

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Processuale Civile

**Immunità statale dalla giurisdizione, “diritto al giudice”
e rilevabilità del difetto di giurisdizione**

RELATORE

Prof. Martino Roberto

CANDIDATO

Marseglia Federica

Matr. 113913

CORRELATORE

Prof. Capponi Bruno

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

INDICE

❖ CAPITOLO 1: Le questioni di giurisdizione e l'immunità degli Stati esteri

- I) Il trattamento processuale delle questioni di giurisdizione.....5
- II) Evoluzione storica della consuetudine immunitaria.....10
- III) Tentativi di superamento del tradizionale binomio distintivo.....21
- IV) Il fenomeno dell'*Immunity Review*.....29
- V) L'adesione italiana alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni.....36

❖ CAPITOLO 2: La responsabilità statale nei crimini internazionali

- I) Rapporto controverso tra la consuetudine immunitaria e la repressione dei crimini internazionali.....43
- II) Individuazione e collocazione dello *ius cogens*....49
 - II.i) La tecnica del bilanciamento.
- III) La personalità giuridica internazionale dell'individuo.....67

❖ **CAPITOLO 3: Il ruolo della giurisprudenza italiana nell'evoluzione della consuetudine immunitaria: il caso Ferrini**

- I) Il “principio Ferrini”.....74
- II) Commento alla sentenza Ferrini.....84
- III) La vicenda Distomo.....94
- IV) Isolamento della giurisprudenza italiana.....104
 - IV.i) Jones, Mitchell et alii v. Kingdom of Saudi Arabia, Colonel Abdul Aziz et alii;
 - IV.ii) Cass. Sez. Un. Civ., 29 maggio 2008 n. 14201: il caso Mantelli;
 - IV.iii) Cass., I Sez. penale, 19 giugno 2008, n. 31171: il caso Lozano;
 - IV.iiii) Cass., I Sez. penale, 21 ottobre 2008, n. 1072: la sentenza Milde.
- V) Atteggiamento critico della dottrina italiana.....118

❖ **CAPITOLO 4: *Jurisdictional immunities of the State*: Germania v. Italia di fronte alla Corte internazionale di giustizia**

- I) Considerazioni preliminari.....124
 - I.i) Il ricorso della RFG e la causa riconvenzionale;
 - I.ii) L'ordinanza del 6 luglio 2010;
 - I.iii) I precedenti tentativi di risarcimento delle vittime di guerra;
 - I.iiii) L'adozione del decreto-legge 63/2010.
- II) La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.....136
 - II.i) La difesa italiana;
 - II.ii) La soluzione della Corte internazionale di giustizia sul contrasto tra immunità e *ius cogens*;
 - II.iii) *Separate and Dissenting opinions*.
- III) Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano.....151
 - III.i) Le conseguenze per i giudici italiani;

- III.ii) Le reazioni del Legislatore italiano;
 - **III.ii.i) Le conseguenze pratiche in ordine alla rilevabilità del difetto di giurisdizione;**
- III.iii) Le reazioni delle Corti italiane.

❖ **CAPITOLO 5: L’Intervento della Corte Costituzionale**

- I) La questione di legittimità costituzionale.....165
- II) La sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238.....172
 - II.i) Riflessioni della Corte in merito alla propria (in)competenza;
 - II.ii) La legittimità della norma interna prodotta mediante il rinvio dell’art. 10 Cost. alla consuetudine immunitaria internazionale;
 - II.iii) Le altre questioni di legittimità.
- III) La teoria dei “contro-limiti” per la prima volta contro una sentenza internazionale.....182
- IV) Le perplessità generate dalla pronuncia di rigetto.....185
- V)I possibili scenari futuri.....190
 - V.i) Il contributo della sentenza n. 238/2014 alla modifica del diritto internazionale consuetudinario attuale;
 - V.ii) Gli eventi successivi alla pronuncia costituzionale;
 - V.iii) La necessità di valorizzare lo strumento della protezione diplomatica.

CONCLUSIONI.....208

BIBLIOGRAFIA.....211

CAPITOLO 1

LE QUESTIONI DI GIURISDIZIONE E L'IMMUNITÀ' DEGLI STATI

I) Il trattamento processuale delle questioni di giurisdizione

Ai sensi dell'art. 2907 del libro VI del codice civile, alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte, ovvero quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio. Inoltre, il codice di procedura civile all'art. 99 codifica il "principio della domanda" in virtù del quale, chi vuole far valere un diritto in giudizio, deve proporre apposita domanda al giudice competente.

Dunque, individuato il foro competente, il giudice persona fisica designato per la decisione sarà tenuto ad esaminare le seguenti questioni pregiudiziali: *in primis*, egli dovrà occuparsi delle "questioni di giurisdizione", ossia dovrà verificare se il convenuto si trovi in una delle posizioni che lo rendono immune dalla giurisdizione, ovvero se il ricorso è stato giustamente incardinato presso il foro in questione, o se al contrario spetti ad altro giudice, di altro Stato, o speciale rispetto alla magistratura ordinaria; dovrà poi informarsi sull'eventuale presenza di un regolamento di giurisdizione. *In secundis*, il giudice dovrà esaminare le "questioni di competenza", ossia stabilire se risulti competente il giudice adito, ovvero altro giudice appartenente allo stesso ordine, se la causa debba essere decisa collegialmente o monocraticamente, e valutare infine la compatibilità della persona fisica o delle persone fisiche formanti il collegio, ai sensi delle disposizioni del cod. proc. civ..¹

Questa premessa risulta necessaria al fine di comprendere il significato della regola processuale nota come "priorità logica delle questioni di giurisdizione", in virtù della quale tutte le questioni di giurisdizione che insorgono nel corso del processo devono essere decise prima di qualunque altra questione sottoposta all'attenzione del giudice. Orbene, ai fini della nostra trattazione merita di essere approfondita la prima questione menzionata, ossia quella relativa all'eventuale immunità del convenuto.

Il pensiero comune induce a considerare la verifica sulla sussistenza della giurisdizione italiana un *prius* logico rispetto all'eventuale immunità del convenuto. Non avrebbe

¹ N.PICARDI, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

senso verificare se costui è immune o meno fino a quando non si accerta rispetto a quale giurisdizione debba essere valutata la sua posizione processuale. Eppure l'orientamento tradizionale della giurisprudenza in merito è stato quello di ritenere preliminare l'analisi dell'immunità rispetto all'accertamento della competenza giurisdizionale, alla luce del principio di pregiudizialità giuridica.² Questa convinzione, dichiaratamente espressa da numerose sentenze,³ è sottointesa da quasi tutte le pronunce sul tema, che in primo luogo verificano se la controversia rientri tra quelle coperte da immunità secondo il diritto internazionale, e solo in caso di esito negativo, procedono ad indagare sull'esistenza di eventuali criteri di collegamento per fondare la giurisdizione del giudice italiano.⁴ Tale convincimento si basa sulla tesi, ormai superata, che ricollega la questione immunitaria alla categoria dell'improponibilità assoluta della domanda.⁵ Prevaleva infatti l'idea secondo cui, i rapporti immuni dalla nostra giurisdizione fossero totalmente estranei ad essa e a qualunque sindacato da parte del giudice italiano.⁶ Un'estraneità, affermava la Cassazione italiana, *“sia dal punto di vista sostanziale, per un limite che l'ordinamento si impone in ordine alle valutazioni astratte date dalle sue norme giuridiche, sia sotto il profilo processuale, per un corrispondente limite della giurisdizione statale rispetto alle valutazioni concrete date da atti giurisdizionali”*.⁷ Da ciò conseguiva la preclusione *“ad ogni indagine sul ricorso o meno dei criteri di collegamento che consentono di convenire lo straniero innanzi al giudice italiano”*.⁸ Attualmente la giurisprudenza conviene sul fatto che sia preferibile parlare di improponibilità assoluta allorquando manchi del tutto un diritto azionabile davanti al

² La problematica dell'ordine delle questioni in diritto processuale è ampia e complessa. Sul tema, TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2007, p. 111 e ss; FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, passim.

³ Cass. 8 giugno 1957, n. 3144, Cass. 14 luglio 1960, n. 1919, Trib. Roma 21 luglio 1964, Cass. 26 maggio 1979, n. 3062.

⁴ S. IZZO *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale* in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI e VENTURINI. Enciclopedia del diritto. Annali, volume 4 *Stati stranieri (immunità giurisdizionali)*, CEDAM, 2009.

⁵ MORELLI: “Essa significa che l'ordinamento interno si astiene dal sottoporre quei rapporti ad ogni sua valutazione: non solo quindi alle valutazioni astratte date da norme giuridiche ma anche dalle valutazioni concrete date da atti giurisdizionali”. In questo senso anche TARUFFO, in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2005, p. 664.

⁶ IZZO *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale* in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI e VENTURINI. Enciclopedia del diritto. Annali, volume 4 *Stati stranieri (immunità giurisdizionali)*, CEDAM, 2009.

⁷ Trib. Roma 21 luglio 1964, cit.

⁸ Cass. 26 maggio 1979, n. 3062, cit.

giudice per difetto di una norma o di un principio giuridico che lo contempli.⁹ Al contrario l'immunità del convenuto rende sempre possibile l'instaurazione di un processo a suo carico nel foro dello Stato cui egli appartiene.

Nell'ipotesi in parola si tratta, cioè, semplicemente di accertare se la tutela, non esclusa astrattamente dall'ordinamento, possa essere invocata di fronte al giudice italiano.¹⁰ Tuttavia resta pacifico, e non potrebbe essere altrimenti, che il concetto di immunità si traduce in un'impossibilità obiettiva di esercizio della giurisdizione per via dell'estraneità del rapporto dedotto, o astrattamente deducibile in giudizio, rispetto all'ordinamento giuridico considerato, da cui discende l'inconoscibilità assoluta da parte dei giudici nazionali.¹¹

La Corte di Cassazione, inaugurando un nuovo orientamento, ha dunque precisato che il giudice è tenuto a pronunciarsi sull'immunità solo *dopo* aver esaminato la propria competenza giurisdizionale sull'azione introdotta dal ricorrente. Pertanto a partire dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 19 febbraio 1993, n. 1824, è pacifico che anche la questione immunitaria rientri a pieno titolo tra quelle di giurisdizione trattate dall'art. 37 del c.p.c..

