

GIUDICE INTERNO, REATO DI TORTURA E MALTRATTAMENTI: UN NUOVO APPROCCIO ALLO *JUS COGENS HUMAN RIGHTS* PER CONTRASTARE L'IMPUNITÀ*

di Giuliana Ziccardi Capaldo**
(6 ottobre 2017)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Un'indagine sulla capacità e volontà dello Stato italiano di punire gli atti di tortura. Considerazioni sul caso *Cestaro*. – 3. Imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità e principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. – 4. Le sentenze dalla *Diaz* alla *Cestaro*: cambiare l'approccio metodologico. – 5. Una nuova prospettiva: la interazione tra i vari ordinamenti e l'approccio interpretativo unitario. – 6. Conclusioni.

1. Uno dei principi fondanti del diritto globale¹ è sicuramente quello che vieta la impunità dei responsabili di gravi violazioni dei diritti umani (*gross violations*). Questo principio è alla base del nuovo diritto internazionale² e della istituzione della Corte penale internazionale che ha come obiettivo ultimo quello di “porre fine all'impunità” (“to put an end to impunity”), come recita il preambolo del suo Statuto. Purtroppo l'attuazione del principio registra deficienze e lacune sia a livello internazionale, a causa della inadeguatezza, esiguità ed elevata macchinosità degli strumenti internazionali predisposti per l'accertamento delle violazioni e la punizione dei colpevoli, sia a livello nazionale, a causa della scarsa attenzione (e talvolta deliberata chiusura) degli organi statali.

Nell'esaminare le diverse questioni portate davanti alle corti internazionali si constata che quasi non c'è Paese che non abbia problemi in materia di gravi violazioni di diritti umani fondamentali e di *deficit* nella punizione effettiva dei responsabili e non solo a causa della mancanza di norme adeguate a dare attuazione al divieto di impunità. Tale circostanza è spesso aggravata dalla resistenza degli Stati a perseguire crimini odiosi commessi da propri rappresentanti, capi di stato e pubblici ufficiali, facendosi scudo del principio del *nullum crimen/nulla poena sine lege*.

Il problema principale resta perciò quello della effettiva volontà e capacità degli organi statali di perseguire i colpevoli e della parallela efficacia del ruolo di supervisione internazionale. Un esempio emblematico della convergenza di fattori ostativi all'attuazione del divieto di impunità è presente nelle vicende giudiziarie connesse al caso *Cestaro c. Italia*³ nelle quali, com'è noto, i responsabili di atti di tortura sono rimasti impuniti per effetto della prescrizione.

2. Il caso *Cestaro*⁴ riguarda i fatti occorsi a Genova, nel 2001, in occasione del *summit* del G8. Nella notte tra il 21 e il 22 luglio, la polizia, allo scopo di effettuare una perquisizione, fece irruzione nella scuola Pertini-Diaz che le autorità del comune di Genova avevano destinato al pernottamento dei manifestanti anti-globalizzazione. L'intervento fu estremamente violento e il Sig. Cestaro, uno dei presenti, riportò fratture multiple. La Procura della Repubblica di Genova aprì un procedimento penale per chiarire le modalità di esecuzione dell'operazione, ad esito del quale la Corte di cassazione si pronunciò con

* Pubblicato in “DIALOGHI CON UGO VILLANI”, a cura di Ennio Triggiani *et al.*, Vol. I, 2017, Cacucci Ed., p. 399 ss.

1 ZICCARDI CAPALDO, *The Pillars of Global Law*, Ashgate, 2008.

2 *Id.*, *A New Dimension of International Law: The Global Law*, in *Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence 2005*, (in seguito *Global Community YILJ*) 2006, p. XVI ss. Per un'analisi delle caratteristiche del nuovo diritto globale ed un confronto con i principi classici del diritto internazionale, cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *From Totus Orbis to Global Law*, in *id.* 2015, 2016, p. 113 ss.

3 Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 7 aprile 2015, ricorso n. 6884/11, *Affaire Cestaro c. Italie*.

4 *Id.*

sentenza del 5 luglio 2012⁵. Nonostante avesse qualificato le violenze sui manifestanti come atti di “tortura” a termini del diritto internazionale⁶, la Corte rilevò come, mancando nell'ordinamento interno una norma incriminatrice che espressamente sanziona in modo autonomo comportamenti del genere (nel codice penale italiano il reato di tortura non è stato ancora introdotto), le violenze in causa erano state perseguite (in base agli articoli 582 e 583 c.p.) come delitti di lesioni personali in relazione ai quali era intervenuta la prescrizione, in applicazione dell'art. 157 c.p. che al co. 8 non estingue i soli reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo⁷.

