

DIRETTORE RESPONSABILE

PASQUALE DE SENNA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)

CONSIGLIO SCIENTIFICO

GIOVANNA ADINOLFI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
MAURIZIO ARCARI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
MARIANO AZNAR GÓMEZ (UNIVERSITAT JAUME I, CASTELLÓN)
FRANCESCO BESTAGNO (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE)
MARINA CASTELLANETA (UNIVERSITÀ DI BARI)
EMANUEL CASTELLARIN (UNIVERSITÀ DI STRASBURGO)
GIUSEPPE CATALDI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI "L'ORIENTALE")
ANGELA DI STASI (UNIVERSITÀ DI SALERNO)
SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA)
MARCO GESTRI (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA)
LORENZO GRADONI (MAX PLANCK INSTITUT LUXEMBOURG)
ALESSANDRA GIANELLI (UNIVERSITÀ DI TERAMO)
EDOARDO GREPPI (UNIVERSITÀ DI TORINO)
PETER HILPOLD (UNIVERSITÀ DI INNSBRUCK)
IVAN INGRAVALLO (UNIVERSITÀ DI BARI)
FRANCESCO MUNARI (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
GIUSEPPE NESI (UNIVERSITÀ DI TRENTO)
PAOLO PALCHETTI (UNIVERSITÀ PARIS I)
GIUSEPPE PALMISANO (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
MARCO PEDRAZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
LAURA PINESCHI (UNIVERSITÀ DI PARMA)
RICCARDO PISILLO MAZZESCHI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
PIETRO PUSTORINO (LUISS)
ILARIA QUEIROLO (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
MARCO ROSCINI (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO)
LUCIA SERENA ROSSI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
GIULIA ROSSOLILLO (UNIVERSITÀ DI PAVIA)
CARLO SANTULLI (UNIVERSITÀ PARIS II)
ROSARIO SAPIENZA (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
MASSIMO STARITA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
ANTONELLO TANCREDI (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
ATTILA TANZI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
SELINE TREVISANUT (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
INGO VENTZKE (AMSTERDAM CENTER FOR INTERNATIONAL LAW)
ILARIA VIARENGO (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FRANCESCA CLARA VILLATA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
SALVO ZAPPALÀ (UNIVERSITÀ DI CATANIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)

REDAZIONE

LORENZO ACCONCIAMESSA (UNIVERSITÀ DI PALERMO E PARIS I)
GIACOMO BIAGIONI (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI)
GIUSEPPE BIANCO (BANCA D'ITALIA)
MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
FEDERICO CASOLARI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
FRANCESCO COSTAMAGNA (UNIVERSITÀ DI TORINO)
FILIPPO CROCI (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ESTER DI NAPOLI (UNIVERSITÀ LUMSA)
ORNELLA FERACI (UNIVERSITÀ DI SIENA)
MAURO GATTI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
NICOLE LAZZERINI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
OLIVIA LOPES PEGNA (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
DIEGO MAURI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE)
ALICE OLLINO (UNIVERSITÀ DI MILANO - BICOCCA)
GIUSEPPE PASCALE (UNIVERSITÀ DI TRIESTE)
LUCA PASQUET (UNIVERSITÀ DI UTRECHT)
FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA)
CESARE PITEA (UNIVERSITÀ DI MILANO)
ALICE RICCARDI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE)
PIERFRANCESCO ROSSI (UNIVERSITÀ DI TERMO)
ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO)
ENZAMARIA TRAMONTANA (UNIVERSITÀ DI PALERMO)
SUSANNA VILLANI (UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)
DANIELA VITIELLO (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA)
GIOVANNI ZARRA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II)

REFEREES

JACOPO ALBERTI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); ILARIA ANRÒ (UNIVERSITÀ DI MILANO); DANIELE AMOROSO (UNIVERSITÀ DI CAGLIARI); ALESSANDRA ANNONI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); GIULIO BARTOLINI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); BEATRICE BONAFÈ (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); LEONARDO BORLINI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ALESSANDRO BUFALINI (UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA); MARTINA BUSCEMI (UNIVERSITÀ DI MILANO); ANDREA CALIGIURI (UNIVERSITÀ DI MACERATA); ANDREA CARCANO (UNIVERSITÀ DI MODENA E REGGIO EMILIA); CHIARA CELLERINO (UNIVERSITÀ DI GENOVA); EMANUELE CIMIOTTA (UNIVERSITÀ DI ROMA LA SAPIENZA); ADELE DEL GUERCIO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); CLAUDIO DORDI (UNIVERSITÀ BOCCONI, MILANO); ZENO CRESPI REGHIZZI (UNIVERSITÀ DI MILANO); SARA DE VIDO (UNIVERSITÀ CA' FOSCARI, VENEZIA); FRANCESCA DE VITTOR (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); GABRIELE DELLA MORTE (UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE); SAVERIO DI BENEDETTO (UNIVERSITÀ DEL SALENTO); ADRIANA DI STEFANO (UNIVERSITÀ DI CATANIA); CHIARA FAVILLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); SERENA FORLATI (UNIVERSITÀ DI FERRARA); MICAELA FRULLI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARIA GIULIA GIUFFRÈ (UNIVERSITÀ DI EDGE HILL, REGNO UNITO); VALENTINA GRADO (UNIVERSITÀ "L'ORIENTALE", NAPOLI); LORENZO GRADONI

(MAX PLANCK INSTITUTE LUXEMBOURG); ALESSANDRA LANG (UNIVERSITÀ DI MILANO); ANNA LIGUORI (UNIVERSITÀ “L’ORIENTALE”, NAPOLI); MARCO LONGOBARDO (UNIVERSITÀ DI WESTMINSTER, REGNO UNITO); LAURA MAGI (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); MARINA MANCINI (UNIVERSITÀ MEDITERRANEA DI REGGIO CALABRIA); LORIS MAROTTI (UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”); MARIA ROSARIA MAURO (UNIVERSITÀ DEL MOLISE); LORENZA MOLA (UNIVERSITÀ DI TORINO); STEFANO MONTALDO (UNIVERSITÀ DI TORINO); EGERIA NALIN (UNIVERSITÀ DI BARI, “ALDO MORO”); NICOLA NAPOLETANO (“UNITELMA” SAPIENZA, ROMA); RAFFAELLA NIGRO (UNIVERSITÀ DELLA MAGNA GRECIA, CATANZARO); MICHELE NINO (UNIVERSITÀ DI SALERNO); CRISEIDE NOVI (UNIVERSITÀ DI FOGGIA); ALBERTO ODDENINO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA IRENE PAPA (UNIVERSITÀ DI ROMA, “LA SAPIENZA”); FRANCESCO PESCE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); MARCO PERTILE (UNIVERSITÀ DI TRENTO); PASQUALE PIRRONE (UNIVERSITÀ DI CATANIA); LUDOVICA POLI (UNIVERSITÀ DI TORINO); CONCETTA MARIA PONTECORVO (UNIVERSITÀ DI NAPOLI “FEDERICO II”); GIUSEPPE PUMA (UNIVERSITÀ “LUMSA”, PALERMO); CHIARA RAGNI (UNIVERSITÀ DI MILANO); FRANCESCA ROMANIN JACUR (UNIVERSITÀ DI BRESCIA); DEBORAH RUSSO (UNIVERSITÀ DI FIRENZE); ANDREA SACCUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); LAURA SALVADEGO (UNIVERSITÀ DI MACERATA); EMANUELE GIUSEPPE SOMMARIO (SCUOLA SUPERIORE S. ANNA, PISA); MIRKO SOSSAI (UNIVERSITÀ DI ROMA TRE); LORENZO SCHIANO DI PEPE (UNIVERSITÀ DI GENOVA); ANDREA SPAGNOLO (UNIVERSITÀ DI TORINO); ALFREDO TERRASI (UNIVERSITÀ DI PALERMO); PAOLO VENTURI (UNIVERSITÀ DI SIENA); FEDERICA VIOLI (UNIVERSITÀ DI ROTTERDAM); ANNA VITERBO (UNIVERSITÀ DI TORINO); MARIA CHIARA VITUCCI (UNIVERSITÀ DELLA CAMPANIA “LUIGI VANVITELLI”); ENRICO ZAMUNER (UNIVERSITÀ DI PADOVA); FLAVIA ZORZI GIUSTINIANI (UNIVERSITÀ TELEMATICA INTERNAZIONALE UNINETTUNO).