Così inquadrata, nelle vesti di *presupposto negativo all'esercizio* concreto dell'azione, è possibile affermare che soltanto in caso di sussistenza di un criterio di collegamento astrattamente fondante la giurisdizione, potrà procedersi all'esame dell'eventuale immunità. Si può allora perfettamente condividere la ricostruzione operata dal Tribunale di Milano nella succitata sentenza del 19 marzo 1992: “*il giudice verifica preliminarmente la ricorrenza di un momento di collegamento idoneo, in linea di principio, a sottoporre la controversia agli organi della giurisdizione italiana e, soltanto poi - circostanza esclusa nel caso concreto - affronterà la questione dell'eventuale immunità dell'ente convenuto.*”

Nonostante l'ordine giurisdizione-immunità sia ormai conclamato, resta possibile per il giudice pronunciarsi istantaneamente sull'immunità, allorquando tale questione sia di più facile risoluzione, sulla base dei principi di economia processuale, ovverossia per il principio della “ragion più liquida”.

⁹ Come ben chiarisce Trib. Milano, 19 marzo 1992, che qualifica la questione immunitaria traducendola “in una norma negativa della giurisdizione dello Stato”.

¹⁰ Cass. 13 febbraio 1993, n. 1824.

¹¹ R. LUZZATO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Università degli Studi di Milano, Milano, 1972.

Da questo assunto, all'esperibilità concreta del regolamento preventivo per sottoporre la questione dell'immunità alle Sezioni Unite, il passo non è affatto breve.¹² La sentenza n.1824 del 1993 prosegue precisando che rimane da “*stabilire se la fattispecie sia riconducibile nell'ambito dell'art. 37, in modo che la questione di giurisdizione possa proporsi mediante istanza di regolamento, oppure se, esclusa tale possibilità, essa debba farsi valere in via di impugnazione ordinaria ai sensi dell'art. 360, n. 1, c.p.c.*”

Il regolamento di giurisdizione è uno strumento preventivo volto a dipanare sin dall'inizio qualsiasi dubbio sulla questione di giurisdizione, onde evitare che essa possa inficiare l'intero svolgimento del processo, e trova regolamentazione all'art. 41 c.p.c..¹³

L'attuale formulazione della norma in questione accenna ai soli rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo pertanto, più che di una vera questione di giurisdizione, si tratta di un caso di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (poteri giudiziario ed amministrativo), sorto per improponibilità assoluta della domanda, vertente su materie riservate al potere amministrativo, nelle quali il giudice ordinario non può ingerire (ad es. nel caso di richiesta di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi o di interessi semplici o di fatto non tutelabili innanzi al giudice ordinario). L'abrogazione del comma 2 dell'art. 37 c.p.c ad opera della legge n. 218 del 1995 (nella quale è confluita, rimodulata, la disciplina dei limiti internazionali alla giurisdizione), ha posto il problema della eventuale conseguente esclusione del regolamento di giurisdizione in relazione alle questioni concernenti i limiti della giurisdizione italiana nei confronti dello straniero;¹⁴ infatti, sembra che il riferimento all'art. 37 c.p.c, contenuto nell'art. 41 c.p.c, possa essere riferito soltanto alle questioni

¹² S. IZZO, *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale* in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI e VENTURINI. Enciclopedia del diritto. Annali, volume 4 *Stati stranieri (immunità giurisdizionali)*, CEDAM, 2009.

¹³ Testo integrale dell'art. 41 c.p.c. : “Regolamento di giurisdizione. Finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37. L'istanza si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e seguenti, e produce gli effetti di cui all'articolo 367. La pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della Corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge alla amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato.”

¹⁴ Domenico Dalfino, *Regolamento di giurisdizione*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/regolamento-di-giurisdizione_\(Diritto_on_line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/regolamento-di-giurisdizione_(Diritto_on_line)).

indicate nel primo (e ormai unico) comma dello stesso art. 37.¹⁵ Al quesito una parte della dottrina ha risposto per lo più in senso positivo, mentre altri autori hanno ritenuto forzata l'interpretazione estensiva. La giurisprudenza, in ogni caso, ha affermato che il regolamento di giurisdizione in tal caso è esperibile. Nello specifico la suprema Corte con sentenza del 1 febbraio 1999 n. 6, ha motivato nel seguente modo: *“Considerato il carattere recettizio del rinvio operato dall’art. 41, tenuto conto del perdurare nel sistema del diritto internazionale privato della rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione nei confronti dello straniero, è corretto ritenere che esso possa essere rilevato con il regolamento preventivo, senza la necessità di fare ricorso al sistema di cui all’art. 362 c.p.c..”*¹⁶

Il punto d'arrivo sinteticamente espresso non può comunque esimerci dal ricordare l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in materia, posto che taluni¹⁷ hanno insistito nel qualificare il regolamento come *“mezzo straordinario ed eccezionale”* il quale *“trascurando l'ordine normale dei gradi del giudizio, separa la questione di giurisdizione dall'insieme della causa e la porta anticipatamente e direttamente all'esame dell'organo supremo.”* La giurisprudenza¹⁸ ha resistito di fronte all'argomento della straordinarietà, affermando che *“si può ritualmente chiedere la risoluzione di qualsiasi questione attinente alla giurisdizione e non soltanto di quelle indicate – del resto solo in via esemplificativa – nell’art. 37 c.p.c.”*.

Ad oggi si può quindi ritenere definitivamente fugato ogni dubbio circa l'utilizzabilità del regolamento di giurisdizione anche per la questione immunitaria. Difatti non sono mancate prospettazioni di incostituzionalità (tra gli art. 37-41-367 c.p.c. da un lato e 24-25-111 Cost. dall'altro), ma queste stesse sono state ritenute tutte manifestamente

¹⁵ Testo integrale dell'art. 37: *“Difetto di giurisdizione. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d’ufficio, in qualunque stato e grado del processo.”*

Precedentemente il comma 2 recitava: *“il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello straniero è rilevato dal giudice d’ufficio in qualunque stato e grado del processo relativamente alle cause che hanno per oggetto beni immobili situati all’estero; in ogni altro caso è rilevato egualmente d’ufficio dal giudice se il convenuto è contumace, e può essere rilevato soltanto dal convenuto che non abbia accettato espressamente o tacitamente la giurisdizione italiana.”*

¹⁶ *Foro it.*, 1999, I, 1879; Cass, S.U., 21.5.2004, n. 9802, *Foro it. Rep.*, 2004, voce *Giurisdizione civile*, n. 256).

¹⁷ LIEBMAN, *Il divorzio ritorna dinanzi alla Corte Costituzionale*, in *Rivista diritto processuale* 1973, 714, circa il difetto di giurisdizione verso i tribunali ecclesiastici. Contro la tesi della straordinarietà del rimedio cfr. VERDE, *sub. Art. 1*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di VACCARELLA e VERDE, app. di aggiornamento, Torino, 200.

¹⁸ Cass. 25 maggio 1989, n. 2502; Cass. 12 giugno 1999, n. 331; Cass 3 agosto 2000, n. 531.

infondate, specialmente alla luce del principale punto di forza dell'istituto in esame che la giurisprudenza¹⁹ non ha trascurato di sponsorizzare, ossia il risparmio di attività e di tempo che esso comporta.

Qualche precisazione merita infine il regime del rilievo dell'immunità. A tal proposito si ricordi che ai sensi dell'art. 11 della legge 218 del 1995, il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e può essere rilevato dal giudice d'ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, ovvero se ricorre l'ipotesi di cui all'articolo 5, cioè se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale.

Nel caso di rinuncia espressa, la prova degli atti o dei fatti da cui essa emerge, deve essere quanto meno allegata dalla parte che intende farla valere in processo. Ma nella maggior parte dei casi la rinuncia è tacita, proviene cioè per *facta concludentia* da comportamenti processuali (ad esempio non eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo).

Alla luce di quanto sopra esposto, si comprende come, qualora venga accertata l'immunità del convenuto, essa si ponga come primo limite alla giurisdizione italiana. Di conseguenza è doveroso un approfondimento in merito. Una qualunque trattazione sul tema dell'immunità non può prescindere dalle sue ataviche origini.

II) Evoluzione storica della consuetudine immunitaria

Le radici della regola immunitaria si rinvencono nella celebre consuetudine di diritto internazionale espressa nel seguente brocardo: **PAR IN PAREM NON HABET IURISDICTIONEM**. Il principio in esame, posto a tutela dell'eguaglianza degli Stati e della loro indipendenza, opera nel seguente modo: uno Stato non può essere chiamato in giudizio presso il tribunale di un altro Stato a meno che non accetti espressamente di sottoporsi alla giurisdizione del foro presso cui è convenuto, o si costituisca presentando domanda riconvenzionale, e dunque, così facendo, rinunci all'immunità.

La regola consuetudinaria ha pertanto la funzione di sottrarre gli Stati dalla giurisdizione civile penale e amministrativa dei tribunali degli Stati stranieri, tanto per i

¹⁹ Cass. SS. UU. 4 giugno 1986, n. 3732; Cass, 20 aprile 1990, n. 334, che richiama Corte cost. 6 giugno 1973, n. 73 e Corte cost. 19 dicembre 1984, n. 294.

procedimenti cognitivi tanto per quelli cautelari ed esecutivi. Essa trae giustificazione dalla volontà di preservare la supremazia di ciascuno Stato, impedendo l'emersione sullo scenario internazionale di attori protagonisti a scapito di Paesi che, in virtù della propria debolezza politico economica, si riducano a mere comparse.

