

Insindacabilità degli atti politici e legittimità del diniego di estradizione per motivi umanitari: in margine al caso *Battisti II**

di

Daniele Amoroso**

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano del lavoro. – 2. La discussione in seno al *Tribunal*: le dichiarazioni di voto dei giudici Fux e Mendes. – 3. L'infondatezza degli argomenti impiegati a sostegno dell'insindacabilità del diniego di estradizione: a) il principio della separazione dei poteri. – 4. *Segue*: b) la distinzione tra Stato-amministrazione e Stato soggetto di diritto internazionale. – 5. *Segue*: c) la nozione di *institutional competence*. – 6. *Segue*: d) la natura *self-judging* dell'art. 3 lett. f) del Trattato. – 7. Conclusioni.

1. – Introduzione e piano del lavoro

La sentenza resa il 9 giugno 2011 dal *Supremo Tribunal Federal* (d'ora in poi sentenza *Battisti II*) pone fine al 'capitolo brasiliano' della vicenda *Battisti*¹. Con decisione presa a maggioranza (6 voti contro 3), la Corte si è astenuta dal valutare nel merito il ricorso presentato dal Governo italiano contro la scelta del Presidente (uscente) Lula di negare l'extradizione di Cesare Battisti. Secondo i giudici di Brasilia, infatti, il diniego di estradizione costituirebbe un *ato político*, insindacabile sul piano giurisdizionale.

Tale pronuncia ripropone la questione relativa all'incidenza della teoria degli atti politici sull'applicazione e l'interpretazione del diritto internazionale da parte dei tribunali interni². Si tratta di una problematica ben nota alla dottrina internazionalistica, che è sufficiente richiamare brevemente. La teoria degli atti politici (o 'di governo') postula l'esistenza di un potere 'politico' il cui esercizio sarebbe integralmente sottratto al sindacato giurisdizionale³. Sebbene la graduale affermazione dei principi dello Stato di diritto ne abbia significativamente ridimensionato l'ambito di operatività, l'insindacabilità del potere politico continua ad essere invocata dai giudici con riferimento alla gestione degli affari

¹ Per la ricostruzione di questa vicenda, v. G. ZICCARDI CAPALDO, "Il principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati. Il caso Battisti: un esempio emblematico di *mala fides*", consultabile al link www.sidi-isil.org/?page_id=119; M. CASTELLANETA, "La controversia tra Italia e Brasile sul caso *Battisti* tra rimedi interni e internazionali", in questa *Rivista* 2011, p. 107 e ss.

² Su tutti, v. B. CONFORTI, *International law and the role of domestic legal systems*, Dordrecht, 1993, p. 13 e ss.

³ La bibliografia su questo tema è sterminata, essendo tali dottrine applicate in un ampio numero di ordinamenti. Per un approfondimento, v. E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961 (Italia); P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Parigi, 2006, I ed., 1935 (Francia); F. ZUNIGA URBINA, "Control Judicial de los Actos Politicos. Recurso de Protección ante las 'Cuestiones Políticas'", in *Ius et Praxis* 2008, p. 271 e ss. (Paesi latino-americani); T. M. FRANCK, *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton, 1992 (Stati Uniti); T. R. S. ALLAN, *Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford, 2003, p. 161 e ss. (Regno Unito). Per una trattazione della questione con specifico riferimento all'ordinamento brasiliano, infine, v. J. CRETELLA JÚNIOR, "Teoria do Ato do Governo", in *Informação Legislativa* 1987, p. 73 e ss.

* Scritto destinato alla pubblicazione in "Diritti umani e diritto internazionale 3, 2011

** Dottorando di ricerca in Diritto ed Economia – Istituto italiano di scienze umane

esteri da parte dell'Esecutivo, traducendosi, nella più gran parte dei casi, nella disapplicazione di norme internazionali⁴. Per questo motivo, la dottrina internazionalistica (ancor più di quella costituzionalistica) si batte da tempo per il suo definitivo abbandono⁵.

La sentenza *Battisti II* si inserisce a pieno titolo nella problematica appena descritta: il ricorso alla teoria degli atti politici da parte del *Tribunal*, infatti, ha comportato la mancata applicazione del Trattato italo-brasiliano di estradizione del 17 ottobre 1989 (d'ora in poi, il Trattato). Per altro verso, tuttavia, la decisione in esame appare decisamente peculiare. Invero, se *di norma* il ricorso al principio dell'insindacabilità del potere politico si risolve in un vuoto di tutela a discapito degli individui, nel caso di specie esso ha provocato, di fatto, una tutela 'rafforzata' (o, se si vuole, 'eccessiva') dell'*individuo* Battisti a detrimento delle pretese di uno Stato straniero, l'Italia.

La pronuncia della Suprema Corte brasiliana, pertanto, lascia emergere due interessanti questioni. In primo luogo, vi è la problematica riguardante la legittimità stessa della costruzione teorica dell'atto politico: un tema 'classico', come abbiamo visto, reso cionondimeno più stimolante dal peculiare contesto nel quale è maturata la decisione in commento. La circostanza che la parte soccombente sia uno Stato straniero, infatti, suggerisce di riconsiderare gli argomenti solitamente impiegati per confutare queste dottrine, in modo da verificare se essi rivestano carattere generale o, piuttosto, possano essere impiegati soltanto quando è in gioco la protezione di diritti individuali.