COMITATO EDITORIALE EDIZIONE 2021

GIACOMO BIAGIONI
FRANCESCO COSTAMAGNA
FILIPPO CROCI
ORNELLA FERACI
MAURO GATTI
NICOLE LAZZERINI
DIEGO MAURI
ALICE OLLINO
PIERFRANCESCO ROSSI
ENZAMARIA TRAMONTANA
DANIELA VITIELLO

GRUPPO DI COORDINAMENTO EDIZIONE 2021

GIACOMO BIAGIONI
FILIPPO CROCI
PIERFRANCESCO ROSSI
ENZAMARIA TRAMONTANA

QUADERNI DI SIDIBLOG

Introduzione

9

SEZIONE I

Le sfide sempre nuove della tutela internazionale ed europea dei diritti umani

«CERCO UNA PAROLA COME KODAK» - SULL'ORIGINE E L'USO DEL
TERMINE «GENOCIDIO»

Gabriele Della Morte 15

LE VIOLAZIONI DEI DIRITTI UMANI NELLO XINJIANG: TRA LA
REAZIONE DELLA CINA E IL LENTO RISVEGLIO DELLA COMUNITÀ
INTERNAZIONALE

Francesca Capone 23

IL COMITATO SUI DIRITTI DEL FANCIULLO SI PRONUNCIA IN MER-
RITO AL CAMBIAMENTO CLIMATICO: PUNTI DI FORZA E CRITICI-
TÀ DELLA DECISIONE *SACCHI E ALTRI C. ARGENTINA E ALTRI*

Mariangela La Manna 33

LA PREVISTA CENSURA DELL'ERGASTOLO OSTATIVO NON ANDRÀ
IN ONDA: AL SUO POSTO, «UN INVITO AL LEGISLATORE»

Diego Mauri 49

IL "CAMBIO DI PELLE" DELLA CONSULTA: LA CORTE COSTITU-
ZIONALE FRA DIRITTI FONDAMENTALI E GARANZIA DEI PRINCI-
PI EUROPEI ALLA LUCE DELLE ORDINANZE NN. 216 E 217 DEL 2021

Samuele Barbieri 65

SEZIONE II

La situazione israelo-palestinese tra diritto internazionale e ruolo dell'Unione europea

L'OPERAZIONE MILITARE ISRAELIANA 'GUARDIANO DELLE MURA'
ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE: L'EROSIONE DELLE
PROTEZIONI GIURIDICHE FONDAMENTALI DELLA POPOLAZIONE
CIVILE E L'INDAGINE DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE

Luigi Daniele e Triestino Mariniello 91

THE EU'S STATEMENTS ABOUT THE ISRAEL-PALESTINE «11-DAYS
CRISIS»: ON THE SIDE OF THE OPPRESSOR

Mauro Gatti 117

SEZIONE III

Diritto delle migrazioni

LA SITUAZIONE A CEUTA COME ESEMPIO DI DIPLOMAZIA DI FRONTIERA. ALCUNE OSSERVAZIONI SULLE RISPOSTE UNILATERALI DEL MAROCCO IN FORMA DI CRISI MIGRATORIA NEL MAGGIO 2021

Eleonora Frasca 133

LA CRISI UMANITARIA DI CEUTA DEL MAGGIO 2021 NEL QUADRO DELL'ESTERNALIZZAZIONE DELLE FRONTIERE IN MAROCCO E I DIRITTI 'INVISIBILI' AL CONFINE ISPANO-MAROCCHINO

Anna Fazzini 145

LA CORTE DI GIUSTIZIA DICHIARA L'UNGHERIA INADEMPIENTE PER LA LEGISLAZIONE «STOP SOROS»: MA È DAVVERO L'UNICA RESPONSABILE?

Chiara Scissa 163

L'ESTENSIONE AL FIGLIO MINORE DELLO STATUS DI RIFUGIATO A TITOLO DERIVATO: LA CORTE DI GIUSTIZIA UE SANCISCE IL TRIONFO DELLA «LOGICA DELLA PROTEZIONE INTERNAZIONALE» A TUTELA DELL'UNITÀ DEL NUCLEO FAMILIARE

Cristina Milano 175

SEZIONE IV

Cooperazione giudiziaria europea in materia penale

LA SENTENZA *GOVERNOR OF CLOVERHILL PRISON* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE E LA SCELTA DELLE BASI GIURIDICHE PER GLI ACCORDI CON IL REGNO UNITO IN MATERIA DI BREXIT

Alessandro Rosanò 191

WAITING FOR THE WALLS OF JERICHO TO FALL: FAITH, TRUST, AND THE EUROPEAN ARREST WARRANT SYSTEM IN LIGHT OF A RECENT IRISH PRELIMINARY REFERENCE

Alessandro Rosanò 205

SEZIONE V

Dati e mercato digitale dell'Unione europea

DIGITAL SERVICES ACT E *DIGITAL MARKETS ACT* TRA RESPONSABILITÀ DEI FORNITORI E RISCHI DI *BIS IN IDEM*

Gianpaolo Maria Ruotolo 221

LA SENTENZA *H.K. C. PROKURATUUR* E IL DIFFICILE DIALOGO TRA CGUE E STATI MEMBRI IN MATERIA DI CONSERVAZIONE E ACCESSO AI METADATI PER FINALITÀ SECURITARIE: SPUNTI DI RIFLESSIONE SU UNA QUESTIONE VECCHIA MA ANCORA IRRISOLTA

Giulia Formici 231

SEZIONE VI**Le sanzioni oggi. Legalità, efficacia e implicazioni sistemiche nel diritto internazionale e dell'Unione europea**

SANZIONI E SISTEMA INTERNAZIONALE CONTEMPORANEO: UN'INTRODUZIONE	
Beatrice Bonafè	259
IL RICORSO ALLE SANZIONI NELLA PARABOLA DI ASCESA E DECLINO DELL'ORDINE INTERNAZIONALE LIBERALE	
Alessandro Colombo	267
LE SANZIONI UNILATERALI DAVANTI ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA	
Serena Forlati	279
IL PROBLEMA DELL'EXTRATERRITORIALITÀ DELLE SANZIONI	
Stefano Silingardi	289
LE SANZIONI INTERNAZIONALI TRA TEORIA ECONOMICA ED EVIDENZA EMPIRICA	
Giuseppe De Arcangelis	299
WHY AND HOW DO REGIONAL ORGANIZATIONS IMPOSE SANCTIONS ON THEIR MEMBER STATES? A COMPARATIVE APPROACH	
Mirko Sossai	307
LE MISURE RESTRITTIVE DAVANTI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA	
Alberto Miglio	317

SEZIONE VII**Adattamento del diritto internazionale al diritto interno**

ADATTAMENTO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE AL DIRITTO INTERNO: INTRODUZIONE AL FORUM	
Lorenzo Gradoni e Diego Mauri	333
LO STRANO CASO DELL'ADATTAMENTO A ROVESCIO: IL DIRITTO INTERNO COME STRUMENTO DI "QUALIFICAZIONE" DI NORME INTERNAZIONALI E LA COSA DELLA PALUDE	
Gianpaolo Maria Ruotolo	335
L'INVOCABILITÀ DEI PRINCIPI COSTITUZIONALI SUPREMI COME CAUSA DI ESCLUSIONE DELL'ILLECITO INTERNAZIONALE: UNA QUESTIONE ANCORA APERTA	
Lorenzo Acconciamezza	347
ADATTAMENTO 'A ROVESCIO' E OBBLIGHI A REALIZZAZIONE PROGRESSIVA: UNA (POSSIBILE) LETTURA	
Laura Magi	371

