and Domestic (Municipal) Law* Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL] 2011 par. 23-26

Essi sono riconosciuti come tale all'articolo 38 lett. C dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia che recita, secondo una versione considerata anacronistica⁸: “*the general principles of law recognised by civilized nations*”⁹.

Un'altra fonte che richiama i principi internazionali di diritto è lo statuto delle Corte Penale Internazionale che, all'articolo 21 let. b, individua tra il diritto applicabile “*the principles and rules of international law, including the established principles of the international law of armed conflict*”¹⁰

Sul contenuto effettivo di questa fonte si pongono numerosi interrogativi che ancora non sembrano portare a risultati concordanti in dottrina e nella prassi. In linea generale, i principi generali di diritto internazionale sono fonti secondarie rispetto alle altre fonti internazionali, trattati e consuetudini, ed intervengono nelle situazioni in cui determinate fattispecie non siano state regolate dalle due fonti principali, dando completezza all'ordinamento internazionale¹¹. Questa proprietà dei principi generali emerge con chiarezza riguardo alla cosiddetta “regola residuale di libertà”¹²: questo concetto indica il caso in cui si sia venuta a creare una lacuna del diritto internazionale, che richiede di essere eliminata, attraverso l'introduzione di una nuova norma nell'ordinamento internazionale.

Una situazione di questo tipo nasce da una insensibilità del diritto internazionale ad un nuovo interesse che si viene a formare nelle comunità internazionale¹³. Ci si trova, quindi, davanti ad un'incompletezza non “voluta”¹⁴, a cui va posto rimedio ed un principio internazionale può essere la fonte della nuova norma che colma tale lacuna. Il valore della regola residuale di libertà, tuttavia, è piuttosto scarso a livello pratico, essendo il suo utilizzo subordinato ad altri metodi di risoluzione delle antinomie dell'ordinamento giuridico internazionale come il bilanciamento, l'analogia e via discorrendo¹⁵. Applicazioni pratiche della regola, in realtà, si sono avute, come nel caso *Lotus*¹⁶, celebrato davanti alla Corte permanente di giustizia. Nel caso di specie, la Corte affermò che le limitazioni all'indipendenza degli Stati non fossero da considerarsi come presunte¹⁷, dunque, non considerando tali limitazioni come tassative, fu data la possibilità all'ordinamento internazionale di

⁸ Di questo avviso N. Ronzitti: *Introduzione al diritto internazionale* quinta edizione Giappichelli, Torino, 2016 pag. 181. A questa visione si oppone Conforti, sottolineando la possibilità di dare una lettura in senso evolutivo alla formula “Nazioni civili”. B. Conforti: *Diritto internazionale X* edizione, editoriale scientifica, 2014, Napoli

⁹ Statuto Corte internazionale di giustizia art 38 let. c

¹⁰ Statuto Corte Penale internazionale art.21 let. b

¹¹ H. Kelsen: *Principles of international law* Rinehart, New York. 1952 pag. 304-306

¹² R. Kolb: *La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis")*: aspects théoriques. In: *Revue belge de droit international*, 2001, vol. 34, n° 1, p. 100-127. <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44886>

¹³ Come rileva L. Gradoni: *Consuetudine internazionale e caso inconsueto* in rivista di diritto internazionale, volume xciv 2012 fasc. 3 Giuffrè pag. 706

¹⁴ Cfr sul punto, Kolb op. cit. nota 12 pag. 104-105

¹⁵ Id nota 14 pag. 108-109

¹⁶ *The case of SS. Lotus* 1927

¹⁷ Id *Lotus* pag. 18

introdurre nuove norme che, all'occorrenza, avrebbero potuto regolare fattispecie non disciplinate fino a quel momento, imponendo, per esempio, nuove restrizioni all'indipendenza degli Stati.

I principi possono esser fonte anche di casi "inconsueti"¹⁸: con questo si intende casi che non sono stati regolati dalle consuetudini e che, di conseguenza, ancora non fanno parte dell'ordinamento internazionale¹⁹.

Si tratta, quindi, di fonti sussidiarie che rivestono, però, un ruolo molto importante, riuscendo a garantire un senso di giustizia del diritto internazionale²⁰, evitando di ottenere risultati che sarebbero sentiti come inaccettabili dalla comunità internazionale²¹.

Due, in particolare, sono le materie in cui questo risultato è stato più vistoso: negli investimenti internazionali e nel diritto internazionale penale. Per quanto riguarda gli investimenti internazionali, è da sottolineare il grande lavoro delle corti arbitrali internazionali, soprattutto quelle istituite in seno all'ICSID²², che hanno spesso utilizzato i principi di diritto internazionale per tutelare meglio i diritti degli investitori²³. Sul piano del diritto internazionale penale molte sono state le garanzie elaborate in giurisprudenza, con un forte contributo della CEDU²⁴, tutte ricomprese nella categoria più ampia del giusto processo di cui meglio si parlerà in seguito²⁵.

Questa riflessione introduce un punto problematico della discussione sui principi generali di diritto internazionale, cioè quello della loro autonomia rispetto alle consuetudini. Se si prendono, ad esempio, principi come quello di legalità o del divieto di genocidio, che costituiscono certamente norme di diritto consuetudinario, più precisamente *ius cogens*, è possibile dire che essi nascano come principi ma nel tempo si siano trasformati in consuetudine²⁶. Ciò può portare anche a casi in cui la distinzione tra consuetudine e principi sfumi al punto tale che essi vengono confusi o considerati come un tutt'uno²⁷. Per far sì che un principio possa divenire consuetudine, va riscontrata la sussistenza, in ogni caso, della "*diuturnitas*" e dell'*opinio iuris*" da parte della comunità internazionale. Con ciò si intende che, nella sostanza, vi debba essere una volontà comune a livello

¹⁸ Cfr. Gradoni op. cit. nota 13

¹⁹ Id. nota 18 pag. 710 L'autore parla, appunto, di consuetudini ancora non "iscritte" nell'ordinamento internazionale.

²⁰ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

²¹ Cfr. Kelsen op. cit. nota 11 pag. 305

²² International Centre for Settlement of Investment Disputes: è un'organizzazione internazionale che si occupa della risoluzione in materia di investimenti nata a seguito dell'accordo di Washington del 1965

²³ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID sentenza 2011

²⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo istituita nel 1959 a seguito della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo firmata a Roma nel 1950

²⁵ *Infra* par 5

²⁶ Come notano P. Palchetti e B. Bonafè: *Relying on general principles in international law* in C. Brolmann e Y. Radi: *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* Elgar, 2016, Cheltenham pag. 162

²⁷ Accadde nel 1986 quando la CIG nella sentenza "*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*" *Nicaragua v. United States of America*, nella quale la Corte dell'Aja, riferendosi al divieto di uso della forza lo definì come "*customary international law of the principle of the prohibition of the use of force*" par. 190

internazionale di dare applicazione a quella determinata norma, riconosciuta come valida e sentita come obbligatoria²⁸.

Per quanto riguarda l'origine dei principi internazionali, essi possono formarsi sia a livello internazionale che a livello interno.

I principi generali che nascono a partire da principi fondamentali di diritto interno sono anche chiamati “*foro domestico*”, distinguendosi da quelli formati a livello internazionale, definiti come, per l'appunto, “*international*”²⁹.

La categoria dei principi *foro domestico*, che apparrebbe contraddittoria, è stata avallata anche dalla dottrina³⁰, che ha sostenuto come i principi degli ordinamenti interni, nel caso in cui la loro validità sia riconosciuta a livello internazionale, possano diventare vincolanti anche per l'ordinamento internazionale³¹.

C'è ora da chiarire un importante aspetto a livello teorico per quanto riguarda i diritti: la distinzione tra questi e le regole.

Questo aspetto è molto dibattuto in dottrina e giurisprudenza ed ha creato anche contrasti, come nel caso delle immunità giurisdizionali degli organi degli Stati tra Germania e Italia³², su cui si tornerà più in là nel lavoro. Il caposcuola della distinzione è Ronald Dworkin, che individua una dicotomia categorica tra le due figure, ponendo da una parte le regole e, dall'altra i principi, identificati come un insieme di “*standards*” diversi dalle regole³³. La differenza tra le due è di tipo logico: le regole, secondo una celebre formula, sono “*all or nothing*”³⁴, essendo complete nel testo normativo, mentre i principi, per loro natura, sono incompleti e richiedono di essere completati e specificati meglio da eccezioni e altre norme³⁵. Inoltre, un altro elemento di differenziazione sta nella diversa reazione che regole e principi hanno in caso di contrasto tra loro: quando due regole sono in conflitto, non si guarda all'elemento qualitativo, ossia non rileverà quale tra le due norme sia più giusta o meno, ma ci si concentrerà su quale sia la norma da applicare nel caso, essendo solo una quella valida nella fattispecie concreta³⁶. Nel caso dei principi, invece, sarà necessario trovare un bilanciamento tra due

²⁸ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

²⁹ Terminologia e distinzione sostenute da Palchetti e Bonafè op. cit. nota 26 pag. 163

³⁰ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

³¹ F.M. Palombino: *Duelling for supremacy international law vs. national fundamental principles* Cambridge 2019 pag. 3

³² In particolare, il contrasto si è avuto tra la Corte Internazionale di Giustizia con la sentenza del 2012 “*jurisdictional immunities of state* (Germany vs. Italy) e la Corte costituzionale italiana con la sentenza 238/2014

³³ R. Dworkin: *I diritti presi sul serio*. Il Mulino, 1982, Bologna pag. 90-102 Sulla definizione di principi come “*standards*” concorda S. R. Perry: *Two models of legal principles* Faculty Scholarship at Penn Law. 1152. 1997 pag. 787

³⁴ Id. Dworkin nota 33 pag. 90-102

³⁵ Id. nota 34 pag. 90-102

³⁶ Id. nota 34 pag. 90-102

interessi contrastanti³⁷, non essendo possibili altri metodi di risoluzione delle antinomie³⁸. Per questa loro natura ampia e fondata sulla ricerca di valori³⁹, talvolta, i principi vengono definiti come fondamentali, nel senso che sono posti a fondamento di altre norme o anche a tutela dell'intero ordinamento.⁴⁰ In base a questo si dice che i principi possano essere fondamento di regole e non viceversa⁴¹. Questi appena elencati, sono i caratteri della cosiddetta distinzione “forte”⁴² tra regole e principi.

La distinzione “debole”⁴³ si basa, invece, sulla premessa che principi e regole siano da un punto di vista logico-qualitativo simili, differendo, tuttavia, da un punto di vista quantitativo⁴⁴: le proprietà di queste sono le stesse, ma la misura con cui vengono applicate cambia. Difatti, chi si oppone alla distinzione “forte” sottolinea come, in realtà, anche le regole possano interagire tra loro ed essere utilizzate in maniera meno statica di quanto affermato dai sostenitori della distinzione forte⁴⁵. Davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti, si è avuto un caso che ha messo in luce questa possibilità applicativa. Il caso è *Standard Oil vs. Usa* del 1911, nel quale la Corte Suprema americana ha interpretato una regola⁴⁶ non in maniera statica, ma mantenendo in considerazione i principi di diritto che, a suo dire, non possono essere ignorati in nessun caso⁴⁷.

Fatte queste considerazioni, è necessaria una premessa metodologica: I principi all'interno di questo lavoro saranno esaminati in maniera molto ampia: verranno analizzati trattati, consuetudini, *ius cogens*. In un secondo momento, saranno osservate le risposte dei vari ordinamenti a questi, nella forma dalla giurisprudenza delle Corti Supreme nazionali.

Paragrafo 2

Il ruolo delle Corti Supreme

Il ruolo delle Corti Supreme nel diritto internazionale è decisamente importante per numerose ragioni.

³⁷ Id. nota 34 pag. 90-102

³⁸ Come spiega G. Pino: *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*. 2011 al sito <http://www1.unipa.it/gpino/Pino,%20I%20principi%20tra%20teoria%20della%20norma.pdf> par.

³⁹ Cfr Dworkin op. cit. nota 33 pag. 90-102

⁴⁰ Cfr. Pino op. cit. nota 38 par. 2.1

⁴¹ Cfr. Perry op. cit. nota 33 pag. 796

⁴² Cfr Pino op. cit. nota 38 par. 2.2.1

⁴³ Id nota 42 par. 2.2

⁴⁴ Id nota 42 par. 2.2

⁴⁵ Come J. Raz: *Professor Dworkin's theory of rights* in *Political Studies* 1978 26 (1) 123-137

⁴⁶ La regola in questione stabiliva che tutti i contratti che restringessero il mercato dovessero essere considerati come illegittimi. *Anti-trust act 1890*

⁴⁷ *Standard oil. vs USA Supreme Court 1911*

Il diritto internazionale, per sua natura, è un diritto “decentralizzato”⁴⁸, per cui, la posizione delle corti è divenuta sempre più preminente nel corso degli ultimi anni. Una causa di questo è stato l’avvento della globalizzazione che ha creato nuove sfide a livello mondiale⁴⁹, come il diritto ambientale, la tutela dei diritti umani, il diritto commerciale internazionale⁵⁰, che richiedono al diritto internazionale ed al diritto interno di adeguarsi rapidamente per non essere colti impreparati. A dimostrazione di ciò, in tutti questi settori sono state create organizzazioni a livello globale, come l’OMC⁵¹ per il commercio internazionale, coadiuvate da organizzazioni di carattere regionale, dalla Corte EDU per i diritti umani, all’Unione Europea in materia commerciale (e non solo) e così via... Presupposto necessario imposto agli Stati per entrare a far parte di queste organizzazioni, è l’assunzione di obblighi con le stesse, al fine di conseguire obiettivi comuni. Uno strumento con il quale si ottiene ciò sono le “*inward looking norms*”, ossia norme con le quali gli Stati si obbligano a raggiungere certi risultati o a tenere certi comportamenti⁵². Questo tipo di norme, il cui archetipo è costituito da quelle per la tutela dei diritti umani⁵³, costituiscono un mezzo importante per le Corti interne, specialmente quelle Supreme, di controllo dell’attività dei Governi, che costituisce una delle loro funzioni più rilevanti⁵⁴. Queste norme, infatti, divengono parametro per verificare la conformità degli ordinamenti con gli obblighi assunti dagli Stati, al momento della ratifica di accordi internazionali⁵⁵.

Ma il controllo dell’attività degli esecutivi non ha solo questa connotazione dall’alto, infatti esso può partire anche dal basso, ovvero dai ricorsi presentati dagli individui. Sono loro ad essere titolari di diritti in base alle “*inward looking norms*” e quindi sono loro che “sfidano”⁵⁶ i Governi nel caso i cui essi vengano meno alle proprie obbligazioni.

Nel diritto dell’Unione Europea, per esempio, tale prassi ha, oramai, una lunga tradizione, inaugurata dalla sentenza “*Van Gend e Loos*”⁵⁷. Con tale sentenza, la Corte del Lussemburgo affermò il concetto

⁴⁸ A. Tzanakopoulos: *Domestic courts in international law: the international judicial function of National Courts The International Judicial Function of National Courts* 2011 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 34, pp. 133-168, 2011 pag. 150

⁴⁹ Cfr. Del Vecchio op. cit. nota 1 pag. 14

⁵⁰ Sull’elencazione concordano D. L. Sloss: *International law in Domestic courts in Handbook on the Politics of International Law (Wayne Sandholtz & Christopher A. Whytock, eds., 2015). Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 20-15* par. 1 e Cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 139

⁵¹ Organizzazione Mondiale del Commercio istituita nel 1995 a seguito della firma dell’Accordo di Marrakesh del 1994

⁵² Cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 138

⁵³ Secondo la visione di M. Apostolaki e A. Tzanakopoulos: *Greece* pag. 111 in Palombino op. cit. nota 31

⁵⁴ Nel senso di Lord Bingham: *The rule of law* 66 CAMBRIDGE L.J. 67, 78 2007 citato da Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 140 nota 33

⁵⁵ Come enunciato dalla sentenza della Corte Costituzionale italiana n. 349 del 2007 par. 6.1

⁵⁶ Termine di A. Tzanakopoulos: *Mapping the engagement of Domestic Courts with international law* final report of the Johannesburg conference (2016) oh the international law association on principles on the engagement of domestic courts with international law pag. 6 par. 13

⁵⁷ Sentenza 26/62 Corte di Giustizia dell’Unione Europea

della applicabilità diretta delle norme dell'allora Comunità Europea negli ordinamenti degli Stati membri⁵⁸. Per diretta applicabilità delle norme europee si intende che le norme europee, come quella sul divieto di imporre dazi doganali, sono utilizzabili dai giudici interni e garantiscono diritti agli individui anche nel caso in cui esse non siano state oggetto di un'apposita legislazione nazionale⁵⁹.

In base a questo principio, le corti possono fornire tutela a coloro che si sono visti negare la tutela dei propri diritti a causa di un'attività non consentita da parte del proprio Stato. Quando una corte agisce secondo questo schema, si dice che assume la funzione di "*law enforcement*"⁶⁰, cioè stabilizzano e danno esecuzione a principi di diritto internazionale che, in questa maniera, informano e completano i sistemi giuridici interni. Alla base di questo processo vi è, generalmente, un atto di matrice internazionale che sia una sentenza o un trattato, che dia "pubblicità"⁶¹ a quel principio, che così potrà essere utilizzato in sede giurisprudenziale. Ma questa non è l'unica funzione che le corti possono assumere, infatti, esse possono svolgere il delicato compito di "*law development*"⁶², ossia, di sviluppo del diritto internazionale.

Questo aspetto merita un'analisi più approfondita. Quando una corte nazionale, Suprema in particolare, richiama il diritto internazionale nella propria giurisprudenza, contribuisce allo sviluppo di esso, attraverso un'interpretazione innovativa, ad esempio, oppure semplicemente rilevando la costituzione di una norma consuetudinaria.

Nella sostanza, coopera a definire i margini di azione del diritto internazionale ed il suo contenuto. In dottrina è pacifica l'affermazione che le Corti interne e, di conseguenza, quelle Supreme, partecipino alla formazione del diritto internazionale consuetudinario⁶³, tuttavia, ciò, non sempre è frutto di un procedimento armonioso: può capitare, infatti, che le Corti Supreme non si allineino alla ricostruzione del diritto consuetudinario internazionale, opponendo una diversa formulazione della consuetudine.

Il caso più importante al riguardo è, senza dubbio, la sentenza della Corte Costituzionale italiana, la 238 del 2014 che, nel negare l'immunità allo stato tedesco per gli atti criminosi compiuti dai propri agenti durante l'occupazione nazista nel territorio italiano, afferma che ciò possa esser giustificato in un'ottica di evoluzione del diritto internazionale⁶⁴. Ciò che la Consulta intende, è che la ricostruzione che, fino a quel momento, il diritto internazionale aveva elaborato dell'immunità giurisdizionale degli

⁵⁸ Id. *Van Gend* pag. 24

⁵⁹ Id. nota 58

⁶⁰ Come notano Sloss op cit. nota 50 par. 2 e Tzanakopoulos: op cit. nota 48 pag. 134

⁶¹ Così L. Crema: *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto* Giuffrè, Milano, 2017

⁶² Cfr. Sloss op. cit. nota 50 par. 2 e cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 134

⁶³ Id Sloss nota 62 e cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 155

⁶⁴ Sentenza 238/2014 delle Corte Costituzionale italiana par. 3.3

Stati non era più adatta alla tutela dei diritti umani delle vittime di quelle azioni⁶⁵ e, dunque, la Corte propose una nuova lettura del principio delle immunità⁶⁶.

Non è un caso isolato, infatti, in passato, le corti belga e, in particolare, quelle italiane⁶⁷, avevano contribuito all'evoluzione del diritto consuetudinario internazionale, enucleando la differenza tra atti "*iure gestionis*" e "*iure imperii*", al fine di delineare la portata delle immunità degli Stati e delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione. In questi casi la domanda che ci si deve porre è sempre quella se le corti in questa loro azione stiano violando il diritto internazionale o lo stiano, effettivamente, facendo evolvere⁶⁸.

Una linea generale in materia non è possibile darla, pertanto si dovrà valutare caso per caso quali effetti siano scaturiti dalle singole decisioni. La creazione del diritto da parte delle corti non si ferma a queste fattispecie. Come ricordato in precedenza⁶⁹, talvolta, le corti si rifanno ai principi fondamentali di diritto interno che, per il loro contenuto, riflettono quella che è una norma consuetudinaria internazionale.

La teoria e la prassi sul punto richiede un'analisi più approfondita, essendo questo un punto problematico che può portare anche a differenze di vedute tra le corti. Più precisamente, sono situazioni che coinvolgono, da una parte una corte sovranazionale e, dall'altra, una Corte Suprema interna e le due possono dissentire o concordare sull'applicazione di determinate norme alla luce della luce dei principi fondamentali. Quando le Corti concordano, si crea "sinergia"⁷⁰ a livello internazionale, ossia la norma internazionale si sviluppa in maniera armonica sul piano internazionale ed a livello interno; quando, invece, ciò non accade, la formazione delle norme vive una fase di disarmonia, provocando interpretazioni difformi della medesima norma⁷¹. Quando vi è un contrasto nella giurisprudenza nazionale e internazionale vi è, generalmente, una reazione a livello interno, ma la tematica verrà approfondita più avanti⁷².

Prima di soffermarsi sulla prassi è necessario inquadrare attentamente la natura delle norme di cui si sta trattando: ci si chiede, in sostanza, quando, un principio costituzionale, diviene norma internazionale, o viene applicato come tale?

⁶⁵ Di ciò si parlerà diffusamente nei capitoli successivi

⁶⁶ Vedi infra cap. III par. 5

⁶⁷ Cass Civile Sez. Unite 3368/1972

⁶⁸ Cfr. Sloss op. cit. nota 50 par. 2 e Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 163

⁶⁹ Supra: Introduzione

⁷⁰ Come spiega A. Nollkaemper: *Rethinking the supremacy of international law* 2010 al sito <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00708-010-0044-4.pdf> pag. 76

⁷¹ Id nota 71

⁷² Infra par. 3

In dottrina principi di questo tipo sono definiti “*consubstantial*”⁷³, ossia principi che esistono sia a livello internazionale, che a livello nazionale⁷⁴ e tutelano interessi comuni in situazioni simili tra loro. Principi di questo tipo sono da considerarsi il principio di legalità o il diritto ad un giusto processo, che sono riconosciuti dalla generalità degli ordinamenti, non solo sul piano interno, ma anche su scala internazionale, essendo codificati nella CEDU⁷⁵ e nel diritto dell’UE⁷⁶, per esempio. I principi di diritto penale *tout court* potrebbero, astrattamente, rientrare in questa categoria, fintanto che via consenso generalizzato sul loro utilizzo e la loro validità sia a livello internazionale che a livello nazionale. Ciò è confermato dallo statuto della Corte Internazionale Penale che, alla lettera c del già menzionato articolo 21, apre alla possibilità che “*general principles of law derived by the Court from national laws of legal systems of the world including, as appropriate, the national laws of States that would normally exercise jurisdiction over the crime*”⁷⁷ siano utilizzati come fonte del diritto, in via sussidiaria rispetto alle fonti internazionali.

Un’altra fonte importante al riguardo è la Carta Africana dei diritti dell’Uomo e dei Popoli che, all’articolo 61, afferma: “*The Commission shall also take into consideration, as subsidiary measures to determine the principles of law,(...) rules expressly recognised by Member States of the Organisation of African Unity, African practices consistent with international norms on Human and Peoples’ Rights,(...) general principles of law recognised by African States (...)*”⁷⁸, a dimostrazione della grande rilevanza che i principi generali di diritto interno possono avere a livello internazionale e sovranazionale.

La casistica è molto abbondante e fa emergere come questi principi operino sui due piani, nazionale ed internazionale, in maniera funzionale alla tutela degli individui.

Un caso è quello delle sentenze “*Kadi*”⁷⁹, pronunciate dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Questa volta è la corte sovranazionale che si appropria dei principi riconosciuti dagli Stati Membri per supportare le proprie decisioni.

La fattispecie concreta riguarda il congelamento dei beni, imposto dal Consiglio di Sicurezza, per i soggetti sospettati di terrorismo, nel caso di specie, sospettati di appartenere ad Al-Qaeda⁸⁰. La problematica sollevata da tale decisione del Consiglio di Sicurezza è che, ai soggetti sottoposti a tali misure restrittive, non fu mai concesso di potersi difendere o di far valere le proprie ragioni davanti

⁷³ Cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 56 pag. 22-25

⁷⁴ Id nota 73 pag. 26 par. 65

⁷⁵ All’articolo 7 è contenuto il principio di legalità, mentre all’articolo 6 è formulato il diritto all’equo processo

⁷⁶ All’articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’UE si colloca il principio di legalità, mentre il diritto al giusto processo è formulato in più disposizioni, di preciso agli articoli 47, 48 e 50

⁷⁷ Statuto Corte penale internazionale art. 21 let. c

⁷⁸ Art 61 African Charter on Human and Peoples' Rights

⁷⁹ C-402/05 P and C-415/05 P (Kadi 1) e cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P (Kadi 2)

⁸⁰ Come spiega K. Lenaerts: *The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU*, 67 SMU L. Rev. 707 2014 <https://scholar.smu.edu/smulr/vol67/iss4/4> pag. 708.

ad un organo giurisdizionale. I ricorrenti, pertanto, contestarono la violazione dei propri diritti di accesso al giudice, oltre che la violazione illegittima dei loro diritti di proprietà⁸¹. La prima Corte a conoscere la fattispecie fu la Corte di prima istanza dell'Unione, che, tuttavia, rigettò le richieste dei ricorrenti. La Corte argomentò tale decisione sulla base, da una parte, della vincolatività delle obbligazioni derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, in base alle norme dei Trattati UE⁸² e, dall'altro lato, in forza della natura cogente di tali obbligazioni⁸³. Pertanto, non furono riscontrate violazioni dei diritti dei ricorrenti, dato che tali restrizioni furono giudicate giustificate⁸⁴ e non arbitrarie⁸⁵.

Tale lettura, tuttavia, fu ribaltata in appello dalla Corte di Giustizia. La Corte affermò come le fonti delle Nazioni Unite andassero sempre bilanciate con i principi fondamentali dell'ordinamento europeo⁸⁶, che non possono essere, per nessun motivo, pregiudicati⁸⁷. Nel caso di specie, secondo la Corte, congelare i beni dei ricorrenti, senza che essi fossero prima informati⁸⁸, annulla i diritti di difesa dei soggetti⁸⁹, in maniera non conforme ai valori e principi fondamentali dell'Unione.

La Corte affermò di trarre ispirazione, per dire questo, anche dalle tradizioni costituzionali dei paesi membri⁹⁰. Ciò aiuta a sostenere come i principi fondamentali funzionino in via binaria. Si può intravedere che le norme internazionali non abbiano un ingresso automatico nell'ordinamento europeo, ma che vi sia il limite invalicabile dei principi fondamentali ad esso⁹¹, la Corte, nella sostanza, elaborò una sorta di controlimiti europei⁹², materia di cui si discuterà più avanti⁹³.

Che tali garanzie siano state sviluppate in maniera completa a livello interno, dalla giurisprudenza dei paesi dell'Unione, lo testimonia la sentenza “*Ahmed*”⁹⁴ della *House of Lords*. La fattispecie è simile, ossia il congelamento di beni in base ad una risoluzione del Consiglio di Sicurezza. La Corte afferma, per il tramite di Lord Hope, che queste sanzioni violano il principio di accesso alla giustizia dei ricorrenti, che costituisce uno dei cardini su cui si regge la democrazia inglese⁹⁵.

Tale giurisprudenza sulla materia delle sanzioni del Consiglio di Sicurezza è, ormai, consolidata, come conferma la sentenza *Kadi 2*, che ripete quanto già detto in *Kadi 1*.

⁸¹ Case T-315/01 par. 49 e 50.

⁸² Id par. 193

⁸³ Id par. 226

⁸⁴ Id par. 268

⁸⁵ Id par. 243

⁸⁶ Cfr. *Kadi 1* nota 79 par. 330

⁸⁷ Id par. 285

⁸⁸ Id par. 336

⁸⁹ Id par. 334

⁹⁰ Cfr. *Kadi 1* nota 79 par. 283

⁹¹ Cfr. Lenaerts op. cit. nota 80 pag. 721

⁹² Id pag. 721

⁹³ Vedi infra par. 3

⁹⁴ House of Lords 2010: “*Her Majesty’s Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others*”

⁹⁵ Id nota 94 par. 45

Il ruolo delle Corti Supreme è centrale, in ragione di quanto detto, tanto a presidio degli ordinamenti interni, quanto nel contributo dato nel migliorare e arricchire il diritto internazionale.

Le corti interne, anche da un punto di vista più pratico, costituiscono un punto necessario di elaborazione del diritto internazionale in funzione della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni⁹⁶. Questa regola, elaborata dalla CIG nel caso “*Elettronica Sicula*”⁹⁷, impone agli individui l’obbligo di ricorrere, in via preliminare, agli organi giurisdizionali interni, prima di poter far valere i propri diritti davanti agli organi internazionali. Sulla scorta di questo pronunciamento, le corti interne sono le prime ad affrontare le questioni di diritto internazionale, facendo emergere, così, la centralità del loro ruolo. Anche alle Corti Supreme, più specificamente, sono assegnate funzioni importanti nel diritto internazionale. Esse, nelle organizzazioni di integrazione economica a carattere generale, come l’UE⁹⁸ o la Comunità Andina⁹⁹, hanno l’obbligo di rinviare in via pregiudiziale la causa alle corti sovranazionali, in caso di dubbio sull’interpretazione di una norma comunitaria, con lo scopo di salvaguardare l’uniformità e la correttezza dell’interpretazione e dell’applicazione del diritto in queste aree.

Un ruolo importante viene svolto anche da un punto di vista più attivo: esse, infatti, correggono il lavoro delle corti inferiori, se necessario, garantendo, così, una più corretta applicazione del diritto internazionale. La prassi in materia è vasta, ma, in questa sede, si può fare l’esempio di un caso riguardante il diritto dei minori ad essere ascoltati in caso di separazione o divorzio dei genitori. In quel caso, le Sezioni Unite civili stabilirono che la mancata audizione dei bambini, da parte dei giudici della Corte d’Appello, fosse da considerarsi come un atto in violazione del diritto internazionale¹⁰⁰ ratificato dall’Italia¹⁰¹.

C’è da rilevare come in dottrina si discuta della possibile natura politica¹⁰² delle Corti supreme. Questa tesi sembra avvalorata da alcune decisioni, che suggerirebbero questa tendenza assunta da parte degli organi supremi.

Al riguardo è da segnalare la sentenza 668/2012 del Consiglio di Stato greco, che, in considerazione della delicatezza della questione, era riunito in Assemblea Plenaria. Tale provvedimento arrivò in un

⁹⁶ Cfr. Tzanakopoulos op. cit. nota 48 pag. 152

⁹⁷ CIG: *Case concerning elettronica sicula SPA USA vs. Italy* 1989 par. 50

⁹⁸ Unione Europea, che cambia la denominazione della Comunità Europea a partire dalla firma del Trattato di Lisbona del 2007, entrato in vigore nel 2009. La regola dell’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, in capo dalle Corti Supreme dei paesi membri, si trova all’articolo 267 del TFUE

⁹⁹ Organizzazione economica regionale nell’area sudamericana istituita a seguito della firma del Trattato di Cartagena del 1969. La norma sull’obbligatorietà del rinvio pregiudiziale, in capo alle Corti Supreme dei paesi membri, viene derivata in via giurisprudenziale dall’articolo 23 del Trattato istitutivo della comunità andina, firmato nel 1978.

¹⁰⁰ Cass. Civile Sez. Unite sentenza 22238/2009 par. 4.2

¹⁰¹ Convenzione sui diritti del fanciullo di New York del 1991, Convenzione di Strasburgo 1996.

¹⁰² R. A. Dahl: *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker* Role of the Supreme Court Symposium, No. 1 journal of public law 1957 concernente la Supreme Court degli Stati Uniti

periodo di grave crisi finanziaria per la Grecia, con la conseguente assunzione di obblighi molto onerosi per la propria popolazione. In questa situazione, la Corte Suprema amministrativa si trovò di fronte alla situazione di dover valutare la legittimità degli accordi sottoscritti dal Governo greco con il Fondo monetario internazionale e l'Unione europea, in relazione alla lesione dei diritti sociali dei cittadini ellenici, colpiti in maniera durissima dalle disposizioni dei trattati stessi. La Corte affermò che il taglio dei salari, come le altre misure, rappresentassero misure di interesse collettivo nell'ambito di un più ampio disegno, teso a ridurre la spesa pubblica¹⁰³. Sulla scorta di questa interpretazione gli accordi internazionali furono salvati e, quindi, non dichiarati illegittimi a livello costituzionale.

Decisioni di questo tipo dimostrano come le Corti Supreme abbiano anche un potere di indirizzamento della politica nazionale in funzione, nel caso di specie, del risanamento dei conti pubblici e nella collaborazione con l'Unione Europea, nel perseguimento di un fine considerato decisivo, o di grande interesse, in base al diritto costituzionale interno e al diritto internazionale.

In conclusione della trattazione del ruolo delle Corti Supreme c'è da accennare al fatto che, come verrà discusso ampiamente nei paragrafi successivi, queste riflessioni di carattere generale dovranno essere meglio precisate analizzando, in maniera più specifica e particolareggiata, il comportamento delle varie corti alla luce dei loro sistemi costituzionali, in particolare per quanto riguarda il tema del valore da un punto di vista della gerarchia delle fonti del diritto internazionale in relazione al diritto interno e dell'adattamento del diritto interno al diritto internazionale.

Paragrafo 3

Il bilanciamento

Il bilanciamento è un metodo di risoluzione delle antinomie e, come già si accennava¹⁰⁴, costituisce la sintesi degli elementi al centro di questo elaborato: da una parte si trovano i principi internazionali, dall'altra la giurisprudenza delle Corti Supreme che devono bilanciare, per l'appunto, questi principi con i principi fondamentali dell'ordinamento interno. In questa sede quindi si affronterà il bilanciamento, ipotizzando che il principio internazionale, attraverso una qualunque delle fonti del diritto internazionale, sia già entrato a far parte dell'ordinamento nazionale. Un esempio può essere una sentenza della CEDU che, prima di essere incorporata nell'ordinamento italiano, anche ai fini del

¹⁰³ Consiglio di Stato in Assemblea Plenaria sentenza 668/2012 e cfr. Apostolaki e Tzanakopoulos op. cit. nota 53 pag. 124

¹⁰⁴ Vedi Supra Introduzione

bilanciamento, deve essere preliminarmente ritenuta conforme ad esso¹⁰⁵. Il procedimento con cui questo ingresso avviene, chiamato “adattamento”, sarà poi oggetto di più approfondita analisi nel corso dei paragrafi successivi¹⁰⁶

La situazione che si presenta all’interprete è quella di un principio internazionale che fa parte dell’ordinamento interno e che, però, in qualche modo, si pone in contrasto con un principio fondamentale dell’ordinamento, o lo limita in qualche suo aspetto, con la presenza diversi soggetti interessati, che presentano situazioni che, ragionevolmente, potrebbero essere tutelate da questo o quel principio. Come sarà presa la scelta dall’interprete? Su che basi? La risposta a questi interrogativi non è semplice. La base di partenza è offerta dalle regole interne sul bilanciamento, quelle italiane, per osservare gli elementi costitutivi di questo metodo di risoluzione delle antinomie.

In Italia il bilanciamento ha come base il “metapprincipio” della tolleranza tra i principi che si articola in due parti: un principio non deve essere tutelato fino a escludere totalmente un altro, e va ricercata la coesistenza tra principi per quanto possibile¹⁰⁷. Il primo elemento esaminato costituisce il fondamento per una delle due componenti da tenere in considerazione nel momento in cui ci si accinge ad operare un bilanciamento, la proporzionalità; l’altro elemento è quello della ragionevolezza.

Per proporzionalità del bilanciamento si intende che la compressione del diritto, “il costo”, del bilanciamento non debba essere eccessivo¹⁰⁸. Ciò significa che un principio, in ossequio al metapprincipio di cui sopra, non possa essere del tutto eliminato a seguito di un giudizio di bilanciamento, ma solo limitato¹⁰⁹. Di questo avviso è anche la Corte Costituzionale che ha affermato che l’esercizio di un diritto non debba essere reso “*difficile o impossibile*”¹¹⁰ anche a fronte di altri interessi in gioco che possano collidere con esso.

L’altra componente da analizzare è quella della ragionevolezza: un bilanciamento tra principi è ragionevole quando la limitazione di un principio è congrua, ossia non eccessiva, all’ottenimento risultato, che nel caso del bilanciamento è il raggiungimento di un equilibrio tra più interessi contrapposti.¹¹¹ Questo obiettivo è raggiunto attraverso il giudizio di ragionevolezza che consiste, in estrema sintesi, in un confronto tra la limitazione del principio ed un *tertium comparationis*, in cui

¹⁰⁵ Come spiega C. Padula: *La Corte Costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’articolo 117, co.1, Cost.* Federalismi.it rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo pag. 31

¹⁰⁶ *Infra* par. 5 e 6

¹⁰⁷ Osservano M. Fierro, R. Nevola, D. Diaco: *I diritti fondamentali nell’ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali* servizio studi Corte Costituzionale Siviglia 2017 pag. 15

¹⁰⁸ Nel senso di R. Bin, G. Pitruzzella: *Diritto Costituzionale* Giappichelli, Torino, 2014 pag. 541-545

¹⁰⁹ Nota G. Pino: *Il costituzionalismo dei diritti* il Mulino, Bologna, 2017 pag. 157-163

¹¹⁰ Corte Costituzionale italiana sentenza 67/90 par. 4

¹¹¹ Cfr. Fierro, Nevola, Diaco *op. cit.* nota 107 pag. 15

si valuterà se la restrizione del diritto sia congrua e giustifica, guardando a un altro esempio di restringimento del principio offerto dalla legge.

Si è detto in precedenza che il bilanciamento che le Corti Supreme operano è tra i principi internazionali e i principi fondamentali degli ordinamenti interni. Mentre i primi sono già stati definiti¹¹², merita dei chiarimenti il significato di principio fondamentale. In linea teorica un principio fondamentale è un principio più importante rispetto agli altri, avrebbe un carattere di “intoccabilità”¹¹³. Altre volte un principio fondamentale, al contrario, potrebbe non avere bisogno di ciò, avendo già in sé chiarezza¹¹⁴ e quindi si parla di una norma immediatamente precettiva, come l’articolo 36 della Costituzione italiana. L’articolo in questione, al comma 1¹¹⁵, stabilisce una serie di garanzie per i lavoratori espressi in maniera chiara e completa, al punto che un giudice possa applicare tale norma anche senza che vi sia un intervento legislativo a completare la disciplina, già in sé completa.

Un’altra caratteristica peculiare dei principi fondamentali è che proteggono gli individui in maniera più forte rispetto agli altri principi: essi, infatti, proteggono gli individui nella propria sfera personale dalle possibili ingerenze dello Stato e, allo stesso tempo, permettono il godimento dei diritti e delle libertà a tutta la comunità, sia limitando i diritti dei consociati a protezione degli altri, sia garantendo una tutela minima non eliminabile dalle pretese o interessi altrui¹¹⁶.

Vi è da dire che comunque queste sono norme che interagiscono con le altre, dovendo, anch’esse, essere sottoposte ad un bilanciamento.

Riguardo il contenuto di questi principi, esso non è facile da individuare con certezza. La Corte Costituzionale italiana viene in soccorso su questa problematica. Essa, infatti, non solo ha introdotto¹¹⁷ nell’ordinamento costituzionale la nozione di principi supremi, equivalente a quella di fondamentali, ma ne ha anche definito il margine di azione e la loro funzione al momento dell’ingresso del diritto internazionale nel diritto italiano. La Corte si è espressa affermando che i principi supremi “*non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale*”¹¹⁸, confermando quel carattere di intoccabilità già menzionato, che non può esser scalfito nemmeno da una legge di revisione costituzionale.

¹¹² Supra par 1

¹¹³ Cfr. Bin, Pitruzzella op. cit. nota 108 pag. 541-545

¹¹⁴ Cfr. Pino op. cit. nota 38 in cui l’autore parla di “autoevidenza” par. 2.2.2.2

¹¹⁵ *Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa* art. 36 co. 1 Costituzione italiana

¹¹⁶ Come puntualizza L. Zucca: *Constitutional dilemmas: Conflicts of fundamental legal rights in Europe and in the USA* Oxford: Oxford University Press, 2007 part. I par. 2

¹¹⁷ Cfr. Fierro, Nevola, Diaco op. cit. nota 107 pag. 7

¹¹⁸ Sentenza Corte Costituzionale italiana 1146/88 par. 2.1

Sull'operatività dei principi così formulati, la Corte afferma, in via generale, che essi costituiscono un limite all'ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento e, questo, riguarda le norme consuetudinarie e tutte le altre norme internazionali. Tali norme, attraverso i diversi procedimenti di adattamento, previsti nella Costituzione, possono entrare a far parte dell'ordinamento nazionale, tuttavia, la Corte ha precisato come tale ingresso sia limitato e regolato anche sulla base dei principi supremi, che, per le considerazioni fatte prima circa la loro natura, non consentono l'ingresso, nell'ordinamento interno, del diritto internazionale in contrasto con essi¹¹⁹. La Corte ha anche identificato fattispecie concrete di principi supremi, come le norme a tutela dei organi supremi dell'ordinamento, nell'ottica di permettere il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica¹²⁰.

Si inizia a intravedere come le problematiche del rapporto tra i principi fondamentali e quelli internazionali siano piuttosto diffuse, non solo per la Corte italiana, ma per tutte le Corti Supreme che devono garantire un giusto equilibrio. Le Corti Costituzionali di Stati come la Germania, per esempio, si trovano a dover bilanciare la tutela dei loro interessi fondamentali con le loro obbligazioni internazionali e il ruolo, più o meno importante, nello scacchiere politico internazionale da preservare¹²¹.

Quest'opera di bilanciamento può portare a vari risultati che possono essere distinti in due categorie: risultati positivi, ossia quando vi è una coincidenza tra principi internazionali e nazionali con conseguente applicazione di essi da parte della giurisprudenza. Ci possono essere, invece, risultati negativi, in cui si riscontra conflitto tra i principi, con la mancata applicazione di alcuni in favore degli altri. Tra i risultati positivi vi è l'"internazionalizzazione" dei principi fondamentali interni, di cui già si è trattato¹²². Un altro risultato positivo è l'interpretazione conforme (*consistent interpretation*). Essa consiste in una presunzione di conformità delle norme interne ai dettami del diritto internazionale, con la conseguenza che i giudici interni dovranno, in caso di conflitto, dare un'interpretazione che non contrasti con esso. Il valore di questa tecnica ermeneutica è discusso, ma sembrerebbe avere un carattere più di strumento interpretativo¹²³, piuttosto che costituire un mezzo avente carattere di obbligatorietà. Di questo avviso sono anche i giudici supremi come testimoniato dalla Corte Suprema Federale tedesca che descrive l'interpretazione conforme come mezzo "giustificato" di interpretazione della legge, da bilanciare, tuttavia, con i principi fondamentali

¹¹⁹ Sentenza Corte Costituzionale italiana 73/2001 par. 3.1

¹²⁰ Sentenza Corte Costituzionale italiana 1/2013 par. 8.1 e 8.2

¹²¹ Così scrive N. Petersen: *Germany* in Palombino op. cit. nota 31 pag. 89

¹²² *Supra* par 1

¹²³ Come sostiene R. Bin: *L'interpretazione conforme. Due o tre casi che so di lei* Rivista AIC n°: 1/2015 data pubblicazione: 09/01/2015 pag. 1-2

dell'ordinamento¹²⁴ e ne vieta l'utilizzo in caso di contrasto, dovendosi salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale in tal caso. Su questa linea ermeneutica si trova anche la Corte italiana che ripete, in sostanza, quanto detto dai giudici tedeschi¹²⁵.

In chiusura dei risultati positivi, va aggiunto tra essi l'istituto della disapplicazione, nato nel contesto dell'Unione Europea, di cui si discuterà in sede di adattamento di tale fonte negli ordinamenti interni¹²⁶

Passando all'analisi dei risultati negativi, sicuramente la reazione più nota e con maggiore eco è quella che nasce dalla teoria dei controlimiti. Questa teoria, di chiara matrice pretoria¹²⁷, vede Italia e Germania come ideatrici, ma, successivamente, si è diffusa a macchia d'olio, soprattutto tra i paesi che hanno sottoscritto la CEDU. Come già si è visto, inoltre, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha fatto propria tale dottrina¹²⁸.

La teoria è stata definita in maniera molto puntuale in dottrina e consiste nell'“*l'istituto mediante il quale le Corti costituzionali o supreme si riservano il potere di sindacare fonti e norme, solitamente provenienti da altri ordinamenti, che si pongono nel sistema nazionale sullo stesso livello delle fonti costituzionali.*”¹²⁹. Le Corti Supreme, nel fare ciò, utilizzano i principi fondamentali o supremi come ultimo baluardo per la difesa degli ordinamenti nazionali da ingerenze provenienti dall'esterno. I controlimiti sono originati da due motivazioni distinte: da una parte essi sono una risposta all'apertura dell'ordinamento a fonti internazionali¹³⁰, dall'altra parte sono un'espressione del principio di sovranità¹³¹, di ispirazione prettamente dualista.

Si è detto che l'origine di questa teoria, così come la successiva elaborazione, si deve alle Corti italiane e tedesche.

Iniziando dall'Italia, si discute in dottrina su quale sia il momento della sua prima applicazione: c'è chi sostiene che si trovi nella sentenza 183 del 1973¹³² che concerneva l'applicazione delle norme (allora) comunitarie, altri invece sostengono che sia stata la sentenza 48 del 1979¹³³, riguardo le immunità diplomatiche, il momento di inizio dell'applicazione di questa teoria in Italia. Esprimersi

¹²⁴ 2 BvR 1481/04 par. 32

¹²⁵ Corte Costituzionale italiana sentenza 49/2015 par. 6.1 e par. 7

¹²⁶ Infra par. 5 let. b

¹²⁷ Nota S. Risoli: *Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei “controlimiti”* Rivista telematica (www.statoe.chiese.it), n. 31 del 2017 pag. 2

¹²⁸ Vedi supra par. 2

¹²⁹ Cfr. Risoli op. cit. nota 127 pag. 1

¹³⁰ Id nota 129 pag. 3

¹³¹ Osserva A. Ruggeri: *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)* in forumcostituzionale.it pag. 1-3

¹³² Di quest'avviso è Y. Negishi: *The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control* European Journal of International Law, Volume 28, Issue 2, May 2017, Pages 457–481, <https://doi.org/10.1093/ejil/chx030> pag. 460

¹³³ Cfr. Risoli op. cit. nota 127 pag. 15

al riguardo è difficile e, soprattutto, non di grande utilità pratica, tutto considerato, essendo il messaggio mandato dalla Corte equivalente nella sostanza. Nelle due pronunce, infatti, si è affermato che le norme internazionali che si pongano in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento interno sono illegittime a livello costituzionale. Questa visione dei controlimiti definita "classica"¹³⁴ è stata rivista dalla Consulta nella famosa e già citata sentenza 238/2014. La differenza fondamentale che è presente tra queste pronunce si trova negli effetti che i controlimiti hanno sulle norme internazionali esaminate: se in precedenza si è fatto notare come a seguito dell'attivazione di un controlimite la norma internazionale confliggente sarebbe stata dichiarata costituzionalmente illegittima, con la 238 la Corte si avvale dell'istituto dell'inesistenza per risolvere la questione. Il giudizio di costituzionalità si chiuderà con il rigetto per infondatezza della questione e non con un accoglimento dell'ordinanza di rimessione da parte del giudice *a quo*. Il fondamento giuridico di questa conclusione sta nell'articolo 10 della Costituzione, in quanto, spiega la Corte, che questo articolo permette l'ingresso delle norme consuetudinarie nell'ordinamento italiano solo se queste sono considerate legittime e conformi ad esso, cosa che nel caso di specie non è possibile riscontrare, essendo queste norme confliggenti con l'articolo 24 e 2 della Costituzione¹³⁵. Questa motivazione comporta che l'articolo 10 non ha operato, in realtà, nessun rinvio alla norma consuetudinaria, che quindi non è mai entrata nell'ordinamento¹³⁶ ed è, pertanto, inesistente.

Per quanto riguarda la Germania, la teoria dei controlimiti si è sviluppata a partire dal 1974 con il cosiddetto caso "*Solange I*"¹³⁷ che si occupò, similmente alla sentenza italiana del 1973, dell'ingresso delle norme comunitarie nell'ordinamento tedesco.

La conclusione che la Corte Costituzionale raggiunse fu che il sistema di integrazione comunitaria, per come era strutturato al tempo, non garantisse la tutela dei diritti fondamentali, in maniera almeno paritaria, rispetto alla Costituzione tedesca¹³⁸ e, per questo motivo le norme comunitarie, in questa materia, non potevano essere considerate come vincolanti in Germania. La situazione mutò nel 1986 con il caso "*Solange II*"¹³⁹. Nel caso di specie, la Corte Suprema tedesca riscontrò come la tutela dei diritti umani, all'interno del sistema di integrazione comunitario, avesse raggiunto un livello tale di completezza e adeguatezza, da considerarsi come aderente ai canoni richiesti a livello interno e, pertanto, non fu ritenuto più necessario prevedere il controllo del *Bundesverfassungsgericht* sulla legislazione europea.¹⁴⁰

¹³⁴ Id nota 133 pag. 2

¹³⁵ Sentenza 238/2014 Corte Costituzionale italiana par. 3.5

¹³⁶ Id nota 135

¹³⁷ BVerfGE 37, 271

¹³⁸ Id 37,271 par. 285

¹³⁹ BVerfGE 73,339

¹⁴⁰ Id 73,339 par. 378 e 387

Come già si accennava, la teoria dei controlimiti ha riscosso grande successo, tanto che la dottrina¹⁴¹ già sosteneva la possibilità per gli ordinamenti nazionali di avere più libertà, al fine di regolare l'ingresso del diritto internazionale nei propri sistemi normativi ed, in questo, teorie come quella dei controlimiti, o la riserva *Solange*, sono uno strumento molto prezioso.

Interessante, sul punto, è il caso dell'Olanda, paese di forte impronta monista, che ha espresso posizioni critiche sull'assenza di istituti di questo tipo, che potessero aiutare ad evitare un'eccessiva ingerenza del diritto internazionale¹⁴². A conferma della grande rilevanza e prestigio che i controlimiti hanno acquisito a livello, soprattutto, europeo, va osservato come anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea accolga questa teoria¹⁴³, dimostrando di rispettare e di tutelare i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali perfino a fronte di obbligazioni di carattere sovranazionale. Da non sottovalutare il fatto che la questione di cui la Corte era stata investita nel caso di specie riguardava la riscossione dell'IVA¹⁴⁴, che come si sa è una delle maggiori forme di sostentamento dell'UE, da parte dell'Italia e, senza scendere nel dettaglio della fattispecie, è importante notare come la Corte di Giustizia abbia compreso che i principi fondamentali, quello di legalità in questo caso, debbano esser considerati prioritari rispetto ad altri interessi, seppur rilevanti, come il pagamento delle imposte¹⁴⁵. In ragione di ciò va apprezzato lo sforzo della Corte del Lussemburgo che con grande coraggio e sensibilità ha posto i diritti fondamentali degli individui davanti alle entrate dell'UE.

Paragrafo 4

Monismo e dualismo (pluralismo)

La distinzione tra la teoria monista e dualista nasce dalla dottrina internazionalistica per spiegare il rapporto tra il diritto internazionale e il diritto interno nei singoli paesi. Più in dettaglio, le due tesi contrapposte cercano di individuare quali siano i rapporti di forza tra questi differenti set normativi, se uno prevalga sull'altro e costituisca pertanto la base teorica (con le problematiche di cui, poi, si darà conto) per i metodi di adattamento del diritto internazionale al diritto interno.

¹⁴¹Ad esempio, A. von Bogdandy: *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law* International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Issue 3-4, July-October 2008, Pages 397–413, <https://doi.org/10.1093/icon/mon015> pag. 398

¹⁴²Come spiegano A. Nollkaemper e R. van Alebeek: *Netherlands* in Palombino: op. cit. nota 31 pag. 256-257

¹⁴³Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17 e supra par. 2 sulla saga *Kadi*

¹⁴⁴Imposta sul valore aggiunto

¹⁴⁵Cfr. *Taricco* nota 143 par. 62

Una premessa è dovuta prima di passare all'analisi delle due teorie: queste, infatti, con il passare degli anni, hanno visto scemare la loro importanza, sia da un punto di vista dottrinale, sia nella prassi, con gli Stati nazionali che non affrontano il problema mai in maniera totalmente dualista o monista¹⁴⁶, regolandosi, spesso, sulla fonte che si deve immettere nell'ordinamento per poi applicare una o l'altra teoria¹⁴⁷. La differenziazione sembrerebbe, almeno parzialmente, superata, ma analizzarla è utile, comunque, per meglio comprendere la prassi attuale in materia.

La teoria monista, di origine kelseniana¹⁴⁸, afferma che il diritto internazionale ed i diritti nazionali costituiscono, in realtà, un ordinamento giuridico unitario, con il diritto internazionale al vertice.

Kelsen si pose il problema di stabilire su che basi si costituisse uno Stato dotato di personalità giuridica, che garantisce l'identità ad uno Stato. Kelsen, per giustificare ciò, fece un ragionamento a ritroso: egli partì dalla considerazione che, per avere uno Stato validamente costituito, fosse necessario che ad esso preesistesse un altro ordinamento, individuato in quello internazionale, che preesistesse ad esso, facendo, così, chetale ordinamento interno, lo Stato, avesse una sua giustificazione logico giuridica.¹⁴⁹

Se si esamina la fonte normativa primaria di uno Stato, la sua Costituzione, essa trova fondamento nel diritto internazionale stesso, attraverso il principio di effettività¹⁵⁰: esso consiste nel fatto che, rifacendosi alla teoria generale della norma, un ordinamento giuridico per poter funzionare necessita di norme che siano seguite dalla comunità e ritenute, quindi, obbligatorie e che, inoltre, prevedano una sanzione nel caso in cui vi sia il mancato rispetto di esse¹⁵¹. La teoria di Kelsen, proseguendo nel ragionamento a ritroso, prevede la norma fondamentale, la "*Grundnorm*", alla base del diritto internazionale stesso. Come conseguenza di questo ragionamento, Kelsen arriva ad affermare che il diritto internazionale e i diritti interni condividono la fonte primordiale¹⁵², a rafforzare l'unitarietà di fondo dei sistemi giuridici. La portata del diritto internazionale non si limita a ciò: esso è strumento di delimitazione dell'azione dei legislatori statali, in quanto esso, per la sua intrinseca superiorità al diritto interno nazionale, obbligherebbe i giudici a dare applicazione ad esso in caso di conflitto¹⁵³.

Tuttavia, Kelsen stesso ammette che il diritto internazionale non sia fornito di strumenti per obbligare gli Stati a conformarsi ad esso¹⁵⁴. Ciò vuol dire che il diritto internazionale, secondo Kelsen, non ha

¹⁴⁶ Così D. Shelton: *Introduction in: International legal law and domestic legal systems: Incorporation, Transformation and Persuasion* Oxford, Oxford Scholarship Online, 2012 pag. 3-4 condiviso da cfr. Apostolaki e Tzanakopoulos op. cit. nota 53 pag. 121

¹⁴⁷ Id nota 146 pag. 3-4

¹⁴⁸ Cfr. Kelsen op. cit. nota 11 pag. 436 e ss.

¹⁴⁹ Id nota 148

¹⁵⁰ Id nota 148

¹⁵¹ Id nota 148 in cui Kelsen richiama la sua teoria della norma

¹⁵² Id nota 148

¹⁵³ Id nota 148

¹⁵⁴ Id nota 148

mezzi coercitivi adeguati, come delle sanzioni, per fare in modo che gli ordinamenti interni rispettino le norme internazionali, indebolendo di molto la posizione del diritto internazionale rispetto a quella degli ordinamenti interni.

Ormai questa situazione ha trovato una soluzione, infatti molti trattati, come quello UE¹⁵⁵ o quello ICSID¹⁵⁶, prevedono metodi per obbligare lo Stato parte ad adeguarsi ai dettami imposti agli Stati firmatari. Quella offerta da Kelsen è la teoria monista “*radical*”¹⁵⁷.

Nel corso del tempo, tale teoria molto rigida e formale ha ceduto il posto alla teoria monista “*moderate*”¹⁵⁸: tale teoria è meno restrittiva rispetto alla teoria *radical* e si pone come obiettivo quello di cercare di conciliare meglio il diritto internazionale al diritto interno senza, con ciò, far venir meno i punti cardine della teoria monista.

La centralità e superiorità del diritto internazionale restano invariate, ma ciò porta a effetti leggermente diversi.

Il diritto internazionale ora dà più margini di libertà all’azione degli ordinamenti interni¹⁵⁹, e la mancata conformazione al diritto internazionale viene corretta non più dall’azione dei giudici, ma attraverso l’imposizione di un dovere di adeguarsi posto in capo ai legislatori nazionali¹⁶⁰. Alcuni paesi che aderiscono alla teoria monista, sempre con le dovute cautele, sono Francia, Olanda e Grecia. La teoria dualista sostiene che il diritto internazionale e i diritti nazionali siano ordinamenti tra loro autonomi ed indipendenti. L’ordinamento giuridico costituito su queste basi presenta al suo interno una pluralità di ordinamenti diversi connessi tra loro, ma allo stesso tempo autonomi. In ragione di questa configurazione molto variegata, la teoria dualista è definita anche come teoria del pluralismo¹⁶¹. Vi è accordo sulla supremazia del diritto internazionale¹⁶², ma gli effetti ed il campo d’azione del diritto internazionale sono diversi. Sicuramente un ruolo centrale è occupato dalla sovranità degli Stati che è un concetto cardine della teoria dualista: lo Stato ha il potere di intervenire sulle questioni riguardanti il suo territorio, i suoi cittadini, mentre al diritto internazionale sarà affidato il compito di regolare le relazioni inter-statali. Da questo discende come gli individui non siano toccati, nella sfera dei propri diritti costituzionali, dal diritto internazionale, in maniera diretta¹⁶³, ma

¹⁵⁵ In caso di mancato adempimento dei propri obblighi, gli Stati membri possono essere sanzionati attraverso una procedura di infrazione ex. art. 258 e 259 TFUE

¹⁵⁶ L’articolo 54 della Convenzione impone l’obbligo agli Stati di dare esecuzione ai lodi pronunciati dalle corti arbitrali ICSID nei propri ordinamenti

¹⁵⁷ Classificazione di Dupuy: op cit. nota 7 par. 13

¹⁵⁸ Id nota 157 par. 17

¹⁵⁹ Id nota 157

¹⁶⁰ Id nota 157

¹⁶¹ Precisazione di G. Gaja: *Dualism, a review* in A. Nollkaemper e J. E. Nijman: *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2009 pag. 53

¹⁶² In questo senso, G. Arangio Ruiz: *International law and Interindividual law* in Nollkaemper e Nijman op. cit. nota 161 pag. 23

¹⁶³ Id nota 162 pag. 25

solo attraverso il tramite della legislazione statale. Si può subito anticipare che questa argomentazione ha ricevuto numerose critiche.

