sprudenza di questa Corte in cui è stato affermato che «la legge 648/55, provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo primo della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'articolo Costituzione, rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa»: con la precisazione che la giurisprudenza di legittimità «ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma patizia dotata di immediata precettività nel caso concreto» (Cassazione, Sez. un. civili, 28507/05) (§ 4).

Passando alle sentenze della Corte europea, la Corte di cassazione ha sottolineato che la Corte è stata istituita con l'art. 19 della Convenzione, il cui art. 46 a sua volta sancisce l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte», e che «la forza vincolante delle sentenze della Corte europea e l'effettività della loro esecuzione sono state accresciute a seguito della modifica del citato articolo 46 conseguente all'approvazione del Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004», che peraltro allora non era, né tuttora è, entrato in vigore¹⁴. D'altro canto, sia la l. 9 gennaio 2006 n. 12, sia il d.P.R. 28 novembre 2005 n. 289, secondo la Corte confermano «l'indirizzo dell'ordinamento italiano di recepire le decisioni della Corte di Strasburgo e di uniformarsi alle stesse» (§ 5).

Ciò detto, la Corte ha precisato che «le sentenze della Corte che dichiarano l'intervenuta violazione delle disposizioni della Convenzione... sono direttamente produttive di diritti ed obblighi nei confronti delle parti, vale a dire sia rispetto allo Stato, che è tenuto a conformarsi al *dictum* della stessa Corte e ad eliminare tempestivamente le conseguenze pregiudizievoli della verificata violazione, sia rispetto al cittadino, al quale non può negarsi il diritto alla riparazione, nella forma pecuniaria ovvero nella forma specifica della *restitutio in integrum* mediante la rinnovazione del giudizio diretta a ristabilire il diritto del richiedente ad un *procès équitable*». Del resto «che nel caso Dorigo l'unica forma di riparazione sia stata prevista nella rinnovazione di un processo equo risulta non solo dalla decisione della Corte in data 9.9.1998 [rectius, dal rapporto della Commissione europea del 9 settembre 1998 in quanto adottato il 15 aprile 1999 dal Comitato dei ministri con la risoluzione DH (99) 258] ma anche dalle numerose *resolutions interinaires* del Comitato dei Ministri, nonché dai rapporti, dalle raccomandazioni e dalle risoluzioni dell'Assemblea Parlamentare, con le quali è stata denunciata la protratta inadempienza dell'Italia all'obbligo di provvedere a «la réouverture de la procédure incriminée», per la ragione che questa «reste le meilleur moyen d'assurer la restituito in integrum dans cette affaire» (§ 5).

Ne deriva, secondo la Corte, che «il giudice italiano è tenuto a conformarsi alle sentenze pronunciate dalla stessa Corte e, per conseguenza, deve riconoscere il diritto al nuovo processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione, attraverso il riesame o la apertura del procedimento penale, l'intangibilità del giudicato (Cassazione, Sezione prima, 32678/06, *Somogyi*)». Ad avviso della Corte «se è innegabile che gli

¹⁴ Al 30 giugno 2008 il Protocollo n. 14, che entrerà in vigore al deposito della ratifica di tutti gli attuali 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, è stato ratificato da 46 Stati membri ma non dalla Federazione russa.

effetti della sentenza della Corte hanno una incidenza non limitata alla sfera sovranazionale, ma sono costitutivi di diritti e di obblighi operanti anche all'interno dell'ordinamento nazionale, è consequenziale riconoscere che il diritto alla rinnovazione del giudizio, sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo» (§ 6).

In conclusione, «la prolungata inerzia dell'Italia corrisponde alla trasgressione dell'obbligo previsto dall'articolo 46 della Convenzione di conformarsi alla sentenza definitiva della Corte europea e, quindi, costituisce una condotta dello Stato italiano qualificabile come «flagrante diniego di giustizia» (*déni de justice flagrant*)» di fronte al quale l'ordinanza della Corte d'assise di Udine «ha finito per capovolgere diametralmente l'esatta prospettiva interpretativa col disconoscere la precettività delle norme della Convenzione e la forza vincolante della decisione della Corte per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (§ 7).