La mancata punizione dei responsabili indusse il Sig. Cestaro ad adire la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU)⁸ che qualificò le violenze inflitte dalle forze dell'ordine ai dimostranti come “tortura” ai sensi dell'articolo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (CEDU) e del “diritto internazionale pertinente” per la gravità e l'intenzionalità delle sofferenze provocate alla vittima. La Corte riaffermò poi la imprescrittibilità di tale crimine e delle pene previste ribadendo, in base a sua costante giurisprudenza, che “in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non debbano essere tollerate in questo ambito”⁹. La Corte concluse per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione sia sotto il profilo sostanziale che procedurale. Condannò l'Italia a versare al ricorrente 45.000 euro per il danno morale. Riconducendo la violazione dell'art. 3 CEDU ad un “problema strutturale” dell'ordinamento giuridico italiano (ossia all'inadeguatezza della legislazione italiana), la Corte di Strasburgo ravvisò la “necessità” che l'Italia, in adempimento degli “obblighi positivi” imposti dall'articolo 3 della Convenzione, si dotasse di disposizioni penali efficaci atte a sanzionare in maniera adeguata gli atti di tortura (ed i maltrattamenti vietati dal medesimo articolo) e ad impedire ai responsabili di poter beneficiare di misure che, vanificando l'effetto preventivo e dissuasivo della sanzione, contrastano con la giurisprudenza della stessa Corte¹⁰. Nessun addebito veniva mosso all'operato della magistratura italiana, neppure per ritardi o negligenze¹¹.

La sentenza della Corte EDU alimenta la speranza di un intervento normativo nella materia, cui da anni sfugge il legislatore italiano¹², ma non elimina l'esigenza di segnalare che, nonostante la inadeguatezza della legislazione penale verso alcune forme di violazione della persona umana, l'ordinamento italiano, esaminato sistemicamente, offre già gli strumenti normativi idonei a contrastare la impunità degli atti di tortura. Gli articoli 10 e 117 cost. operano l'adattamento dell'ordinamento italiano rispettivamente al diritto internazionale generale (e pertanto all'*jus cogens human rights*) ed a quello pattizio (alle convenzioni in materia ratificate dall'Italia). Sicché ai giudici interni incombe l'obbligo di assicurarne la effettiva applicazione, tanto più se si aggiunge che tali norme hanno carattere “cogente” (*jus cogens*).

⁵ Vedi Cass. pen., sentenza del 5 luglio 2012 n. 38085.

⁶ La Cassazione fece espresso riferimento all'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 e alla Convenzione dell'ONU contro la tortura, del 10 dicembre 1984, entrambe ratificate dall'Italia con legge, rispettivamente 848/55 e 489/1988.

⁷ Va notato che in applicazione della legge n. 241 del 29 luglio 2006, tutti i condannati beneficiarono di un indulto di tre anni.

⁸ Il ricorrente invocò gli articoli 3, 6 e 13 CEDU. Vedi *Cestaro*, par. 3.

⁹ *Id.*, par. 208. Vedi anche i casi ivi citati

¹⁰ *Id.*, paragrafi 225, 242, 245.

¹¹ *Id.*, paragrafi 223-225, 242.

¹² La Camera dei deputati, nella seduta del 9 aprile 2015, ha approvato con modificazioni la proposta di legge C. 2168, già approvata dal Senato, che introduce nel codice penale il reato di tortura (art. 613-*bis* c.p.) come reato comune punibile con la reclusione da 4 a 10 anni. La proposta si limita a raddoppiare i termini di prescrizione e pertanto non corrisponde al diritto internazionale che prevede la imprescrittibilità del reato di tortura. (*aggiornamento*: La proposta è tornata all'esame del Senato che ha soppresso la disposizione sui termini di prescrizione. La Camera dei deputati ha approvato definitivamente la proposta il 5.07.2017.

3. La caratteristica di norma “cogente”¹³ del divieto di tortura comporta a carico dello Stato – di tutti i suoi organi, non solo dell’esecutivo, ma anche del potere legislativo e di quello giudiziario – l’obbligo imperativo, e pertanto non derogabile (“intransgressible”), di provvedere alla sua effettiva applicazione e di giudicare e punire i responsabili delle violazioni. Ne discende, come conseguenza necessaria, la incompatibilità manifesta di leggi e altre disposizioni normative che prevedano la prescrizione (o altra causa di estinzione) del reato di tortura e che, aprendo a forme di impunità, renderebbero privo di oggetto e inoperante il divieto.