Si tenga presente che il principio di fondo che sorregge l'intera comunità internazionale è quello di una costante parità tra tutti gli enti che vi partecipano, e il rifiuto di qualunque verticalismo. La comunità internazionale è infatti una comunità orizzontale tra pari, la cui anorganicità²⁰ si rispecchia nell'assetto della giurisdizione, che è, e non potrebbe essere altrimenti, consensuale. E', infatti, tecnicamente improprio parlare di attore e convenuto, posto che non esistono tribunali che abbiano competenza obbligatoria, ossia corti presso cui possa essere convenuto uno Stato da parte di un altro. La nascita della regola immunitaria segna quindi la comparizione stessa della Comunità Internazionale nella sua configurazione moderna, ossia nella sua struttura formalmente egualitaria. Il processo di formazione della consuetudine immunitaria costituisce uno dei primi e più indicativi esempi della struttura bilateralistica e sinallagmatica della rete dei rapporti giuridici dell'allora nuova Società internazionale, partecipata da entità *superiorem non recognoscentes*. Queste erano l'autorità imperiale e quella papale, la cui guerra secolare non aveva prodotto vincitore alcuno. Da ciò, l'impraticabilità di un'organizzazione piramidale e gerarchica.²¹

In origine, il diritto internazionale conferiva agli Stati un'immunità giurisdizionale **assoluta**, che non ammetteva eccezioni: nessuno Stato poteva essere giudicato da altro Stato, a prescindere dalla natura del rapporto di cui era titolare, giacché, in caso contrario, sarebbe risultato "inferiore"²², in contrasto con il principio dell'eguaglianza sovrana degli Stati e con la vocazione propria della comunità internazionale.

All'epoca delle monarchie assolute, l'immunità era accordata alla singola persona del sovrano e ai suoi organi, ed era condizione minima e indispensabile per il mantenimento delle relazioni tra sovrani, in un tempo segnato dalla cavalleresca conflittualità in ambito economico politico e militare. La separazione dell'immunità degli Stati esteri da

²⁰ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

²¹ A. TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale*, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006, a cura di LANCIOTTI e TANZI, Giappichelli, Torino, 2007.

²² C. FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, Diritto internazionale, I, CEDAM, Padova, 2012.

quella dei rispettivi sovrani ed organi diplomatici, è il segnale della prima rottura della plurisecolare omogeneità della comunità internazionale, accentuatasi con la Prima Guerra Mondiale e in particolare con la Rivoluzione Sovietica.²³ Con il passare del tempo, i citati cambiamenti storici hanno portato all'erosione dell'agognato privilegio. Il regime di economia di Stato tipicamente sovietico ha comportato che gli attori economici dei Paesi che vi erano sottoposti, fossero costituiti da agenzie di Stato.²⁴ La tendenza all'incremento della partecipazione statale in tutti i processi economici fino alla definizione dei sistemi ad economia pianificata, ha portato l'ente pubblico in primo piano in controversie nuove e diverse, più vicine al diritto privato che a quello pubblico. Il processo di ridimensionamento della regola immunitaria è stato accelerato dal reiterarsi di controversie giudiziali, in cui i convenuti enti pubblici invocavano il beneficio immunitario per rapporti commerciali e contrattuali. Anche l'Italia cominciava ad ammettere la possibilità di convenire in giudizio la pubblica amministrazione per atti da essa compiuti totalmente assimilabili ad attività di privati.²⁵ Per cui grazie soprattutto alla giurisprudenza italiana²⁶ e belga, che è stata pioniera di un nuovo convincimento generale, si è pervenuti all'elaborazione dell'immunità **ristretta**. In particolare, la giurisprudenza italiana ha ritenuto che ai fini dell'esenzione dalla giurisdizione, non fosse sufficiente lo status di Stato straniero del convenuto, ma che al contrario fosse necessaria un'indagine sulla tipologia dell'atto posto in essere²⁷. La Suprema Corte, in una delle sue pronunce sul tema, ha dichiarato: "*L'immunità giurisdizionale si concepisce e si giustifica, infatti, come un effetto della sovranità, come una tutela della medesima, onde sono esenti dalla giurisdizione dei singoli Stati quei soggetti di diritto internazionale, cui si riconosce l'attributo della sovranità e solo in odine ai rapporti nei quali si sia estrinseca la sovranità medesima*"²⁸. Così argomentando, si attuava il passaggio dall'immunità *ratione personae* assoluta all'immunità *ratione materiae*, focalizzata sull'accertamento della natura delle funzioni

²³A. TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale*, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006, a cura di LANCIOTTI e TANZI, Giappichelli, Torino, 2007.

²⁴KARTASHKIN, *The Marxist-Leninist Approach: The Theory of Class Struggle and Contemporary International Law*, in MACDONALD, JOHNSTON, *The Structure and Process*, p. 79 ss.

²⁵C. FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, Diritto internazionale, I, CEDAM, Padova, 2012.

²⁶Corte di Cassazione Italiana 13 marzo 1926/ 18 gennaio 1933.

²⁷A. DE LUCA, *L'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI, CEDAM, 2009.

²⁸Cass. 5 dicembre 1966, n. 2830.

statali. Di fronte al problema della qualificazione dell'atto pubblico o privato tendenzialmente diversa a seconda degli Stati convenuti, la Cassazione interviene con la sentenza n. 3368 del 14 novembre 1972 affermando che, non essendovi necessaria coincidenza tra i singoli ordinamenti territoriali circa la classificazione delle attività statali, *“le difficoltà sono state superate pervenendosi ad un minimo standard internazionalmente osservato, cui si riduce la regola dell'immunità ristretta; si è adottata e utilizzata, cioè, la concezione classica della sovranità, intesa nel suo significato intrinseco e naturale, come potere di comando e forza materiale a conservare tale sua capacità esplicativa ai fini della regola in esame”*. Sicché l'attuale corretta affermazione della regola immunitaria è la seguente: lo Stato è esente da giurisdizione, di fronte ai tribunali di un altro Stato, quando compie attività che sono manifestazione delle sue funzioni sovrane, ossia atti ***iure imperii***, al contrario non può invocare alcuna immunità allorquando ponga in essere atti ***iure gestionis***, ossia quando si comporta come un privato. In questo senso, si può affermare che l'immunità abbia funzionato come meccanismo di esclusione prima e di distribuzione poi della giurisdizione tra lo Stato del foro e quello straniero.²⁹

La nuova impostazione è stata oggetto d'attenzione fin dagli anni settanta, ed è stata condivisa dalla maggior parte della comunità internazionale, tra cui anche Usa e Regno Unito. Ciononostante i paesi di common law sono contraddistinti da una particolare modalità d'approccio, poiché tendono a preferire un metodo enumerativo: utilizzano una legge *ad hoc* per indicare le diverse categorie di atti sottratti all'immunità. In altri sistemi, come quello italiano, ove manca una legge apposita, la risoluzione della questione è affidata ai poteri ermeneutici dei giudici statali e ciò attribuisce loro un più ampio margine di manovra e dunque un potere modificativo non poco rilevante nell'ambito del diritto internazionale.³⁰

In Italia, nello specifico, la consuetudine immunitaria opera in virtù dell'adeguamento automatico al diritto internazionale consuetudinario ex art. 10 della Costituzione italiana.³¹ Per quanto concerne l'introduzione di una legge speciale, la dottrina italiana è

²⁹ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

³⁰ C. FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, Diritto internazionale, I, CEDAM, Padova, 2012.

³¹ Art.10 Cost.: L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

sempre stata divisa in due blocchi: da un lato, una corrente di pensiero riteneva che una legge di adeguamento non fosse conforme alla nostra tradizione costituzionale, dall'altro c'era chi ne auspicava l'adozione per ottemperare al principio di certezza del diritto.

In merito al movimento convenzionale che ha interessato la materia, la teoria dell'immunità ristretta è confluita dapprima nella **Convenzione Europea sull'immunità degli Stati**, meglio nota come Convenzione di Basilea, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1972 (ratificata solo da otto Stati, tra cui non l'Italia), e successivamente nella **Convenzione sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro beni**. Questa è stata adottata *per consensus* il 2 Dicembre 2004 sotto gli auspici dell' Organizzazione delle Nazioni Unite con risoluzione dell'Assemblea Generale 53/83, ed è stata aperta alla firma a New York il 17 Gennaio 2005. Il trattato è stato adottato dopo 25 anni di lavori preparatori svolti prima dalla Commissione di diritto internazionale (che iscrisse nella sua agenda l'argomento per la prima volta nel 1977) e dopo da un Comitato ad hoc istituito dall'Assemblea Generale nel 2000.³²

Il Commentario della Commissione, i rapporti del comitato ad hoc, la risoluzione dell'Assemblea Generale, con la dichiarazione resa dal presidente del Comitato ad hoc, professor Gerhard Hafner,³³ alla Sesta Commissione dell'Assemblea Generale il 25 ottobre 2004, costituiscono parte dei lavori preparatori ai fini dell'interpretazione della Convenzione.³⁴ La CDI aveva approvato un testo in seconda lettura nel 1991, dopo oltre tredici anni di negoziazione. Di regola, quando la Commissione adotta un testo in seconda lettura, l'Assemblea Generale ne decide l'adozione, oppure apre la rinegoziazione definitiva tra le delegazioni governative in Sesta Commissione o in una conferenza diplomatica. Il progetto dell'immunità è rimasto invece congelato fino al 1998, ossia fino a quando l'assemblea ha chiesto alla CDI di riesaminare il testo. L'anno seguente è stato istituito il citato Comitato ad hoc, che a sua volta ha concluso i lavori nel 2004. Il travagliato iter di approvazione dà l'idea della difficoltà di ritrovare l'equilibrio tra gli schieramenti opposti della comunità internazionale, all'indomani

³³ Per maggiori approfondimenti sulla Convenzione in generale v. HAFNER e LANGE, *La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelle des Etats e de leurs biens*, in AFDI, 2004, p. 45 ss.