SEZIONE VIII**L'attualità del pensiero giuridico di Antonio Cassese**

L'ATTUALITÀ DEL PENSIERO GIURIDICO DI ANTONIO CASSESE. INTRODUZIONE ALLA SEZIONE DEDICATA	
Micaela Frulli	383
LA POSTURA DELL'ANTONIO CASSESE «UMANITARISTA» DI FRONTE ALLE ATROCITÀ DEI CONFLITTI ARMATI	
Diego Mauri	387
IL RUOLO DELLE COMMISSIONI AFFARI ESTERI DEL PARLAMENTO ITALIANO. A QUARANT'ANNI DA UNA RICERCA CONDOTTA DA ANTONIO CASSESE	
Matteo Giannelli	401
UN FORMALISMO SOSTANZIALE. ALCUNE RIFLESSIONI SU SCIENZA GIURIDICA E FASCISMO A PARTIRE DA IL DIRITTO INTERNAZIONALE IN ITALIA DI ANTONIO CASSESE	
Stefano Malpassi	413
ANTONIO CASSESE E L'EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO: NESSUNA GIUSTIZIA SENZA RIPARAZIONI PER LE VITTIME DI CRIMINI SESSUALI	
Francesca Cerulli	425
IL RUOLO DEL GIUDICE INTERNAZIONALE E LA RILEVANZA DELLA TECNICA DEL BILANCIAMENTO NEL PENSIERO E NELLA PRATICA DI CASSESE	
Lorenzo Acconciamezza	445

SEZIONE IX**Cinema e diritto internazionale**

<i>CINEFORUM NON CONVENIENS</i> - QUALE DIRITTO INTERNAZIONALE CERCARE NEL CINEMA E QUALE NO	
Lorenzo Gradoni	463
SI PUÒ DAVVERO ESSERE PAZIENTI CON IL DIRITTO INTERNAZIONALE? UNA RECENSIONE AL FILM <i>BROKEN – A PALESTINIAN JOURNEY THROUGH INTERNATIONAL LAW</i>	
Marco Pertile	481

Il ruolo del giudice internazionale e la rilevanza della tecnica del bilanciamento nel pensiero e nella pratica di Cassese

LORENZO ACCONCIAMESSA*

SOMMARIO: 1. Le lacune nel diritto internazionale e il ruolo del giudice nel pensiero di Cassese. – 2. Il bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali. – 2.1. La rilevazione di norme sostanziali non scritte. – 2.2. La rilevazione di norme procedurali non scritte. – 2.3. L'interpretazione del diritto applicabile e la soluzione di conflitti normativi. – 3. Quale spazio nel contemporaneo contesto storico, sociopolitico e normativo?

ABSTRACT: Un assunto che sottende al pensiero giuridico di Cassese è la presa d'atto dell'intrinseca lacunosità del diritto internazionale e, conseguentemente, del ruolo del giudice internazionale nel garantire la completezza e la coerenza dell'ordinamento. Tra gli strumenti a disposizione del giudice per adempiere a tale fondamentale funzione Cassese annoverava i principi generali del diritto internazionale e, di conseguenza, la tecnica del bilanciamento tra gli stessi, allo scopo di rilevare e interpretare il diritto applicabile dal giudice. In questo breve scritto si tenterà di mettere in luce la rilevanza che tale tecnica ha avuto in alcune storiche pronunce dei tribunali penali internazionali. Nelle conclusioni si esaminerà il ruolo che la stessa potrebbe avere alla luce del mutato contesto storico, sociale e giuridico in cui oggi operano la Corte penale internazionale e, più ampiamente, gli altri tribunali internazionali.

PAROLE CHIAVE: bilanciamento – diritto internazionale non scritto – principi generali – lacune – principio di dignità umana – sviluppo progressivo del diritto internazionale.

* Dottorando di ricerca in diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo e Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, lorenzo.acconciamezza@unipa.it. Assistente giurista presso la Cancelleria della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'articolo riflette le opinioni dell'autore, espresse nella propria capacità accademica, che non vincolano in alcun modo la Corte o il Consiglio d'Europa.

1. Le lacune nel diritto internazionale e il ruolo del giudice nel pensiero giuridico di Cassese

È noto che Antonio Cassese, oltre ad essere stato un grande studioso del diritto internazionale vigente, ha anche esercitato una notevole influenza sul suo sviluppo. Egli stesso ha riconosciuto l'esistenza di una tensione tra la propria formazione *positivista* e la sua aspirazione verso l'*umanizzazione* dell'ordinamento¹. Tale tensione emerge nella sua attività tanto come accademico, quanto come giudice e presidente del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, prima, e del Tribunale speciale per il Libano, dopo.

In modo quasi contro-intuitivo, lo slancio innovatore è rinvenibile maggiormente nella sua attività di «pratico»² piuttosto che come «teorico»³. Ciò deriva da un assunto di fondo che sottende al lavoro di Cassese, che consiste nella presa d'atto della *lacunosità intrinseca* del diritto internazionale⁴ e del ruolo *lato sensu* creativo che il giudice internazionale è chiamato a svolgere per garantire la completezza e la coerenza dell'ordinamento, oltre che il suo sviluppo verso una più intesa tutela dei valori condivisi dalla comunità degli Stati⁵, come quelli in materia di tutela dei diritti umani. Tale funzione, come lo stesso Cassese riconosceva, è ancora più rilevante in quelle aree, come il diritto internazionale penale, ove il diritto è (o, almeno, era) particolarmente lacunoso e in via di evoluzione e consolidamento⁶.

¹ A CASSESE, *Soliloquy*, in A. CASSESE, P. GAETA, S. ZAPPALÀ (a cura di), *The Human Dimension of International Law: Selected Papers of Antonio Cassese*, Oxford, 2008, p. lix ss., p. lxiv, ha fatto riferimento alla sua «scholarly “Dr. Jekyll and Mr. Hyde” attitude» e alla «coexistence of two contradictory mindsets», e si è chiesto «whether one ought not to move beyond the strict legal parameters agreed upon by States, at least whenever the need to oppose glaring injustice would oblige one to do so».

² *Ivi*, p. lxxi, ove ha affermato espressamente di essersi fatto guidare dalla massima *hominum causa omne jus constitutum est* nel redigere le motivazioni della nota pronuncia *Tadić*.

³ A. CASSESE, *The ICTY: A Living and Vital Reality*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 585 ss., p. 589-90. Nei propri scritti extragiudiziari, invece, ha sottolineato l'importanza del rigoroso metodo dualista nell'accertamento delle consuetudini.

⁴ *Ivi*, p. 590: «international courts operate in a legal system that is notably lacking in many respects. Among other things, the absence of an international law-maker and an international court with compulsory universal jurisdiction entails that many rules are not clear, particularly when they are of customary origin, (...) hence the need for courts to gradually spell out the contents of those rules».

⁵ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, II ed., Bologna, 2006, p. 296-297: «Gli Stati interessati non hanno mai sollevato obiezioni (...), tanto che si potrebbe affermare che essi abbiano accettato il ruolo normativo talvolta svolto dalla CIG». Si vedano anche, ad esempio, G. BARILE, *La rilevanza e l'integrazione del diritto internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice*, Milano, 1953, p. 71; P. BENVENUTI, *Principi generali del diritto, giurisdizionali internazionali e mutamenti sociali nella vita di relazione internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 295 ss.