La sovranità espressa in maniera così decisa ha valenza anche a livello politico, in quanto, nel corso della storia, è stata utilizzata dagli Stati, come quelli facenti parte dei paesi in via di sviluppo, al fine di affermare il proprio ruolo nello scacchiere internazionale¹⁶⁴, senza i pesanti limiti imposti dalla teoria monista.

I dualisti criticano la teoria delle fonti monista che accomuna i due ordinamenti: a sostegno di ciò, si dice che lo Stato agisce secondo volontà, “*wills*”¹⁶⁵, distinte in diversi campi, “*fields*”¹⁶⁶. Con questo si intende che lo Stato agisce in maniera diversa e secondo regole differenti, a seconda della situazione che si trova a dover affrontare. Le fonti saranno, perciò, diverse se si affronterà una tematica di diritto interno, mentre saranno altre se ci si troverà davanti problemi di diritto internazionale. Nel primo caso, le fonti di riferimento saranno le leggi interne, fino ad arrivare alla Costituzione, nel secondo, si guarderà alle norme internazionali. Tra i paesi di tradizione dualista si possono ricordare l’Italia, il Regno Unito, la Germania e la Russia.

Enunciate le caratteristiche generali di queste tesi contrapposte, appare opportuno soffermarsi sulle problematiche che esse sollevano.

Si è già analizzata la scarsa applicabilità pratica della prospettazione monistica e dualistica, ma non è l’unica mancanza. Questo difetto di flessibilità¹⁶⁷, come si è visto riguardo alle esigenze di natura politica, si riscontra anche nella impossibilità di intercettare le nuove esigenze che la comunità internazionale richiede. Si parla, in questi casi, di “*overlapping competence*”¹⁶⁸, cioè di competenze che fuoriescono da entrambe le sfere di competenza nazionale ed internazionale e che si pongono, perciò, a metà strada, come le questioni di diritto internazionale penale o quelle di diritto internazionale privato. In quest’ottica si è chiesto di fare di più¹⁶⁹, cioè di adottare misure di uniformazione delle discipline in questi settori delicati.

Si accennava, prima, a delle critiche mosse alla teoria dualista sulla questione del rapporto tra gli individui e il diritto internazionale. Ora si può dire che, sicuramente, e sono già stati segnalati dei casi, il diritto internazionale può interessare e modificare le situazioni giuridiche degli individui direttamente, senza lo schermo del diritto statale (salvo situazioni particolari)¹⁷⁰ e, sicuramente, la distinzione tra atti inter-individuali e atti inter-statali è da considerarsi datata¹⁷¹.

¹⁶⁴ Cfr. Dupuy op. cit. nota 7 par. 23-26

¹⁶⁵ Cfr. Arangio Ruiz op. cit. nota 162 pag. 23

¹⁶⁶ Id nota 165 pag. 23

¹⁶⁷ Vedi supra par 3 considerazioni fatte sull’Olanda

¹⁶⁸ Cfr. Dupuy op. cit. nota 7 par. 5

¹⁶⁹ Cfr. Arangio Ruiz op. cit. nota 162 pag. 38

¹⁷⁰ Vedi supra par 3

¹⁷¹ Cfr. Gaja op. cit. nota 161 pag. 55

Nonostante ciò, in dottrina si è tentato di dare nuova linfa a questa teoria, cercando di rivederla ed attualizzarla. I concetti di monismo e dualismo (pluralismo) vengono sostituiti dai concetti di “*interversione*” ed “*estroversione*”¹⁷² degli ordinamenti. Per *interversione* si intende che l’ordinamento è orientato a proteggere i propri valori quando si relazione con il diritto internazionale¹⁷³, in maniera simile rispetto al dualismo. Per *estroversione*, al contrario, si intende che l’ordinamento nazionale è consapevole della comunità più ampia che lo circonda e cerca di dividerne i valori, incorporandoli al proprio interno¹⁷⁴, con una prassi che richiama quella del monismo.

In chiusura dell’analisi, approcciando la tematica dell’adattamento, si può sostenere che la prassi risente di stimoli e considerazioni ben diverse, e, sicuramente, più concrete di quelle esaminate riguardo alla teoria monista e dualista, che porta ad una sostanziale “*irrelevanza*”¹⁷⁵ di queste per la risoluzione della problematica dell’ingresso del diritto internazionale negli ordinamenti interni.

Paragrafo 5

L’adattamento

Per adattamento si intende come il diritto interno di un paese reagisce alle norme di diritto internazionale. È l’ordinamento interno che si adatta al diritto internazionale scegliendo, attraverso le Costituzioni o altre fonti legislative, quale sarà il procedimento da adottare caso per caso. In linea generale è possibile affermare che il procedimento cambia a seconda della fonte internazionale, pertanto, l’analisi del lavoro si concentrerà sui trattati, comprensivi di accordi UE e CEDU, e le consuetudini, prima soffermandosi sui principi comuni in materia e, successivamente, sulla prassi di alcuni paesi (Italia su tutti). Per fare ciò è necessario introdurre alcuni concetti preliminari in tema di adattamento, dando alcune nozioni.

Kelsen offre le basi su cui lavorare: egli introduce la distinzione tra “*implementation*” (attuazione) e “*transformation*” (trasformazione) del diritto internazionale da parte del diritto interno¹⁷⁶. La distinzione comporta che, nel caso dell’attuazione del diritto internazionale, l’ordinamento nazionale recepisce la fonte internazionale senza modificarla, al massimo completandola se necessita di

¹⁷² Così E. Cannizzaro: *I valori costituzionali oltre lo stato* in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it> pag. 2 e pag. 4

¹⁷³ Id nota 173 pag. 2-3

¹⁷⁴ Id nota 173 pag. 4

¹⁷⁵ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

¹⁷⁶ Cfr. Kelsen op. cit. nota 11 pag. 191-196

strumenti per darle applicazione concreta¹⁷⁷. Nel caso della trasformazione, invece, la norma internazionale viene sostituita da una fonte interna che la rielabora. Vi è una legge, una revisione costituzionale, che prende il testo internazionale e lo traduce e immette così nell'ordinamento. Kelsen fa notare che questa procedura trova origine nel principio, secondo il quale, i giudici sono soggetti solo alla legge (nazionale)¹⁷⁸, quindi l'ordinamento interno deve dar loro lo strumento per utilizzare le norme internazionali nel corso dei processi.

Questa distinzione classica trova un riscontro, seppur essendo stata rivisitata, nelle teorie più moderne sull'adattamento. Ad oggi sono due i procedimenti da prendere in considerazione: il procedimento ordinario e quello speciale.

Per procedimento ordinario di adattamento si intende quel processo attraverso il quale la norma internazionale viene incorporata nell'ordinamento interno di uno Stato attraverso una fonte nazionale: tale fonte, generalmente una legge, riscrive tale norma nell'ordinamento nazionale, rendendo la norma internazionale vincolante per gli operatori interni¹⁷⁹.

La norma internazionale, in questo modo, “scompare”¹⁸⁰ e viene sostituita da una fonte nazionale, che i giudici nazionali hanno l'obbligo di rispettare.

Il procedimento speciale, al contrario, consiste in un richiamo, tecnicamente definito “rinvio”¹⁸¹, che la norma effettua ad una fonte internazionale che viene così integrata nell'ordinamento interno, senza la necessità di adottare ulteriori atti normativi.

In dottrina, Conforti su tutti, si predilige lo strumento del rinvio sul procedimento ordinario in quanto, con il primo, è il giudice stesso a essere il primo interprete della fonte internazionale¹⁸², quindi l'interpretazione sarà più coerente e genuina in confronto ad un'interpretazione mediata dall'intervento del legislatore. Vi è da precisare, tuttavia, che spesso si è obbligati ad utilizzare il procedimento ordinario, come nei casi di norme non “*self executing*”, ossia norme che non hanno diretta applicazione negli ordinamenti interni e che, perciò, necessitano di un atto interno che ne diano applicazione. I criteri usati per stabilire quale vi sia una norma di questo tipo sono comuni: si guarda all'intenzione delle parti, si vede se quella norma crea diritti specifici per soggetti determinati o determinabili, ed infine si deve verificare se la norma di specie sia in grado di essere applicata direttamente¹⁸³. Se queste condizioni sussistono, allora quella norma sarà considerata “*self executing*”.

¹⁷⁷ Id nota 176

¹⁷⁸ Id nota 176

¹⁷⁹ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

¹⁸⁰ Id nota 179

¹⁸¹ Id nota 179

¹⁸² Id nota 179

¹⁸³ Shelton op. cit. nota 146 pag. 11

Fatte queste premesse di carattere generale, ci si può ora concentrare sull'analisi delle singole fonti internazionali.

a) I trattati

La disciplina sull'adattamento dei trattati è estremamente variegata ed eterogenea, pertanto tracciare una linea comune è piuttosto complesso. Se a ciò si aggiunge che gli Stati hanno loro regole interne che possono variare in moltissimi aspetti, dall'adattamento, alla ratifica del trattato, si coglie come il quadro sia difficile da sintetizzare. Per provare a trovare regole comuni ci si muoverà analizzando alcuni elementi legati alle fonti pattizie.

Il trattato è una fonte primaria del diritto internazionale che ha origine dall'accordo tra due o più Stati. La sua formazione può avvenire secondo due procedimenti: il procedimento in forma semplificata e quello in forma solenne. Il primo, in forma semplificata, comporta uno scambio di firme tra due soggetti in grado di manifestare la volontà dello Stato che rappresentano, detti plenipotenziari¹⁸⁴, senza che vi sia un procedimento di ratifica. Generalmente, questo tipo di procedimento è utilizzato per attività di non grossa importanza, come un prestito di un'opera d'arte, avendo il vantaggio di accorciare i tempi in maniera considerevole.

Il procedimento in forma normale o solenne di formazione dei trattati è costituito da varie fasi.

La prima fase è quella della negoziazione: gli Stati, attraverso dei ministri plenipotenziari, discutono il testo di un trattato finché non si giunge ad un accordo. Una volta che l'accordo è trovato, tali emissari firmano il testo dell'accordo, senza tuttavia, vincolare lo Stato.

Sul valore di tale firma si è discusso molto in dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riguardo all'eventuale vincolatività del testo firmato ma non ratificato. Una prima considerazione da fare è che il testo firmato non produce ancora effetti obbligatori per gli Stati¹⁸⁵, ma, tuttavia, essi possono essere applicati in via provvisoria¹⁸⁶. Ciò è possibile in quanto un trattato firmato e non ratificato viene equiparato ad un trattato concluso in forma semplificata e, pertanto, applicabile nell'attesa delle ratifiche da parte degli Stati firmatari¹⁸⁷. Un'altra analisi da fare è che il testo firmato non è passibile di modifiche successive¹⁸⁸. Come conseguenza di ciò, la CIG ha affermato come un trattato solo

¹⁸⁴ Definiti all'articolo 7 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. *"A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if: (a) He produces appropriate full powers; or (b) It appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers."*

¹⁸⁵ Così S. Negri *Sulla ratifica dei trattati in diritto internazionale* in Rivista di Studi Politici Internazionali, Vol. 29, No. 1 (Gennaio-Marzo 1962), pp. 63- 106 pag. 82

¹⁸⁶ Id nota 185 pag. 83

¹⁸⁷ Id nota 186

¹⁸⁸ Come sottolinea S. Marchisio *Corso di diritto internazionale* seconda edizione, Giappichelli, 2004, Torino pag. 92

firmato, ma non ratificato, fosse un buon indicatore della volontà delle parti al momento della firma¹⁸⁹.

La seconda fase è quella ratifica, ossia, la fase in cui lo Stato manifesta formalmente la sua volontà e comporta la produzione degli effetti di quel contratto in capo allo Stato. La ratifica, generalmente, avviene attraverso un atto del Parlamento, ma i singoli ordinamenti potrebbero demandare tale atto ad altri organi dello Stato. Successivamente alla ratifica, avviene lo scambio o il deposito di essa, a seconda della natura del trattato. Per i trattati multilaterali vi sarà il deposito presso un'autorità centrale, come un segretariato generale, mentre, per un trattato bilaterale, vi sarà un semplice scambio tra le parti coinvolte.

Oltre alle norme sulla formazione dei trattati, altre regole interessanti riguardano l'interpretazione di essi. La fonte rilevante sul punto è sono gli articoli da 31 a 33 della Convenzione di Vienna che, tra i principi più importanti, annoverano quelli di interpretazione secondo buona fede e buon senso¹⁹⁰. In realtà, questa fonte è da considerare di scarsa rilevanza, per quanto riguarda il diritto interno e, quindi, delle Corti Supreme¹⁹¹. I giudici nazionali utilizzano raramente questa fonte, sia perché l'armonizzazione della materia è minima¹⁹², sia perché gli interpreti sono inseriti in contesti normativi delle loro specificità che rendono residuale il ricorso alle norme della Convenzione del 1969¹⁹³.

Altro aspetto è quello degli effetti che i trattati hanno negli ordinamenti nazionali, ci si riferisce al fatto se essi abbiano diretta applicabilità o meno e in che termini. Qui è possibile rintracciare delle regole comuni, soprattutto nel caso in cui vi sia indeterminatezza nella fonte sul punto e, quindi, spetti agli interpreti risolvere la questione¹⁹⁴. I trattati sui diritti umani hanno, spesso, questa proprietà nei paesi sudamericani, mentre nel contesto europeo una questione simile è affrontata per quanto riguarda le direttive. Fatte delle considerazioni di carattere generale sui trattati, si può procedere analizzando altre due fonti pattizie i trattati UE e CEDU, che, per la loro specificità, è necessario trattare singolarmente.

b) I trattati UE

¹⁸⁹ Sentenza CIG 2001: “*Case concerning maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*” Qatar c. Bahrain par. 89

¹⁹⁰ Art 31.1 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati 1969

¹⁹¹ Fa notare Come sottolinea M. Waibel: *Principles of Treaty Interpretation Developed for and Applied by National Courts?* in H. Philip Aus and G. Noite: *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford, Oxford Scholarship Online, 2016 pag. 15

¹⁹² Id nota 191 pag. 18

¹⁹³ Id nota 191 pag. 18

¹⁹⁴ Vedi supra riguardo alle norme self executing, par. 5

L'adattamento ai trattati UE ha una storia piuttosto travagliata, ma, grazie allo sforzo interpretativo delle Corti di Giustizia, si è arrivati ad un punto in cui gli Stati, giurisprudenza in particolare, accettano l'ingerenza nei propri ordinamenti da parte dell'Unione¹⁹⁵, avendo ben presente l'importanza di essa nello sviluppo dell'intera area europea e, di conseguenza, dei singoli paesi.

Il processo non è stato facile e di certo ancora non può dirsi completato, come il recente caso "*Taricco*"¹⁹⁶ ha messo in luce; delle tensioni possono verificarsi ancora e si verificheranno, con tutta probabilità, anche in futuro.

I trattati dell'Unione sono il trattato sull'Unione Europea (TUE) e il trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE). Ad essi, a partire dal 2007 con il trattato di Lisbona, è parificata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Carta di Nizza) del 2001.

Le altre fonti europee da analizzare sono quelle che costituiscono il diritto cosiddetto derivato, ossia le fonti prescritte dai Trattati. Queste sono i regolamenti e le direttive, entrambe previste nel TFUE. La procedura legislativa con la quale questi provvedimenti sono adottati consiste nell'adozione dell'atto, da parte del Parlamento e del Consiglio, su proposta della Commissione (art 289 Co.1)¹⁹⁷, secondo quello che è il procedimento legislativo ordinario. Tale procedimento e le sue maggioranze sono oggetto dell'articolo 294 del Trattato.

Un regolamento (art 288 Co.2)¹⁹⁸ è una fonte di carattere generale e obbligatorio in tutto il suo contenuto, che ha natura di atto "*self executing*". Gli Stati sono vincolati ad essa dal momento in cui è adottata a livello europeo, senza che, data la sua natura di norma *self executing*, siano necessari atti di implementazione a livello nazionale.

Sulla loro applicazione a livello interno valgono le stesse considerazioni fatte per i Trattati UE.

Una direttiva (art 288 Co.3)¹⁹⁹ è una fonte di risultato, cioè vincola lo Stato a raggiungere un determinato scopo, in un lasso di tempo previamente stabilito, con modalità che non sono definite a livello sovranazionale. Queste sono fonti non *self executing*, che hanno bisogno di un atto interno per avere efficacia a livello nazionale. Ci sono eccezioni a questa regola generale, con le quali anche le direttive possono avere efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri, che la Corte del Lussemburgo ha enucleato nel caso "*Ratti*"²⁰⁰: una direttiva può avere efficacia diretta se crea diritti in capo agli individui e se è scaduto il termine entro il quale lo Stato avrebbe dovuto adottare il

¹⁹⁵ Cfr. Shelton op. cit. nota 146 pag. 6

¹⁹⁶ Causa C105/14 e causa C-42/17

¹⁹⁷ "*La procedura legislativa ordinaria consiste nell'adozione congiunta di un regolamento, di una direttiva o di una decisione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione.*"

¹⁹⁸ "*Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri.*"

¹⁹⁹ "*La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.*"

²⁰⁰ Sentenza C 148/78. Nel caso di specie, il signor Ratti voleva applicare un tipo di vernice sui suoi prodotti che, data la sua composizione, era vietata in Italia, ma permessa dalla direttiva europea, non ancora implementata in Italia, tuttavia.

provvedimento nazionale con cui dare attuazione ad essa, in ossequio al principio della legittima aspettativa che gli individui hanno maturato intanto²⁰¹.

Le fonti europee, a partire dalla già citata sentenza *Van Gend*, possono avere applicabilità diretta all'interno degli ordinamenti nazionali, quando tali fonti garantiscano diritti agli individui e allo stesso tempo, obblighi chiari e precisi agli Stati Membri²⁰². Pertanto, in questi casi, non saranno necessari interventi legislativi nazionali per tutelare gli individui.

Un'altra importante proprietà delle norme europee è quella del primato che esse hanno rispetto alle leggi interne degli Stati membri: con questo si intende che in caso di conflitto tra una norma europea ed una interna, la norma europea prevarrà sempre²⁰³. Da questo concetto deriva la teoria della disapplicazione delle norme interne: con ciò si intende che le norme interne in contrasto con l'ordinamento europeo non saranno espunte dall'ordinamento nazionale o abrogate, ma significa che tali norme non verranno applicate alla fattispecie concreta, in favore delle norme europee²⁰⁴. Ai fini dell'elaborato, l'istituto della disapplicazione è molto importante, in quanto, attraverso tale strumento, la Corte di Giustizia affida alle corti interne, quindi anche a quelle Supreme, il compito di “*protect (...), the rights conferred upon individuals by Community law*”²⁰⁵.

c) La CEDU

Il sistema CEDU presenta molte più problematicità rispetto a quello UE. La differenza più evidente, che indebolisce il sistema nella sua fase attuativa, è l'assenza di vere e proprie sanzioni in caso di inadempimento o di un organo politico competente a farlo, congiunta alla mancanza di poteri in capo alla Corte EDU di imporre obblighi, cosa che la Corte di Giustizia può fare. L'articolo 46 della Convenzione si occupa di questo aspetto ma, in sostanza, si prescrive che, a seguito di inadempimento da parte di uno Stato contraente, la questione sarà discussa dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, che può votare sull'opportunità di rimandare la questione alla Corte²⁰⁶, senza poter sanzionare la parte inadempiente.

Le problematicità non finiscono qua, infatti, è possibile notare che le Corti interne abbiano una resistenza maggiore a uniformarsi alle sentenze della corte di Strasburgo rispetto a quelle della Corte del Lussemburgo.

²⁰¹ Id 148/78 par. 45-46

²⁰² Cfr. *Van Gend* nota 57 pag. 23

²⁰³ C 6/64 pag. 1144-1145

²⁰⁴ C 106/77 pag. 643 par. 17

²⁰⁵ Id par. 16

²⁰⁶ Art. 46 Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Questa criticità nel rapporto tra ordinamenti interni, Corti Supreme su tutte, e Corte EDU su può spiegare sulla base di numerose ragioni.

Il primo aspetto da considerare per comprendere la questione è che, alla base dell'ingresso degli Stati nella CEDU, vi è una cessione di poteri sovrani da parte degli ordinamenti nazionali²⁰⁷. Tale sottolineatura è essenziale, in quanto, tutti i problemi dell'adattamento della CEDU derivano dalla definizione dell'ambito di tali cessioni di sovranità e, guardando l'altra faccia della medaglia, nella delimitazione dei poteri della CEDU nei confronti degli Stati parte. La tematica risulta particolarmente complessa, anche in ragione della sensibilità dei temi alla base di tale discussione: da una parte, la CEDU può scontrarsi con i principi fondamentali degli ordinamenti interni²⁰⁸, dall'altro lato la CEDU impone un adeguamento degli organi dello Stato ai suoi standard²⁰⁹.

Appare intuitivo come tali limitazioni della sovranità degli Stati possano risultare molto gravosi, talvolta eccessivamente gravosi, tanto che le Corti Supreme interne si sono viste costrette ad elaborare dei sistemi per allentare la pressione della CEDU sugli ordinamenti nazionali.

La prima tecnica elaborata a questo fine venne definita "*principled resistance*"²¹⁰ e consiste in un profondo disaccordo tra le Corti interne e la CEDU sull'interpretazione di una norma, che risulta nella mancata attuazione di una sentenza della corte sovranazionale nell'ordinamento interno, perché essa confligge con i principi fondamentali di quell'ordinamento o perché l'interpretazione contenuta nella sentenza della CEDU va oltre, "*oversteps*", le competenze assegnate alla Corte dagli Stati parte²¹¹.

Un'altra tecnica elaborata dalle Corti è quella della "*disobbedienza funzionale*"²¹². Con tale locuzione si intende un discostamento, da parte delle Corti Supreme o altre corti interne, dall'interpretazione fornita dalla CEDU su una questione di diritto che possa impattare eccessivamente sui principi fondamentali dell'ordinamento interno²¹³. Tale tecnica, più blanda rispetto alla netta contrapposizione derivante dalla *principled resistance*, può essere utilizzata anche nell'ottica di aiutare la Corte EDU a migliorare la propria linea ermeneutica in vista di sentenze future²¹⁴.

La Corte di Strasburgo, avendo preso coscienza di tali problematiche, ha tentato di venire incontro alle esigenze degli Stati contraenti attraverso l'elaborazione della teoria del margine di

²⁰⁷ Cfr. Padula op. cit. nota 105 pag. 6

²⁰⁸ Come osservano M. Breuer: *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm* Berlin, Springer, 2019 pag.19 e V. Sciarabba:*Il ruolo della CEDU. Tra Corte Costituzionale giudici comuni e Corte Europea* Key, 2019 cap 8

²⁰⁹ Cfr. Sciarabba op. cit nota 208 par. 8 e cfr. Padula op. cit. nota 105 pag. 7

²¹⁰ Così Breuer op. cit. nota 208 pag. 19 e anche Palombino op. cit. nota 31 pag. 3

²¹¹ Id nota 210

²¹² G. Martinico: "*Corti Costituzionali (o Supreme) e "disobbedienza funzionale" Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)* in diritto penale contemporaneo, rivista 2/2015

²¹³ Id nota 212 pag. 306

²¹⁴ Id nota 212 pag. 307

apprezzamento²¹⁵: tale teoria, di origine prettamente giurisprudenziale²¹⁶, consiste nel concedere un certo margine di discrezionalità agli Stati, nell'attuazione delle misure necessarie alla tutela dei diritti umani nei propri ordinamenti²¹⁷. Un ruolo di primo piano, al riguardo, viene dato alla Corti Costituzionale, o Supreme, in mancanza, a cui vengono arrogate responsabilità di decisioni in materia di diritti fondamentali e di decisioni anche di natura politica²¹⁸.

Un esempio di ciò è offerto dalla sentenza “*Cordella e altri c. Italia*” nella quale i richiedenti, danneggiati dell'inquinamento ambientale prodotto dallo stabilimento ILVA, chiesero alla Corte di indicare con lo strumento della “sentenza pilota” le misure che l'Italia avrebbe dovuto adottare per risolvere la situazione²¹⁹. La Corte negò la richiesta asserendo che la questione, per la sua complessità anche tecnica, doveva essere affrontata dagli organi interni²²⁰.

Queste tensioni fanno scorgere un'altra differenza di rilievo tra il diritto CEDU e quello UE: l'assenza del rinvio pregiudiziale nel sistema CEDU. Esso è possibile, ma solo per richiedere pareri non vincolanti, ma, in teoria, se questa possibilità fosse estesa in modo simile al sistema UE, potrebbe dare spazio a interpretazioni più conformi, evitando tensioni tra i sistemi nazionali e quello CEDU stesso.

d) Le consuetudini

A livello internazionale la disciplina dell'adattamento al diritto consuetudinario internazionale non è unitaria; per poter individuare dei criteri comuni bisogna partire da come le singole Costituzioni regolino la materia.

La maggioranza delle Costituzioni²²¹ tace sul punto²²², è sarà compito degli interpreti regolare l'ingresso di queste nell'ordinamento interno. I giudici posti in questa difficile condizione, generalmente, cercano di interpretare il diritto interno in conformità alle consuetudini internazionali, oppure permettono un ingresso automatico di esse nell'ordinamento se esse non si pongono in contrasto con i principi fondamentali di esso²²³. A supporto di ciò, la *House of Lords* ha stabilito che in assenza di conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, il diritto

²¹⁵ Sentenza CEDU 1961: “*Lawless v. Ireland (No 3)*” pag. 21 par. 28

²¹⁶ Cfr. Sciarabba op. cit. nota 208 cap. 8

²¹⁷ Id nota 216

²¹⁸ Id nota 216

²¹⁹ Sentenza CEDU “*Cordella e altri c. Italia*” 2019 par. 176

²²⁰ Id nota 219 par. 179

²²¹ Come la Costituzione olandese e quella portoghese come fa notare Shelton op. cit. nota 146 pag. 6 nota 23

²²² Id nota 221 pag. 6

²²³ Id nota 221 pag. 6-7

internazionale, le consuetudini più propriamente, possono far parte del diritto interno senza un atto di implementazione da parte del Parlamento²²⁴.

Non sempre, tuttavia, la Carta Costituzionale è silente sulla materia, infatti, in paesi come Italia e Grecia è espressamente chiarito come le norme consuetudinarie, richiamate con una formula ampia del tipo “norme generalmente riconosciute nel diritto internazionale”²²⁵, entrano in maniera automatica nell’ordinamento nazionale, come fonte al livello della fonte costituzionale, non senza eccezioni²²⁶. È possibile sostenere come, a differenza delle altre fonti internazionali, gli ordinamenti interni siano più inclini ad accogliere le fonti consuetudinarie, in virtù del fatto che esse restano fonti che sono originate da azioni degli Stati che compiono in maniera libera e volontaria, e che quindi contribuiscono a creare.

Paragrafo 6

La prassi applicativa dell’adattamento

Come anticipato, ora si passerà all’analisi delle applicazioni, o della mancanza di esse, di queste regole, in vari Stati, prendendo sempre l’Italia come punto di partenza dell’indagine.

a) I trattati in Italia

Le norme da tenere in considerazione per studiare il tema in Italia sono l’articolo 11 e l’articolo 117 co.1 della Costituzione. In particolare, l’articolo 11 consente le “*limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”²²⁷, strumento utilizzato per entrare nelle Nazioni Unite ma anche, successivamente, nell’Unione Europea. L’articolo 117 co. 1, introdotto con la riforma del titolo V del 2001, introduce “*i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali*”²²⁸ come limite al legislatore nella sua attività. Un trattato che entra in vigore sotto la “protezione” dell’articolo 11 non ha lo stesso peso di uno che ha la sua fonte nel 117²²⁹. Questo perché l’articolo 11 comporta una limitazione della sovranità dello Stato italiano, per cui incontra limiti minori nella sua

²²⁴ *Keyu vs. Secretary of State* House of Lords 2015 par. 150

²²⁵ Cfr. Shelton op. cit. nota 146 pag. 7

²²⁶ Supra par 3

²²⁷ Art. 11 co. 2 Costituzione Italiana

²²⁸ Art 117 co.1 Costituzione Italiana

²²⁹ Analizza F. Salerno: *La coerenza dell’ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della costituzione e della loro diversa natura* n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it> pag. 14

applicazione e, soprattutto, conferisce al trattato lo stesso valore di una norma costituzionale. L'articolo 117 nasce, invece, per regolare meglio il compito del legislatore²³⁰, senza che i giudici avessero alcun compito al riguardo. Il quadro è cambiato nel 2007 con le già citate sentenze 348 e 349 che hanno modellato meglio il raggio d'azione di questo articolo. Sul punto la sentenza 349 ha fatto molta chiarezza spiegando che i trattati che rientrano nella protezione del 117 co.1 hanno rango di norma "interposta", che significa che si collocano sotto le norme costituzionali, ma sopra le leggi ordinarie, quindi il giudice dovrà valutare se le norme nazionali rispettino questi trattati quando si trova a dover giudicare²³¹. La protezione offerta a questi due tipi di trattati è profondamente diversa. Bisogna anche considerare che i trattati protetti dal 117 incontrano il limite dei principi fondamentali dell'ordinamento, mentre quelli protetti dall'articolo 11 potrebbero, si è ipotizzato, andare persino in contrasto con essi²³².

Passando al procedimento di formazione dei trattati in Italia, senza ripetersi per quanto detto in precedenza²³³, le precisazioni da fare sono in merito alla ratifica che è di competenza del Presidente della Repubblica in base all'art. 87 co.8 della Costituzione. Sempre la Costituzione, tuttavia, limita questo potere in due modi: all'articolo 89 è stabilito che gli atti del Presidente, tra cui la ratifica degli accordi internazionali, devono essere controfirmati dal ministro competente in materia, e poi all'articolo 80 in cui sono elencati quali trattati devono essere autorizzati dal Parlamento per avere efficacia²³⁴. Queste limitazioni rientrano nell'ottica della separazione dei poteri e denotano come la figura del Capo dello Stato nell'ordinamento italiano abbia poco peso decisionale. A seguito della ratifica il trattato sarà immesso nell'ordinamento attraverso un "ordine d'esecuzione", ovvero una legge ordinaria, di regola, che darà piena efficacia a quell'accordo internazionale nel diritto italiano.

a.1) I trattati nel Regno Unito

Come Stato da confrontare con l'Italia sul tema dell'adattamento dei trattati si è scelto il Regno Unito, dato il suo particolare ordinamento giuridico che in assenza di una vera e propria Costituzione, presenta alcune problematiche nella individuazione dei poteri titolari del processo di adattamento e delle regole alla base di esso. I due poteri da tenere in considerazione in materia sono il Capo dello Stato (che col passare del tempo è stato sostituito nella funzione dal Governo), e il Parlamento. Sulla

²³⁰ Osserva U. Villani: *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in Studi sull'integrazione europea 2017, 505, citato da Salerno id nota 229 pag. 9 nota 39

²³¹ Sentenza Corte Costituzionale italiana 349/2007 par. 6.2

²³² Cfr. Salerno op. cit. nota 229 pag. 19 -22

²³³ Vedi supra par 5

²³⁴ I trattati in questione sono quelli che: hanno natura politica, prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, importano variazioni del territorio o oneri alle finanze o modificazioni alle leggi.

divisione dei poteri, la sentenza Miller della House of Lords mostra un quadro molto chiaro della situazione. Storicamente era la Corona ad avere il potere di incorporare trattati nell'ordinamento interno²³⁵, potere che ha ancora formalmente, ma risulta svuotato da vera carica decisionale, similmente all'Italia con il Presidente della Repubblica. Difatti, con il passare del tempo e la costituzione di un regime democratico, il Parlamento ha acquisito un ruolo sempre più centrale, fino a ottenere la supremazia sugli altri organi costituzionali²³⁶. Questo si riflette in maniera molto rilevante sulla disciplina dei trattati, infatti, il potere di recedere dai trattati, soprattutto se essi attribuiscono diritti agli individui, spetta solo al Parlamento²³⁷. Questa supremazia appare ancora più evidente nell'ingresso di questi nel diritto nazionale. Un trattato per essere considerato vincolante per i giudici interni deve essere stato incorporato dal Parlamento²³⁸ e passare, così, da *international law* a *law* vera e propria, cioè diritto del Regno Unito. Questo passaggio, che può apparire pleonastico, in realtà è molto rilevante e segna una forte differenza con l'Italia. Nel Regno Unito quando il diritto internazionale entra far parte dell'ordinamento interno, esso diviene diritto nazionale, con la conseguenza che esso diviene "impermeabile" alle interpretazioni offerte da corti internazionali e sovranazionali. Questo vuol dire che se una la House of Lords interpreterà il diritto internazionale in un certo modo, le corti inferiori, in forza della regola del precedente, a cui il diritto internazionale sarà soggetto²³⁹, per quanto detto prima, saranno vincolate a seguire quella interpretazione, anche se dovesse differire da cosa detto a livello internazionale²⁴⁰. Questo sviluppo molto interessante aiuta a comprendere come la disciplina delle fonti internazionali sia estremamente variegata da ordinamento a ordinamento e che le tradizioni dei Paesi che si analizzano incidano profondamente anche sul lavoro dei giudici.

b) I trattati UE

Sui caratteri generali di come il diritto interno si adatta a quello europeo si è già discusso²⁴¹, ora risulta necessario analizzare come tali regole generali vengano applicati negli Stati. Prima di ciò, tuttavia, si farà una breve ricostruzione storica di tali discipline, per meglio comprendere come si sia arrivati a tali regole.

²³⁵ House of Lords *Miller* case 2017 par. 41

²³⁶ Id nota 235 par. 41 e par. 43

²³⁷ Id nota 235 par. 52

²³⁸ House of Lords *R. vs. Lyons and others* 2002 par. 28

²³⁹ Lord Advocate's Reference no. 1 of 2000 par. 143

²⁴⁰ Spiegano E. Borge e E. Smith: *United Kingdom* pag.360 in Palombino: op. cit. nota 31

²⁴¹ Vedi supra par 5

b.1) Il diritto UE in Italia

Il diritto europeo, in Italia, trova nell'articolo 11 della Costituzione il suo parametro normativo di riferimento, come ribadito dalla sentenza 349²⁴². C'è da dire, però, che la situazione non sempre è stata così ben delineata e, soprattutto, l'atteggiamento della Consulta non sempre è stata di favore e di apertura nei confronti del diritto dell'Unione.

L'evoluzione di questo dialogo può esser riassunta in tre date: 1964, 1973 e 1984. Queste date segnano tre sentenze che hanno, in un primo momento, creato tensioni tra la Corte di Giustizia e la Corte Costituzionale, per poi successivamente arrivare ad una soluzione di armonia. La prima sentenza è la *Costa c. Enel* del 1964²⁴³, con la quale la Corte di Giustizia ha stabilito che i trattati dell'Unione hanno prevalenza rispetto alle fonti degli ordinamenti interni degli Stati Membri. La Corte Costituzionale si oppose a questa visione nel 1973 con la già citata sentenza 183 (detta "*Frontini*"), con la quale la Corte limitò molto l'ingresso del diritto allora comunitario in Italia, chiarendo che esso potesse estendersi solamente nelle materie per cui l'Italia si era impegnata e non oltre²⁴⁴e, inoltre, la Corte si riservò il potere di controllare la conformità degli atti della Comunità con la legge italiana. Questo scontro tra le Corti si risolse nel 1984 con la sentenza 170 ("*Granital*"), nella quale la Corte decise di rinunciare al potere di controllo sulle fonti comunitarie introducendo l'istituto della "disapplicazione". Da quel momento, l'effetto delle norme comunitarie è quello: "*di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia*"²⁴⁵, in questo modo saranno i giudici a dover verificare se vi sia un conflitto tra norma interna e norma comunitaria e, in tal caso, non applicare la norma interna in favore della fonte comunitaria, senza con ciò caducare la prima.

b.2) I trattati UE in Germania

Dopo aver analizzato la disciplina italiana, si analizzerà la regolamentazione tedesca della materia, molto interessante perché simile a quella italiana con riguardo ai contrasti iniziali con il diritto europeo, ma differente per come queste problematiche sono state risolte.

Sono già state descritte le criticità iniziali nel rapporto tra la Germania e il diritto europeo, in quel caso con riguardo ai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale²⁴⁶. Quello che è successo nel caso "*Solange*" e "*Solange II*" rappresenta solo una parte delle problematiche che si sono verificate.

²⁴² Sentenza Corte Costituzionale italiana 349/2007 par. 6.1

²⁴³ Causa 6/64 pag. 1144-1145

²⁴⁴ Sentenza Corte Costituzionale italiana 183/1973 par. 9

²⁴⁵ Sentenza Corte Costituzionale 170/1984 par. 5

²⁴⁶ Vedi supra par 3

Tutto ciò è dovuto al fatto che la Corte Costituzionale Federale tedesca, forte anche della sua forza e prestigio a livello internazionale²⁴⁷, ha elaborato altre due “eccezioni” che potrebbero potenzialmente limitare il diritto UE nell’ordinamento giuridico tedesco.

La prima di queste due eccezioni è quella basata sulla “identità costituzionale”²⁴⁸ dello Stato che deve essere assicurata. La Corte Suprema tedesca si è rifatta a questa teoria di recente, nel 2009, per giudicare la conformità del trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca²⁴⁹. In quell’occasione, la Corte, statuendo la conformità del trattato con la Costituzione, ha affermato che, per quanto riguarda la cessione di poteri sovrani²⁵⁰ alle organizzazioni internazionali, è necessario tenere in considerazione il limite dell’identità costituzionale, che se superato, porterà alla dichiarazione di incostituzionalità di quelle norme²⁵¹. La seconda eccezione è chiamata “*ultra vires reservation*”²⁵² e fu elaborata dalla corte tedesca nel 2010 nel caso “*Honeywell*”²⁵³. Il contenuto di questa eccezione è quello di stabilire che quando gli organi dell’Unione eccedono le loro competenze, la Corte risponde non dando applicazione a quelle disposizioni nel diritto tedesco. La Corte individua due criteri in base ai quali si ha questo effetto: è necessaria che la violazione delle competenze da parte dell’Unione sia evidente e che vada a toccare la distribuzione dei poteri in maniera significativa²⁵⁴.

Dall’analisi del rapporto tra UE e Germania emerge chiaramente la volontà degli Stati Membri di collaborare all’integrazione allo sviluppo di essa, ma si nota come le limitazioni siano forti quando sono poste a presidio di valori fondamentali che le Corti Supreme interne non possono ignorare o far passare in secondo piano.

c)La CEDU

Si è avuto modo di vedere come le Corti Supreme interne abbiano sviluppato, di recente²⁵⁵, una tendenza a resistere alle sentenze della CEDU sulla scorta della difesa dei principi fondamentali dei propri ordinamenti. Nei prossimi paragrafi, dunque, si analizzeranno i risultati pratici di questa tendenza in Italia ed in Russia, dove non mancano tali visioni critiche della CEDU.

c.1) La CEDU in Italia

²⁴⁷ Cfr. Petersen op. cit. nota 121 pag. 89 e pag. 103

²⁴⁸ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

²⁴⁹ BVerfGE, 123, 267

²⁵⁰ Id nota 249 In quel caso furono considerati conformi le cessioni poteri in materia di giustizia penale par. 353

²⁵¹ Id nota 249 par. 359-363

²⁵² Cfr. Petersen op. cit. nota 121 pag. 94

²⁵³ BVerfGE, 126, 286

²⁵⁴ Id 126,286, par. 304 sostenuto anche Petersen op. cit. nota 121 pag. 94-95

²⁵⁵ Cfr. Breuer op. cit. nota 208 pag. 20

La CEDU, essendo un trattato internazionale, avrebbe potuto avere il proprio parametro costituzionale sia nell'articolo 11 della Costituzione, sia all'articolo 117 co.1 della stessa. La scelta sull'inquadramento di essa nell'ordinamento italiano fu presa dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza 349 del 2007, che stabilì come la CEDU ricadesse nel campo di applicazione dell'articolo 117 co.1²⁵⁶. Tale scelta fu argomentata dalla Corte in maniera molto dettagliata.

In primo luogo, fu esclusa l'applicazione dell'articolo 11 alla questione, in quanto tale articolo è applicabile solo in casi di cessione di sovranità da parte dell'Italia, in funzione di un ingresso della stessa in un'organizzazione internazionale²⁵⁷. La Corte osservò, tuttavia come tale cessione di sovranità, di fatto, non fosse mai del tutto avvenuta con la ratifica della CEDU, in quanto la materia dei diritti fondamentali non è compatibile con una vera e propria cessione di sovranità da parte dell'Italia²⁵⁸. A supporto di ciò fu affermato come la tutela dei diritti fondamentali avesse una piena e completa tutela in Italia, grazie alla Costituzione, pertanto la garanzia offerta dalla CEDU era considerata meno ampia rispetto a quella nazionale²⁵⁹, con la conseguente negazione di una vera e propria esclusione della sovranità italiana nella materia.

Su queste basi il rango della CEDU in Italia è di norma interposta tra la Costituzione e le leggi ordinarie²⁶⁰: le leggi ordinarie saranno dichiarate illegittime se in contrasto con le norme CEDU che, a loro volta, dovranno rispettare i parametri della Costituzione.

Nell'adattamento della CEDU in Italia la Corte Costituzione ed i giudici comuni hanno un ruolo centrale.

La Consulta ha il compito di interpretare tale fonte bilanciandola con i principi fondamentali dell'ordinamento, con la sovranità italiana, quindi le scelte del Parlamento e con il ruolo primario della Costituzione²⁶¹.

La Corte Costituzionale, inoltre, ha riservato un ruolo importante ai giudici comuni: essi devono approcciarsi alla fonte sovranazionale con come "*recettori passivi*", ma come interpreti attivi di una fonte da coordinare con la Costituzione e con gli altri principi fondamentali dell'ordinamento²⁶².

Di certo si può affermare come la CEDU abbia e avrà sempre più difficoltà a imporsi nel sistema italiano, ma non solo, rispetto al diritto dell'Unione europea.

²⁵⁶ Sentenza 349 del 2007 par. 6.1

²⁵⁷ Id nota 256

²⁵⁸ Id nota 256

²⁵⁹ Id nota 256 par. 6.1.1

²⁶⁰ Cfr. Padula op. cit. nota 105 pag. 14 e sentenza Corte Costituzionale italiana 348/2007 par. 4.5

²⁶¹ Id nota 261 pag. 4

²⁶² Sentenza Corte Costituzionale 49/2015 par. 7

c.2) La CEDU in Russia

Come paese da confrontare all'Italia nell'adattamento della CEDU, si è scelta la Russia in quanto il suo rapporto con la Corte dei diritti umani, seppur in notevole evoluzione, presenta ancora molte problematicità e situazioni di resistenza delle corti interne alla normativa e giurisprudenza sovranazionale.

Il rapporto tra CEDU e diritto russo, come si accennava, è in grande sviluppo: dall'adesione della Russia datata 1998 ad oggi sono cambiate molte cose nella legislazione e nella giurisprudenza russa²⁶³ con degli sforzi fatti ad aprirsi alla materia dei diritti umani, che, fino a pochi anni fa, era piuttosto oscura e poco elaborata²⁶⁴. Gli sforzi fatti vanno in direzione di allargare le tutele dei diritti umani degli individui e, soprattutto, si cerca di tenere sempre più in considerazione le sentenze della CEDU, cosa non scontata, in quanto, l'ordinamento russo non ha mai stato molto avvezzo a utilizzare le sentenze internazionali come fonti del diritto²⁶⁵.

Le sentenze delle Corte di Strasburgo hanno avuto eco anche a livello legislativo, con interventi diretti a colmare le lacune dell'ordinamento²⁶⁶ che erano state condannate a livello internazionale.

Nonostante ciò, quindi se, da un lato, si ha un'apertura alla CEDU in Russia, dall'altra parte va considerato come l'adesione alla CEDU non sia completa: emblematica è la mancata implementazione del protocollo numero 6 della CEDU sull'abolizione della pena di morte.

Anche in giurisprudenza, secondo lo schema della *principled resistance*, si sono avuti contrasti nella materia dei diritti umani tra Corte EDU e Corte Costituzionale russa, sempre nell'ottica di bilanciare i dettami sovranazionali con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Un caso rilevante in quest'ottica è stato deciso nel 2016 dalla Corte suprema russa concernente l'implementazione di una sentenza CEDU²⁶⁷ in Russia. La Russia fu condannata per aver negato il diritto di voto per coloro che sono condannati a pene detentive per reati di particolare gravità. Secondo la Corte di Strasburgo questa situazione costituisce una violazione dell'articolo 3 del Protocollo numero 1 CEDU²⁶⁸. La Corte russa fu chiamata a decidere se fosse possibile dare esecuzione a questa decisione o meno. È importante notare come la legge russa contestata non sia una legge ordinaria ma l'articolo 32 della Costituzione russa che, come puntualizza la Corte²⁶⁹, è collocato tra i principi fondamentali della

²⁶³ Come osserva M. Smirnova: *Russia* in Palombino op. cit. nota 31 pag. 308-310

²⁶⁴ Come sostiene V. Starzhenetskiy: *The Execution of ECtHR Judgements and the 'Right to Object' of the Russian Constitutional Court* in Breuer op. cit. nota 208 pag. 245-246

²⁶⁵ Id nota 263 pag. 251

²⁶⁶ Federal Law n. 68- FZ 2010 sulla ragionevole durata dei processi

²⁶⁷ Sentenza CEDU *Anchugov and Gladkov v. Russia* 2013

²⁶⁸ Articolo che garantisce il diritto a libere elezioni

²⁶⁹ Corte Costituzionale russa sentenza 12-II/2016 par. 4.1

Carta costituzionale. Un altro problema riscontrato nella sentenza CEDU fu quello dell'interpretazione da dare all'articolo 32: esso è uno dei fondamenti della democrazia russa, che si esplica anche con le elezioni, da cui i carcerati condannati a per gravi delitti sono esclusi per salvaguardarla e per garantire una maggiore stabilità dell'ordinamento statale russo²⁷⁰.

d)Le consuetudini

Come si è avuto modo di vedere, l'ingresso delle consuetudini negli ordinamenti interni è più semplice rispetto a quello delle altre fonti, soprattutto dei trattati, nel senso che vi sono minori limiti, soprattutto da un punto di vista formale. Per l'ingresso delle consuetudini, infatti, non sono previsti adempimenti come la ratifica. Pertanto, le corti, soprattutto quelle Supreme, hanno il compito di regolare tale adattamento. La problematica maggiore è quella di fare in modo che le consuetudini internazionali non ledano i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali, che costituiscono il vero limite all'ingresso delle consuetudini in essi.

Ora si analizzeranno le posizioni di Italia e Francia sulla materia.

d.1) Le consuetudini in Italia

L'adattamento del diritto consuetudinario in Italia è regolato articolo 10 della Costituzione, che al co.1 recita: "*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.*"²⁷¹. La norma dispone che il procedimento di ingresso delle consuetudini in Italia è automatico, da cui la famosa definizione che Perassi ha dato di questo articolo come "*trasformatore permanente*". Pertanto, non saranno necessari interventi da parte del legislatore, ma saranno gli interpreti ad avere il compito di riconoscere quali siano le consuetudini che si sono formate a livello internazionale per poi applicarle²⁷². Il rango di queste norme è sostanzialmente pari a quello delle norme costituzionali, pertanto una legge di rango inferiore in contrasto sarà dichiarata costituzionalmente illegittima in base articolo 10 co.1. Queste norme, tuttavia, incontrano altri limiti, ossia quelli dei principi fondamentali dell'ordinamento, come chiarito nella sentenza 238. Per quanto riguarda i rapporti tra consuetudini e principi fondamentali si rinvia a quanto detto in precedenza²⁷³.

²⁷⁰ Id nota 269 par.

²⁷¹ Art. 10 co.1 Costituzione italiana

²⁷² Cfr. Conforti op. cit. nota 8

²⁷³ Vedi supra par 3

Va aggiunto che, come fa notare Conforti, anche l'articolo 11 costituisce un adattamento al diritto consuetudinario internazionale²⁷⁴, in quanto viene recepito, con l'espressione "*L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali*"²⁷⁵, il principio di divieto di uso della forza, cristallizzato nell'articolo 2 par. 4 della Carta delle Nazioni Unite che, ormai, fa parte dello *ius cogens* internazionale.

d.2) Le consuetudini in Francia

A differenza dell'Italia, in Francia, la Costituzione non disciplina l'adattamento del diritto interno al diritto consuetudinario internazionale, motivo per il quale si è scelto di confrontare tale paese all'Italia. Una disciplina, tuttavia, esiste, ed è contenuta nel paragrafo 14 del Preambolo della Costituzione, datato 1946, che stabilisce che la Francia, restando fedele alle sue tradizioni, si conforma alle regole di diritto internazionale pubblico²⁷⁶. Il valore normativo del Preambolo è molto rilevante, facendo esso parte del cosiddetto "*bloc de constitutionnalité*"²⁷⁷, che consiste in un parametro per verificare la legittimità costituzionale delle norme francesi²⁷⁸ con uno schema simile a quello visto per l'Italia con l'articolo 10 co.1. Emerge, quindi, come l'ingresso delle consuetudini avvenga in maniera automatica, in ossequio al carattere monistico dell'ordinamento francese²⁷⁹, con il limite delle "tradizioni", che sembrerebbe assimilabile a quello dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Questo aspetto è importante da sottolineare, in quanto, non sono richiesti requisiti ulteriori per l'accesso di queste norme nell'ordinamento francese, con la possibilità per i giudici di utilizzarle liberamente²⁸⁰, senza che siano necessari ulteriori adempimenti da parte del legislatore, come quelli che la Costituzione prevede all'articolo 55 per quanto riguarda i trattati²⁸¹.

²⁷⁴ Cfr. Conforti op. cit. nota 8

²⁷⁵ Art. 11 co.1 Costituzione italiana

²⁷⁶ Par. 14 Preambolo Costituzione francese del 1946

²⁷⁷ Spiega R. Rivier: *France* in Palombino op. cit. nota 31 pag. 69

²⁷⁸ Sentenza Corte Costituzionale francese 98-408 1999

²⁷⁹ Cfr. Rivier op. cit. nota 277 pag. 65

²⁸⁰ ECLI: Fr: Ccass: 2013: C100394 Première chambre civile

²⁸¹ In cui si prevede che l'accordo internazionale debba essere pubblicato per avere effetto nell'ordinamento francese

Capitolo II

I singoli principi e diritti nell'ordinamento internazionale

Sommario: Introduzione; 1 Il principio del non *refoulement*; 2 Il diritto alla speranza; 3 Il principio di legalità; 4 Il divieto di genocidio; 5 Le immunità degli Stati dalla giurisdizione

Introduzione

Il presente capitolo di occuperà di analizzare delle singole norme del diritto internazionale, cinque nello specifico, secondo uno schema comune si darà prima una definizione basilare di tali norme, successivamente si inquadreranno le fonti di queste norme, poi si cercherà di collocare la norma in questione nel rango delle fonti del diritto internazionale, per poi concludere passando all'analisi del contenuto di esse.

Le norme analizzate saranno le seguenti: il principio del *non refoulement*, il diritto alla speranza, il principio di legalità, il divieto di genocidio e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione.

La scelta è ricaduta su queste norme data la loro grande rilevanza nel diritto internazionale e nei vari diritti nazionali, oltre alla presenza di un grande dialogo tra corti nazionali e internazionali che ha caratterizzato, anche in tempi recenti, questi singoli principi e diritti.

Se il non respingimento, il principio di legalità ed il divieto di genocidio sono norme che nascono come principi di diritto internazionale e, talvolta, come si vedrà, operano ancora come tali, le altre due norme, diritto alla speranza ed immunità non rientrano in questa categoria, ma il loro atteggiarsi nei rapporti tra gli ordinamenti è comune alla prime tre norme. Prendendo ad esempio il diritto alla speranza, la *ratio* di tale norma è quella di garantire i diritti umani in misura maggiore di quello che viene fatto negli ordinamenti interni degli Stati, sulla base di ragioni non solo giuridiche, ma anche di moralità e di giustizia presenti nella coscienza della comunità internazionale. Lo stesso si può dire dell'immunità degli Stati. Le norme in questione ben rientrano nell'idea alla base del lavoro, ossia quella di analizzare come delle singole norme possano cambiare, o anche essere contestate, dalle Corti Supreme interne in ragione di valori che vanno oltre la norma, ma che, attraverso le norme stesse ed il lavoro degli interpreti, trovano la loro realizzazione.

Va precisato, inoltre, come il capitolo analizzerà solamente gli aspetti internazionali di queste norme, dalla giurisprudenza alle fonti, dato che sarà nel terzo capitolo che si rivolgerà all'analisi delle stesse norme analizzate nel capitolo precedente ma solo da un punto di vista interno, in particolare della

giurisprudenza suprema, per capire come esse siano state modificate o quali altre influenze siano arrivate dall'ordinamento internazionale negli ordinamenti interni.

Tale dicotomia sarà utile per mettere in relazione i vari ordinamenti interni e l'ordinamento internazionale alla luce ed utilizzando gli strumenti del primo capitolo, anche per capire quanto la prassi sia conforme alla teoria nella materia dell'adattamento e, soprattutto, del bilanciamento tra norme internazionali, che siano esse trattati, consuetudini, norme cogenti, principi e perfino il *soft law*, con i principi fondamentali degli ordinamenti e non solo.

Paragrafo 1

Il principio del non *refoulement*

Il principio del *non refoulement* (non respingimento), è un principio di grande importanza nel diritto internazionale che ha assunto sempre più valore ed ha visto ampliare il suo contenuto nel corso degli anni. Tale principio, *prima facie*, è definibile come il divieto, imposto agli Stati, di respingere un soggetto dal proprio territorio, se vi è il rischio di farlo giungere nel territorio di uno Stato in cui la vita o l'integrità psico-fisica di tale soggetto siano messe a repentaglio. Come già si è anticipato, questa definizione necessita di spiegazioni e precisazioni dei singoli elementi che la costituiscono, che verranno analizzati più avanti nel paragrafo.

Il principio è stato codificato già a partire dal 1949, più precisamente all'articolo 45 par.4, della quarta Convenzione di Ginevra che imponeva il divieto di respingimento nel caso di rischio di persecuzione per motivi politici o religiosi¹. Questa prima disciplina era sicuramente molto limitata, richiedendo, pertanto, un approfondimento della materia, che arrivò nel 1951 con la Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati. La nozione del principio del non *refoulement* è offerta all'articolo 33 del trattato che, al paragrafo 1, recita: "*No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.*"². Questa definizione, ancora oggi, ha grande rilievo nella giurisprudenza e nella dottrina internazionale, ma, tuttavia, è possibile affermare come essa non sia più corrispondente al contenuto

¹ Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra 1949

² Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 articolo 33 par. 1

del principio del non respingimento nella sua interezza³. Continuando nell'analisi delle fonti, sono molti gli strumenti internazionali successivi alla Convenzione del 1951 che prevedono tale principio al loro interno. Tra essi è possibile ricordare la Convenzione Interamericana dei diritti umani che lo dispone all'articolo 22 par. 8⁴, oppure la Convenzione dell'Organizzazione per l'Unità Africana (ora Unione Africana) del 1969, che regola gli aspetti specifici dei problemi inerenti ai rifugiati in Africa, e che contiene il principio all'articolo 2 par 3⁵, così come la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti del 1984 che lo regola all'articolo 3⁶. Altri strumenti rilevanti sono la Carta di Nizza all'articolo 19 par.2⁷ e la Convenzione e per la protezione di tutte le persone contro le sparizioni forzate del 2006 che lo stabilisce all'articolo 16⁸.

Una così cospicua produzione normativa suggerisce come il principio sia ormai entrato stabilmente a far parte del diritto internazionale consuetudinario⁹. Resta aperto, tuttavia, il dibattito sulla possibilità o meno di includere tale principio tra le norme inderogabili di diritto internazionale, *ius cogens*, o meno. Le visioni sono differenti sul punto e saranno ora analizzate. Concorda sulla collocazione di *ius cogens* nelle fonti del diritto internazionale, l'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati ("UNHCR"), ossia l'organo che l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha investito del ruolo di tutelare i diritti dei rifugiati, vigilando, a questo fine, sulla condotta degli Stati. L'UNHCR ha chiarito più volte la sua posizione¹⁰ qualificando come inderogabile il principio in ogni caso.

Un altro argomento utilizzabile a favore della tesi del carattere non derogabile del principio del non refoulement è quello di considerarlo come "nocciolo duro" del diritto d'asilo¹¹ ed in quanto tale,

³ Come nota M. Lenzerini: *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo* in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè pag. 723

⁴ "in no case may an alien be deported or returned to a country, regardless of whether or not it is his country of origin, if in that country his right to life or personal freedom is in danger of being violated because of his race, nationality, religion, social status, or political opinions"

⁵ "No person shall be subjected by a Member State to measures such as rejection at the frontier, return or expulsion, which would compel him to return to or remain in a territory where his life, physical integrity or liberty would be threatened for the reasons set out in Article I, paragraphs 1 and 2."

⁶ "No State Party shall expel, return ('refouler') or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture"

⁷ "Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti."

⁸ "No State Party shall expel, return ('refouler'), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance"

⁹ Di questo avviso sono Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 731 e J. Allain: *the jus cogens nature of non refoulement* International Journal of Refugee Law, 13(4)(4), 533-558. <https://doi.org/10.1093/ijrl/13.4.533> 2001 pag. 538

¹⁰ Parere consultivo sull'applicazione extraterritoriale degli obblighi di non-refoulement derivanti dalla Convenzione relativa allo status dei rifugiati del 1951 e dal suo Protocollo del 1967 del 2007 par. 21

¹¹ Così viene definito da Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 721 e G. Paccione: *il principio di non refoulement e la deterritorializzazione del controllo della frontiera marittima* 2014 All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36717-il-principio-di-non-refoulement-e-ladeterritorializzazione-del-controllo-della-frontiera-marittima> pag. 4

secondo quanto detto sulle regole del bilanciamento tra i principi¹², non sarebbe possibile comprimerlo del tutto, anche nel caso in cui esso si ponga in contrasto con altri diritti o principi meritevoli di tutela. Se così non fosse, il diritto d'asilo sarebbe negato nella sua totalità, per questo motivo l'inderogabilità del principio del non respingimento sarebbe da considerarsi come funzionale a garantire la tutela minima offerta dal diritto d'asilo stesso.