3. Tribunali penali per i crimini commessi nella ex Jugoslavia

311. *Decisione della Camera d'appello del Tribunale per i crimini commessi nella ex Jugoslavia sulla mozione della difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione del 2 ottobre 1995 nel caso Tadić.*

Dusko Tadić¹⁵, il 23 giugno 1995, aveva presentato alla Camera di prima istanza del Tribunale penale per la ex Jugoslavia una mozione preliminare contestando la legittimità del Tribunale, al fine di far dichiarare lo stesso incompetente a pronunciarsi. Con decisione del 10 agosto 1995, la Camera di prima istanza aveva respinto la mozione, e Tadić era allora ricorso in appello¹⁶.

Nella sua decisione del 2 ottobre 1995, la Camera d'appello ha subito chiarito che «una nozione ristretta di giurisdizione può, forse, giustificarsi in un contesto nazionale ma non nel diritto internazionale» dal momento che quest'ultimo, mancando «di una struttura centralizzata», non «prevede un sistema giudiziario integrato che operi un'ordinata divisione del lavoro tra diversi tribunali» ovvero un sistema in cui «alcuni aspetti o componenti della giurisdizione intesa come un potere potrebbero essere centralizzati o conferiti ad uno di essi ma non ad altri». Invero, «nel diritto internazionale, ogni tribunale è un sistema auto-sufficiente [*a self-contained system*]» a meno che non sia previsto diversamente. Naturalmente, a giudizio della Camera d'appello, «lo strumento istitutivo di un Tribunale internazionale può limitare qualcuno dei suoi poteri giurisdizionali», ma solo «nella misura in cui tale limitazione non metta in pericolo il suo «carattere giudiziario»; in ogni caso, «queste limitazioni non possono... presumersi», né «possono dedursi dalla stessa nozione di giurisdizione». In breve, «se il Tribunale internazionale non fosse stato validamente istituito, sarebbe privo del potere legittimo di decidere nel tempo o nello spazio o su qualsiasi persona o materia». «La difesa basata sull'invalidità

¹⁵ *Supra*, §§ 49, 256 e 296.

¹⁶ In <http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm> (RDI, 1995, pp. 1019-1081).

Legittimità dell'istituzione del Tribunale transitorio del C. d. S.
- principio
Kompetenz-
Kompetenz
- "political
question"

dell'istituzione del Tribunale internazionale», secondo la Camera d'appello, «va proprio all'essenza della giurisdizione come potere di esercitare la funzione giudiziaria entro qualsiasi ambito», anzi «è più radicale» nel senso che «va oltre e assorbe tutti gli altri argomenti riguardanti l'ambito della giurisdizione» (§§ 11-12). Ciò premesso, la Camera d'appello si è soffermata a valutare gli argomenti sostenuti dal pubblico ministero dinanzi alla Camera di prima istanza, e da questa accolti, secondo i quali «il Tribunale internazionale è privo del potere di valutare la sua istituzione da parte del Consiglio di sicurezza», oltre al fatto che «la questione se il Consiglio di sicurezza, istituendo