Il principio di imprescrittibilità del reato di tortura costituisce perciò *l’includibile corollario logico-giuridico* del divieto di tortura, di cui condivide la natura di “peremptory law”, che rende inapplicabile qualsiasi disposizione nazionale sulla prescrizione (e qualsiasi altro limite alla punibilità o che escluda la punibilità) di detto reato, ancorché contenuta in strumenti giuridici, quali leggi, decreti legge e simili. Si concorda in dottrina e in giurisprudenza nel ritenere che, indipendentemente dalla sua “codificazione” in convenzioni internazionali¹⁴, la imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità – e quindi del reato di tortura – esista come norma di diritto internazionale generale *cogente* (sebbene si diverga sul procedimento di formazione, in quanto alcuni autori escludono la natura consuetudinaria della norma¹⁵).

Sul piano internazionale, le prime storiche pronunce nella materia provengono dal Tribunale penale per la ex Jugoslavia, nel caso *Furundzija*¹⁶, e dalla Corte interamericana per i diritti umani (IACtHR) che, a partire dal caso *Barrios Altos*¹⁷, ha sostenuto con forza la imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità, come norma appartenente allo *jus cogens*, sottolineando l’obbligo inderogabile per gli organi statali di conformarvisi¹⁸. Alla Corte interamericana ha fatto eco la Corte EDU che, nella sentenza *Kononov*¹⁹, interpretando l’art. 7 della CEDU con riferimento ai crimini di guerra, ha fatto dichiarazioni di carattere generale destinate ad incidere profondamente sulla tutela “interna” dei diritti umani con un messaggio molto chiaro per le corti nazionali circa l’obbligo, qualora il diritto interno non preveda una norma incriminatrice *ad hoc*, di basarsi sul diritto internazionale utilizzando gli strumenti interni di adattamento (“national law including transposition of international norms”) senza con ciò ledere il principio di legalità (“the domestic court could rely on international law as a basis for its reasoning, without infringing the principles of *nullum crimen* and *nulla poena sine lege*”)²⁰. Nel noto caso *Alikaj* e in copiosa sua giurisprudenza²¹ la Corte ha riaffermato la “inammissibilità” della prescrizione dei crimini

13 Vedi in generale VILLANI, *In tema di jus cogens, norme consuetudinarie e diritto all’informazione*, in *Rivista internazionale dei diritti dell’uomo*, 1990, p. 302 ss.; CANÇADO TRINDADE, *Jus Cogens: The Determination and Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-Law*, in *New Developments of International Law in the Americas: XXXV Course on International Law*, 2008, <https://www.oas.org>, p. 9; ZICCARDI CAPALDO, *Global Constitutionalism and Global Governance: Towards a Un-Driven Global Constitutional Governance Model*, in BASSIOUNI (ed.), *Globalization and Its Impact on the Future of Human Rights and International Criminal Justice*, Cambridge, 2015, pp. 629-662; KOLB, *Peremptory International Law – Jus Cogens: A General Inventory*, Oxford, 2015, *passim*; Nieto Navia, *Are Those Norms Truly Peremptory? With Special Reference to Human Rights Law and International Humanitarian Law*, in *Global Community YILJ* 2015, 2016, p. 47.

14 Vedi soprattutto l’art. 29 dello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale del 1998, ratificato con legge 232/1999. Vedi anche la Convenzione ONU sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l’umanità, del 26 novembre 1968, e la Convenzione europea sull’imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità e dei crimini di guerra, del 25 gennaio 1974 (non ratificate dall’Italia).

15 Vedi sulle dinamiche dei processi di produzione normativa primaria, ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010 (in seguito, *Diritto globale*), p. 75 ss.

16 Sentenza del 10 dicembre 1998, *Furundzija*, paragrafi 153-157. Vedi anche sentenza del 14 gennaio 2000, *Kupreskic*, par. 520.

17 Sentenza del 14 marzo 2001, *Barrios Altos v. Peru. Merits*. Series C No. 75, paragrafi 13 e 41-44.

18 Vedi le sentenze del 26 settembre 2006, *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, paragrafi 105-114; del 29 novembre 2006, *La Cantuta v. Peru*, par. 152; del 24 novembre 2010, *Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) v. Brazil*, paragrafi 147-182; del 24 febbraio 2011, *Gelman v. Uruguay*, paragrafi 195-229; del 25 ottobre 2012, *Massacres of El Mozote and Nearby Places v. El Salvador*, par. 317. Vedi anche l’opinione concorrente di Cançado Trindade nel caso *Almonacid-Arellano*.

19 Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 17 maggio 2010, ricorso n. 36376/04, *Kononov v. Latvia*.