Su un presupposto simile si fonda la teoria, che appare preferibile, secondo la quale il principio del non refoulement sarebbe inderogabile se utilizzato come strumento per garantire altri diritti inderogabili. Ciò significa che se il principio del non respingimento serve per fare in modo che non vi sia la violazione di un'altra norma di *ius cogens*, allora, e solo in quella determinata fattispecie, anch'esso diventa inderogabile¹³. Il caso più comune è quello del divieto di tortura, che indiscutibilmente è da considerarsi norma inderogabile di diritto internazionale. Esso, infatti, al fine di essere rispettato, può richiedere l'applicazione del principio del non respingimento come strumento per impedire il verificarsi di tali eventi lesivi dei diritti umani degli individui¹⁴. Anche gli strumenti normativi internazionali sottolineano il carattere di strumentalità del principio per prevenire atti di tortura, come la già citata convenzione ONU del 1984, oppure la Carta di Nizza. L'importanza di questa teoria si nota ancora di più se si tiene conto di come anche le misure degli Stati dirette a combattere il terrorismo siano limitate dal divieto di tortura. Anche la Corte EDU ha avuto modo di chiarire come il divieto di tortura non sia soggetto a deroghe nemmeno nei casi di terrorismo¹⁵. Di conseguenza, anche il principio del non respingimento deve applicarsi in questi casi, senza deroghe, seppur giustificate dalla lotta ad una grave minaccia come quella del terrorismo stesso¹⁶.

Passando a parlare del contenuto, sicuramente la base è rappresentata dal già menzionato articolo 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 che impone agli Stati contraenti di non respingere o espellere un rifugiato se la sua vita o la sua libertà siano a rischio per uno dei motivi che l'articolo stesso elenca. Più precisamente il testo dell'articolo prescrive la proibizione di espellere o far ritornare i rifugiati nel territorio di uno Stato in cui sarebbero in pericolo. Questa precisazione è importante per sottolineare come il principio non contenga l'obbligazione per gli Stati di accogliere i rifugiati,

¹² vedi supra Capitolo I par. 3

¹³ Concordano sul punto Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 736 e P. Pustorino: *Lezioni di diritti umani* Cacucci, Bari, 2019 pag. 121

¹⁴ Sentenza CEDU 1989 “*Soering c. UK*” par. 87-88

¹⁵ Sentenza CEDU 1996 “*Chahal c. UK*” par. 79. Si veda anche la sentenza CEDU 2008 “*Saadi c. Italia*” in cui si la Corte spiega come il divieto di tortura non sia soggetto a deroghe a prescindere dal tipo di reato commesso dall'individuo par. 127

¹⁶ *Ahmed Hussein Mustafa Kamil Agiza v. Sweden*, CAT/C/34/D/233/2003, UN Committee Against Torture (CAT), 24 May 2005, available at: <https://www.refworld.org/cases,CAT,42ce734a2.html> ribadito anche in UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), 10 March 1992, available at: <https://www.refworld.org/docid/453883fb0.html>.

essendo possibile anche solo dirigerli verso un paese considerato sicuro¹⁷. Il compito degli Stati non si limita, tuttavia, a ciò, essi, infatti, sono titolari anche di una serie di obblighi positivi¹⁸, e quindi comportamenti attivi che vanno posti in essere per poter essere esonerati da ogni tipo di responsabilità. Ciò emerge con chiarezza riguardo alla tematica del cosiddetto “*refoulement* indiretto”. Per *refoulement* indiretto deve intendersi la situazione nella quale uno Stato, quello in cui il rifugiato arriva in primo momento, si rifiuta di accogliere il rifugiato stesso, accordandosi con un altro Stato, il quale, se non rispetterà l’obbligazione prevista nel principio del non respingimento, per esempio consegnando quel soggetto ad uno Stato considerato non sicuro, oppure ponendo esso stesso in essere atti lesivi della vita o dell’integrità psicofisica del soggetto stesso renderà responsabile di violazione della norme del *non refoulement* anche il primo Stato. Secondo questo schema, formalmente, il primo Stato non avrebbe compiuto attività lesive dei diritti umani del rifugiato, ma questa liceità del comportamento è in realtà solo apparente, in quanto lo Stato che per primo ha accolto, o nel territorio del quale il rifugiato si trova, deve fare in modo che il rifugiato stesso, successivamente, non rischi una lesione dei propri diritti fondamentali¹⁹. Le corti sovranazionali europee hanno avuto molta attenzione a questo aspetto, nell’ottica di limitare il più possibile comportamenti illegittimi degli Stati che, a causa della forte pressione migratoria degli ultimi anni, cercano soluzioni per arginare il più possibile l’arrivo dei migranti nei loro territori. Una norma molto importante al riguardo, che è stata fonte di condanna per gli Stati europei sia davanti alla CEDU che davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, è il regolamento 343/2003 detto anche “Dublino II”, il cui preambolo si occupa della questione del non respingimento, impegnandosi a conformarsi alla Convenzione di Ginevra del 1951. Più in dettaglio, al paragrafo 2 del preambolo, si stabilisce che: “*gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi*”²⁰. La disposizione prevede una presunzione di sicurezza di uno Stato Membro, senza che vi sia un preventivo controllo sull’effettività di questa situazione, in capo al paese che ha giurisdizione sull’individuo in prima istanza. Questo meccanismo è stato contestato e bocciato in due distinte occasioni. Il primo caso è datato gennaio 2011: la CEDU stabilì che il comportamento delle autorità belga, che spedirono i ricorrenti in Grecia senza assicurarsi che i diritti degli stessi, tra cui il non respingimento, sarebbero stati rispettati, contravvenendo in questo modo alle norme della Convenzione²¹. Lo stesso concetto fu ribadito alla fine del 2011, a dicembre, dalla Corte di Giustizia

¹⁷ Così Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 742

¹⁸ Come notano Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 742-743 e l’UNHCR nel già citato parere op. cit. nota 10 par. 17-22

¹⁹ Sentenza CEDU 2000: “*T.I c. UK*” par. 15

²⁰ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio del 18 febbraio 2003 che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda d’asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo: preambolo par. 2

²¹ Sentenza CEDU 2011: “*M.S.S c. Belgio e Grecia*” par. 325 e 359

dell'UE che spiegò come, per tutelare i diritti fondamentali degli individui, si renda necessario fare una valutazione soggettiva dell'individuo e della sua situazione, senza agire secondo una mera presunzione legale²².

Proseguendo nell'analisi degli elementi indicati dall'articolo 33 par.1 della Convenzione di Ginevra, bisogna chiarire cosa si intenda per Stati contraenti.

Questa chiarificazione è necessaria in quanto sono gli Stati che sono titolari dell'obbligo di non respingimento, pertanto è opportuno identificare in maniera precisa chi sia responsabile in caso di omissioni e violazioni. Gli Stati parte sono quelli che hanno ratificato la Convenzione del 1951 oppure, in alternativa, chi ha ratificato il protocollo addizionale del 1967. Gli Stati saranno responsabili per gli atti compiuti dalla loro autorità pubbliche, così come per gli atti commessi dai soggetti privati²³ in ossequio al principio della *due diligence*. È importante notare come non sia prevista una forma particolare per gli atti di espulsione, non potendo uno Stato appigliarsi ad un mero argomento formale per essere esonerato dalla responsabilità in caso di violazione del principio. Questa lettura trova la sua fonte normativa all'articolo 33 che dice che il divieto è tale vale in “*any manner whatsoever*”²⁴

Altro elemento da analizzare è quello dei destinatari del principio, cioè chi è tutelato da questo principio e che, quindi, deve essere tutelato dagli Stati. La Convenzione del 1951 si riferisce ai rifugiati come soggetti attivi del principio, definiti all'articolo 1 let. A par. 2 della Convenzione²⁵. Ma non tutti i rifugiati così individuati sono titolari di queste garanzie, ma sono quelli che si trovano nelle condizioni previste all'articolo 33, cioè per i soggetti la sua vita o libertà siano in pericolo per opinioni politiche o religiose oppure per la propria nazionalità o appartenenza ad un determinato gruppo sociale. Questa nozione è certamente limitata, ma è stata ampliata nel corso del tempo. In questo la CEDU ha avuto un ruolo centrale, garantendo tutele sempre più ampie e maggiori rispetto a quelle della Convenzione di Ginevra²⁶. Oggi la tutela è più ampia e non viene riconosciuta solo ai rifugiati, ma a tutte quelle persone che si trovino in situazioni tali che non gli permettano, per una serie di motivi, il rientro nel loro paese d'origine. Sono due i fattori da prendere in considerazione: la situazione soggettiva del richiedente e la situazione oggettiva nella quale si trova il suo paese di origine (o l'eventuale paese terzo che potrebbe accoglierlo). La situazione soggettiva è un elemento

²² Cause riunite C-411/10 e C-493/10 par. 103 e 108

²³ Sul punto dottrina e giurisprudenza coincidono. Quanto detto, difatti, è affermato da Lenzerini op. cit. nota 3 pag 740, dall'UNHCR op.cit. nota 10 par. 9 e anche dalla CEDU nella sentenza del 1997: “*H.L.R c. Francia*” par. 40

²⁴ Come fa notare Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 724

²⁵“(…) *owing to well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.*”

²⁶ Come emerge nella sentenza CEDU del 1996: “*Ahmed c. Austria*” par. 4

molto delicato, che, però, ha una rilevanza minore rispetto alla situazione oggettiva degli Stati. Quando l'interprete si trova a valutare la situazione soggettiva di un individuo, ai fini del suo respingimento o meno, deve analizzare come l'individuo reagirebbe alla situazione con cui dovrebbe confrontarsi nel proprio paese d'origine e chiedersi se egli sarebbe in grado di tollerare quella situazione o meno. Ciò significa che a fronte di situazioni oggettive equivalenti, due soggetti potrebbero rispondere in maniera differente, facendo giungere il giudice, di conseguenza, a risultati diversi²⁷. C'è da far notare come questi ragionamenti perdano di rilevanza in casi di rischio, per il richiedente, di tortura o altri atti inumani o degradanti, poiché la tutela, in questi casi, viene attivata in ogni caso, a prescindere dalla situazione soggettiva degli individui coinvolti²⁸. Per quanto riguarda la situazione oggettiva, ci si riferisce allo stato in cui il paese di origine, o il paese terzo che potenzialmente accoglierà il soggetto, si trova. Con ciò si intende quali siano le leggi che regolano l'accoglienza degli immigrati, le strutture medico-ospedaliere dello Stato, oppure se vi sia il rischio che il soggetto si venga a trovare in condizioni potenzialmente lesive dei suoi diritti fondamentali, come il rischio di tortura. La valutazione di queste condizioni spetta, come si è detto, al paese di rifugio.

A metà tra i due criteri sopra menzionati si trova e ha trovato sempre più rilevanza grazie alla CEDU²⁹, la tutela per i soggetti a rischio per motivi di salute. Sulla questione la Corte ha avuto modo di esprimersi nel caso *Paposhvili c. Belgio*³⁰: in questa sentenza la Corte afferma che non è possibile respingere un soggetto in condizioni che vengono definite come eccezionali³¹ e che richiedano cure non disponibili o non accessibili, pur essendo disponibili, per ragioni di varia natura, economica per dirne una, ma che, al tempo stesso, sono necessarie per il soggetto che rischia di essere respinto³².

Dal quadro delineato emerge come il principio, salvo che in alcune circostanze, non sia illimitato, rendendosi necessario un bilanciamento da fare tra il diritto dei richiedenti asilo e la sicurezza dello Stato³³, oltre che, come visto prima, con le risorse dello Stato, che non sono infinite. Questa questione era già stata presa in considerazione dagli Stati firmatari della Convenzione di Ginevra, come testimonia il testo dell'articolo 33 par.2 che recita: “*The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country*”³⁴. Per avere un

²⁷ Come suggerisce Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 741

²⁸ Spiega Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 741

²⁹ Per approfondire sul punto si veda G. Carella: *Il divieto di allontanamento dello straniero per ragioni di salute e il c.d. decreto Salvini* in A. Davì: *Liber amicorum La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione* Volume I editoriale scientifica, Napoli 2019 pag. 476-482

³⁰ Sentenza CEDU 2016: “*Paposhvili c. Belgio*”

³¹ Id nota 30 par. 183

³² Id nota 30

³³ Così Paccione op. cit. nota 11 pag. 2

³⁴ Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 art. 33 par.2

quadro completo delle eccezioni e delle limitazioni del principio del non respingimento, è necessario leggere la disposizione sopramenzionata in combinato disposto con un'altra disposizione della Convenzione, ossia l'articolo 1 let. F, che indica una serie di crimini, che, se commessi dal richiedente, data la loro gravità, comportano la negazione della domanda di asilo. Questi crimini sono elencati nella norma³⁵.

Quello che si può evincere leggendo le disposizioni è che un soggetto, può vedersi negata la richiesta agli individui solo in circostanze particolarmente gravi, come crimini internazionali (let. A), atti che vadano contro i principi e gli scopi delle Nazioni Unite (let. C) e per crimini molto gravi in genere (let. B). Risulta, ora, necessario soffermarsi sulla nozione di crimini molto gravi, “*serious crimes*” che viene ripetuta in entrambe le norme. Mentre all'articolo 33 si parla di crimini particolarmente seri in generale, all'articolo 1 ci si riferisce solamente a crimini gravi commessi fuori dal paese di rifugio, e quindi prima che il soggetto sia entrato nel territorio di quello Stato³⁶. Le norme, pertanto, non sono da considerarsi in sovrapposizione tra loro, se si interpreta l'articolo 33 come complementare all'articolo 1 let. F b e cioè come delimitato alle fattispecie non regolate in quest'ultimo³⁷. Gli altri criteri da prendere in considerazione, per negare in maniera legittima l'asilo al richiedente, sono individuati nella prima parte dell'articolo 33 par. 2. Il primo di essi è che vi debbano essere motivi ragionevoli a giustificare il rifiuto, deve essere quindi una decisione non arbitraria e supportata da un comprovato materiale probatorio³⁸. Il soggetto deve essere, inoltre, ritenuto un pericolo per la sicurezza dello Stato di rifugio, un pericolo che deve essere molto serio e basato sul principio di proporzionalità³⁹. Infine, è necessario che vi sia stata una condanna definitiva, per uno dei crimini analizzati, nel paese di origine del rifugiato.

Dopo aver analizzato il principio da un punto di vista soggettivo ed oggettivo, si vede necessario ora illustrare l'estensione a livello territoriale del principio.

Si è detto che sono gli Stati i soggetti passivi del principio, avendo loro l'incarico di assicurarne il rispetto e l'applicazione e si è detto come essi siano responsabili della tutela degli individui presenti

³⁵ a “(...) *a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity, as defined in the international instruments drawn up to make provision in respect of such crimes;*

b “(...) *a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee;*

c “(...) *acts contrary to the purposes and principles of the*

United Nations questo articolo contiene una di quelle che l'UNHCR ha definito, nel già più volte menzionato parere op. cit. nota 10 come “criteri di esclusione” par. 6 nota 7

³⁶ Sottolineano Sir E. Lauterpacht e D. Bethlehem: *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion* in E. Feller, V. Türk e F. Nicholson: *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* Cambridge University Press, 2003 pag. 128

³⁷ Id nota 36 pag. 128

³⁸ Id nota 36 pag. 135

³⁹ Id nota 36 in cui si osserva come questi criteri siano importanti da tenere in considerazione nell'ottica del ruolo chiave che il principio del non refoulement gioca nella tutela dei diritti umani pag. 137

nel territorio degli Stati stessi. Si è, inoltre, detto che gli Stati sono responsabili anche in caso di violazioni commesse da altri Stati, in caso di *refoulement* indiretto. Questa fattispecie è un caso, non unico, di applicazione extraterritoriale del principio: ciò significa che il principio di non respingimento opera anche in casi nei quali i richiedenti non si trovino nel territorio, inteso come spazio di sovranità dello Stato delimitato attraverso delle frontiere, ma siano comunque soggetti alla giurisdizione di quello Stato. La situazione in questione riguarda, principalmente, il caso di soggetti che si trovino in mare, in un punto di esso che sia sotto il controllo dello Stato di rifugio. La fattispecie, negli ultimi anni, è diventata molto comune, con il fenomeno migratorio in mare, verso le coste italiane e greche, in grande aumento, fenomeno che ha messo in seria difficoltà questi Stati, ma non solo, con grandi critiche a livello politico sulla gestione di esso. La disciplina ha la sua base nell'articolo 33 par.1 della Convenzione di Ginevra che indica che il divieto di espellere o respingere vale in *"any manner whatsoever"*⁴⁰ cioè per ogni situazione ed in ogni maniera, pertanto si può includere anche un respingimento nello spazio marino di uno Stato. La disciplina si giustifica anche in ragione del fatto che, tra le obbligazioni dello Stato in materia di *non refoulement*, vi è il divieto di non respingere gli individui alla frontiera e, pertanto, equiparando le frontiere marine alle frontiere terrestri, la tutela verrà estesa a quei soggetti che vengono intercettati via mare⁴¹. La *ratio* che ha portato all'esigenza di dare regolazione al fenomeno è racchiusa nel fenomeno dell'"intercettazione". L'intercettazione è la pratica con la quale gli Stati fermano una nave o altro mezzo marittimo in una zona di propria sovranità o, addirittura, al di fuori di essa, cioè in acque internazionali, per poi rimandare indietro i soggetti intercettati. Questo comportamento viene anche chiamato "controllo di frontiera deterritorializzata"⁴² e desta molte perplessità da un punto di vista giuridico, che hanno portato la CEDU a pronunciarsi al riguardo. Prima di addentrarsi in tale giurisprudenza, appare opportuno approfondire il tema delle intercettazioni. Esse sono state studiate anche dall'UNHCR, che ne ha individuato il contenuto. Un'intercettazione sarà tale quando uno Stato assumerà una serie di comportamenti delineati dall'organo internazionale⁴³.

Da tale elenco si evince come, di per sé, un'intercettazione in mare non sia un atto illegittimo né, tantomeno, connotato da un'accezione negativa. Quando l'agenzia dell'ONU parla di situazioni nelle

⁴⁰ Così nota Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 749

⁴¹ Come discusso da Paccione op.cit. nota 11 pag. 8

⁴² Id nota 41 pag. 2

⁴³ *"prevent embarkation of persons on an international journey; prevent further onward international travel by persons who have commenced their journey; or assert control of vessels where there are reasonable grounds to believe the vessel is transporting persons contrary to international or national maritime law; where, in relation to the above, the person or persons do not have the required documentation or valid permission to enter; and that such measures also serve to protect the lives and security of the travelling public as well as persons being smuggled or transported in an irregular manner"* Conclusion on Protection Safeguards in Interception Measures No. 97 (LIV) - 2003

quali l'imbarcazione viene fermata per proteggere o mettere in sicurezza l'incolumità dei navigatori, questo atto rientra perfettamente nella funzione di protezione dei diritti umani, tipica del non respingimento. Lo Stato, nel compiere queste operazioni, deve cercare di osservare certe regole, come la tutela dei diritti umani e della sicurezza delle persone, assumendosi la responsabilità delle azioni compiute dai suoi operatori e, soprattutto, non fare in modo che le intercettazioni divengano strumento per negare la protezione dell'asilo a soggetti legittimati a richiederla⁴⁴. Quest'ultimo elemento si è rivelato di grande importanza, data la crescente prassi degli Stati di intercettare migranti in acque extraterritoriali per eludere il divieto di non respingimento, intercettandoli prima che le loro imbarcazioni potessero raggiungere il proprio spazio marittimo. Un esempio di questa pratica sono gli accordi fra Italia e Libia, in particolare una norma prevista in un articolo che prevede: “(...) *I due Paesi si impegnano a rimpatriare gli immigrati clandestini e a concludere accordi con i Paesi di origine per limitare il fenomeno dell'immigrazione clandestina*”⁴⁵. L'articolo, come è facile intuire, si pone in contrasto con il divieto di non respingimento, configurandosi come un caso di *refoulement* indiretto compiuto dall'Italia essendo la Libia un paese non sicuro per i migranti. Questa violazione è stata rilevata anche dalla CEDU nella storica sentenza “*Hirsi Jamaa et al. c. Italia*”⁴⁶ del 23 febbraio 2012, che ha condannato l'Italia. Alla base del pronunciamento vi fu l'intercettazione che le navi militari italiane fecero in una zona marittima soggetta alla giurisdizione di Malta⁴⁷. Il risultato di tale operazione fu quello di trasferire i soggetti intercettati a Tripoli, capitale della Libia⁴⁸.

Questa sentenza ha rappresentato un punto di svolta per il principio del *non refoulement* per vari motivi. Essa, non solo, come si è visto, ha chiarito una volta per tutte la portata delle intercettazioni, che sono illegittime se comportano una lesione dei diritti umani degli individui, nel caso di specie a rischio tortura⁴⁹ e non solo, ma ha anche consolidato alcuni punti fino a quel momento controversi della disciplina del principio del non respingimento.

La Corte ha stabilito che in presenza di un'azione illegittima da parte di uno Stato contraente in una zona il cui esso esercita il controllo, anche se fuori dal territorio della Convenzione⁵⁰, la Corte avrà competenza a giudicare la questione. Il punto merita di essere approfondito, per meglio delimitare l'ambito territoriale del principio. Se si assume che le navi battenti bandiera di un certo paese siano da considerarsi come “territorio” di quello Stato, allora sembrerebbe possibile affermare come anche

⁴⁴ Id nota 43

⁴⁵ Protocollo addizionale all'accordo tra Italia e Libia di cooperazione per la lotta contro l'immigrazione clandestina, firmato il 4 febbraio 2009

⁴⁶ Sentenza CEDU 2012: “*Hirsi Jamaa e ALTRI c. Italia*”

⁴⁷ Id par 9-10

⁴⁸ Id par. 11

⁴⁹ Id par. 122

⁵⁰ Id par. 73

le ambasciate, che sono, parimenti, un distaccamento territoriale dello Stato, siano soggette al principio⁵¹, anche se la soluzione non appare consolidata in dottrina⁵².

La Corte ha, inoltre, ribadito come il principio sia inderogabile nei casi in cui esso sia strumentale alla tutela di altre norme inderogabili, come il divieto di tortura contenuto all'articolo 3 della Convenzione, anche a fronte di situazioni di crisi economica che gli Stati devono sopportare a causa della forte pressione data dai flussi migratori⁵³. La Corte ha, inoltre, ricordato come gli Stati siano titolari di obblighi positivi, come quello di informarsi sulle condizioni dello Stato che riceverebbe i richiedenti, ottenendo idonee garanzie sul trattamento di essi da parte dello Stato in questione⁵⁴. In caso di mancanza di adempimento di questi obblighi, come nel caso dell'Italia, si configurerà una violazione per *refoulement* indiretto⁵⁵.

Questa sentenza della Grande Camera racchiude molti dei principi che formano il principio del non respingimento ed è stata definita, per questa ragione, la chiusura del cerchio⁵⁶ per quanto riguarda la disciplina del principio, che appare essersi stabilizzato su queste linee interpretative.

Paragrafo 2

Il diritto alla speranza

Per diritto alla speranza (*right to hope*) si intende il diritto dei condannati alla pena perpetua di avere la possibilità di tornare in libertà al verificarsi di determinate condizioni *de facto* e *de iure*. Il contenuto di tale diritto è in progressiva formazione, grazie al lavoro della CEDU coadiuvata dalle Corti Supreme nazionali, che contribuiscono alla costruzione di questo importante diritto dell'uomo, redendo tale diritto un esempio di dialogo positivo tra le Corti, nella cooperazione alla formazione del diritto internazionale. Esso si è sviluppato nella giurisprudenza della CEDU a partire dal 2008 con il *leading case* "*Kafkaris c. Cipro*" ed ancora oggi viene puntellato e riempito di contenuti con l'ultimo caso "*Viola c. Italia*" del 2019. Prima di esaminare tale giurisprudenza, bisogna sottolineare come già in alcuni testi normativi, anche di *soft law*, vi sia stata un'attenzione alla tutela degli ergastolani già prima del lavoro dei giudici sovranazionali. La prima fonte rilevante è lo Statuto di

⁵¹ J. A. Hessbruegge: *European Court of Human Rights Protects Migrants Against "Push Back" Operations on the High Seas* ASIL Insights Volume 16 issue 14 2017 al sito <https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/14/european-court-human-rights-protects-migrants-against-%E2%80%9Cpush-back%E2%80%9D>

⁵² Di questa opinione Pustorino op.cit. nota 13 pag. 177 che afferma che tale lettura non sia corrispondente al diritto internazionale consuetudinario

⁵³ Cfr. sentenza *Hirsi* nota 46 par. 122

⁵⁴ Id nota 53 par. 157

⁵⁵ Id nota 53 par. 158

⁵⁶ In questo senso Lenzerini op.cit. nota 3 pag. 760

Roma, istitutivo della Corte Penale internazionale che all'art. 110 prevede: "*When the person has served two thirds of the sentence, or 25 years in the case of life imprisonment, the Court shall review the sentence to determine whether it should be reduced. Such a review shall not be conducted before that time.*"⁵⁷ La disposizione è importante poiché contiene un limite temporale (25 anni) non prima, ma entro il quale, la Corte debba valutare se la pena all'ergastolo abbia ancora ragione di essere confermata, o se vi siano le condizioni per una riduzione di essa. Il testo della norma non chiarisce a che condizioni ciò possa avvenire, però all'ergastolano è garantito un nuovo esame della conformità della pena entro un periodo di tempo determinato e da un organo individuato *a priori* dalla legge. Questi elementi costituiscono l'ossatura del diritto, che si è evoluto da quel momento, ma è di certo una base importante su cui dottrina e giurisprudenza hanno potuto lavorare nel corso degli anni. Questo non è, tuttavia, l'unico esempio di ciò, come dimostra una decisione quadro del Consiglio datata 2002. Tale fonte si occupa di disciplinare il mandato d'arresto europeo e tra le condizioni per cui esso può essere concesso vi è anche quella dell'articolo 5 par.2⁵⁸.

È possibile notare similitudini e differenze con l'articolo 110 dello Statuto di Roma. La prima differenza è che, nel caso di specie, si parla di una situazione nella quale lo Stato membro d'emissione deve valutare se lo Stato membro emittente del mandato d'arresto abbia certi requisiti nel proprio ordinamento, con uno schema simile a quello che si è visto nel caso del divieto di respingimento indiretto. I requisiti in questione sono che l'ordinamento giuridico dello Stato emittente abbia un sistema di revisione della pena che si attivi in un determinato periodo di tempo (20 anni al più tardi), come già previsto per la Corte Penale internazionale. A questo termine temporale sono aggiunti altri requisiti, cioè quello della richiesta del condannato che voglia avere rivalutata la propria posizione come sistema di attivazione di un giudizio di revisione, oppure misure di clemenza, come la concessione della grazia, che possano potenzialmente far cessare l'esecuzione della pena. Nella decisione quadro nulla è detto su quali organi dello Stato d'emissione debbano essere coinvolti e nulla è detto sull'idoneità che gli strumenti di clemenza abbiano ai fini dell'efficace tutela del diritto alla speranza degli ergastolani, argomento ampiamente discusso nella giurisprudenza CEDU. Si evince dall'analisi di questa fonte, come gli organi sovranazionali abbiano difficoltà a entrare in dettaglio in questioni di diritto penale degli Stati membri, essendo questa materia molto sensibile, per cui gli stessi Stati preferiscono conservare il più possibile la sovranità su di essa, non accogliendo con favore

⁵⁷ Statuto Corte Penale internazionale art. 110 par. 3

⁵⁸ "*Se il reato in base al quale il mandato d'arresto europeo è stato emesso è punibile con una pena o una misura di sicurezza privative della libertà a vita, l'esecuzione di tale mandato può essere subordinata alla condizione che lo Stato membro emittente preveda nel suo ordinamento giuridico una revisione della pena comminata su richiesta o al più tardi dopo 20 anni oppure l'applicazione di misure di clemenza alle quali la persona ha diritto in virtù della legge o della prassi dello Stato membro di emissione, affinché la pena o la misura in questione non siano eseguite.*"⁵⁸
2002/584/GAI articolo 5 par.2

eventuali ingerenze. Ciò si può sostenere anche in considerazione della formulazione non obbligatoria della norma, che prescrive una mera possibilità di subordinare l'accettazione del mandato d'arresto a certe condizioni, possibilità che è espressa con la formula "può", che si trova nella disposizione. Tracce di questo diritto si trovano anche il seno al Consiglio d'Europa che, nel corso degli anni, ha elaborato varie raccomandazioni sul tema. La prima di queste raccomandazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa risale addirittura al 1976, e già venivano individuati alcuni principi cardine di quello che poi sarebbe emerso come diritto alla speranza. Il documento raccomandava agli Stati una serie di misure da applicare⁵⁹.

Il testo, sebbene sia di molto precedente a tutti gli altri strumenti internazionali, presenta numerosi caratteri di modernità e prescrive certe garanzie che ancora oggi non sono state garantite dalla giurisprudenza della Corte EDU. Vi è una forte accentuazione del carattere soggettivo della pena, considerata come strumento di reinserimento sociale del condannato, aspetto che emerge nel momento in cui si chiede agli Stati di assicurare al condannato la liberazione condizionale nel momento in cui sia possibile formulare una prognosi positiva sulla sua riabilitazione, oppure quando si dice come le considerazioni di prevenzione general-preventiva non possano essere utilizzate come motivo di rifiuto della libertà condizionale del soggetto (par.10). Altri criteri comuni alle altre fonti internazionali sono presenti anche in questa fonte, come la richiesta di prevedere meccanismi per la revisione della condanna ed un termine minimo entro il quale svolgere questo esame, che in questo caso è notevolmente minore essendo compreso tra gli otto e i quattordici anni dalla condanna. Da allora il Consiglio d'Europa ha adottato altre risoluzioni che, nella sostanza, ricalcano quanto affermato dalla prima di esse, in particolare nell'esigenze di riconoscere ai detenuti la possibilità di liberazione, basata su un'analisi che prenda il soggetto e la sua riabilitazione come unico aspetto considerato ai fini della concessione di essa o meno. La risoluzione successiva a quella del 1976 che ha un carattere più innovativo è la risoluzione n. 22 del 2003 che afferma due principi importanti: il primo è la necessità di avere una legge che stabilisca quale sia il tempo minimo entro il quale l'ergastolano possa accedere alla revisione della pena, il secondo è che deve essere garantita la possibilità di avere un organo che possa rivalutare la sua domanda dopo che essa venga respinta in prima istanza, in parole povere un appello (*complaint*) della prima decisione.

⁵⁹ "9. ensure that the cases of all prisoners will be examined as early as possible to determine whether or not a conditional release can be granted;

10. grant the prisoner conditional release, subject to the statutory requirements relating to the time served, as soon as favourable prognosis can be formulated; considerations of general prevention alone should not justify refusal of conditional release;

11. adapt to life sentences the same principles as apply to long-term sentences;

12. ensure that a review, as referred to in 9, of the life sentence should take place, if not done before, after eight to fourteen years of detention and be repeated at regular intervals;" Risoluzione Comitato dei Ministri 2 del 1976

Il quadro normativo dà una prima idea dell'importanza di tale diritto, tuttavia la sua collocazione nella gerarchia delle fonti internazionali appare problematica. La base normativa del diritto è collocata nell'articolo 3 della CEDU, più precisamente viene elaborata attraverso un'interpretazione evolutiva del divieto di trattamenti inumani e degradanti⁶⁰. Questa interpretazione, ormai ampiamente condivisa, si basa sul concetto che un trattamento inumano e degradante è un comportamento che lede la dignità dell'essere umano⁶¹ e ciò, riguardo al diritto alla speranza, come si vedrà, può avvenire in varie maniere. Si viene a creare una situazione nella quale un ergastolano che non abbia alcuna possibilità di poter essere liberato e, senza che la sua eventuale riabilitazione a livello sociale sia rivalutata, viene leso nella sua dignità di essere umano in quanto tale. Pertanto, questo diritto entra nella sfera di applicabilità dell'art. 3 della Convenzione e assume, di conseguenza, carattere di norma inderogabile. Sull'inderogabilità dell'articolo si è discusso in passato, soprattutto si era creato in dubbio sull'inderogabilità del divieto di atti inumani e degradanti, mentre il divieto di tortura era riconosciuto come tale con ampio consenso della comunità internazionale. Sulla questione si è interrogata la stessa Corte di Strasburgo che ha affermato come non vi siano ragioni per non ritenere l'art. 3 nella sua interezza come inderogabile⁶². A supporto di tale tesi la Corte segnala come l'art. 15 della Convenzione, che contiene la clausola di deroga dalle norme della Convenzione in situazioni di emergenza, indica tra le norme non soggette a tale deroga l'art. 3 nella sua interezza⁶³. Quello che è possibile notare, tuttavia, è che il diritto, pur avendo grande rilevanza a livello europeo, in altri ordinamenti, come quello statunitense, non ha questo peso così forte e, perciò, si potrebbe parlare di una consuetudine di carattere regionale, circoscritta a livello di Stati CEDU.

Fatte queste considerazioni preliminari, ora è giunto il momento di passare all'analisi della giurisprudenza della Corte EDU su questo diritto.

Il primo di questi casi è il caso *Kafkaris* nel quale la Corte analizzò la compatibilità della legge cipriota col la tutela degli ergastolani ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione. La Corte fornì alcuni requisiti che gli ordinamenti penali nazionali dovevano rispettare per non violare la Convenzione. Il primo requisito è che l'ordinamento interno preveda la possibilità per il condannato di avere una prospettiva (*hope*) di liberazione che sia essa *de iure* o *de facto*⁶⁴. In secondo luogo, l'ordinamento interno deve prevedere un meccanismo che possa permettere la revisione della pena e, successivamente, l'eventuale liberazione⁶⁵. Nel caso di specie la grazia presidenziale fu considerata

⁶⁰ Come osserva Pustorino op.cit. nota 13 pag. 120

⁶¹ Sentenza CEDU 1978: "*Tyers c. UK*" par. 33

⁶² Id nota 61 Ribadito nella sentenza CEDU 2012: "*Harkins e Edwards c. UK*" par. 122-128

⁶³ Id nota 61

⁶⁴ Sentenza CEDU 2008: "*Kafkaris c. Cipro*" par. 98

⁶⁵ Id nota 64 par. 99

come uno strumento che rientrasse nei parametri della Convenzione⁶⁶, comportando la mancata condanna per lo Stato cipriota. La Corte con questa sentenza fissò i primi paletti del diritto alla speranza, seppur si fosse ancora lontani dalle tutele garantite nelle raccomandazioni del Consiglio d'Europa, individuando la necessità di verificare se la pena inflitta ad un condannato fosse da considerarsi veramente perpetua o se vi fossero delle prospettive di liberazione per quel soggetto⁶⁷, requisito necessario per evitare una violazione dell'articolo 3 della Convenzione. La pronuncia, già allora, risultava insufficiente, lasciando aperti molti interrogativi, soprattutto sull'idoneità della grazia presidenziale come strumento che garantisse una reale prospettiva di liberazione. Sul punto è importante sottolineare come il giudice Borrego, nella sua opinione dissenziente, avesse dubitato di questo strumento in relazione al fatto che il potere del Presidente della Repubblica sia molto discrezionale e fuori da un vero controllo, rendendolo inadatto a garantire una vera speranza all'ergastolano⁶⁸. Dopo questo primo passo, la Corte ha avuto modo di approfondire la materia, ampliando la tutela nella sentenza *Vinter*.

La decisione in questione è molto importante, avendo allargato considerevolmente il catalogo delle tutele garantite ai condannati alla pena perpetua. Un primo elemento analizzato dalla Grande Camera è quello che per avere un ergastolo legittimo bisogna valutare la sussistenza di certe condizioni⁶⁹.

L'analisi deve essere, non solo soggettiva, sulla sussistenza della necessità di proseguire la pena perpetua, ossia che essa sia ancora giustificata da esigenza di tutela special-preventiva, ma bisogna pure guardare se vi siano condizioni di fatto o di diritto che diano all'ergastolano la speranza di poter ottenere la liberazione. Un altro rilevante elemento di aggiunta è dato dal concetto che la pena deve essere proporzionata: uno Stato sarà condannato per violazione dell'articolo 3 della Convenzione quando la pena dell'ergastolo sia considerata come eccessiva rispetto al reato commesso, cioè nel caso di una pena che sia "*grossly disproportionate*"⁷⁰. Il criterio della proporzionalità della pena, come osservato anche dalla CEDU, ha grande rilievo a livello europeo, assumendo carattere di norma consuetudinaria. Appare, per questo motivo, molto opportuno l'inserimento di tale requisito nel valutare la compatibilità delle pene dell'ergastolo con gli standard della Convenzione. È giusto notare

⁶⁶ Id nota 64 par. 103

⁶⁷ Come osserva F. Viganò: *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo nota a corte EDU, sez. iv, Vinter e a. c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10 e sez. iv, Harkins e Edwards c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 9146/07 e 32650/07 2012 in diritto penale contemporaneo al sito <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/upload/1341330921Vigano%20Harkins.pdf> pag. 1*

⁶⁸ Opinione dissenziente giudice Borrego par. 6

⁶⁹“(i) that the applicant’s continued imprisonment could no longer be justified on any legitimate penological grounds; and

(ii) that the sentence was irreducible de facto and de jure (...)”

⁷⁰ Sentenza CEDU 2013: “*Vinter e altri c. UK*” par. 88

come la Convenzione sia silente per quanto riguarda questo aspetto⁷¹, mentre altri strumenti internazionali, come la Carta di Nizza, facciano proprio questo criterio. L'art. 49 co. 3 del trattato recita: “*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*”⁷².

La Corte in questa sentenza ha avuto modo di ribadire la necessità per gli ordinamenti interni di prevedere un sistema di revisione della pena, senza, tuttavia, richiedere un limite temporale entro cui farlo né, tantomeno, vengono imposti requisiti di forma particolari per il compimento di tale verifica, anche per quanto riguarda il potere che pone in essere tale atto⁷³. Questa visione, tuttavia, non viene condivisa da tutti i giudici, con un'argomentazione simile a quella dell'opinione dissenziente in *Kafkaris*. Anche in questo caso, nell'ordinamento inglese questa volta, vi era un potere politico intitolato di questa facoltà, cioè il Segretario di Stato, che ha la possibilità di concedere solo per gravi ragioni umanitarie⁷⁴, rendendo tale potere molto discrezionale e poco funzionale alla tutela degli ergastolani. La sentenza *Vinter* ha anche aggiunto una serie di garanzie agli ergastolani, come l'obbligo di essere informati sulle modalità con le quali si possa accedere alla procedura di revisione della pena e sapere quando avverrà tale esame⁷⁵.

Nonostante questi passi in avanti fatti dalla Corte, restano delle criticità nella decisione: la Corte considera che la pena perpetua, anche senza che non vi sia la possibilità di avere una liberazione, può essere conforme all'art. 3 in quanto giustificata nel suo fine e, inoltre, l'inflizione di tale pena basata su un automatismo legale, di per sé, non viola, per la stessa ragione, la Convenzione⁷⁶. Per comprendere meglio queste scelte della Corte, va analizzata la legge inglese alla base delle condanne dei ricorrenti. Nell'ordinamento inglese esiste una particolare categoria di omicidi, *murder*, che vengono puniti con l'ergastolo, senza che il giudice abbia la possibilità di poter scegliere diversamente⁷⁷. Per questa categoria di omicidi si parla di un “*whole life order*”, cioè di una condanna non soggetta a revisione salvo che, nelle forme già ricordate, non intervenga il Segretario di Stato. Questa normativa appare, anche alla luce della funzione della pena come mezzo di rieducazione del condannato, contraria al diritto alla speranza, non garantendo un'adeguata tutela della dignità umana del condannato, che si vedrà rinchiuso per tutta la vita in un carcere, senza poter dimostrare un suo pentimento o la sua idoneità al reinserimento nel tessuto sociale del suo Stato. È discutibile anche la previsione di un automatismo legale alla base di una condanna all'ergastolo, che non permette agli

⁷¹ Così Viganò op. cit. nota 67 pag. 5

⁷² Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea art. 49 co. 3

⁷³ Cfr. *Vinter* nota 70 par. 119-120

⁷⁴ Opinione concorrente del giudice Mahoney par. 16

⁷⁵ Come fa notare E. Dolcini: *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni* in diritto penale contemporaneo al sito <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5698-dolcini2018b.pdf> pag. 31

⁷⁶ Cfr. *Vinter* nota 70 par. 92-93

⁷⁷ Analisi portata avanti da Viganò op. cit. nota 67 pag. 4

interpreti di valutare le condizioni soggettive dell'imputato, a cui vengono negati molti dei suoi diritti umani con una mera analisi di elementi oggettivi. La disciplina, a seguito di questa giurisprudenza si è stabilizzata, per qualche anno, su una serie di principi riassunti nella sentenza Murray del 2016, in cui sono cinque i principi elencati⁷⁸.

La disciplina così delineata va sempre più incontro a quanto il Consiglio d'Europa aveva proposto già nel 1976 e rispetto a *Kafkaris* vi sono garanzie, come il ricorso giurisdizionale in caso di diniego della domanda di liberazione, un periodo di tempo di non oltre 25 per avere la revisione della pena, che sono simbolo dell'evoluzione della giurisprudenza CEDU nella tutela dei diritti degli ergastolani. Restano, tuttavia, alcune criticità, in particolare, la possibilità di includere ragioni di tutela general-preventiva tra le ragioni di rifiuto della domanda di liberazione e, soprattutto, la possibilità che un potere politico, come il Segretario di Stato, sia il solo intitolato a concedere tale beneficio. Questo approccio è stato confermato nella sentenza Hutchinson in cui, in sostanza, sono stati confermati tutti questi principi, anche quelli più problematici. Questa giurisprudenza, tuttavia, già a partire dal 2017, cioè poco dopo Hutchinson ha iniziato a vacillare, portando ad un mutamento dell'indirizzo interpretativo della CEDU.

Il primo aspetto riconsiderato dalla Corte è stato quello del potere dello Stato titolare di questa facoltà. Ciò che la Corte richiedeva agli Stati fino a quel punto è che vi fosse un potere individuato dalla legge che conferisse questa prerogativa, da esercitarsi entro un limite temporale non superiore a 25 anni dalla sentenza di condanna. Nulla era detto sulle modalità attraverso cui ciò dovesse avvenire, salvo l'obbligo di prevedere un procedimento di appello delle eventuali decisioni di diniego. Il punto dolente di questa costruzione restava la possibilità di consentire che strumenti come la grazia presidenziale, fossero idonei a garantire i diritti degli ergastolani. Come già alcune opinioni dissenzienti della Corte facevano notare, questi rimedi sono "incontrollati", cioè sono totalmente dipendenti dalla discrezionalità del soggetto che li pone in essere. La grave mancanza del potere politico rispetto a quello giudiziario è che il primo manca di motivazione⁷⁹, rendendolo più difficile da controllare, anche in sede di ricorso proposto dall'ergastolano. La Corte si è interrogata su questo

⁷⁸ "(1) the principle of legality ("rules having a sufficient degree of clarity and certainty", "conditions laid down in domestic legislation");

(2) the principle of the assessment of penological grounds for continued incarceration, on the basis of "objective, pre-established criteria", which include resocialisation (special prevention), deterrence (general prevention) and retribution;

(3) the principle of assessment within a pre-established time frame and, in the case of life prisoners, "not later than 25 years after the imposition of the sentence and thereafter a periodic review";

(4) the principle of fair procedural guarantees, which include at least the obligation to give reasons for decisions not to release or to recall a prisoner; (5) the principle of judicial review Così riassunti dal giudice Pinto De Albuquerque nella sua opinione dissenziente alla sentenza CEDU del 2017: "*Hutchinson c. UK*" par. 7

⁷⁹ Come sostengono D. Galliani e A. Pugiotto: *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* AIC Rivista N°: 4/2017 pag. 29

aspetto nella sentenza *Matiosatis c. Lituania* nella quale il ricorrente contestò l'idoneità della grazia presidenziale, unico rimedio esperibile in Lituania per richiedere la liberazione per i condannati alla pena perpetua, a garantire la tutela del proprio diritto alla speranza. In quest'occasione la Corte, ormai consapevole delle criticità sollevate dalle proprie precedenti decisioni, mutò il proprio orientamento: si decise che un rimedio politico, per essere conforme ai parametri della Convenzione, dovesse essere accompagnato da un'adeguata motivazione⁸⁰, bocciando, in questo modo, quei rimedi, tra cui la grazia presidenziale, che fino dalla sentenza *Karfkaris* potevano essere legittimamente utilizzati.

Il secondo aspetto problematico che la Corte fu chiamata a rivalutare è quello dell'utilizzo di finalità di carattere general-preventivo nella revisione della pena e, di conseguenza, della valutazione dei requisiti per concedere la liberazione anticipata, come affermato in *Vinter*. Già dalla sentenza *Tyers* la Corte aveva affermato che, nel caso di trattamenti inumani e degradanti, l'elemento che il giudice avrebbe dovuto tenere in considerazione, ai fini della valutazione dell'esistenza di essi o meno, sarebbe dovuto essere solamente quello del soggetto, senza tenere in considerazione cosa la comunità vedeva come giusto o tollerabile ai fini della propria sicurezza o per altre ragioni⁸¹. Questo indirizzo, nonostante il diritto alla speranza sia un'evoluzione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, ancora non aveva fatto il suo ingresso nella giurisprudenza della Corte, che aveva considerato come legittime considerazioni di tutela general-preventiva per rifiutare la liberazione anticipata ad un ergastolano.

Ciò viene ribaltato nella sentenza *Viola c. Italia* del 2019. Il sistema italiano prevedeva che, per accedere alla liberazione anticipata, il condannato dovesse necessariamente collaborare con l'autorità giudiziaria al perseguimento dei crimini⁸² ai quali egli aveva contribuito e per i quali era stato condannato. Del caso italiano e della condanna dell'Italia si parlerà più diffusamente nel terzo capitolo, ma quello che interessa ora è come la Corte abbia rilevato che, nonostante la gravità dei crimini interessati e la necessità di proteggere la comunità da essi, si debba sempre garantire all'ergastolano un esame che sia basato esclusivamente sulla personalità del condannato al fine di stabilire se il suo processo di rieducazione si possa ritenere o meno concluso⁸³.

Un altro aspetto del diritto alla speranza meritevole di attenzione è quello della sua portata extraterritoriale. Per portata extraterritoriale del diritto alla speranza si deve intendere la sua applicabilità nel caso di estradizione di individui verso il territorio di uno Stato che si trovi fuori dall'ambito CEDU, e che, quindi, non condivida necessariamente i requisiti richiesti in questa area giuridica. La Corte sul punto si è espressa in più occasioni, garantendo una tutela nei casi di

⁸⁰ Id nota 79 pag. 36

⁸¹ Sentenza CEDU 1978: "*Tyers c. UK*" par. 31

⁸² Ci si riferisce a crimini particolarmente gravi, tra cui l'associazione a delinquere di stampo mafioso

⁸³ Sentenza CEDU 2019: "*Viola c. Italia*" par. 129

estradizione molto simile a quella per chi deve scontare la condanna in un paese CEDU. La Corte ha affermato che per avere un'extradizione legittima per un soggetto che rischia una condanna all'ergastolo nel paese di destinazione, bisogna fare delle attente valutazioni preliminari di conformità di tale possibile condanna con i parametri CEDU. Bisognerà valutare se la pena che si rischia sia proporzionata al reato commesso, ai sensi di quanto affermato in *Vinter*, sarà necessario valutare, inoltre, se vi sia un meccanismo *de iure* o *de facto* che permetta la revisione della pena in caso di condanna all'ergastolo⁸⁴. Nella sentenza *Trabelsi* la Corte ha riscontrato come la grazia presidenziale, strumento che permette la liberazione anticipata negli Stati Uniti, non fosse compatibile con l'art. 3 della Convenzione. La Corte ha poi avuto modo di chiarire che, per quanto la tutela sia molto ampia anche nel caso di estradizione verso paesi fuori dall'area CEDU, essa non si può considerare come totalmente parificata in caso di paesi che abbiano strutture carcerarie che non rispettino gli stessi standard europei⁸⁵. La Corte afferma che, come nel caso delle strutture ospedaliere, uno Stato non può imporre ad un altro determinati requisiti di vivibilità o quant'altro, pertanto è possibile dover accettare una tutela più ristretta dell'articolo 3 e, di conseguenza, del diritto alla speranza, nel caso di estradizione in paesi più poveri o meno sviluppati⁸⁶.

Questa lettura, almeno per quanto riguarda l'allontanamento di un soggetto per motivi di salute, sembrerebbe esser stata superata⁸⁷, ma resta difficile dire se la Corte farà questo passo in avanti anche con riferimento alla tutela dei carcerati, che potrebbero vedere i loro diritti umani lesi in condizioni di non sostenibilità del sistema carcerario del paese di destinazione.

Il lavoro dell'interprete non si ferma, tuttavia, a tale analisi, ma deve comprendere anche una valutazione del rischio di violazione dell'articolo 3, che, comunque, resta una norma di carattere cogente. Questo pericolo deve esser esaminato in base ad un'analisi prognostica che abbia come obiettivo quello di quantificare la serietà di tale rischio⁸⁸, in un'ottica di bilanciamento tra la tutela dell'articolo 3 e delle esigenze dello Stato di destinazione.

In chiusura all'analisi del diritto alla speranza sul piano internazionale, si può dire che esso abbia avuto grande sviluppo solo a livello CEDU, con un grande lavoro della Corte nel dare “*standard minimi europei*”⁸⁹ che sono il risultato di una giurisprudenza progressiva⁹⁰ che ha man mano arricchito ed ampliato il raggio d'azione di tale diritto. La stessa considerazione non è possibile farla per il resto del diritto internazionale, che non ha visto tale sviluppo, non permettendo a tale diritto di

⁸⁴ Sentenza CEDU 2014: “*Trabelsi c. Belgio*” par. 137

⁸⁵ Cfr. sentenza *Horkins* nota 62 par. 129-130

⁸⁶ Id nota 85

⁸⁷ Si veda supra cap. II par. 1 quanto detto riguardo la sentenza *Paposhvili*.

⁸⁸ Come puntualizza Viganò op.cit. nota 67 pag. 8

⁸⁹ Cfr. Galliani e Pugiotta op. cit. nota 79 pag. 27 nota 118

⁹⁰ Id nota 89 pag. 28

afferinarsi in maniera uniforme e coordinata anche a causa della mancanza di una fonte vincolante, come l'articolo 3 della CEDU, che portasse gli Stati e i giudici internazionali (o, meglio, sovranazionali) e nazionali ad adeguarsi a dei parametri imposti a livello internazionale.

Il diritto, riservandosi sempre la possibilità di avere nuove evoluzioni, appare essersi consolidato su un blocco stabile di garanzie dovute agli ergastolani, meno evidenti nel caso di estradizione, che sono finalizzate alla tutela della dignità umana degli stessi, logico sviluppo del divieto di infliggere trattamenti inumani o degradanti.

Paragrafo 3

Il principio di legalità

Per principio di legalità si intende il principio secondo il quale nessuno può essere condannato in base ad una legge che non era in vigore al momento della commissione del fatto. Lo stesso principio vale anche per le pene, dato che nessuno può essere condannato ad una pena che non era prevista, per quella condotta, prima che essa fosse realizzata. Questi principi sono riassunti nel brocardo latino, la cui paternità appartiene al giurista tedesco Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La funzione di tale principio è quella di sottrarre i cittadini dagli arbitri del potere esecutivo o del sovrano più in generale, che potrebbero limitare la libertà personale del popolo senza nessun limite e ciò comporterebbe il rischio di abusi e di arresti forzosi compiuti solo per ragioni opportunità politica o di altro tipo. Il principio è, quindi, funzionale alla tutela del “*favor libertatis*”⁹¹ dei cittadini, che devono necessariamente essere a conoscenza di quali azioni siano consentite o meno e come esse vengano punite, per poter vivere la loro esistenza in maniera libera, senza il rischio di vedersi, un giorno, accusati di condotte che al tempo della commissione non erano vietate dalla legge. Il principio, in sintesi, è un presidio per la tutela della libertà personale di tutti i consociati nei confronti dei poteri dello Stato.

A partire da questa prima analisi, si intuisce come questo principio non abbia origini internazionali, essendosi sviluppato a partire dall'evoluzione degli ordinamenti interni degli Stati⁹², qualificandosi come il principio *foro domestico* per antonomasia. Tale situazione trova il suo fondamento nel principio secondo cui “*solo il popolo può legiferare contro se stesso*”⁹³, pertanto, solo la legge,

⁹¹ Come evidenzia E. Sericola: *Il principio di legalità penale e le incidenze del diritto sovranazionale nell'ordinamento penale interno* Salvis Juribus, 2018 al sito <http://www.salvisjuribus.it/il-principio-di-legalita-penale-e-le-incidenze-del-diritto-sovranozionale-nellordinamento-penale-interno/>

⁹² Come spiega Pustorino op. cit. nota 13 pag. 150

⁹³ Così sottolinea N. D'Agnesse: *Manuale di diritto penale. Parte generale* Rogiosi, Napoli, 2019 pag. 2

formata da un Parlamento espressione della sovranità popolare, potrà essere una fonte valida di reati e di sanzioni penali. In conseguenza di ciò, quasi tutte le Costituzioni prevedono tale principio, come l'art. 25 della Costituzione italiana⁹⁴. Le fonti internazionali, nonostante ciò, prestano grande attenzione a questo principio, che è uno dei cardini della cultura giuridica moderna, che di certo non poteva essere trascurato a livello internazionale e sovranazionale.

Molti sono gli strumenti internazionali che prevedono il principio di legalità. A livello universale si ricordano: l'art. 11 par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani⁹⁵; l'articolo 15 del Patto sui diritti civili e politici⁹⁶ e l'articolo 22 dello Statuto delle Corti Penali Internazionali⁹⁷.

Sono numerosi anche gli strumenti regionali che incorporano tale principio: la CEDU all'art. 7⁹⁸, la Carta di Nizza all'articolo 49⁹⁹ e la Convenzione interamericana sui diritti umani all'articolo 9¹⁰⁰.

Per quanto riguarda il rango di tale principio del diritto internazionale generale esso è, senza dubbi in dottrina ed in giurisprudenza, parte dello *ius cogens*, quindi inderogabile. Ciò si evince anche da alcune fonti internazionali, più precisamente, dall'articolo 4 par. 2 del Patto sui diritti civili e politici, che tra le norme non derogabili, indica anche l'articolo 15, che contiene il principio di legalità, e, con uno schema simile, anche l'articolo 15 della CEDU che, tra le norme inderogabili, include anche l'articolo 7. D'altro canto, sarebbe stato quanto meno discutibile discutere il carattere cogente di questa garanzia, che rappresenta una delle più importanti conquiste del diritto moderno, dato che svolge una funzione che non può più essere considerata come sacrificabile o rinunciabile al giorno d'oggi.

Per quanto concerne l'applicazione pratica di tale principio, esso può avere due declinazioni, una formale ed una sostanziale.

Secondo la concezione formalistica, il principio si deve applicare nel senso che per una condotta che non era prevista come reato nel momento in cui era stata commessa, l'autore non potrà esser condannato ad una sanzione penale. La concezione sostanzialistica, al contrario, sostiene che, anche se un fatto non era previsto come reato al momento della sua realizzazione, l'autore di esso possa

⁹⁴ "Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso" art. 25 co. 2 Costituzione italiana

⁹⁵ "No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed"

⁹⁶ "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence, under national or international law, at the time when it was committed (...)"

⁹⁷ "A person shall not be criminally responsible under this Statute unless the conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court"

⁹⁸ "Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale (...)"

⁹⁹ "Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale (...)"

¹⁰⁰ "No one shall be convicted of any act or omission that did not constitute a criminal offense, under the applicable law, at the time it was committed. (...)"

comunque essere punito per esso se, con quell'azione od omissione, egli abbia provocato un effetto dannoso nella comunità, che deve essere ristorato¹⁰¹. Come emerge dalle fonti nazionali ed internazionali, la concezione che ha prevalso è senza dubbio quella formalistica, che si presta in maniera più funzionale a garantire la libertà personale degli individui e, pertanto, appare di gran lunga preferibile. È possibile affermare ciò anche in ragione dell'evoluzione che i diritti umani stanno assumendo, ossia che l'obiettivo è sempre più quello di tutelare gli individui, preferendo la loro tutela a ragioni di tutela della collettività, come si è visto con riguardo al diritto alla speranza ed al non respingimento, in cui si cercava di limitare il potere esecutivo degli Stati in favore della salvaguardia dei diritti degli individui. Bisogna sottolineare, inoltre, come questa dicotomia abbia avuto un peso molto rilevante nell'evoluzione di tale principio, soprattutto nella differenza nell'applicazione di tale principio sul piano internazionale rispetto al piano nazionale. Va tenuto in considerazione, infatti, come il principio operi in maniera autonoma in questi due ambiti, comportando che il significato del principio di legalità internazionale sia diverso rispetto a come sia inteso a livello interno. Tale aspetto non è da sottovalutare, ed ha presentato molte problematiche nel corso della storia, soprattutto in relazione alle origini del diritto internazionale penale moderno.

Il caso più eclatante e famoso, oltre che molto criticato, è quello relativo all'istituzione del Tribunale di Norimberga, nato nel 1945, a seguito dell'accordo di Londra, per punire i gerarchi nazisti per i crimini perpetrati durante la dittatura di Hitler. Come in tutti gli aspetti della vita, soprattutto nella scienza giuridica, vi sono argomenti a favore e argomenti contro l'istituzione e del suo rapporto con il principio di legalità, che, si può già anticipare, fu violato.

Il primo dei problemi riscontrati è quello della composizione del collegio giudicante, costituito solo dai giudici delle potenze vincitrici (Francia, Stati Uniti, Regno Unito ed Unione Sovietica), senza la presenza di un giudice tedesco, cosa che causò grandi critiche dagli imputati, come Goring, che possono essere riassunte con la formula "giustizia dei vincitori", con cui gli ormai ex gerarchi nazisti, tentarono di delegittimare il tribunale militare internazionale.