³⁴ RONZITTI e VENTURINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI, CEDAM, 2009.

della scompaginazione avvenuta ad opera dei Paesi in via di sviluppo, che abbandonavano l'economia socialista per entrare nel mondo del capitalismo.

In passato l'esistenza di due blocchi nitidi e distinti aveva comportato un fenomeno di c.d. riscrittura del diritto internazionale su base volontaristica,³⁵ ossia il proliferare di convenzioni tra Stati, che erano occasione di rinegoziazione tra le posizioni spesso inconciliabili degli estremi della società internazionale. Con la caduta dell'URSS, l'ordine conquistato ricominciava a vacillare, ed era necessario ristabilire un indirizzo comune sulle principali tematiche internazionali. In quegli anni Paesi tradizionalmente chiusi si aprivano al commercio e agli investimenti internazionali, per cui il ridimensionamento della teoria immunitaria, con la conseguente esclusione dei rapporti commerciali dalla rosa dell'immunità, accresceva la fiducia degli operatori privati occidentali nei riguardi degli operatori pubblici stranieri. Inoltre, il congelamento del testo della Commissione era finalizzato alla salvaguardia delle legislazioni restrittive adottate sul tema negli anni '70-'80 nei Paesi di common law.

In questo senso il progetto della CDI si inserisce nel dibattito più generale sulle modalità di codificazione delle fonti, diviso tra l'approccio volontaristico (uso delle convenzioni) e quello giusnaturalistico (uso di strumenti non vincolanti ma meramente ricognitivi). E' agevole rendersi conto che il secondo atteggiamento si caratterizza per essere maggiormente fiducioso, mentre l'uso di strumenti vincolanti tra gli Stati è preferibile allorquando non ci sia un'adequata omogeneità di valori e una forte condivisione degli stessi.³⁶

Ciononostante, i redattori della Convenzione hanno voluto generare una codificazione libera da inquadramenti convenzionali e diverse delegazioni, in occasione della Sesta Commissione per la discussione del progetto, si sono espresse nel seguente modo: *"Its a flessible instrument...In a less divided world, a model law should not necessarily be perceived as a secondary means of codification, as it could serve as a reflection of costumary law on the matter"*.³⁷ Dall'analisi delle disposizioni del trattato si evince però, altrettanto facilmente, la ricerca costante di un compromesso necessario tra

³⁵ A.TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale*, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006, a cura di LANCIOTTI e TANZI, Giappichelli, Torino, 2007.

³⁶ A.TANZI, *op. cit.*

³⁷ Report for the Chairman of the Working Group, Professor G. Hafner, U.N.Doc. A/C.6/54/L.12, par. 8-9.

esigenze diverse, facenti capo ad autorità che non avrebbero potuto trovare accordo se non per mezzo di uno strumento convenzionale.

L'Italia ha aderito alla Convenzione di New York del 2004. Secondo il *modus operandi* italiano, il provvedimento con cui si autorizza il Presidente della Repubblica a ratificare o ad aderire al trattato, contiene anche l'ordine di esecuzione, che dispone il mero rinvio alla Convenzione.³⁸ Spetta al giudice formulare la norma interna di adattamento.³⁹

La distinzione tra la Convenzione di Basilea e quella di New York è lampante, posto che la prima muove dai casi in cui uno Stato non può invocare l'immunità, per poi giungere all'affermazione dell'immunità come regola residuale, mentre la seconda si apre con l'enunciazione dell'immunità quale regola generale e segue con i casi eccezionali in cui non è possibile invocarla.⁴⁰

Nessuno dei due strumenti internazionali menziona però la distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, mentre entrambi optano per il metodo della lista, ossia elencano una serie di attività, prevalentemente commerciali, per cui lo Stato non può godere dell'immunità.

Oltre a questo, il principale contributo della Convenzione di New York alla certezza del diritto, concerne la stessa qualificazione giuridica della norma sull'immunità. Fin dal suo preambolo si legge che le Alte Parti contraenti considerano che le immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni derivano da un principio generalmente accettato del diritto internazionale consuetudinario.

Questa formulazione conferma l'idea secondo cui l'immunità costituisce regola di diritto internazionale, in opposizione alle tesi secondo cui il riconoscimento dell'immunità agli Stati è il risultato di una mera cortesia tra potenti,⁴¹ ovvero una scelta

³⁸ N. RONZITTI, *Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra*, GUIDA AL DIRITTO, IL SOLE-24ORE, N.°48, Dicembre 2012.

³⁹ Nel nostro sistema è vigente solamente la legge 98/2010, che non prevede regole sostanziali sull'immunità, ma si limita a prescrivere la sospensione delle misure esecutive a loro carico (e a carico di organizzazioni internazionali) nelle more di procedimenti davanti a istanze giurisdizionali internazionali.

⁴⁰ N. RONZITTI, *Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra*, GUIDA AL DIRITTO, IL SOLE-24ORE, N.°48, Dicembre 2012.

⁴¹ Commissione da Ripaghen *Compte rendu analytique de la 1708 e seance*, doc. A/CN.4/SR.1708, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1982, vol. I, p. 62.

discrezionale di competenza del potere esecutivo,⁴² determinata da esigenze politiche e diplomatiche.⁴³

Nello specifico, la Convenzione di New York sancisce all' art. 5 che "uno Stato beneficia, per se stesso e per i suoi beni, dell'immunità giurisdizionale davanti ai tribunali di un altro Stato, fatte salve le disposizioni della presente Convenzione".⁴⁴ Mentre l'art. 6 recita "che uno Stato attua l'immunità degli Stati prevista nell'articolo 5 astenendosi dall'esercitare la sua giurisdizione in un procedimento davanti ai propri tribunali contro un altro Stato e, a tal fine, vigilando affinché i suoi tribunali decidano d'ufficio che l'immunità dell'altro Stato prevista nell'articolo 5 sia rispettata"; e ancora "che un procedimento davanti a un tribunale di uno Stato è considerato promosso contro un altro Stato quando quest'ultimo: a) è citato come parte nel procedimento; o b) non è citato come parte nel procedimento, ma il procedimento è di fatto mirato a recare pregiudizio ai suoi beni, diritti, interessi o attività."

Dopo aver puntualizzato in quali casi uno Stato non può invocare l'immunità per questioni processuali,⁴⁵ la Convenzione dedica la Parte Terza ai procedimenti in cui uno Stato non può invocare l'immunità per la natura sostanziale dei rapporti di cui è titolare. Nello specifico, lo Stato può essere convenuto in giudizio nelle **controversie relative ai contratti commerciali (art. 10), ai contratti di lavoro che non implicino l'esercizio**

⁴² CAPLAN, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 741 ss.

⁴³ F. DE VITTOR, *Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004*, in *Le immunità nel diritto internazionale, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, a cura di LANCIOTTI e TANZI, Giappichelli, Torino, 2007.

⁴⁴ Art. 2 Definizioni 1. Ai fini della presente Convenzione: a) il termine «tribunale» si riferisce a ogni organo di uno Stato, qualunque sia la sua denominazione, abilitato a esercitare funzioni giudiziarie; b) il termine «Stato» designa: i) lo Stato e i suoi diversi organi di governo, ii) le componenti di uno Stato federale o le suddivisioni politiche dello Stato abilitate a compiere atti nell'esercizio dell'autorità sovrana e che agiscono a tale titolo, iii) stabilimenti o organismi statali o altri enti abilitati a compiere e che effettivamente compiono atti nell'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato, iv) i rappresentanti dello Stato che agiscono a tale titolo;

⁴⁵ L'art. 8 spiega che "uno Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale in un procedimento davanti a un tribunale di un altro Stato se: a) ha promosso esso medesimo il procedimento; o b) è intervenuto nel merito del procedimento o vi ha partecipato in qualche modo. Tuttavia, se dimostra al tribunale di aver potuto avere conoscenza di fatti su cui una domanda d'immunità può essere fondata soltanto dopo aver partecipato al procedimento, lo Stato può invocare l'immunità sulla base di tali fatti, a condizione che lo faccia senza indugio. Non è considerato consenso all'esercizio della giurisdizione di un tribunale di un altro Stato il fatto che uno Stato intervenga in un procedimento o vi partecipi con il solo scopo di: a) invocare l'immunità; o b) far valere un diritto o un interesse nei confronti di un bene in causa nel procedimento. La comparizione di un rappresentante di uno Stato davanti a un tribunale di un altro Stato in qualità di teste non è considerata consenso del primo Stato all'esercizio della giurisdizione di tale tribunale. La non comparizione di uno Stato in un procedimento davanti a un tribunale di un altro Stato non può essere interpretata come consenso del primo Stato all'esercizio della giurisdizione di tale tribunale".

di poteri sovrani (art.11), a danni causati a persone o cose da un atto o da un’omissione che si sono prodotti, interamente o in parte, sul territorio dello Stato del foro e se l’autore dell’atto o dell’omissione era presente su tale territorio nel momento in cui si è prodotto l’atto o l’omissione (art.12), alla definizione di diritti di proprietà, di possesso e di altri diritti reali (art.13), alla determinazione di diritti di proprietà intellettuale e industriale (art.14), in relazione alla partecipazione a società e altri enti associativi (art.15) e infine per operazioni di navi di Stato utilizzate con fini commerciali (art.16).