Una seconda problematica – anch'essa 'classica' e, come vedremo, strettamente connessa alla prima – concerne la capacità giuridica di diritto interno degli Stati stranieri. Segnatamente, la vicenda processuale che ha portato alla sentenza *Battisti II* impone di interrogarsi circa i limiti entro i quali uno Stato può chiedere ai giudici di un altro Stato di valutare la legittimità internazionale degli atti di quest'ultimo, senza snaturarne la funzione investendoli di competenze proprie di un tribunale internazionale.

Data la natura necessariamente sintetica del presente intervento, non sarà possibile trattare approfonditamente entrambi gli aspetti indicati. Dopo una breve sintesi della discussione svoltasi in seno al *Tribunal*⁶ (par. 2), pertanto, la nostra attenzione si concen-

⁴ Per una recente ricognizione della prassi su questo tema, sia consentito rinviare a D. AMOROSO, "A Fresh Look at the Issue of Non-Justiciability of Defense and Foreign Affairs", in *Leiden Journal of International Law* 2010, p. 933 e ss., in particolare pp. 937-939.

⁵ Esemplare, in tal senso, è la Risoluzione adottata nel 1993 dall'*Institut de Droit International* ("The Activities of National Judges and the International Relations of their State") il cui art. 2 recita: "National courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law" (cfr. *Annuaire de l'Institut de droit international*, 65, II, Parigi, 1994, p. 318). Per l'osservazione secondo cui gli internazionalisti avrebbero criticato il principio dell'insindacabilità del potere politico in modo più assertivo dei costituzionalisti v. A. M. SLAUGHTER BURLEY, "Book Review: Are Foreign Affairs Different?", in *Harvard Law Review* 1993, p. 1980 e ss., in particolare p. 1994.

⁶ Il testo integrale della sentenza, infatti, non è stato ancora pubblicato.

trerà prevalentemente sulla prima questione (par. 3-6), mentre la seconda tematica sarà affrontata soltanto nei limiti in cui essa appare connessa alla prima (par. 4). Non ci soffermeremo, invece, sui profili di contrarietà al diritto internazionale della decisione dell'ex-Presidente Lula, questione peraltro ampiamente affrontata dalla dottrina italiana⁷.

2. – *La discussione in seno al Tribunal: le dichiarazioni di voto dei giudici Fux e Mendes*

Per un'adeguata comprensione della sentenza in commento deve premettersi che in Brasile il procedimento estradizionale, analogamente a quanto avviene in Italia⁸, consta di tre fasi⁹. Nella prima, di natura amministrativa, la richiesta di estradizione viene ricevuta dal Ministro degli Affari Esteri ed è trasmessa al *Supremo Tribunal Federal* ad opera del Ministro della Giustizia: in questa fase viene effettuata una prima deliberazione ministeriale in ordine all'ammissibilità della domanda. Nella seconda, di carattere giurisdizionale, il *Tribunal* valuta l'esistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta e, in caso di esito positivo, *autorizza* l'extradizione. Nella terza ed ultima fase, il Presidente della Repubblica è chiamato ad esprimersi definitivamente sulla domanda di estradizione. A questo proposito è bene osservare che, mentre in caso di parere sfavorevole del *Tribunal*, il diniego di estradizione costituisce un atto dovuto, l'esito positivo della fase giurisdizionale non vincola il Presidente, residuando in capo a quest'ultimo una certa discrezionalità – sulla cui portata la Corte ha tuttavia espresso opinioni discordanti – in ordine alla possibilità di respingere comunque la richiesta presentata dallo Stato straniero.

Com'è noto, con sentenza del 16 dicembre 2009 (d'ora in poi, sentenza *Battisti I*) il *Tribunal* aveva autorizzato l'extradizione di Battisti, avendo ritenuto insussistenti sia le condizioni per la concessione dello *status* di rifugiato (illegittimamente accordato a Battisti dal Ministro della Giustizia) che quelle per il diniego di estradizione¹⁰. In quell'occasione, peraltro, la Corte aveva precisato, a maggioranza di 5 voti contro 4, che tale decisione non vincolava il Presidente della Repubblica. È altrettanto noto, poi, che il Presidente Lula, fa-

⁷ Sul tema v., oltre ai contributi richiamati in nota 1, A. CIAMPI, "L'ipotesi dell'extradizione condizionata di Battisti dal Brasile all'Italia", in *Rivista di diritto internazionale* 2011, p. 183 e ss., in particolare p. 184; A. DE LUCA, *Il caso Battisti: quali strumenti per la risoluzione della controversia internazionale sorta tra Italia e Brasile?*, consultabile al link www.sidi-isil.org/?page_id=119; N. RONZITTI, *Il caso Battisti ed il ricorso alla Corte internazionale di giustizia*, reperibile al sito www.affarinternazionali.it; F. POCAR, "Caso Battisti: superare il no del presidente Lula con un nuovo intervento della Corte brasiliana", in *Guida al diritto* 3/2011, p. 9 e ss.

⁸ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2010, p. 946 e ss.