Un'altra importante criticità sorse con riguardo ai reati che rientrarono nella competenza della Tribunale, elencati all'articolo 6 dello Statuto¹⁰²

¹⁰¹ Come illustrato da D'Agnesse op. cit. nota 93 pag. 7

¹⁰² "a) *Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;*

b) *War crimes: namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;*

c) *Crimes against humanity: namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious*

L'unica categoria di reati non innovativa, rispetto al diritto consuetudinario vigente, era quella ai sensi della lettera b dell'articolo, ossia quella dei crimini di guerra. Numerosi erano, infatti, gli strumenti internazionali che prevedevano tali violazioni, trattati che, col passare del tempo, avevano raggiunto il rango di norma consuetudinaria, tra cui vi erano la quarta Convenzione dell'Aja del 1907 e la Convenzione di Ginevra del 1929 sul trattamento dei prigionieri di guerra. Ad ulteriore supporto della condanna dello strumento della guerra per la risoluzione delle controversie e, di conseguenza, degli atti di guerra in genere, vi erano anche altri strumenti internazionali, come il patto Kellogg-Briand del 1928¹⁰³, che testimoniano come il sentore della comunità internazionale stesse iniziando ad allontanarsi dall'utilizzo della guerra in maniera indiscriminata che aveva accompagnato secoli e secoli di storia.

Per quanto concerne le altre due categorie di reati, essi furono creati¹⁰⁴ dallo Statuto del Tribunale, con una chiara violazione del principio di legalità.

Nonostante ciò, le obiezioni degli imputati furono respinte sulla base dell'argomento che le violazioni erano talmente gravi da giustificare l'esercizio dell'azione penale da parte del Tribunale militare. Il punto necessita di essere approfondito. Già prima dell'accordo di Londra e, quindi, dell'istituzione del Tribunale, nella comunità internazionale si discuteva della possibilità di processare gli ufficiali e gerarchi del regime nazista¹⁰⁵, dato che le notizie che arrivavano, come la scoperta dei campi di concentramento, avevano suscitato l'orrore della comunità internazionale e avevano fatto sorgere il desiderio di punire questi gravissimi atti, anche senza che vi fosse una legge penale preesistente. Che la volontà fosse questa apparve chiaro sin da subito: il Procuratore americano Jackson, nel suo discorso di apertura del processo, spiegò chiaramente come lo scopo del Tribunale fosse quello di: “(...) *The wrongs which we seek to condemn and punish have been so calculated, so malignant, and so devastating, that civilization cannot tolerate their being ignored, because it cannot survive their being repeated (...)*”¹⁰⁶. Ciò che si volle ottenere era quello di punire ciò che era considerato intollerabile dalla comunità internazionale. La sintesi di questo pensiero è espressa chiaramente nella celeberrima formula di Radbruch: “*la legge trova il suo limite là dove si pone in contrasto con le*

grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.

Art. 6 Nuremberg Charter of 1945

¹⁰³ L'articolo 1 del Patto recita: “*The High Contracting Parties solemnly declare in the names of their respective peoples that they condemn recourse to war for the solution of international controversies, and renounce it, as an instrument of national policy in their relations with one another.*” Emerge con chiarezza da tale strumento, ma anche da altri, come il patto della Società delle Nazioni, come la comunità internazionale stesse cominciando a maturare l'idea del ripudio dell'uso della forza come mezzo di offesa, idea che avrà la sua consacrazione nell'articolo 4 della Carta delle Nazioni Unite.

¹⁰⁴ Come sottolinea S. Sgroi: *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga* in diritto e questioni pubbliche n. 3 2003 pag. 324

¹⁰⁵ Per approfondire sul punto si veda Sgroi id nota 104 pag. 317-318

¹⁰⁶ Opening statement of The Prosecutor Jackson on November 21, 1945

regole del diritto internazionale generalmente riconosciute o con il diritto naturale oppure quando il contrasto della legge positiva con la giustizia raggiunge una misura così insopportabile da far sì che la legge, in quanto diritto 'ingiusto' debba piegarsi alla giustizia"¹⁰⁷. Questa frase riassume perfettamente uno dei motivi che hanno portato alla scelta del tema dei principi come argomento dell'elaborato, ossia la capacità dei principi di colmare le lacune dell'ordinamento internazionale sulla base del senso di giustizia e moralità comune, di punire fatti che devono essere puniti quando non sarebbe possibile farlo, nell'ottica di migliorare la comunità nel suo complesso.

La comunità internazionale e, di conseguenza, l'ordinamento internazionale, si trovarono impreparati, dato che gli strumenti vigenti all'epoca non erano in grado di porre rimedio alle gravissime violazioni perpetrate dai nazisti, perciò fu necessario ricorrere a "*new legal principles*"¹⁰⁸ per dare giustizia.

L'esperimento del Tribunale di Norimberga si è ripetuto successivamente con i tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia (ICTY) e per il Ruanda (ICTR), con la grossa differenza che i crimini contestati in quella sede erano già parte del diritto internazionale umanitario. Un'ultima notazione da fare sull'esperienza dei tre tribunali analizzati è che il principio che vi è alla base, cioè quello di punire soggetti colpevoli di gravi crimini internazionali senza che l'ordinamento dei loro Stati di appartenenza prevedesse una sanzione al riguardo, non si sia esaurito a queste esperienze, ma abbia ancora riscontro nella prassi della CEDU in base all'articolo 7 par. 2 che recita: "*Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*"¹⁰⁹. L'articolo è stato usato di recente come fonte di condanna di un soggetto accusato di genocidio in Lituania negli anni della dominazione sovietica, accusa basata sull'omicidio di partigiani lituani, identificati come gruppo nazionale¹¹⁰. La CEDU, nella situazione di specie, si è interrogata sulla possibilità di punire i soggetti colpevoli di genocidio negli anni '50 in Lituania, durante la dominazione sovietica, che nel suo ordinamento penale non prevedeva tale reato. La risposta della Corte fu quella di usare le norme contenute nella Convenzione del 1948 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio in modo da dare giustizia alle vittime di questo crimine¹¹¹.

¹⁰⁷ Come riportata da G. Vassalli: *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001

¹⁰⁸ Come sostenuto da C. M. Cole: *Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission* in *Theatre Journal*, Vol. 59, No. 2 (May, 2007), pp. 167-187 Published by: The Johns Hopkins University Press pag. 168

¹⁰⁹ Art 7 par. 2 CEDU

¹¹⁰ Sentenza CEDU 2019: "*Drelingas c. Lituania*" per approfondire sulla questione del gruppo nazionale si veda infra cap. II par. 4

¹¹¹ Id nota 110

Il principio, a prescindere che sia utilizzato in ambito interno o internazionale, assume piena effettività attraverso dei corollari, ovvero delle garanzie ulteriori, che lo completano. Come si vedrà, infatti, se tali corollari non fossero previsti, il principio stesso perderebbe di contenuto, provocando la potenziale lesione dei diritti umani dei consociati. La prima di queste garanzie strumentali al principio di legalità è la riserva di legge: per essa si intende che si possa essere puniti solo in forza di una norma incriminatrice adottata attraverso una legge. Allo stesso modo si può essere sanzionati solo con una pena che viene inflitta sulla base di una legge anch'essa preesistente alla commissione del fatto. Se così non fosse, d'altronde, l'individuo non sarebbe garantito da eventuali abusi del potere esecutivo, ma anche del potere giudiziario, che potrebbero infliggere pene senza dei limiti, e, quindi, in maniera del tutto arbitraria. Queste previsioni costituiscono una garanzia, in quanto, una legge viene adottata dal Parlamento, che accoglie al suo interno la maggioranza e la minoranza, permettendo a quest'ultima di esercitare un controllo sulle azioni della prima, garantendo una tutela più completa agli individui¹¹². Se così non fosse la maggioranza non avrebbe limiti alla propria azione, agendo come agisce il Governo, facendo venire meno lo scopo di tale corollario, che consiste, per l'appunto, nell'essere protetti da possibili arbitri del potere esecutivo. Qui si coglie la strumentalità della riserva di legge rispetto al principio di legalità, che senza di essa sarebbe svilito¹¹³. A supporto della grande rilevanza di questo corollario, si può notare come tutti gli strumenti nazionali ed internazionali contengano, implicitamente, tale garanzia, quando prescrivono il principio di legalità. Tale principio è sempre accompagnato, infatti, dalla previsione che vi debba essere una legge emanata anteriormente alla commissione del fatto. La riserva di legge, come molti altri aspetti del principio di legalità, opera in modo diverso a seconda del fatto che ci si trovi in ambito internazionale o nazionale. Molto interessante è l'atteggiarsi del corollario in ambito sovranazionale europeo nei due ambiti, UE e CEDU. In ambito UE il quadro ha subito un grande sviluppo a partire dal Trattato di Lisbona che introdotto l'articolo 83 del TFUE, che dà poteri legislativi in materia penale all'Unione. Questo passaggio è stato molto dibattuto e ci si è chiesti in dottrina se ciò fosse conforme ai canoni, molto rigidi e formali, imposti dagli ordinamenti interni in materia penale¹¹⁴. Una prima criticità riguardava il deficit democratico che le istituzioni dell'Unione hanno rispetto ai Parlamenti nazionali¹¹⁵, che avrebbe potuto far venire meno la garanzia che la rappresentatività di questi ultimi, tuttavia tali dubbi, che comunque restano, vengono smorzati dall'ambito di applicazione dell'art. 83 stesso.

¹¹² Come sottolineano G. Fiandaca e E. Musco: *Diritto Penale parte generale* ottava edizione Zanichelli, Bologna, 2019 pag. 53

¹¹³ Id nota 112 pag. 128

¹¹⁴ Per approfondire sul punto si veda Fiandaca e Musco id nota 112 pag. 66-78

¹¹⁵ Id nota 112 pag. 68

Tale competenza è da ritenere “*settoriale e indiretta*”¹¹⁶, è il testo stesso dell’articolo che prescrive che sarà possibile legiferare solo nei casi di: “(...) *criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale* (...)”¹¹⁷. La legislazione è indiretta perché gli Stati avranno sempre la possibilità di mettere in discussione l’adozione di un atto, nel caso di contrasti di esso con i principi fondamentali dei propri ordinamenti nazionali, garantendo una prima difesa di essi o dando la possibilità di modifica degli ordinamenti stessi per adattarli alle nuove norme. Sebbene la legislazione in ambito UE sia in crescita, essa si pone in secondo piano rispetto alla CEDU che ha avuto un grande impatto nella costruzione del principio di legalità e dei suoi corollari. La CEDU, come poi si vedrà più diffusamente, riveste una grande rilevanza in quest’ambito, assumendo spesso e volentieri, il ruolo di giudice di ultima istanza in materia penale¹¹⁸ e ha, nel corso degli anni, prodotto effetti espansivi¹¹⁹ del principio e dei suoi corollari, nel solco di una concezione del principio più sostanziale di quella presente negli ordinamenti interni¹²⁰. Ciò emergerà con chiarezza nell’analisi del ruolo che la Corte EDU assegna al diritto cd. “vivente”, potendosi anticipare, che esso assume una posizione di grande rilievo, tanto che alcuni autori collocano la disquisizione di questo aspetto con riferimento alla riserva di legge¹²¹. In questa sede si ritiene più opportuno analizzare questo aspetto quando si parlerà di come la CEDU abbia ampliato il catalogo dei corollari al principio di legalità a seguito della sua giurisprudenza evolutiva.

Un altro importante corollario è il principio della tassatività: per esso si intende che le fattispecie penali debbano essere indicate in maniera chiara all’interno della norma incriminatrice. Tale principio, per questo motivo, è detto anche principio della “sufficiente determinatezza”¹²².

Il corollario è previsto all’articolo 22 dello Statuto di Roma, non a caso lo stesso articolo del principio di legalità, dove si afferma che la norma penale debba essere “*strictly construed*”¹²³.

La sua funzione è quella di fare in modo che le norme siano scritte in maniera chiara e che si delimiti correttamente quali siano i limiti delle azioni dei soggetti, che, più precisamente, siano in grado di poter comprendere quali fatti siano vietati e quali siano consentiti. Questa chiarezza imposta alle norme penali serve per varie ragioni. In primo luogo, serve ad essere salvaguardati dal potere giudiziario, che se non vi fossero limiti chiari nelle fattispecie potrebbe infliggere sentenze senza che vi possa essere un reale controllo sulla correttezza della qualificazione giuridica del caso concreto¹²⁴;

¹¹⁶ Definizione di id nota 112 pag. 69

¹¹⁷ Art. 83 TFUE par. 1

¹¹⁸ Come osservano Fiandaca e Musco op.cit. nota 112 pag. 79

¹¹⁹ Id nota 118 pag. 85

¹²⁰ Sul punto id nota 118 pag. e la Corte Costituzionale italiana nella sentenza 230/2012 par. 7

¹²¹ Ad esempio, Fiandaca e Musco op. cit. nota 112 pag. 83 e Sericola op. cit. nota 91

¹²² Id nota 121 pag. 88

¹²³ Statuto di Roma art 22 par. 2

¹²⁴ Cfr. Fiandaca e Musco op. cit. nota 112 pag. 88

in secondo luogo il principio serve a garantire l'effettività delle norme penali, che se non fossero chiare, sarebbero difficili da essere seguite dalla comunità, non essendo comprensibile il precetto penale imposto¹²⁵. Il principio funge anche da vincolo per il legislatore, che dovrà scrivere le norme in maniera conforme ad esso¹²⁶.

Il terzo corollario, probabilmente il più importante, è il principio dell'irretroattività della legge penale. Con esso si intende che le leggi penali possano avere effetto solamente per i fatti successivi alla loro emanazione e, pertanto, è posto il divieto di applicarle a fatti anteriori ad esse. Questo principio garantisce gli individui dagli abusi dei poteri dello Stato, che, se non esistesse tale limite, potrebbero, come è successo nei regimi totalitari, privare chiunque della loro libertà personale per condotte che verrebbero arbitrariamente qualificate come reati. Questo potrebbe avvenire per ragioni politiche, comportando l'incarcerazione di oppositori con una giustificazione elaborata a tavolino, oppure per altre ragioni di opportunità. La grande rilevanza dell'irretroattività della legge penale si percepisce anche dalla grande attenzione a livello normativo che gli strumenti nazionali ed internazionali gli dedicano. A questo riguardo, prima di analizzare tale normativa, bisogna fare una precisazione importante, cioè che il divieto di applicazione retroattiva della legge penale non è assoluto. Dato che sarà possibile per i condannati in via definitiva ottenere degli effetti positivi da leggi emanate successivamente alla commissione del fatto ed alla sua condanna. Vi sono alcune fonti internazionali che prevedono tale garanzia, tra cui: l'art. 15 par. 1¹²⁷ del Patto sui diritti civili e politici, l'art. 9¹²⁸ della Convenzione Interamericana dei diritti umani e l'art. 49 par. 1¹²⁹ della Carta di Nizza. Tale garanzia si è affermata anche in ambito CEDU, attraverso un'interpretazione estensiva del paragrafo 1 dell'articolo 7 della Convenzione, come affermato dalla Corte nella sentenza *Scoppola*, in cui si stabilisce come tale principio abbia valore anche se non espressamente previsto nel testo della legge¹³⁰. Come la stessa Corte afferma, tale principio ha trovato grande riscontro a livello europeo, come già la Corte di Giustizia delle comunità europee ebbe modo di analizzare nella sentenza *Berlusconi*. In questa sentenza¹³¹ la Corte del Lussemburgo riscontrò come il principio già facesse parte dei principi costituzionali degli Stati membri, cioè era un principio *foro domestico* e che abbia, al pari degli altri principi, piena applicazione anche a livello europeo¹³². Il consenso, in ragione di

¹²⁵ Id nota 124 pag. 89

¹²⁶ Id nota 124 pag. 94

¹²⁷ "(...) *If, subsequent to the commission of the offence, provision is made by law for the imposition of the lighter penalty, the offender shall benefit thereby.*"

¹²⁸ "(...) *If subsequent to the commission of the offense the law provides for the imposition of a lighter punishment, the guilty person shall benefit therefrom.*"

¹²⁹ "(...) *Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.*"

¹³⁰ Sentenza CEDU del 2009: "*Scoppola c. Italia*" par. 100

¹³¹ Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02

¹³² Id nota 131 par. 68

questa prassi normativa e giurisprudenziale, ormai è molto ampio a livello europeo, sia in ambito CEDU che in ambito UE.

Più problematica è, invece, la posizione della giurisprudenza con riguardo all'irretroattività delle norme relative alla prescrizione. La posizione più convincente in merito sembra essere quella che sostiene che di regola si possano applicare retroattivamente tali norme, ma, che, nel fare ciò, bisogna comunque operare un bilanciamento con i diritti fondamentali degli individui, che rischierebbero di essere lesi da un'applicazione indiscriminata di tali norme con effetti retroattivi¹³³. Un caso che ha avuto grande eco riguardo tale questione è il caso *Taricco*, che già si è avuto modo di anticipare nel capitolo precedente¹³⁴. La prima sentenza sulla questione è del 2015 e la Corte di Giustizia affermò che la normativa sulla prescrizione dei reati in Italia (art.160 cp) non potesse essere applicata, in quanto avrebbe ostacolato la riscossione dell'IVA da parte dell'Italia stessa¹³⁵. La sentenza sollevò molte critiche tanto che la Corte di Giustizia dovette tornare sui suoi passi, come già si è avuto modo di vedere, affermando la necessità di fare un bilanciamento con i diritti fondamentali degli individui in questa materia.

Il quarto corollario è il divieto di analogia, per cui si intende il divieto del giudice, in caso di una lacuna dell'ordinamento, di utilizzare gli effetti di una fattispecie simile per la fattispecie del caso concreto, che non è prevista nell'ordinamento.

Anche tale corollario trova spazio nelle fonti internazionali, in particolare all'articolo 22 dello Statuto di Roma, che recita: "*The definition of a crime (...) shall not be extended by analogy.*"¹³⁶

Il giudizio analogico si basa su un'identità di *ratio* tra due fattispecie, che permette che gli effetti di una norma siano applicati ad un fatto simile a quello previsto in essa¹³⁷. Tale divieto fornisce una tutela dal potere giudiziario, che potrebbe infliggere pene a soggetti che hanno commesso fatti non vietati dall'ordinamento penale, se non fosse escluso l'utilizzo dell'analogia. Senza tale divieto si arriverebbe all'effetto paradossale di punire qualcuno per fatti non previsti in una norma incriminatrice, violando in tal modo il principio di legalità. Tale divieto, di cui, per questi motivi, se ne coglie l'importanza, si imposto anche livello sovranazionale, facendo parte ormai a tutti gli effetti nelle garanzie del principio di legalità in ambito CEDU¹³⁸. Il divieto, tuttavia, come accade per il principio dell'irretroattività della legge penale, non ha carattere assoluto, essendo possibile ricorrere allo strumento dell'analogia *in bonam partem*, ossia nel caso in cui esso produca effetti positivi per il reo.

¹³³ Di questo avviso è Pustorino op.cit. nota 13 pag. 151

¹³⁴ Supra cap. 1 par. 3

¹³⁵ Causa C105/14 par. 58

¹³⁶ Statuto di Roma art. 22 par. 2

¹³⁷ Come puntualizzano Fiandaca e Musco op. cit. nota 112 pag. 121

¹³⁸ Per tutte la sentenza CEDU 2010: "*Kononov c. Lituania*" par. 185

Quelli appena descritti, riserva di legge, principio della tassatività, principio dell'irretroattività della legge penale e il divieto di analogia sono i corollari classici del principio di legalità per come concepito dagli ordinamenti nazionali. All'inizio, tuttavia, si diceva che la nozione di principio di legalità internazionale è da ritenersi autonoma rispetto a quella di diritto interno, come dimostrato dall'evoluzione giurisprudenziale che si è avuta in ambito CEDU che ha portato all'elaborazione di altri due corollari: l'accessibilità e la prevedibilità della legge penale.

Per accessibilità della legge penale si intende la capacità degli individui di poter venire a conoscenza dei precetti penali, ossia di sapere quali siano le condotte vietate e le pene assegnate ad esse. Per ottemperare al parametro dell'accessibilità si richiedono adeguati mezzi di pubblicità che rendano conoscibili le leggi e le sentenze in materia penale. Questo corollario ha grande rilevanza perché, in base al principio dell'*ignorantia legis non excusat*, dal momento in cui una legge è pubblicata e ha acquisito effettività, l'individuo non potrà essere dichiarato innocente sulla difesa della mancata conoscenza di essa, pertanto, l'imposizione agli Stati di adeguati strumenti di diffusione della normativa penale è strumentale a garantire in maniera completa la collettività.

Il secondo corollario introdotto dalla giurisprudenza CEDU è quello della prevedibilità, spesso accompagnato dal parametro della chiarezza della legge penale. Partendo da quest'ultimo, per chiarezza si intende che il testo normativo debba essere formulato in maniera tale da essere comprensibile per la collettività, di modo che chiunque possa essere a conoscenza di quali azioni siano considerate reati o meno. Questo parametro deve essere applicato in maniera flessibile, nel senso che va calibrato in base al caso concreto¹³⁹, da un punto di vista soggettivo e da un punto di vista oggettivo. Da un punto di vista soggettivo nel senso che non tutti hanno la stessa capacità nella comprensione di una norma giuridica (l'avvocato avrà maggiore consapevolezza del proprio cliente, ad esempio), pertanto il grado di chiarezza della legge dovrà essere valutato in maniera diversa a seconda del soggetto coinvolto nella fattispecie concreta. Lo stesso vale da un punto di vista oggettivo, cioè il parametro, in questo caso, sarà la materia regolata dalla legge: la chiarezza della legge sarà calibrata sulla materia disciplinata, che potrebbe richiedere un grado di complessità maggiore rispetto ad altre, pertanto non si potrà imporre agli Stati membri di scrivere una legge non adeguata alle necessità oggettive in ragione del parametro della chiarezza¹⁴⁰.

Per prevedibilità della legge penale si intende che gli effetti prodotti da un testo normativo devono, tendenzialmente, anticipabili dagli individui, che al compimento di una determinata azione si aspettano certe conseguenze. Come già si può intuire, il criterio della prevedibilità è piuttosto problematico da decifrare, soprattutto in considerazione del fatto che la legge è soggetta

¹³⁹ Come spiega Pustorino op. cit. nota 13 pag. 152

¹⁴⁰ Id nota 140 pag. 152-153

all'interpretazione dei giudici che adattano il testo scritto alle evoluzioni della società e del diritto. In quest'ottica si comprende come il lavoro della CEDU sia molto incentrato sul ruolo delle interpretazioni giudiziarie all'interno delle fonti del diritto. Esse, nel contesto CEDU, formano, al pari delle norme penali, la nozione di legge in relazione all'articolo 7 e, quindi, al principio di legalità: *"When speaking of "law", Article 7 alludes to the same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written and unwritten law"*¹⁴¹. Nella stessa sentenza la Corte afferma come l'interpretazione giudiziaria sia un elemento fondamentale del diritto, *"inevitable element"*¹⁴², che non può essere, perciò, ignorato. L'interpretazione giudiziaria andrà sempre valutata alla luce del parametro della prevedibilità, non, con ciò, eliminando la possibilità di un cambiamento dell'indirizzo ermeneutico adottato in relazione ad una determinata norma o insieme di norme, ma ponendo dei paletti a tale possibilità. Queste cautele andranno tenute in considerazione sia nel caso di interpretazioni che chiariscono il significato delle norme¹⁴³, come emerge nella sentenza Scoppola, sia, soprattutto, nel caso di interpretazioni evolutive¹⁴⁴. La Corte si è espressa in merito nella sentenza *Contrada* (n. 3) nella quale ha riscontrato come l'introduzione di origine pretoria del reato di concorso esterno in associazione mafiosa, che è apparso a partire dalla fine degli anni '80, non avesse avuto una sua qualificazione univoca prima del 1994¹⁴⁵. Il ricorrente fu accusato e condannato per questo reato per fatti risalenti ad un periodo temporale precedente a quella data (1979-1988), quando ancora non vi era accordo in giurisprudenza sui caratteri del reato in questione. Ciò significa che l'evoluzione di questo reato non era ancora completa all'epoca della commissione dei fatti, rendendo la sentenza di condanna in contrasto con l'art. 7 della Convenzione per mancanza di chiarezza e prevedibilità della legge (*law*) penale¹⁴⁶. La grande attenzione del diritto CEDU alle interpretazioni giurisprudenziali ha subito alcune critiche a livello interno, soprattutto dagli Stati di tradizione di *civil law*, che hanno una tradizione fortemente positivista. Tali posizioni verranno poi analizzate nel capitolo successivo¹⁴⁷.

Un'altra notazione da fare, in chiusura dell'analisi del principio di legalità è l'autonomia della qualificazione di una sanzione come "accusa di materia penale". La CEDU ha adottato un sistema autonomo per stabilire ciò, basato su tre criteri:

*"la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale,
la natura stessa di quest'ultima,*

¹⁴¹ Sentenza CEDU 2010: "*Kononov c. Lituania*" par. 185

¹⁴² Id nota 141

¹⁴³ Sul punto Pustorino op.cit. nota 13 pag. 153

¹⁴⁴ Id nota 143

¹⁴⁵ Sentenza CEDU 2015: "*Contrada c. Italia*" par. 66

¹⁴⁶ Id nota 145 par. 75

¹⁴⁷ Infra capitolo III par. 3

e la natura e il grado di severità della «sanzione»¹⁴⁸. Va precisato, inoltre come, come questi criteri siano, tra loro, “alternativi e non cumulativi”¹⁴⁹

Paragrafo 4

Il divieto di genocidio

Per divieto di genocidio si intende l'impossibilità di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, religioso o razziale. Il termine trae origine dal lavoro del giurista polacco Raphael Lemkin, che mise insieme due termini, uno greco ed uno latino, per dare un nome alle barbarie commesse contro il popolo ebraico durante il regime nazista: “*the word genocide is a hybrid consisting of the Greek genos meaning race, nation or tribe; and the Latin suffix cide meaning killing*”¹⁵⁰. Da allora la nozione ha avuto un notevolissimo successo, tanto che è stata utilizzata non solo per descrivere il genocidio degli Ebrei, ma anche tutti gli altri episodi di uccisioni di massa perpetrati nel corso della storia. Il divieto, inoltre, riscontra grande attenzione a livello internazionale, dato che sono numerose le fonti che contengono al loro interno tale norma. La prima fonte in questo senso è la Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 260 A (III) del 9 dicembre 1948, che già qualifica il genocidio come crimine internazionale, ragion per cui i Tribunali penali internazionali prevedono tale crimine all'interno dei loro statuti. Tra essi vi è lo Statuto del Tribunale per l'ex Jugoslavia (ICTY) che lo prevede all'articolo 4, lo Statuto del Tribunale per il Ruanda (ICTR) che lo prescrive all'articolo 2 e lo Statuto della Corte Penale Internazionale che lo prevede all'articolo 6.

Prima di analizzare il contenuto di tali disposizioni, va inquadrato il rango del divieto di genocidio all'interno delle fonti del diritto internazionale. La prima codificazione della norma si è avuta nel 1948 con la già citata risoluzione dell'Assemblea Generale, tuttavia, tale divieto era già nato nel sentire della comunità internazionale: già prima del 1948, infatti, gli Stati condannavano le azioni compiute dal regime nazista e già era avvertita la necessità di avere un mezzo per reprimere tali atrocità. Ciò emerge con chiarezza nel parere che la Corte Internazionale di Giustizia formulò nel 1951 con riguardo alla possibilità di porre delle riserve alla Convenzione del 1948. Nel parere la Corte affermò come in realtà il divieto fosse già sentito nella comunità internazionale: “*the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on*

¹⁴⁸ Sentenza CEDU 2014: “*Grande Stevens e altri c. Italia*” par. 94

¹⁴⁹ Id nota 148

¹⁵⁰ R. Lemkin: *Genocide as a Crime under International Law* in The American Journal of International Law, Vol. 41, No. 1 (Jan.,1947), pp. 145-151 pag. 147

States, even without any conventional obligation”¹⁵¹. La Corte spiegò come il divieto di genocidio fosse un principio generale ex art. 38 let. C dello Statuto della Corte e che, quindi, una fonte scritta fosse soltanto una conferma di quanto già avvertito come vincolante precedentemente alla stesura della Convenzione. A supporto di questa tesi, due anni prima della Convenzione, l’Assemblea Generale adottò una risoluzione sul crimine di genocidio definendolo come: “*contrary to the moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”¹⁵². Come conseguenza di questa presa di coscienza della comunità internazionale, il crimine di genocidio è da considerarsi come vincolante a partire dal 1946 e non dal 1951, anno di entrata in vigore della Convenzione del 1948. Il divieto di genocidio nasce, quindi, come un principio generale di diritto internazionale che completa l’ordinamento internazionale per ragioni di moralità particolarmente gravi, a cui doveva essere posto immediatamente rimedio. A sostegno di ciò si è espresso anche il Consiglio d’Europa che, in una sua risoluzione, ha affermato: “(…) *On the other hand, the trial and punishment of any person for any act or omission which at the time when it was committed did not constitute a criminal offence according to national law, but which was considered criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations, is permitted. (…)*”¹⁵³

Nel corso degli anni, tuttavia, il divieto di genocidio si è evoluto, passando da principio a norma di *ius cogens*, essendo avvertito oggi come norma inderogabile del diritto internazionale. Sul punto si è espressa la CIG che ha affermato come quei principi abbiano ormai carattere di obbligatorietà *erga omnes*¹⁵⁴. Tale posizione del divieto è ormai consolidata, mentre alcuni interrogativi sorgono ancora riguardo l’esatto contenuto del divieto di genocidio. La formulazione del 1948 riguardo i gruppi protetti, le condotte considerate genocidio e le altre condotte collaterali vietate è rimasta pressappoco invariata nel corso degli anni. All’art. II della Convenzione si stabilisce che: “(…) *genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.*”¹⁵⁵. Tale articolo individua i gruppi protetti e le condotte che sono suscettibili di essere considerate come genocidio. L’art. III della Convenzione, invece, riguarda altre condotte punibili, tra

¹⁵¹ Parere consultivo CIG del 1951: “*Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*” pag. 23

¹⁵² Risoluzione dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite n. 96 del 1946

¹⁵³ Risoluzione Consiglio d’Europa n. 1096 del 1996

¹⁵⁴ Sentenza CIG 2006: “*Case concerning armed activities on the territory of the Congo*” new application 2002 Repubblica democratica del Congo c. Ruanda par. 64

¹⁵⁵ Art. II della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio del 1948

cui ve ne sono alcune, come l'incitamento al genocidio, strumentali alla commissione di tale crimine internazionale. Il testo dell'art. II è stato riprodotto in ogni altro strumento internazionale successivo, fino allo Statuto di Roma, che non ha, tuttavia, riprodotto cosa detto nell'articolo successivo. Il contenuto del divieto, nonostante la lettera della norma sia rimasta pressappoco immutata, ha subito molte modifiche e precisazioni grande all'ampio lavoro della giurisprudenza internazionale.

Il primo elemento da analizzare è quello dell'intento di distruggere un gruppo protetto. Questo elemento soggettivo è ciò che in diritto internazionale penale costituisce l'elemento internazionalizzante del crimine, cioè quell'elemento che rende un crimine comune, come un omicidio, un crimine internazionale. Per avere un genocidio è necessario che il soggetto attivo del crimine abbia come dolo specifico quello di distruggere un gruppo protetto¹⁵⁶. Questo intento criminoso di distruzione del gruppo è ciò che distingue tale crimine dagli altri crimini contro l'umanità¹⁵⁷ e, data la particolare del fine perseguito, ha portato dottrina e giurisprudenza internazionale a qualificarlo come “*crime of crimes*”¹⁵⁸. È importante sottolineare come il soggetto attivo, nel momento in cui intende offendere i membri del gruppo protetto, si ponga nella posizione di ritenere di poter decidere chi tra essi debba morire e chi no, esercitando un vero e proprio potere di vita o di morte su di essi¹⁵⁹. Una questione discussa in giurisprudenza riguarda la necessità o meno dell'esistenza di un piano genocidiale (*genocidal policy*) ideato dal Governo o da un'altra autorità per avere la sussistenza del crimine di genocidio in relazione a singoli atti criminosi: ci si è chiesti, in sostanza, se anche degli atti perpetrati da singoli individui non rientranti in un progetto di distruzione più ampio potessero essere qualificati come genocidio o meno. La risposta offerta da i Tribunali *ad hoc* è stata quella di affermare che l'esistenza di una *genocidal policy* non è un elemento necessario per poter dimostrare l'esistenza di un genocidio¹⁶⁰, tuttavia questo può essere usato come elemento interpretativo per chiarire la portata di singoli atti, anche attraverso dei semplici fatti concludenti¹⁶¹.

Il secondo elemento della fattispecie da studiare è la nozione di gruppo in tutto o in parte. Se pochi problemi si pongono sull'assunto che nel caso in cui un gruppo protetto venga distrutto nella sua interezza vi sia un genocidio, molti più interrogativi si sollevano quando si debba determinare quale sia l'interpretazione da dare alla nozione di distruzione parziale di un gruppo. La problematica è stata approfondita in maniera convincente dal Tribunale per l'ex Jugoslavia, tanto che, ciò che è stato

¹⁵⁶ ICTR: “*The Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*” 1999 par. 89

¹⁵⁷ Id nota 156

¹⁵⁸ ICTR: “*The Prosecutor c. Kambanda*” 1998 par. 16 con cui concorda C. D. Leotta: *Il genocidio nel diritto penale internazionale : dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma* Giappichelli, Torino, 2013 pag. 240

¹⁵⁹ Come sottolinea E. Greppi: *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale* Utet, Milano, 2012 pag. 181

¹⁶⁰ ICTY: “*Prosecutor c. Popović e altri*” 2010 par. 828

¹⁶¹ ICTR: “*Prosecutor c. Munyakazi*” 2011 par. 142

formulato in questa sede, è stato, poi, riconfermato anche dalla Corte Internazionale di Giustizia. La prima sentenza che discute la questione è la sentenza del 1995 in cui fu condannato in generale Kristic¹⁶². Tale sentenza affermò alcuni principi importanti da tenere in considerazione nell'imputare la responsabilità per genocidio per distruzione parziale di un gruppo. La Corte sostenne che il criterio qualitativo vada preferito al criterio quantitativo nel determinare la parte di un gruppo protetto: con ciò si intende che non è richiesto che vi sia un numero minimo di soggetti colpiti per avere un genocidio, in quanto anche l'uccisione di pochi membri del gruppo potrebbe costituire un crimine di genocidio¹⁶³. Un altro elemento che emerge è che l'obbiettivo del reo deve essere quello di distruggere una parte determinata della popolazione¹⁶⁴, pertanto uccisioni individuali sparse per il territorio verrebbero escluse dalla fattispecie del genocidio. La giurisprudenza successiva ha individuato un altro elemento rilevante nella definizione di parte di un gruppo, ossia che la parte di tale gruppo deve essere rilevante¹⁶⁵ (*substantial part*), privilegiando, in questo caso, l'elemento quantitativo. I due elementi enucleati, quello qualitativo e quello quantitativo, sono stati successivamente confermati e specificati dal Tribunale che ha affermato come questi siano alternativi tra loro¹⁶⁶, quindi entrambi validi, e che, con riguardo all'elemento qualitativo, ha precisato come l'uccisione dei soli *leaders*, per esempio, di un gruppo protetto, potrebbe costituire un atto qualificabile come genocidio, data la rilevanza di essi per la comunità colpita¹⁶⁷. Questa interpretazione è stata totalmente accolta dalla CIG che l'ha interamente confermata nel 2007¹⁶⁸. In particolare, con riguardo alla nozione di gruppo da un punto di vista qualitativo, la Corte richiama espressamente la sentenza *Kristic*¹⁶⁹.

Il terzo elemento della fattispecie è quello dei gruppi protetti: il gruppo protetto è il bene giuridico protetto nel crimine di genocidio¹⁷⁰ ed è contrapposto al gruppo dominante che è chi commette le condotte criminose contro le vittime. Prima di esaminare quali siano i gruppi protetti, è necessario spiegare più in dettaglio quando si possa parlare o meno di un gruppo protetto la cui esistenza è minacciata da un gruppo dominante. In giurisprudenza, soprattutto quella in seno al Tribunale per il Ruanda, sono stati identificati due criteri per ciò: il criterio oggettivo e il criterio soggettivo. Un gruppo protetto si individua attraverso un criterio oggettivo quando si desume la differenza tra esso

¹⁶² ICTY: “*Prosecutor c. Kristic*” 2004

¹⁶³ Id nota 162 par. 12

¹⁶⁴ ICTY: “*Prosecutor c. Kristic*” 2001 par. 590

¹⁶⁵ ICTY: “*Prosecutor c. Jelusic*” 1999 par. 82

¹⁶⁶ ICTY: “*Prosecutor c. Sikirica e altri*” judgement on defence motions to acquit 2001 par. 68

¹⁶⁷ Id nota 166 par. 76

¹⁶⁸ Sentenza CIG 2007: “*Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*” Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro par. 190

¹⁶⁹ Id CIG 2007 nota 168 sul punto Del Vecchio op. cit. Introduzione nota 1 pag. 339 fa notare come questo sia un esempio positivo di collaborazione tra i Tribunali a competenza *ratione locii* assoluta e quelli a competenza *ratione locii* relativa.

¹⁷⁰ Così Leotta op. cit. nota 158 pag. 308

e un altro gruppo attraverso parametri esterni, come un credo religioso o una caratteristica fisica. Nel caso del Ruanda, dove la distinzione tra Hutu e Tutsi non fu molto agevole, fu considerato come elemento probante un meccanismo amministrativo, come quello vigente in Ruanda, che classificava gli individui come Hutu o come Tutsi¹⁷¹.

Il criterio soggettivo, invece, si basa sulla percezione che vittime e carnefici hanno¹⁷² di appartenere a differenti gruppi.

I criteri sopramenzionati sono stati usati dai Tribunali internazionali in egual misura, senza che uno sia stato privilegiato rispetto all'altro, in considerazione del fatto che entrambi appaiono validi e corretti. Ciò che è stato specificato in giurisprudenza è che la scelta sul criterio da utilizzare debba essere effettuata *case by case*, in base a cosa richieda la fattispecie concreta¹⁷³. Fatte queste premesse, si può passare all'analisi delle singole categorie di gruppi protetti.

La Convenzione indica come gruppi protetti i gruppi nazionali, etnici, razziali e religiosi, nonostante in sede di lavori preparatori siano state discusse altre categorie che potessero rientrarvi, ma di queste si darà conto successivamente. Quello che si può dire è che già dalla nascita del crimine internazionale ci si è posti il problema di individuare con precisione le categorie protette, che costituiscono la parte più importante della norma incriminatrice.

Il primo gruppo individuato è quello nazionale per cui si intende: “*a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties*”¹⁷⁴. La definizione di tale gruppo si basa sul criterio formale della condivisione di un medesimo legame giuridico, che si individua nella cittadinanza e nei diritti e doveri comuni e che sembra ben delimitare tale gruppo rispetto a quello etnico, che rischierebbe di sovrapporsi a quello nazionale, se si accogliessero nozioni più ampie del concetto di nazionalità¹⁷⁵. In base a questo argomento basato sulla cittadinanza intesa in senso formale è possibile, secondo la dottrina, anche configurare la fattispecie di “autogenocidio”¹⁷⁶.

Il secondo gruppo è quello etnico definito come: “*a group whose members share a common language or culture*”¹⁷⁷. Un gruppo etnico, come si può intuire, non è sempre facile da definire, data la formulazione vaga che viene accolta in giurisprudenza, soprattutto per quanto concerne il concetto di cultura comune, che comprende anche tradizioni comuni. Lo stesso concetto di etnia in sé può assumere numerose declinazioni, anche se nel diritto si tende a restringere il concetto al minimo,

¹⁷¹ ICTR: “*Prosecutor c. Gacumbitsi*” 2004 par. 254

¹⁷² ICTR: “*Prosecutor c. Rutaganda*” 1999 par. 56

¹⁷³ ICTR: “*Prosecutor c. Musema*” 2000 par. 160-163

¹⁷⁴ ICTR: “*Prosecutor c. Akayesu*” 1998 par. 512

¹⁷⁵ Come illustrato da Leotta op. cit. nota 158 pag. 337

¹⁷⁶ Come sostenuto da Leotta op. cit. nota 158 pag. 337 e Greppi op.cit. nota 159 pag. 182

¹⁷⁷ Cfr. *Akayesu* nota 174 par. 513

come emerge dalla formulazione molto snella individuata in *Akayesu*. Le Corti, al fine di individuare quando vi sia un gruppo etnico, si servono del criterio oggettivo e del criterio soggettivo, utilizzato per identificare un gruppo protetto in generale: in questo senso si dice che un gruppo etnico si individua se i membri si sentono appartenenti ad un gruppo, “*self identification*”, o se sono percepiti come un gruppo da soggetti esterni, “*identification by others*”¹⁷⁸.

Il terzo gruppo individuato è quello razziale, per cui si intende: “*group is based on the hereditary physical traits often identified with a geographical region, irrespective of linguistic, cultural, national or religious factors*”¹⁷⁹. La definizione è molta ampia, anche se nella pratica i gruppi razziali sono quelli più facili da distinguere¹⁸⁰, avendo spesso caratteristiche fisiche, oltre a ad altre di altra natura, comuni tra loro e diverse rispetto agli altri gruppi. Non sussistono, perciò, particolari problematiche con riguardo a tale gruppo.

Il quarto ed ultimo gruppo tipizzato è quello religioso definito come: “*one whose members share the same religion, denomination or mode of worship*”¹⁸¹. Anche per questo gruppo, come per quello razziale, l’identificazione non presenta particolari problematiche, essendo, di norma, piuttosto semplice risalire al credo religioso di un individuo. Il gruppo presenta, tuttavia, alcune caratteristiche diverse rispetto ai primi tre, in quanto un gruppo religioso non è costituito da soggetti che vi entrano in via ereditaria¹⁸², essendo possibile abbracciare qualsiasi credo religioso in base ad una scelta individuale, anche con la possibilità di cambiare la propria fede nel corso della propria vita¹⁸³. Più problematica potrebbe risultare la qualificazione di un credo come religioso o meno e quindi rientrante o meno nella protezione della norma sul genocidio. Il criterio generalmente utilizzato è quello di un minimo di credibilità e di fondamento della dottrina religiosa¹⁸⁴, tale da non rendere la confessione stessa assurda. Ciò, tuttavia, non esclude la possibilità, in astratto, di utilizzare anche il criterio soggettivo ed oggettivo dell’identificazione dei gruppi protetti.

In apertura della trattazione del crimine di genocidio, si è accennato al fatto che, in sede di lavori preparatori alla Convenzione del 1948, si è discusso della possibilità di includere ulteriori categorie oltre alle quattro sopramenzionate. Le categorie più importanti al riguardo erano i gruppi politici, quelli economici e quelli sociali. I gruppi politici furono inizialmente previsti come punibili secondo il crimine di genocidio, per come stabilito nella già citata risoluzione del 1946: “*such crimes of genocide have occurred, when racial, religious, political and other groups have been destroyed,*

¹⁷⁸ ICTR: “*Prosecutor c. Kayshema*” 1999 par. 98

¹⁷⁹ Cfr *Akayesu* nota 174 par. 514

¹⁸⁰ Così Leotta op.cit. nota 158 pag. 342

¹⁸¹ Cfr *Akayesu* nota 174 par. 515

¹⁸² Come nota Leotta op.cit. nota 158 pag. 342

¹⁸³ Id nota 182

¹⁸⁴ Id nota 182 pag. 343-344

*entirely or in part*¹⁸⁵. L'idea iniziale era, quindi, quella di includere i gruppi politici tra i gruppi protetti, ma non si formò mai un vero consenso nella comunità internazionale sulla questione¹⁸⁶, tanto che, nella già citate analizzate sentenze sui partigiani lituani, la CEDU non ha riscontrato nemmeno una norma consuetudinaria che includesse i gruppi politici nel crimine prima dell'esclusione di essi nel 1948¹⁸⁷. Il testo nella risoluzione del 1946, dopo aver individuato i primi cinque gruppi protetti, contiene una formula aperta che avrebbe consentito di considerare come gruppi anche unità sociali non tipizzate, tuttavia, ciò, in ossequio al principio di legalità e di tassatività della norma penale, fu corretto nel 1948.

Il secondo dei gruppi non inclusi è quello economico, per il quale il rischio era quello di avere una categoria troppo ampia e non aderente con la tipicità necessarie nelle norme penali¹⁸⁸.

Un problema simile ha portato all'esclusione dei gruppi sociali, la cui identificazione sarebbe stata molto problematica per gli interpreti.

È difficile affermare se queste scelte siano state corrette o meno e, forse, proprio in ragione della complessità di queste decisioni, si è deciso di dare agli Stati la libertà di ampliare il catalogo dei gruppi protetti nei loro ordinamenti. Quello che la storia ha lasciato è che non tutte le atrocità contro le comunità locali sono state punite come genocidi, a causa di queste esclusioni, come il caso eclatante dei crimini commessi dai Khmer rossi in Cambogia, che il Comitato per i diritti umani qualificò come genocidio¹⁸⁹ (anche se in senso atecnico).

Il quarto elemento della fattispecie da analizzare è quello delle condotte genocidarie, la cui elencazione del 1948 è rimasta costante in tutti gli altri strumenti successivi, fino alla Statuto di Roma, che le ha confermate. Prima di analizzare le singole condotte, va ricordato come questi atti siano qualificabili come genocidio solo nel caso in cui essi siano accompagnati dal dolo specifico di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. In presenza di tale intento, le condotte considerate come genocidio sono indicate da tutti gli strumenti in materia¹⁹⁰

¹⁸⁵ Cfr. risoluzione 96/1946 nota 152

¹⁸⁶ Per approfondire sulle posizioni dei singoli Stati si veda Leotta op.cit. nota 158 pag. 345-347

¹⁸⁷ Sentenza CEDU 2015: "*Vasiliauskas c. Lituania*" par. 175

¹⁸⁸ Come puntualizza Leotta op.cit. nota 158 pag. 347

¹⁸⁹ "(...) *Cambodia's tragic recent history, including responsibility for past international crimes, such as acts of genocide* (...)” Risoluzione 49/1977

¹⁹⁰ "(a) *killing members of the group;*

(b) *causing serious bodily or mental harm to members of the group;*

(c) *deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part;*

(d) *imposing measures intended to prevent births within the group;*

(e) *forcibly transferring children of the group to another group.*"

Art. II Convenzione sul genocidio del 1948; art. 4 par. 2 Statuto ICTY; art. 2 par. 2 Statuto ICTR; art. 6 Statuto di Roma

La prima fattispecie è quella dell'uccisione di membri del gruppo. Tra le cinque categorie è sicuramente la più semplice da enucleare, in quanto ciò che viene punito è una condotta di omicidio volontario¹⁹¹, aggravato dal dolo specifico di distruzione del gruppo.

La seconda fattispecie è più complessa e riguarda l'inflizione di gravi¹⁹² lesioni ai membri del gruppo, che siano esse fisiche o psichiche.

La formulazione di questa categoria creò delle discussioni in sede di lavori preparatori ma, alla fine, il risultato delle negoziazioni fu ben accolto dai firmatari¹⁹³. Per avere la consumazione del reato, la lesione deve necessariamente realizzarsi¹⁹⁴, non essendo sufficiente che essa sia stata minacciata o che gli atti commessi non abbiano sortito l'effetto sperato. La giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, ha, tuttavia, specificato come non sia necessario che tale lesione sia permanente o irrimediabile¹⁹⁵. Sempre attraverso il lavoro della giurisprudenza, sono state enucleate delle condotte idonee ad infliggere gravi lesioni come, ad esempio, persecuzioni, tortura, riduzione alla fame, deportazioni¹⁹⁶. Un'altra condotta molto grave, che è stata inclusa fattispecie, è quella dello stupro e delle violenze sessuali in genere¹⁹⁷. Tale scelta della giurisprudenza internazionale appare molto condivisibile, dato che questa categoria di atti è molto diffusa in concomitanza di operazioni genocidiarie, pertanto, l'attenzione al fenomeno dimostrata dalle corti è decisamente apprezzabile.

La terza categoria è quella dell'imposizione, ai membri del gruppo, di condizioni di vita tali da portarli alla distruzione fisica. La situazione a cui deve essere sottoposto il gruppo deve essere talmente gravosa da metterne in pericolo l'esistenza. Tra le condotte idonee a provocare tale effetto vi sono: l'imposizione di limitazioni alimentari; carenze di strutture sanitarie; gravi difficoltà di alloggio, come la totale mancanza di abitazioni per la popolazione del gruppo¹⁹⁸; mancanza di condizioni igieniche adeguate; mancanza di capi d'abbigliamento; lavoro eccessivo; eccessivo sforzo fisico in genere¹⁹⁹.

Prima di passare all'analisi delle altre due fattispecie, va precisato come le condotte della lettera d e lettera e dell'articolo differiscano dalle prime tre, dato che le condotte descritte mirano alla distruzione del gruppo, non tanto con l'uccisione dei suoi membri, ma con il tentativo di impedire che questo possa procreare o avere future generazioni. Per questo motivo sono definite come "atti di genocidio biologico"²⁰⁰.

¹⁹¹ ICTR: "Prosecutor c. Semanza" 2003 par. 319

¹⁹² La necessità dell'elemento della gravità è sottolineata da Leotta op.cit. nota 158 pag. 262-267

¹⁹³ Come sottolineano Greppi op. cit. nota 159 pag. 185 e Leotta op. cit. nota 158 pag. 262

¹⁹⁴ Così Leotta op.cit. nota 158 pag. 263

¹⁹⁵ ICTR: "Prosecutor c. Akayesu" 1998 par. 502 ribadito in ICTR: "Prosecutor c. Gacumbitsi" 2004 par. 291

¹⁹⁶ Id Akayesu par. 503

¹⁹⁷ ICTR: "Prosecutor c. Rutaganda" 1999 par. 51, confermato in ICTY: "Prosecutor c. Kristic" 2001 par. 513

¹⁹⁸ Elementi enucleati da Greppi op.cit. nota 159 pag. 185

¹⁹⁹ ICTY: "Prosecutor c. Brdanin" 2004 par. 691

²⁰⁰ Come puntualizza Leotta op. cit. nota 158 pag. 258

La prima di queste due categorie, la quarta complessivamente, è quella che ha l'obiettivo di impedire nuove nascite all'interno del gruppo.

Ciò può essere raggiunto in vari modi. Se si prende il caso della società ruandese, fortemente patriarcale, anche costringere le donne Tutsi a dare vita solo a bambini di padre Hutu e, quindi, appartenenti a quella etnia potrebbe costituire un genocidio²⁰¹, in quanto la procreazione così sistematicamente regolata porterebbe, prima o poi, all'estinzione del gruppo protetto. Tale intento, tuttavia, potrebbe anche essere raggiunto attraverso l'induzione di un blocco mentale nella popolazione del gruppo a procreare²⁰².

L'ultima fattispecie è quella del trasferimento forzato dei bambini del gruppo protetto. Sulla natura di questa categoria sono state proposte due teorie: la prima sostiene che tale categoria sia da considerarsi come un genocidio culturale²⁰³, mentre altri sostengono che si tratti di una fattispecie di distruzione fisica indiretta del gruppo²⁰⁴. Chi sostiene che la categoria del trasferimento forzato dei bambini sia un genocidio culturale argomenta ciò dicendo che essa, a differenza delle altre (almeno le prime tre) categorie, non comporta, in astratto, l'uccisione di alcun membro del gruppo protetto²⁰⁵. D'altro canto, chi sostiene che il trasferimento forzato di bambini del gruppo comporti in maniera indiretta la distruzione fisica del gruppo stesso sostiene, in maniera preferibile alla prima teoria, che, se la quantità di bambini trasferiti fosse tale da comportare il rischio di sopravvivenza del gruppo alla prossima generazione, si otterrebbe l'effetto di distruggere quel gruppo²⁰⁶. Quanto al contenuto di questa categoria, si può affermare che per avere un bambino, considerato tale ai fini della norma, esso deve avere meno di 18 anni²⁰⁷ e che il trasferimento possa avvenire tanto in un unico gruppo terzo, quanto in vari gruppi sparsi, se l'effetto è quello della distruzione dell'identità originaria di quel gruppo. La violazione della norma sarà accertata, per chiudere, anche nel caso di trasferimento di bambini indotto attraverso un trauma psichico²⁰⁸.

Il quinto ed ultimo elemento della fattispecie sono le condotte collaterali al genocidio, ossia quell'insieme di condotte che aiutano la commissione del crimine di genocidio. Esse hanno trovato spazio nelle fonti antigenocidiarie per lungo tempo, salvo poi essere escluse dallo Statuto di Roma.

Le condotte sono quelle di:

“(b) Conspiracy to commit genocide;

(c) Direct and public incitement to commit genocide;

²⁰¹ Così Greppi op. cit. nota 159 pag. 186

²⁰² ICTR: “Prosecutor c. Musema” 2000 par. 158

²⁰³ Riportato ma, allo stesso tempo, contestato Leotta op.cit. nota 158 pag. 272-273

²⁰⁴ Leotta op.cit. nota 158 concorda con tale visione pag. 273-274

²⁰⁵ Id nota 204 pag. 274

²⁰⁶ Id nota 204

²⁰⁷ Id nota 204

²⁰⁸ Così Greppi op.cit. nota 159 pag. 186

(d) *Attempt to commit genocide*;

(e) *Complicity in genocide*.²⁰⁹

Tali attività, per loro natura sono finalizzate, o avevano come obiettivo, quello di commettere il crimine di genocidio (come nel caso del tentativo).

Per quanto riguarda il contenuto delle singole categorie, va sottolineato il grande lavoro dei giudici del Tribunale per il Ruanda con riguardo alla fattispecie di incitamento diretto e pubblico alla commissione di genocidio, giustificato dalla presenza della famigerata radio *RTL*, che ha avuto un ruolo centrale nello sterminio dei Tutsi²¹⁰.

Come si anticipava prima, la formulazione degli atti collaterali al genocidio non ha avuto seguito nello statuto della Corte penale internazionale che, in particolare, non prevede la condotta della cospirazione di genocidio nel proprio statuto. Mentre trovano riscontro le altre condotte: l'incitamento diretto e pubblico di genocidio all'articolo 25 lettera e; il tentativo alla lettera c dello stesso articolo, ma con riferimento a tutti i crimini in generale e alla lettera f più specificamente per il genocidio; la complicità nella commissione del crimine di genocidio sempre prescritta, sempre all'articolo 25 let. c, con riguardo a tutti i crimini in generale. Con riguardo alla mancanza della previsione della condotta di cospirazione di genocidio, vi sono state critiche a questa scelta, dato il grande lavoro che i tribunali internazionali hanno dedicato a tale fattispecie²¹¹, a dimostrazione della grande importanza che questo aspetto aveva ed ha nella norma sul genocidio. Questa grande prassi giurisprudenziale fa pensare che nella redazione dello Statuto non si sia tenuto conto del diritto consuetudinario vigente al tempo, di cui la cospirazione di genocidio fa parte in maniera pacifica nella dottrina e giurisprudenza internazionale.

Paragrafo 5

L'immunità degli Stati dalla giurisdizione

La nozione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è molto risalente nel tempo (se ne discute da più di un secolo) e ha vissuto molte evoluzioni nel corso del tempo. La materia è molto vasta e farne un'analisi complessiva risulterebbe troppo lungo e uscirebbe dallo scopo del lavoro, ossia quello di rintracciare come i principi di diritto internazionale vadano ad influenzare il *case law* delle Corti

²⁰⁹ Art III Convenzione del 1948; art. 4 par. 3 Statuto ICTY; art. 2 par. 3 Statuto ICTR

²¹⁰ Per tutte ICTR: "*Prosecutor c. Ruggiu*" 2000

²¹¹ Per tutte la già citata sentenza *Musema*

Supreme interne. La disciplina delle immunità degli Stati dalla giurisdizione ha avuto, indiscutibilmente, grande rilievo nel regolare i rapporti tra i diritti interni ed il diritto internazionale, creando, anche di recente, degli scontri tra questi ordinamenti. Per immunità dalla giurisdizione si intende quell'istituto per il quale uno Stato non può essere sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato per gli atti da esso compiuti o, almeno, questo ne era il contenuto originario. Nel corso del tempo, con l'indebolimento della sovranità degli Stati, di cui l'immunità è uno dei corollari, anche l'immunità stessa, da assoluta, ha avuto una serie di limitazioni. Una prima limitazione, come già si è visto, riguarda la distinzione degli atti che vengono contestati, ossia se essi siano atti "*iure imperii*" o atti "*iure gestionis*"²¹². Per questa seconda categoria di atti è ormai pacifico che l'immunità sia venuta meno, con la possibilità per i privati di citare in giudizio gli Stati in fattispecie di questo tipo.

Una seconda limitazione al principio delle immunità degli Stati è quella concernente l'immunità funzionale dei propri organi: questo problema ha avuto una grande evoluzione a partire dal secondo dopoguerra, in seguito ai gravi crimini commessi dai gerarchi nazisti e non solo. L'evoluzione, in estrema sintesi, è stata quella di far venire meno l'immunità a favore degli individui-organo dello Stato in caso di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario²¹³. La conseguenza di ciò è che l'immunità dalla giurisdizione penale risulta oggi limitata solo a violazioni non gravi commesse dai funzionari degli Stati, in un'ottica di bilanciamento con gli interessi delle vittime di queste gravi condotte, oltre che della necessità di punire atti di così grande gravità. Il quadro qui esposto fa emergere come la problematica che fa discutere le Corti al giorno d'oggi, riguardi l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati per gli atti *iure imperii*. Fatte queste necessarie precisazioni e chiarito il raggio d'azione della trattazione, ci si concentrerà sulle fonti di questa norma internazionale, che sono numerose. Il primo strumento è la Convenzione di New York del 2004, redatta in seno alle Nazioni Unite²¹⁴, il secondo strumento è la Convenzione di Basilea, nata nel Consiglio d'Europa²¹⁵, quindi a carattere regionale ed infine la Convenzione Interamericana sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati²¹⁶, nata dall'accordo dell'Organizzazione degli Stati americani. Un'altra fonte molto importante, seppure non vincolante, ma con grande valore a livello interpretativo, è il testo prodotto dalla Commissione per il diritto internazionale²¹⁷, nel quale vengono affermati molti importanti principi in materia di immunità, spesso ripresi da dottrina e giurisprudenza nell'analisi dell'evoluzione della norma.

²¹² Vedi supra cap. I par. 2

²¹³ Per approfondire si veda Greppi op.cit. nota 158 pag. 10-14

²¹⁴ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004

²¹⁵ European Convention on State Immunity of 1972

²¹⁶ Interamerican draft convention on jurisdictional immunity of States.