Con stupore si nota l’assenza di un’apposita eccezione all’immunità in caso di violazione di norme imperative a difesa dei fondamentali diritti umani. Il punto era presente ai redattori della Convenzione e l’omissione non è dovuta ad una svista. Nel 1999 il gruppo di lavoro incaricato dalla CDI aveva evidenziato lo sviluppo della prassi avente ad oggetto *“the argument increasingly put forward that immunity should be denied in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of jus cogens, particularly the prohibition on torture.”* Ma la Sesta Commissione dell’Assemblea Generale aveva ritenuto che gli sviluppi del diritto consuetudinario non fossero sufficientemente consolidati per giustificare l’inserimento dell’eccezione dello *ius cogens*. Si è trattato, senz’ombra di dubbio, un’occasione persa, che avrebbe evitato le incertezze successive manifestatesi anche in seno alla Corte Internazionale di Giustizia, organo supremo per l’interpretazione del diritto internazionale. Del resto, non si può trascurare la considerazione che un’apposita disposizione sul tema avrebbe potuto incontrare talmente tante resistenze da parte dei Paesi più potenti, da compromettere definitivamente l’adozione della Convenzione. Tuttavia, in ottica ottimistica, il preambolo della medesima, lascia aperto uno spiraglio di speranza nella parte in cui fa salvo il diritto consuetudinario per le questioni non regolate dalle disposizioni del trattato.⁴⁶ Ciò significa che per negare l’immunità potrebbero venire in considerazione, tanto eccezioni consolidate in consuetudini storiche, quanto eccezioni che poggiano su basi consuetudinarie nuove, in progressiva emersione e in attesa di cristallizzazione.

⁴⁶ RONZITTI e VENTURINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI, CEDAM, 2009.

Il metodo della lista era stato già prospettato in alcuni strumenti di legislazione interna come il *US Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976 e il *UK State Immunity Act* del 1978, e risulta senz'altro preferibile ai fini della certezza del diritto poiché riduce il margine interpretativo e la discrezionalità del giudice. Infatti la distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis* mantiene ancora oggi la sua validità nei Paesi che non hanno una propria legislazione interna in materia d'immunità statale, come anzitutto l'Italia, ma genera confusione e ambiguità perché non esiste un criterio omogeneo per distinguere le due categorie di atti.

Vi sono infatti numerose oscillazioni tra il concetto di **natura** dell'atto e il concetto di **scopo** dell'atto, e la stessa Convenzione di New York non offre un'indicazione univoca.⁴⁷ Chiaramente il risultato cui si perviene cambia notevolmente a seconda del criterio adoperato per il distinguo, e questo rende il metodo della lista sicuramente più efficace. E' sufficiente notare come cambierebbe il giudizio se si considerasse il criterio dello scopo dell'atto piuttosto che quello della natura, allorquando uno Stato, ad esempio, acquisti un immobile per puro investimento ovvero per adibirlo a sede di rappresentanza diplomatica.

La giurisprudenza italiana, tradizionalmente, ha considerato *iure imperii* provvedimenti di confisca,⁴⁸ o di nazionalizzazione,⁴⁹ l'attività giudiziaria e di polizia,⁵⁰ l'attività di addestramento di veicoli da guerra dei Paesi NATO,⁵¹ e al contrario *atti privatorum* compravendita e fornitura di merci e servizi,⁵² contratti di appalto,⁵³ contratti di locazione e vendita di immobili,⁵⁴ mutui e operazioni finanziarie.⁵⁵

E' esemplare a tal proposito la vicenda dei *bonds* argentini. La controversia verteva su *bonds* emessi dall'Argentina nel 1998 nello Stato di New York, quotati in Lussemburgo e rivenduti sul mercato secondario. Posto che nei lavori preparatori della Convenzione

⁴⁷Ad es. il comma 2 dell'art.3 della Convenzione afferma: "Per determinare se un contratto o una transazione sia una «transazione commerciale» ai sensi del paragrafo 1 lettera c), occorre tener conto in primo luogo della natura del contratto o della transazione, ma bisogna prendere in considerazione anche il suo obiettivo se le parti al contratto o alla transazione l'hanno convenuto o se, nella prassi dello Stato del foro, tale obiettivo è pertinente per determinare la natura non commerciale del contratto o della transazione.

⁴⁸ Cass, 26 maggio 1979, n. 3062.

⁴⁹ Cass, 5 dicembre 1966, n. 2830.

⁵⁰ Cass, 12 giugno 1999, n. 328.

⁵¹ Cass, 3 agosto 2000, n. 530.

⁵² Cass, 25 novembre 1983, n. 7076.

⁵³ App. Genova 7 maggio 1994.

⁵⁴ Cass, 29 aprile 1961, n. 1001; Cass, 15 luglio 1987, n. 6171; Cass, 18 ottobre 1993, n. 10294.

⁵⁵ Cass. 5 dicembre 1966, n. 2830.

di New York i prestiti obbligazionari sono stati considerati come transazioni commerciali rientranti nell'art. 10 e dunque sottratti all'immunità,⁵⁶ la vera difficoltà nel caso concreto è stata individuare l'atto da prendere in considerazione ai fini dell'immunità: se il contratto iniziale, che è certamente di natura commerciale, o il provvedimento pubblico successivamente adottato che sospendeva il rimborso per motivi di emergenza nazionale.⁵⁷ Nella sentenza **Borri** la Corte di Cassazione Italiana (**Sez. Un., 27 maggio 2005, n. 11225**), ha distinto tra emissione e collocazione dei *bonds* sul mercato internazionale da un lato, e provvedimenti di moratoria e ristrutturazione del debito pubblico dall'altro, e ha qualificato i primi atti *iure gestionis*, poiché di natura privatistica, e i secondi atti *iure imperii*, poiché funzionali alla sopravvivenza economica della popolazione.⁵⁸ Così facendo, la Corte ha accordato l'immunità allo Stato straniero.

E' interessante notare che in questo caso la Suprema Corte ha ritenuto che il provvedimento argentino tutelasse “*i bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione argentina in un contesto storico di grave emergenza nazionale.*” Un'impostazione di pensiero di questo tipo è conferma di come i motivi umanitari possano giocare sia a favore che contro l'immunità, e di come svolga un ruolo prioritario l'analisi dei soggetti coinvolti e le specifiche esigenze umanitarie che si decide di salvaguardare.⁵⁹

Non sono mancate, del resto, aspre critiche al *dictum* della Corte, da parte di chi ha ritenuto che l'indagine della Cassazione ai fini dell'esenzione dello Stato straniero, avrebbe dovuto limitarsi all'individuazione della natura oggettiva dell'attività statale “*con riferimento al singolo rapporto di cui è questione, e non invece (...) alla complessiva attività statale nell'ambito della quale tale rapporto si inquadra.*”⁶⁰

È agevole cogliere nella decisione italiana sui *bonds* argentini una pesante battuta d'arresto nell'applicazione della ben conosciuta “eccezione commerciale” alla consuetudine immunitaria.

⁵⁶ Rapporto della Commissione del diritto internazionale alla 51° sessione dell'Assemblea Generale, 1999, UN Doc. A/54/10, p. 303.

⁵⁷ C.FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, Diritto internazionale, I, CEDAM, Padova, 2012.

⁵⁸ N.RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

⁵⁹ C.FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, Diritto internazionale, I, CEDAM, Padova, 2012.

⁶⁰ R.LUZZATO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Università degli Studi di Milano, Milano, 1972.

In conclusione, dall'analisi della giurisprudenza italiana è risultato prioritario il criterio della natura dell'atto statale, conformemente peraltro all'esigenza di assicurare la minore restrizione possibile al diritto dei singoli alla tutela giurisdizionale. D'altra parte, tutte le attività di uno Stato sono direttamente o indirettamente funzionali al soddisfacimento di interessi pubblici.⁶¹ L'utilizzo del criterio dello scopo dell'atto cancellerebbe gli sviluppi registrati con il ridimensionamento della teoria immunitaria.⁶² Difatti *“dando preliminarmente rilievo alla finalità ultima dell'ente si viene a negare ogni effetto pratico alla distinzione tra atti posti in essere nell'esercizio di poteri sovrani e atti negoziali di diritto privato (...) giacché deve ritenersi che qualsiasi attività dell'ente pubblico sia in qualche modo collegata con il fine istituzionale dell'ente medesimo e sia diretta al conseguimento del medesimo.”*⁶³ La posizione italiana, di netta preferenza per il criterio della natura dell'atto, è stata del resto resa nota in un commento al progetto di articoli della Convenzione ONU sull'immunità degli Stati: in quell'occasione la delegazione italiana affermava che *“Italy considers the <nature test> to be in principle the sole criterion for determining the commercial character of a contract or transaction.”*⁶⁴

III) Tentativi di superamento del tradizionale binomio distintivo

Il binomio distintivo storicamente usato nella formulazione della teoria dell'immunità ristretta è il classico *iure imperii-iure gestionis*. Si è già avuto modo di constatare che esso opera specialmente nei Paesi in cui è assente un'apposita legislazione sul tema immunitario, è rimesso al governo discrezionale del giudice e, per questo, genera ambiguità, in danno al principio di certezza del diritto. Si è anche dato conto del principale problema di qualificazione dell'atto statale, data l'incertezza tra i due criteri della natura ovvero dello scopo dell'atto, ed è stata segnalata l'impostazione tradizionale della giurisprudenza italiana, che è di netta preferenza per il criterio della natura.

⁶¹ A. DE LUCA, *L'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI, CEDAM, 2009.

⁶² R. LUZZATO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Università degli Studi di Milano, Milano, 1972.

⁶³ Cass, 5 dicembre 1966, n. 2830.

⁶⁴ UN Doc. A 56/291/Add. 1, *Convention on jurisdictional immunities of States and their property*, Report for the Secretary General, Replies received from the States, Italy, par. 7, 3.

La distinzione tra atti *iure imperii*- *iure gestionis* è stata adottata all'interno dello Stato costituzionale di diritto della seconda metà del secolo XIX, e fungeva da criterio di separazione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa.⁶⁵ Nel prosieguo del tempo ha manifestato il suo carattere poco chiaro e trasparente, specialmente quando lo Stato ottocentesco si è aperto all'interazione con l'intera comunità internazionale ed è quindi divenuto parte di rapporti con plurimi Stati stranieri. Traslato sul profilo internazionale, il tipico criterio distintivo ha mostrato criticità insormontabili e tutt'ora non chiarite, che hanno dato àdito a numerosi tentativi di superamento.

Tra questi, merita particolare menzione la tesi di R. QUADRI, espressa in una delle sue opere principali "La giurisdizione sugli Stati stranieri".⁶⁶ L'intento dell'Autore è scardinare la tradizionale tesi dell'immunità assoluta, anche detta immunità larga, costruita come privilegio dello Stato, e bypassare anche quella dell'immunità ristretta dimostrandone l'impraticabilità nei termini in cui è formulata.