il Tribunale internazionale, si sia conformato alla Carta delle Nazioni Unite solleva "questioni politiche"» che in quanto tali sono «"non giustiziabili"» (§ 13). La Camera d'appello ha respinto il primo argomento, affermando che «il Tribunale internazionale ha la giurisdizione per esaminare l'argomento contro la sua giurisdizione fondato sull'invalidità della sua istituzione da parte del Consiglio di sicurezza» (§ 22). Questo potere, «noto come il principio della "Kompetenz-Kompetenz" in tedesco o "la compétence de la compétence" in francese», ad opinione della Camera d'appello, «è parte, e in effetti costituisce la principale parte, della giurisdizione incidentale o intrinseca di qualsiasi tribunale giudiziario o arbitrale» e consiste proprio «"nella sua giurisdizione di stabilire la sua giurisdizione"». Detta competenza costituisce «una componente necessaria nell'esercizio della funzione giudiziaria» e «non ha bisogno di essere espressamente prevista nei documenti istitutivi di tali tribunali, benché ciò spesso avvenga». Secondo la Camera d'appello, se è vero «che tale potere può essere limitato mediante una disposizione espressa nell'accordo arbitrale o negli strumenti istitutivi di tribunali permanenti, benché la seconda possibilità sia controversa» soprattutto «quando il limite rischia di minare il carattere giudiziario o l'indipendenza del Tribunale»; è vero anche che «siffatto limite, nella misura in cui è ammissibile, non possa essere ricavato in mancanza di un'espressa disposizione» che «consenta la rinuncia o la limitazione di un così ben fondato principio del diritto internazionale generale». Tenuto conto che «nello Statuto del Tribunale internazionale non compare nessun testo limitativo del genere», il Tribunale «può e invero deve esercitare la sua "compétence de la compétence"» ed esaminare quindi «l'argomento giurisdizionale della difesa, al fine di accertare la sua giurisdizione ad esaminare il caso nel merito». Sul punto, la Camera d'appello ha precisato che «non è in questione, naturalmente, il fatto che il Tribunale internazionale agisca come tribunale costituzionale», in grado «di sindacare gli atti degli altri organi delle Nazioni Unite, in particolare quelli del Consiglio di sicurezza, il proprio "creatore"». Esso infatti «non è stato stabilito a questo scopo», come risulta «chiaro dalla definizione dell'ambito della sua giurisdizione "primaria" o "sostanziale" negli articoli da 1 a 5 del suo Statuto» (§§ 18-19). D'altro canto, «quanto maggiore è la discrezionalità del Consiglio di sicurezza ai sensi della Carta delle Nazioni Unite», tanto minore «è l'ambito che il Tribunale internazionale ha per sindacare le sue azioni, anche come questioni di giurisdizione incidentale». Ovviamente, «ciò non significa che il potere scompare del tutto, soprattutto nei casi in cui potrebbe esservi una contraddizione manifesta con i Principi e gli Scopi della Carta» (§ 21).