⁹ Sul tema v., in generale, N. C. MIRANDA, *Extradição*, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁰ Il testo della sentenza è consultabile al sito del *Supremo Tribunal Federal* (www.stf.jus.br).

cendo proprie le determinazioni rese dall'Avvocatura di Stato¹¹, ha deciso di negare l'estradizione ai sensi dell'art. 3 lett. f) del Trattato¹² (nota presidenziale del 30 dicembre 2010¹³): secondo il Capo di Stato brasiliano, infatti, vi era motivo di ritenere che, in caso di consegna, la situazione di Cesare Battisti sarebbe peggiorata in ragione delle sue "condizioni personali". Con ricorso depositato il 4 febbraio 2011, il Governo italiano ha impugnato la decisione del Presidente Lula, lamentando la violazione del Trattato italo-brasiliano di estradizione. Come anticipato in sede d'introduzione, la maggioranza della Corte ha ritenuto il ricorso inammissibile, in quanto diretto contro un atto politico, insuscettibile di scrutinio giurisdizionale.

Il testo integrale della decisione non è stato ancora pubblicato. È possibile, tuttavia, anticipare l'*iter* argomentativo della sentenza sulla base delle singole dichiarazioni di voto dei giudici, alcune delle quali sono consultabili *on-line* sul sito della Corte. Particolarmente preziose si rivelano, ai nostri fini, la dichiarazione di voto del giudice Fux, al quale è stato affidato l'incarico di redigere la sentenza¹⁴; e quella del giudice relatore nonché Presidente del *Tribunal*, Gilmar Mendes, che ha votato con la minoranza, motivando il proprio voto con una lunga ed articolata opinione dissenziente¹⁵.

Pur essendo strutturata come un ragionamento unitario, nell'opinione del giudice Fux è possibile isolare tre *rationes* a sostegno dell'insindacabilità del diniego di estradizione. Il primo argomento è imperniato sul principio della separazione dei poteri e può essere sintetizzato come segue. L'art. 84 par. VII della Costituzione federale brasiliana attribuisce *in via esclusiva* al Presidente della Repubblica la gestione delle relazioni internazionali. Dal momento che il diniego di estradizione costituisce un atto di esercizio di tale potere esclusivo, al *Tribunal* è preclusa in radice la possibilità di valutarne i profili di legittimità¹⁶. Il ruolo del Giudiziario nel procedimento estradizionale, dunque, si esaurirebbe nella seconda fase, posta a garanzia dei diritti fondamentali dell'estradando¹⁷.

Il secondo argomento è decisamente più sottile. Fux muove dalla nozione di 'sovra-

¹¹ Despacho do Advogado-Geral da União Substituto, AGU/AG-17/2010, del 28-29 dicembre 2010, disponibile al link www.ristretti.it/commenti/2011/gennaio/pdf/parere_battisti.pdf.

¹² Ai termini dell'articolo in parola: "L'estradizione non sarà concessa [...] f) se la Parte richiesta ha serie ragioni per ritenere che la persona richiesta verrà sottoposta ad atti persecutori o discriminatori per motivi di razza, di religione, di sesso, di nazionalità, di lingua, di opinioni politiche o di condizioni personali o sociali, o che la situazione di detta persona rischia di essere aggravata da uno degli elementi suddetti".

¹³ Il testo della nota presidenziale è consultabile al link www.sidi-isil.org/?page_id=119.

¹⁴ Dichiarazione di voto del giudice Luiz Fux, consultabile al link www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf.

¹⁵ Dichiarazione di voto del giudice Gilmar Mendes, consultabile al link www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf. Risulta altresì pubblicata la dichiarazione di voto del giudice Lewandowski, che ha votato per la maggioranza (www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085RL.pdf).

¹⁶ Dichiarazione di voto del giudice Luiz Fux, p. 29.

¹⁷ *Ibidem*, p. 27.

nità' che l'art. 1 della Costituzione pone a fondamento della Repubblica federale. Tale nozione, secondo una distinzione ben nota, ricomprende sia la sovranità 'interna', che si concretizza nel "poder político supremo dentro do território"¹⁸ ed è esercitata dal popolo attraverso i suoi rappresentanti; sia la sovranità 'esterna', la quale si fonda sull'indipendenza nazionale ed è presidiata dal Presidente della Repubblica in qualità di rappresentante della Nazione brasiliana e gestore dei rapporti internazionali¹⁹. L'atto concessivo dell'extradizione, così come il suo diniego, appartengono alla sfera della sovranità esterna, con la conseguenza che essi non sono posti in essere da un organo statale singolarmente considerato, ma dalla Repubblica Federale brasiliana, quale soggetto di diritto internazionale²⁰. Pertanto, risulta giuridicamente impossibile sottomettere tali atti allo scrutinio del *Tribunal* in quanto quest'ultimo "não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro – tal competência é da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas"²¹.

Il terzo ed ultimo argomento fa leva sulla ridotta 'capacità istituzionale' del Giudiziario nell'affrontare le questioni sollevate nel caso in esame²². Il sindacato sulla legittimità della scelta del Presidente Lula, infatti, implicherebbe una serie di valutazioni di natura politico-diplomatica, in relazione alle quali il *Tribunal* – a differenza del Presidente – non disporrebbe delle informazioni necessarie per assumere una determinazione. In particolare, secondo Fux, soltanto gli organi dell'Esecutivo sarebbero istituzionalmente competenti, per un verso, a riempire di contenuto l'indeterminata nozione di 'reato politico'²³ e, per altro verso, ad apprezzare adeguatamente i rischi ai quali sarebbe esposto Cesare Battisti una volta estradato in Italia²⁴.