²¹⁷ Jurisdictional immunities of States and their property in Yearbook of the international law commission of 1991

Il contenuto di questi strumenti è piuttosto simile e, in sostanza, riflette il contenuto della norma a livello consuetudinario, con riguardo alla nozione di Stato, di Corte, come organo giurisdizionale da cui si è immuni e del campo di applicazione di tale immunità. È la stessa di Convenzione di New York ad affermare che: “*Considering that the jurisdictional immunities of States and their property are generally accepted as a principle of customary international law*”²¹⁸. Queste Convenzioni sono, pertanto, mera opera di codificazione di norme già esistenti nel diritto internazionale. Tali strumenti definiscono e chiariscono la nozione di Stato²¹⁹.

Una Corte è intesa, invece, come:

“(...) *any organ of a State, however named, entitled to exercise judicial functions;*”²²⁰.

Per quanto riguarda l’esercizio dell’immunità, esso viene escluso dalla Convenzione di New York per atti un cui lo Stato agisce come un privato: in materia di transazioni commerciali (art. 10), contratti di lavoro (art. 11), risarcimento dei danni ed infortunistica (art. 12) ed altre materie in cui non è coinvolta un’attività istituzionale. È importante sottolineare come nessuno degli strumenti sopracitati faccia riferimento agli atti *iure imperii*, nemmeno implicitamente.

Per quanto riguarda il rango della norma, vi è pressappoco il consenso della comunità internazionale *tout court* a considerare le immunità degli Stati dalla giurisdizione come norma di diritto consuetudinario, come dimostra il preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite. Tuttavia, alcuni dubbi sorgono sulla portata di questa norma e, soprattutto, sui rapporti di essa con le altre norme del diritto internazionale, soprattutto con riguardo alle norme di *ius cogens*, argomento che ha portato la giurisprudenza italiana a scontrarsi con la Corte Internazionale di Giustizia. L’analisi del rango dell’immunità sarà, quindi, condotta prendendo in considerazione la giurisprudenza della CIG e della CEDU, per indagare come queste due corti abbiano collocato tale norma e come la abbiano posta in relazione con le altre norme internazionali. La prima corte che verrà analizzata è la CIG, in particolare la celebre sentenza del 2012 che ha visto Italia e Germania scontrarsi sul tema delle immunità.

La questione sorse poiché le corti italiane, a partire dalla sentenza “*Ferrini*”, iniziarono ad accogliere le richieste dei parenti delle vittime dei crimini compiuti dal regime nazista in Italia tra il 1943 ed il 1945²²¹, negando l’immunità allo Stato tedesco, nonostante gli atti compiuti dai propri militari fossero atti *iure imperii*. Per questa ragione la Germania citò in giudizio l’Italia per violazione delle norme

²¹⁸ Preambolo United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 1994

²¹⁹ “*“State” means:*

(i) *the State and its various organs of government;*

(ii) *constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;*

(iii) *agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;*

(iv) *representatives of the State acting in that capacity”* Id Art. 2 let. B

²²⁰ Id Art 2 let. A

²²¹ Di questa giurisprudenza si darà conto nel capitolo successivo

sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione. La difesa italiana fece perno su tre argomenti: gli atti commessi dagli ufficiali tedeschi erano stati commessi in territorio straniero; gli atti commessi erano di grande gravità e le corti italiane erano l'unica possibilità che le vittime ed i loro parenti avevano per ottenere una forma di compensazione per i torti subiti. L'Italia, in aggiunta, propose alla Corte di leggere tali difese in maniera congiunta, come un unico argomento complesso, che potesse fare in modo di giustificare la mancata concessione dell'immunità alla Germania²²².

Il primo argomento italiano dell'eccezione di territorialità (*territorial tort exception*) trovava il suo fondamento dell'articolo 12 della Convenzione di New York che recita: "(...) *a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission*"²²³

L'argomento sembrava molto convincente in considerazione della lettera dell'articolo, che si applicava perfettamente alla situazione di specie, con i soldati tedeschi in territorio italiano, ma la Corte dell'Aja respinse tale argomento sulla scorta di due ragioni, entrambe, tra l'altro, fondate sulle ricostruzioni interpretative della Commissione per il diritto internazionale dell'ONU. La prima fu quella di affermare come a livello consuetudinario non vi fosse accordo sull'obbligatorietà di tale articolo²²⁴, che, pertanto, non vincolava gli Stati. Il secondo argomento si basò sul sostanziale accordo che la Commissione riscontrò sul fatto che l'articolo non avesse applicazione in caso conflitti armati o, comunque, di operazioni militari in genere²²⁵, come furono quello del caso di specie.

L'Italia sostenne l'argomento dell'eccezione territoriale anche sulla base della Convenzione di Basilea che recita: "*A Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred.*"²²⁶

La Corte ebbe gioco facile a far cadere tale argomentazione anche in ragione della lettura in combinato disposto di questo articolo con l'art. 31 della stessa Convenzione che, in maniera piuttosto

²²²Come spiegano L. Gradoni e A. M. Tanzi: *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012* in la comunitàinternazionalevol.LXVII2012pag.205

²²³ Art. 12 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004

²²⁴ Sentenza CIG 2012: "*Jurisdictional immunities of the State*" Germania c. Italia par. 78

²²⁵ Id nota 224 par. 69

²²⁶ Art. 11 European Convention on State Immunity of 1972

eloquente, afferma che: “*Nothing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State.*”²²⁷

Il secondo argomento italiano era incentrato sulla particolare gravità dei crimini commessi sul proprio territorio, che costituirono gravi violazioni delle norme di *ius cogens*, inderogabili per loro natura, che, con la concessione dell’immunità, sarebbero, secondo il collegio difensivo italiano, violate, in maniera chiaramente non conforme alle norme del diritto internazionale generale. La Corte spese molte pagine per argomentare il rigetto della questione, ed ora si darà di conto di tale processo ermeneutico. La premessa fatta dalla Corte è quella di condanna delle azioni perpetrate dal regime in Italia definite come “*disregard for the “elementary considerations of humanity”*”²²⁸, riconoscendo pienamente, come, del resto, gli Stati litiganti, tali azioni come crimini contro l’umanità e crimini di guerra ai sensi dello Statuto del Tribunale di Norimberga²²⁹. La CIG si trovò, quindi, a dover analizzare la natura dell’immunità dalla giurisdizione e a capire in che relazione essa si ponesse con queste norme. La Corte precisò in primo momento l’importanza della norma sulle immunità, come espressione del principio di sovranità degli Stati definito come uno dei principi fondamentali dell’ordinamento internazionale²³⁰. Pertanto, negare l’immunità significherebbe negare il principio contenuto all’articolo 2 della Carta delle Nazioni Unite. Un’altra argomentazione sostenuta dalla Corte, la più discussa, è quella della qualificazione dell’immunità come regola procedurale²³¹, che comporta che essa venga applicata prima delle altre norme, negando la possibilità di porre in essere alcun bilanciamento tra norme. Tale ricostruzione si basò sul lavoro di Ronald Dworkin, citato dalla Corte stessa, di cui si è già dato conto in precedenza²³². La Corte, a questo punto, si trovò nella posizione di dover giustificare come tale regola operasse e ha dover dare conto del mancato bilanciamento con le norme inderogabili, che, in questo modo, sarebbero state violate. Per quanto concerne la prima questione, la Corte spiegò come essere immuni dalla giurisdizione significasse, non tanto essere immuni dalle condanne, ma essere immuni da “*being subjected to the trial process*”²³³, con la conseguenza che il merito non dovesse essere preso in considerazione, non essendoci la possibilità di instaurare un processo valido da un punto di vista meramente formale. Questo argomento potrebbe essere criticato leggendo l’art. 7 della Convenzione di New York che indica tra i metodi di rinuncia all’immunità quello di: “*by a declaration before the court or by a*

²²⁷ Art. 31 European Convention on State Immunity of 1972

²²⁸ Cfr. sentenza CIG nota 224 par. 52

²²⁹ Id sentenza CIG nota 224: gli atti a cui si fa riferimento sono gli omicidi e le deportazioni dei cittadini italiani par. 52

²³⁰ Id nota 229 par. 57

²³¹ Id nota 229 par. 58

²³² Vedi supra cap. I par. 1

²³³ Cfr. sentenza CIG nota 224 par.

*written communication in a specific proceeding*²³⁴ e ciò non sarebbe possibile se il processo non fosse stato validamente costituito. Se tale argomento da un punto di vista pratico ha scarsa rilevanza, in quanto ad uno Stato basterebbe assentarsi per evitare il processo, non essendo l'assenza giudicata come implicita accettazione della competenza dello Stato straniero²³⁵, da un punto di vista teorico potrebbe significare che un processo in realtà possa essere regolarmente costituito anche in presenza di un'immunità dello Stato, a differenza di quanto affermato dalla Corte dell'Aja.

La Corte proseguì nel suo ragionamento affermando che, dato che il merito del caso non ha peso in caso di immunità dello Stato, la gravità dei fatti non può esser presa come un parametro di valutazione dall'interprete²³⁶. Un'altra considerazione fatta dalla Corte è, come già sottolineato in precedenza, che nessuno degli strumenti rilevanti in materia di immunità fa riferimento alla possibile sottoposizione a giurisdizione per atti *iure imperii*²³⁷, a prescindere dalla gravità di essi. Su premesse simili si muove l'argomentazione della Corte con riguardo alla questione delle norme di *ius cogens*, violate quando la Corte afferma che non vi è conflitto tra queste e le norme sull'immunità, essendo queste ultime applicate temporalmente prima delle altre, non entrando mai in contatto diretto tra loro²³⁸. A supporto di questa tesi formalistica, la Corte fa l'analogia con le norme sulla giurisdizione che, anch'esse, precedono, nello svolgimento del processo, le norme inderogabili, che non troverebbero applicazione nel caso la CIG o un'altra corte non avesse giurisdizione su di esse²³⁹. Su questi argomenti si basa la mancanza di un bilanciamento tra le norme in gioco nel caso di specie. Tale conclusione appare criticabile, ed è stata criticata²⁴⁰, perché la qualificazione delle norme sull'immunità come regola appare debole o, quantomeno, non appropriata, soprattutto tenuto conto della situazione del caso di specie. Si deve considerare come la richiesta di un bilanciamento fosse stata proposta dal collegio difensivo italiano anche per fare chiarezza su una questione che già da tempo creava problemi in Italia²⁴¹, ed era stata discussa anche in Grecia, che infatti presenziò al processo come parte interveniente, soprattutto per il grande problema di garantire una tutela alle vittime ed ai parenti di esse per fatti così gravi. La Corte dell'Aja, invece, non prese in considerazione il merito delle violazioni, riconosciute, tuttavia, come gravi, ma si limitò semplicemente a non decidere su di esse, attraverso una mera formalità. Ciò si sarebbe, in teoria, potuto evitare se si fosse qualificata l'immunità dalla giurisdizione come un principio, cosa nemmeno troppo complicata da

²³⁴ Art. 7 par. 1 let. C United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004

²³⁵ Art 7 par. 2 United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004

²³⁶ Cfr. sentenza CIG nota 224 par. 60

²³⁷ Id nota 236 par. 89

²³⁸ Id nota 236 par. 93

²³⁹ Id nota 236 par. 95

²⁴⁰ Tra questi Gradoni e Tanzi che sostengono che la Corte abbia perso un'occasione per dare risposta ad un serio problema del diritto internazionale op. cit. nota 222 pag. 224-225

²⁴¹ Id nota 240 pag. 205-206

sostenere, essendo l'immunità, per affermazione dei giudici stessi, una norma strumentale al principio della sovranità degli Stati. Su queste premesse invece di una regola, per sua natura non bilanciabile, la Corte avrebbe potuto lavorare con una serie di principi e norme cogenti le cui antinomie vengono risolte solamente attraverso un'operazione di bilanciamento²⁴², come richiesto dall'Italia. Anche in ragione di questo, l'analogia tra giurisdizione e immunità si sarebbe potuto non sostenerla, per la mancanza di una comune *ratio* della norma che si sarebbe evidenziata, essendo così l'immunità non più regola procedurale ma principio, mentre la norma sulla giurisdizione sarebbe rimasta regola.

Il terzo argomento della difesa italiana è quello del *last resort*, ossia il fatto che la concessione dell'immunità allo Stato tedesco avrebbe provocato l'impossibilità per i ricorrenti di avere compensazione per le violazioni dei propri diritti umani subite dagli ufficiali nazisti. Ciò comporterebbe anche la violazione del diritto di accesso alla giustizia dei ricorrenti, ma di questo aspetto si parlerà più approfonditamente con riguardo alla giurisprudenza CEDU su questa materia. L'Italia sostenne la tesi della violazione dei diritti di difesa degli individui anche in ragione della grande importanza che essi assumono nell'ordinamento italiano, in particolare dell'articolo 24 della Costituzione, che definisce il diritto alla difesa come inviolabile. La prassi italiana sarà approfondita nel prossimo capitolo. Queste prime precisazioni fanno capire come la questione sia molto delicata, ma, nonostante ciò, la Corte dell'Aja pose poco l'accento a questi problemi, limitandosi a dire come gli strumenti internazionali o la prassi degli Stati non suggeriscano quest'eccezione alla regola dell'immunità²⁴³. La Corte spiegò che se l'argomento dell'Italia venisse accolto, si darebbe ai giudici un potere troppo importante, ovvero quello di ricostruire e quantificare le lesioni subite dalle vittime²⁴⁴. Questa visione viene criticata, in quanto viene considerata errata questa "mancanza di fiducia" della Corte Internazionale nei confronti dei giudici nazionali²⁴⁵. La Corte dell'Aja preferì affidare questo compito agli Stati, come si evince dall'auspicio della Corte di una riapertura dei negoziati per dare ristoro alle vittime italiane²⁴⁶. Questa ricostruzione sembra criticabile per due ragioni: la prima ragione è quella che, come la stessa Corte notò, ammonendo la Germania, ci sono vittime, cioè i militari sottoposti ai lavori forzati, che sono stati esclusi dai primi accordi e che, quindi, non trovano una tutela alle loro posizioni giuridiche, nonostante ne siano indiscutibilmente meritevoli; la seconda ragione è che la Corte, affidando il potere di risarcire le vittime solo agli accordi tra Stati, fa in modo che la tutela di norma cogenti sia possibile solo attraverso dei negoziati di natura politica, con la conseguenza che i diritti fondamentali degli individui possano essere

²⁴² Vedi supra cap. 1 par 3

²⁴³ Cfr. sentenza CIG nota 224 par. 63-78

²⁴⁴ Id nota 243 par. 128

²⁴⁵ Di quest'avviso sono Gradoni e Tanzi op. cit. nota 222 pag. 219-220

²⁴⁶ Cfr. sentenza CIG nota 224 par. 104

garantiti solo da organi politici, notoriamente troppo soggetti a discrezionalità e, di certo, non idonei ad assicurare una tutela effettiva agli individui²⁴⁷.

Un'altra tesi difensiva italiana fu quella di considerare tutte le tre difese insieme, nel loro e non prese singolarmente, di modo che la forza di questi argomenti insieme avesse indirizzato la Corte verso un'operazione di bilanciamento con le immunità della Germania. Nonostante la richiesta del collegio difensivo italiano, la Corte spese tutta la sua argomentazione a trattare le tesi singolarmente rispondendo prima ad esse e poi dedicando pochissime righe a trattarle nel suo insieme negando la possibilità di poter operare un giudizio di bilanciamento: "*Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed.*"²⁴⁸ Questa risposta è stata critica in quanto prendere in considerazione in maniera unitaria le difese italiane finì, inevitabilmente, coll'indebolire di molto la strategia posizione dello Stato convenuto²⁴⁹. Questa critica appare eccessiva e, soprattutto, considerando che la Corte non si è mai dimostrata pronta a compiere un'operazione di bilanciamento, affermando con forza il carattere procedurale della regola sull'immunità giurisdizionale degli Stati, il risultato della sentenza sarebbe stato la condanna dell'Italia in ogni caso, dato che le tesi italiane sottintendevano necessariamente un bilanciamento.

Si passerà ora ad esaminare la giurisprudenza della CEDU sulla materia delle immunità.

La posizione della Corte EDU, si può già anticipare, rispecchia quanto detto dalla CIG e, inoltre, per certi versi l'ha anticipata, in considerazione del fatto che due delle tre sentenze in materia sono arrivate molti anni prima della decisione del 2012. La prima decisione risale al 2001 e riguarda la concessione dell'immunità al Kwait per degli atti di tortura compiuti dai suoi ufficiali. La vittima propose ricorso presso le Corti del Regno Unito che negarono il risarcimento, concedendo l'immunità allo Stato straniero. La questione fu portata, poi, davanti alla corte dei diritti umani criticando le decisioni interne su due punti: da una parte il ricorrente lamentò la lesione del proprio diritto di accesso alla giustizia (art. 6 par. 1 della Convenzione), dall'altra criticò le decisioni interne perché la concessione dell'immunità fece venire meno la possibilità di avere un risarcimento anche a fronte della commissione di atti di tortura, il cui divieto ha natura inderogabile. La Corte si dovette, pertanto, esprimere sulle due questioni. Di seguito verrà riportato il testo dell'articolo 6, per meglio comprendere l'impianto argomentativo della Corte: "*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi*

²⁴⁷ Vedi supra cap. II par 2

²⁴⁸ Cfr. sentenza CIG nota 224 par. 106

²⁴⁹ Così Gradoni e Tanzi op.cit. nota 222 pag. 211

*diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. (...)*²⁵⁰. La Corte affermò come l'articolo 6 fosse applicabile al caso concreto²⁵¹, in quanto l'immunità dalla giurisdizione non comporta l'assenza di un ascolto del merito delle situazioni concrete, che dovranno essere attentamente valutate²⁵². Questa è una prima differenza con il dettato della Corte dell'Aja che, di fatto, escludeva un'analisi del merito della questione quando vi era applicazione dell'immunità degli Stati. Proseguendo nell'analisi dell'art. 6, la CEDU affermò come la tutela offerta dall'articolo 6 non fosse assoluta²⁵³, ma andasse messa in relazione con altre situazioni che potesse limitarla, a patto che tali restringimenti non fossero sproporzionati²⁵⁴.

La seconda questione riguarda l'utilizzo dell'immunità in relazione a casi di tortura. La Corte iniziò il proprio ragionamento spiegando come la norma sull'immunità fosse connaturata al principio "*par in parem non habet imperium*"²⁵⁵, ossia quella di eguaglianza sovrana tra gli Stati, che ha un grande rilievo a livello consuetudinario, essendo accolto su vasta scala dagli Stati. Sulla base di questo principio la Corte si interrogò sulla possibilità una deroga alle immunità a fronte di atti di tortura e analizzò sia fonti pattizie che fonti consuetudinarie per stabilire se ciò fosse possibile. Per quanto riguarda le fonti pattizie della tortura, come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la Corte osservò come in nessuno di questi strumenti vi fosse un'indicazione sulla possibilità di restringere l'immunità statale dalla giurisdizione anche a fronte di atti di tortura. Per quanto riguarda la prassi statale e giurisprudenziale, la conclusione fu la medesima, cioè fu constatata la mancanza di un riscontro dell'accantonamento della regola dell'immunità in caso di tortura.

La decisione fu molto sofferta²⁵⁶, ma ben accolta in dottrina²⁵⁷ nonostante la sensibilità della materia. Il secondo caso deciso dalla Corte di Strasburgo arrivò l'anno dopo e riguardò la commissione di gravi crimini contro l'umanità compiuti dai soldati nazisti in Grecia, in particolare nella cittadina di Distomo. Per comprendere meglio la decisione bisogna sottolineare come i ricorrenti, più di duecento, si rivolsero alla CEDU per ottenere l'esecuzione della decisione della Corte Speciale Suprema ellenica che aveva condannato la Germania. L'esecuzione di tale sentenza non arrivò, tuttavia, dato che vi fu il rifiuto di eseguirla del Ministro della Giustizia greco, organo intitolato dalla legge a dover autorizzare tale provvedimento. La questione fu, quindi, portata davanti alla Corte europea che, da una parte confermò i principi della sentenza del 2001, in particolare con riguardo all'applicabilità

²⁵⁰ Art. 6 par. 1 CEDU

²⁵¹ Sentenza CEDU 2001: "*Al-Adsani c. UK*"

²⁵² Id nota 251 par. 49

²⁵³ Id nota 251 par. 48

²⁵⁴ Id nota 251 par. 53

²⁵⁵ Id nota 251 par. 54

²⁵⁶ Come sottolineano K. Bartsch e B. Elberling: *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision* in German law journal Volume 4, Issue 5 01 May 2003, pp. 477-491 pag. 483

²⁵⁷ Id nota 256 pag. 483-484

dell'articolo 6 alle questioni sull'immunità²⁵⁸, dall'altro lato, però, dovette affrontare la questione in relazione alla commissione di crimini contro l'umanità e non di tortura. La conclusione a cui la Corte giunse è simile a quanto detto in *Al-Adsani*, cioè la mancanza di una consuetudine sul punto: “*The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity*”²⁵⁹. Ciò posto, la decisione greca di negare l'immunità alla Germania, non fu considerata, evidentemente, come sufficiente per riconsiderare la posizione presa l'anno prima.

L'ultima sentenza sul punto è arrivata nel 2014, in un clima molto diverso rispetto a quelle decisioni precedenti, poiché ora era stata pronunciata la sentenza e Ferrini e la sentenza della CIG tra Italia e Germania. La sentenza in questione tornava ad interrogarsi su casi di immunità concessi in seguito ad atti di tortura commessi da pubblici ufficiali dello Stato, questa volta a favore dell'Arabia Saudita. Alla Corte vengono posti due interrogativi, da un lato se, a tredici anni da *Al-Adsani*, sia arrivato il momento di sovvertire il diritto vivente, opzione che la Corte ha sempre considerato possibile²⁶⁰, dall'altro lato la Corte si è interrogata sul fatto che la prassi avesse sviluppato, o meno, un'eccezione di *ius cogens* alla regola dell'immunità giurisdizionale. Per quanto concerne la prima questione la Corte non ha ritenuto opportuno discostarsi dal proprio diritto vivente, in quanto ha constatato come lo Stato, il Regno Unito, avesse agito in maniera conforme alle norme vigenti del diritto internazionale pubblico²⁶¹. Per questa ragione la quarta sezione della Corte non considerò necessario nemmeno chiedere l'intervento della *Grand Chambre*²⁶².

Per quanto riguarda l'esistenza di una nuova eccezione di *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati, la Corte affermò la mancata formazione a livello consuetudinario di essa, respingendo, pertanto, l'argomento della difesa²⁶³. È singolare pensare come a pochi mesi da questa sentenza è arrivato il pronunciamento della Consulta, la sentenza 238/2014, che ha, sostanzialmente, ribaltato questa visione.

La visione offerta dalle due Corti internazionali analizzate, viene sostenuta anche da parte della dottrina che utilizza l'argomento del “caos” giurisprudenziale che si verrebbe a creare se si concedesse ai ricorrenti di tutto il mondo di adire i propri tribunali nazionali per ottenere un risarcimento dagli Stati stranieri²⁶⁴. Secondo questa teoria l'effetto di negare l'immunità degli Stati

²⁵⁸ Sentenza CEDU 2002: “*Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*” pag. 7

²⁵⁹ Id nota 258 pag. 9

²⁶⁰ Sentenza CEDU 2014: “*Jones e altri c. UK*” par. 195

²⁶¹ Id nota 260

²⁶² Id nota 260 par. 205

²⁶³ Id nota 260 par. 195

²⁶⁴ Come documentato da Bartsch e Elberling op. cit. nota 256 pag. 484

sarebbe di quello di “far rivivere la storia nelle corti nazionali”²⁶⁵, comportando condanne per eventi anche molto risalenti nel tempo senza un vero filtro o controllo centralizzato a livello internazionale. Tale tesi appare criticabile, sia per l’importanza delle questioni che vengono affrontate, le violazioni riguardano spesso gravi crimini internazionali o norme inderogabili, sia perché, come già detto in sede di analisi della sentenza del 2012 della CIG, le corti nazionali sono organi idonei a ricostruire la responsabilità degli Stati e a quantificare i danni e, quindi, i risarcimenti da devolvere alle vittime di tali efferate azioni.

Lo stato del diritto internazionale, per quanto riguarda l’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile per gli atti *iure imperii*, appare piuttosto chiaro: essa è assoluta, nemmeno la violazione di norme cogenti, quali tortura o crimini internazionali, riescono a scalfire tale regola, che, tuttavia, inizia a vacillare e, in futuro, non si esclude la possibilità di un ripensamento della giurisprudenza internazionale.

²⁶⁵ Id nota 264 pag. 484-485

Capitolo III

I singoli principi e diritti nella giurisprudenza delle Corti Supreme

Sommario: Introduzione; 1 Il principio del non *refoulement*; 2 Il diritto alla speranza; 3 Il principio di legalità; 4 Il divieto di genocidio; 5 Le immunità degli Stati dalla giurisdizione

Introduzione

Nel terzo capitolo verranno analizzate le ricostruzioni ermeneutiche dei principi e diritti già discussi nel secondo capitolo.

L'obbiettivo di questa indagine è, da un lato, osservare eventuali armonie o disarmonie nell'applicazione delle stesse regole internazionali tra Corti Supreme e Corti internazionali e sovranazionali e, dall'altro, valutare l'impatto che le soluzioni elaborate dai giudici internazionali hanno nella giurisprudenza delle Corti Supreme e viceversa.

Se a livello internazionale e sovranazionale, le considerazioni degli interpreti sono legate, per la maggior parte, a valutazioni attinenti alla protezione dei diritti umani degli individui e l'eventuale legittimità della restrizione di essi da parte degli Stati, a livello nazionale le considerazioni da fare sono molto più complesse.

I giudici nazionali, infatti, quando utilizzano le norme internazionali, tra cui i principi generali, devono:

- 1) valutare la conformità delle norme internazionali con i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e, quindi, rifarsi alle regole sull'adattamento delle varie fonti nei singoli ordinamenti;
- 2) se le norme internazionali risultano conformi, bilanciarle con le norme e i principi nazionali in contrasto con esse, al fine di individuare quale norma applicare al caso concreto.

Le Corti Supreme svolgono un ruolo decisivo in quest'ottica, dato che, grazie alla grande carica persuasiva delle loro decisioni, riescono ad uniformare le interpretazioni dei giudici comuni sulla materia.

In base a queste considerazioni, non dovrà sorprendere che, nella giurisprudenza delle Corti Supreme, le interpretazioni dei singoli principi partiranno da basi ben diverse rispetto a quanto accade a livello internazionale, non comportando necessariamente, con ciò, diversi risultati.

Questo accade con tutti i principi e diritti analizzati nel capitolo.

Paragrafo 1

Il principio del non *refoulement*

Il principio del non *refoulement* nella giurisprudenza delle Corti Supreme, a differenza che a livello internazionale, deve fare i conti con la necessità che i giudici Supremi nazionali hanno di tutelare valori di grande rilevanza, come la pubblica sicurezza., problema risolto in maniera differente a seconda dell'area geografica di riferimento.

Se in Europa, in particolare nell'Unione Europea, ma anche attraverso la giurisprudenza CEDU, vi è una sempre più crescente attenzione alla tutela dei rifugiati, specialmente nel caso della potenziale lesione dei diritti fondamentali di essi a seguito di un provvedimento di espulsione o di estradizione, la situazione risulta differente al di fuori dai confini del Vecchio Continente.

Se si guarda, per esempio, alla disciplina statunitense in materia, si può notare un atteggiamento di grande preoccupazione della Corte Suprema nel tutelare la sicurezza pubblica dello Stato, oltre che una tendenza a lasciare agli organi politici la competenza su questioni di politica estera e di pubblica sicurezza, in ossequio al principio della separazione dei poteri.

Il caso americano, tuttavia, apparrebbe essere piuttosto isolato, dato che molti altri paesi di *common law*, come il Canada o l'India, tendono a grande dare importanza alla tutela dei diritti fondamentali dei rifugiati.

Bisogna ricordare che i provvedimenti di espulsione o di estradizione sono emessi da organi politici e, in quanto tali, dotati di grande discrezionalità nelle proprie decisioni, spesso spinte da considerazioni che esulano dall'argomentazione giuridica, trasformandosi in atti di opportunità politica. Va sempre tenuto a mente, infatti, come l'immigrazione, oltre ad essere una delle piaghe della società globalizzata, sia un argomento di grandissima sensibilità politica, capace di creare grandi paure e timori nella popolazione di uno Stato e, di conseguenza, di muovere i consensi durante le elezioni. In questo contesto, il ruolo dei giudici diventa fondamentale, dato che essi diventano uno scudo a queste visioni nazionaliste e xenofobe, portando nelle aule dei tribunali giustizia e decisioni che privilegiano la tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Fatte queste premesse, è ora opportuno soffermarsi sulle risposte delle varie Corti Supreme sul tema. La prima decisione analizzata è una sentenza della Corte Suprema indiana, chiamata a pronunciarsi sulla possibile rimozione dal territorio indiano della popolazione di etnia Chakmas¹.

¹ Corte Suprema indiana 1996: “*National Human Rights Commission v. State of Arunachal Pradesh and Another*” par. 4

Questo gruppo etnico, di origine bangladese, si era stanziato in India da almeno trenta anni² e, a dire della Corte, aveva, ormai, creato una forte connessione con lo Stato ospitante (“*developed close social, religious and economic ties*”)³, assicurando pace e stabilità alla sua popolazione.

Ciò nonostante, seppur fosse stata espressa l’intenzione di farlo⁴, la popolazione Chakmas non aveva ottenuto la cittadinanza indiana⁵, rendendola soggetta ad una possibile espulsione dal territorio indiano. La Corte considerò che l’espulsione del gruppo dai confini indiani potesse effettivamente determinare un serio rischio per la vita e libertà della popolazione Chakmas⁶, dato che, solo in India, essi avrebbero potuto beneficiare di una protezione adeguata dei loro diritti⁷.

Tale atto di espulsione avrebbe costituito una violazione della Costituzione che, all’articolo 21, garantisce a tutti e, quindi, anche ai rifugiati o a chi si trova in territorio indiano, seppur sprovvisto di cittadinanza, la tutela della vita e libertà personale⁸.

La lesione, secondo la Corte, sarebbe stata evidente nel caso di specie, dato che si sarebbe voluto forzatamente allontanare dei soggetti che avevano delle radici nel territorio, soggetti i cui figli erano nati in India e che avevano vissuto tutta loro vita in questo Stato⁹.

In conclusione, la Corte ricordò che l’India è un paese che accoglie le regole della *rule of law*, che impone che tutti siano trattati allo stesso modo, secondo uguaglianza quindi, e che lo Stato abbia l’obbligo di fare in modo che la vita e la libertà personale di tutti sia salvaguardata e protetta¹⁰.

Questa decisione è molto importante, in quanto aiuta a confermare il rango consuetudinario del principio del non respingimento¹¹. Ciò è vero, in quanto l’India, pur non essendo parte della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, accoglie il principio secondo cui non è possibile allontanare dei soggetti dal territorio di uno Stato se, facendo ciò, si causa una lesione dei diritti fondamentali degli stessi¹².

Un’altra sentenza molto rilevante sul principio del non *refoulement*, fu emessa dalla Corte Suprema del Canada.

² Id par. 10

³ Id

⁴ Id par. 4

⁵ Id par. 8

⁶ Id par. 15

⁷ Id

⁸ Id par. 16 “*No person shall be deprived of his life or personal liberty except according to procedure established by law*”

⁹ Id par. 18

¹⁰ Id par. 20

¹¹ Cfr. Lenzerini op. cit. nota 3 cap. II par. 1 pag. 731-732

¹² Id

Nel caso di specie, la Corte Suprema dovette decidere se fosse legittimo estradare un soggetto appartenente ad un'organizzazione terroristica ma che, tuttavia, avrebbe rischiato di essere sottoposto a tortura nel paese di destinazione, lo Sri Lanka¹³.

La Corte spiegò che in Sri Lanka l'uso della tortura, in particolare contro i membri dell'organizzazione terroristica di cui faceva il ricorrente, era molto diffuso¹⁴.

Allo stesso tempo, tuttavia, il ricorrente era stato qualificato dalle autorità competenti come pericoloso per la sicurezza del Canada¹⁵ e, pertanto, era stato deciso di estradarlo.

La Corte si trovò, quindi, a dover bilanciare il rischio del ricorrente di subire atti di tortura con il pericolo per la sicurezza pubblica dello Stato canadese¹⁶.

La Corte iniziò il suo ragionamento spiegando che, quando fu presa la decisione di estradare il ricorrente, il Ministro competente, quello della Cittadinanza, era in possesso di maggiori informazioni rispetto a quelle che potessero avere i giudici¹⁷.

Venna, inoltre, ricordato che la legge forniva ampia discrezionalità al Ministro, che poteva esercitare i suoi poteri in maniera piuttosto libera, salvo che le sue decisioni assumessero un carattere di irragionevolezza¹⁸.

È proprio il Ministro, infatti, che compie la prima analisi sulla potenziale lesione dei diritti fondamentali degli individui, da bilanciare, come si è detto, con le esigenze di pubblica sicurezza¹⁹.

La Corte, con riguardo al rischio di tortura del ricorrente, sottolineò come egli, come tutti rifugiati, beneficiava della protezione dell'articolo 7 della Carta dei Diritti del Canada, che protegge la vita, la libertà personale e la sicurezza di chiunque²⁰.

Il parametro fondamentale da tenere in considerazione, sottolineò poi la Corte, è la *fundamental justice*²¹, definita come uno dei: “*basic tenets of our legal system*”²², e, quindi, si rendeva necessario valutare diversi fattori prima di estradare un soggetto a rischio di tortura²³.

La Corte affermò, innanzitutto, che nel principio della *fundamental justice* rientrassero anche le norme di diritto cogente²⁴, in cui era compreso il divieto di tortura.

¹³ Corte Suprema canadese 2002: “*Suresh c. Canada*” par. 1

¹⁴ Id par. 10

¹⁵ Id par. 16

¹⁶ Id par. 27

¹⁷ Id par. 31

¹⁸ Id par. 32

¹⁹ Id

²⁰ Id par. 44 “[e]veryone . . . the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”

²¹ Id

²² Id par. 45

²³ Id

²⁴ Id par. 46

Andava valutato, dunque, se deportare un soggetto che rischiava di essere torturato andasse contro i principi di giustizia fondamentale²⁵.

A tale fine la Corte notò che, se da una parte, il Canada aveva un legittimo interesse a combattere il terrorismo, dall'altra, tale obiettivo non poteva che essere raggiunto seguendo il principio di proporzionalità, che costituisce uno dei cardini dell'ordinamento canadese²⁶. La Corte notò come in Canada la tortura fosse uno strumento ritenuto incompatibile con i valori di giustizia²⁷. Ciò perché la tortura era uno strumento così ripugnante che, qualunque fosse l'offesa compiuta dal torturato, non sarebbe mai stato giustificabile il ricorso ad essa²⁸.

Essa, infatti, genera nel soggetto grande paura e potrebbe provocare conseguenze anche irreversibili nella psiche del torturato, oltre che costituire un atto di negazione dell'umanità della vittima²⁹. La valutazione da fare, tuttavia, era diversa nel caso di specie, essendo esso un caso di espulsione³⁰.

La Corte notò che, seppur il Canada non avesse un ruolo diretto e principale nell'atto di tortura che rischiava il ricorrente, l'extradizione restava una condotta necessaria per la realizzazione della tortura stessa, finendo con il violare le regole di giustizia fondamentale³¹.

Lo Stato aveva l'obbligo di esaminare le condizioni oggettive e soggettive del caso di specie prima di decidere di estradare un individuo³².

In ogni caso, la Corte giunse alla conclusione che quasi sempre fosse sproporzionata una decisione di estradizione di un soggetto a rischio tortura, data la gravità di questo atto, definito particolarmente aberrante³³.

Questa decisione, pur non permettendo il respingimento di un soggetto a rischio di subire atti di tortura, lasciò aperta la possibilità che ciò accada, in situazioni di particolare gravità, risultato che farebbe venire meno la tesi di inderogabilità del principio quando strumentale alla tutela di altre norme inderogabili³⁴. È stato notato, tuttavia, che, in realtà, bilanciare il principio del non respingimento con la tutela della sicurezza pubblica, costituisse un implicito riconoscimento del carattere cogente del principio, in quanto esso viene posto sullo stesso livello della sicurezza pubblica, che è un'altra norma cogente³⁵.

²⁵ Id par. 47

²⁶ Id

²⁷ Id par. 50

²⁸ Id par. 51

²⁹ Id

³⁰ Id par. 52

³¹ Id par. 54

³² Id par. 58

³³ Id par. 76

³⁴ Vedi supra cap. II par. 1

³⁵ Cfr. Lenzerini op. cit. nota 3 cap. II par. 1 pag. 737 nota 51

è giunto, ora, il momento di soffermarsi sulla disciplina statunitense, che, come già, anticipato, risulta essere molto più restrittiva dei diritti dei rifugiati.

La prima sentenza in questo senso è la nota decisione “*Sale*” del 1993³⁶.

I fatti della controversia riguardarono la crescente immigrazione di cittadini di Haiti verso gli Stati Uniti. Dato che il fenomeno stava acquisendo una dimensione sempre maggiore, i due Stati decisero di firmare un accordo con il quale gli Stati Uniti si impegnarono ad intercettare (nelle acque internazionali e, quindi, fuori dai confini degli Stati Uniti) e rimpatriare i migranti haitiani, salvo che essi fossero ritenuti rifugiati, mentre Haiti si impegnò a punire chi aveva tentato di introdursi illegittimamente nel territorio statunitense³⁷.

A seguito di un colpo di Stato, che rovesciò il Governo democraticamente eletto di Haiti, nel paese centroamericano si registrarono crescenti violazioni dei diritti umani della popolazione, tra cui molti atti di tortura, che spinsero gli Stati Uniti a sospendere i rimpatri³⁸. Questo stato dei fatti, tuttavia, durò meno di un mese, dato che la pressione migratoria divenne insostenibile per gli Stati Uniti, costringendoli a riprendere i rimpatri dei cittadini di Haiti³⁹. Col passare del tempo, la situazione si fece così difficile da gestire che le procedure di rimpatrio vennero molto snellite, eliminando addirittura la verifica preliminare sulla possibile attribuzione dello *status* di rifugiato per gli immigrati haitiani, che ora venivano indiscriminatamente rimandati nel loro paese di origine⁴⁰.

La Corte, quindi, fu chiamata a decidere se dichiarare legittime o meno le decisioni degli Stati Uniti in merito alla gestione dell’immigrazione proveniente da Haiti.

La questione centrale della controversia si trovava nella possibilità di estendere la protezione della Convenzione di Ginevra ai rifugiati intercettati fuori dai confini degli Stati Uniti, o se tale estensione dovesse essere negata.

La Corte Suprema si concentrò sul testo dell’articolo 33 della Convenzione, notando che esso fosse silente sull’eventuale portata extraterritoriale della protezione⁴¹.

La Corte tentò, poi, di valutare se l’estensione potesse essere desunta interpretando la lettera dell’articolo: il paragrafo 2 dell’articolo 33 afferma che la protezione debba essere negata per chi potrebbe costituire un pericolo per il paese in cui si trova; la Corte, partendo da ciò, affermò che, se si concedesse la protezione anche ai soggetti intercettati al di fuori dei territori degli Stati, si otterrebbe

³⁶ USA *Supreme Court* 1993: “*Sale v. Haitian Centers Council Inc.*”

³⁷ Id par. 160

³⁸ Id par. 162

³⁹ Id par. 163

⁴⁰ Id par. 165

⁴¹ Id par. 179

il risultato assurdo di proteggere gli stranieri pericolosi accolti in questo modo, mentre i soggetti pericolosi, che si trovavano nello Stato, sarebbero stati respinti⁴².

Un altro argomento usato dalla Corte, per negare l'extraterritorialità del principio di non respingimento, fu la considerazione che i trattati internazionali non potessero imporre obblighi extraterritoriali agli Stati firmatari, essendo essi vincolati ad essi solamente all'interno dei loro confini⁴³.

In conclusione, la Corte affermò che vi fosse un consenso generale sulla negazione dell'applicazione extraterritoriale del principio di non *refoulement*, con il risultato che l'assenza di obblighi extraterritoriali per gli Stati dovesse prevalere sul rischio di una lesione dei diritti fondamentali dei rifugiati⁴⁴.

Questa decisione è stata molto criticata in dottrina e giurisprudenza⁴⁵, dato che costituisce una manifesta violazione del principio di non respingimento⁴⁶.

Va detto, tuttavia, come, nonostante ciò, altri Stati abbiano seguito l'esempio degli Stati Uniti nella gestione degli immigrati, come dimostrato dagli accordi firmati tra Italia e Libia⁴⁷, che ricalcarono perfettamente lo schema degli accordi tra Stati Uniti e Haiti⁴⁸.

A fronte di un'evoluzione in senso sempre più garantista dei diritti dei rifugiati, la Corte Suprema americana sembra essere sempre indirizzata a privilegiare gli interessi dello Stato piuttosto che i diritti umani degli stranieri.

Ciò è dimostrato da una recentissima sentenza della Corte, che si occupò dell'uccisione di un ragazzino messicano per mano di un agente di frontiera statunitense⁴⁹.

La dinamica è piuttosto semplice: il ragazzino quindicenne stava giocando a pallone con i suoi amici nei pressi della frontiera tra Messico e Stati Uniti e, per andare a recuperare la palla, aveva, imprudentemente, varcato il confine⁵⁰. L'agente americano, vedendo il ragazzino sul suolo degli Stati Uniti gli sparò, uccidendolo⁵¹.

La Corte decise di non condannare o di autorizzare l'extradizione dell'agente sulla base di due ragioni: la prima fu la considerazione che la magistratura non avesse il potere di decidere con riguardo alle relazioni diplomatiche dello Stato, facendovi rientrare anche il caso una sparatoria transfrontaliera⁵²;

⁴² Id par. 180

⁴³ Id par. 183

⁴⁴ Id par. 187

⁴⁵ Cfr. Lenzerini op. cit. nota 3 cap. II par. 1 pag. 753

⁴⁶ Id

⁴⁷ Vedi supra cap. II par. 1

⁴⁸ Come notato anche da Lenzerini op. cit. nota 3 cap. II par. 1 pag. 753

⁴⁹ USA Supreme Court 2020: "*Hernandez e al. v. Mesa*" par. I

⁵⁰ Id

⁵¹ Id

⁵² Id par. III let. B

la seconda ragione, simile alla prima, fu l'impossibilità, per gli organi giudiziari, di interferire in situazioni concernenti la pubblica sicurezza, che competono solo all'Esecutivo⁵³.

Spostandosi ora nel contesto europeo, verrà analizzata una sentenza della *House of Lords*.

Nel caso di specie, la Corte Suprema inglese dovette decidere se fosse legittimo estradare due soggetti, uno verso la Germania ed un altro verso la Francia⁵⁴.

La problematicità del caso consistette nel rischio, molto serio e fondato, che i due paesi europei rimandassero i ricorrenti in, rispettivamente, Somalia e Algeria, configurando, per il Regno Unito, un caso di *refoulement* indiretto⁵⁵.

I ricorrenti erano, incontestabilmente, a rischio di lesione dei propri diritti fondamentali⁵⁶, ma, nonostante ciò, Germania e Francia avevano reso chiara la propria decisione di espellere i soggetti.

Alla base di ciò, la Germania sostenne che in Somalia non vi fosse un Governo in grado di portare a compimento una persecuzione contro il ricorrente⁵⁷, mentre, la Francia sostenne che non fosse lo Stato algerino in sé, ma dei privati algerini, a minacciare l'incolumità dell'altro ricorrente, rendendo legittima l'espulsione di esso⁵⁸. Il Segretario di Stato, nonostante ciò, autorizzò l'espulsione dei soggetti⁵⁹.

La Corte, confutando le soluzioni ermeneutiche degli altri due Stati, negò l'estradizione dei ricorrenti. Alla base di questa decisione, la Corte Suprema analizzò le due teorie utilizzate per determinare quando si debba intendere che vi il rischio di "*persecution*" ai sensi dell'articolo 33 della Convenzione⁶⁰.

La prima teoria, accolta da Germania e Francia, è l'"*accountability theory*" per cui si intende: "*if a state can be regarded as accountable for it. On this view the Geneva Convention does not apply where, in the country in which persecution is feared, the state is too weak to provide effective protection, or the state has collapsed*"⁶¹. Ciò comporta che, solo quando uno Stato sia in grado di porre in essere comportamenti lesivi nei confronti dell'individuo, si possa avere una persecuzione. Tale teoria risulta incompleta e dimentica un aspetto fondamentale della tutela offerta dalla Convenzione di Ginevra, cioè la protezione dalle potenziali condotte lesive commesse dai privati dello Stato di destinazione.

⁵³ Id let. C

⁵⁴ *House of Lords* 2000: "*Secretary of State for the home department v. Adan and others*" pag. 1

⁵⁵ Id

⁵⁶ Id

⁵⁷ Id

⁵⁸ Id

⁵⁹ Id pag. 13

⁶⁰ Id pag. 31

⁶¹ Id

Questa lacuna viene colmata dalla seconda teoria, accolta dai giudici inglesi, ossia la “*persecution theory*”, per cui si deve intendere: “*persons are entitled to protection as refugees (...), irrespective of whether this is due to a lack of power in the state or due to encouragement or toleration of the persecution by the state.*”⁶². Questa visione, oltre ad avere il pregio di offrire una tutela più completa ai rifugiati, risulta essere, a differenza della prima teoria, conforme alla ricostruzione internazionale del principio del non *refoulement*, in particolare a quella della Corte EDU⁶³.

Il contesto europeo, in particolare quello dell’Unione Europea, ha vissuto, soprattutto riguardo al tema del *refoulement* indiretto e, più in generale, dell’espulsione dei rifugiati, un grande sviluppo, anche grazie al lavoro delle Corti Supreme degli Stati Membri, come la pronuncia appena analizzata conferma.

Tra queste si ricorda la Corte Suprema irlandese, che, attraverso un rinvio pregiudiziale, sottopose alla Corte di Giustizia una questione sull’interpretazione del regolamento di Dublino⁶⁴.

Nel caso di specie, la Corte Suprema dovette decidere sulla possibile estradizione di alcuni rifugiati verso la Grecia⁶⁵. Il dubbio nacque dalla considerazione che in Grecia le condizioni di vita imposte ai rifugiati non fossero da considerarsi conformi ai parametri della Convenzione sui rifugiati, dato che si registravano lesioni dei diritti fondamentali di essi.

Per questo motivo, si sarebbe dovuto considerare la Grecia come Stato non sicuro, cosa impossibile sulla base della presunzione di sicurezza contenuta nel regolamento europeo⁶⁶.

La Corte Suprema irlandese chiese alla Corte di Giustizia se fosse possibile applicare la “clausola di sovranità”, sempre contenuta nel regolamento⁶⁷.

Tale clausola permette ad uno Stato Membro di fare un’autonoma valutazione sulle condizioni oggettive dello Stato di destinazione, anche se, in astratto, non ne avrebbe competenza⁶⁸, al fine di evitare la lesione dei diritti fondamentali dei rifugiati.

La questione fu accolta dalla Corte del Lussemburgo, che bocciò la presunzione assoluta di contenuta nel regolamento.

Questo approccio più garantista è dimostrato anche da due pronunce italiane, una della Cassazione e un’altra del Consiglio di Stato, che hanno negato l’extradizione a soggetti che rischiavano la lesione

⁶² Id

⁶³ Vedi supra cap. II par. 1

⁶⁴ Come riportato da G. Morgese: *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri* in Studi sull’integrazione europea, VII (2012), pp. 147-162 pag. 153 nota 30

⁶⁵ Id

⁶⁶ Vedi supra cap. II par. 1

⁶⁷ Cfr. Morgese op. cit. nota 64 pag. 153 nota 30

⁶⁸ Id pag. 151

dei loro diritti fondamentali, sulla scorta del carattere strumentale del principio di non respingimento alla tutela di altri diritti fondamentali.

Nella prima sentenza, la Corte Suprema italiana discusse della possibilità di estradare un soggetto in Turchia, dove le sue garanzie processuali rischiavano di essere negate⁶⁹.

In particolare, l'imputato rischiava di essere processato nuovamente per un reato per cui già era stato condannato, ledendo il principio del *ne bis in idem*⁷⁰.

La Corte, dunque, dovette valutare la portata del principio in questione, ovvero se esso fosse un principio inderogabile e, se, in quanto tale, impedisse alla Corte di autorizzare l'extradizione del soggetto.

La Corte iniziò la propria indagine sul rango del principio a partire dalla sua qualificazione nel diritto italiano: i giudici notarono come, attraverso il lavoro interpretativo della Corte Costituzionale, il principio del *ne bis in idem*, seppur non previsto espressamente in Costituzione, facesse parte dell'ordinamento attraverso un'interpretazione estensiva degli articoli 24 e 111 della Carta Fondamentale⁷¹, assumendo il rango di principio generale dell'ordinamento giuridico italiano⁷².

La Corte analizzò, poi, il contesto internazionale, che non riconosceva la norma come principio generale⁷³.

Tale interpretazione, tuttavia, non trovava conferma in ambito UE⁷⁴: la Corte Suprema sottolineò che a livello giurisprudenziale e pattizio il principio aveva ottenuto ampio riconoscimento nel corso degli anni⁷⁵. Il primo passo in questo senso fu il lavoro interpretativo della Corte di Giustizia che fece rientrare il principio del *ne bis in idem* nell'ambito di applicazione del principio della reciproca fiducia tra gli Stati Membri, che imponeva di riconoscere anche i giudicati degli altri Stati parte⁷⁶.

A seguito di questa evoluzione, il principio fu incorporato tra i diritti fondamentali dell'Unione, in particolare all'articolo 50 della Carta di Nizza⁷⁷.

Il *ne bis in idem*, concluse la Corte, è un *principio di civiltà giuridica*⁷⁸ volto a tutelare l'individuo e non è soggetto a deroghe⁷⁹.

⁶⁹ Cassazione penale italiana: sentenza 54467/16 par. 1

⁷⁰ Id par. 1

⁷¹ Id par. 2.1

⁷² Id

⁷³ Id par. 2.2

⁷⁴ Id

⁷⁵ Id

⁷⁶ Id

⁷⁷ "Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge."

⁷⁸ Cfr. Cassazione penale italiana: sentenza 54467/16 nota 69 par. 2.2

⁷⁹ Id

La Corte si soffermò, poi, sulla situazione oggettiva del paese di destinazione, la Turchia, che, come dimostrato dagli elementi portati all'attenzione dei giudici dal collegio difensivo, presentava un quadro molto instabile, con episodi di tortura e maltrattamenti sistematici⁸⁰. In questo contesto, anche i diritti del giusto processo rischiavano di essere lesi⁸¹. La Corte, pertanto, ritenne che non sussistessero le condizioni per concedere l'extradizione⁸².

La seconda pronuncia da esaminare seguì di poco la prima e si occupò di una fattispecie simile. Nel caso di specie, il Consiglio di Stato fu chiamato a pronunciarsi sulla legittimità di un provvedimento di estradizione, emesso nei confronti di un individuo fuggito dall'Afghanistan, che avrebbe indirizzato quest'ultimo in Bulgaria⁸³.

Il ricorrente impugnò il provvedimento in questione, dato che questo avrebbe messo a rischio i suoi diritti fondamentali, esponendolo al rischio di tortura o di altri trattamenti inumani o degradanti⁸⁴.

La Corte Suprema amministrativa, ai fini della risoluzione del caso, si interrogò sulle condizioni oggettive dello Stato di destinazione, la Bulgaria, per valutare la serietà del rischio di lesione dei diritti fondamentali del ricorrente.

La Corte sottolineò che vi fossero delle carenze sistematiche nell'ordinamento bulgaro, tali da rendere molto serio il rischio di subire dei trattamenti inumani o degradanti⁸⁵.

Per affermare ciò, oltre alle prove fornite dalla difesa, il Consiglio di Stato richiamò altre decisioni di altre Corti Supreme europee che avevano dichiarato la Bulgaria paese non sicuro⁸⁶, tra queste sentenze spicca la sentenza della Corte Costituzionale austriaca del 2017 che, annullando una precedente pronuncia della Corte Suprema austriaca, dichiarò illegittimo il provvedimento di estradizione di un soggetto destinato ad andare in Bulgaria⁸⁷.

Sulla base di queste ragioni la Corte Suprema italiana ritenne che in Bulgaria non vi fossero elementi affidabili per garantire la tutela dei diritti fondamentali del ricorrente⁸⁸.

La Corte, successivamente, si concentrò sul contesto normativo e giurisprudenziale europeo in materia di non *refoulement*, individuando tra i principi applicabili il principio di cautela⁸⁹. Tale principio imponeva ai giudici nazionali di annullare un provvedimento di estradizione quando,

⁸⁰ Id par. 3.2

⁸¹ Id par. 3.3

⁸² Id par. 4

⁸³ Consiglio di Stato italiano: sentenza 05085/2017 par. 1-3

⁸⁴ Id par. 2

⁸⁵ Id par. 3.5

⁸⁶ Id par. 3.8

⁸⁷ Id

⁸⁸ Id par. 3.9

⁸⁹ Id par. 4

secondo il dettato CEDU, vi fosse un ragionevole dubbio che vi potessero essere delle lesioni dei diritti fondamentali degli individui nei paesi di destinazione⁹⁰.

Un'altra norma importante era la presunzione di sicurezza dei paesi dell'Unione, come affermato dal regolamento di Dublino⁹¹. Tale presunzione non era assoluta ma solo relativa⁹², dato che le Corti nazionali dovevano sempre analizzare la situazione oggettiva del paese di destinazione prima di autorizzare l'estradizione di un soggetto⁹³.

Un'ultima, ma importante notazione, fu l'inquadramento del principio del non respingimento⁹⁴: la Corte, infatti, affermò che il principio di non *refoulement* (similmente a quanto fatto dalla Cassazione) costituisse uno dei valori della civiltà giuridica e, essendo esso riconosciuto dalle altre Corti Supreme europee, poteva, ormai, essere considerato come una norma consuetudinaria all'interno dell'Unione Europea⁹⁵.

Paragrafo 2

Il diritto alla speranza

Il diritto alla speranza si sta consolidando sempre più negli ordinamenti degli Stati, in particolare nei paesi aderenti al Consiglio d'Europa. Ciò è una conseguenza della vasta giurisprudenza della Corte EDU sulla materia, che ha portato le Corti Supreme di quell'area ad adattare la propria giurisprudenza ai dettami della Corte di Strasburgo.

Tale processo di adeguamento della giurisprudenza interna, tuttavia, presenta non poche problematiche.

Per comprendere meglio ciò, va tenuto presente come il diritto alla speranza, per sua natura, rappresenti una limitazione della pena perpetua, che punisce gli autori dei crimini più gravi ed efferati dei singoli Stati. Non si può, dunque, analizzare la tematica del diritto alla speranza senza tenere presente che ciò impatta, necessariamente, sulla regolamentazione dell'ergastolo adottata dai legislatori nazionali.

Il compito delle Corti Supreme sarà quello di trovare il punto di equilibrio tra la regolamentazione dell'ergastolo, strumentale alla repressione e prevenzione dei crimini più gravi, e la tutela dei diritti fondamentali dei condannati alla pena perpetua.

⁹⁰ Id

⁹¹ Supra cap. II par. 1

⁹² Cfr. Consiglio di Stato italiano: sentenza 05085/2017 nota 83 par. 4.2

⁹³ Id par. 4.3

⁹⁴ Id par. 4

⁹⁵ Id

Prima di addentrarsi in tale giurisprudenza, è necessario chiarire, in breve, la portata della pena all'ergastolo negli ordinamenti penali interni e i riflessi che questa ha nel sistema paese di ogni Stato. Con la pena perpetua, i legislatori si pongono l'obiettivo di prevenire la commissione di determinati reati e di punire, in maniera estremamente severa, coloro che commettono tali condotte criminose.

La funzione di prevenzione della commissione di reati sia articola in due diverse direzioni: la teoria general-preventiva e la teoria special-preventiva.

La teoria general-preventiva consiste in una minaccia, contenuta nel precetto penale, di infliggere una sanzione alla commissione di un determinato atto. Questa "intimidazione"⁹⁶ si rivolge a tutta la comunità e serve da "deterrente"⁹⁷ alla commissione di tali azioni. La teoria special-preventiva, invece, serve ad impedire che chi si sia già macchiato di un reato, possa ripetere tale azione⁹⁸. Tale funzione della pena, pertanto, si colloca nella fase esecutiva della pena⁹⁹, ed ha come fine quello della "risocializzazione" del condannato¹⁰⁰.

Il diritto alla speranza si colloca anch'esso nella fase esecutiva della pena e, di conseguenza, le considerazioni di natura special-preventiva sono un aspetto centrale nella giurisprudenza delle Corti Supreme. Si vedrà, infatti, come l'obiettivo della rieducazione dei condannati sia pressappoco centrale negli ordinamenti europei¹⁰¹, scopo che le Corti Supreme nazionali devono raggiungere scontrandosi con le scelte di prevenzione generale fatte dai legislatori nazionali.

Questi ultimi, infatti, in base al principio di legalità, sono coloro che detengono il potere di scrivere le fattispecie penali e le pene, come peraltro riconosciuto dalla Corti stesse. Il ruolo delle Corti è quello di limitare, ove sia necessario, un'eccessiva punizione per gli ergastolani, in particolare nella fase di esecuzione della pena, per evitare che la repressione dei reati superi il fine rieducativo delle pene.

Un altro ostacolo per le Corti Supreme è quello dell'opinione pubblica. Essa, infatti, a differenza di quanto accade per i giudici della CEDU, esercita una forte pressione sui giudici nazionali, quando viene affrontato il tema delle sanzioni penali per la commissione dei reati più gravi.

Per l'opinione pubblica, lo strumento del carcere, a maggior ragione dell'ergastolo, è considerato essenziale per tutelare la propria sicurezza¹⁰². Un'altra questione sollevata dall'opinione pubblica è la ricerca della certezza della pena, non intesa, tuttavia, come pena certa in base ad una legge emanata

⁹⁶ Cfr. Fiandaca e Musco op. cit. cap. II nota 121 pag. 752

⁹⁷ Id

⁹⁸ Id pag. 760

⁹⁹ Id

¹⁰⁰ Id

¹⁰¹ Come fatto notare da Public International Law & Policy Group NL (PILPG): *The legality of life imprisonment: comparative analysis of international, european, and dutch law* 2016 al sito <https://pilpnjcm.nl/wp-content/uploads/2016/09/PILPG-NL-Life-Imprisonment-Comparative-Analysis-26.05.16.pdf> pag. 16

¹⁰² Cfr. Dolcini op. cit. cap. II nota 75 pag. 37

anteriormente alla commissione del fatto criminoso, ma intesa come pena che rimanga immutabile nel tempo¹⁰³. Chi viene condannato a scontare un certo numero di anni in carcere, non deve uscire dal prima che siano passati esattamente quel numero di anni, mettendo, così, “al bando”, ogni considerazione riguardante la rieducazione dei condannati¹⁰⁴.