⁶ A. CASSESE, *The ICTY*, cit., p. 590: «in the area of international criminal law (...) a set of judicial findings plus some appropriate *obiter dicta* on a few important legal side-issues may contribute to the

Pertanto, ove il caso da decidere non sia disciplinato da una norma consuetudinaria (intesa, in senso stretto, come ricavata sulla base della prassi statale e dell'*opinio juris*) o pattizia, il giudice internazionale dovrebbe in ogni caso rilevare la regola risolutiva, non potendo pronunciare un *non liquet*. E tra gli strumenti di cui il giudice dispone per adempiere a tale funzione Cassese annoverava – accanto ai metodi alternativi di rilevazione del diritto consuetudinario, fondati sulla prevalenza dell'*opinio juris*⁷, e ai principi generali riconosciuti *in foro domestico*⁸ – i *principi generali del diritto internazionale*⁹. Tali principi svolgono un'importante funzione di ausilio interpretativo, ma consentono anche, sulla base di un bilanciamento¹⁰, di individuare la regola risolutiva del caso nell'ipotesi in cui quest'ultimo non sia chiaramente sussumibile in consuetudini o norme pattizie¹¹. Tale tecnica viene, da alcuni, criticata poiché ritenuta impropriamente volta all'esercizio, da parte del giudice, di un potere «legislativo»

determination of applicable customary international law rules and principles, as well as to the proper construction of treaties other written international rules»; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di prima istanza, sentenza del 14 gennaio 2000, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, par. 740: «international criminal rules are still in a rudimentary state. They need to be elaborated and rendered more specific either by international law-making or by international case law so as to give rise to general rules».

⁷ A. CASSESE, *The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, in *European Journal of International Law*, 2000, p. 187 ss., p. 188-89; A. CASSESE, *International Law*, II edizione, Oxford, 2005, p. 160; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Kupreškić*, cit., par. 527; M. FRULLI, *The Contribution of International Criminal Tribunals to the Development of International Law: The Prominence of Opinio Juris and the Moralization of Customary Law*, in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2015, p. 80 ss.; v. il contributo di Mauri in questo numero.

⁸ L. GRADONI, *L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux*, in E. FRONZA, S. MANACORDA (a cura di.), *La justice pénale internationale dans les décisions des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc: Études des Law Clinics en droit international*, Milano, 2003, p. 10 ss.

⁹ A. CASSESE, P. GAETA, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, 2008, p. 9; Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, *Kupreškić*, cit., par. 667.

¹⁰ Per una ricostruzione del ruolo del bilanciamento nella giurisprudenza di altri tribunali internazionali, si vedano P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, *Balancing Test*, in H. RUIZ-FABRI (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, 2021; L. GRADONI, *Consuetudine internazionale e caso inconsueto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 704 ss.; sui tribunali penali internazionali, T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, Salzburg, 2017, p. 145 ss.

¹¹ A. CASSESE, *International Law*, II ed., Oxford, 2005, p. 67. Nel suo manuale, dopo aver spiegato il metodo di accertamento dei principi generali del diritto internazionale, basato su un procedimento di astrazione e generalizzazione a partire dalle rilevanti regole di diritto internazionale consuetudinario e pattizio, e dopo aver sostenuto che tra questi ultimi si pone anche il principio di umanità, Cassese fa riferimento al bilanciamento come metodo di applicazione degli stessi: «For example, the question of whether States can intervene to prompt a third State to discontinue alleged violations of human rights can only be settled in the light, and on the combined strength, of the two principles, which – taken together – can provide a correct solution to the question in the specific cases».

o «normativo», che ovviamente non gli compete¹². Tuttavia, nel pensiero di Cassese emerge come egli considerasse il bilanciamento come una tecnica volta non a produrre nuovo diritto, bensì a *rilevare* e *reperire* il diritto nella coscienza della comunità internazionale. Ed infatti, la rilevanza che egli attribuiva al principio di legalità e alla necessità che i tribunali internazionali si limitassero ad applicare la *lex lata*¹³ conferma come, a suo parere, il bilanciamento (cui ha fatto diverse volte ricorso in pronunce che costituiscono notoriamente il frutto della sua penna) sia una tecnica di «accertamento» e non di «creazione» del diritto¹⁴.

Come si vedrà, con riferimento alla struttura analitica il bilanciamento realizzato da parte dei tribunali penali internazionali non differisce da quello svolto da altri tribunali internazionali, tra cui, in particolare, quelli in materia di tutela dei diritti umani. In via di estrema semplificazione, vengono individuati i principi o interessi che si contrappongono nel caso concreto (che, in quanto protetti dall'ordinamento, costituiscono scopi legittimi ai sensi del medesimo), e la direzione verso cui essi tendono alla luce delle circostanze del caso (test di adeguatezza). In secondo luogo, si valuta la soluzione che leda nel minor grado possibile l'interesse tutelato dal principio di ipotesi soccombente (test di necessità). In terzo luogo, si individua la soluzione che, tutelando nel maggior grado possibile l'interesse prevalente, non comprometta in ogni caso eccessivamente l'interesse protetto dal principio soccombente (test di

¹² C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, Padova, 2019: «se i valori non coincidono con le norme, ma le norme si ispirano sempre ad un valore, ne consegue che non solo una norma non può essere ricavata deduttivamente dal valore protetto, ma neanche che essa possa essere ricavata da un certo bilanciamento tra valori in conflitto».

¹³ TPIJ, Camera d'appello, sentenza del 7 ottobre 1997, *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Opinione dissenziente e separata del giudice Cassese, par. 48: «to uphold in this area the concept of recourse to policy-directed choice is tantamount to running foul of the customary principle *nullum crimen sine lege*. An international court must apply *lex lata*, that is to say, the existing rules of international law as they are created through the sources of the international legal system. If it has instead recourse to policy considerations or moral principles, it acts *ultra vires*». Si veda anche TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza del 15 marzo 2002, *Prosecutor v. Krnojelac*, par. 186, che afferma che il principio di legalità è volto anche a prevenire «a court from creating new law or from interpreting existing law beyond the reasonable limits of acceptable clarification».

¹⁴ TPIJ, *Kupreškić*, cit., par. 667: «In this search for and examination of the relevant legal standards, and the consequent enunciation of the principles applicable at the international level, the Trial Chamber might be deemed to set out a sort of *ius praetorium*. However, its powers in *finding the law* are of course far more limited than those belonging to the Roman *praetor*: under the International Tribunal's Statute, the Trial Chamber must apply *lex lata* i.e. existing law, although it had broad powers in determining such law»; Tribunale speciale per il Libano, decisione sul diritto applicabile del 16 febbraio 2011, *Ayyash*, par. 24: «This operation must of course be undertaken by way of construction and without the judges arrogating to themselves the role of lawmakers beyond that inherent in interpretation».

proporzionalità in senso stretto). Tuttavia, le peculiarità di tale settore normativo del diritto internazionale, e delle parti dello stesso giudizio, si manifestano negli interessi che vengono in rilievo nel giudizio, e che vengono bilanciati tra loro. Solitamente gli interessi che vengono bilanciati dai tribunali penali internazionali sono quelli protetti dalle rispettive sovranità degli Stati parte della controversia (nel contenzioso interstatale) oppure, da un lato, la sovranità statale e, dall'altro, altri interessi tutelati dall'ordinamento (come la dignità umana). Nell'ambito del diritto internazionale penale, invece, il bilanciamento consente di rilevare, interpretare e applicare il diritto sulla base della risoluzione del conflitto tra, da un lato, il *principio di dignità umana* – che tende verso la punizione dei responsabili dei più gravi crimini internazionali – e, dall'altro, il *principio di legalità*¹⁵ – che vieta l'applicazione retroattiva del diritto penale e una pronuncia di condanna sulla base di una norma che non fosse esistente, prevedibile e accessibile al momento della commissione del fatto¹⁶. Emerge allora come nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali vengono a scontrarsi tra loro anche esigenze di *effettività*, che propendono verso la punizione dei colpevoli, con quelle di *legittimazione* del tribunale, che a sua volta si fonda tanto sul rispetto della sovranità degli Stati (tramite la corretta rilevazione del diritto applicabile) che sul rispetto dei diritti fondamentali degli imputati¹⁷.

¹⁵ A. CASSESE, *Crimes Against Humanity*, in A. CASSESE, P. GAETA, J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford, 2002, p. 380 ss., p. 354-55. All'epoca del processo di Norimberga tale principio è stato considerato come una «moral maxim destined to yield to superior exigencies whenever it would have been contrary to justice not to hold persons accountable for appalling atrocities». Si veda M.C. BASSIOUNI e P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, 1996, p. 265: «The principles of legality in international law are necessarily *sui generis*: they must balance the needs of justice for the world community and fairness of the accused in the context of the Rule of Law».