La dichiarazione di voto del giudice Mendes disegna in modo completamente differente i rapporti tra Esecutivo e Giudiziario in materia di estradizione passiva, soffermandosi lungamente sul ruolo svolto da entrambi nelle tre fasi del procedimento estradizionale²⁵. La posizione espressa dal giudice relatore sul punto può essere condensata nei seguenti passaggi. Primo, l'esistenza di un trattato di estradizione riduce sensibilmente la libertà di apprezzamento dell'Esecutivo, il quale sarà in ogni caso vincolato al

¹⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 23-25.

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² *Ibidem*, pp. 32-40.

²³ *Ibidem*, p. 32 ("A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia quando recordamos que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político").

²⁴ *Ibidem*, p. 36.

²⁵ Dichiarazione di voto del giudice Gilmar Mendes, pp. 17-40.

rispetto degli obblighi assunti in via pattizia²⁶. Secondo, le valutazioni politico-diplomatiche in ordine all'ammissibilità della richiesta di estradizione vanno effettuate dagli organi dell'Esecutivo nell'ambito della prima fase: la trasmissione della richiesta al *Tribunal*, pertanto, esprime una forma di 'acquiescenza' da parte del Governo²⁷. Terzo, la discrezionalità accordata al Presidente nell'ultima fase del procedimento ha una portata circoscritta, essendo limitata alle modalità ed ai tempi di consegna dell'estraddando²⁸, ed in ogni caso non contempla la possibilità di rimettere in discussione le determinazioni assunte dal *Tribunal*²⁹. Quarto ed ultimo punto, il ruolo svolto dal *Tribunal* nel procedimento di estradizione passiva non si esaurisce con la seconda fase, prova ne sia la circostanza che, sino alla conclusione del procedimento, l'estraddando rimane sotto la custodia della Corte, alla quale compete ogni decisione in ordine alla sua libertà personale³⁰.

Il provvedimento che nega l'extradizione, dunque, deve considerarsi pienamente sindacabile in sede giurisdizionale. Venendo al merito del ricorso, poi, la decisione del Presidente Lula sarebbe illegittima in quanto presa in violazione del Trattato. A questo riguardo, il giudice relatore fa notare come le ragioni poste a fondamento del diniego di estradizione richiamino fedelmente quelle impiegate dal Ministro della Giustizia per giustificare la concessione al Battisti dello *status* di rifugiato, vale a dire il pericolo di esposizione ad atti persecutori o discriminatori a motivo delle sue opinioni politiche³¹. Tale circostanza appare determinata, a parere di Mendes, dalla sostanziale identità di contenuto tra l'art. 3 lett. f) del Trattato e l'art. 1 co. 1 della legge di attuazione della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo statuto dei rifugiati (l. 9474/1997)³². Ebbene, avendo il *Tribunal* già accertato l'insussistenza dei presupposti legittimanti la concessione dello *status* di rifugiato, non vi sarebbe motivo di giungere ad una differente conclusione con riferimento alla decisione di negare l'extradizione di Cesare Battisti. A ragionare diversamente, infatti, dovrebbe ammettersi che "as mesmas razões são inadequadas quando emanadas do Ministro da Justiça para a concessão do refúgio, porém lícitas quando exaradas como fundamentos da decisão do Presidente da

²⁶ *Ibidem*, pp. 36-38.

²⁷ *Ibidem*, pp. 20-23.

²⁸ *Ibidem*, pp. 33-34.

²⁹ *Ibidem*, p. 40.

³⁰ *Ibidem*, pp. 28-31.

³¹ *Ibidem*, p. 67.

³² *Ibidem*, p. 73. Si ricorda che, ai sensi del citato art. 1 co. 1 della l. 9474/1997, lo *status* di rifugiato sarà accordato a qualunque individuo che "I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país".

República de recusa da extradição”³³.

3. – *L’infondatezza degli argomenti impiegati a sostegno dell’insindacabilità del diniego di estradizione: a) il principio della separazione dei poteri* 7

Prima di procedere all’esame critico della decisione del *Tribunal*, è opportuno porre l’accento su un interessante elemento di natura comparatistica. Nell’ordinamento italiano ed in quello francese, entrambi caratterizzati – al pari di quello brasiliano – dalla procedura estradizionale trifasica e dalla persistente vigenza della dottrina degli atti politici, l’atto governativo che chiude la terza fase è regolarmente impugnabile dinanzi alle competenti giurisdizioni amministrative³⁴. Particolarmente indicativo, per le notevoli somiglianze con la vicenda Battisti, è il caso *Saniman*, deciso il 15 ottobre 1993 dal *Conseil d’Etat*³⁵. In tale circostanza, il Regno Unito, agendo in nome e per conto della colonia di Hong Kong, contestava la decisione del Ministro degli esteri francese di non estradare il sig. Saniman nonostante il parere favorevole della *Cour de cassation*. A differenza di quanto accaduto in *Battisti II*, il *Conseil d’Etat* accolse il ricorso, giudicando inapplicabile nel caso di specie la dottrina degli *actes de gouvernement* invocata dal Ministro resistente. È curioso che i giudici brasiliani, nelle cui dichiarazioni di voto non mancano i riferimenti alla prassi straniera³⁶, non abbiano tenuto conto di questo precedente, la cui importanza è tanto maggiore laddove si consideri che la teoria degli atti politici è nata e si è sviluppata proprio nell’ordinamento francese³⁷.