20 Id., par. 208.

21 Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 29 marzo 2011, ricorso n. 47357/08, *Alikaj e altri c. Italia*, par. 108. Vedi anche le pronunce del 2 novembre 2004, ricorso n. 32446/96, *Abdülsamet Yaman c. Turquia*, par. 55; del 17 ottobre 2006, ricorso n.

contro l'umanità in quanto essa ha come effetto la impunità.

4. La giurisprudenza internazionale va tutta nella direzione di un obbligo "inderogabile" per gli organi statali di utilizzare qualsiasi meccanismo normativo ed interpretativo per assicurare la imprescrittibilità del crimine di tortura senza che a ciò faccia ostacolo il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Nelle vicende della Diaz, proprio il richiamato principio consacrato nell'art. 25, co. 2 cost. (principio di legalità in materia penale/riserva di legge) ha costituito motivo ostativo alla imprescrittibilità dei crimini ascritti ai responsabili. La Corte di cassazione ritenne "manifestamente infondata" la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p., in materia di prescrizione dei reati, sollevata dal Procuratore generale presso la Corte d'appello di Genova che faceva valere il contrasto tra l'articolo anzidetto e l'articolo 3 CEDU (nella misura in cui il primo non include fra i delitti imprescrittibili la tortura ed i trattamenti inumani o degradanti vietati dall'art. 3 della Convenzione) e, di riflesso, con l'articolo 117, co. 1, cost. Condividendo la opinione secondo cui la prescrizione, quale istituto di diritto penale sostanziale ricadrebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 25, co. 2, cost.²², la Corte di cassazione sostenne che un cambiamento delle regole della prescrizione mediante una pronuncia della Corte costituzionale, come proposto dal Procuratore generale, avrebbe comportato un'ingerenza della Consulta in un dominio riservato esclusivamente al *legislatore*, andando perciò in contrasto con uno dei principi fondamentali "del sistema penale-costituzionale"²³.

Questo ragionamento, che condusse all'impunità dei colpevoli, non è conforme al diritto internazionale ed alla interpretazione "consolidata" del *nullum crimen* nella giurisprudenza delle corti internazionali e della Corte EDU. Una visione dell'ordinamento italiano conforme alla giurisprudenza internazionale avrebbe dovuto condurre la Corte di cassazione, che pure aveva qualificato i fatti occorsi come "tortura", a punire i crimini ascritti nonostante l'intervenuto decorso del termine di prescrizione, in conformità al principio di imprescrittibilità del crimine di tortura, cui l'art. 10 Cost. si conforma automaticamente, e conseguentemente a disapplicare l'art. 157 c.p. con esso confliggente, oppure a proporre la questione di legittimità costituzionale. Infatti, il principio internazionale generale anzidetto, ancorché inserito in trattati internazionali, conserva il carattere di norma generale "cogente" che impone agli organi statali italiani – e quindi ai giudici – l'obbligo assoluto di applicarla con prevalenza su tutte le altre²⁴.

Del resto, l'applicazione diretta da parte del giudice ordinario del principio cogente di imprescrittibilità, come norma avente prevalenza assoluta sulle norme interne, è una soluzione affermata dalle corti internazionali che ha trovato conferme anche in Italia²⁵.

C'è tuttavia una certa riluttanza delle corti italiane (ma anche di altri Paesi) ad ammettere una generica preminenza del diritto internazionale sul diritto interno, essendosi consolidato l'orientamento secondo cui le norme internazionali contrarie ai principi fondamentali della Costituzione non possono trovare ingresso nell'ordinamento nazionale. Si registra invece una crescente prassi dell'interpretazione conforme al diritto internazionale²⁶; la Corte costituzionale italiana ne ha dato conferme in varie occasioni²⁷, sia pure con cautela. Recentemente ha ribadito (citando sua precedente giurisprudenza) che, qualora sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma CEDU

52067/99, *Okkali c. Turquie*, par. 76; del 17 Settembre 2014, ricorsi n. 10865/09, 45886/07 e 32431/08, *Mocanu e altri c. Romania*, par. 326 (e i casi ivi citati).

²² Corte di cassazione, *ante*, nota 6, punto 2.

²³ Vedi anche *ante*, la parte del testo che fa capo alle note 6-12.

²⁴ Vedi, sul carattere cogente e sull'applicazione del principio, *ante*, note 17-22 e il testo che ad esse fa capo.

²⁵ Tribunale Militare di Roma, *Hass and Priebke*, 22 luglio 1997, par. 12. Vedi anche Tribunale di Torino, sentenza del 19 maggio 2010, n. 6624/216, paragrafi 5.4-5.6, e riferimenti ivi.

²⁶ PETERS, PREUSS, *International Relations and International Law*, in TUSHNET, FLEINER, SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, London, New York, p. 33 ss., 39 ss.