¹⁶ Si veda, con riferimento a una pronuncia della Corte EDU in cui tale conflitto implicitamente emergeva in relazione all'interpretazione dell'art. 7 CEDU (*nullum crimen sine lege*), A. CASSESE, *Balancing the Prosecution against Crimes against Humanity and Non-Retroactive Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 410 ss., p. 416-17, secondo cui il rapporto tra tali principi configura un «clash between two legal constructs», nell'ambito del quale «the need to make international values upholding human dignity (and the legal rules enshrining those values) prevail over diverging national legislation, tips the balance in favour of international law, to the detriment of the accessibility and foreseeability of criminal law». Si veda anche TPIJ, Camera di prima istanza, sentenza del 5 dicembre 2003, *Prosecutor v. Galić*, par. 93, secondo cui il principio di legalità «is meant to prevent the prosecution and punishment of a person for acts which were not reasonably, and with knowledge of the laws in force, believed by that person not to be criminal at the time of their commission».

¹⁷ S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice*, in A. CASSESE, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, 2009, p. 216 ss., p. 217, secondo cui il compito di tali organi è comprendere «how a balance can be found between *effectiveness* (in the pursuit of

Fatte queste premesse, un'ultima precisazione si rende necessaria. A dieci anni dalla scomparsa di Cassese, l'editoriale in cui si inserisce il presente contributo intende mettere in luce alcuni tra i tanti apporti che lo stesso ha dato allo sviluppo del diritto internazionale penale e, più in generale, del diritto internazionale. La tecnica del bilanciamento è un aspetto ancora piuttosto esplorato di tale eredità. In questo breve scritto si tenterà, pertanto, di sottolineare la rilevanza che detta tecnica ha avuto in alcune pronunce storiche dei tribunali penali internazionali, le quali, a loro volta, hanno influenzato il successivo sviluppo del diritto internazionale penale. Si tenterà poi di capire quale possa essere il ruolo di tale tecnica nell'ambito del diritto internazionale, penale ma anche generale, contemporaneo.

2. Il bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali

Alla luce di quanto detto sopra, è vero che il principio di legalità in materia penale, anche nel diritto internazionale, non può essere considerato come una mera massima di «substantive justice», dovendo essere inteso in termini di «strict legality»¹⁸. Come è stato rilevato, di conseguenza esso «serves [as] a restraint on the tribunals' ability to be “progressive” in their contributions to the development of customary humanitarian law»¹⁹. Secondo parte della dottrina, da ciò deriverebbe necessariamente che un tribunale penale internazionale sia «obliged to use only the most conservative positivist methodology in finding the

the object and purpose of the system: i.e. to ensure that there is no space for impunity) and *legitimacy* (which demands or at least implies that international courts must not violate the fundamental rights of defendants, including the principle of legality) To a certain extent activism can be interpreted as a form of greater concern for effectiveness, while restraint could be viewed as the expression of greater concern for legitimacy»; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2016, p. 111 ss., p. 138: «While the principles of legality and state consent perform vital legitimating functions in international criminal law, the effectiveness of international criminal law in attaining the object of ending impunity is an equally important goal that must be weighed against these legitimacy concerns».

¹⁸ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. 1, Norimberga, 14 novembre 1945-1 ottobre 1946, p. 223.

¹⁹ T. MERON, *Revival of Customary Humanitarian Law*, in *American Journal of International Law*, 2006, p. 817 ss., p. 831. Si veda anche Nazioni Unite, *Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, UN Doc. S/25704, 3 maggio 1993, par. 34: «the application of the principle *nullum crimen sine lege* requires that the international tribunal should apply rules of international law which are beyond any doubt part of customary law so that the problem of adherence of some but not all States to specific conventions does not arise».

applicable law»²⁰. Tuttavia, ciò non ha impedito agli stessi di fare ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi²¹, senza allo stesso tempo compromettere l'essenza del principio di legalità.

Pertanto, nel prosieguo si esamineranno, a titolo meramente esemplificativo, delle storiche pronunce in cui il bilanciamento è stato utilizzato allo scopo di *rilevare* (1) norme sostanziali non scritte e (2) norme procedurali non scritte, nonché per (3) *interpretare* il diritto applicabile. È emblematico notare come in tutte le pronunce esaminate Cassese fosse il Presidente del collegio.

2.1. La rilevazione di norme sostanziali non scritte

La nota pronuncia *Tadić* del 1995 deve essere menzionata in apertura. Pur non facendo espressamente ricorso alla tecnica del bilanciamento, essa pone il necessario presupposto per il medesimo, ovvero il riconoscimento del ruolo del *principio di dignità umana* nella rilevazione del diritto applicabile²². Ed infatti, pur prendendo atto della circostanza per cui, in passato, i conflitti armati interni fossero disciplinati quasi esclusivamente dal diritto interno, il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia ha ritenuto che

this dichotomy was clearly sovereign-oriented and reflected the traditional configuration of the international community, based on the coexistence of sovereign States more inclined to look after their own interests than community concerns of humanitarian demands. (...) the impetuous development and propagation in the international community of human rights doctrine, particularly after the adoption of the UDHR in

²⁰ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, in C. STAHN, L. VAN DEN HERIK (a cura di), *Future Perspectives in International Criminal Justice*, Leiden, 2010, p. 58 ss., p. 68.

²¹ E. CANNIZZARO, *Customary International Law on the Use of Force: Inductive Approach v. Value-Oriented Approach*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI (a cura di), *Customary International Law on the Use of Force. A Methodological Approach*, Leiden–Boston, 2005, Martinus Nijhoff, p. 245 ss., p. 248, secondo cui il bilanciamento sarebbe «a positivist methodology of determining customary international law».

²² Si veda anche Tribunale speciale per il Libano, *Ayyash*, cit., par. 29: «The principle *in dubio mitius* is emblematic of the old international community, which consisted only of sovereign states, where individuals did not play any role and there did not yet exist intergovernmental organizations such as the United Nations tasked to safeguard such universal values as peace, human rights, self-determination of peoples and justice. (...) Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramouncy throughout the world community».

1948, has brought about significant changes in international law (...). A State-sovereignty-oriented approach had been gradually supplanted by a human-being oriented approach.²³

Nel rilevare alcune regole disciplinanti i conflitti armati interni, il Tribunale ha adottato un approccio valoriale²⁴. E nel verificare se esistesse una regola secondo cui dalla grave violazione delle regole che disciplinano i conflitti interni derivi la responsabilità penale internazionale dell'individuo il Tribunale, dopo verificato solo alcuni esempi di prassi e, principalmente, *opinio juris*, ha concluso che tale conclusione «is also fully warranted from the point of view of *justice and equity*»²⁵.

Il bilanciamento è stato poi espressamente utilizzato nella pronuncia *Furundzija*. Data l'assenza di consenso, tra i principi riconosciuti dalla comunità degli Stati, in merito al se la condotta della penetrazione orale forzata dovesse inquadrarsi nell'ambito della fattispecie di stupro, oppure di una figura minore di reato sessuale, il Tribunale ha ritenuto di dover fare riferimento ai *principi generali del diritto internazionale*²⁶. Sulla base del bilanciamento tra i principi rilevanti, realizzato secondo la struttura analitica che lo caratterizza nella giurisprudenza dei giudici interni²⁷, ha rilevato la regola sostanziale del caso e, dunque, la norma contenente gli elementi essenziali dello stupro come elemento di un crimine di guerra o contro l'umanità.

Innanzitutto, ha individuato i *principi in conflitto* e la *direzione* cui i medesimi, in relazione al caso, tendevano. Da un lato, vi era il *principio di dignità umana*²⁸, volto alla protezione dell'individuo da attacchi umilianti nei confronti della propria

²³ TPIJ, Camera d'appello, decisione del 2 ottobre 1995, *Prosecutor v. Dusko Tadić a/k/a 'DULE'*, par. 96-97.