Al di là di questo rilievo, le motivazioni addotte dalla maggioranza della Corte per giustificare la scelta di non pronunciarsi sul ricorso presentato dal Governo italiano si rivelano, ad un’analisi più accorta, del tutto infondate sotto il profilo giuridico. Si consideri in primo luogo l’argomento fondato sul principio della separazione dei poteri. È bene ricordare che la Costituzione brasiliana non contiene alcuna disposizione volta a sottrarre l’esercizio del potere estero allo scrutinio dei giudici. Tale principio, piuttosto, è stato desunto a partire dall’art. 84 della Costituzione che attribuisce, in via esclusiva,

³³ *Ibidem*, p. 75.

³⁴ Per l’ordinamento italiano, cfr. Consiglio di Stato (sezione IV), *Accardo c. Ministero di grazia e giustizia*, sentenza dell’11 maggio 1966, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1968 (ma, in dottrina, v. *contra* R. QUADRI, “Estradizione (diritto internazionale)”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 7). Per l’ordinamento francese cfr. la nota successiva ed il testo cui essa fa capo.

³⁵ *Conseil d’Etat, Assemblée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord*, sentenza del 15 ottobre 1993, in *Recueil*, p. 267. Si vedano, in proposito, le riflessioni di O. CAYLA, “Le contrôle des mesures d’exécution des traités: réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement”, in *Revue française de droit administratif* 1994, p. 6 e ss.

³⁶ Particolarmente ricca, sotto questo profilo, è la dichiarazione di voto del giudice Lewandoski, nella quale viene condotta un’accurata analisi comparata del problema dell’insindacabilità del potere estero, avendo riguardo all’ordinamento brasiliano, a quello statunitense nonché, appunto, a quello francese.

³⁷ P. DUEZ, *op. cit.*, p. 15.

al Capo dello Stato la cura delle relazioni internazionali.

Quest'argomentazione, simile a quella adottata dalla giurisprudenza interna di numerosi Paesi³⁸, si presta ad una facile obiezione. L'affermazione secondo cui la *gestione* degli affari esteri sarebbe costituzionalmente affidata agli organi politici dello Stato, invero, rappresenta un'ovvietà. Nessuno, infatti, penserebbe di incaricare le corti del compito di stipulare trattati, dichiarare guerra, esercitare il diritto di voto presso organizzazioni internazionali e così via. È altrettanto ovvio, tuttavia, che al potere giudiziario compete costituzionalmente il compito di garantire l'integrità dell'ordinamento giuridico (il quale ricomprende anche le norme internazionali cui è stata data esecuzione sul piano interno), in modo da assicurare la preminenza del diritto sull'arbitrio della politica. Tale funzione, invero, non può considerarsi limitata alla tutela dei diritti degli individui, ma ricomprende anche la protezione di altri interessi, di natura pubblicistica, che ben possono porsi in conflitto con i primi. Tra questi, deve senza dubbio annoverarsi l'interesse di uno Stato straniero al rispetto degli obblighi assunti dallo Stato del foro in materia di estradizione. Questa conclusione si giustifica alla luce dei caratteri del diritto internazionale contemporaneo, sempre più votato alla cooperazione tra gli Stati³⁹, e trova conferma nel testo costituzionale brasiliano le cui disposizioni evidenziano una chiara apertura ai valori della cooperazione internazionale⁴⁰.

Pertanto, nell'ordinamento brasiliano – ma lo stesso può dirsi per la più gran parte degli ordinamenti democratici – non vi è prescrizione costituzionale che imponga al potere giudiziario di astenersi dal definire *secondo diritto* una controversia relativa ad un interesse giuridicamente tutelato, a nulla rilevando la circostanza che la questione sollevata attiene alla sfera delle relazioni internazionali⁴¹. D'altra parte, il principio della separazione dei poteri non può essere inteso come un diaframma che si frappone tra i vari rami dello Stato impedendo ogni contatto tra questi. Al contrario, esso implica un con-

³⁸ Cfr., *ex multis*, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297, 304 (1918), sentenza del 21 marzo 1918 (“The conduct of the foreign relations of our government is committed by the Constitution to the executive and legislative – ‘the political’ – departments of the government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision”); Corte di cassazione (sezioni unite civili), *Markovic c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri*, sentenza del 5 giugno 2002, n. 8157, in *Rivista di diritto internazionale* 2002, p. 799 e ss. (“La scelta di una modalità di conduzione delle ostilità rientra tra gli atti di Governo. Sono questi atti che costituiscono manifestazione di una funzione politica, della quale è nella Costituzione la previsione della sua attribuzione ad un organo costituzionale [...]. Rispetto ad atti di questo tipo nessun giudice ha potere di sindacato circa il modo in cui la funzione è stata esercitata”). Sulla sentenza *Markovic*, si vedano i rilievi critici di G. C. BRUNO, “‘Danni collaterali’ nella ‘guerra giusta ai confini dell’impero’. Alcune riflessioni sul caso *Markovic*”, in *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, 2004, p. 77 e ss.