La tendenza della giurisprudenza, fortunatamente, va in senso opposto rispetto alle spinte del popolo¹⁰⁵. Avendo presente queste considerazioni, si può passare all’analisi della giurisprudenza rilevante in materia.

La prima sentenza da analizzare fu pronunciata dalla Corte Costituzionale tedesca nel 1977.

La Corte Costituzionale, nel caso di specie, fu interrogata dal giudice rimettente sulla legittimità costituzionale della pena dell’ergastolo. Il giudice *a quo*, in particolare, pose due questioni all’attenzione delle Corte. La prima questione fu la sottolineatura che la legge penale, tra i suoi compiti, non avesse esclusivamente quello di proteggere la vita della comunità, seppure essa fosse un valore fondamentale della comunità¹⁰⁶. Il giudice rimettente, infatti, notò come un altro obbiettivo della legge penale fosse quello della riabilitazione dei condannati¹⁰⁷, il cui raggiungimento sarebbe precluso dalla previsione di un’incarcerazione a vi

ta senza possibilità di liberazione¹⁰⁸. A tal proposito, fu notato come strumenti come la grazia presidenziale non fossero idonei a garantire un’effettiva prospettiva di liberazione futura¹⁰⁹.

In risposta a queste prospettazioni del giudice rimettente, la Corte iniziò la propria argomentazione affermando che, con la pena all’ergastolo, vi fosse una significativa restrizione dei diritti fondamentali dei condannati che, di fatto, uscivano dalla comunità dei cittadini liberi¹¹⁰. La Corte, poi, si soffermò sull’identificazione principi alla base della questione.

Il primo di questi era la dignità umana, collocato dalla Corte tra i principi costituzionali dell’ordinamento tedesco¹¹¹. Tale principio, di fondamentale importanza, doveva essere bilanciato con la coesione sociale della comunità, che costituiva il momento nel quale le libertà dei singoli si realizzano¹¹². Con riguardo al primo principio, la dignità umana, fu affermato che la protezione di essa fosse necessaria durante l’espiazione della pena in carcere e, al fine di ottenere ciò, ogni condotta crudele, inumana o degradante fosse proibita¹¹³. Questa conclusione fu raggiunta in considerazione

¹⁰³ Id pag. 37

¹⁰⁴ Id

¹⁰⁵ Id

¹⁰⁶ BVerfGE 45, 187 par. 41

¹⁰⁷ Id par. 44

¹⁰⁸ Id

¹⁰⁹ Id

¹¹⁰ Id par. 135

¹¹¹ Id par. 143

¹¹² Id par. 144

¹¹³ Id par. 145

del fatto che, come sostenuto anche dal giudice *a quo*, la pena non avesse il solo fine di combattere il crimine¹¹⁴, ma anche una funzione rieducativa del condannato. La Corte, proseguendo nel suo ragionamento, affermò che la dignità umana fosse un principio senza tempo¹¹⁵, e, pertanto, una valutazione della lesione di essa non potesse essere fatta solo momento della condanna, ma si rendeva necessario tenere conto dell'evoluzione del quadro psicologico del condannato, e, quindi, risultava importante valutare se il soggiorno in carcere avesse effettivi lesivi sui condannati. Bisognava valutare se una speranza di liberazione avesse potuto produrre effettivi positivi sullo stato di salute del condannato¹¹⁶.

La Corte usufruì di alcuni studi per determinare se vi fosse un danno per gli ergastolani durante l'esecuzione della loro pena¹¹⁷. Il risultato di tali studi non portò, a giudizio della Corte, ad una chiarezza su possibili cambiamenti della personalità di tali soggetti¹¹⁸. La Corte, poi, si soffermò sul compito di riabilitazione dei condannati, che, la legge affidava alle prigioni¹¹⁹. La riabilitazione venne considerata necessaria nel caso in cui fosse garantita la possibilità di liberazione per gli ergastolani¹²⁰. Tale lettura appare molto corretta, dato che rimettere in libertà un soggetto non rieducato e, quindi, non pronto al reinserimento sociale, andrebbe in contrasto con il la finalità special-preventiva della pena, oltre che comportare un pericolo per la sicurezza dei consociati.

La Corte affermò che per evitare la lesione della dignità umana degli ergastolani, fosse necessario che vi fosse un meccanismo di revisione delle condizioni soggettive del condannato in particolare della sua pericolosità sociale¹²¹. La Corte, in merito a tale meccanismo, spiegò che, anche se tale revisione portasse sempre al risultato di riscontrare la pericolosità sociale del condannato e, quindi, la negazione della libertà di esso, ciò non avrebbe costituito una lesione eccessiva della dignità umana di esso¹²², in quanto sarebbe stato sufficiente che tale verifica si fosse fatta. Pertanto, si imponeva al legislatore un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

La Corte impose al legislatore di adattare l'ordinamento penale, prevedendo un termine ragionevole entro il quale porre in essere la procedura per valutare la possibilità di rivedere la pena¹²³. Il legislatore adempì, prescrivendo un termine di quindici anni dall'inizio della pena per avviare tale verifica¹²⁴.

¹¹⁴ Id

¹¹⁵ Id par. 146

¹¹⁶ Id par. 172

¹¹⁷ Id par. 163-172

¹¹⁸ Id par. 173

¹¹⁹ Id par. 175

¹²⁰ Id par. 177

¹²¹ Id par. 194

¹²² Id par. 183

¹²³ Id par. 208

¹²⁴ Cfr. PILPG op. cit. nota 101 pag. 14

La seconda sentenza da analizzare è molto più recente e fu pronunciata dalla Cassazione penale olandese.

La Corte Suprema si trovò a dover analizzare la compatibilità della pena perpetua con l'articolo 3 della CEDU. La prima considerazione fatta dalla Corte fu quella di dire come l'ergastolo in sé non fosse in contrasto con la Convenzione¹²⁵, pertanto un sistema penale nazionale poteva legittimamente prevedere tale pena al suo interno. La Corte proseguì l'analisi notando che il sistema penitenziario olandese non comportasse l'inflizione di trattamenti inumani o degradanti nei confronti dei condannati¹²⁶, non contravvenendo, perciò, i parametri CEDU.

La contestazione presentata dal ricorrente fu la mancanza di un tempo prestabilito dal legislatore, entro il quando si sarebbe dovuto procedere ad una *judicial review*, per valutare la situazione soggettiva degli ergastolani¹²⁷. Il nocciolo della questione fu capire se il sistema penitenziario olandese garantisse o meno le condizioni *de facto* o *de iure* per attuare una verifica delle condizioni soggettive dei condannati alla pena perpetua, come richiesto dalla CEDU in *Kafkaris*¹²⁸. Per rispondere a questo interrogativo, la Corte richiamò una propria sentenza dell'anno precedente, nella quale venivano enucleati tutti i rimedi che l'ordinamento olandese forniva agli ergastolani per ottenere la liberazione anticipata.

Il primo di questi rimedi era quello della grazia presidenziale¹²⁹, che, venne specificato, era esperibile in maniera illimitata, senza che vi fossero particolari vincoli per i condannati¹³⁰.

Il secondo rimedio era quello dell'esame del quadro clinico psicologico dell'ergastolano, che veniva sostenuto dopo che il condannato avesse espiato almeno un terzo della pena¹³¹, allo scopo di determinare se vi fosse ancora un ragionevole necessità che il condannato proseguisse la sua pena o se il percorso di rieducazione fosse stato portato a termine¹³².

Il terzo rimedio era quello dell'esperimento di un'azione civile, da parte dell'ergastolano, nei confronti dello Stato, se egli avesse ritenuto che l'esecuzione della sua pena non fosse da considerarsi ragionevole¹³³.

La Corte, avendo così riassunto tutte le opzioni concesse agli ergastolani, ritenne che l'ordinamento olandese presentasse delle condizioni *de facto* che rendevano la pena all'ergastolo non irriducibile e, pertanto, conforme all'articolo 3 della CEDU¹³⁴. Alla possibile contestazione che tali rimedi, nella

¹²⁵ ECLI: NL: HR: 2009: BF3741 par. 2.2

¹²⁶ Id

¹²⁷ Id par. 2.3

¹²⁸ Vedi supra cap. II par. 2

¹²⁹ Cfr. ECLI nota 125 par. 2.5

¹³⁰ Id par. 22

¹³¹ Id par. 21

¹³² Id

¹³³ Id par. 23

¹³⁴ Id par. 2.8

prassi, non fossero mai stati applicati, la Corte rispose sostenendo che, in base ai parametri della Convenzione, tale argomento era irrilevante, in quanto, l'obbligo dello Stato è quello di prevedere meccanismi che astrattamente possano garantire un esame della adeguatezza della prosecuzione dell'esecuzione della pena dell'ergastolo per i condannati¹³⁵. Con riguardo alla doglianza della difesa, la Corte affermò che la previsione di un tempo certo, entro il quale si sarebbe dovuto effettuare la verifica soggettiva del condannato, fosse di competenza del legislatore e, pertanto, i giudici ritennero di non avere competenza sulla questione¹³⁶.

La terza sentenza da esaminare fu pronunciata dalla *House of Lords* e, a differenza delle prime due, riguardò un caso di estradizione di un soggetto che avrebbe scontato la pena dell'ergastolo nel paese di destinazione, gli Stati Uniti.

L'imputato nel procedimento davanti alle corti inglesi si era macchiato di duplice omicidio negli Stati Uniti, tra cui anche una di donna incinta¹³⁷. La Corte Suprema dovette valutare se la pena a cui l'imputato andava incontro nel paese di destinazione andasse contro i parametri imposti dall'articolo 3 della CEDU.

La Corte si concentrò su due aspetti al fine di determinare ciò: dapprima valutò se i meccanismi di revisione della pena del Missouri fossero compatibili con la CEDU e, successivamente, si concentrò sulla portata dell'articolo 3 nei casi di estradizione.

Con riguardo alla prima problematica, la Corte, sulla scorta della sentenza *Kafkaris*, sostenne che un meccanismo di revisione basato sul potere di grazia in capo al Segretario di Stato, previsto in Missouri, risultasse conforme con i parametri della Convenzione¹³⁸.

La Corte, in merito al riscontro delle condizioni *de facto* idonee a garantire la liberazione dell'ergastolano, fece notare che esse non dovevano essere confuse con una reale prospettiva di liberazione, perché, se così fosse, si arriverebbe al paradosso che: "*the more horrendous the crime, the stronger would be the claim not to be extradited*"¹³⁹. Sarebbe bastato, ai fini dell'articolo 3 CEDU, che esistesse un rimedio interno idoneo a garantire la liberazione ma non era necessario che la liberazione si realizzasse o che avesse una reale possibilità di verificarsi in concreto¹⁴⁰.

La seconda questione, più complessa della prima, fu analizzata in dettaglio dalla Corte.

La Corte stabilì, in maniera discutibile, come l'articolo 3 non si dovesse applicare nei casi di estradizione¹⁴¹ e, inoltre, affermò che gli *standard* contenuti in tale articolo avessero un peso diverso

¹³⁵ Id par. 2.12

¹³⁶ Id par. 2.9

¹³⁷ *House of Lords* 2008: "*R (on the application of Wellington) v Secretary of State for the Home Department*" par. 1-2

¹³⁸ Id par. 19

¹³⁹ Id

¹⁴⁰ Id

¹⁴¹ Id par. 22

a seconda che l'applicazione di essi riguardasse una questione di diritto interno o un caso di estradizione¹⁴². Nel secondo caso, infatti, il risultato era quello di accordare al ricorrente una tutela minore di quella che avrebbe ottenuto se la fattispecie fosse rimasta circoscritta ai confini nazionali. La seconda notazione fatta dalla Corte inglese, in merito all'art. 3 della Convenzione, è la differenza degli *standard* di tutela imposti a seconda che la fattispecie riguardi il rischio di tortura o il rischio di trattamenti inumani o degradanti¹⁴³. Secondo la *House of Lords*, infatti, la tutela inderogabile veniva accordata solo nel caso di tortura, come dimostrato dalle sentenze *Soering* e *Chahal*¹⁴⁴, mentre nel caso di trattamenti inumani e degradanti la tutela era minore.

Sulla base di queste conclusioni, poi smentite dalla CEDU¹⁴⁵, l'extradizione dell'imputato fu accordata. La Corte Suprema inglese, pur non soffermandosi a lungo sulla questione, tra i criteri utilizzati per decidere sulla questione, individuò quello della proporzionalità della pena rispetto al fatto commesso¹⁴⁶. Se la pena sarebbe stata "*grossly disproportionate*"¹⁴⁷, l'extradizione non si sarebbe potuta concedere per violazione dell'articolo 3 CEDU. L'elemento della proporzionalità della pena fu innovativo al tempo con riguardo al diritto alla speranza e, da quel momento, si è affermato con costanza nella giurisprudenza della CEDU, a partire dalla sentenza *Vinter*.

è ora necessario soffermarsi sulla giurisprudenza dell'Italia in materia, che, si può già anticipare, ha vissuto una grande evoluzione, in tempi anche recentissimi. In Italia, la disciplina della pena perpetua e del collegato diritto alla speranza, sono strettamente connesse alla piaga della criminalità organizzata, in particolare quella di stampo mafioso, tema molto sensibile data la gravità del fenomeno. La prima giurisprudenza rilevante sull'ergastolo risale al 1974, anno in cui la Corte Costituzionale pronunciò due sentenze sulla materia.

Nella prima sentenza, la Consulta, interrogata sull'idoneità della sola grazia del Ministro della Giustizia come meccanismo legale di liberazione anticipata in favore degli ergastolani, affermò che un organo politico, il Ministro della Giustizia nel caso di specie, non fosse idoneo a garantire un'effettiva tutela per i condannati¹⁴⁸.

La Corte giunse a tale conclusione sulla base della considerazione che la valutazione delle condizioni, soprattutto soggettive, ma anche oggettive, dei condannati, fosse uno strumento essenziale per

¹⁴² Id par. 40

¹⁴³ Id par. 23

¹⁴⁴ Id par. 30-31

¹⁴⁵ Vedi supra cap. II par. 2

¹⁴⁶ Cfr. *House of Lords* 2008: "*R (on the application of Wellington) v Secretary of State for the Home Department*" nota 137 par. 36

¹⁴⁷ Id

¹⁴⁸ Corte Costituzionale italiana sentenza 204/1974 par. 2

garantire il fine rieducativo della pena¹⁴⁹, sancito all'articolo 27 comma 3 della Costituzione¹⁵⁰ e, per adempiere al meglio a tale scopo, una valutazione posta in essere da un organo giurisdizionale risultava più ragionevole ed adatta¹⁵¹.

Nella seconda sentenza in materia, la Corte Costituzionale fu interrogata riguardo alla compatibilità della pena dell'ergastolo con la Costituzione, in particolare nella parte in cui si prevede il fine rieducativo della pena.

La Corte rispose a tale quesito affermando che la rieducazione del condannato costituisse uno dei fini della pena, ma non l'unico¹⁵². Un altro fine di essa, infatti, era quello dell'interdizione di quei soggetti che sono "*criminali sempre pericolosi e assolutamente incorreggibili*"¹⁵³ e, che pertanto, non avrebbero mai portato a termine quel processo rieducativo.

Tale teoria della funzione della pena viene definita "*teoria polifunzionale della pena*"¹⁵⁴, per cui si intende che la pena assume finalità diverse a seconda delle condizioni soggettive dei singoli condannati. Se la pena avrà un fine rieducativo per un soggetto che porta a compimento un processo di risocializzazione, così la pena avrà effetti meramente punitivi per chi non ottiene il medesimo risultato.

La disciplina italiana, dopo una fase di stasi, ebbe un forte inasprimento nel 1992 con quella che viene definita *legislazione d'emergenza*¹⁵⁵.

Quell'anno fu uno dei più tragici della storia italiana, con l'*escalation* sempre maggiore della violenza da parte della criminalità organizzata, che culminò con gli attentati che portarono alla morte dei giudici Falcone e Borsellino. La risposta del legislatore italiano fu molta dura e portò ad un serio inasprimento del regime carcerario per i condannati per reati particolarmente gravi, come quelli collegati all'appartenenza ad un'associazione criminale di stampo mafioso.

La norma di riferimento è l'articolo 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario. Tale disposizione stabiliva che la concessione di benefici o permessi premio poteva essere accordata solo a quei condannati che avessero collaborato con la giustizia, al fine di perseguire i crimini a cui essi avevano preso parte. La disposizione proseguiva negando la possibilità di accedere a tali benefici a coloro la cui collaborazione fosse risultata impossibile, in quanto i fatti che coinvolgevano il condannato erano già stati accertati da una sentenza passata in giudicato o nel caso in cui tale collaborazione fosse stata irrilevante. L'irrilevanza della collaborazione poteva derivare dalla

¹⁴⁹ Id

¹⁵⁰ "*Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*"

¹⁵¹ Cfr. 204/1974 nota 148 par. 2

¹⁵² Corte Costituzionale italiana sentenza 264/1974

¹⁵³ Id

¹⁵⁴ P. Pinto de Albuquerque: *Life imprisonment and the european right to hope* in rivista AIC n. 2/2015 pag. 8

¹⁵⁵ Cfr. Dolcini op. cit. cap. II par. 2 nota 75 pag. 8

partecipazione limitata del reo all'attività criminale, che rendeva una sua collaborazione non decisiva o, quantomeno, non utile a future indagini. Tale disciplina viene chiamata *ergastolo ostativo*.

La Consulta si è pronunciata in diverse occasioni su questa legge, che, come si può già cogliere, contiene molte e serie restrizioni del diritto alla speranza dei condannati.

La prima pronuncia affermò che negare ad un detenuto l'accesso ai benefici penitenziari sulla base dell'irrelevanza della sua posizione nell'attività criminosa, costituisce una irragionevole discriminazione con gli altri condannati¹⁵⁶. La Corte argomentò ciò sulla base che la preclusione imposta dal legislatore si basasse su un'oggettiva mancanza di conoscenza dell'attività criminosa da parte del condannato, che gli rendeva, senza che egli avesse alcuna responsabilità, impraticabile avere la speranza di una liberazione anticipata o di avere accesso ad altri benefici penitenziari¹⁵⁷.

La Corte censurò nuovamente parte dell'articolo 4 *bis* nel 1995. In quest'occasione, la Consulta bocciò la preclusione per coloro la cui collaborazione risultasse impossibile¹⁵⁸, ribadendo, in sostanza, quanto affermato l'anno prima a proposito dell'irrelevanza della collaborazione. Il quadro dell'*ergastolo ostativo*, a seguito di tali pronunce, prevedeva che l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati fosse condizionato alla collaborazione di essi con la giustizia, salvo che tale collaborazione fosse impossibile o irrilevante.

Questo meccanismo sollevò molte perplessità, tali da portare la Corte EDU a condannare l'Italia con la sentenza *Viola*.

La dottrina, in particolare, individuò diverse problematicità di tale norma.

La prima riguardava la lesione della dignità dell'individuo¹⁵⁹, che veniva inevitabilmente danneggiata dalla norma. Tale lesione derivava dalla costrizione in capo al detenuto di collaborare con la giustizia per sperare di ottenere la libertà. Ciò comportava una necessaria lesione del diritto al silenzio del condannato, che, altro non è che una proiezione della propria libertà morale e, quindi della propria dignità¹⁶⁰. Tale visione è corretta se si considera che il diritto al silenzio rientra tra i diritti inviolabili della persona¹⁶¹, essendo esso collegato alla libertà personale.

Di tali visioni critiche si appropriò anche la Corte di Cassazione che in un'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale sottolineò molte problematicità della legge.

La Cassazione pose l'accento sul meccanismo attraverso il quale il giudice italiano poteva rilevare la sussistenza della pericolosità sociale del condannato. In base all'articolo 4 *bis* ciò era possibile solo

¹⁵⁶ Corte Costituzionale italiana sentenza 357/1994 par. 3

¹⁵⁷ Id

¹⁵⁸ Corte Costituzionale italiana sentenza 68/1995 par. 5

¹⁵⁹ Cfr. Dolcini op. cit. cap. II par. 2 nota 75 pag. 34 e cfr. Galliani e Pugiotto op. cit. cap. II par. 2 nota 79 pag. 46

¹⁶⁰ Id Galliani e Pugiotto

¹⁶¹ Così D. Galliani: *La forza della democrazia è non avere paura* in Ristretti orizzonti 2019 al sito http://www.ristretti.org/index.php?option=com_content&view=article&id=80574:qla-forza-della-democrazia-e-non-avere-paura&catid=220:le-notizie-di-ristretti&Itemid=1

attraverso una collaborazione del detenuto con l'autorità giudicante¹⁶². Tale presunzione assoluta¹⁶³, a dire della Corte, si poneva in contrasto con il fine di risocializzazione della pena¹⁶⁴.

Tale meccanismo, inoltre, appariva poco razionale¹⁶⁵, in quanto, i motivi che avrebbero potuto spingere un condannato a non collaborare, sarebbero potuti andare oltre il mantenimento di un collegamento con la propria precedente attività criminale. Tra questi vi erano: *“il rischio per l'incolumità propria e dei propri familiari; rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di un congiunto o di persone legate da vincoli affettivi; ripudio di una collaborazione di natura meramente utilitaristica.”*¹⁶⁶.

In conclusione, la Corte affermò che, sulla base di queste considerazioni, il giudice non poteva porre in essere una valutazione in concreto sulle condizioni soggettive del detenuto¹⁶⁷, in contrasto con quanto richiesto dalla giurisprudenza CEDU.

La Corte Costituzionale, dunque, fu investita della questione.

Due furono gli aspetti fondamentali indagati dal giudice costituzionale: da una parte vi fu l'assenza di una valutazione delle condizioni soggettive del detenuto da parte del giudice, dall'altra l'imposizione di un regime restrittivo aggravato per coloro che non collaboravano con la giustizia.

Con riguardo al primo aspetto, la Corte iniziò il proprio ragionamento affermando che il regime imposto dall'articolo 4 *bis* impediva al magistrato di sorveglianza di valutare il percorso rieducativo del condannato¹⁶⁸, in ragione della generalizzazione imposta dalla norma¹⁶⁹.

A causa di questa mancata valutazione del magistrato, i criteri individualizzati di valutazione del condannato erano del tutto assenti, essendo rilevante solo se il detenuto collaborasse o meno con la giustizia, ai fini della concessione di un permesso premio. Tale regime detentivo, dunque, si poneva in contrasto con l'articolo 27 co. 3 della Costituzione¹⁷⁰. Il risultato che veniva ottenuto attraverso questa norma era avere una presunzione assoluta, che, nella materia della limitazione dei diritti fondamentali, era uno strumento inadeguato¹⁷¹. Tale generalizzazione che si veniva a creare, ossia che solo chi collaborava con la giustizia aveva portato a termine un percorso di rieducazione, risultava irragionevole¹⁷². Se si accettasse tale schema, infatti, l'esecuzione della pena sarebbe stata svuotata

¹⁶² Cassazione penale italiana ordinanza 59/2018 par. 3.2

¹⁶³ Id

¹⁶⁴ Id par. 3.3

¹⁶⁵ Cfr. Dolcini op. cit. cap. II par. 2 nota 75 pag. 34

¹⁶⁶ Cfr. ordinanza 59/2918 nota 162 par. 4. Con questa visione concordano: Dolcini op. cit. cap. II par. 2 nota 75 pag. 34 e Galliani op. cit. nota 161

¹⁶⁷ Id par. 4.1

¹⁶⁸ Corte Costituzionale italiana sentenza 253/2019 par. 8

¹⁶⁹ Id

¹⁷⁰ Id par. 8.2

¹⁷¹ Id par. 8.3

¹⁷² Id

di uno dei suoi elementi essenziali, cioè lo scorrere del tempo¹⁷³: il tempo è un “*fattore incerto*”¹⁷⁴, che non permette di fare valutazioni così rigide ed automatiche, come quelle proposte dalla legge sull’ordinamento penitenziario. Il percorso di riabilitazione di un soggetto deve poter essere valutato nel tempo, attraverso un’analisi che abbia, come unico oggetto, la posizione soggettiva del detenuto. L’altra questione analizzata dalla Corte fu l’imposizione di un regime aggravato per coloro che non collaboravano con la giustizia. L’effetto paradossale che scaturiva dalla norma contestata era quello di punire, con la negazione dell’accesso ai permessi premio, coloro che non collaboravano, piuttosto che premiare chi lo faceva¹⁷⁵. In questo modo si violavano l’art. 3 e l’art. 27 della Costituzione¹⁷⁶. Si violava l’articolo 3, in quanto tali restrizioni erano più gravose per i condannati all’ergastolo ostativo piuttosto che per gli altri condannati¹⁷⁷, in maniera non considerata ragionevole. L’articolo 27 era violato per varie ragioni. La prima era il fatto che un prigioniero, sapendo che non avrebbe mai avuto una possibilità di liberazione, salvo che vi fosse stata una collaborazione da parte sua, non sarebbe stato incentivato ad avere una buona condotta o a raggiungere una rieducazione¹⁷⁸, vanificando così uno degli obiettivi principali della pena. Un altro motivo di illegittimità era che tale aggravamento della restrizione della libertà dei detenuti non era connesso con i reati commessi, ma solo con il rifiuto di collaborare, risultato paradossale ed in chiaro contrasto con i valori costituzionali¹⁷⁹. Sulla base di queste ragioni, la Corte decise di espungere l’ergastolo ostativo dall’ordinamento italiano.

Paragrafo 3

Il principio di legalità

Il principio di legalità nasce in concomitanza con la diffusione delle idee illuministiche di fine Settecento, che portano anche alla nascita dell’illuminismo giuridico, ossia tutte quelle idee e teorie che proponevano un ribaltamento del pensiero giuridico di stampo assolutista e che erano a fondamento di tutte le monarchie del tempo. Quello che i giuristi dell’epoca volevano ottenere,

¹⁷³ Id

¹⁷⁴ Id

¹⁷⁵ Id par. 8.1

¹⁷⁶ Id

¹⁷⁷ Id

¹⁷⁸ Id par. 8.2

¹⁷⁹ Id par. 8.1

riuscendo nell'intento, fu instaurare dei nuovi ordinamenti giuridici in cui la persona ed i suoi diritti diventavano centrali, mentre il potere dei sovrani assoluti venivano di molto limitato. Tra i giuristi più influenti dell'epoca vanno segnalati Bentham, Beccaria e la scuola francese, tra cui si ricorda Montesquieu. Il principio di legalità, proteggendo gli individui dagli arbitri del potere esecutivo, svolse una funzione centrale. Non a caso è possibile trovare la formulazione di tale principio in uno dei documenti più significativi di quel periodo, cioè la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, stilata a Parigi nel 1789. La Dichiarazione, sommando le garanzie contenute negli articoli 5, 7, 8, enuncia il principio di legalità della legge penale e delle pene.

All'articolo 5 si dice, in via generale, che “(...) *Tutto ciò che non è vietato dalla Legge non può essere impedito (...)*”¹⁸⁰, mentre, all'articolo 7, si prevede che “*Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla Legge, e secondo le forme da essa prescritte (...)*”¹⁸¹, evitando che vi possano essere detenzioni o altre restrizioni della libertà personale illegali e arbitrarie. L'ultima norma rilevante è contenuta all'articolo 8, in cui viene enunciato il principio *nulla poena sine lege*: “*La Legge deve stabilire solo le pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto e legalmente applicata.*”¹⁸²

La Dichiarazione ha avuto un valore centrale nella formazione del diritto penale moderno, in quanto, a partire da questa fonte, numerose Costituzioni hanno riprodotto il principio di legalità al loro interno¹⁸³. Tra queste si ricordano la Costituzione italiana all'articolo 25¹⁸⁴ e la Costituzione tedesca all'articolo 103¹⁸⁵.

Il principio di legalità, seppur onnipresente negli ordinamenti giuridici moderni, ha avuto diverse evoluzioni all'interno degli stessi, in particolare molte differenze si riscontrano tra i paesi di *common law* e quelli di *civil law*. Cominciando dai primi, questi Stati hanno accolto la teoria più sostanziale del principio di legalità¹⁸⁶, mentre i secondi accolgono la concezione formale del principio.

Un riflesso di questa dicotomia è il ruolo dei giudici nella formazione del diritto penale: se esso è negato *in toto* dagli ordinamenti di *civil law*, nei paesi di *common law* la creatività degli interpreti occupa un ruolo sempre molto rilevante¹⁸⁷.

¹⁸⁰ Art. 5 Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, Parigi, 26 agosto 1789

¹⁸¹ Id art. 7

¹⁸² Id art. 8

¹⁸³ Come fa notare A. Bufalini: *La rilevanza del diritto interno ai fini del rispetto del principio nullum crimen sine lege nel diritto internazionale penale* in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè pag. 809

¹⁸⁴ *Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*

¹⁸⁵ *Un'azione è punibile solo se la criminalità della medesima sia stata stabilita per legge prima che l'azione fosse commessa.*

¹⁸⁶ Per i caratteri delle due teorie vedi supra cap. II par. 3

¹⁸⁷ Cfr. Bufalini op. cit. nota 183 pag. 815 con cui concorda A. Cadoppi: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014 pag. 77

Ciò viene dimostrato da due decisioni molto simili prese dalle Corti Supreme del Regno Unito, Scozia prima, poi seguita dall'Inghilterra, in cui l'interpretazione estensiva dei giudici fu centrale.

Prima di entrare nello specifico dei casi va fatta una premessa: in Scozia il ruolo creativo ha un grandissimo rilievo, anche in materia penale, mentre tale potere, seppur utilizzato, in Inghilterra ha un peso minore¹⁸⁸. L'Alta Corte di Edimburgo, cioè l'organo giurisdizionale Supremo scozzese, si attribuisce tale potere, *declaratory power*, in maniera molto esplicita e lo utilizza di frequente¹⁸⁹. Un'applicazione di questo potere si ebbe nel 1989¹⁹⁰: nel caso di specie la Corte Suprema introdusse nell'ordinamento scozzese il cosiddetto *marital rape*¹⁹¹. Per *marital rape* si intende lo stupro del coniuge da parte del consorte. Tale condotta, fino a quel momento, era considerata legale ed aderente ai costumi dell'epoca, che rendevano impensabile ipotizzare che il marito potesse essere accusato di stupro nei confronti della propria moglie. Tale concezione fu ribaltata dalla Corte, che fece venire meno la cosiddetta *exceptio maritalis*, che rendeva il coniuge non perseguibile in caso di stupro nei confronti del consorte¹⁹².

Questa interpretazione innovativa fu ripresa anche dalla *House of Lords* pochi anni dopo¹⁹³.

Queste decisioni, seppur criticabili per aver forzato e, di fatto, compresso le garanzie del principio di legalità, hanno avuto il merito di riuscire ad intercettare le evoluzioni della società ed i suoi mutamenti culturali, che un legislatore inerte o poco attento potrebbe non cogliere, evitando che la popolazione, in caso di immobilismo del diritto, perda fiducia nel ruolo della magistratura, vedendola inerme al cospetto di comportamenti non ritenuti più accettabili.

Ciò emerge anche dall'opinione del giudice Keith che, con riguardo al ruolo della donna nella società e, più, in particolare nel matrimonio¹⁹⁴.

La concezione del principio di legalità in senso sostanziale viene utilizzata, anche dai paesi di *civil law* quando si discute di crimini internazionali. Ciò è dovuto all'assenza, spesso, di norme nazionali o fonti scritte internazionali sulla materia, caratterizzata da una forte propensione al ricorso a fonti non scritte¹⁹⁵, che costringe i giudici Supremi a ricorrere a fonti diverse dalla legge formale.

¹⁸⁸ Id Cadoppi pag. 81

¹⁸⁹ Id pag. 81-82

¹⁹⁰ *Scotland High Court of Justiciary* 1989: "*Stallard v. H.M. Advocate*"

¹⁹¹ Cfr. Cadoppi op. cit. nota 187 pag. 88

¹⁹² Id

¹⁹³ *House of Lords* 1991: "*R V. R*"

¹⁹⁴ Id "*The common law (...) is capable of evolving in the light of changing social, economic and cultural developments. (...) the status of women, and particularly of married women, has changed out of all recognition (...). Apart from property matters and the availability of matrimonial remedies, one of the most important changes is that marriage is in modern times regarded as a partnership of equals, and no longer one in which the wife must be the subservient chattel of the husband.*"

¹⁹⁵ Cfr. Bufalini op. cit. nota 183 pag. 810

Questa prerogativa, tuttavia, non è da confondere la possibilità di utilizzare le fonti non scritte in maniera indiscriminata, non essendo consentite interpretazioni che ledano il principio di legalità¹⁹⁶.

Tra i paesi che seguono la concezione formale del principio di legalità vi è la Francia.

Ciò emerge con chiarezza dalla giurisprudenza dei suoi organi giurisdizionale Supremi, tra cui il *Conseil Constitutionnel*, di cui si analizzeranno due pronunce.

Queste sentenze furono emanate ad un anno di distanza tra loro, la prima nel 2011 e la seconda nel 2012 e discussero di alcune norme del *Code pénal* collegate tra loro.

La prima sentenza si occupò degli articoli 222-31-1¹⁹⁷ del codice penale. Tali norme furono dichiarate illegittima, in quanto il legislatore non rispettò il principio della determinatezza della legge penale, violando così il principio di legalità¹⁹⁸. La Corte argomentò ciò affermando che il legislatore, quando individuò, in maniera vaga e non definita, quali soggetti fossero da considerarsi come familiari, ai fini dell'integrazione del reato di violenza sessuale incestuosa nei confronti di un minore, rese la norma non conforme alla Costituzione¹⁹⁹.

Con la seconda decisione, la Corte dichiarò incostituzionali le norme che qualificavano la violenza sessuale come incestuosa²⁰⁰.

Alla base di questa decisione, fu ripreso quanto detto l'anno prima dalla stessa Corte²⁰¹.

Oltre alla Francia, anche la Germania accoglie una nozione formalistica del principio di legalità. In questo senso, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale federale nel 2016.

Nel caso di specie, la Corte dovette decidere sulla legittimità di una norma penale la cui origine era di matrice europea (di un regolamento UE per la precisione) che, attraverso un doppio rinvio mobile, era stata introdotta nell'ordinamento tedesco²⁰².

Per rinvio si intende la tecnica legislativa attraverso la quale un legislatore nazionale recepisce una fonte europea inserendo nella legge nazionale una formula con la quale rinvia, cioè si riferisce, alla fonte europea. In questo modo, il legislatore locale regolerà la fattispecie semplicemente richiamando, nel testo della legge, la normativa europea di riferimento, che, così, entrerà a far parte

¹⁹⁶ Come si vedrà meglio a proposito del crimine di genocidio. Infra par. 4

¹⁹⁷ “*Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait*”.

¹⁹⁸ QPC: 2011-163 par. 4

¹⁹⁹ Id

²⁰⁰ Articolo 227-27-2 del *Code pénal*: “(...) lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait”

²⁰¹ QPC 2011-222 par. 4

²⁰² Così N. Recchia: *Dal Bundesverfassungsgericht un altolà al legislatore tedesco sulle tecniche legislative adoperate per corredare di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell'unione europea 2016 in diritto penale contemporaneo al sito <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5069-dal-bundesverfassungsgericht-un-altola-al-legislatore-tedesco-sulle-tecniche-legislative-adoperate> par. 3*

del diritto nazionale. Il rinvio è mobile quando non viene richiamata una norma specifica, ma viene stabilito che la normativa di riferimento sarà quella di volta in volta adottata dal legislatore sovranazionale²⁰³. Questa tecnica viene utilizzata per meglio adeguarsi agli inevitabili aggiornamenti che subiscono le singole discipline nel corso del tempo, evitando, allo stesso tempo, un carico di lavoro eccessivo per il legislatore, che dovrebbe intervenire ogni volta che vi sia una modifica legislativa a livello sovranazionale, se non si utilizzasse questo sistema, con il rischio di ingolfare il sistema²⁰⁴. Il rinvio mobile era doppio nel caso di specie, in quanto, oltre che alla fonte europea, la norma discussa faceva un richiamo anche un regolamento nazionale²⁰⁵.

Il compito della Corte fu decidere se la norma così costruita fosse aderente ai parametri imposti dal principio di legalità. Per fare ciò, la Corte iniziò la sua argomentazione affermando che la Costituzione tedesca accoglie la concezione formale del principio di legalità²⁰⁶. La fattispecie deve, sulla base di ciò, avere il carattere della determinatezza²⁰⁷ e di prevedibilità²⁰⁸. L'attenzione posta dal legislatore in materia penale, secondo la Corte, deve essere massima, in quanto tale ramo del diritto è suscettibile di limitare i diritti fondamentali degli individui²⁰⁹ e, pertanto, gli *standard* richiesti ai fini della legittimità costituzionali di tali leggi sono più elevati rispetto ad altre fonti²¹⁰. La Corte proseguì con una disamina molto approfondita con riguardo alla fonte idonea per formulare un precetto penale entro i parametri del principio di legalità. In particolare, la fonte individuata dalla Costituzione tedesca è la legge formale, ossia quella adottata in Parlamento²¹¹, vigendo il regime della riserva assoluta di legge nella materia penale²¹².

Fatte queste premesse generali, la Corte individuò delle possibili limitazioni di questi requisiti, molto rigidi e formali, sia con riguardo alla fonte della norma penale, sia con riguardo alla formulazione del precetto penale. La legge penale, infatti, può utilizzare dei termini indefiniti, quando la situazione della singola fattispecie lo richieda²¹³, senza, tuttavia, disattendere eccessivamente il principio di tassatività. Con riguardo alle fonti utilizzabili, la Corte diede la possibilità di includere nella legge penale un rinvio ad un regolamento, a patto che ciò avvenisse in maniera tale da rendere chiaro quale sarebbe stato il regolamento applicabile alla fattispecie²¹⁴. Anche la tecnica del rinvio mobile venne

²⁰³ Id

²⁰⁴ Id

²⁰⁵ Id

²⁰⁶ BVerfG 2 BvL 1/15 par. 34

²⁰⁷ Id par. 35

²⁰⁸ Id par. 37

²⁰⁹ Id par. 38

²¹⁰ Id par. 56

²¹¹ Id par. 39

²¹² Id par. 36

²¹³ Id par. 41

²¹⁴ Id par. 42

ritenuta in astratto conforme, a condizione che non venissero violati il principio dello stato di diritto e dei valori democratici dello Stato²¹⁵. Anche la norma penale in bianco, ossia quella norma che, a causa della complessità tecnica della materia disciplinata, rinvia ad una fonte sub-legislativa per definire i contorni della fattispecie penale, poteva essere fonte di un precetto penale, ma solo se aderente al parametro della prevedibilità²¹⁶. Nel caso di specie, la norma esaminata fu dichiarata illegittima, in quanto essa, attraverso i rinvii mobili, individuò i Ministri dei singoli *Lander*, competenti a individuare quali fossero i comportamenti vietati dalla legge penale, violando il principio della separazione dei poteri²¹⁷, che individua il Parlamento come unico titolare del potere legislativo.

Dopo aver fatto una disamina della giurisprudenza internazionale riguardo al principio di legalità, si analizzeranno alcune pronunce italiane. Ciò che contraddistingue queste sentenze è il comune denominatore di una visione problematica rispetto alle interpretazioni che le Corti sovranazionali europee hanno dato del principio di legalità. Si passeranno sotto la lente di ingrandimento una pronuncia in contrasto con la Corte di Giustizia e altre sentenze che si pongono in contrasto con la CEDU.

La prima pronuncia è l'ordinanza di rinvio della Corte Costituzionale alla Corte del Lussemburgo, con cui la Consulta chiese dei chiarimenti alla corte sovranazionale a seguito della già più volte citata sentenza *Taricco* del 2015²¹⁸. La situazione prospettata alla Corte fu la seguente: si dovette decidere se accogliere l'interpretazione offerta nella sentenza *Taricco* e, quindi, negare la prescrizione ai fini di un'efficace riscossione dell'IVA, oppure negare tale ricostruzione ermeneutica in favore di una soluzione più aderente al principio di legalità. La Corte iniziò il suo ragionamento affermando che il primato del diritto dell'Unione fosse da considerarsi come un dato acquisito²¹⁹. Tale primato opera in forza dell'articolo 11 della Costituzione²²⁰, ma, nonostante ciò, esso non è assoluto, in quanto incontra i limiti dei principi supremi dell'ordinamento nazionale e dei diritti fondamentali degli individui²²¹. La Corte si soffermò, poi, sul ruolo della prescrizione che, in alcuni Stati ha una valenza processualistica²²², mentre, in Italia, essa ricade sotto l'ombrello dell'articolo 25²²³, acquisendo, pertanto, natura sostanziale²²⁴. La Corte spiegò che la Corte di Giustizia, nella sua sentenza, aveva violato il principio di prevedibilità della legge penale, in quanto la negazione degli effetti della

²¹⁵ Id par. 43

²¹⁶ Id par. 46

²¹⁷ Id par. 51

²¹⁸ Supra cap. I par. 3 e cap. II par. 3

²¹⁹ Corte Costituzionale italiana ordinanza 24/2017 par. 2

²²⁰ Id

²²¹ Id

²²² Id par. 4

²²³ Id

²²⁴ Id par. 5

prescrizione così realizzata, non fu considerata ragionevolmente prevedibile dagli individui²²⁵. Un'altra critica mossa dalla Corte fu sull'eccessiva attività interpretativa posta in essere dal giudice europeo, che compì valutazioni di politica criminale non rientranti nella propria competenza²²⁶, dato che l'attività resta sempre soggetta alla legge²²⁷. La Corte ricordò come la cessione di sovranità dello Stato all'Unione non fosse assoluta²²⁸, e, pertanto, invitò la Corte a rivedere la propria decisione, sciogliendo quei dubbi interpretativi lasciati ancora in sospeso²²⁹, rinviando un eventuale ricorso ai controllimiti. La Corte sostenne che la sentenza della Corte europea fallì nel compiere una valutazione di compatibilità della propria interpretazione con i principi supremi dell'ordinamento²³⁰, oltre che violare i principi di proporzionalità e di leale collaborazione tra Stati Membri e Unione²³¹. La Corte di Giustizia, come si è visto²³², accolse queste istanze della Consulta, rivedendo la propria decisione. Se il dialogo tra Corti sortì effetti positivi in quest'occasione, molto diversi sono gli esiti della dialettica con la Corte di Strasburgo, che, anche nelle ultime pronunce, è stata contestata dai giudici Supremi italiani. Tali contrasti, come si vedrà, hanno riguardato il ruolo da attribuire alle interpretazioni giurisprudenziali in relazione al principio di legalità.

La prima sentenza in questo senso fu pronunciata dalla Corte Costituzionale nel 2012.

Alla Corte fu chiesto se l'articolo 673 del codice di procedura penale (c. p. p)²³³, fosse illegittimo nella parte in cui non prevedeva la revoca della sentenza di condanna, nel caso di un mutamento giurisprudenziale che depenalizzava una determinata condotta²³⁴. Il giudice rimettente sostenne che, nel caso di un mutamento dell'interpretazione da parte delle Sezioni Unite, organo al quale viene attribuito il ruolo di uniformare il diritto vivente²³⁵, al fine di garantire la certezza del diritto, fosse necessario garantire la possibilità di revoca della sentenza di condanna. Tale mancanza, secondo il giudice *a quo*, avrebbe integrato una violazione della CEDU, che parifica gli indirizzi giurisprudenziali alle altre fonti del diritto penale²³⁶. Per questo motivo, negare la revoca della sentenza di condanna a seguito di un mutamento ermeneutico della Sezioni Unite, costituirebbe una

²²⁵ Id

²²⁶ Id

²²⁷ Id

²²⁸ Id par. 6

²²⁹ Id par. 3

²³⁰ Id par. 7

²³¹ Id par. 8

²³² Supra cap. I par. 3

²³³ Articolo che prevede la possibilità di revocare una sentenza di condanna in caso di depenalizzazione di una condotta (*abolitio criminis*) a cui viene equiparata una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice

²³⁴ Corte Costituzionale italiana sentenza 230/2012 par. 1 considerato in fatto

²³⁵ Id

²³⁶ Id

violazione del principio della retroattività della legge penale più favorevole, così come interpretato dalla CEDU²³⁷. In questo modo, infine, si sarebbe violato anche l'articolo 117 della Costituzione²³⁸. La Corte, in risposta a queste preoccupazioni sollevate dal giudice rimettente, ritenne opportuno chiarire alcune differenze tra il principio di legalità nella visione italiana ed in quella CEDU. La CEDU adotta una concezione del principio di natura sostanziale, che porta a ricomprendere il *case law* tra le fonti del diritto penale²³⁹. Questa concezione trova l'opposizione dei paesi di tradizione di *civil law*, tra cui vi è l'Italia, che accoglie una concezione formale del principio, che ritiene solo la legge formale, adottata in Parlamento, idonea ad essere fonte di normazione penale²⁴⁰. Fatte queste considerazioni, la Corte rivolse la sua analisi al ruolo dell'interpretazione più favorevole ai fini della rimozione di una sentenza di condanna: la Corte notò come tale effetto non costituisse un corollario del principio di legalità secondo la CEDU²⁴¹. A supporto di ciò, la Corte si soffermò sulla distinzione tra retroattività della norma penale più favorevole e irretroattività della legge penale. La Corte osservò che i due principi hanno una funzione ed un fondamento legale diverso: il principio della retroattività della legge penale più favorevole si fonda sul principio di eguaglianza e, quindi, sull'art. 3 della Costituzione²⁴², in quanto serve ad equiparare le posizioni dei condannati rispetto a coloro che hanno beneficiato della modifica della legislazione penale; il principio dell'irretroattività della legge penale, invece, trova il suo fondamento nell'articolo 25, in quanto tutela gli individui dagli arbitri del potere esecutivo²⁴³. La Corte spiegò anche che il principio della retroattività della norma penale più favorevole incontra il limite del giudicato²⁴⁴. Con riguardo alle interpretazioni delle Sezioni Unite, la Corte affermò che esse non hanno un carattere obbligatorio per i giudici comuni, ma solo una grande valenza persuasiva²⁴⁵ e, in ragione di ciò, qualunque giudice potrebbe discostarsi dal dettato di una sentenza dell'organo Supremo²⁴⁶, non rendendo necessaria una modifica dell'articolo 673. La non obbligatorietà delle sentenze delle Sezioni Unite è il risultato dell'assenza di gerarchia tra i giudici dell'ordinamento italiano, che rende ogni giudice uguale all'altro e, perciò, capace di interpretare la legge con il solo vincolo della legge stessa²⁴⁷. Se tale modifica fosse attuata, si obbligherebbero i

²³⁷ Id

²³⁸ Id

²³⁹ Id par. 7 considerato in diritto.

²⁴⁰ Id

²⁴¹ Id

²⁴² Id par. 11

²⁴³ Id par. 7

²⁴⁴ Id

²⁴⁵ Id par. 9

²⁴⁶ Id

²⁴⁷ Id par. 11

giudici dell'esecuzione a revocare delle sentenze di condanna in ragione di una fonte non obbligatoria in sé, ottenendo un risultato paradossale²⁴⁸.

L'Italia, più di recente, si è posta in grande contrasto con la CEDU, sempre sul tema del ruolo dell'interpretazione giurisprudenziale come fonte della legge penale. Tali contrasti si riferiscono alla nota giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione riguardante il reato del concorso esterno in associazione mafiosa. Tale fattispecie criminosa apparve nella giurisprudenza italiana a partire dalla seconda metà degli anni '80, trovando diverse opinioni discordanti riguardo la sua applicazione, tanto che parte della giurisprudenza sosteneva l'inapplicabilità di essa. Il reato in questione, non aveva una sua autonoma formulazione legislativa, ma veniva derivato, in via interpretativa, dal combinato disposto dell'articolo 100 del Codice penale (norma sul concorso di persone nel reato) e l'articolo 416 *bis* (reato di associazione a delinquere di stampo mafioso). Questo quadro incerto trovò una sua stabilizzazione nel 1994, quando le Sezioni Unite penali confermarono l'esistenza di questa fattispecie criminosa nell'ordinamento penale italiano²⁴⁹. Questa lettura costò una condanna per l'Italia davanti alla CEDU, nel già citato caso *Contrada*²⁵⁰, dato che la Corte di Strasburgo rilevò che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa fosse un reato di creazione pretoria e incerto sui suoi elementi, fino al 1994, vilando la prevedibilità della legge penale. Questa decisione fu ampiamente contestata dalla giurisprudenza italiana, che respinse l'estensione degli effetti positivi di essa nei confronti di altri condannati per lo stesso reato, i cosiddetti "fratelli minori". A questi condannati non fu concesso il ricorso alla "revisione europea"²⁵¹. La revisione fu negata sulla base di due tesi: la prima linea ermeneutica affermava che non potesse essere concessa la revisione della sentenza nel caso di concorso esterno in associazione mafiosa, in quanto la sentenza della CEDU non aveva portata generale²⁵²; la seconda interpretazione sosteneva che le sentenze CEDU non fossero idonee a demolire il giudicato, rendendo il rimedio della revisione non esperibile²⁵³. Tale contrasto portò, nel 2019, la sesta sezione della Cassazione a rinviare la questione alle Sezioni Unite, per fare chiarezza sulla questione. Il giudice rimettente, nella sua ordinanza, propose una terza via di soluzione della questione, ossia quella di concedere l'estensione della sentenza *Contrada* per i fratelli minori²⁵⁴.

²⁴⁸ Id

²⁴⁹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza 5.10.1994, Demitry

²⁵⁰ Vedi supra cap. II par. 3

²⁵¹ Ossia quel mezzo di revisione introdotto nell'ordinamento italiano con la sentenza additiva 113/2011, che dà la possibilità ai condannati di erodere il giudicato di una sentenza o decreto penale di condanna nei casi in cui essi siano il frutto di un processo viziato da una violazione delle norme della CEDU, riscontrate dal giudice sovranazionale Corte Costituzionale italiana sentenza 113/2011 par. 5 e par. 8

²⁵² Cassazione penale sentenza 44193/2016

²⁵³ Cassazione penale sentenza 40889/2017 par. 1.4

²⁵⁴ Cassazione penale ordinanza 21767/2019 par. 14.5

Le Sezioni Unite, dunque, iniziarono il proprio ragionamento affermando che la sentenza della CEDU non fosse una sentenza pilota²⁵⁵, e, pertanto, non avesse un carattere generalizzato²⁵⁶. La Corte, poi, si soffermò sui caratteri della sentenza, con l'intento di verificare se vi fossero altre possibilità di estendere i propri effetti ad altri soggetti²⁵⁷. Il primo elemento analizzato fu quello della prevedibilità della legge penale, per come elaborato dalla Corte EDU, che fu definito vago e fu riscontrato che, all'interno della stessa Corte sovranazionale, non vi fosse accordo sugli elementi di questo parametro²⁵⁸. Infatti, a giudizio della Corte, sono vari i criteri utilizzati per stabilire quando una legge penale è prevedibile²⁵⁹, non rendendo tale decisione “*esportabile*” ad altri soggetti condannati in via definitiva²⁶⁰. La sentenza *Contrada*, inoltre, non essendo una sentenza pilota, non prescrisse dei rimedi attraverso i quali l'ordinamento italiano avrebbe dovuto porre fine alla violazione della Convenzione²⁶¹, a conferma dell'assenza di una carenza strutturale dell'ordinamento²⁶².

Un'altra e molto più pesante critica della sentenza CEDU fu quella della qualificazione del reato di concorso esterno in associazione mafiose come reato giurisprudenziale: tale ricostruzione, sottolineò correttamente la Corte, non è compatibile con il principio di legalità italiano, che prevede che solo il legislatore possa individuare le fattispecie penali, negando tale possibilità ai giudici²⁶³.

Il reato in questione, inoltre, doveva essere considerato prevedibile, in quanto, seppur vi fosse disaccordo, vi erano delle interpretazioni che lo riconoscevano²⁶⁴. Tale ricostruzione della Corte non appare molto solida, in quanto vi è da chiedersi se una semplice teoria, non sostenuta dalla maggioranza della giurisprudenza, possa essere considerata come sufficiente per rispettare i requisiti molto rigidi e formali imposti dall'articolo 25. Un'altra critica mossa alla CEDU fu quella dell'uso troppo rigido del criterio della prevedibilità della legge penale che, per come formulato dalla Corte sovranazionale, rischierebbe di privare la Cassazione di una parte della sua funzione nomofilattica, dato che si impedirebbero interpretazioni sfavorevoli agli imputati ma, allo stesso tempo, rispettose del principio di legalità²⁶⁵. Per queste ragioni, la Corte negò l'estensione degli effetti della sentenza *Contrada* ai condannati, prima del 1994, per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa. Questa decisione non appare del tutto soddisfacente, in quanto negare tali effetti apparirebbe come

²⁵⁵ Con sentenza pilota si intende una sentenza che impone allo Stato parte una serie di interventi per evitare una violazione sistematica delle norme della Convenzione, in caso venga ravvisata una deficienza strutturale nell'ordinamento giuridico di quello Stato parte art. 61 del Regolamento della Corte del 2016

²⁵⁶ Cassazione penale, Sez. Unite 08544/2020 par. 5

²⁵⁷ Id par. 5.1

²⁵⁸ Id par. 5.2

²⁵⁹ Id par. 5.3

²⁶⁰ Id par. 6

²⁶¹ Id par. 5.3

²⁶² Id par. 6.5

²⁶³ Id par. 6.1

²⁶⁴ Id par. 6.3

²⁶⁵ Id par. 6.4

una violazione del principio di eguaglianza, sancito articolo 3 della Costituzione. Vi è da chiedersi, dunque, quali sarebbero stati gli effetti della sentenza della CEDU se fosse stata una sentenza pilota. Le alternative sono due: essa avrebbe esteso i suoi effetti anche nei confronti dei fratelli minori oppure, se, come sembra, essa fosse stata ritenuta in contrasto con l'articolo 25 della Costituzione, sarebbe stata sollevata la questione di illegittimità costituzionale, per risolvere tale dubbio²⁶⁶.

Paragrafo 4

Il divieto di genocidio

Il divieto di genocidio, in quanto crimine internazionale, ha vissuto un'elaborazione normativa e, soprattutto, giurisprudenziale molto ampia e completa a livello internazionale. Questo, tuttavia, non deve far pensare che il ruolo della giurisprudenza nazionale sia meno rilevante, in quanto molte decisioni prese dalla Corti Supreme sul crimine di genocidio hanno assunto una grande importanza. Prendere una decisione a livello locale, condannando un imputato per genocidio, ha un impatto positivo sulla popolazione di quello Stato, che sente che si sia fatta giustizia dopo che la propria gente, i propri familiari, sono stati oggetto di atti barbari e riprovevoli. Questo aspetto emergerà con chiarezza nell'analisi della sentenza con la quale la Corte Suprema di Israele condannò il gerarca nazista Adolf Eichmann. Con riguardo alle norme che le Corti Supreme applicano, nei casi di genocidio, queste sono una combinazione di fonti internazionali e fonti nazionali. Spesso le Corti Supreme sono chiamate a decidere su fatti piuttosto risalenti nel tempo, che, in base al principio di legalità, non possono essere decisi con l'utilizzo delle fonti nazionali in materia, ma solo attraverso un necessario richiamo ai principi e alle norme consuetudinarie internazionali vigenti al tempo della commissione dei fatti. Le norme internazionali vengono richiamate anche per quegli aspetti del crimine non riprodotti dalle norme nazionali ma necessarie a risolvere le questioni portate davanti ai giudici, come i problemi sulla giurisdizione. Oltre alle norme internazionali, vengono utilizzate anche le fonti nazionali sul crimine di genocidio, che sono state inserite negli ordinamenti penali di moltissimi Stati, in quanto ciò era uno degli obblighi indicati nella Convenzione del 1948, all'articolo V²⁶⁷. Tra questi interventi dei legislatori si ricordano la legge 962/1967 in Italia, l'articolo 220 a del Codice penale tedesco, l'articolo 211-1 del Codice penale francese e l'articolo 607 del Codice penale spagnolo. Uno dei problemi più rilevanti affrontati dalle Corti Supreme è quello della delimitazione

²⁶⁶ Id par. 4.2

²⁶⁷ "The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their respective Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or of any of the other acts enumerated in article III."

della propria giurisdizione: spesso le Corti conoscono casi che sono accaduti fuori dai propri confini e senza che vi siano altri criteri di collegamento che giustifichino la propria giurisdizione. Le Corti, tuttavia, non si interrogano solo su questi aspetti, ma discutono anche degli elementi della fattispecie del crimine di genocidio, come dei requisiti per configurare il dolo specifico di distruzione totale o parziale di un gruppo protetto, oppure con riguardo alla scelta dei gruppi protetti, che, in assenza di limiti da parte della Convenzione sul genocidio, può essere ampliata dai legislatori locali. Le Corti Supreme, da ultimo, hanno ben chiara la serietà e la gravità del crimine di genocidio, non a caso definito *crime of crimes*: ciò emerge, come si vedrà, dalle scelte linguistiche adottate dai giudici nella redazione delle sentenze. In esse spesso vengono utilizzati termini come *heinous crime* o *damage to the international community* e varie altre, che portano le Corti anche a forzare, talvolta, delle regole del diritto sostanziale e processuale, al fine di perseguire questi gravissimi crimini. La prima decisione che verrà analizzata costituisce uno dei *leading case* riguardo al crimine di genocidio, oltre che una delle prime pronunce del diritto internazionale penale moderno. Ci si riferisce alla sentenza della Corte Suprema israeliana del 1962, con la quale venne condannato a morte Eichmann²⁶⁸.

Egli, a giudizio della Corte, tra il 1940 ed il 1945, si era reso complice della “soluzione finale”, volta a distruggere il popolo ebraico²⁶⁹. Tra le condotte di Eichmann, furono segnalate l'imposizione di condizioni di vita, nei confronti degli Ebrei, idonee a provocare la distruzione fisica di essi²⁷⁰, l'inflizione di gravi lesioni fisiche e psichiche e, infine, gli furono imputate misure volte a prevenire le nascite²⁷¹. Tali condotte furono accompagnate dal dolo specifico di distruzione degli Ebrei, con la conseguenza che questi atti ricaddero a pieno titolo nella definizione del crimine di genocidio²⁷².