²⁴ *Ivi*, par. 129: «[p]rinciples and rules of humanitarian law reflect “elementary considerations of humanity” widely recognized as the mandatory minimum for conduct in armed conflict. No one can doubt of the gravity of the acts at issue, nor the interest of the international community in their prohibition».

²⁵ *Ivi*, par. 135.

²⁶ TPIJ, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Anto Furundzija*, IT-95-17/1, sentenza del 10 dicembre 1998, par. 182.

²⁷ R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002 (I ed., in tedesco, 1986).

²⁸ TPIJ, *Furundzija*, cit., par. 183. Definito come principio generale del diritto internazionale, è stato ricavato sulla base di un procedimento di astrazione e generalizzazione da norme consuetudinarie e pattizie: «the forced penetration of the mouth by the male sexual organ constitutes a most humiliating and degrading attack upon human dignity. The essence of the whole corpus of international humanitarian law as well as human rights law lies in the protection of human dignity of every person, whatever his or her gender. The general principle of respect for human dignity is the basic underpinning and indeed the very *raison d'être* of international humanitarian law and human rights law; indeed in modern times it has become of such paramount importance as to permeate the whole body of international law. This principle is intended to shield human beings from outrages upon their personal dignity».

persona. A detta del Tribunale, «[i]t is consonant with this principle that such an extremely serious sexual outrage (...) should be classified as rape»²⁹. Dall'altro lato si poneva il *principio di legalità penale*, che ha lo scopo di prevenire una condanna arbitraria dell'imputato. Individuati i principi e chiarito che la qualificazione della penetrazione orale come stupro è funzionale alla tutela della dignità umana (secondo quello che, nella teoria del bilanciamento, si definisce *test di adeguatezza*), il Tribunale ha realizzato il *test della necessità*, o del grado minimo di incidenza sull'interesse sacrificato. Ha sottolineato, infatti, come la lesione del principio *nullum crimen sine lege* sarebbe stata minima, posto che la condotta realizzata era, in ogni caso, criminalizzata come reato sessuale minore³⁰. Infine, ha proceduto a un *bilanciamento* tra i principi confliggenti (*test di proporzionalità in senso stretto*), alla luce delle circostanze del caso. In particolare, ha osservato che alla grave violazione della dignità umana corrispondeva una minima lesione dal principio di legalità, anche in quanto la diversa qualificazione non avrebbe aggravato la sanzione³¹. L'unico pregiudizio che ne sarebbe derivato per l'imputato sarebbe stato il più grave stigma annesso alla condotta ma, a detta del Tribunale, «any such concern is *amply outweighed* by the fundamental principle of protecting human dignity (...) which favors broadening the definition of rape»³².

2.2. La rilevazione di norme procedurali non scritte

Il Tribunale per l'ex Jugoslavia ha fatto ricorso al bilanciamento anche per colmare lacune nel proprio diritto procedurale. Nel caso *Kupreskić* la questione controversa era l'ammissibilità o meno della «cumulation of offences» – stabilire se la medesima condotta commessa nei confronti delle stesse vittime potesse simultaneamente integrare diversi crimini –, e della «cumulation of charges» – consistente nell'inserimento di capi di imputazione alternativi o cumulativi nella

²⁹ *Ivi*, par. 183.

³⁰ *Ivi*, par. 184: «the Trial Chamber is of the opinion that it is not contrary to the general principle of *nullum crimen sine lege* to charge an accused with forcible oral sex as rape when in some national jurisdiction, including his own, he could only be charged with sexual assault».

³¹ *Ibidem*: «in prosecutions before the Tribunal forced oral sex is invariably an aggravated sexual assault, as it is committed in time of armed conflict on defenseless civilians; hence, it is not simple sexual assault but sexual assault as a war crime or crime against humanity. Therefore so long as an accused, who is convicted of rape for acts of forcible oral penetration, is sentenced on the factual basis of coercive oral sex (...) then he is not adversely affected by the categorization of forced oral sex as rape rather than as sexual assault».

³² *Ibidem*. Enfasi aggiunta.

richiesta di rinvio a giudizio. Il Tribunale ha riconosciuto che, trattandosi di una questione nuova e non espressamente disciplinata, era necessario fare riferimento ai principi generali del diritto internazionale penale o, in mancanza, ai principi generali comuni ai principali sistemi giuridici³³.

Avendo stabilito che, dal punto di vista sostanziale, vi sono condotte che possono contestualmente integrare più illeciti³⁴, il Tribunale ha dovuto chiarire se il Procuratore «may present cumulative charges for the same act»³⁵. E vista l'esistenza di una lacuna³⁶, ha fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento, posto che ha affermato che «the issue must be settled in the light of two basic but seemingly conflicting requirements»³⁷. Anche in questo caso, ha individuato i principi e gli scopi da essi perseguiti, ovvero l'interesse alla *difesa dei diritti dell'accusato*, da un lato, e l'interesse alla *corretta amministrazione della giustizia*, dall'altro lato³⁸. Ha quindi determinato in che direzione propendessero nel caso concreto: se il primo imponeva che l'imputato fosse compiutamente e prontamente informato delle accuse a suo carico³⁹, il secondo richiedeva che mere questioni tecniche relative alla formulazione del capo di imputazione non intralciassero l'operato del Procuratore⁴⁰. Sulla base di ciò, il Tribunale ha individuato delle specifiche regole che garantissero che il sacrificio dei due interessi fosse limitato al minor grado possibile.

L'ulteriore questione riguardava l'eventualità di una errata qualificazione dei fatti nel capo di imputazione formulato dal Procuratore: anche rispetto a tale aspetto il Tribunale ha rilevato una lacuna⁴¹ e, dunque, ha ritenuto di dover procedere «to look for a general principle of law consonant with the fundamental features and

³³ TPIJ, Camera di prima istanza, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al*, sentenza del 14 gennaio 2000, par. 669.

³⁴ Ad esempio, l'omicidio di una famiglia realizzato di fronte a un membro della stessa, che integra contestualmente la fattispecie di omicidio e quella di atti disumani. Ciò sulla base dei criteri ritenuti condivisi dagli ordinamenti giuridici interni, ossia quelli basati sulla «specialità» della fattispecie e quello fondato sul «valore protetto» dalla norma incriminatrice.

³⁵ *Ivi*, par. 720.

³⁶ *Ivi*, par. 722: «[n]either the Statute nor the Rules establish how the charges must be brought by the Prosecutor».

³⁷ *Ivi*, par. 724.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ivi*, par. 725: «The former requirement demands (...) that the accused is entitled to know the specifics of the charges against him, namely the facts of which he is accused and the legal classification of these facts».

⁴⁰ *Ivi*, par. 726: «The efficient fulfilment of the Prosecution's mission favors a system that is not hidebound by formal requirements of pleading in the indictment».

⁴¹ *Ivi*, parr. 728, 738.

the basic requirements of international criminal justice»⁴². E anche in questo caso ha proceduto a individuare le direzioni cui i principi e gli interessi sopra menzionati tendessero. Da un lato, ha ritenuto che attribuirsi il potere di procedere discrezionalmente alla riqualificazione dei fatti avrebbe leso in maniera eccessiva il diritto dell'imputato alla difesa⁴³; dall'altro, ha riconosciuto che l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia escludesse che un mero errore nell'imputazione potesse impedire lo svolgimento del giudizio, a condizione (e qui emerge il test di necessità), che non avesse impedito l'esercizio del diritto di difesa⁴⁴. Posta l'assenza di una chiara regola, la soluzione della questione doveva basarsi su «a careful balancing of the two aforementioned requirements»⁴⁵, il quale imponeva una serie di conclusioni (di regole precise individuate dal Tribunale) idonee a garantire che alcuno degli interessi rilevanti fosse eccessivamente sacrificato.