³⁹ Cfr. W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York, 1964.

⁴⁰ Si vedano, sul punto, le riflessioni svolte dal giudice Mendes nella sua dichiarazione di voto (pp. 52-62).

⁴¹ In questo senso v., *ex multis*, R. ERGEC, “Le contrôle juridictionnel de l’administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux: Acte de gouvernement ou réserve du pouvoir discrétionnaire?”, in *Revue de droit international et comparé* 1986, p. 72 e ss., in particolare p. 83; T. M. FRANCK, *op. cit.*, p. 43 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, “Reparation Claims by Individuals for State Breaches of Humanitarian Law and Human Rights: An Overview”, in *Journal of International Criminal Justice* 2003, p. 339 e ss., in particolare p. 345.

trollo e un'influenza reciproci, al fine di evitare che ciascun Potere possa agire, nella propria sfera di competenza, in modo arbitrario e nel totale disprezzo delle leggi⁴².

4. – Segue: *b) la distinzione tra Stato-amministrazione e Stato soggetto di diritto internazionale*

Parimenti infondato si rivela il secondo degli argomenti impiegati dal giudice Fux. Come abbiamo visto, esso risulta imperniato sulla distinzione tra la nozione di Stato inteso come gestore dei rapporti tra l'autorità pubblica e gli amministrati (Stato-amministrazione) e quella di Stato quale soggetto di diritto internazionale, vale a dire l'ente sovrano che si relaziona, in condizioni di parità, agli altri enti dell'ordinamento internazionale⁴³. Presupposto di base di tale argomento è che lo Stato possa essere assoggettato alla giurisdizione dei suoi giudici soltanto quando il potere giudiziario si ponga rispetto ad esso in una posizione di terzietà. Questa condizione risulterebbe soddisfatta ogni qual volta lo Stato agisce sul piano interno in qualità di Stato-amministrazione mentre verrebbe a mancare quando lo Stato opera come soggetto di diritto internazionale. Nell'ordinamento internazionale, infatti, la tripartizione dei poteri si dissolve nella monolitica nozione di 'Stato' con la conseguenza che non è più configurabile una posizione di alterità in capo al potere giudiziario. In questo caso, dunque, i giudici non potranno sindacare gli atti posti in essere dal proprio Stato in quanto essi stessi *sono parte* di tale soggetto.

Anche qui ci troviamo di fronte ad un'argomentazione già impiegata in altri contesti ordinamentali. È interessante notare che questo ragionamento è stato sostenuto, in termini pressoché identici, dall'Avvocatura di Stato italiana nell'ambito del caso *Markovic*⁴⁴. Una posizione analoga, poi, è stata adottata in *R. v. Jones* da Lord Hoffmann, secondo il quale “there is the theoretical difficulty of the courts, as the judicial branch of government, holding not merely that some officer of the state has acted unlawfully [...] but, as a *sine qua non* condition, that the state itself, of which the courts form part, has acted unlawfully”⁴⁵.

Questo percorso argomentativo, molto raffinato e sottile, non tiene conto, a nostro avviso, di un elemento decisivo. Le norme internazionali, una volta immesse

⁴² V., *ex plurimis*, A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006.

⁴³ Su questo tema, v. C. LEBEN, “L'Etat au sens du droit international et l'Etat au sens du droit interne (à propos de la théorie de la double personnalité de l'Etat)”, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2003, p. 131 e ss.

⁴⁴ Corte di cassazione (sezioni unite civili), *Markovic c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e altri*, cit. Svolgimento del processo, par. 3.

⁴⁵ Camera dei Lords, *R. v. Jones and others*, [2006] UKHL 16, sentenza del 26 marzo 2006, Lord Hoffmann, par. 65, corsivo aggiunto.

nell'ordinamento statale, contribuiscono a formare quella legalità cui sono sottoposte, sul piano interno, tutte le articolazioni dello Stato⁴⁶. Nel caso di specie, il Trattato è stato introdotto nell'ordinamento brasiliano con decreto n. 863/1993. Il *Tribunal*, pertanto, non era stato chiamato a sindacare le azioni poste in essere dallo Stato brasiliano in quanto soggetto sovrano dell'ordinamento internazionale ma, sempre e comunque, quelle del Presidente della Repubblica in qualità di organo di diritto interno. Indubbiamente, il contesto processuale nel quale è maturata la decisione in esame potrebbe indurre a ritenere che la Corte sia stata impropriamente investita della funzione di dirimere una controversia internazionale tra Italia e Brasile. Tale impressione, tuttavia, non corrisponde alla realtà dei fatti. A ben vedere, lo Stato italiano si è rivolto al *Tribunal* al fine di chiedere l'annullamento di un atto amministrativo, contestandone la legalità alla luce del diritto nazionale (in particolare del decreto n. 863/1993): nel far ciò, ha agito sul piano dell'ordinamento brasiliano, nell'esercizio della capacità giuridica di diritto interno pacificamente riconosciuta agli Stati stranieri⁴⁷.