²⁷ Vedi Corte cost., sentenza del 16 luglio 2009, n. 239/2009, e riferimenti ivi.

(“norma interposta” avente rango sub-costituzionale, intermedio fra la Costituzione e la legge ordinaria) con la Costituzione, esso sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo “[s]olo nel caso in cui si trovi in presenza di un ‘diritto consolidato’ o di una ‘sentenza pilota’” e una volta superati eventuali contrasti rispetto ad una legge interna con l’utilizzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”; se ciò non fosse possibile, dovrà ricorrere all’incidente di legittimità costituzionale²⁸.

Non vi è dubbio che la imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità rifletta un orientamento “consolidato” della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sicché ben poteva (anzi doveva) la Corte di cassazione interrogarsi sulla compatibilità con l’art. 25, co. 2, cost. del principio internazionale cogente di imprescrittibilità e cercare di risolvere in via ermeneutica eventuali contrasti. A tal fine occorre recepire il *nullum crimen* (consacrato nell’art. 7 CEDU, rubricato “nulla poena sine lege”) nella interpretazione estensiva riconosciutagli dalla giurisprudenza internazionale e dalla Corte di Strasburgo ed interpretare il termine “legge”, di cui al secondo comma dell’art. 25 cost., come riferito anche alle norme internazionali. Il diritto internazionale generale e la corrispondente previsione dell’art. 7, co. 1, CEDU, nel subordinare la punibilità di un crimine contro l’umanità alla esistenza di norme incriminatrici “di diritto interno o di diritto internazionale”, offrono – qualora manchi una normativa interna ad hoc – una *garanzia sostitutiva* dei diritti garantiti dalla norma costituzionale (art. 25, co. 2, cost.). Infatti i requisiti richiesti dalla riserva di legge per la punibilità dei responsabili di atti di tortura si possono ritenere soddisfatti per equivalente poiché i due *standards*, vale a dire la “accessibilità” della norma (divieto del crimine di tortura) e la “prevedibilità” delle conseguenze penalmente rilevanti per l’autore del fatto criminoso (vale a dire la imprescrittibilità)²⁹, non sono esclusi da tale interpretazione estensiva della norma costituzionale citata quando ci si riferisca, come nel caso di specie, a norme internazionali generali fondamentali, peraltro tradotte in norme pattizie di cui l’Italia è parte contraente³⁰, e ad una prassi giurisprudenziale consolidata di corti internazionali e della Corte EDU. Tale prassi si fonda sull’assoluta inviolabilità e inderogabilità dei “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili” e conseguente divieto di impunità dei crimini contro l’umanità, commessi in violazione di detti principi; di qui la inoperatività della garanzia del *nullum crimen*/riserva di legge, qualora essa osti al “giudizio e alla condanna” dei colpevoli dei crimini anzidetti, secondo la previsione dell’art. 7, co. 2, CEDU.

La Cassazione avrebbe potuto (anzi dovuto) richiamarsi a tali principi, tra cui rientra il divieto e la imprescrittibilità del crimine di tortura (vincolanti per il tramite dell’art. 10, co. 1, cost.), sui quali si fonda la giurisprudenza della CEDU, e disapplicare direttamente l’art. 157 c.p. oppure avrebbe dovuto rimettere alla Corte costituzionale la questione della compatibilità delle norme internazionali anzidette con i principi fondamentali del nostro ordinamento. Tanto più che in sue pronunce³¹ la Corte costituzionale ha rivendicato a sé “anche in riferimento alle norme internazionali consuetudinarie”, [la verifica] di compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona”³².

Una svolta recente in favore della diretta applicazione da parte del giudice nazionale del principio di imprescrittibilità dei crimini internazionali, volta a superare sul piano interpretativo l’ostacolo rappresentato dalla riserva di legge, è quella adottata dalla Corte di giustizia UE in una sentenza su una questione pregiudiziale (relativa alla prescrizione in

²⁸ Corte cost. sentenza del 14 gennaio 2015, n. 49/2015, punto 7. Nella stessa sentenza la Corte ribadisce “che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla ‘giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente’ (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), ‘in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza’ (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), ‘fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro’ (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009)” (*id.*). Vedi anche sentenza del 7 marzo 2011, 80/2011.

²⁹ Requisiti richiesti anche dalla Corte EDU ai fini del rispetto dell’art. 7 CEDU.

³⁰ Vedi *ante*, le note 7 e 15.

³¹ Corte cost., le sentenze del 22 ottobre 2014, n. 238, e del 13 luglio 2007, n. 284.