2.3. L'interpretazione del diritto applicabile e la soluzione di conflitti normativi

Un'ulteriore funzione svolta dal bilanciamento nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali riguarda l'interpretazione del diritto e la soluzione di eventuali conflitti normativi. Un esempio è rinvenibile nella pronuncia sul diritto applicabile resa dal Tribunale speciale per il Libano (un tribunale misto, anch'esso presieduto in quel momento da Cassese) nel caso *Ayyash*. Il Procuratore proponeva un approccio estensivo secondo cui il Tribunale avrebbe potuto colmare eventuali lacune nel diritto applicabile facendo riferimento a regole e principi di diritto internazionale⁴⁶, mentre la difesa invocava il divieto di interpretazione estensiva e di analogia in materia penale, nonché il principio di diritto internazionale *in dubio mitius*, secondo cui le restrizioni della sovranità statale non possono essere presunte⁴⁷. Il Tribunale ha riconosciuto come le diverse fonti del diritto applicabile dallo stesso proteggessero interessi diversi e non necessariamente in armonia tra loro. Ha quindi sottolineato come spetti al

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, par. 740.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, par. 742.

⁴⁶ Tribunale speciale per il Libano, *Ayyash*, cit., par. 17.

⁴⁷ *Ivi*, par. 18.

giudice procedere a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dalle medesime, non potendo quest'ultimo in ogni caso pronunciare un *non liquet*:

Lawmakers, both national and international, may seek to protect and turn into legally binding standards interests and concerns that are conflicting (...). As a result, statutes and international treaties (...) not infrequently contain varying or diverging formulations of interests and concerns without amalgamating them and reducing them into a logically well-structured and coherent body of rules. Some concerns or demands may be reflected in one provision, while others, not necessarily reconcilable, may be articulated in other provisions. In some instances they may even be embedded in the same provision. Where provisions are inconsistent, the dominant provision must be identified. In all these cases as well as in other areas that H.L.A. Hart termed "penumbral situations", it falls to the interpreter as far as practicable to give consistency, homogeneity and due weighing to the different elements of a diverging or heterogeneous set of provisions. Judges are not permitted to resort to a *non liquet* (that is, to declare that it is impossible for them to reach a decision because the point at issue "is not clear" in default of any rule applicable to the case).⁴⁸

Nel determinare i principi da considerare nel risolvere tali *situazioni di penombra*⁴⁹, il Tribunale ha richiamato l'emersione dei diritti umani come valore che, nella comunità internazionale, si è affiancato al principio di sovranità⁵⁰. E accanto a questi, ha invocato una serie di altri principi, tra cui: il principio effettività, che richiede di preferire «an interpretation that best enables the Tribunal to achieve its goal to administer justice in a fair and efficient manner»; il principio del *favor rei*, che costituisce corollario del più generale principio dell'equo processo e secondo cui bisogna preferire «that interpretation which is more favourable to the rights of the suspect or the accused»; il principio di legalità, secondo cui è vietata l'applicazione retroattiva del diritto penale⁵¹. Il Tribunale ha, quindi, definito i generali criteri di interpretazione e rilevazione del diritto che, a detta del medesimo, devono tendere a bilanciare i principi che vengono in rilievo.

Oltre ad aver chiarito tale approccio generale, il caso *Ayyash* è rilevante in quanto in esso si è riproposta la questione, sopra esaminata, relativa alle condotte pluri-

⁴⁸ *Ivi*, par. 32.

⁴⁹ *Ivi*, par. 32: «[it] is therefore authorised to resort to these principles as a standard of construction when the Statute or the Lebanese Criminal code is unclear and when other rules of interpretation have not yielded satisfactory results».

⁵⁰ *Ivi*, par. 29: «Today the interests of the world community tend to prevail over those of individual sovereign states; universal values take pride of place restraining reciprocity and bilateralism in international dealings; and the doctrine of human rights has acquired paramountcy throughout the world community».

⁵¹ *Ibidem*.

offensive e possibilità di formulare capi di imputazione alternativi. Per risolverla, dopo aver richiamato che ciascuna parte (accusa, difesa e vittime) ha delle «responsabilità» nell'ambito del processo, il Tribunale ha affermato che «crucial to the specific discussion that follows is the *judicial obligation to balance* wisely and justify the competing responsibilities of the parties as well as the dictates of a trial that is both fair and expeditious»⁵². Il Tribunale ha ritenuto che tanto il diritto libanese quanto il diritto internazionale penale condividessero lo stesso approccio, il quale «has the advantage of (i) increasing the expeditiousness of the proceedings and (ii) avoiding unnecessary and heavy burdens on the defence in preparing and presenting its case»⁵³. Rispetto poi alla questione del se fosse *preferibile* la formulazione di capi di imputazione cumulativi o alternativi, ha affermato che «there is no clear, general rule under either Lebanese or international criminal law»: ciascuna ipotesi aveva, per il Tribunale, «strengths and weaknesses», in quanto l'imputazione cumulativa «can ensure that the full scope of the accused's conduct is properly punished, and in this sense, provide victims with the full justice they deserve» ma, allo stesso tempo, sarebbe dannosa per la speditezza del processo⁵⁴. In assenza di chiare regole, il Tribunale ha affermato che «we draw the following conclusions based on the underlying purposes of the Statute to ensure fair and efficient trials in accordance with the highest standards of justice»⁵⁵. Anche in questo caso, dunque, la soluzione è stata raggiunta sulla base del bilanciamento, definito come «obbligo» del giudice.

3. Quale spazio nel contemporaneo contesto storico, sociopolitico e normativo?

Quelli di cui sopra sono alcuni esempi in cui i tribunali penali internazionali (*ad hoc* o misti) hanno fatto ricorso alla tecnica del bilanciamento tra principi allo scopo di rilevare e interpretare il diritto. Viene però da chiedersi quale possa essere lo spazio per tale approccio nel diritto internazionale penale (ma anche generale) contemporaneo e, quindi, quale sia il ruolo del giudice internazionale nell'attuale, mutato, contesto storico, sociopolitico e normativo.

⁵² *Ivi*, par. 266. Enfasi aggiunta.

⁵³ *Ivi*, par. 271.

⁵⁴ *Ivi*, par. 295.

⁵⁵ *Ivi*, par. 297.

Vi sono, infatti, elementi per ritenere che quella dei tribunali penali *ad hoc* sia stata un'esperienza pressoché *unica e irripetibile*. L'apporto «creativo» della giurisprudenza era sostenuto dal forte consenso della comunità internazionale in merito alla necessità di punire i colpevoli⁵⁶ e dallo stato ancora rudimentario del diritto internazionale penale⁵⁷. Se le decisioni menzionate, e le regole rilevate da tali tribunali, hanno esercitato un'influenza determinante sul successivo sviluppo di detto settore dell'ordinamento internazionale, tale fenomeno si è successivamente arrestato per volontà degli Stati che, nello Statuto di Roma, vista l'estensione della giurisdizione della Corte penale internazionale (CPI), hanno inteso riaffermare il proprio ruolo esclusivo nella 'produzione' del diritto⁵⁸. Lo stesso Cassese, in un'intervista, aveva dichiarato che

[t]he draftsmen of the Rome Statute during negotiating process simply did not trust judges. I was told there was also this fear of the "Cassese approach", namely judges overdoing it, becoming dangerous by, say, producing judgments that can be innovative.⁵⁹

Lo Statuto, infatti, definisce in modo dettagliato le fattispecie su cui la Corte ha giurisdizione, nonché il diritto applicabile, con la conseguenza con lo spazio lasciato alla «creatività» giudiziaria è ristretto. Ciò anche in quanto la CPI non ha competenza ad adottare le proprie regole procedurali; di conseguenza, essa è meno propensa a risolvere questioni procedurali sulla base della tecnica del bilanciamento⁶⁰. Il ricorso al bilanciamento, tuttavia, non è escluso *a priori*, posto

⁵⁶ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, in L. VAN HERIK, C. STAHN (a cura di), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, L'Aja, 2010, p. 58 ss., p. 74: «the decisions of the ICTY generally reflected the positions of the most powerful countries. Furthermore, the atrocious nature of the crimes committed rendered almost impossible any criticism»; T. RAUTER, *Judicial Practice, Customary International Criminal Law and Nullum Crimen Sine Lege*, cit., p. 117-118.

⁵⁷ S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint*, cit., p. 218.