Nel primo senso, spiega che la sovranità e l'indipendenza, "*nozioni pregiuridiche presupposte dal diritto internazionale a sostegno dell'immunità statale*", non sono premesse dalle quali sia possibile argomentare, ma conclusioni che abbisognano di dimostrazione. Si tratta cioè di nozioni di fatto rispetto all'ordinamento giuridico internazionale e non hanno valore assoluto: la sovranità di uno Stato, non impedisce che esso possa manifestarsi come effettivo verso altri Stati stranieri, non determina cioè un'incapacità naturale degli ordinamenti interni di estendere la propria valutazione sui fatti degli Stati esteri.⁶⁷ Qualunque contegno di uno Stato può essere oggetto di valutazione da parte degli ordinamenti degli altri. Di qui l'impossibilità di guardare all'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato sugli Stati esteri come offesa alla sovranità di questi ultimi. Anche la tradizionale àncora di salvezza che ha fatto da base alla teoria assoluta, ossia la possibilità di dedurre *a fortiori* l'immunità dello Stato estero da quella sicuramente riconosciuta dal diritto internazionale al corpo diplomatico e alla persona del sovrano, viene negata dall'Autore nel momento in cui palesa tale argomento come un "*circolo vizioso*": si usava dire che l'immunità diplomatica fosse conseguenza della extraterritorialità degli Stati rappresentati, una sorta di riflesso dell'immunità

⁶⁵ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁶⁶ R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.

⁶⁷ TENEKIDES, *L'immunità de jurisdiction des Etats étrangers*, in *Revue general du droit international public*, 1931, p. 308 e ss; VAN PRAAG, *Jurisdiction et droit international public*, La Haye, 1915, p. 196.

statale sulle persone fisiche legate da rapporto organico allo Stato.⁶⁸ Ma la dottrina, ai sensi di quanto riporta l'Autore, ha ampiamente dimostrato l'indipendenza della c.d. "extraterritorialità" degli agenti diplomatici, rispetto a quella propria degli Stati. Non a caso, l'immunità dei diplomatici si estende anche a persone cui non è possibile riconoscere alcun carattere rappresentativo (domestici, autisti). Inoltre la storia insegna che le immunità diplomatiche risalgono ad un periodo temporale più remoto rispetto all'immunità statale. In definitiva l'Autore dimostra la debolezza della teoria in esame, nel momento in cui rileva che se l'immunità venisse riconosciuta ad un agente diplomatico per il sol fatto di essere organo dello Stato che rappresenta, parimenti dovrebbe essere riconosciuta a tutti gli organi statali preposti all'espletamento della funzioni pubbliche. Si sa bene invece, che le immunità diplomatiche si spiegano in ragione del particolare atteggiarsi della funzione diplomatica rispetto ad altre attività governative. L'interesse connesso alle funzioni diplomatiche è internazionalmente rilevante, mentre le altre funzioni statali restano internazionalmente indifferenti.

La trattazione prosegue mostrando i principali punti di criticità della teoria dell'immunità assoluta, che è possibile riassumere nei seguenti termini: da un lato, i complicati artifici ricercati dalla giurisprudenza di merito per giustificare la sottoposizione al sindacato estero di taluni atti statali, specialmente in presenza di operazioni commerciali; dall'altro lato, l'incongruenza del mancato riconoscimento del medesimo trattamento statale ad enti egualmente dotati di potestà pubblica (si pensi a Stati membri di Federazioni), che va a confermare l'idea dell'immunità come mero privilegio dello Stato accentratore. L'Autore procede poi alla sua personale dimostrazione dell'inesistenza effettiva della consuetudine immunitaria nel panorama internazionale degli anni in cui scrive. Ritene cioè che non esista un obbligo giuridicamente rilevante per uno Stato, di riconoscere esente dalla propria giurisdizione un altro Stato. La negazione dell'esistenza della consuetudine è argomentata con plurimi dati, volti univocamente a dimostrare la mancanza di un'adeguata *opinio iuris* a sostegno della norma. Sinteticamente, dall'analisi della giurisprudenza di molteplici Stati emerge la tendenza a ricercare costantemente deroghe alla regola immunitaria, piuttosto che confermarla, non c'è stata una significativa reazione da parte di nessun governo a tale atteggiamento della magistratura interna, sono state prodotte solo leggi

⁶⁸ LOENING, *Die Gerichtsbarkeit über fremde Staaten und Souveränen*, in *Festschrift für FITTING*, Halle 1903, p. 11, nota 2.

speciali inerenti l'immunità da misure esecutive su beni di Stati stranieri, ma al tempo in cui l'Autore scrive nessuna legge speciale sull'esenzione dalla cognizione, il movimento convenzionale in materia da un lato presenta disposizioni "in odio alla presunta norma sull'esenzione", dall'altro genera trattati che presuppongono la libertà degli Stati in materia, e si potrebbe argomentare oltre.

Nel capitolo secondo della monografia, l'Autore ci consegna il suo prezioso contributo al superamento del tradizionale binomio distintivo *iure imperii* - *iure gestionis* con le seguenti parole: "Come già accennammo, la dottrina, pur presentando una non trascurabile difformità di concezioni, riassume sempre i suoi punti di vista o nella distinzione di due personalità dello Stato, pubblica politica l'una e privata patrimoniale l'altra, ovvero nella distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis* o fra atti di diritto pubblico e atti di diritto privato.....dobbiamo distinguere nell'ambito delle tesi che si riportano alla natura degli atti, quelle che attribuiscono a tale natura un valore assoluto, trascendente la sfera di ciascun ordinamento statale,⁶⁹ e quelle che viceversa operano su base positiva, ricercando nell'ordinamento del giudice o in quello dello Stato i cui atti vengono in discussione, la base della distinzione."⁷⁰

Partendo dalle dottrine che ricercano uno *scrimen* con un valore dogmatico assoluto, l'Autore segnala la debolezza tanto del criterio dello scopo, quanto di quello della natura dell'atto statale. Se per scopo si intende quello "di interesse generale alla cui soddisfazione si mira a prescindere da ogni idea di lucro, eventualmente anche a costo di sacrifici finanziari o di altro genere", allora si deve concludere che esso è alla base di ogni attività dello Stato moderno, posto che lo Stato così come congeniato in epoca contemporanea, già per definizione, non potrebbe perseguire altro fine che non sia quello dell'interesse generale. In aggiunta si tenga presente che il fine immediato del lucro si riscontra in una serie di attività pubbliche che sono state considerate storicamente esenti da sindacato straniero, si pensi all'attività di imposizione di tributi. "Ma la tesi oggi più comune è quella che si sofferma sulla natura dell'atto, a prescindere dallo scopo immediato di lucro ovvero di interesse generale. Si è contrapposta l'ipotesi che l'atto in discussione sia <par sa nature, tel qu'en aucun cas il ne puisse être fait par d'autre que par l'Etat ou au nom de l'Etat> ovvero >de la

⁶⁹ SIOTTO PINTOR, *Lo Stato estero e la giurisdizione*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1926, P. II, p. 112.

⁷⁰ R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.

*nature de ceux que toute personne privée pourrait accomplir>.”⁷¹ Per superare l’obiezione secondo cui la determinazione dello stesso atto potrebbe cambiare a discrezione del singolo ordinamento interno, “si è detto che bisogna avere riguardo al tipo di atto: non bisognerebbe cioè vedere se il singolo atto potrebbe legittimamente essere compiuto da un privato, ma se il tipo di esso corrisponde al tipo di atti che i privati possono porre in essere: ad es. una compravendita, un mutuo, un delitto, o quasi delitto civile ecc.”. Ma la conclusione non convince neanche l’Autore, che spiega: “Si possono fare numerose ipotesi nelle quali il fatto dello Stato estero - obiettivamente considerato – risponde ad un tipo comune a quello dei fatti dei privati individui, eppure l’esonazione dalla giurisdizione sicuramente sussiste dal punto di vista del diritto internazionale.” Si pensi all’urto provocato da una nave da guerra di passaggio nelle acque territoriali straniere. Entrambi i criteri pertanto falliscono e non sono capaci di offrire uno *scrimen* assoluto e incontestabile che risponda alle esigenze di certezza del diritto.*

Conseguentemente, la tentazione di numerose dottrine è stata quella di partire dall’esatto presupposto dell’impossibilità di trovare un criterio assoluto, e dunque di abbandonarsi ad un approccio relativistico. Questo consiste nel trovare la giusta qualificazione dell’atto oggetto della controversia con riferimento all’ordinamento dello Stato convenuto in giudizio,⁷² o in alternativa, dello Stato del giudice che decide la causa.⁷³ Il problema assumerebbe, così facendo, le sembianze di una qualunque questione di diritto internazionale privato, contesa tra la *lex fori* o quella del convenuto. “Questa impostazione del problema...ci sembra assolutamente da respingere, in quanto presuppone un’analogia, o senz’altro un’identità con il problema delle qualificazioni del diritto internazionale privato(...)infatti il problema risolto dalla teoria internazionalprivatistica delle qualificazioni è essenzialmente un problema di natura interna,⁷⁴ e come tale(...)è perfettamente consono ai principi che possa venir risolto in base alla concezione che del rapporto ha l’ordinamento della *lex fori*(...) invece nel

⁷¹ WEISS, *Compétence ou incompétence des tribunaux a l’égard des Etats étrangers*, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, 1923, I, p. 545 ss.

⁷² PICCARDI, *L’istituto internazionale di agricoltura e la giurisdizione dei tribunali italiani*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1933, II, p. 48 ss.

⁷³ BALLADORE-PALLADIERI, in *Il Foro della Lombardia*, 1932, c. 605.; CAVAGLIERI, *Nullità di sentenza contro Stato estero per difetto di giurisdizione*, in *Il Foro Italiano*, 1931, I, c. 703; SCERNI, *Su l’esonazione degli Stati esteri dalla giurisdizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1931, p. 562.