Le difese di Eichmann furono numerose: la prima difesa fu la violazione del principio di legalità, dato che all'imputato vennero attribuite condotte commesse prima del 1950, anno di promulgazione della legge penale di Israele sul genocidio; la seconda difesa si basò sull'extraterritorialità degli atti contestati, che furono commessi al di fuori dei confini di Israele; la terza difesa qualificava gli atti commessi come atti di Stato, che oggi verrebbero chiamati atti *iure imperii*, che avrebbero esonerato il singolo dalla responsabilità penale; la quarta difesa sostenne che il soggetto fosse stato illecitamente catturato e trasferito in Israele; la quinta e ultima difesa si basò sulla mancanza di imparzialità dei giudici, che, essendo Ebrei, non avrebbero potuto avere una visione oggettiva della fattispecie²⁷³.

²⁶⁸ Corte Suprema di Israele 1962: “A.G c. Adolf Eichmann”

²⁶⁹ Id par. 2

²⁷⁰ Id

²⁷¹ Id

²⁷² Id

²⁷³ Id par. 6

In merito al primo argomento della difesa, la Corte chiarì come il crimine di genocidio fosse già un principio di diritto internazionale²⁷⁴, la cui *ratio* era quella di condannare questi gravissimi e ripugnanti atti²⁷⁵. Andava considerato anche, secondo la Corte, che il principio di legalità non fosse ancora parte del diritto consuetudinario e, pertanto, Israele non era vincolato da esso²⁷⁶. Restava ferma, invece, la gravità degli atti contestati che violavano i valori morali universali, rendendo necessario ripristinare quel senso di giustizia che si era perso²⁷⁷. Questi valori, a differenza del principio di legalità, erano presenti nel diritto internazionale, rendendoli applicabili anche al caso di specie²⁷⁸. In risposta alla seconda difesa, la Corte affermò che l'extraterritorialità dei crimini commessi, che deriva dal principio di sovranità territoriale degli Stati, non avesse raggiunto un carattere di norma consuetudinaria²⁷⁹. A supporto di ciò la Corte richiamò la sentenza *Lotus* che, sulla base della regola residuale di libertà, apriva alla possibilità di avere delle nuove limitazioni alla sovranità territoriale degli Stati, non potendosi riscontrare una norma consuetudinaria del carattere territoriale del diritto penale²⁸⁰. La Corte notò che i crimini internazionali, per loro natura, spesso si estendono al di fuori dei confini nazionali, con la conseguenza che, al fine del loro perseguimento, si rendeva necessario limitare la sovranità territoriale degli Stati²⁸¹. D'altro canto, la Corte spiegò che, anche se l'imputato avesse avuto ragione, si sarebbe violata la sovranità territoriale dello Stato, che sarebbe stato il soggetto leso da ciò, e non l'imputato, essendo la sovranità una prerogativa degli Stati²⁸², facendo in modo che la persona fisica fosse sprovvista di difesa, a meno che lo Stato, la Germania dell'Est in questo caso, non fosse intervenuta in protezione diplomatica²⁸³. La Corte, a questo punto, decise di approfondire meglio le risposte alle prime due difese, focalizzandosi, in particolare, sui principi generali internazionali applicabili al caso di specie. La prima notazione della Corte al riguardo fu la distinzione tra genocidio e crimini contro l'umanità che si basava sulla presenza del dolo specifico di distruzione del gruppo, che non è presente nei crimini contro l'umanità²⁸⁴. Per quanto riguarda la fonte di questi crimini essa, in assenza di leggi o di consuetudini, andava rintracciata nei principi generali che, affermò la Corte, erano “*a common denominator for the*

²⁷⁴ Id par. 7

²⁷⁵ Id

²⁷⁶ Id 8

²⁷⁷ Id

²⁷⁸ Id

²⁷⁹ Id par. 9

²⁸⁰ Id

²⁸¹ Id

²⁸² Id

²⁸³ Per protezione diplomatica si intende l'istituto, attraverso il quale, uno Stato, tutelando un proprio interesse leso da un comportamento di un altro Stato, protegge un proprio cittadino da una potenziale lesione delle sue posizioni giuridiche soggettive.

²⁸⁴ Cfr. Corte Suprema di Israele nota 268 par. 10

*judicial systems of numerous countries*²⁸⁵, fornendo così la fonte legale per l'imputazione di Eichmann. Questo tipo di crimini vennero identificati secondo tre criteri²⁸⁶ Con riguardo alla pena da corrispondere a tali violazioni, essa viene ricavata dalla gravità stessa dei crimini, che impose l'utilizzo di pene molto severe²⁸⁷. Con riguardo alla responsabilità penale individuale, la Corte affermò che questo principio generale fosse già presente a partire dal processo di Norimberga²⁸⁸. Per quanto concernette l'estensione territoriale della giurisdizione degli Stati, la Corte sottolineò come la gravità e l'estensione territoriale di questi crimini creasse un interesse ad agire anche per atti compiuti al di fuori dei confini nazionali²⁸⁹. I principi sopramenzionati, fece notare la Corte, dovevano essere considerati vincolanti già da prima del 1946, come detto anche dalla CIG nel suo parere sull'applicazione della Convenzione del 1948²⁹⁰. I crimini in questione, pertanto, erano muniti di un carattere di universalità, che rendeva lecita l'attivazione della giurisdizione penale universale²⁹¹, i cui caratteri verranno approfonditi più avanti nel paragrafo. Con riguardo alla terza difesa, la Corte spiegò che la cattura e il trasferimento di Eichmann dall'Argentina in Israele fossero legittime in quanto: non vi era un accordo di estradizione fra Argentina ed Israele che regolasse la questione; l'eventuale lesione derivata da questo comportamento era di un diritto dello Stato e non dell'individuo, essendo l'Argentina titolare del diritto d'asilo²⁹²; l'Argentina, non opponendosi, manifestò la propria acquiescenza alle condotte di Israele²⁹³. In ogni caso, Israele venne considerato il paese migliore in cui svolgere il processo, sia perché veniva soddisfatto il criterio della cittadinanza passiva e del principio di protezione²⁹⁴, sia per ragioni pratiche, dato che i testimoni si trovavano, per la maggior parte, proprio in quello Stato²⁹⁵. Sulla base di questi argomenti, è desumibile anche la risposta alla quinta difesa di Eichmann. Va detto, comunque, che, dalla lettura della sentenza, si coglie distintamente che i giudici, come è umanamente comprensibile, abbiano colto l'opportunità di processare Eichmann, non tanto per le sue proprie responsabilità, ma come capro espiatorio per punire tutto il Nazismo per le terribili azioni commesse contro il popolo ebraico²⁹⁶.

²⁸⁵ Id par. 11

²⁸⁶ “*They constitute acts which damage vital international interests; they impair the foundations and security of the international community; they violate universal moral values and humanitarian principles which are at the root of the systems of criminal law adopted by civilized nations*”. Id

²⁸⁷ Id

²⁸⁸ Id

²⁸⁹ Id

²⁹⁰ Id

²⁹¹ Id par. 12

²⁹² Id par. 13

²⁹³ Id

²⁹⁴ Id par. 12

²⁹⁵ Id

²⁹⁶ Cfr. Cole op. cit. cap. II par. 3 nota 108 pag. 171

L'ultimo aspetto sul quale si concentrarono i giudici fu la natura di atti di Stato delle azioni commesse dall'imputato. Il collegio difensivo sottolineò che, per gli atti in questione, solo lo Stato si sarebbe dovuto ritenere responsabile, in quanto essi erano tutti ordini di Hitler²⁹⁷. La tesi non fu accolta dalla Corte, in quanto, la sola partecipazione alla commissione di così gravi crimini fu ritenuta meritevole di punizione²⁹⁸, non potendo, un soggetto, nascondersi dietro la responsabilità collettiva di quegli atti²⁹⁹ anche in considerazione del fatto che gli ordini impartiti da Hitler furono considerati manifestamente illegittimi³⁰⁰.

Per fare un bilancio finale di questa decisione, va notato che, nonostante delle evidenti forzature del diritto internazionale penale, come la mancata qualificazione del principio di legalità come norma consuetudinaria, la sentenza ha sortito degli effetti favorevoli, come dare una qualche forma di giustizia alle vittime ed i parenti di esse rispetto alle gravissime violazioni dei propri diritti umani, oltre che perseguire un fine didattico, cioè far conoscere quali siano state le condotte commesse durante l'Olocausto, per evitare che potessero ripetersi in futuro³⁰¹. Con riguardo al genocidio più nello specifico, essendo questa sentenza antecedente alla giurisprudenza dei tribunali *ad hoc*, in particolare quello per il Ruanda, essa ha avuto anche un ruolo importante nella circoscrizione della fattispecie incriminatrice, essendo stata, ad esempio, una delle prime, se non la prima, a condannare le condotte volte ad impedire le nascite all'interno del gruppo protetto³⁰².

Tra le decisioni che si concentrano maggiormente sulle questioni giurisdizionali del crimine, vi sono due sentenze della Cassazione penale spagnola, entrambe datate 2003, che si sono espresse, in maniera molto dettagliata, sulla questione della giurisdizione universale penale.

Per giurisdizione penale universale si intende la facoltà, per le Corti nazionali, di esercitare la giurisdizione penale nei confronti di soggetti che non abbiano nessun legame con lo Stato in cui viene processato, ma che, per la gravità dei crimini commessi o, meglio, attribuitigli, viene comunque processato legittimamente.

La prima delle due sentenze del 2003 si concentrò sugli atti compiuti in Guatemala tra il 1978 ed il 1990, che i ricorrenti qualificarono come atti di genocidio, tortura e terrorismo³⁰³. La Corte iniziò la sua analisi soffermandosi sul concetto di giurisdizione, che consiste in un'espressione della sovranità dello Stato³⁰⁴ e non va confusa con la competenza, che si attiva solo dopo che sia accertata

²⁹⁷ Cfr. Corte Suprema di Israele nota 268 par. 14

²⁹⁸ Id

²⁹⁹ Id

³⁰⁰ Id

³⁰¹ Cfr. Cole op. cit. cap. II par. 3 nota 108 pag. 169

³⁰² Cfr. Greppi op. cit. cap. II par. 4 nota 159 pag. 185-186

³⁰³ Cassazione penale spagnola: 327/2003 II, *first*

³⁰⁴ Id

la giurisdizione sulla causa³⁰⁵. Con riguardo alla giurisdizione penale, la Corte Suprema affermò come essa, in casi normali, non fosse suscettibile di essere prorogata³⁰⁶. La situazione che si presentò davanti ai giudici, tuttavia, aveva un carattere eccezionale, non essendoci una specifica regolamentazione del legislatore sulla materia³⁰⁷. Una questione molto importante sulla quale si focalizzò la Corte fu l'ipotizzata inattività delle Corti del Guatemala, che non avrebbero svolto in maniera efficace il loro ruolo di repressione dei crimini contestati³⁰⁸. Secondo i *report* prodotti in giudizio dai ricorrenti, il sistema giurisdizionale del paese centroamericano era inefficace durante il conflitto di quegli anni³⁰⁹, con il risultato che la violenza di quel periodo fosse tollerata³¹⁰. Fu addirittura sostenuto che le omissioni e gli atti compiuti dalla magistratura del Guatemala avrebbero contribuito ad aggravare la situazione del paese³¹¹. A causa dell'impossibilità di ottenere un ristoro nello Stato in cui furono commessi i fatti, i ricorrenti chiesero l'applicazione del principio di sussidiarietà³¹². Il principio si basa sull'articolo VI della Convenzione sul genocidio del 1948 e consiste nella possibilità per gli Stati parte della Convenzione di esercitare la propria giurisdizione sul crimine di genocidio nel caso in cui lo Stato competente non adempia alle sue obbligazioni in merito alla repressione di questi atti³¹³. Dal principio in questione deriva il principio di universalità della giurisdizione penale³¹⁴. Fu necessaria l'applicazione di questo criterio in quanto il criterio tradizionale della territorialità, ossia del luogo in cui sono stati commessi i crimini e della cittadinanza attiva, cioè quella degli autori del reato, o passiva, cioè quella delle vittime, non erano applicabili al caso di specie. Quello che avrebbe potuto rilevare, come la Corte avrebbe poi discusso meglio, era la gravità dei crimini discussi, che vennero considerati in grado di "*profoundly disturb the human conscience*"³¹⁵. Avendo preso coscienza del *default* del sistema giurisdizionale del Guatemala³¹⁶, requisito necessario ai fini dell'applicazione della giurisdizione universale, la Corte notò come tale criterio residuale non fosse né stabilito né escluso della Convenzione del 1948³¹⁷, cosa che portò la Corte a non rilevare particolari ostacoli alla sua applicazione³¹⁸. Una possibile problematica che fu

³⁰⁵ Id

³⁰⁶ Id. Per proroga della giurisdizione si intende l'attribuzione, su base volontaria, della giurisdizione ad un giudice che, in base ai criteri di collegamento prestabiliti, non avrebbe il potere di emettere una sentenza nel caso concreto.

³⁰⁷ Id

³⁰⁸ Id *fourth*

³⁰⁹ Id

³¹⁰ Id

³¹¹ Id

³¹² Id *fifth*

³¹³ "*Persons charged with genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be tried by a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.*"

³¹⁴ Cfr. Cassazione penale spagnola nota 303 *fifth*

³¹⁵ Id

³¹⁶ Id *sixth*

³¹⁷ Id

³¹⁸ Id

discussa dalla Corte fu l'impatto sulle relazioni diplomatiche dello Stato che poteva comportare una decisione di questo tipo: la Corte, pur riconoscendo che solo il Governo avesse competenza in materia di politica estera, non rinunciò all'esercizio della giurisdizione, in quanto l'intervento della Spagna³¹⁹, come parte della Convenzione, era giustificato dall'articolo VIII di essa³²⁰. La Spagna, infatti, incorporò il crimine di genocidio all'interno del suo ordinamento penale, senza, tuttavia, incorporare le regole della Convenzione sui limiti della giurisdizione³²¹. Questa mancanza rese utilizzabile il criterio della giurisdizione penale universale, dato che, oltre al requisito dell'inefficacia delle Corti dello Stato competente territorialmente, fu soddisfatto anche il criterio di interesse dello Stato ad estendere la propria giurisdizione³²². L'interesse, *link*³²³, risiedette nella natura dei crimini commessi che, per la loro gravità, erano lesivi dell'integrità di tutta la comunità internazionale, rendendo giustificabile l'esercizio della giurisdizione da parte della Corti spagnole³²⁴.

Al cospetto della gravità del crimine di genocidio, anche altri principi del diritto internazionale pubblico vennero meno, come il principio di non interferenza negli affari interni degli altri Stati³²⁵.

La seconda pronuncia della Cassazione spagnola riguardò i fatti occorsi durante la presidenza di Alan Garcia in Perù³²⁶. La Corte richiamò quanto detto nella sentenza precedente stabilendo che l'universalità della giurisdizione penale, ora definita principio della necessità della giurisdizione³²⁷, era applicabile solo in caso di crimini particolarmente seri e in caso di inerzia degli organi interni³²⁸. Nel caso di specie, la domanda dei ricorrenti fu respinta, in quanto, al tempo del processo, erano state proposte delle azioni davanti ai giudici peruviani, che resero inattivabile il criterio residuale della giurisdizione penale universale³²⁹.

Anche la Corte Costituzionale tedesca ebbe modo di confrontarsi con la disciplina del genocidio, analizzando sia gli elementi della fattispecie, sia le questioni sulla giurisdizione sul crimine. Il giudice rimettente sottopose due questioni alla Corte: la prima riguardò l'interpretazione dell'articolo II della Convenzione del 1948, in cui è contenuta la previsione del dolo specifico di distruzione di un gruppo protetto; la seconda riguardò l'articolo VI e, quindi, la giurisdizione delle corti tedesche³³⁰.

³¹⁹ Id

³²⁰ "Any Contracting Party may call upon the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide or any of the other acts enumerated in article III."

³²¹ Cfr. Cassazione penale spagnola nota 303 *seventh*

³²² Id *eight*

³²³ Id *tenth*

³²⁴ Id *eight*

³²⁵ Id *ninth*

³²⁶ Cassazione penale spagnola: 712/2003 *third*

³²⁷ Id *sixth*

³²⁸ Id

³²⁹ Id

³³⁰ 2 BvR 1290/99 par. 1

L'imputato nel processo principale era accusato di aver commesso atti di genocidio in Bosnia all'inizio degli anni '90³³¹ ed aveva già ricevuto delle sentenze di condanna per genocidio nei gradi di giudizio precedenti³³². Il primo dubbio sollevato dal giudice rimettente fu sulla corretta delimitazione degli elementi della fattispecie del crimine. L'imputato, in particolare, contestava la sentenza di condanna, definendola contraria al principio di legalità sancito nella Costituzione³³³. La Corte passò, quindi, all'analisi della decisione dei giudici di merito. Per la configurazione del crimine di genocidio, è necessario che vi sia l'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto³³⁴. Con riguardo alla distruzione del gruppo, ai fini del crimine, la Corte affermò che non solo la distruzione fisica o biologica del gruppo fossero punibili³³⁵, in quanto anche la distruzione psichica del gruppo, nella sua identità e unità rientrassero nella fattispecie³³⁶. Ai fini del genocidio, inoltre, anche l'intento di distruggere parte del gruppo fu ritenuto sufficiente³³⁷ e, ai fini della qualificazione di parte del gruppo, la Corte vi fece rientrare anche i gruppi delimitati in una specifica area geografica³³⁸. Con riguardo all'elemento soggettivo della fattispecie, anche il semplice ruolo di controllo sulla attività criminose rende l'organizzatore responsabile per genocidio³³⁹. Tra le condotte genocidarie, la Corte sottolineò come le espulsioni sistematiche di membri del gruppo potessero essere indice di un intento di distruzione del gruppo protetto³⁴⁰. La seconda questione analizzata fu quella relativa alla giurisdizione delle Corti tedesche sulla fattispecie. La Corte stabilì che la giurisdizione su fatti extraterritoriali fosse possibile, ma che, ai fini dell'esercizio di essa, dovessero essere rispettati alcuni parametri³⁴¹.

La Corte si riferì al rispetto delle garanzie della "*rule of law*"³⁴² (Stato di diritto): tra queste vi erano il principio di legalità, il principio di proporzionalità delle pene, il rispetto degli obblighi internazionali dello Stato e il divieto di analogia in materia penale³⁴³.

Nel caso di specie, la Corte accertò come il crimine di genocidio fosse, ormai, una norma cardine del diritto internazionale³⁴⁴, con la conseguenza che i giudici di merito non violarono il principio di legalità condannando l'imputato³⁴⁵.

³³¹ Id par. 1-6

³³² Id

³³³ Id par. 18

³³⁴ Id par. 20

³³⁵ Id

³³⁶ Id

³³⁷ Id

³³⁸ Id par. 24

³³⁹ Id par. 20

³⁴⁰ Id par. 25

³⁴¹ Id par. 26

³⁴² Id

³⁴³ Id

³⁴⁴ Id

³⁴⁵ Id par. 37

La Corte, successivamente, approfondì la sua posizione riguardo alla giurisdizione universale penale e alla sua possibile applicabilità al caso di specie, ricalcando, in sostanza, quanto affermato nel 2003 dai giudici iberici³⁴⁶

Un'altra sentenza in cui furono analizzati aspetti più legati alla fattispecie e agli elementi del crimine di genocidio fu pronunciata dalla Cassazione penale francese nel 2018. Nel caso di specie, la Corte Suprema discusse la posizione di un ex ufficiale di polizia ruandese, ai fini di determinare la sua responsabilità nel genocidio dei Tutsi. La Corte, in primo luogo, analizzò i requisiti necessari per configurare il dolo specifico di distruzione totale o parziale del gruppo protetto: in particolare, la Corte stabilì come non fosse necessario che il soggetto fosse a conoscenza dell'esistenza di un piano genocidario del Governo, essendo rilevante solamente l'intento dietro alla commissione degli atti in capo al singolo soggetto³⁴⁷. Ciò significa che, se l'autore degli atti avesse agito col fine di distruggere in tutto o in parte un gruppo, non sarebbe stato necessario prendere in considerazione altri fattori esterni ai fini dell'accertamento delle responsabilità penale di esso. Un'altra importante considerazione della Corte fu quella che l'imputato fu considerato colpevole di genocidio e non di complicità in genocidio, seppur le azioni da lui commesse fossero di supporto e, elemento determinate ai fini dell'incriminazione, di organizzazione e direzione della attività che, poi, avrebbero comportato l'esecuzione materiale degli atti di genocidio: tali attività erano fornire armi o impartire ordini agli esecutori materiali dei crimini³⁴⁸.

Altre sentenze importanti in materia di genocidio, sono le già citate sentenze lituane nella saga dei partigiani, che, come si è detto, portarono, in un primo momento, alla condanna della Lituania da parte della Corte EDU, mentre, successivamente, la stessa Corte dei diritti umani considerò conforme alla Convenzione le nuove interpretazioni fornite dalla Corte Suprema del paese baltico.

Nella prima sentenza della saga, la Corte Suprema lituana stabilì che l'articolo V della Convenzione del 1948 concedeva la libertà agli Stati parte di descrivere le fattispecie penali come volevano³⁴⁹, rendendo conforme ad essa la condanna per genocidio sulla base dell'uccisione di membri di un gruppo politico³⁵⁰, non previsto nell'elenco dell'art. II della stessa Convenzione. Tra le condotte attribuite all'imputato, vi furono l'imposizione di condizioni di vita idonee a determinare la distruzione fisica dei membri del gruppo e la perpetrazione di condotte preparatorie che lasciavano intendere un intento di distruzione parziale o totale del gruppo protetto³⁵¹. Il gruppo in questione, in

³⁴⁶ Id par. 38, 39, 40

³⁴⁷ Cassazione penale francese: 6-87.622 pag. 4

³⁴⁸ Id pag. 5

³⁴⁹ Cfr. *Vasiliauskas* cap. II par. 4 nota 187 par. 38

³⁵⁰ Id

³⁵¹ Id par. 41

maniera molto problematica, fu identifico nei partigiani lituani, protetti in quanto gruppo politico³⁵². Il problema di questa interpretazione risiedeva nella potenziale violazione del principio di legalità, dato che al tempo dei fatti, datati 1953, i gruppi politici non erano tutelati in nessuna fonte interna o internazionale. Per questo motivo fu interpellata sul punto la Corte Costituzionale lituana, che stabilì la conformità dell'interpretazione della Corte Suprema con il principio di legalità³⁵³. La Corte basò la sua decisione sulla considerazione che la distruzione di un gruppo politico o sociale, seppure non rientranti nel catalogo dei gruppi protetti ai sensi dei principi internazionali, potesse costituire una condotta di genocidio³⁵⁴. Ciò in ragione del fatto che un gruppo politico o sociale potrebbe costituire in una porzione significativa di uno dei quattro gruppi protetti³⁵⁵. Ciò potrebbe accadere nel caso di trasferimenti forzati di membri del gruppo che, nel caso in cui gli fosse impedito di riunirsi, potrebbero causare la distruzione di tale gruppo³⁵⁶. Nel caso di specie, la distruzione dei partigiani ebbe, secondo la Corte, un impatto significativo su: "*the survival of the entire Lithuanian nation*"³⁵⁷. Si è visto come questa ricostruzione ermeneutica portò alla condanna della Lituania che, quindi, dovette modificare la sua impostazione. Ciò fu fatto dalla Corte Suprema in un altro caso riguardante l'uccisione di due partigiani lituani. La Corte, inizialmente, fece notare come l'interpretazione della Convenzione che estese la categoria di gruppi protetti ai gruppi politici non fu corretta, dato che rese la legge penale non chiara e comportò un'applicazione retroattiva della legge lituana sul genocidio, che ricomprende i gruppi politici tra i gruppi protetti³⁵⁸. I partigiani lituani, infatti, secondo la Corte, andavano considerati come membri di un "*national-ethnic-political group*"³⁵⁹, al fine di condannare i loro carnefici in conformità con il principio di legalità. Alla base di questa interpretazione, furono individuate due definizioni di gruppo etnico³⁶⁰ e nazionale³⁶¹, per spiegare come i partigiani lituani vi rientrassero. Con riguardo alle condotte perpetrate con i partigiani, la Corte sottolineò le ritorsioni contro i familiari di essi, oltre che le deportazioni dei partigiani stessi, inserite in un contesto di generale repressione operato dai dominatori sovietici³⁶². I partigiani furono qualificati come gruppo nazionale, avendo contribuito alla conquista dell'indipendenza della nazione della Lituania³⁶³.

³⁵² Id

³⁵³ Id par. 59

³⁵⁴ Id

³⁵⁵ Id

³⁵⁶ Id

³⁵⁷ Id

³⁵⁸ Cfr. *Drelingas* cap. II par. 3 nota 110 par. 49

³⁵⁹ Id par. 50

³⁶⁰ "*a historically developed community of people belonging to a certain nation, formed on the basis of language, territory, socioeconomic life, culture, national self-identity and other common characteristics*" id

³⁶¹ "*a community of persons with a common origin, language, culture, and self-identity*" id

³⁶² Id

³⁶³ Id par. 52

Paragrafo 5

L'immunità degli Stati dalla giurisdizione

L'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile è stato un argomento molto trattato dalle Corti Supreme interne nel corso degli anni. È molto risalente nel tempo, per esempio, l'elaborazione della dicotomia tra gli atti *iure imperii* e *iure gestionis*, con cui le Corti italiane e belga hanno limitato tale privilegio degli Stati. Come si è raggiunto, a livello internazionale, il consenso, pressappoco univoco, sulla impossibilità di concedere l'immunità per gli atti *iure gestionis*³⁶⁴, non altrettanto si può dire per l'altra categoria degli atti degli Stati. La disciplina dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è affrontata secondo due correnti di pensiero differenti dalla giurisprudenza della Corti Supreme.

Secondo una prima visione, che è maggioritaria nella prassi, tale immunità è assoluta con riguardo agli atti *iure imperii*, commessi dagli ufficiali o dagli organi degli Stati. Tale prassi è riscontrata principalmente nei paesi di *common law*, come il Regno Unito, che si accodano alla visione, già ampiamente discussa, delle Corti internazionali e sovranazionali. La seconda linea interpretativa comporta la mancata concessione dell'immunità per gli Stati, quando garantire tale privilegio comporterebbe una lesione di diritti considerati fondamentali o inderogabili degli individui. Tale indirizzo giurisprudenziale appare decisamente minoritario e viene portato avanti quasi esclusivamente dalle Corti Supreme italiane, anche se un tentativo fu fatto dalle Corti greche, senza, tuttavia, assumere i caratteri decisi e stabili del caso italiano. La Grecia si colloca, pertanto, in una posizione intermedia tra le due ricostruzioni interpretative. Anche il Canada assume una posizione simile a quella italiana, senza, tuttavia, raggiungere quel carattere di netta contestazione del diritto consuetudinario vigente. È facile intuire come il quadro sia piuttosto complesso e, probabilmente, andrà incontro a delle nuove modificazioni in futuro.

La prima linea ermeneutica si basa sul riconoscimento dell'immunità agli Stati in maniera assoluta. La prima sentenza rilevante in materia fu pronunciata dalla Corte Suprema irlandese nel 1995 (*McElhinney v. Williams*). In tale sentenza fu affermato il principio dell'immunità assoluta degli atti *iure imperii*³⁶⁵ degli Stati.

Un altro caso molto importante fu portato davanti alla *House of Lords* nel 2006. Il ricorrente era lo stesso, Mr. Jones, che poi si rivolse alla CEDU, che negò la sua richiesta, nella già citata ed analizzata

³⁶⁴ Vedi supra cap. II par. 5

³⁶⁵ Come riportata dalla CIG nella sentenza del 2012 par. 72

sentenza del 2014³⁶⁶. La valutazione della Corte Suprema, affidata all'autorevole penna di Lord Bingham, si basò sulla definizione del rapporto tra immunità e divieto di tortura. La prima questione affrontata fu stabilire quale fosse la corretta applicazione dell'immunità giurisdizionale degli Stati. Questo punto fu analizzato in dettaglio da Lord Bingham, che spiegò quali fossero le due concezioni, quella consuetudinaria (poi fatta propria dalla CIG) e quella della CEDU che derivava dalla sentenza *Al-Adsani*. La prima visione qualificava l'immunità come regola e, per questo motivo, prevaleva sulle altre norme³⁶⁷. Come conseguenza di questo ragionamento, che il giudice inglese approvò totalmente, lo Stato non aveva giurisdizione sulla causa, dato che tutte le valutazioni di merito erano messe in secondo piano in seguito all'applicazione formale e restrittiva della regola dell'immunità. La seconda visione, facente capo all'interpretazione della CEDU, faceva confluire l'utilizzo dell'immunità nel campo di applicazione dell'articolo 6 della Convenzione, comportando la non automaticità della concessione dell'immunità, ma si rendeva necessaria una valutazione che sarebbe dovuta essere più complessiva e che avrebbe dovuto tenere in conto una serie di elementi enucleabili in questo modo: le garanzie dell'articolo 6 non sarebbero dovute essere danneggiate dalla concessione dell'immunità; l'accesso alle corti inglesi non sarebbe potuto essere negato, a meno che non vi fossero stati motivi oggettivamente legittimi e non sproporzionati che lo giustificassero³⁶⁸. Lord Bingham contestò tale impostazione, asserendo che: “*how a state can be said to deny access to its court if it has no access to give.*”³⁶⁹. Egli non concordò con l'applicazione dell'articolo 6 della CEDU, in ossequio al principio *par in parem non habet imperium*.

Nonostante ciò, a dimostrazione della stura del giurista, egli si conformò alla visione dei giudici di Strasburgo. Ciò comportò che il passaggio successivo fu quello di indagare sul valore del divieto di tortura in relazione all'immunità. Sul punto furono due le conclusioni a cui arrivò la Corte Suprema inglese. La prima notazione fatta fu che, come non vi è un automatismo nell'applicazione dell'immunità, così non vi è un automatismo nell'applicazione delle norme di *ius cogens*, come la tortura o i crimini internazionali: “*the international law prohibition of such crimes, having the same standing as the prohibition of torture, does not prevail. It follows that such a prohibition does not automatically override all other rules of international law*”³⁷⁰.

Il mero stato di norma imperativa non sarà, pertanto, sufficiente a far prevalere tali norme sulle altre norme del diritto internazionale³⁷¹. La seconda considerazione fatta fu che la concessione

³⁶⁶ Vedi supra cap. II par. 5

³⁶⁷ *House of Lords* 2006: “*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*” par. 13

³⁶⁸ Id par. 14

³⁶⁹ Id

³⁷⁰ Id par. 24

³⁷¹ Id

dell'immunità non fu considerata una limitazione delle garanzie ex art. 6 CEDU, anche al cospetto di atti di tortura³⁷².

La seconda sentenza di questo blocco fu pronunciata dalla Corte Suprema polacca. È possibile anticipare come, rispetto alla sentenza *Jones*, essa sia molto più aderente alla concezione formalistica dell'immunità. Anche in questo caso si aveva la Germania convenuta in giudizio per i crimini commessi dagli ufficiali nazisti in Polonia. La Corte Suprema polacca, innanzitutto, notò come la norma sulle immunità fosse parte del diritto consuetudinario³⁷³, soffermandosi e confermando la consolidata divisione tra gli atti di gestione e gli atti istituzionali³⁷⁴. La Corte rivolse, poi, l'analisi alla *tort exception*, ossia l'eccezione che comporta l'esclusione dell'immunità per gli atti commessi nel territorio del paese di provenienza delle vittime o dove le vittime si trovavano al momento della commissione dei fatti. La Corte osservò come vi fosse una recente tendenza (*a trend*³⁷⁵) di altre corti nazionali, a riconoscere tale eccezione, tuttavia, ciò non fu considerato aderente alle norme consuetudinarie vigenti³⁷⁶ e, dunque, tale argomentazione fu negata. Un altro aspetto analizzato dalla Corte fu quello delle modalità di applicazione, da un punto di vista procedurale, dell'immunità giurisdizionale. Essa venne qualificata come regola procedurale dalla Corte Suprema, comportando che la sua applicazione in maniera cronologicamente anteriore rispetto alle questioni di merito, che, pertanto, non furono discusse³⁷⁷. Un'altra notazione fatta dalla Corte è quella che, essendo l'immunità una regola procedurale, essa deve essere applicata secondo il principio del *tempus regit actum*³⁷⁸. Ciò comporta che per avere una corretta applicazione della regola si debba valutare lo stato del diritto consuetudinario vigente al momento della controversia. La Corte prestò molta cura nell'argomentare la sua posizione sull'opportunità di concedere l'immunità alla Germania, facendo considerazioni anche di natura politica. La Corte affermò come la materia dei conflitti armati: “*cannot be reduced to the relationship between the state/perpetrator and the injured person; the conflicts exist mainly between states.*”³⁷⁹. Con ciò la Corte volle intendere come la delicata materia delle relazioni tra Stati al termine di un conflitto internazionale debba avere basi solide nella sua definizione, non potendo essere ammissibile la possibilità che ogni corte nazionale possa ridiscutere la questione anche sessant'anni dopo i fatti³⁸⁰. Sulle stesse premesse si basa la negazione dell'argomento per cui le norme

³⁷² Id par. 28

³⁷³ E. Dąbrowska: *The Supreme Court decision of 29 October 2010, Ref. No. IV CSK 465/09 in the case brought by Winicjusz N. against the Federal Republic of Germany and the Federal Chancellery for payment in XXX* polish yearbook of international law 2010 pag. 299-300

³⁷⁴ Id pag. 300

³⁷⁵ Id

³⁷⁶ Id pag. 300-301

³⁷⁷ Id pag. 301

³⁷⁸ Id

³⁷⁹ Id

³⁸⁰ Sul ruolo delle corti interne si veda supra Cap II par. 5

di *ius cogens* abbiano precedenza sulla regola dell'immunità, che porterebbe la Corte ad avere competenze, da un punto di vista giuridico e politico, che non le appartengono³⁸¹.

In conclusione all'analisi del primo filone interpretativo, la notazione più rilevante da fare è che, a livello di paesi CEDU, vi è un contrasto tra il dettato CEDU e quanto poi è stato detto dalla CIG nell'applicazione dell'immunità degli Stati, conflitto non ancora risolto ma, tuttavia, sembrerebbe che le Corti Supreme stiano prediligendo quanto detto dalla Corte EDU.

Il secondo indirizzo ermeneutico vede di molto ridimensionata la portata dell'immunità giurisdizionale degli Stati, in un processo che appare non facile e decisamente in contrasto con quanto affermato a livello internazionale. Una sentenza che si pone in questa scia e che merita di essere analizzata è datata 2002 e fu emanata dalla Corte Suprema del Canada. La fattispecie riguardò l'arresto subito da un cittadino canadese, in Canada, in forza di un mandato di arresto emesso dalla Germania. Tale mandato di arresto fu poi ritenuto illegittimo e la conseguenza fu che il ricorrente portò in giudizio la Germania per ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di questo provvedimento. La Germania si difese invocando la propria immunità dalla giurisdizione per gli atti compiuti nell'esercizio di funzioni pubbliche, che le fu riconosciuta in Appello. La Corte Suprema si trovò, quindi a decidere avendo, da un lato, l'immunità dello Stato straniero, dall'altro lato, la lesione dei diritti di un proprio cittadino. La norma di riferimento è l'articolo 6 dello *State Immunity Act*³⁸².

La norma in questione assume risvolti molto interessanti se si fa attenzione all'interpretazione datale dai giudici supremi canadesi, soprattutto in relazione a quanto la CIG dirà dieci anni dopo. Il primo elemento analizzato dalla Corte è la portata dell'immunità degli Stati, che la Corte affermò fosse limitata, in concomitanza delle circostanze della lettera a e lettera b, in ogni caso, a prescindere dalla natura dell'atto compiuto dallo Stato³⁸³. La Corte si soffermò a lungo su questo passaggio, che si pone in netto contrasto con quanto la maggioranza degli Stati affermano. Il primo argomento sul quale fu sostenuta questa interpretazione è di tipo letterale: la Corte spiegò come nessuna fonte, sia l'articolo 6 dello *State Immunity Act*, sia le fonti internazionali in materia, operino una distinzione tra atti *iure gestionis* ed atti *iure imperii*³⁸⁴. Questo argomento potrebbe essere superato in considerazione dell'ampio consenso che vi è al riguardo, tanto che la così consistente prassi a livello nazionale e sovranazionale sulla materia delle immunità potrebbe "riscrivere" le norme dei testi nazionali ed internazionali. Il secondo elemento analizzato è quello del rapporto tra le violazioni dei diritti umani

³⁸¹ Cfr. Dąbrowska op. cit. nota 373 pag. 302

³⁸² "A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to

- (a) any death or personal or bodily injury, or
- (b) any damage to or loss of property

that occurs in Canada."

³⁸³ Corte Suprema canadese 2002: "*Schreiber c. Canada*" par. 32

³⁸⁴ Id

e l'applicazione delle immunità. Sul punto, la Corte non riscontrò un conflitto tra le norme, non essendosi realizzata la condizione dell'articolo 6 let. a³⁸⁵. Ciò che è importante sottolineare, tuttavia, è che non fu esclusa la possibilità di avere un bilanciamento tra le due norme. Come conseguenza logica di ciò, la Corte Suprema canadese non considera, nei casi di lesioni all'integrità psicofisica degli individui, applicabile la norma sulle immunità come una regola procedurale. La norma sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione, infatti, non opera, nel diritto canadese, come una regola, ma come un principio, da bilanciare con altri principi nazionali ed internazionali.

Come già anticipato, la giurisprudenza delle Corti Supreme greche in materia di immunità non ha avuto un andamento lineare e costante ed, anzi, si è avuto un cambiamento di indirizzo ermeneutico a distanza di un anno, complice anche il pronunciamento della CEDU, che si colloca a cavallo tra le due sentenze elleniche.

La prima sentenza risale al 2000 e la Corte di Cassazione fu chiamata a giudicare sulla richiesta di risarcimento dei parenti delle vittime dei fatti accaduti della cittadina di Distomo e nei suoi pressi nel 1944. Tali fatti furono dei gravi crimini di guerra e contro l'umanità commessi dai nazisti ai danni della popolazione civile greca, che portò alla morte di più di duecento persone, oltre ad altre gravi condotte, come stupri e violenze di vario tipo. La Corte, nell'interrogarsi sull'opportunità o meno di concedere l'immunità alla Germania, si pose due quesiti: da un lato dovette valutare se tale privilegio operasse anche per fatti commessi in territorio straniero (*tort exception*), dall'altro dovette analizzare il rapporto tra immunità e violazioni di norme imperative del diritto internazionale³⁸⁶. Con riguardo alla prima questione, la Corte affermò come questa previsione avesse acquisito un carattere consuetudinario, tesi supportata da varie previsioni normative a riguardo, come l'art. 11 della Convenzione di Basilea e l'art. 6 della legge canadese sull'immunità degli Stati³⁸⁷. Successivamente, la Corte Suprema analizzò gli elementi costitutivi dell'eccezione territoriale, enucleando due elementi della fattispecie: il primo è la necessaria presenza degli agenti dello Stato straniero nel territorio dello Stato offeso; il secondo è che gli atti siano commessi sempre nel territorio dello Stato offeso³⁸⁸. Nel caso concreto, non fu difficile riscontrare la presenza dei due elementi e, pertanto, il primo argomento fu ritenuto fondato dalla Corte. Tale conclusione, tuttavia, non vide il consenso di tutti i giudici, che criticarono soprattutto la formazione di una norma consuetudinaria che prevedesse la *tort exception* come generalmente accettata³⁸⁹. Con riguardo al rapporto tra immunità giurisdizionale e norme imperative del diritto internazionale, la Corte iniziò il suo ragionamento soffermandosi sulla gravità

³⁸⁵ Id par. 47

³⁸⁶ Corte di Cassazione greca: 11/2000 pag. 4

³⁸⁷ Id pag. 3

³⁸⁸ Id pag. 2

³⁸⁹ Id opinioni dissenzienti

delle azioni commesse dagli ufficiali tedeschi ai danni della popolazione civile definiti come: “(...) *equal to which in atrocity and cruelty humanity has hardly known throughout the centuries*³⁹⁰”. Gli atti furono particolarmente gravi, come l’uccisione di cittadini greci a vista³⁹¹ e non ritenute necessarie a fini militari³⁹², anche in considerazione del fatto che i luoghi dei massacri era lontani e non connessi con i gruppi di resistenza³⁹³. Su queste basi, le norme di *ius cogens* furono considerate come prevalenti rispetto all’immunità, che, dunque, fu negata.

La seconda sentenza greca arrivò nel 2002, a seguito della sentenza *Kalogeropoulou* della CEDU, che aveva preso una posizione opposta rispetto alla Cassazione ellenica.

Su queste premesse, la Corte Suprema speciale ellenica si pronunciò con riguardo ad altri crimini commessi dai soldati nazisti nel territorio greco. L’analisi fu sempre incentrata sulle due questioni dell’eccezione territoriale e della natura inderogabile delle norme violate dagli ufficiali dello Stato straniero. Con riguardo all’eccezione territoriale, la Corte ribaltò l’interpretazione data pochi anni prima, affermando che, in ragione dell’articolo 31 della Convenzione di Basilea, non fosse possibile sostenere la *tort exception*³⁹⁴. Fu stabilito, inoltre, che, nel diritto internazionale vigente, ancora non si fosse formata una consuetudine al riguardo³⁹⁵. La Corte, in conclusione, affermò che si fosse formata una norma consuetudinaria in favore della concessione dell’immunità giurisdizionale nel caso di atti compiute dalle milizie dello Stato straniero³⁹⁶. Riguardo alla seconda questione, la Corte ellenica si limitò semplicemente a riscontrare come non vi fosse, allo stato attuale del diritto internazionale, una norma consuetudinaria che comportasse la mancata concessione dell’immunità agli Stati stranieri³⁹⁷.

Ciò che lascia l’esperienza greca è un primo tentativo di leggere la norma dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione in maniera diversa e meno formalistica, ponendo l’accento sull’esigenza di tutela dei diritti umani, ottenuta con lo strumento della compensazione in sede civile. Questo tentativo, naturalmente, non ha sortito gli effetti sperati e non ha trovato un riscontro favorevole nemmeno a livello internazionale, vedasi la sentenza della CEDU, che non ha permesso a tale giurisprudenza di affermarsi con più stabilità.

Situazione molto diversa si è avuta in Italia, paese che, più di tutti gli altri, ha respinto la teoria formalistica dell’immunità dello Stato, arrivando ad un livello di approfondimento della tematica molto maturo, attraverso un periodo di tempo non indifferente, dieci anni, che ha visto, nel frattempo,

³⁹⁰ Id pag. 8

³⁹¹ Id pag. 7

³⁹² Id pag. 8

³⁹³ Id pag. 8

³⁹⁴ Corte Suprema speciale greca: 6/2002

³⁹⁵ Id

³⁹⁶ Id

³⁹⁷ Id

tanti pronunciamenti nel mondo sulla materia, quello della CIG su tutti. La giurisprudenza italiana ha iniziato ad esternare la sua posizione nel 2004, con la sentenza *Ferrini*. Le Sezioni Unite civili, nel caso di specie, furono chiamate a decidere sulla possibilità di concedere l'immunità alla Germania per fatti commessi dagli ufficiali nazisti nel territorio italiano durante la Seconda Guerra mondiale. La Corte italiana analizzò la norma in base alle due questioni ricorrenti, ossia la *tort exception* ed il rapporto tra immunità e norme cogenti. Partendo dalla prima, la Corte affermò, similmente a quanto fatto dalla Cassazione greca, che tale eccezione avesse carattere consuetudinario, anche in ragione della vasta produzione normativa degli ordinamenti interni sul punto, come quello canadese³⁹⁸. Il secondo elemento, quello del rapporto tra le norme internazionali in esame, fu analizzato in maniera molto dettagliata dalla Corte italiana. Tale analisi partì dalla considerazione che gli atti commessi dagli ufficiali tedeschi furono di particolare gravità, tra essi vi era il crimine di deportazione, che, come crimine contro l'umanità, rientra nell'ordinamento italiano in forza dell'art. 10 della Costituzione³⁹⁹. La Corte osservò come tali norme avessero un'importanza centrale nel diritto internazionale dato che la loro violazione comporta la lesione di: “*valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali*”⁴⁰⁰ e, pertanto, si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo sulle altre norme⁴⁰¹. Analizzato il valore delle norme di *ius cogens*, le Sezioni Unite rivolsero la loro attenzione alla qualificazione della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione facendo due considerazioni: la prima fu quella di dire la concessione dell'immunità significherebbe negare la tutela di certi valori che è un'operazione ritenuta “*essenziale per l'intera Comunità internazionale*”⁴⁰²; la seconda considerazione fatta dalla Corte Suprema fu quella di inquadrare l'immunità non come regola, ma come principio, essendo tale norma prevista come corollario del principio dell'eguaglianza sovrana degli Stati⁴⁰³. Tale principio, per le ragioni di cui sopra, fu considerato meno meritevole di tutela rispetto alla violazione delle norme imperative, portando alla mancata concessione dell'immunità alla Germania. Questa sentenza, sicuramente molto innovativa all'epoca, non ebbe, tuttavia, un grande seguito. A livello internazionale, prima ancora della sentenza del 2012 della CIG che condannò l'Italia sulla base di questo filone interpretativo, anche altre Corti avevano contestato la visione offerta dalla sentenza *Ferrini*: “*The Ferrini decision cannot in my opinion be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law.*”⁴⁰⁴ Stessa sorte si era avuta

³⁹⁸ Cassazione, Sezioni Unite civili sentenza n. 5044/04 par. 10.1

³⁹⁹ Id par. 7

⁴⁰⁰ Id par. 9.1

⁴⁰¹ Id par. 7

⁴⁰² Id par. 9.1

⁴⁰³ Id par. 9.2

⁴⁰⁴ Cfr. *Jones* nota 367 par. 22

a livello interno, con la stessa Cassazione che fece marcia indietro sulla questione, anche a seguito della decisione presa all'Aja. Un esempio di ciò fu la sentenza delle Sezioni Unite penali n. 4284/2013 nella quale Corte, seppur con qualche perplessità⁴⁰⁵, si limitò a constatare come la tesi espressa in Ferrini non fosse stata “*convalidata dalla comunità internazionale*”⁴⁰⁶. Altre critiche alla sentenza Ferrini sono state espresse per quanto riguarda il contenuto di essa, soprattutto nella strategia argomentativa. Le perplessità, in particolare, sono state sollevate con riguardo alla scelta di considerare le norme inderogabili come superiori alle altre senza attuare un vero e proprio bilanciamento con il principio dell'immunità degli Stati⁴⁰⁷, che è lo strumento da utilizzare in caso di antinomie tra i principi.

Se, arrivati a questo punto, la problematica dell'immunità sembrava essere arrivata ad una stabilizzazione, nell'ottobre 2014 la Corte Costituzionale italiana venne chiamata a pronunciarsi sulla materia, con una decisione destinata ad essere ricordata. La questione posta alla Consulta dal giudice del rinvio, il Tribunale di Firenze, verteva sulla compatibilità della norma consuetudinaria dell'immunità, vincolante nell'ordinamento italiano per il tramite dell'articolo 10 della Costituzione, e della legge d'esecuzione della sentenza della CIG del 2012, con gli articoli 2 e 24 della Costituzione. La prospettiva del giudice del rinvio fu quella di affermare che gli articoli 2 e 24 sarebbero stati violati se si fosse data applicazione alle due norme contestate, negando i diritti inviolabili dell'uomo⁴⁰⁸. La questione che la Corte dovette affrontare venne posta e, di conseguenza, affrontata, in maniera diversa rispetto a quanto fatto dalle altre Corti Supreme. La prospettiva, infatti, mutò in maniera considerevole: mentre lo schema adottato fino a quel momento fu quello di mettere a confronto l'immunità degli Stati con le violazioni delle norme di *ius cogens* e di utilizzare l'eccezione territoriale, la Corte italiana ora doveva valutare la conformità dell'istituto dell'immunità con riguardo ai principi fondamentali dell'ordinamento italiano. Si analizzerà ora l'impianto argomentativo della Corte per comprendere come essa sia arrivata alla propria decisione.

Il primo aspetto da analizzare è la portata delle norme contenute all'articolo 2 e 24 della Costituzione. Con riguardo all'articolo 2 la Corte affermò che tale norma imponesse la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo⁴⁰⁹, tutela che costituisce il presidio del valore inderogabile della dignità umana⁴¹⁰. Si intuisce il grande valore della norma nell'ordinamento italiano, che viene qualificata come uno dei principi fondamentali di esso. Con riguardo all'articolo 24, questa norma viene qualificata come

⁴⁰⁵ Cassazione penale Sezioni Unite penali sentenza 4284/2013

⁴⁰⁶ Id

⁴⁰⁷ Così Gradoni e Tanzi op. cit. cap. II par. 5 nota 222 pag. 206-207

⁴⁰⁸ Sentenza Corte Costituzionale italiana n. 238/14

⁴⁰⁹ Id par. 1

⁴¹⁰ Id considerato in fatto

principio supremo dell'ordinamento⁴¹¹ e, pertanto, non sopprimibile⁴¹². Essa, inoltre, costituisce la norma sostanziale a presidio dei principi fondamentali degli individui, tra cui la dignità umana⁴¹³. Va ricordato, inoltre, come tali norme costituiscano un argine all'ingresso del diritto internazionale nell'ordinamento italiano⁴¹⁴, pertanto la Corte dovette valutare con attenzione se esse fossero state violate o meno. La Corte proseguì il suo ragionamento affermando che la limitazione della sovranità della Repubblica italiana ex. art. 11, fosse essa stessa condizionata al rispetto dei principi fondamentali⁴¹⁵, notazione molto importante in quanto, ciò consentì alla Corte di non ritenere obbligatoria la sentenza del 2012 nel proprio ordinamento. La Corte fece notare, inoltre, con riguardo soprattutto alla tutela dell'articolo 24, che se fossero riconosciute le immunità a fronte di tali violazioni dei diritti fondamentali delle vittime, si arriverebbe al paradosso di negare loro la tutela inviolabile di ottenere una tutela effettiva in processo⁴¹⁶, come dimostrato dall'auspicio della Corte dell'Aja di una futura riapertura dei negoziati tra Italia e Germania⁴¹⁷. Con riguardo alla gravità degli atti contestati, quindi all'eccezione *di ius cogens*, la Corte, dopo aver notato che gli atti discussi costituissero crimini di guerra e crimini contro l'umanità e, pertanto violazioni del diritto cogente⁴¹⁸, affermò che la concessione dell'immunità sarebbe stata sproporzionata rispetto alla lesione subita dalle vittime⁴¹⁹, attuando un vero e proprio bilanciamento tra le due norme internazionali. Su tali argomenti si basò la mancata concessione dell'immunità allo Stato tedesco.

La decisione appare molto matura ed anche coraggiosa⁴²⁰, in considerazione del fatto che il diritto internazionale consuetudinario sembra essere in disaccordo con tale visione, determinando un isolamento della posizione italiana⁴²¹. Tale situazione, tuttavia, potrebbe cambiare a seguito di questa decisione, che partendo da presupposti argomentativi diversi da quelli usati fino al 2104, potrebbe fare in modo che anche le altre Corti rivedano la loro posizione, creando una nuova consuetudine nella materia dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione.

⁴¹¹ Id

⁴¹² Id

⁴¹³ Id par. 3.4 considerato in diritto

⁴¹⁴ Vedi supra cap. I par. 3

⁴¹⁵ Cfr. 238 nota 408 par. 3.5

⁴¹⁶ Id par. 3.4

⁴¹⁷ Id

⁴¹⁸ Id

⁴¹⁹ Id

⁴²⁰ Come sostiene Pustorino op. cit. cap. II par. 1 nota 13 pag. 126

⁴²¹ Id Pustorino pag. 128 e Gradoni e Tanzi op.cit. cap. II par. 5 nota 222 pag. 207

Conclusioni

L'obiettivo dell'elaborato era quello di valutare il ruolo dei principi generali del diritto internazionale, ex art. 38 let. C dello statuto della Corte Internazionale di Giustizia, nella gerarchia delle fonti internazionali e, dopo aver fatto ciò, valutare la loro operatività nel diritto interno negli Stati, nella forma della giurisprudenza delle Corti Supreme.

L'ipotesi alla base di questa idea era quella della grande e crescente rilevanza di queste fonti nell'ordinamento internazionale e negli ordinamenti nazionali, causate dall'emersione di nuove sfide a livello internazionale, tutela dei diritti umani su tutte, che richiedevano la ricerca di nuove soluzioni giuridiche per risolverle.

Tale risultato, si è ipotizzato, risultava complicato da raggiungere data la sempre crescente perdita di sovranità degli Stati, che non permetteva ad essi di fornire delle tutele ampie ed adeguate ai propri cittadini per questi nuovi interessi.

La prima conclusione raggiunta è che i principi internazionali sono stati e sono ancora oggi un'importantissima fonte del diritto internazionale.

Nel passato, essi hanno avuto un ruolo centrale nella formazione delle norme del diritto internazionale penale, consentendo la condanna dei gerarchi nazisti per i gravissimi fatti commessi durante il secondo conflitto mondiale, appigliandosi alle lesioni dei principi di umanità e della coscienza pubblica prodotte da quegli atti efferati, che portarono la comunità internazionale ad un ripensamento complessivo dei valori e delle norme internazionali, sempre sulla scorta dei principi generali.

La peculiarità di questa fonte, infatti, è la capacità di risolvere le antinomie del diritto internazionale, permettendo di regolare situazioni non regolate dai trattati o dalle consuetudini internazionali.

I principi, si può affermare, arrivano laddove si fermano queste due fonti.

Ciò è vero anche ai giorni nostri, proprio in ragione delle nuove sfide che gli ordinamenti giuridici devono affrontare, che, non potendo essere regolate nella loro interezza dalle fonti principali del diritto internazionale, hanno bisogno del supporto dei principi internazionali per poter assicurare una tutela più completa dei diritti degli individui.

Tra i vari esempi possibili, si può menzionare la disciplina del principio del non respingimento, che sta ampliando di molto il catalogo delle garanzie accordate ai rifugiati.

Si è visto, inoltre, come i principi generali non nascano esclusivamente a livello internazionale, ma essi possono anche essere originati dall'accettazione, da parte della comunità internazionale, di principi nati negli ordinamenti interni, come successo per il principio di legalità.

Sulla base di questa considerazione, non deve sorprendere che le Corti Supreme abbiano un ruolo a dir poco centrale nello sviluppo e consolidamento dei principi internazionali.

Le Corti nazionali in genere sono le prime chiamate a pronunciarsi in caso di una lesione dei diritti di un individuo e, perciò, sono le prime che danno applicazione ai principi generali di diritto internazionale. Detto ciò, la corretta applicazione di questa fonte può risultare difficoltosa, data la sua natura non scritta e poco definita e, quindi, il ruolo delle Corti Supreme diventa quello di cercare di fornire ai giudici comuni una ricostruzione ermeneutica convincente, al fine di uniformare l'interpretazione del principio in quell'ordinamento giuridico, permettendo una tutela, piena e rispondente ai canoni di certezza del diritto, per la comunità nazionale e, possibilmente, internazionale.

Al fine di ottenere questo scopo, le Corti Supreme devono porre in essere un'operazione di bilanciamento tra i principi internazionali e i principi fondamentali dell'ordinamento internazionale, processo che può presentarsi molto difficoltoso e che, come si è visto, è caratterizzato dall'incertezza dei risultati raggiunti.

Sulla base di quanto raccolto nell'elaborato, le Corti Supreme, in quest'operazione di bilanciamento, tendono a far prevalere i principi fondamentali nazionali a quelli internazionali, al contrario dei giudici internazionali, che fanno, in sostanza, l'opposto.

Ciò, tuttavia, non deve trarre in inganno, dato che la portata dei principi internazionali degli ordinamenti interni resta molto ampia e ha permesso e permetterà di modificare e di superare molti istituti nazionali che non si conformano ai nuovi *standard* giuridici che sono emersi o che stanno emergendo. Un caso eclatante è l'eliminazione dall'ordinamento italiano dell'ergastolo ostativo: ciò è stato deciso dalla Corte Costituzionale nel 2019 a quasi trent'anni dall'introduzione dell'istituto in Italia, sulla spinta della crescente tutela per i diritti degli ergastolani sviluppata in ambito CEDU, che è stata fatta prevalere sulle esigenze di politica criminale di sicurezza della comunità italiana.

Un risultato che si può definire storico, che, senza il ricorso ai principi generali da parte dei giudici nazionali, non sarebbe stato possibile ottenere.

Per quanto il diritto internazionale e i diritti nazionali si stiano, grazie alla condivisione degli stessi principi generali, sempre più uniformando, restano ancora molte lacune e carenze per la tutela dei diritti umani degli individui.

Queste lacune sono presenti sia a livello internazionale, nonostante la spinta della giurisprudenza nazionale, sia a livello nazionale, nonostante la spinta della giurisprudenza internazionale.

Con riguardo alla prima situazione, ciò si verifica riguardo all'immunità degli Stati dalla giurisdizione: se a livello nazionale, soprattutto in Italia, questa viene negata al fine di tutelare le vittime di gravissime violazioni del diritto internazionale e i loro parenti, a livello internazionale, nella giurisprudenza CIG e CEDU, viene fatto prevalere il principio di sovranità degli Stati rispetto ad ogni altra considerazione.

Con riguardo alla seconda situazione, si può fare l'esempio dell'assenza di tutela per i rifugiati intercettati fuori dal territorio dello Stato, per come stabilito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, che si pone in netto contrasto con la giurisprudenza internazionale e con la giurisprudenza degli altri Stati nazionali.

In conclusione, dunque, si può affermare che i principi generali di diritto internazionale sono e saranno uno strumento necessario per far evolvere il diritto internazionale e gli ordinamenti nazionali in armonia, con il fine ultimo di adattarsi alle inevitabili evoluzioni della società e di garantire in maniera sempre più adeguata i diritti fondamentali degli individui.