⁵⁸ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law*, cit., p. 77: «No doubt being concerned about the possibility of another burst of creative jurisprudence, the Rome Statute severely restricts judicial discretion».

⁵⁹ H. VERRIJN STUART, M. SIMONS, *The Judge: Interview with Antonio Cassese*, in H. VERRIJN STUART, M. SIMONS (a cura di), *The Prosecutor and the Judge. Benjamin Ferencz and Antonio Cassese – Interviews and Writings*, Utrecht, 2009, p. 47 ss.

⁶⁰ Ad esempio, CPI, decisione sull'istanza di riparazione del 18 maggio 2020, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, par. 69: «(...) ten years is a significant amount of time to spend in custody, likely to result in personal suffering, which would trigger compensation in many national systems for violation of the fundamental fair trial right to be tried expeditiously. Whilst the statutory constraints [...] are such as to make it impossible for the Chamber to compensate this (...) [t]he Chamber finds it urgent for the States Parties to embark on a review of the Statute so as to consider addressing those limitations; until then, it will be the Court's own responsibility to be mindful of the expeditiousness

che l'art. 21, al par. 1, lett. b), consente l'applicazione di «principles and rules of international law», mentre al par. 3 dispone che «the application and interpretation of law pursuant to this article must be consistent with internationally recognized human rights». Ed infatti, in alcuni casi la Corte ha fatto implicitamente ricorso alla tecnica in oggetto⁶¹. Resta che, in generale, nel bilanciamento che a sua volta deve essere fatto tra esigenze di *effettività* (nella punizione dei colpevoli) e *legittimazione* del tribunale rispetto ai propri Stati membri (che si fonda anche sul rispetto della loro sovranità), quest'ultima esigenza tende a prevalere⁶². Queste circostanze fanno sì che, come è stato sostenuto, «it is very unlikely that there could ever come again a moment in history – at least in the field of international criminal law – when various factors are in such a constellation as to enable a similar accomplishment», con quest'ultimo intendendo un'attività estremamente innovativa della giurisprudenza⁶³.

È vero anche, però, che tale affermazione sembra essere smentita da fatti recentissimi. Una situazione di fortissimo consenso della comunità internazionale si è riprodotta nuovamente, a partire dal 24 febbraio 2022, a seguito

of the proceedings as a fundamental tenet of the right to a fair trial and to streamline its own proceedings accordingly». Si compari il caso con la giurisprudenza del Tribunale internazionale penale per il Ruanda, che ha ricavato un diritto alla riparazione a favore dell'imputato dai principi dell'equo processo (*ex multis*, TPIR, Camera d'appello, decisione del 31 marzo 2000, *Prosecutor v. Berayagwiza*, par. 75).

⁶¹ CPI, Camera di prima istanza, decisione sulla richiesta di emissione di un mandato di arresto del 4 marzo 2009, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, par. 40 ss. Mentre con la ratifica dello Statuto gli Stati rinunciano espressamente all'immunità dei propri organi, il problema era capire come tale questione dovesse essere risolta rispetto a uno Stato non Parte, posto che i crimini commessi in Darfur erano stati oggetto di *referral* da parte del Consiglio di sicurezza. La Corte, sulla base di quattro considerazioni volte a bilanciare i valori rilevanti, ha concluso che «the current position of Omar Al Bashir as Head of a State which is not a Party to the Statute [Sudan], has no effect on the Court's jurisdiction» (par. 41). In primo luogo, ha individuato il principio fondamentale che sorregge la propria attività, ossia l'esigenza di punizione dei colpevoli dei più gravi crimini internazionali (par. 42). In secondo luogo, ha osservato che i par. 1 e 2 dell'art. 27 dello Statuto, in tema di irrilevanza della *official capacity* e dell'immunità degli organi statali, costituiscono un mezzo per raggiungere tale scopo (par. 43). Prendendo atto dell'inapplicabilità di tali disposizioni al caso in esame, la Corte ha sottolineato che essa può fare applicazione dei principi generali del diritto internazionale in caso di lacune (par. 44). In quarto luogo, la Camera ha fatto riferimento alla volontà del Consiglio di sicurezza nel perseguire i crimini in oggetto (par. 45). Ne è derivato che la Corte ha rilevato una regola dal contenuto analogo a quella sancita nelle disposizioni menzionate, applicabile tuttavia anche rispetto a organi di Stati non Parte.

⁶² S. ZAPPALÀ, *Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice*, cit., p. 217: «To a certain extent activism can be interpreted as a form of greater concern for effectiveness, while restraint could be viewed as the expression of greater concern for legitimacy»; N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, cit., p. 138.

⁶³ T. HOFFMANN, *The Gentle Humanizer of Humanitarian Law – Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflict*, cit., p. 22.

dell'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione Russa. E una rinnovata legittimazione, questa volta della CIG, ha indotto la medesima (notoriamente strettamente «positivista») ad adottare un approccio particolarmente creativo nella fase delle misure provvisorie⁶⁴.

In ogni caso, vi sono dei punti che restano fermi e che costituiscono anche l'eredità dei tribunali penali internazionali *ad hoc*, e del pensiero di Cassese che li ha guidati. La pronuncia *Furundzija*, nel passaggio che ha riconosciuto la *rilevanza del principio di umanità*, è stata di recente menzionata nei lavori della Commissione del diritto internazionale sui principi generali del diritto⁶⁵. Allo stesso tempo, la Commissione ha preso atto del metodo di accertamento dei principi generali del diritto internazionale, come fondato sull'astrazione e generalizzazione alla luce di regole di diritto consuetudinario e pattizio, come affermato nelle pronunce sopra menzionate⁶⁶. Tuttavia, non essendosi ancora pronunciata sulla funzione che tali principi, non è chiaro se la Commissione riconoscerà il ruolo che gli svolgono nell'ambito dell'argomentazione giudiziaria, allo scopo di rilevare il diritto applicabile. Alcune ragioni forse militano contro questa eventualità: i lavori della Commissione si stanno concentrando sui principi come fonte del diritto e non come tecnica argomentativa. Inoltre, è stato sostenuto da alcuni che non sarebbe opportuno desumere conclusioni di carattere generale dalla giurisprudenza dei tribunali internazionali⁶⁷. Tuttavia, il ricorso al bilanciamento come tecnica di rilevazione e interpretazione del diritto non è propria solo dei tribunali penali internazionali, e sembra oggi acquisire una rilevanza sempre maggiore nella giurisprudenza di alcuni giudici internazionali⁶⁸.

⁶⁴ CIG, ordinanza del 16 marzo 2022, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

⁶⁵ Commissione del diritto internazionale, *First report on general principles of law*, UN Doc. A/CN.4/732 del 5 aprile 2019, par. 245.

⁶⁶ Commissione del diritto internazionale, *Second report on general principles of law*, UN Doc. A/CN.4/741 del 9 aprile 2020, par. 145.

⁶⁷ Il rappresentante degli Stati Uniti ha sostenuto davanti al Sesto comitato dell'Assemblea generale (76esima sessione, novembre 2021), con riferimento ai lavori in tema di principi generali, che «international criminal law is often *sui generis* and caution must be taken when extrapolating from it to other areas of international law or international law generally».

⁶⁸ Si veda ancora P. DE SENA, L. ACCONCIAMESSA, *Balancing Test*, cit. Ma si consideri anche la rilevanza sempre maggiore che tale tecnica ha acquisito, ad esempio, nel settore degli investimenti (F. BEATENS, *Protecting Foreign Investment and Public Health Through Arbitral Balancing and Treaty Design*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2022, p. 139 ss.) ma anche nella giurisprudenza della stessa CIG (D. RUSSO, *The Use of Proportionality in the Recent Case-Law of the ICJ*, in *University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 2015-15). Si veda anche U. LINDERFALCK, E. GILL-PEDRO (a cura di), *Revisiting Proportionality in International and European Law: Interests and Interests-Holders*, Leiden-Boston, 2021.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2022
presso Grafica Elettronica srl, Napoli

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista annuale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015