³² Vedi Corte cost., ordinanza dell’11 febbraio 2015 n. 30.

materia di gravi frodi fiscali) sottoposta dal Tribunale di Cuneo³³. Richiamandosi espressamente alla giurisprudenza della Corte EDU, la Corte di Lussemburgo³⁴ ha affermato che la materia della prescrizione del reato non ricade sotto il principio del *nullum crimen* (con ciò escludendo il carattere sostanziale e propendendo per il carattere processuale della prescrizione, secondo le conclusioni dell'Avvocato generale)³⁵. Pertanto il giudice nazionale, nonostante l'intervenuto decorso del termine di prescrizione, ha l'obbligo di disapplicare le norme interne (sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA) contrastanti con gli obblighi imposti agli Stati membri dal diritto dell'Unione³⁶ e di condannare l'imputato ritenuto colpevole.

Il ragionamento che precede non è condiviso da quanti in Italia (la maggioranza), in giurisprudenza e in dottrina, sostengono che la materia della prescrizione atterrebbe al diritto penale sostanziale³⁷ e quindi rientrerebbe nell'ambito applicativo del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, co. 2, cost. Alcune corti italiane hanno investito della questione la Corte costituzionale sollecitandola ad azionare i "controlimiti" nei confronti della sentenza della Corte di Lussemburgo³⁸.

Date le premesse, non credo si possa continuare ad invocare la riserva di legge, nell'interpretazione prevalente finora proposta, per sostenere la prescrittibilità di reati derivanti da violazioni gravi dei diritti umani fondamentali che, implicando la "rinuncia totale dello Stato [italiano] alla potestà punitiva"³⁹ nei confronti di crimini efferati (e conseguentemente la impunità degli autori), si porrebbe in violazione di principi ispiratori del sistema costituzionale italiano fondato sulla tutela dei diritti dell'uomo (art. 2 cost.). Questa preoccupazione è tuttora presente e quanto mai fondata, anche in considerazione del fatto che il progetto di legge sulla tortura non prevede la imprescrittibilità di detto crimine⁴⁰.

Ritengo, perciò, che, qualora si voglia continuare a far rientrare la prescrizione nell'ambito applicativo della riserva di legge, sia possibile rinvenire una soluzione alla questione prospettata nell'orientamento enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza 329/1992, dove si afferma che un diritto fondamentale costituzionalmente tutelato (si trattava del diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24 cost.) possa subire un limite ulteriore rispetto a quelli imposti dall'art. 10 cost., sempre che sia giustificato da un "preminente" interesse pubblico⁴¹. Non c'è dubbio che sia possibile ravvisare nell'obiettivo di contrastare la impunità, perseguito dalla norma internazionale sulla imprescrittibilità, un interesse pubblico, tutelato dall'art. 2 cost. che "riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", preminente sull'art. 25, co. 2, cost, sì da giustificare "il limite". Su questa linea spetterebbe alla Corte costituzionale, qualora investita della questione, dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 c.p., nella parte in cui non contempla una "diversa" ipotesi di imprescrittibilità rispetto a quelle già regolate (reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo), volta specificamente ad impedire la impunità dei crimini contro l'umanità e quindi a consentire di conformarsi alla norma cogente di diritto internazionale generale sulla imprescrittibilità di tali crimini ed agli articoli 3 e 7 che su questa norma si

³³ Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (Grande sezione), dell'8 settembre 2015 nella causa C-105/14, *Ivo Taricco e altri*.

³⁴ *Id.*, punto 55.

³⁵ *Id.*, punti 54-57. Vedi anche le Conclusioni dell'avvocato Generale, Juliane Kokott, presentate il 30 aprile 2015, par. 115 e citazioni *ivi*.

³⁶ *Id.*, par. 58. Si tratta degli obblighi di tutela effettiva degli interessi finanziari dell'Unione imposti dall'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE. Vedi anche il par. 49.

³⁷ Vedi anche Corte cost., sentenza del 30 luglio 2008, n. 324/2008, punto 7.

³⁸ Corte app. Milano, ordinanza 18 settembre 2015; Cass. pen., sez. III, ordinanza 30 marzo 2016. Cfr. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco, Diritto penale contemporaneo*, <http://www.penalecontemporaneo.it/>.

³⁹ Corte cost., sentenza del 23 ottobre 2006, n. 393, punto 4. Vedi anche Cass., Sez. I, sentenza dell'8 maggio 1998, n. 7442.

⁴⁰ Vedi *ante*, nota 13.

⁴¹ Vedi la sentenza del 2 luglio 1992, n. 329, punto 5, ribadito al punto 3.4 della sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238.

basano.