5. – Segue: c) la nozione di institutional competence

La parte meno convincente della dichiarazione di voto di Fux, comunque, è senza dubbio quella che fa riferimento alla nozione di competenza istituzionale⁴⁸. Come abbiamo visto, secondo il giudice brasiliano, il *Tribunal* non disporrebbe degli strumenti conoscitivi e valutativi necessari per sindacare la legittimità della scelta del Presidente Lula. A nostro avviso, tale ragionamento appare insostenibile per due motivi.

In via generale, deve osservarsi che il *gap* conoscitivo che gli organi giudiziari scontano in materia di affari esteri non può essere addotto per sottrarre l'azione internazionale del Governo a qualsiasi forma di sindacato giurisdizionale. Piuttosto, secondo quanto suggerito in dottrina, esso può giustificare l'instaurazione di forme più o meno intense di collaborazione tra Giudiziario ed Esecutivo in ordine all'accertamento dei fatti di causa⁴⁹; nonché, in presenza di valutazioni prognostiche complesse, può legittimare un'attenuazione dello scrutinio giudiziale sulle scelte governative⁵⁰.

Nel caso in esame, comunque, il richiamo alla nozione di *institutional competence* è

⁴⁶ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, p. 311 e ss.; A. NOLLKAEMPER, "Internationally Wrongful Acts in Domestic Courts", in *American Journal of International Law* 2008, p. 750 e ss., in particolare p. 787.

⁴⁷ Sul tema, cfr. R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 279 e ss.

⁴⁸ Sulla nozione di *institutional competence*, oggetto di approfondimento soprattutto ad opera della dottrina anglosassone, v. J. A. KING, "Institutional Approaches to Judicial Restraint", in *Oxford Journal of Legal Studies* 2008, p. 409 e ss.

⁴⁹ V. B. CONFORTI, "L'accertamento dei c.d. fatti internazionali da parte del giudice interno", in *Studi economico-giuridici*, vol. LV, 1993-1994, Napoli, p. 111 e ss.

⁵⁰ J. A. KING, *op. cit.*

del tutto inappropriato. Si ricorda che, secondo il giudice Fux, le questioni che il *Tribunal* non sarebbe istituzionalmente in grado di valutare sarebbero due, vale a dire la caratterizzazione dei crimini di Battisti come ‘politici’ e l’apprazzamento dei rischi cui l’estradando sarebbe esposto nel Paese richiedente. Ebbene, come rilevato dal giudice¹¹ Mendes, il *Tribunal* è perfettamente in grado di vagliare entrambe le questioni indicate, se non altro perché lo ha già fatto nell’ambito della seconda fase del procedimento estradizionale. In quella sede, infatti, la Corte, da un lato, ha qualificato i reati di Battisti come reati comuni e, dall’altro, ha dichiarato l’illegittimità della concessione a questi dello *status* di rifugiato, avendo valutato come inesistente il rischio che egli fosse perseguitato in Italia per le sue opinioni politiche⁵¹.

6. – Segue: d) la natura self-judging dell’art. 3 lett. f) del Trattato

Deve considerarsi, infine, un ultimo argomento, non impiegato dal giudice Fux, ma che emerge nel parere rilasciato dall’Avvocatura di Stato brasiliana.

Secondo quest’ultima, l’art. 3 lett. f) del Trattato accorderebbe alla Parte richiesta la più completa discrezionalità in ordine all’apprazzamento dei rischi cui sarebbe esposto l’estradando in caso di consegna allo Stato richiedente. Tale disposizione, infatti, statuisce che l’estradizione non sarà concessa “*se la Parte richiesta ha serie ragioni per ritenere*” che l’estradando verrà sottoposto a trattamenti persecutori, e non “*se vi sono serie ragioni di ritenere*”⁵² che ciò accada. La norma, dunque, non condizionerebbe la legittimità del diniego di estradizione all’esistenza di presupposti oggettivamente verificabili, ma si rimetterebbe alla valutazione (insindacabile) della Parte richiesta⁵³. In altri termini, l’art. 3 lett. f) costituirebbe una *self-judging clause*, vale a dire una clausola le cui condizioni di applicabilità possono essere unilateralmente determinate da ciascuna della Parti contraenti⁵⁴. È evidente che, in questo modo, si riproporrebbe – sotto una diversa forma – il problema dell’insindacabilità del diniego di estradizione.

Anche questa posizione dev’essere respinta con fermezza. Anzitutto, la natura *self-*

⁵¹ Dichiarazione di voto del giudice Mendes, p. 75.

⁵² Corsivo aggiunto.

⁵³ Despacho do Advogado-Geral da União Substituto, cit., par. 14-15.