⁷⁴ R. QUADRI, *Funzione del diritto internazionale privato*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, p. 333.

caso in esame il problema è internazionale in senso proprio(...)Quel criterio di relatività, nella soluzione dei casi singoli, a seconda che questi vengano portati davanti ai tribunali dell'uno piuttosto che dell'altro Stato, non più trovare nella materia delle immunità giurisdizionali degli Stati esteri, quella giustificazione che esso trova nella materia del diritto internazionale privato(...)E se in questo caso le concezioni possono divergere da ordinamento ad ordinamento, nell'ipotesi in esame la concezione non può che essere una: quella della comunità internazionale.”⁷⁵

A questo punto l'Autore, dimostrata l'impraticabilità tanto del metodo assoluto quanto di quello relativistico, segnala l'unica possibilità di superare l'impasse: spostare l'attenzione dal tipo di **atto** alla **funzione** cui esso accede. “*Per superare il punto morto al quale sono ormai pervenute dottrina e giurisprudenza, occorre porre mente al fatto che il diritto internazionale ha un concetto suo proprio - non formale, ma sostanziale - delle funzioni statuali che abbisognano di una particolare protezione, nel senso di essere sottratte, vuoi al sindacato delle autorità giudiziali straniere, vuoi ad ogni provvedimento coercitivo da parte di Stati esteri; e che non è pertanto dal modo in cui i rapporti sono regolati in questo o quell'ordinamento, bensì dalla funzione alla quale essi accedono o che in essi si esplica, che l'immunità ritrae la sua ragion d'essere.*” In altri termini, QUADRI ritiene che l'accertamento dell'immunità di uno Stato estero prescinda dalla tipologia di atto posto in essere ma dipenda esclusivamente dall'appartenenza di quell'atto alla sua sovranità. Se l'atto è esplicazione della sovranità dello Stato, sarà esente da qualunque sindacato, in caso contrario sarà sottoponibile a giurisdizione straniera. Il nodo centrale, da cui dipende la distinzione, è quindi il concetto di sovranità, che per l'Autore è “*potere di comando, sia come forza materiale (coercizione, violenza militare), sia nella sua direzione all'interno (sudditi), sia nella sua direzione internazionale (difesa estera)*” ed si concreta “*non solo negli atti nei quali(...)si esercita, ma altresì nei mezzi di cui tale esercizio profitta, nell'organizzazione che presiede al suo esercizio, negli atti che, pur non essendo atti di potere, lo Stato pone in essere come potere e nell'impiego dei mezzi di questo. Infine nei suoi simboli.*” Per suffragare ulteriormente la sua tesi, l'Autore dedica particolare attenzione al concetto di “servizio pubblico” e di “debito pubblico”. Con riferimento al primo, avverte che non hanno fondamento quelle teorie favorevoli all'esenzione dalla

⁷⁵ R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.

giurisdizione per tutte le ipotesi nelle quali si tratti di servizio pubblico dello Stato chiamato in giudizio. Sono queste “attività che le pubbliche istituzioni, considerandole necessarie alla società, svolgono in un regime giuridico spesso particolare, eventualmente pubblicistico, pur non implicando esplicazione del potere d’impero”.⁷⁶ L’esempio oggetto di trattazione concerne navi statali adibite a servizio pubblico, ma la giurisprudenza che le riconosce immuni non considera la destinazione degli oggetti al servizio pubblico, bensì un altro criterio, quello della proprietà delle navi all’ente statale. E’ facile accorgersi che seguendo quest’impostazione, tutte le navi statali, anche adibite a fini di speculazione commerciale, dovrebbero essere esenti da giurisdizione, perché anch’esse apparterrebbero allo Stato. Il tentativo di equiparare le navi adibite a servizio pubblico con le navi da guerra, da qualcuno⁷⁷ propugnato, nasconde un fraintendimento nelle premesse, ossia una confusione inaccettabile tra funzioni sovrane e servizio pubblico, posto che quest’ultimo potrebbe tranquillamente formare oggetto di concessione a privati, che mai sarebbero coperti da immunità. Qui risiede l’incongruenza. E soprattutto si palesa ancora una volta l’immagine dell’immunità come mero privilegio ingiustificatamente riservato allo Stato.⁷⁸ Difatti le navi adibite a servizi pubblici ad esempio postali, nulla hanno a che vedere con l’esercizio del potere statale, né come potere di comando, né come potere di coercizione, né in genere come impiego di forza civile o militare.⁷⁹

Ulteriore tesi che merita menzione è quella relativa ai debiti pubblici, sui quali si sono registrate innumerevoli vedute divergenti. I debiti pubblici vengono suddivisi dall’Autore in quelli “per legge” e quelli “su autorizzazione legislativa”. Se la tradizione giuridica ha sempre riconosciuto l’immunità per le controversie aventi ad oggetto i prestiti pubblici per legge, al contrario l’ha sempre negata per quelli basati su autorizzazione legislativa. QUADRI ritiene che tanto gli uni quanto gli altri non possano godere dell’esenzione e vadano sottoposti a sindacato giurisdizionale. “L’emissione di prestiti pubblici non costituisce mai atto di sovranità(...)anche quando il prestito

⁷⁶ ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, Parte generale, I*, Milano, 1939, p. 11 ss; FORTI, *Diritto amministrativo, I*, Napoli, 1931, p. 263 ss; VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, 1937, p. 183 ss.

⁷⁷ FEDOZZI, *La condition juridique de navires de commerce*, in *Recueil des Cours de la Haye*, 1925, V, 10, p. 10 ss.

⁷⁸ Lo stesso FEDOZZI, sottolinea la presenza dell’incongruenza nel caso di servizio pubblico reso da privati. Ma nessuno dubita, che dal punto di vista del diritto internazionale generale, l’immunità non sussista quando le navi non siano statali né siano gestite direttamente dallo Stato.

⁷⁹ R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.

pubblico venga emesso, come si dice, per legge, questa non riguarda altro che il potere costituzionale della Pubblica Amministrazione di procedere al prestito stesso, in quanto solo in base alla legge la Pubblica Amministrazione risulta autorizzata(...) Non vi ha quindi alcun rapporto autoritativo tra lo Stato e i privati sottoscrittori il quale riposi immediatamente sulla legge, non vi ha, insomma, riguardo a questi ultimi, esercizio di potere statale. La presunta differenza tra i due tipi di debito pubblico riposa dunque sull'errore circa la funzione che alla legge viene attribuita, funzione che determinerebbe il carattere autoritativo dell'atto di emissione.” La tesi dell'Autore spicca nel panorama dottrinario per esclusività, e conferma la necessità di riportare l'intera questione immunitaria al concetto prioritario di sovranità.

La trattazione si conclude con un argomento di centrale rilevanza ai fini dell'analisi che si sta conducendo. *“Una questione che non è stata oggetto, a quanto ci consta, di sufficiente considerazione scientifica è quella se l'immunità del sindacato giurisdizionale straniero presupponga o meno la legittimità internazionale del contegno oggetto di contestazione. Qualora cioè lo Stato sia chiamato in giudizio per rispondere, davanti ad un tribunale straniero, di un atto lesivo del diritto interazionale dello Stato dal quale dipende il tribunale, dovrà riconoscersi l'esenzione? E' comune in dottrina e giurisprudenza l'affermazione che l'esercizio dell'imperio dà luogo a rapporti di diritto internazionale e non di diritto interno in quanto lo Stato, in quanto portatore dell'imperio, non sarebbe soggetto al diritto interno. I danni inferti ai privati potrebbero pertanto farsi valere solo attraverso i normali mezzi di tutela del diritto internazionale e in primo luogo attraverso l'azione diplomatica. Ma una siffatta tesi non può essere accolta. Invero la norma sull'immunità non ha altro scopo che quello di garantire a ciascuno stato l'indisturbato esercizio dell'imperio e in genere della forza; ma tale garanzia non può evidentemente sussistere che fino a quando l'esercizio dell'imperio sia legittimato dal punto di vista dell'ordinamento giuridico internazionale; quando lo Stato fuoriesce dai limiti del diritto internazionale, la garanzia – per necessità di cose – non può non venir meno. In questo caso l'esercizio della giurisdizione deve considerarsi pienamente ammissibile. In coerenza a ciò si riconosce generalmente che l'immunità delle navi da guerra non sussiste quando siano penetrate abusivamente in porti stranieri⁸⁰(...) e si riconosce pure che un atto di*

⁸⁰ VAN PRAAG, *Jurisdiction et droit international public*, La Haye, 1915, p. 382.

*imperio compiuto da uno Stato sul territorio di un altro Stato senza il consenso del secondo*⁸¹, *non è immune dalla giurisdizione, si riconosce infine, che l'immunità delle forze armate che si trovino in territorio straniero viene meno nel caso in cui vengano compiuti atti di ostilità*⁸².⁸³ La tesi viene sostenuta con uno stile così convincente che non lascia intravedere eccezioni, e si spinge fino al punto di equiparare l'ipotesi dell'illegittimità dell'atto statale a quello della rinuncia all'immunità effettuata dallo Stato convenuto. Ciò che più sorprende è la consapevolezza dell'Autore negli anni '40 del secolo scorso, la maniera del tutto pacifica con cui prende posizione contro l'immunità degli atti iniqui compiuti da uno Stato e l'attualità delle sue riflessioni, che oggi faticherebbero ad affermarsi e soprattutto potrebbero essere totalmente respinte in seno al principale organo della giustizia internazionale, la Corte dell'Aja.