5. Quanto si è finora detto porta ad affermare che nell'ordinamento italiano, nonostante manchi una specifica norma interna per il reato di tortura, opera, in virtù dell'art. 10 cost., la norma internazionale generale che vieta questo tipo di reato da cui discende l'obbligo inderogabile per tutti gli organi statali, compresi i giudici, di considerare le violazioni di norme cogenti sui diritti umani fondamentali (come la tortura) in conformità agli *standards* internazionali, vale a dire come crimini imprescrittibili su cui grava il divieto di impunità. Pertanto, in mancanza della disciplina interna specifica del reato di tortura, quando vengono segnalati comportamenti di questo tipo debbono essere applicate le disposizioni del codice penale che, sia pure con terminologia diversa, puniscono tali comportamenti, lasciando quindi che la legge sostanziale nazionale continui a disciplinare la responsabilità degli imputati e la pena relativa; al tempo stesso i giudici italiani non possono ritenersi esonerati dalla coerenza del principio di imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità.

Sotto questo profilo la sentenza della Corte di cassazione in esame è carente, proprio per la scarsa attenzione riservata al diritto internazionale poiché, mentre trascura di approfondire gli effetti delle convenzioni internazionali sul divieto di tortura e sulla imprescrittibilità di tale crimine, ratificate dall'Italia con "legge" del Parlamento⁴², non prende neppure in considerazione l'applicazione delle norme di diritto internazionale generale in materia e l'ampia giurisprudenza internazionale che precisa gli obblighi "inderogabili" che ne derivano per gli organi statali⁴³. Eppure è stato più volte affermato dalla Corte internazionale di giustizia e da altri tribunali internazionali che le norme "generali" conservano la loro natura anche quando vengano inserite in trattati internazionali⁴⁴.

Per quanto innanzi detto, non si può concordare con la Corte EDU nel ritenere che nella vicenda giudiziaria Diaz siano stati dispiegati dalle autorità italiane "procedenti e giudicanti" tutti gli sforzi richiesti per un esame scrupoloso del caso e della normativa applicabile⁴⁵. Sicché, fino a quando il legislatore italiano non provvederà ad una normativa rispondente agli *standards* internazionali, il conflitto tra il principio interno di legalità penale e quello internazionale di imprescrittibilità si dovrà risolvere sul piano interpretativo-giurisdizionale, e quindi dovranno essere i giudici interni, ordinari o costituzionale, a disapplicare o annullare le norme interne contrastanti, ricorrendo alle soluzioni ricavabili dalla giurisprudenza internazionale tra cui soprattutto: a) facendo appello alla inderogabilità delle norme internazionali cogenti, quali il principio di imprescrittibilità e il divieto di impunità dei crimini contro l'umanità, prevalenti su tutte le altre, e disapplicando le norme contrarie; b) accedendo ad un'interpretazione estensiva del termine "legge" presente nel secondo comma dell'art. 25 cost., e quindi considerandolo comprensivo anche del diritto internazionale generale e del principio di imprescrittibilità; c) annoverando la prescrizione tra le condizioni di procedibilità, come ha fatto recentemente la Corte UE, così superando la riserva di legge⁴⁶; oppure d) consentendo che la norma di diritto internazionale generale sul divieto e la imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità, introdotta mediante l'art. 10 cost., costituisca un "limite ulteriore" ai "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale (nel caso specifico all'art. 25, co. 2, cost.), attese le sue rilevanti e "preminenti" finalità di pubblico interesse, come si evince dall'art. 2 cost.

Nel mondo globalizzato, nel quale si va delineando con molta chiarezza un sistema giuridico globale, che ha già posto i principi basilari nelle norme di *jus cogens* sui diritti

42 Per tali convenzioni, vedi soprattutto *ante*, le note 7 e 15.

43 Vedi *ante*, le note 17-22.

44 In dottrina vedi sul punto, ZICCARDI CAPALDO, *Diritto globale*, cit., p. 393 ss. ed i riferimenti giurisprudenziali *ivi*.

45 Cestaro, paragrafi 215, 242.

46 Vedi *ante*, nota 34.

umani (“principi costituzionali globali/*global constitutional principles*”) ⁴⁷, l’approccio più aderente alla realtà giuridica è quello *interpretativo unitario*, in ragione della sua adeguatezza rispetto allo sviluppo di una pluralità di ordinamenti tra di loro collegati ed alla necessità di processi decisionali inclusivi.

6. La violazione, occorsa nel caso *Diaz/Cestaro*, della norma internazionale imperativa che vieta la impunità del reato di tortura è da addebitare soprattutto a comportamenti degli organi dello Stato italiano. Da un’analisi del caso emerge l’insufficienza dello strumento penale verso alcune forme di violazioni gravi dei diritti umani che è da ascrivere ad una carenza politica criminale del legislatore, mal compensata da un utilizzo marginale e secondario degli strumenti interpretativi delle norme internazionali. Questi rilievi, in aggiunta ad un’accertata volontà della polizia di ostacolare le indagini e di rifiutare la collaborazione per la identificazione degli agenti di polizia coinvolti ed alla mancata adozione di sanzioni disciplinari nei confronti di quelli imputati, sollevano dubbi sulla effettiva volontà dell’Italia di punire gli atti di tortura.