2) Riguardo al secondo argomento, ossia se «la questione in esame sia politica e come tale non giustiziabile», la Camera d'appello ha rilevato che «le dottrine delle "questioni politiche" e delle "controversie non giustiziabili" sono residui delle riserve di "sovranità", "onore nazionale", ecc. nei trattati di arbitrato molto antichi». Tali dottrine, «han-

no receduto dall'orizzonte del diritto internazionale contemporaneo», salvo «l'eccezionale invocazione dell'argomento relativo alla "questione politica" dinanzi alla Corte internazionale di giustizia in procedimenti consultivi e, molto raramente, anche in procedimenti contenziosi». La Corte internazionale di giustizia ha però «coerentemente respinto tale argomento come un ostacolo all'esame del caso» considerandolo «giuridicamente infondato». Dal canto suo, la Camera d'appello ha ritenuto che «al Tribunale internazionale non sia precluso l'esame dell'argomento giurisdizionale della difesa in base alla cosiddetta natura "politica" o "non giustiziabile" della questione da esso sollevata» (§§ 24-25).

La Camera d'appello ha poi esaminato i «molti argomenti... avanzati dall'Appellante a sostegno della sua opinione» secondo cui «l'istituzione del Tribunale internazionale sarebbe invalida ai sensi della Carta delle Nazioni Unite» o esso «non sarebbe stato debitamente stabilito con legge», rilevando che tali argomenti «sollevano una serie di questioni costituzionali che vertono attorno ai limiti dei poteri del Consiglio di sicurezza ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite» e che «determinano quale azione o quali misure possano essere prese a termini di tale Capitolo, in particolare l'istituzione di un Tribunale penale internazionale». Secondo la Camera d'appello, «poste in forma interrogativa», tali questioni «possono essere formulate come segue: 1) «sussisteva realmente una minaccia alla pace che giustificasse l'invocazione del Capitolo VII come base giuridica per l'istituzione del Tribunale internazionale?»; 2) «ammesso che tale minaccia sussistesse, il Consiglio di sicurezza era autorizzato, per ripristinare o mantenere la pace, a prendere misure a sua discrezione», oppure «era tenuto a scegliere tra i poteri espressamente previsti negli articoli 41 e 42 (e se del caso anche l'articolo 40)?»; 3) nel secondo caso, come può essere giustificata l'istituzione di un Tribunale penale internazionale», giacché «non figura tra» i poteri menzionati «in tali articoli ed è di diversa natura?» (§ 26). Per quanto concerne il potere del Consiglio di sicurezza di invocare il Capitolo VII della Carta, la Camera d'appello ha ricordato che «l'articolo 39 apre il Capitolo VII e stabilisce le condizioni di applicazione» dello stesso. Dal testo dell'art. 39, «è chiaro», a giudizio della Camera d'appello, che «il Consiglio di sicurezza svolge un ruolo direttivo ed esercita una discrezionalità molto ampia ai sensi di tale articolo» senza che ciò «significhi che i suoi poteri sono illimitati». Il Consiglio di sicurezza, essendo «un organo di un'organizzazione internazionale, istituita da un trattato operante come quadro costituzionale dell'organizzazione», è infatti «soggetto ad alcuni limiti costituzionali». Inoltre, i suoi poteri «non possono, in ogni caso, andare al di là dei limiti della giurisdizione dell'Organizzazione nel suo complesso», per non menzionare «altri specifici limiti o quelli che possono derivare dalla divisione di potere interna nell'ambito dell'Organizzazione», e comunque «né il testo né lo spirito della Carta concepiscono il Consiglio di sicurezza come *legibus solutus* (svincolato dal diritto)» (§ 28). La Camera d'appello ha quindi evidenziato che «una volta stabilito che una particolare situazione pone una minaccia alla pace o che esiste una violazione della pace o un atto di aggressione», il Consiglio di sicurezza «gode di un ampio margine di discrezionalità» anche «nella scelta dell'azione da intraprendere» (§ 31). Ma, ancora una volta, come rilevato dalla Camera d'appello, «tale discrezionalità non è illimitata», essendo «comunque limitata alle misure previste dagli articoli 41 e 42» della Carta. Proprio tale argomento «è stato utilizzato come base dell'opinione dell'Appellante circa l'invalidità dell'istituzione del Tribunale internazionale». Per la precisione, l'Appellante ha sostenuto, in primo

luogo, che «l'istituzione di un tale Tribunale non è mai stata contemplata dai redattori della Carta alla stregua di una delle misure da adottare ai sensi del Capitolo VII» e che in tal senso depono «il fatto che essa non figura da nessuna parte nelle disposizioni di tale Capitolo, e più in particolare negli articoli 41 e 42 che specificano queste misure». In secondo luogo, l'Appellante ha affermato che «il Consiglio di sicurezza è, costituzionalmente o intrinsecamente, incapace di istituire un organo giudiziario» dal momento che esso «è stato concepito nella Carta come un organo esecutivo, non dotato quindi di poteri giudiziari che possano venire esercitati attraverso un organo sussidiario». In terzo luogo, ad avviso dell'Appellante, «l'istituzione del Tribunale internazionale non ha promosso, né era in grado di promuovere, la pace internazionale, come dimostrato dall'attuale situazione nell'ex Jugoslavia» (§ 32).