Bibliografia

- Allain: *the jus cogens nature of non refoulement* International Journal of Refugee Law, 13(4)(4), 533-558. <https://doi.org/10.1093/ijrl/13.4.533> 2001
- Apostolaki e Tzanakopoulos: *Greece*
- Arangio Ruiz: *International law and Interindividual law*
- Bartsch e Elberling: *Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision* in German law journal Volume 4, Issue 5 01 May 2003, pp. 477-491
- Bin, Pitruzzella: *Diritto Costituzionale* Giappichelli, Torino, 2014
- Bin: *L'interpretazione conforme. Due o tre casi che so di lei* Rivista AIC n°: 1/2015 data pubblicazione: 09/01/2015
- Bingham: *The rule of law* 66 CAMBRIDGE L.J. 67, 78 2007
- Bjorge e Smith: *United Kingdom*
- Breuer: *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm* Berlin, Springer, 2019
- Brolmann e Radi: *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* Elgar, 2016, Cheltenham
- Bufalini: *La rilevanza del diritto interno ai fini del rispetto del principio nullum crimen sine lege nel diritto internazionale penale* in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè
- Cadoppi: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 2014
- Cannizzaro: *I valori costituzionali oltre lo stato* in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>
- Carella: *Il divieto di allontanamento dello straniero per ragioni di salute e il c.d. decreto Salvini*
- Cole: *Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission* in Theatre Journal, Vol. 59, No. 2 (May, 2007), pp. 167-187 Published by: The Johns Hopkins University Press
- Conforti: *Diritto internazionale* X edizione, editoriale scientifica, 2014, Napoli
- Crema: *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto* Giuffrè, Milano, 2017
- D'Agnes: *Manuale di diritto penale. Parte generale* Rogiosi, Napoli, 2019
- Dąbrowska: *The Supreme Court decision of 29 October 2010, Ref. No. IV CSK 465/09 in the case brought by Winicjusz N. against the Federal Republic of Germany and the Federal Chancellery for payment* in XXX polish yearbook of international law 2010
- Dahl: *Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy maker* Role of the Supreme Court Symposium, No. 1 journal of public law 1957

Davì: *Liber amicorum La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione* Volume I editoriale scientifica, Napoli 2019

dei diritti dell'uomo in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè

Del Vecchio: *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, II edizione, Cacucci, Bari

Dolcini: *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni* in diritto penale contemporaneo al sito <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/5698-dolcini2018b.pdf>

Dupuy: *International Law and Domestic (Municipal) Law* Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL] 2011

Dworkin: *I diritti presi sul serio*. Il Mulino, 1982, Bologna

Feller, Türk e Nicholson: *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* Cambridge University Press, 2003

Fiandaca e Musco: *Diritto Penale parte generale* ottava edizione Zanichelli, Bologna, 2019

Fierro, Nevola, Diaco: *I diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario e negli ordinamenti nazionali* servizio studi Corte Costituzionale Siviglia 2017

Gaja: *Dualism, a review*

Galliani e Pugiotto: *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?* AIC Rivista N°: 4/2017

Galliani: *La forza della democrazia è non avere paura* in Ristretti orizzonti 2019 al sito http://www.ristretti.org/index.php?option=com_content&view=article&id=80574:qla-forza-della-democrazia-e-non-avere-paura&catid=220:le-notizie-di-ristretti&Itemid=1

Golove e Hulsebosch: *A civilized nation: the early american Constitution, the law of nations, and the pursuit of international recognition* New York university school of law public law & legal theory research paper series

Gradoni e Tanzi: *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012* in la comunità internazionale vol. LXVII 2012

Gradoni: *Consuetudine internazionale e caso inconsueto* in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè

Greppi: *I crimini dell'individuo nel diritto internazionale* Utet, Milano, 2012

Hessbruegge: *European Court of Human Rights Protects Migrants Against "Push Back" Operations on the High Seas* ASIL Insights Volume 16 issue 14 2017 al sito <https://www.asil.org/insights/volume/16/issue/14/european-court-human-rights-protects-migrants-against-%E2%80%9Cpush-back%E2%80%9D>

Kelsen: *Principles of international law* Rinehart, New York. 1952

Kolb: *La règle résiduelle de liberté en droit international public ("Tout ce qui n'est pas interdit est permis")*: aspects théoriques. *Revue belge de droit international*, 2001, vol. 34, n° 1

Lauterpacht e Bethlehem: *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement: Opinion*

- Lemkin: *Genocide as a Crime under International Law* in *The American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1 (Jan.,1947)
- Lenaerts: *The Kadi Saga and the Rule of Law within the EU*, 67 *SMU L. Rev.* 707 2014
- Lenzerini: *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea* in rivista di diritto internazionale, volume xcv 2012 fasc. 3 Giuffrè
- Leotta: *Il genocidio nel diritto penale internazionale : dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma* Giappichelli, Torino, 2013
- Marchisio *Corso di diritto internazionale* seconda edizione, Giappichelli, 2004, Torino
- Martinico: “*Corti Costituzionali (o Supreme) e “disobbedienza funzionale” Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)* in *diritto penale contemporaneo*, rivista 2/2015
- Morgese: *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri* in *Studi sull’integrazione europea*, VII (2012), pp. 147-162
- Negishi: *The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control* *European Journal of International Law*, Volume 28, Issue 2, May 2017
- Negri *Sulla ratifica dei trattati in diritto internazionale* in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 29, No. 1 (Gennaio-Marzo 1962)
- Nollkaemper e Nijman: *New perspectives on the divide between national and international law*, Oxford, Oxford Scholarship Online, 2009
- Nollkaemper e van Alebeek: *Netherlands*
- Nollkaemper: *Rethinking the supremacy of international law* 2010
- Paccione: *il principio di non refoulement e la deterritorializzazione del controllo della frontiera marittima* 2014 All’indirizzo <http://www.diritto.it/docs/36717-il-principio-di-non-refoulement-e-ladeterritorializzazione-del-controllo-della-frontiera-marittima>
- Padula: *La Corte Costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’articolo 117, co.1, Cost.* *Federalismi.it* rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo
- Palchetti e Bonafè: *Relying on general principles in international law*
- Palombino: *Duelling for supremacy international law vs. national fundamental principles* Cambridge 2019
- Perry: *Two models of legal principles* Faculty Scholarship at Penn Law. 1152. 1997
- Petersen: *Germany*
- Philip Aus and G. Noite: *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence.* Oxford, Oxford Scholarship Online, 2016
- Pino: *I principi tra teoria della norma e teoria dell’argomentazione giuridica.* 2011

- Pino: *Il costituzionalismo dei diritti* il Mulino, Bologna, 2017
- Pinto de Albuquerque: *Life imprisonment and the european right to hope* in rivista AIC n. 2/2015
- Public International Law & Policy Group NL (PILPG): *The legality of life imprisonment: comparative analysis of international, european, and dutch law* 2016 al sito <https://pilpnjcm.nl/wp-content/uploads/2016/09/PILPG-NL-Life-Imprisonment-Comparative-Analysis-26.05.16.pdf>
- Pustorino: *Lezioni di diritti umani* Cacucci, Bari, 2019
- Raz: *Professor Dworkin's theory of rights* in Political Studies 1978 26 (1)
- Recchia: *Dal Bundesverfassungsgericht un altolà al legislatore tedesco sulle tecniche legislative adoperate per corredare di sanzione penale precetti fissati dal diritto derivato dell'unione europea* 2016 in diritto penale contemporaneo al sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/5069-dal-bundesverfassungsgericht-un-altola-al-legislatore-tedesco-sulle-tecniche-legislative-adoperate>
- Risoli: *Oltre il confine stabilito. Teoria e funzionamento dei "controlimiti"* Rivista telematica (www.statoechiense.it), n. 31 del 2017
- Rivier: *France*
- Ronzitti: *Introduzione al diritto internazionale* quinta edizione Giappichelli, Torino, 2016
- Ruggeri: *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")* in forumcostituzionale.it
- Salerno: *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della costituzione e della loro diversa natura* n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>
- Sciarabba: *Il ruolo della CEDU. Tra Corte Costituzionale giudici comuni e Corte Europea* Key, 2019
- Sericola: *Il principio di legalità penale e le incidenze del diritto sovranazionale nell'ordinamento penale interno* Salvis Juribus, 2018 al sito <http://www.salvisjuribus.it/il-principio-di-legalita-penale-e-le-incidenze-del-diritto-sovranoazionale-nellordinamento-penale-interno/>
- Sgroi: *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga* in diritto e questioni pubbliche n. 3 2003
- Shelton: *International legal law and domestic legal systems: Incorporation, Transformation and Persuasion* Oxford, Oxford Scholarship Online, 2012
- Sloss: *International law in Domestic courts* in *Handbook on the Politics of International Law* (Wayne Sandholtz & Christopher A. Whytock, eds., 2015). Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 20-15
- Smirnova: *Russia*
- Starzhenetskiy: *The Execution of ECtHR Judgements and the 'Right to Object' of the Russian Constitutional Court*
- Tzanakopoulos: *Domestic coirts in international law: the international judicial function of National Courts* *The International Judicial Function of National Courts* 2011 Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Vol. 34, pp. 133-168, 2011
- Tzanakopoulos: *Mapping the engagment of Domestic Courts with international law*

Vassalli: *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001

Viganò: *Ergastolo senza speranza di liberazione condizionale e art. 3 CEDU: (poche) luci e (molte) ombre in due recenti sentenze della corte di Strasburgo nota a corte EDU, sez. iv, Vinter e a. c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 66069/09; 130/10; 3896/10 e sez. iv, Harkins e Edwards c. Regno Unito, sent. 17 gennaio 2012, ric. n. 9146/07 e 32650/07 2012 in diritto penale contemporaneo al sito <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1341330921Vigano%20Harkins.pdf>*

Villani: *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in Studi sull’integrazione europea 2017, 505

von Bogdandy: *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law* International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Issue 3-4, July-October 2008, Pages 397–413, <https://doi.org/10.1093/icon/mon015>

Waibel: *Principles of Treaty Interpretation Developed for and Applied by National Courts?*

Zucca: *Constitutional dilemmas: Conflicts of fundamental legal rights in Europe and in the USA* Oxford: Oxford University Press, 2007

Giurisprudenza

2 BvR 1290/99

2 BvR 1481/04

BVerfG 2 BvL 1/15

BVerfGE 37, 271

BVerfGE 45, 187

BVerfGE 73,339

BVerfGE, 123, 267

C 106/77

C 148/78

C 6/64

C-402/05 P

C-415/05 P

Case T-315/01

Cass. Civile italiana Sez. Unite 22238/2009

Cass. Civile italiana Sez. Unite 3368/1972

Cassazione italiana, Sezioni Unite civili sentenza n. 5044/2004

Cassazione penale francese: 6-87.622

Cassazione penale italiana 40889/2017

Cassazione penale italiana 44193/2016
Cassazione penale italiana 48587/11
Cassazione penale italiana ordinanza 21767/2019
Cassazione penale italiana ordinanza 59/2018
Cassazione penale italiana, Sez. Unite 08544/2020
Cassazione penale italiana, Sezioni Unite 4284/2013
Cassazione penale italiana, Sezioni Unite penali 5.10.1994
Cassazione penale italiana: 54467/16
Cassazione penale spagnola: 327/2003
Cassazione penale spagnola: 712/2003
Causa C105/14
Causa C-42/17
Cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02
Cause riunite C-411/10 e C-493/10
Cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P
CEDU 1961: "*Lawless v. Ireland (No 3)*"
CEDU 1978: "*Tyers c. UK*"
CEDU 1989 "*Soering c. UK*"
CEDU 1996 "*Chahal c. UK*"
CEDU 1996: "*Ahmed c. Austria*"
CEDU 1997: "*H.L.R c. Francia*"
CEDU 2000: "*T.I c. UK*"
CEDU 2001: "*Al-Adsani c. UK*"
CEDU 2002: "*Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*"
CEDU 2008 "*Saadi c. Italia*"
CEDU 2008: "*Kafkaris c. Cipro*"
CEDU 2009: "*Scoppola c. Italia*"
CEDU 2010: "*Kononov c. Lituania*"
CEDU 2011: "*M.S.S c. Belgio e Grecia*"
CEDU 2012: "*Harkins e Edwards c. UK*"
CEDU 2012: "*Hirsi Jamaa e ALTRI c. Italia*"

CEDU 2013: “*Anchugov and Gladkov v. Russia*”

CEDU 2013: “*Vinter e altri c. UK*”

CEDU 2014: “*Grande Stevens e altri c. Italia*”

CEDU 2014: “*Jones e altri c. UK*”

CEDU 2014: “*Trabelsi c. Belgio*”

CEDU 2015: “*Contrada c. Italia*”

CEDU 2015: “*Vasiliauskas c. Lituania*”

CEDU 2016: “*Paposhvili c. Belgio*”

CEDU 2017: “*Hutchinson c. UK*”

CEDU 2019: “*Cordella e altri c. Italia*”

CEDU 2019: “*Drelingas c. Lituania*”

CEDU 2019: “*Viola c. Italia*”

CIG 1986 “*Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua*”
Nicaragua v. United States of America

CIG 1989: “*Case concerning elettronica sicula SPA*” USA vs. Italy

CIG 2001: “*Case concerning maritime delimitation and territorial questions between Qatar and Bahrain*” Qatar c. Bahrain

CIG 2006: “*Case concerning armed activities on the territory of the Congo*” new application 2002
Repubblica democratica del Congo c. Ruanda

CIG 2007: “*Case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*” Bosnia Erzegovina c. Serbia e Montenegro

CIG 2012: “*Jurisdictional immunities of State*” Germany vs. Italy

CIG; Parere consultivo 1951: “*Reservations to the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide*”

Consiglio di Stato greco 668/2012

Consiglio di Stato italiano: 05085/2017

Corte Costituzionale francese 98-408 1999

Corte Costituzionale italiana 1/2013

Corte Costituzionale italiana 113/2011

Corte Costituzionale italiana 1146/88

Corte Costituzionale italiana 170/1984

Corte Costituzionale italiana 183/1973

Corte Costituzionale italiana 204/1974

Corte Costituzionale italiana 230/2012
Corte Costituzionale italiana 230/2012
Corte Costituzionale italiana 238/2014
Corte Costituzionale italiana 253/2019
Corte Costituzionale italiana 264/1974
Corte Costituzionale italiana 348/2007
Corte Costituzionale italiana 349/2007
Corte Costituzionale italiana 357/1994
Corte Costituzionale italiana 49/2015
Corte Costituzionale italiana 67/90
Corte Costituzionale italiana 68/1995
Corte Costituzionale italiana 73/2001
Corte Costituzionale italiana ordinanza 24/2017
Corte Costituzionale russa 12-II/2016
Corte di Cassazione greca: 11/2000
Corte di Giustizia dell'Unione Europea 26/62
Corte permanente di Giustizia 1927: "*The case of SS. Lotus*"
Corte Suprema canadese 2002: "*Schreiber c. Canada*"
Corte Suprema canadese 2002: "*Suresh c. Canada*"
Corte Suprema di Israele 1962: "*A.G c. Adolf Eichmann*"
Corte Suprema indiana 1996: "*National Human Rights Commission v. State of Arunachal Pradesh and Another*"
Corte Suprema speciale greca: 6/2002
ECLI: Fr: Ccass: 2013: C100394 Première chambre civile
ECLI: NL: HR: 2009: BF3741
House of Lords 1991: "*R V. R*"
House of Lords 2000: "*Secretary of State for the home department v. Adan and others*"
House of Lords 2006: "*Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others*"
House of Lords 2008: "*R (on the application of Wellington) v Secretary of State for the Home Department*"
House of Lords 2010: "*Her Majesty's Treasury v Mohammed Jabar Ahmed and others*"

House of Lords Keyu vs. Secretary of State 2015

House of Lords Miller case 2017

House of Lords R. vs. Lyons and others 2002

ICSID *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic* 2011

ICTR: “*Prosecutor c. Akayesu*” 1998

ICTR: “*Prosecutor c. Gacumbitsi*” 2004

ICTR: “*Prosecutor c. Kayshema*” 1999

ICTR: “*Prosecutor c. Munyakazi*” 2011

ICTR: “*Prosecutor c. Musema*” 2000

ICTR: “*Prosecutor c. Ruggiu*” 2000

ICTR: “*Prosecutor c. Rutaganda*” 1999

ICTR: “*Prosecutor c. Semanza*” 2003

ICTR: “*The Prosecutor c. Kambanda*” 1998

ICTR: “*The Prosecutor c. Kayishema and Ruzindana*” 1999

ICTY: “*Prosecutor c. Brdanin*” 2004

ICTY: “*Prosecutor c. Jelacic*” 1999

ICTY: “*Prosecutor c. Kristic*” 2001

ICTY: “*Prosecutor c. Kristic*” 2004

ICTY: “*Prosecutor c. Popović e altri*” 2010

ICTY: “*Prosecutor c. Sikirica e altri*” judgement on defence motions to acquit 2001

QPC 2011-222

QPC: 2011-163

Scotland *High Court of Justiciary* 1989: “*Stallard v. H.M. Advocate*”

USA *Supreme Court* 1911: “*Standard oil. vs USA*”

USA *Supreme Court* 1993: “*Sale v. Haitian Centers Council Inc.*”

USA *Supreme Court* 2020: “*Hernandez e al. v. Mesa*”

RIASSUNTO

L'elaborato ha l'obiettivo di analizzare l'impatto dei principi generali di diritto internazionale negli ordinamenti interni degli Stati, nella forma della giurisprudenza delle Corti Supreme. La rilevanza dell'argomento si trova nella necessità che il diritto ha di adattarsi alle costanti evoluzioni della società, dovute soprattutto alla globalizzazione, ma non solo. I principi generali di diritto internazionale, essendo uno strumento molto flessibile, permettono alle Corti Supreme di intercettare una serie di nuovi interessi, come la tutela dei diritti umani su tutte, riuscendo ad evolvere, in questo modo, il diritto nazionale ed il diritto internazionale. Si è scelto di soffermarsi sulla giurisprudenza delle Corti Supreme sia perché, data la vaghezza della fonte dei principi internazionali, il ruolo degli interpreti è centrale nella definizione e delimitazione del contenuto di essi, anche perché i legislatori nazionali restano inerti rispetto alle nuove istanze proposte dal diritto internazionale, rendendosi necessario il ruolo dei giudici nel colmare il vuoto normativo lasciato da essi. I principi generali di diritto internazionale sono una fonte non scritta subordinata ai trattati e alle consuetudini internazionali. Essi sono riconosciuti come tali all'articolo 38 let. c dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia. La funzione dei principi internazionali è quella di colmare le lacune del diritto internazionale: si fa ricorso ai principi internazionali nel momento in cui i trattati o le consuetudini non hanno regolamentato un determinato aspetto del diritto internazionale. A dimostrazione di ciò, i principi internazionali possono essere fonte di casi inconsueti e di regole residuali di libertà. Per caso inconsueto si intende una fattispecie non ancora regolata dal diritto internazionale e, pertanto, si è parlato di consuetudine non "iscritta" nell'ordinamento internazionale stesso. Per regola residuale di libertà si intende, invece, un vuoto normativo lasciato, inconsapevolmente, per errore, dal diritto internazionale, che può essere colmato in un secondo momento dalla comunità internazionale attraverso, per esempio, il ricorso ai principi internazionali. Questa possibilità è stata lasciata aperta anche dalla Corte Permanente di Giustizia nel caso "*Lotus*" del 1927. Nel caso di specie, la Corte affermò che il principio della sovranità internazionale non fosse da considerarsi illimitato, lasciando aperta la possibilità di future restrizioni di esso. Un'altra importante notazione da fare sui principi internazionali è che essi, come tutti i principi, si distinguono dalle regole. Questa distinzione, nata dalla penna di Ronald Dworkin, ha effetti pratici molto seri e rilevanti, come si è visto nel caso della disputa tra Italia e Germania riguardo alle immunità degli Stati dalla giurisdizione.

Le regole, secondo una celebre formula, sono “*all or nothing*”, essendo complete nel testo normativo, mentre i principi, per loro natura, sono incompleti e richiedono di essere specificati meglio da eccezioni e altre norme. Il risultato di ciò è che quando una regola si scontra con un principio essa prevarrà sempre, dato che essa viene applicata cronologicamente prima rispetto al principio. La risoluzione dei conflitti fra principi, invece, si risolve attraverso la tecnica del bilanciamento, con la quale si valuta, caso per caso, a quale principio dare precedenza per risolvere la controversia. Ritornando all’analisi dei principi internazionali, va sottolineato come essi abbiano due diverse origini: essi possono nascere all’interno del sentire comune della comunità internazionale e, quando ciò succede, vengono definiti *foro internazionale*; essi possono nascere anche a partire dalle tradizioni o i principi fondamentali degli Stati, qualificandosi, in questo caso, come principi *foro domestico*. I principi, dunque, possono essere uno strumento molto importante per le Corti Supreme, che sono il secondo aspetto analizzato nel lavoro. Il ruolo dei giudici nazionali e delle Corti Supreme, più in particolare, è molto rilevante nello sviluppo e consolidamento del diritto internazionale, a maggior ragione dei principi, che richiedono un attento lavoro interpretativo delle Corti per il loro sviluppo e utilizzo a livello nazionale. Le Corti nazionali sono la sede in cui i cittadini “sfidano” l’operato dei Governi e degli organi politici in genere, nel caso di inerzia di essi, forti del fatto di essere garantiti da delle norme internazionali che li tutelano, ampliando la loro sfera dei diritti garantita a livello interno. Questa situazione è evidente soprattutto quando gli Stati entrano a far parte di un’organizzazione internazionale. Quando uno Stato entra a far parte di un’organizzazione internazionale, deve necessariamente cedere parte della sua sovranità, al fine di poter allinearsi con gli obblighi e i risultati imposti dall’organizzazione. Questo passaggio avviene attraverso le così dette “*inward looking norms*”, ossia norme che vincolano gli Stati a raggiungere un determinato fine. Attraverso queste norme, le Corti nazionali controllano l’operato dei Governi. Un esempio di ciò si può fare con riguardo al contesto dell’Unione Europea: per accedere a questa organizzazione, infatti, gli Stati Membri hanno ceduto parte della propria sovranità, obbligandosi, allo stesso tempo, a rispettare le norme dell’Unione al fine di perseguire determinati risultati. A partire dalla sentenza “*Van Gend*”, inoltre, le norme pattizie europee sono in grado di garantire agli individui diritti senza che sia necessario il tramite di una norma nazionale per ottenere ciò. Le Corti nazionali non hanno solo questa funzione, infatti esse concorrono allo sviluppo e al consolidamento del diritto internazionale. Questi due momenti, sviluppo (*law development*) e consolidamento (*law enforcement*) del diritto internazionale, non sarebbero possibili o, quantomeno, incontrerebbero molti più ostacoli senza il lavoro interpretativo dei giudici nazionali, che permette al diritto internazionale e, a maggior ragione ai principi internazionali, di essere applicato a livello nazionale, tutelando in maniera più completa gli individui.

A sostegno dell'affermazione di un ruolo centrale dei giudici nazionali per lo sviluppo e l'applicazione del diritto internazionale, in dottrina è stato sottolineato che, in forza della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, le Corti interne sono le prime a conoscere le controversie di diritto internazionale. Questa regola, elaborata dalla CIG nel caso "*Elettronica Sicula*", afferma che gli individui, prima di poter ricorrere alle giurisdizioni internazionali e sovranazionali, devono prima aver esperito tutte le vie ricorso interno idonee a garantire la tutela dei propri interessi giuridici. Soffermandosi più specificamente sulle sole Corti Supreme, esse svolgono molte funzioni rilevanti nell'interpretazione del diritto internazionale. La prima tra queste è a funzione nomofilattica delle Corti Supreme, per cui si intende la funzione di armonizzare l'interpretazione della giurisprudenza, detta diritto vivente, sull'applicazione delle norme controverse del diritto nazionale e internazionale. Esse, inoltre, essendo l'organo di ultima istanza degli ordinamenti nazionali, hanno il potere di correggere le decisioni dei giudici di merito, nel caso in cui esse non si conformassero al diritto internazionale. Un'altra specifica delle Corti Supreme è che esse, in alcune organizzazioni internazionali, come l'UE e la Comunità Andina, hanno l'obbligo di rinvio pregiudiziali alle Corti sovranazionali, in caso di un dubbio sull'interpretazione di una norma dell'organizzazione. Un'ultima notazione da fare sulle Corti Supreme è la tendenza di esse a prendere decisioni di natura anche politica, al fine di bilanciare il diritto internazionale con i principi fondamentali del diritto nazionale. Una decisione molto importante in questo senso fu presa dal Consiglio di Stato greco che convalidò il piano di ristrutturazione economica imposto dagli organi europei, anche se comportarono una grave lesione dei diritti sociali dei cittadini ellenici, in ragione della necessità di garantire la ripresa economica del paese. A partire da queste considerazioni si può introdurre un altro argomento centrale dell'elaborato, che, in un certo senso, costituisce la sintesi dei primi due. Ci si riferisce al bilanciamento, che consiste in un metodo di risoluzione delle antinomie. Questa tecnica, come già si accennava, è quella prediletta in caso di conflitti tra principi. Il bilanciamento è la sintesi tra principi internazionali e giurisprudenza delle Corti Supreme nel senso che i principi operano nel diritto nazionale grazie al lavoro dei giudici che, a loro volta, utilizzano i principi internazionali al fine di offrire agli individui una tutela più ampia e completa. Il lavoro delle Corti consiste nel bilanciamento dei principi internazionali con i principi fondamentali degli ordinamenti, in un'operazione che, come è facile ipotizzare, presenta non poche problematichità. Per capire meglio ciò è necessario soffermarsi sul contenuto dei principi fondamentali. Essi sono quell'insieme di valori, principi sui quali si regge l'ordinamento giuridico di uno Stato. Essi sono considerati inderogabili ed insopprimibili, tanto che anche una norma internazionale che vada in contrasto con questi sarà considerata illegittima e, pertanto, non verrà incorporata nell'ordinamento nazionale. In Italia, grazie al lavoro interpretativo della Corte Costituzionale, questi principi assumono la denominazione di principi supremi

dell'ordinamento giuridico e costituiscono un ostacolo insuperabile all'ingresso del diritto internazionale in Italia. Il bilanciamento dei principi internazionali con i principi fondamentali nazionali può avere risultati positivi e risultati negativi. Cominciando da questi ultimi, il risultato negativo per eccellenza è la teoria dei controlimiti. Per controlimiti si intende l'istituto attraverso il quale Corti nazionali, Supreme in genere, non danno applicazione ad una norma di diritto internazionale facendo valere la superiorità di un principio fondamentale interno, che verrebbe leso dalla norma internazionale in questione. Un caso pratico di attivazione dei controlimiti si è avuto con la sentenza 238 del 2014, con la quale la Corte Costituzionale italiana ha negato l'ingresso in Italia della sentenza della CIG del 2012 sulle immunità degli Stati dalla giurisdizione. Nel caso di specie, la Consulta affermò che la ricostruzione della CIG, ovvero dare prevalenza alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione, rispetto al principio dell'accesso alla giustizia delle vittime (e dei parenti di esse) di crimini internazionali ledeva l'articolo 24 (che contiene il diritto inviolabile di accesso alla giustizia) della Costituzione che la Corte qualificò come principio supremo dell'ordinamento italiano. Un caso simile si è avuto anche in Germania, con la saga "Solange". La questione riguardò l'ingresso del diritto dell'UE in Germania che la Corte Costituzionale, in un primo momento, subordinò ad un previo controllo di essa, data la scarsa tutela dei diritti umani del sistema europeo; successivamente, la Corte rivide la sua posizione, affermando che questo controllo preventivo non si rendeva più necessario, dato l'ampliamento delle garanzie per gli individui nel sistema europeo. Tra i risultati positivi, invece, si possono ricordare l'internazionalizzazione dei principi fondamentali nazionali, ossia i principi *foro domestico*; l'interpretazione conforme, che consiste, come affermato dalle Corti Costituzionali italiana e tedesca, di un parametro interpretativo, che obbliga il giudice a privilegiare, nel dubbio, un'interpretazione della legge conforme al diritto internazionale, salvo che questa non leda i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale; la disapplicazione, sviluppatasi nel contesto UE, che consiste nella mancata applicazione di una norma nazionale che vada in contrasto con una norma europea. Il presupposto necessario per poter avviare un'operazione di bilanciamento è che la norma internazionale sia entrata nell'ordinamento nazionale. Tradizionalmente, ogni Stato prevede regole diverse per l'ingresso del diritto internazionale nel proprio ordinamento. Una prima differenza si riscontra tra gli Stati a tradizione monista e gli Stati a tradizione dualista, detta anche pluralista. La teoria monista, di cui Kelsen è il maggiore esponente, sostiene che il diritto internazionale sia gerarchicamente superiore rispetto agli ordinamenti nazionali, con la conseguenza che, in caso di conflitto, le norme internazionali prevarranno sempre su quelle nazionali. La teoria dualista, invece, sostiene che il diritto sia costituito da una pluralità di ordinamenti (da cui la denominazione di teoria pluralista) che si pongono sullo stesso livello gerarchico. Il punto centrale di questa seconda teoria è la concezione che il diritto nazionale e internazionale agiscono in

diversi ambiti (*fields*), non scontrandosi mai tra loro. Quando si dovranno regolare fattispecie di diritto nazionale, si utilizzeranno le norme interne dello Stato, quando si dovranno regolare fattispecie internazionali, si farà ricorso alle norme internazionali. La conclusione raggiunta su queste teorie è che, nonostante i tentativi fatti per modernizzarle ed attualizzarle, esse ormai abbiano poco rilievo nella prassi, risultando sostanzialmente irrilevanti al fine dell'adattamento del diritto internazionale da parte degli ordinamenti nazionali. Per adattamento si intende come il diritto interno di un paese reagisce alle norme di diritto internazionale. Queste regole variano a seconda della singola fonte, motivo per il quale si è deciso di analizzare singolarmente l'adattamento ai trattati, ai trattati UE, alla CEDU ed alle consuetudini. Tradizionalmente, l'adattamento avveniva attraverso l'attuazione o la trasformazione del diritto internazionale: nel caso di attuazione, la norma internazionale viene recepita senza essere modificata; nel caso di implementazione, la norma internazionale viene recepita nel diritto interno attraverso la riscrittura di essa in una legge nazionale. Questa dicotomia è stata rivista in tempi moderni, ed oggi l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale si attua in due maniere: attraverso il procedimento ordinario o attraverso il procedimento speciale di adattamento. Con il procedimento ordinario la norma internazionale viene riscritta nel diritto nazionale attraverso una fonte interna; con quello speciale la norma nazionale rinvia semplicemente alla fonte internazionale. Con riguardo, poi, alle singole fonti internazionali, sono rintracciabili delle regole comuni per quanto riguarda il loro ingresso negli ordinamenti nazionali. Per i trattati vi sono due metodi di formazione di essi: il procedimento solenne ed il procedimento in forma semplificata. Il procedimento solenne si divide in varie fasi: la negoziazione, la firma e la ratifica del trattato. Il procedimento in forma semplificata, invece, prevede la firma di un accordo ed un successivo scambio di ratifiche. L'adattamento al diritto dell'Unione Europea è caratterizzato, attraverso i principi di primazia e diretta applicabilità delle fonti UE, dall'obbligo dei giudici degli Stati Membri di uniformarsi ad esse anche in assenza di una legge dello Stato di adattamento. L'adattamento alla CEDU è sicuramente il processo più problematico di adattamento, in quanto gli Stati fanno molta resistenza ad incorporare questa fonte nel proprio ordinamento, come dimostrato dalle teorie della *principled resistance* e della disobbedienza funzionale. Queste, in sintesi, comportano la mancata attuazione delle sentenze della CEDU se in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Con riguardo alle consuetudini, infine, esse entrano, generalmente, automaticamente negli ordinamenti nazionali, salvo che esse non contrastino con i principi fondamentali dell'ordinamento. Dopo aver fatto una panoramica delle singole fonti, ci si è soffermati sulla prassi italiana in materia e sulla prassi del Regno Unito, con riguardo ai trattati, della Germania, con riguardo al diritto UE, della Russia, con riguardo alle CEDU e della Francia, con riguardo alle consuetudini. Nel secondo capitolo si sono analizzati cinque singoli principi e diritti: il principio del non *refoulement*, il diritto

alla speranza, il principio di legalità, il divieto di genocidio e le immunità degli Stati dalla giurisdizione. Le norme in questione ben rientrano nell'idea alla base del lavoro, ossia quella di analizzare come delle singole norme possano cambiare, o anche essere contestate, dalle Corti Supreme interne in ragione di valori che vanno oltre la norma, ma che, attraverso le norme stesse ed il lavoro degli interpreti, trovano la loro realizzazione. Essi sono stati analizzati, nel secondo capitolo, nella loro disciplina a livello internazionale, mentre nel terzo capitolo si è inquadrata la giurisprudenza delle Corti Supreme al riguardo. Cominciando dal primo principio analizzato, il principio del non *refoulement*, respingimento, esso è definibile come il divieto, imposto agli Stati, di respingere un soggetto dal proprio territorio, se vi è il rischio di farlo giungere nel territorio di uno Stato in cui la vita o l'integrità psico-fisica di tale soggetto siano messe a repentaglio. Le fonti del principio sono molto numerose, a dimostrazione della crescente rilevanza del principio nell'ordinamento internazionale. Tra esse si ricordano: la Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951, all'articolo 33 par. 1, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumane o degradanti del 1984 che lo regola all'articolo 3 e la Carta di Nizza all'articolo 19 par. 2. Con riguardo al rango di questa norma nell'ordinamento internazionale, è indiscussa la sua natura di norma consuetudinaria, mentre alcuni dubbi sorgono sulla sua possibile qualificazione di norma inderogabile. La ricostruzione più convincente sembra essere quella che sostiene che la norma sia inderogabile quando è strumentale alla tutela di altre norme inderogabili, come il divieto di tortura. Sul punto vi sono molte sentenze della CEDU che confermano questa ricostruzione. Un aspetto molto problematico del principio riguarda la presunta extraterritorialità di esso, ossia la sua applicabilità al di fuori dei confini degli Stati parte della Convenzione sui rifugiati. Questo problema è emerso con l'avvento della cospicua immigrazione via mare degli ultimi anni, che ha portato alla diffusione della pratica delle intercettazioni. Un'intercettazione è l'atto con cui uno Stato ferma un'imbarcazione fuori dai propri confini nazionali con l'intento di rimandare i migranti intercettati nel loro paese di partenza. Questa prassi è stata definitivamente condannata dalla CEDU con la sentenza *Hirsi* del 2012. La seconda norma analizzata è il diritto alla speranza, per cui si intende il diritto dei condannati alla pena perpetua di avere la possibilità di tornare in libertà al verificarsi di determinate condizioni *de facto* e *de iure*. Tra le fonti in materia va ricordato l'articolo 110 dello Statuto della Corte Penale internazionale ed altre fonti di *soft law*, come la decisione quadro del Consiglio 2002/584 e alcune risoluzioni del Consiglio d'Europa, a partire dalla risoluzione n. 2 del 1976. Riguardo al rango della norma, essa sembrerebbe avere acquisito natura di consuetudine regionale nell'area del Consiglio d'Europa, grazie al lavoro della Corte EDU, che fa rientrare il diritto alla speranza sotto la protezione dell'articolo 3, norma inderogabile della Convenzione. Il *leading case* in materia è la sentenza *Kafkaris* del 2008, con la

quale la CEDU stabilì la necessità, per gli ordinamenti nazionali, di avere un meccanismo *de iure* o *de facto* idonei a garantire la revisione della pena per gli ergastolani. La seconda sentenza arrivò nel 2013. Con questa decisione, sentenza *Vinter*, la CEDU stabilì che, tra le varie garanzie aggiunte alla tutela dei condannati alla pena perpetua, la pena dell'ergastolo dovesse essere proporzionata all'offesa commessa dal reo. La terza sentenza, la *Matosatis* del 2016, stabilì che un meccanismo di revisione della pena fosse conforme ai parametri della Convenzione solo quando l'organo nazionale competente a farlo fosse stato un giudice, negando l'idoneità di rimedi come la grazia presidenziale a garantire la tutela dei diritti fondamentali degli ergastolani. Un'altra decisione importante fu la sentenza *Viola* del 2019, con la quale la Corte dichiarò che fosse illegittimo obbligare un ergastolano a collaborare con la giustizia al fine di ottenere dei permessi premio o altri benefici penitenziari. Il diritto, in base ad alcune decisioni della Corte, ha un carattere assoluto, in quanto deriva dal divieto, inderogabile, di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Come conseguenza dell'inderogabilità del diritto, la Corte EDU affermò anche l'extraterritorialità di esso, imponendo agli Stati membri della Convenzione di non estradare un soggetto a rischio di una pena all'ergastolo che non prevede un meccanismo di revisione della stessa conforme ai parametri dell'articolo 3, come emerge dalla sentenza *Horkins*. Il terzo principio analizzato è il principio di legalità, per cui si intende il principio secondo il quale nessuno possa essere condannato in base ad una legge che non era in vigore al momento della commissione del fatto. Lo stesso principio vale anche per le pene, dato che nessuno può essere condannato ad una pena che non era prevista, per quella condotta, prima che essa fosse realizzata. Da queste declinazioni del principio deriva il brocardo "*nullum crimen nulla poena sine lege*". Il principio, pur essendo nato dalle tradizioni degli Stati nazionali, origine che lo rende il principio *foro domestico* per antonomasia, ha avuto una cospicua legislazione anche a livello internazionale. Tra le fonti che incorporano il principio si ricordano: l'art. 11 par. 2 della Dichiarazione universale dei diritti umani; l'articolo 15 del Patto sui diritti civili e politici e l'articolo 22 dello Statuto delle Corte Penale Internazionale. Anche a livello regionale si prescrive il principio di legalità, come all'articolo 7 della CEDU. Il rango del principio è, senza ombra di dubbio, quello di norma di *jus cogens*, data la grandissima importanza che la norma assume nel diritto penale moderno. La funzione del principio è difendere l'individuo dai potenziali arbitri dei poteri dello Stato, in particolare del potere esecutivo, che potrebbe forzare il diritto penale per ragioni di opportunità politica. Per fare ciò, viene stabilito che solo il Parlamento, organo che comprende maggioranza e minoranza al suo interno, sia competente a legiferare in materia penale. Il principio di legalità si è sviluppato in due concezioni diverse: la concezione formale e la concezione sostanziale. Secondo la concezione formalistica il principio si deve applicare nel senso che per una condotta che non era prevista come reato nel momento in cui era stata commessa, l'autore non potrà esser condannato ad

una sanzione penale. La concezione sostanzialistica, al contrario, sostiene che, anche se un fatto non era previsto come reato al momento della sua realizzazione, l'autore di esso possa comunque essere punito per esso se, con quell'azione od omissione, egli abbia provocato un effetto dannoso nella comunità, che deve essere ristorato. Il principio di legalità, inoltre, viene completato da una serie di corollari, che danno effettività al principio stesso. La prima di queste garanzie strumentali al principio di legalità è la riserva di legge: per essa si intende che si possa essere puniti solo in forza di una norma incriminatrice adottata attraverso una legge. Allo stesso modo si può essere sanzionati solo con una pena che viene inflitta sulla base di una legge anch'essa preesistente alla commissione del fatto. Il secondo corollario è il principio della tassatività: per esso si intende che le fattispecie penali debbano essere indicate in maniera chiara all'interno della norma incriminatrice. Tale principio, per questo motivo, è detto anche principio della "sufficiente determinatezza". Il terzo corollario, probabilmente il più importante, è il principio dell'irretroattività della legge penale. Con esso si intende che le leggi penali possano avere effetto solamente per i fatti successivi alla loro emanazione e, pertanto, è posto il divieto di applicarle a fatti anteriori ad esse. L'ultimo corollario è il divieto di analogia, per cui si intende il divieto del giudice, in caso di una lacuna dell'ordinamento, di utilizzare gli effetti di una fattispecie simile per la fattispecie del caso concreto, che non è prevista nell'ordinamento. Attraverso il proprio lavoro interpretativo, inoltre, la CEDU ha introdotto altri due corollari: l'accessibilità e la prevedibilità della legge penale. Per accessibilità della legge penale si intende la capacità degli individui di poter venire a conoscenza dei precetti penali, ossia di sapere quali siano le condotte vietate e le pene assegnate ad esse. Per prevedibilità della legge penale si intende che gli effetti prodotti da un testo normativo devono, tendenzialmente, anticipabili dagli individui, che al compimento di una determinata azione si aspettano certe conseguenze. Il quarto principio analizzato è il divieto di genocidio per si intende l'impossibilità di distruggere, in tutto o in parte, un gruppo etnico, nazionale, religioso o razziale. La prima fonte a prevedere il divieto, ormai a pieno titolo rientrate tra i crimini internazionali, fu la Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, adottata nel 1948 attraverso una risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite. Il contenuto di questa è stato successivamente riprodotto dall'articolo 4 dello Statuto del Tribunale per l'ex Jugoslavia, dall'articolo 2 dello Statuto per il tribunale per il Ruanda e dall'articolo 6 dello Statuto di Roma. Per quanto concerne il rango della norma, esso è da considerarsi una norma imperativa del diritto internazionale, come affermato in più occasioni anche dalla CIG. Questa conclusione appare coerente con la gravità del crimine di genocidio, che ha portato la giurisprudenza e la dottrina a qualificarlo come "*crime of crimes*". La fattispecie del crimine è composta da vari elementi. Per configurare il crimine di genocidio, infatti, è necessario che il reo abbia il dolo specifico di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. Per identificare quale sia un gruppo protetto

vengono utilizzati due criteri, il criterio oggettivo ed il criterio soggettivo. Un gruppo protetto si individua attraverso un criterio oggettivo quando si desume la differenza tra esso e un altro gruppo attraverso parametri esterni, come un credo religioso o una caratteristica fisica. Il criterio soggettivo, invece, si basa sulla percezione che vittime e carnefici hanno di appartenere a differenti gruppi. I gruppi protetti sono i gruppi nazionali, etnici, razziali e religiosi. Per gruppo nazionale si intende un gruppo che condivide un medesimo legame giuridico, che si individua nella cittadinanza e nei diritti e doveri comuni. Un gruppo etnico è un gruppo i cui membri condividono la stessa lingua o cultura. Un gruppo razziale si definisce come un gruppo identificabile attraverso caratteri fisici ereditari simili o una comunanza di provenienza geografica. Un gruppo religioso, infine, è un gruppo che condivide in credo comune. Un altro elemento della fattispecie sono le condotte genocidarie che devono essere necessariamente accompagnate dall'intento di distruggere in tutto o in parte un gruppo protetto. Le categorie sono: l'uccisione di membri del gruppo; l'inflizione di lesioni gravi ai membri del gruppo, lesioni che possono essere sia fisiche che psichiche; l'imposizione, al gruppo, di condizioni di vita tali da portarlo, in tutto in parte, alla distruzione fisica; di impedire nuove nascite all'interno del gruppo; il trasferimento forzato di bambini del gruppo protetto. Affianco a queste condotte, gli strumenti internazionali individuano altre condotte correlate che possono facilitare la commissione di atti di genocidio. Queste condotte sono: la cospirazione di genocidio; il diretto e pubblico incitamento alla commissione di genocidio; il tentativo di commettere genocidio; la complicità in atti di genocidio. L'ultima norma analizzata è l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per cui si intende l'istituto per il quale uno Stato non può essere sottoposto alla giurisdizione di un altro Stato per gli atti da esso compiuti. La norma è un corollario del più ampio principio della sovranità degli Stati. Tra le fonti che prevedono la norma, si possono ricordare la Convenzione di New York del 2004 e la Convenzione di Basilea del 1972, oltre che il testo, seppur non vincolante ma con grande valore interpretativo, prodotto dalla Commissione per il diritto internazionale. Con riguardo al rango della norma, non vi sono grandi dubbi sulla collocazione di esse tra le norme consuetudinarie del diritto internazionale, anche se, alcuni dubbi esistono sull'esatta delimitazione del contenuto di questa consuetudine. La distinzione fondamentale da tenere a mente, con riguardo all'immunità degli Stati, è quella tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*. I primi, gli unici ad usufruire dell'immunità, sono gli atti commessi dagli organi dello Stato nell'esercizio di funzioni pubbliche, mentre i secondi sono gli atti commessi dagli organi dello Stato nell'esercizio di un atto di diritto privato. L'immunità per gli atti *iure imperii* viene considerata assoluta a livello internazionale ed agisce come una regola processuale. In conseguenza di ciò, non sarà possibile porre in essere alcuna operazione di bilanciamento, nemmeno quando vi sia una lesione di una norma cogente, durante un processo. Di questa visione formalistica della norma si appropriano la CIG e la CEDU. Nella sentenza del 2012,

che decise la controversia tra Italia e Germania, la CIG affermò che, anche al cospetto della commissione di gravi crimini internazionali commessi dai gerarchi nazisti sul suolo italiano, dovesse essere concessa l'immunità allo Stato tedesco, in quanto la regola dell'immunità si applicava cronologicamente prima rispetto alle norme cogenti, essendo questa una regola che, per sua natura, non può essere bilanciata con altre norme giuridiche. La medesima posizione fu presa anche dalla CEDU in varie occasioni. Nei casi discussi dalla Corte di Strasburgo, fu negato il bilanciamento tra la regola dell'immunità e la violazione di norme cogenti, come divieto di tortura e crimini internazionali, anche se in queste occasioni, a differenza di quanto fatto dalla CIG, il merito delle cause fu preso in considerazione, come dimostra l'applicazione dell'articolo 6 della Convenzione, che regola le norme sull'accesso alla giustizia e l'equo processo. Nel terzo ed ultimo capitolo si sono analizzate le stesse norme, ma sotto un'altra prospettiva, quella delle Corti Supreme. Esse, infatti, a differenza delle Corti internazionali e sovranazionali, devono bilanciare le norme internazionali con i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali, in un'operazione assai problematica. Con riguardo al principio del non respingimento, le Corti Supreme devono bilanciare la tutela dei diritti fondamentali dei rifugiati con la sicurezza pubblica dello Stato. La prima sentenza analizzata fu emanata dalla Corte Suprema indiana nel 1998 che stabilì che fosse illegittimo espellere dal territorio indiano la popolazione Chakmas, in quanto si sarebbero stati messi a rischio la vita e libertà personale di questi soggetti, che avevano, nel corso degli anni, stretto legami molto forti con l'India. La seconda pronuncia analizzata fu emessa dalla Corte Suprema canadese nel 2002. La Corte, nel caso di specie, dovette decidere se fosse legittimo estradare un soggetto appartenente ad un'organizzazione terroristica ma che, tuttavia, avrebbe rischiato di essere sottoposto a tortura nel paese di destinazione, lo Sri Lanka. La Corte decise di non concedere l'extradizione, in quanto considerò prevalente evitare il rischio di tortura, atto definito particolarmente ripugnante, rispetto alla tutela della sicurezza pubblica del Canada. La sentenza lasciò dei dubbi sul rango del non respingimento quando strumentale alla tutela di norme inderogabili, in quanto non affermò con decisione che in ogni caso non si potesse respingere un soggetto che rischiava di essere torturato nel paese di destinazione. La successiva sentenza analizzata è la famosa decisione "Sale" fu presa dalla Corte Suprema americana nel 1993. La sentenza fu molto criticata, in quanto, sostenendo che la Convenzione sui rifugiati non imponesse degli obblighi extraterritoriali agli Stati firmatari, convalidò le intercettazioni ed i rimpatri dei cittadini di Haiti da parte degli Stati Uniti, nonostante essi rischiarono di subire lesioni dei loro diritti fondamentali nel loro paese di origine. Nel 2000, la *House of Lords*, negò l'extradizione di soggetti che rischiavano di essere lesi nei loro diritti fondamentali da soggetti privati del paese di destinazione, confermando la tutela ampia accordata dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra. Il contesto dell'Unione Europea ha vissuto una grande evoluzione del principio di non respingimento, come

dimostrano due decisioni italiane molto garantiste dei diritti fondamentali dei rifugiati. La prima fu presa dalla Cassazione penale nel 2016 e negò l'extradizione di un soggetto che, nel paese di destinazione, la Turchia, avrebbe rischiato di subire una lesione del diritto a non essere processato due volte per lo stesso fatto (*ne bis in idem*). Il diritto in questione, essendo un diritto fondamentale dell'Unione Europea, fu considerato inderogabile, tanto da impedire alla Corte di estradare il ricorrente. La seconda decisione fu presa nel 2017 dal Consiglio di Stato che annullò un provvedimento di estradizione del ricorrente verso la Bulgaria, paese che, anche grazie ad un'analisi comparatistica della giurisprudenza delle Corti Supreme europee, fu dichiarato non sicuro. La seconda norma, il diritto alla speranza, nella giurisprudenza delle Corti Supreme, deve essere bilanciata con le esigenze di tutela generalpreventiva del diritto penale nazionale, in particolare con la funzione della pena perpetua, che mira punire i reati più gravi che mettono in pericolo la sicurezza dei consociati. La prima sentenza analizzata fu emessa dalla Corte Costituzionale tedesca nel 1977. La Corte, confermando la legittimità costituzionale della pena dell'ergastolo, affermò che, per garantire il fine rieducativo di essa, fosse necessario che la pena non sfociasse nell'imposizione di condizioni inumane e degradanti agli ergastolani e che il legislatore prevedesse un meccanismo legale che permettesse ad un giudice di valutare, dopo un periodo di tempo prestabilito, la sussistenza della pericolosità sociale del condannato. La seconda decisione analizzata fu presa dalla Cassazione penale olandese nel 2009. La Corte, non solo affermò che la pena perpetua fosse compatibile con l'articolo 3 della CEDU, ma affermò anche che l'ordinamento penitenziario olandese, pur non prevedendo un meccanismo giurisdizionale di revisione della pena, offrisse agli ergastolani la speranza di essere liberati. La terza decisione fu presa dalla *House of Lords* nel 2008 che, da una parte dichiarò che la pena dell'ergastolo doveva essere proporzionata al reato commesso, dall'altra affermò che la protezione accordata dall'articolo 3 della CEDU fosse minore nel caso di estradizione rispetto alle fattispecie di diritto interno, permettendo l'extradizione di un soggetto che rischiava la condanna all'ergastolo in un paese che non rispettava gli *standard* della Convenzione. L'analisi si è poi rivolta alla disciplina italiana della pena perpetua, molto problematica e travagliata. La disciplina più contestata ed oggetto di varie sentenze di censura costituzionale, fu quella dell'ergastolo ostativo, cioè quell'ergastolo che precludeva ai condannati la possibilità di liberazione se essi non avessero voluto collaborare con la giustizia, al fine di perseguire i crimini in cui essi avevano avuto parte. La disciplina fu dichiarata incostituzionale nel 2019, a seguito della sentenza di condanna della CEDU per l'Italia per la stessa norma. La Consulta decise di espungere l'ergastolo ostativo dall'ordinamento italiano, in quanto esso si poneva in contrasto con l'articolo 27 della Costituzione, che impone che le pene perseguano la rieducazione dei condannati, dato che, in caso di mancata collaborazione, il giudice non avrebbe potuto valutare il percorso rieducativo del condannato e con l'articolo 3, dato

che questi condannati erano trattati in maniera più severa rispetto agli altri carcerati in maniera ritenuta irragionevole. La disciplina, inoltre, fu ritenuta lesiva della dignità umana dei condannati. Il terzo principio è il principio di legalità, che, nella giurisprudenza delle Corti Supreme, incontra l'ostacolo della differente visione che le Corti nazionali e quelle internazionali e sovranazionali hanno di esso, creando parecchi scontri tra le Corti. Si è analizzata, per prima, la giurisprudenza dei paesi che accolgono una concezione sostanziale del principio, come il Regno Unito, in cui il reato di stupro fu allargato anche alla violenza commessa dal coniuge nei confronti del proprio *partner* per via giurisprudenziale, grazie al lavoro creativo delle Corti Supreme. Si è poi passati all'analisi della giurisprudenza dei paesi che accolgono la concezione formale del principio. Il primo paese studiato è stato la Francia, attraverso due sentenze del *Conseil Constitutionnel* del 2010 e 2011, che dichiararono illegittime due norme incriminatrici non abbastanza chiare e determinate nella loro formulazione. Si è poi analizzato un caso della Corte Costituzionale tedesca del 2015, che dichiarò illegittima una norma di recepimento del diritto dell'UE, in quanto il legislatore, nella sua formulazione, conferì ai Ministri dei *Länder* il potere di individuare i comportamenti illeciti, violando, così, il principio di separazione dei poteri. L'ultimo paese studiato è stato l'Italia, in particolare si sono analizzate delle pronunce che hanno visto questo paese scontrarsi con i giudici europei riguardo alla correttezza delimitazione e applicazione del principio di legalità. Il primo provvedimento analizzato è stata l'ordinanza di rimessione della Corte Costituzionale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con al quale i giudici italiani chiesero chiarimenti sulla disapplicazione delle norme sulla prescrizione al fine di avere un'efficace riscossione dell'IVA. La Corte, in particolare, affermando che la prescrizione in Italia avesse natura sostanziale e, che, quindi, rientrasse nella tutela dell'articolo 25 della Costituzione, chiese ai giudici europei di rivedere la propria decisione, richiesta che fu accolta. Nella seconda decisione analizzata, la Consulta fu chiamata ad esprimersi sul possibile inserimento di un caso di revoca di un giudicato penale di condanna nel caso di un mutamento di orientamento della giurisprudenza delle Sezioni Unite che avessero depenalizzato il reato per cui un soggetto era stato condannato. Tale mancanza, secondo il giudice rimettente, avrebbe costituito una violazione dell'articolo 7 della CEDU, che parifica il diritto vivente alla legge formale. La Corte rigettò la richiesta, affermando che l'Italia, a differenza della CEDU, accoglie la concezione formale del principio di legalità, che non qualifica il diritto giurisprudenziale come fonte del diritto penale. La questione fu ripresa anche dalle Sezioni Unite penali. La situazione alla base della decisione è piuttosto complessa: l'Italia, nel 2015, fu condannata dalla CEDU, con la sentenza *Contrada*, in quanto il signor Contrada era stato condannato per il reato di concorso esterno in associazione che, a dire della Corte EDU, era stato creato dalla giurisprudenza italiana solo a partire dal 1994, mentre i fatti contestati a Contrada furono commessi prima di quella

data. Le Sezioni Unite non estesero gli effetti della sentenza della CEDU per i fratelli minori, ossia per gli altri condannati sulle stesse basi di Contrada, affermando che la sentenza della CEDU ebbe una lettura sbagliata del principio di legalità italiano, che non può concepire la creazione di un reato in via pretoria. Il quarto principio è il divieto di genocidio che le Corti Supreme discutono riguardo alla giurisdizione di esse sul crimine e alla corretta delimitazione degli elementi della fattispecie. La prima sentenza analizzata è stata quella della Corte Suprema di Israele che, nel 1962, condannò Eichmann a morte. Alla base di questa decisione, la Corte Suprema sottolineò la gravità degli atti commessi dal gerarca nazista, preso come capro espiatorio per punire tutto il Nazismo, tra cui segnalate l'imposizione di condizioni di vita, nei confronti degli Ebrei, idonee a provocare la distruzione fisica di essi, l'inflizione di gravi lesioni fisiche e psichiche e, infine, gli furono imputate misure volte a prevenire le nascite. Le difese dell'imputato furono tutte respinte, come la violazione del principio di legalità che, secondo i giudici, non costituiva ancora una norma consuetudinaria dell'ordinamento internazionale. Le successive sentenze analizzate furono due sentenze della Corte Suprema spagnola, che delimitarono i confini della giurisdizione, che permette alle Corti di giudicare un soggetto straniero per crimini commessi fuori dal territorio nazionale contro vittime straniere. I requisiti per attivare questo criterio residuale furono individuati dai giudici iberici nell'inerzia dei giudici competenti e nella gravità dei reati che, nel caso del crimine di genocidio, è particolarmente elevata. Si è, poi, passati all'analisi di una decisione delle Corte Costituzionale tedesca, che, oltre a confermare quanto detto dai giudici spagnoli sulla giurisdizione penale universale, si concentrò su alcuni elementi della fattispecie del crimine. Tra questi confermò l'idoneità dell'intento di distruzione psichica del gruppo ad integrare il crimine di genocidio, oltre che l'intento di distruzione parziale di esso. La cassazione penale francese, invece, disse che anche atti a direzione e organizzazione di attività genocidarie potesse comportare una responsabilità per il crimine di genocidio. Da ultimo, è stata analizzata la saga dei partigiani lituani. Se, in un primo momento, la Corte Suprema lituana, con l'avallo della Corte Costituzionale, condannò degli individui per genocidio politico, applicando retroattivamente le norme penale nazionali, successivamente, a seguito della condanna della CEDU nei confronti del paese baltico, venne mutata la giurisprudenza della Corte Suprema, che inquadrò, in aderenza con i canoni della Convenzione, i partigiani lituani come gruppo nazionale, rendendo legittima la condanna per i carnefici di essi. L'ultima norma analizzata è l'immunità dalla giurisdizione degli Stati. Ci sono due linee di pensiero al riguardo nella giurisprudenza delle Corti Supreme: la prima segue l'indirizzo più formalistico della norma, l'altra la bilancia con le altre norme del diritto internazionale. La Corte Suprema polacca, ad esempio, si distingue per l'accoglimento della concezione della norma come regola, applicata prima di poter fare considerazioni di merito sulla fattispecie. La *House of Lords*, sempre orientandosi su una concezione formalistica dell'istituto,

accoglie la concezione CEDU di esso, non negando in astratto il diritto all'accesso alla giustizia delle vittime. Su una posizione intermedia si pongono Canada e Grecia. La Corte Suprema canadese, infatti, in base alle proprie leggi nazionali, affermò che l'immunità non fosse illimitata, a prescindere dalla natura degli atti commessi dagli organi degli Stati. Le Corti Supreme greche, invece, presero due posizioni diverse a distanza di pochi. Nella prima sentenza, i giudici ellenici condannarono la Germania per i gravi crimini commessi nella cittadina di Distomo, negando, così, l'immunità dello Stato per atti istituzionali. Questa posizione mutò a seguito della condanna della CEDU nei confronti della Grecia, dato che la Corte sovranazionale, come si è visto, si pone in antitesi con la negazione dell'immunità. La Corte Suprema speciale greca, dunque, concesse l'immunità alla Germania in un'altra fattispecie simile. Si è, infine, analizzata la giurisprudenza italiana che si pone in netto contrasto con la concezione formale dell'immunità. Nel 2004, la Cassazione negò l'immunità alla Germania per i crimini commessi in Italia, sostenendo che l'immunità, derivando dal principio di sovranità degli Stati, fosse essa stessa un principio, da bilanciare con le norme cogenti, che prevalsero in quel giudizio. Tale risultato fu confermato nel 2014 con la famosa sentenza 238 della Consulta. I giudici arrivarono alla stessa conclusione affermando, questa volta, che concedere l'immunità alla Germania significherebbe violare l'articolo 24 della Costituzione che, in quanto principio supremo, non è possibile in ogni caso derogare. La conclusione raggiunta nell'elaborato è che i principi generali di diritto internazionale sono e saranno uno strumento necessario per far evolvere il diritto internazionale e gli ordinamenti nazionali in armonia, con il fine ultimo di adattarsi alle inevitabili evoluzioni della società e di garantire in maniera sempre più adeguata i diritti fondamentali degli individui.