In realtà, porre fine all’impunità degli autori di crimini contro l’umanità, dando attuazione al principio cogente di imprescrittibilità, rientra nella responsabilità delle corti nazionali, specie quando il loro Stato è latitante. La responsabilità dei giudici italiani è ugualmente coinvolta ancorché nel caso *Cestaro* la Corte EDU abbia chiesto all’Italia *soltanto* di provvedere ad una legislazione “adeguata” alla gravità del reato di tortura e degli altri “maltrattamenti” vietati dall’art. 3 della CEDU. Poiché non sembra di poter contare sul legislatore per una risposta adeguata, vorrei segnalare che spetterà ai giudici interni contrastare l’impunità dei responsabili non solo di atti di tortura ma anche di “maltrattamenti” sistematici, cui si assiste in un macabro crescendo, di bambini, anziani, disabili, malati ed altre persone indifese in case di cura, asili, ospedali, etc., mediante l’applicazione, per il tramite dell’art. 10 cost., del principio cogente di imprescrittibilità di tali reati.

Sul piano internazionale, occorre potenziare l’efficacia degli interventi sanzionatori delle corti internazionali deputate al controllo. Nel caso *Cestaro* la Corte EDU ha chiesto all’Italia (legislatore) di rimediare alla carenza strutturale del diritto penale. È questo un progresso, ma occorre ampliare la portata degli obblighi positivi gravanti sugli stati mediante la giurisprudenza di Strasburgo. Di fronte ad una sentenza di tal segno non è azzardato ritenere che la Corte debba sanzionare la mancata applicazione da parte dei giudici nazionali di norme *cogenti* (su cui si fonda la interpretazione degli articoli 3 e 7, par. 2, CEDU); che debba decidere la riapertura di processi interni conclusi con la impunità dei responsabili per aver goduto di atti di indulto, amnistie, prescrizioni, etc.

E’ vero che l’ipotesi in esame non rientra tra quelle espressamente contemplate dall’art. 6, par 1 CEDU che garantisce il diritto “to a fair trial”, consentendo, in difetto, la riapertura del procedimento. La soluzione proposta si basa su un’interpretazione evolutiva della Convenzione e dei suoi Protocolli. La Corte EDU ha dichiarato che essa “[...] should take into account developments in international law in this area. [...]” ⁴⁸ Sicché, l’affermarsi del principio di imprescrittibilità dei crimini contro l’umanità come norma cogente fa sì che i processi conclusi con la prescrizione non possano essere considerati “fair” a termini del diritto internazionale generale, della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU. Per quanto riguarda l’Italia, la Corte costituzionale ha condiviso in recente sentenza (n. 200/2016) la interpretazione della Corte EDU nel caso *Marguš* sulla inoperatività della garanzia del *ne bis in idem*, prevista dall’art. 4 del Protocollo n. 7 alla Convenzione, in presenza di crimini contro l’umanità ⁴⁹. La Consulta del resto aveva già affermato, in altre circostanze, come necessaria una “deroga” alla norma interna del *ne*

47 ZICCARDI CAPALDO, *Global Law as a Constitutional Phenomenon*, in *Global Community YILJ* 2015, 2016, p. 3 ss.

48 Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 27 maggio 2014, ricorso n. 4455/10, *Marguš v. Croatia*, par. 129.

49 Corte cost., sentenza del 31 maggio 2016, n. 200/2016, punto 6.

bis in idem nei casi in cui la riapertura del processo sia imposta dall'esigenza di conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU⁵⁰.

Lo *jus cogens* internazionale per i diritti umani può e deve integrare la protezione nazionale mediante l'attività interpretativa delle corti internazionali e adeguate misure sanzionatorie per gli stati inadempienti. Un approccio alla interpretazione ed applicazione dello *jus cogens human rights*, conforme alla giurisprudenza internazionale, è lo strumento efficace a disposizione dei giudici interni per porre fine all'impunità di crimini efferati, in maniera uniforme e globale. Occorre globalizzare diritti, giustizia e dignità della persona umana; è questo un messaggio per i giudici interni, i principali artefici di questa sfida.

** Professore Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno; General Editor, *Global Community. Yearbook of International Law and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2001-2016.

⁵⁰ Corte cost., sentenza del 4 aprile 2011, n. 113/2011, punto 8.