La Camera d'appello ha respinto il primo argomento, rilevando che «l'istituzione del Tribunale internazionale ricade esattamente nei poteri del Consiglio di sicurezza ai sensi dell'articolo 41 della Carta» (§ 36). A giudizio della Camera d'appello, infatti, era da escludere che «il Tribunale internazionale fosse una misura ai sensi dell'articolo 42» essendo «queste misure di natura militare, impicanti l'uso della forza armata». Il Tribunale internazionale inoltre non poteva essere considerato «una "misura provvisoria" ai sensi dell'articolo 40» giacché «queste misure, come indica la loro denominazione, sono intese ad operare come "operazione difensiva"», volta a produrre «un effetto di "arresto" o di "raffreddamento senza pregiudizio per i diritti, le pretese o la posizione delle parti interessate" (Carta delle Nazioni Unite, art. 40)». Peraltro, «queste misure provvisorie sono soggette al limite dell'articolo 2, paragrafo 7, della Carta», e la questione «del loro carattere obbligatorio o raccomandatorio è molto controversa» (§ 33). Dunque, ad opinione della Camera d'appello, «prima facie, il Tribunale internazionale corrisponde perfettamente alla descrizione di cui all'articolo 41 delle "misure non impicanti l'uso della forza"». A riguardo, la Camera d'appello ha precisato che «le misure indicate nell'articolo 41 costituiscono semplicemente degli esempi illustrativi che non escludono ovviamente altre misure», richiedendo il suddetto articolo soltanto che «non implichino "l'uso della forza"». A ciò la Camera d'appello ha aggiunto che «nulla nell'articolo indica che le misure siano limitate a quelle attuate dagli Stati», prescrivendo lo stesso «soltanto ciò che queste misure non possono essere». Per di più, ad opinione della Camera d'appello, «persino una semplice analisi letterale dell'articolo mostra che la prima frase della prima proposizione» del medesimo «contiene una prescrizione molto generale la quale può adattarsi ad un'azione sia istituzionale che degli Stati membri»; mentre «la seconda frase» dello stesso articolo «può essere letta come riferita in particolare ad una specie di questa assai ampia categoria di misure di cui alla prima frase, ma non necessariamente all'unica, cioè alle misure prese direttamente dagli Stati». Logicamente, «se può adottare misure che devono essere attuate attraverso l'intermediazione dei suoi Membri», l'ONU «a fortiori può anche prendere misure che può attuare direttamente attraverso i propri organi» qualora «disponga delle risorse per farlo». Invero, «è soltanto per mancanza di tali risorse che le Nazioni Unite sono costrette ad agire attraverso i propri Membri», e «l'azione degli Stati membri per conto dell'Organizzazione non è che un povero sostituto *faute de mieux*, o un "second best" in mancanza del primo» (§§ 34-36). La Camera d'appello ha respinto anche il secondo argomento addotto dall'Appellante, affermando che esso «discende da un errore di comprensione fondamentale del quadro costituzionale della Carta». A giudizio della Camera d'appello in-

fatti «l'istituzione di un Tribunale internazionale da parte del Consiglio di sicurezza non significa... che il Consiglio di sicurezza abbia ad esso delegato alcune delle sue funzioni o l'esercizio di alcuni dei suoi poteri», né tanto meno «significa... che il Consiglio di sicurezza usurpi parte di una funzione giudiziaria che non gli appartiene», e che invece «secondo la Carta, appartiene ad altri organi delle Nazioni Unite». Più semplicemente, «il Consiglio di sicurezza è ricorso all'istituzione di un organo giudiziario nella forma di un tribunale penale internazionale come uno strumento per l'esercizio della sua funzione principale di mantenimento della pace e della sicurezza», cioè «come una misura che contribuisca al ristabilimento e al mantenimento della pace nell'ex Jugoslavia». Del resto, «l'Assemblea generale» delle Nazioni Unite «non aveva bisogno di essere dotata di funzioni e poteri militari e di polizia per poter istituire la Forza d'Urgenza delle Nazioni Unite in Medio Oriente ("UNEF") nel 1956»; né aveva bisogno di essere «un organo giudiziario dotato di funzioni e poteri giudiziari per poter istituire l'UNAT [il Tribunale amministrativo delle Nazioni Unite]» (§§ 37-38). Infine, la Camera d'appello, ha respinto il terzo argomento sviluppato dall'Appellante «diretto contro il potere discrezionale del Consiglio di sicurezza nel valutare l'adeguatezza della misura scelta e la sua efficacia nella realizzazione del suo scopo, il ristabilimento della pace». Sul punto, la Camera d'appello ha ribadito che «l'articolo 39 lascia la scelta dei mezzi e la loro valutazione al Consiglio di sicurezza», il quale «dispone al riguardo di poteri ampiamente discrezionali». Sarebbe quindi, secondo la Camera d'appello, «un totale travisamento, riguardo a quali siano i criteri di legittimità e di validità in diritto», verificare la legittimità «di tali misure *ex post facto* sulla base del loro successo o insuccesso nel raggiungere i loro scopi (nel presente caso, il ristabilimento della pace nell'ex Jugoslavia, per il cui perseguimento l'istituzione del Tribunale internazionale non è che una delle tante misure adottate dal Consiglio di sicurezza)» (§ 38-39). La Camera d'appello ha così concluso che «il Tribunale internazionale è stato istituito legittimamente come una misura adottata ai sensi del Capitolo VII della Carta» (§ 40).