⁵⁴ Il tema delle *self-judging clauses* è stato approfondito soprattutto con riferimento alle c.d. *Automatic Reservations*, chiamate anche *Connally Reservations* dal nome del Senatore statunitense che ne ha congegnato la formulazione. Si tratta di riserve apposte alle dichiarazioni di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia ex art. 36, co. 2, dello Statuto, formulate in modo tale da assicurare alla Parte riservante la possibilità di sottrarsi *ad nutum* al giudizio della Corte (si veda, ad esempio, la riserva apposta dagli Stati Uniti: “such declaration shall not apply to [...] disputes with regard to matters which are essentially within the domestic jurisdiction of the United States as determined by the United States” corsivo aggiunto). Sul tema, v. J. CRAWFORD, “The Legal Effect of Automatic Reservations to the Jurisdiction of the International Court”, in *British Yearbook of International Law* 1979, p. 50 e ss.

judging della disposizione in esame appare incompatibile con l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 14 del Trattato ("Il rigetto, anche parziale, dovrà essere motivato"). Inoltre, essa risulta smentita dal testo stesso dell'art. 3 lett. f) il quale, nel richiedere che la Parte abbia "serie ragioni" per rifiutare l'estradizione, esclude che siffatta valutazione sia rimessa al suo insindacabile arbitrio. Ancora, una tale interpretazione sarebbe incompatibile con l'oggetto e lo scopo del Trattato, il cui fine è quello di intensificare ed istituzionalizzare la cooperazione giudiziaria tra Italia e Brasile. Vi è, infine, un argomento di carattere generale che milita contro questo approccio. Come osservato dal giudice Lauterpacht nel caso dei Prestiti norvegesi, una clausola *self-judging* è inidonea a produrre effetti giuridici⁵⁵. Di conseguenza, a meno che tale natura non sia desumibile da inequivoci indici testuali, non è possibile qualificare una clausola come *self-judging* in virtù del canone interpretativo *ut res magis valeat quam pereat*.

7. – Conclusioni

Alla luce di quanto precede, la scelta del *Tribunal* di non valutare nel merito la legittimità del diniego di estradizione di Battisti in ragione della sua natura "politica", così come il tentativo dell'Avvocatura di Stato brasiliana di giustificarne l'insindacabilità alla luce del testo dell'art. 3 lett. f) del Trattato, appaiono giuridicamente infondati. Vi è spazio, a questo punto, per un'ultima considerazione.

Nella relazione presentata nel 1930 all'*Institut international de droit public* sul tema degli *actes de gouvernement*, POLITIS osservava che il rifiuto dei giudici di sindacare la legittimità di questa categoria di atti, qualora si fosse tradotto nella violazione di una norma internazionale, avrebbe determinato il rischio, per lo Stato del foro, di doverne rispondere dinanzi ad un tribunale internazionale⁵⁶. Questa circostanza, secondo l'eminente giurista, avrebbe contribuito all'abbandono della dottrina degli atti politici. A ben vedere, infatti, "puisque la matière trouvera en fin de compte son juge de fond, il est bien préférable, au point de vue de l'Etat intéressé, qu'il soit jugé par ses juges nationaux que par un tribunal international"⁵⁷.

I più recenti sviluppi della vicenda *Battisti* confermano l'attualità di questa riflessione. Il ricorso alla dottrina degli atti politici da parte del *Supremo Tribunal Federal* ha innescato, sul piano internazionale, la reazione dello Stato italiano il quale ha immedia-

⁵⁵ Corte internazionale di giustizia, *Caso dei prestiti norvegesi (Francia c. Norvegia)*, sentenza del 6 luglio 1957, in *I.C.J. Reports 1957*, opinione separata del giudice Lauterpacht, p. 34 e ss.

⁵⁶ M. N. POLITIS, "Rapport sur les actes de gouvernement à l'Institut international de droit public", in *Annuaire de l'Institut international de droit public 1931*, p. 387.

⁵⁷ *Ibidem*.

tamente attivato la procedura di conciliazione prevista dalla Convenzione di conciliazione e regolamento giudiziario del 1954, con la dichiarata intenzione – in caso di esito infruttuoso della procedura – di convenire il Brasile di fronte alla Corte internazionale di giustizia.

13

L'applicazione del principio dell'insindacabilità del potere politico da parte del *Tribunal*, dunque, non solo è giuridicamente infondata, ma si è rivelata controproducente per lo stesso Governo brasiliano. Invero, il senso d'ingiustizia che l'applicazione di tale principio inevitabilmente produce nella parte soccombente non ha fatto che inasprire il conflitto in atto tra Italia e Brasile.

Deve osservarsi, infine, che un esame nel merito del ricorso non avrebbe necessariamente condotto ad una pronuncia di accoglimento. In effetti, tra le eccezioni contemplate dall'art. 3 del Trattato, Lula ha invocato quella più vaga e, di conseguenza, più difficile da contestare in sede giudiziale, vale a dire il rischio che l'estradando, in ragione delle sue "condizioni personali", subisca un "aggravamento" della propria situazione. Si tratta, come si vede, di espressioni generiche, suscettibili di una lettura piuttosto ampia. Sfruttando i margini interpretativi estremamente lati offerti dalla norma, quindi, la maggioranza del *Tribunal* avrebbe potuto comunque ritenere infondata la domanda del Governo italiano.

Senza dubbio, anche questo approccio sarebbe stato oggetto di contestazioni, ma avrebbe nondimeno spiegato un duplice effetto positivo. Da un lato, infatti, il *Tribunal* avrebbe dato prova al Governo italiano di aver preso in considerazione le sue doglianze, distendendo – quantomeno in parte – le relazioni tra i due Paesi. Dall'altro, avrebbe fornito una soluzione giuridica della quale la Corte internazionale di giustizia avrebbe potuto tener conto nel caso in cui fosse investita di tale controversia.