In conclusione, il tentativo di QUADRI è stato quello di superare la tradizionale tesi dell'immunità ristretta, astrattamente e rigidamente concepita. L'immunità non copre l'*imperium* così com'è, bensì le sole attività statali che siano **tipica** esplicazione della sovranità dello Stato. L'immunità dev'essere cioè **funzionalmente selettiva**, come tale può essere estesa a tutti i funzionari e dipendenti che hanno cooperato a rendere possibile l'esercizio di quella funzione.⁸⁴ Il suo perimetro applicativo si connota per essere *ratione materiae* e non già *ratione personarum*. Se si ammette l'immanenza nella fattispecie dell'esercizio concreto della funzione, ne consegue l'immunità anche per gli "arti soggettivi" di cui lo Stato si è avvalso. Se la si nega, allora non si dovrebbe riconoscere immunità né allo Stato né all'individuo. Resta come presupposto indefettibile che debba trattarsi di funzioni statali "decenti", che non imbarbariscano la relativa sovranità dello Stato che le pone in essere. Difatti in questo momento storico, a maggior ragione con l'intensificarsi del movimento convenzionale in materia, e con lo sviluppo di una concezione *costituzionale* internazionalistica che affonda le sue origini

⁸¹ CANSACCHI, *L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri: la distinzione tra "atti d'imperio" e atti di gestione e l'ordinamento giuridico a cui tale distinzione dev'essere attinta*, in *Temi Emiliana*, 1933, I, p. 266 ss.

⁸² STRISOWER, *L'extraterritorialité et ses principales applications*, in *Recueil des Cours de l'Haye*, 1923, p. 273 ss.

⁸³ R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.

⁸⁴ C. CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi di COLESANTI V. ET ALIOS*, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

nelle autorevoli riflessioni dottrinarie suindicate, può dirsi che la regola immunitaria risulti ristretta agli atti pubblici non divenuti universalmente obbrobriosi.⁸⁵

IV) Il fenomeno dell'*Immunity Review*

Che la consuetudine in esame sia stata e continui ad essere oggetto di perenne manipolazione, è un dato pacificamente acquisito. La revisione della regola immunitaria ha radici che si perdono nel passato. La sistematica revisionista è suscettibile di essere tripartita alla luce delle seguenti teorie:⁸⁶

A) *local law theory*;

B) *gross violations* della legalità internazionale;

C) *act of States*;

A) Sin dal tempo dell'immunità concepita in termini assoluti, era pacifico che la giurisdizione di uno Stato su un altro non potesse escludersi nelle ipotesi di azioni reali immobiliari relativi a beni posseduti nello Stato del foro. Questi casi rientravano in una sorte di sottoposizione volontaria alla giurisdizione e alla legge del luogo dell'immobile (*lex rei sitae*). Un'immunità assoluta per davvero non è mai realmente esistita, quanto meno in dottrina, e quella ora richiamata è solo un'anticipazione della c.d. teoria localistica, dapprima limitata alla sola ipotesi sopra descritta, successivamente estesa ad altre situazioni di responsabilità civile o di conseguenti effetti dannosi prodottisi in tutto o in parte nel territorio dello Stato del foro.

Il risultato di tale sviluppo è la c.d. teoria della *territorial tort exception*, in base alla quale gli Stati non godrebbero dell'immunità dalla giurisdizione per atti che siano qualificabili come *torts* secondo la *lex loci commissi delicti* e che siano strettamente connessi con il territorio. E' stato questo uno dei principali argomenti della difesa italiana dinanzi alla Corte dell'Aja nel celebre caso Repubblica Federale della Germania VS Italia del 2012. La strada della *local law theory* veniva adattata alla teoria

⁸⁵ C. CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari : tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi* di COLESANTI V. ET ALIOS, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

⁸⁶ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

dell'immunità ristretta ritenendo che gli atti *iure imperii*, compiuti nello Stato del foro e qualificati *local torts*, dovessero essere oggetto del sindacato del giudice del foro e mai di quello dello Stato estero interessato. La particolare problematicità della situazione *de qua*, ossia il fatto che si trattasse di atti aventi la sola origine in Italia ma perfezionatisi nello Stato tedesco, ha costretto la difesa italiana ad aggiungere, come ulteriore argomento, quello dell'illegittimità degli atti stranieri per doppia violazione, non solo della *local law*, ma anche dello *jus cogens* e degli *human rights*.⁸⁷ Al di là delle considerazioni della Corte dell'Aja sul punto, che saranno appositamente esaminate in separata sede, ciò che rileva è che le eccezioni italiane nascono dalla già citata teoria localistica.

Da taluni, la dottrina in esame è stata meglio qualificata come teoria internista,⁸⁸ in quanto basata sull'assolutezza e la potenziale onnicomprensività della potestà giurisdizionale di ciascuno Stato. Da essa deriva quell'ulteriore filone di pensiero internazionale⁸⁹ secondo cui ciascuno Stato è interessato ad applicare esclusivamente il proprio diritto pubblico ed è del tutto indifferente a conseguenze ulteriori prodotte da norme di diritto pubblico straniero. Da tale indifferenza costituzionale taluni hanno tratto la giustificazione per il comportamento della giurisprudenza italiana, che è stato definito "non ricognitivo" dell'efficacia del diritto estero.⁹⁰

B) La più impellente richiesta di revisione della regola immunitaria è rappresentata dal dibattito dottrinale sulla c.d. *human rights exception*.⁹¹ Si tratta di una "collisione

⁸⁷ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁸⁸ D. ANZILLOTTI, *L'esenzione degli Stati dalla giurisdizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1910, 4-5, pp. 477- 550.

⁸⁹ G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 189 ss; G. SPERDUTI, *Lezioni di diritto internazionale*, Guffrè, Milano, 1958, p. 150.

⁹⁰ Il riferimento è alla giurisprudenza Ferrini.

⁹¹ Autori a favore dell'esistenza della relativa eccezione, cfr. tra gli altri, M. REIMANN, *A Human rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany* in *Michigan Journal of International Law*, 1995, 2, pp. 403-432.; A. BIANCHI, *L'immunità des etats et le violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprete dans la determination du droit international* in *Revue Général de Droit International Public*, 2004, 1, pp. 63- 101; In senso contrario A. ZIMMERLAND, *Sovereign immunity and violations of international jus cogens: some critical remark* in *Michigan Journal of International Law*, 1995, 2, pp. 433-440 ; F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali* in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, 3, pp.573-617; R. PAVONI, *Human Rights and Immunity of Foreign States and International Organizations* in *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* di E. DE WET, J.VIDIMAR, Oxford, 2012, pp. 71-113.

verticale di tipo normativo” tra consuetudine e *jus cogens*.⁹² Sull’argomento ci si soffermerà ampiamente in seguito, specialmente sulle modalità di risoluzione del conflitto prospettate dal panorama dottrinale e sul modo in cui la Corte dell’Aja l’ha inteso e, si può anticipare, superato. Sarà nello specifico oggetto di trattazione la principale dottrina che poggia sul collocamento gerarchico delle norme di *jus cogens*, ossia la *Normative Hierarchy Theory*. Al momento è utile ricordare che di fronte alla Corte dell’Aja, la difesa italiana era consapevole di un punto di debolezza: la violazione di un diritto non può costituire *sic et simpliciter*, diritto al ricorso contro lo Stato straniero. La nostra Corte Costituzionale, in una sentenza del 1963,⁹³ dichiarava che la limitazione dell’interesse di un privato a fronte di un interesse pubblico reputato preminente non può essere considerata costituzionalmente illegittima. Pertanto l’Italia sollevava un’eccezione di grandi dimensioni, una *gross violation* dei diritti umani fondamentali: si trattava, non più della violazione di diritti individuali, bensì di valori universalmente riconosciuti. La difesa italiana era ben consapevole della necessità di una caratterizzazione non *uti singuli* ma *uti universi*, per questo motivo intendeva beneficiare dell’intervento *ad adiuvandum*⁹⁴ da parte dello Stato greco e di altri soggetti, di nazionalità non italiana, lesi individualmente dagli stessi crimini, al fine di dimostrare l’esistenza di una sorta di *actio popularis*. Sarebbe stata infatti auspicabile l’applicazione dei principi processuali innovatori delle *class actions*, in materia di interessi collettivi diffusi, ma nel caso di specie, le azioni sono state intentate separatamente dinanzi a giudici diversi,⁹⁵ e questo non è stato un punto a favore.

C) Quanto detto fino ad ora non muta un principio ritenuto ormai pacifico dalla compagine internazionale, ossia che esiste una volontà condivisa da tutti gli Stati volta a conservare una zona di *noli me tangere* a presidio della sovranità statale. Esiste cioè un minimo standard internazionalmente riconosciuto nel quale l’immunità è incontestata e

⁹² T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

⁹³ Sent. n. 135 del 4 luglio 1963: riguardava un caso di omicidio colposo di uomo morto a seguito dell’investimento da parte di una camionetta militare appartenente all’esercito inglese e guidata dal soldato Mesbit David.

⁹⁴ S. FORLATI, *Intervento nel processo ai sensi dell’art. 62 dello Statuto: quale coerenza nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 1167 ss; B.I. BONAFE’, *Il caso delle immunità giurisdizionali dello Stato: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 2, pp. 371-384.

⁹⁵ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

resiste a qualunque dottrina contraria.⁹⁶ Si badi che la Corte dell'Aja non ha minimamente valutato l'illiceità degli atti delle forze armate tedesche ma, con un astrattismo quasi matematico, si è limitata a qualificare i medesimi come atti *iure imperii* e a far da ciò discendere la condanna a carico dell'Italia per non aver rispettato l'immunità.

Il concetto appena espresso mostra una palese analogia con la c.d. teoria degli *acts of State*, originariamente formatasi nei Paesi di common law, specie in quelli americani, nel contesto delle espropriazioni territoriali, a tutela degli atti governativi considerati non sindacabili anche se violativi di norme di diritto internazionale o illegittimamente adottati nel proprio ordinamento di origine.

Dalla sua prima formulazione nel caso *Underhill Vs. Hernandez* del 1897,⁹⁷ la dottrina degli atti di Stato ha subito numerose variazioni. È palese che tra questa e la teoria dell'immunità degli Stati, esista una sorta di contaminazione, visibile specialmente nelle leggi speciali che i Paesi di common law hanno emanato sul tema immunitario. L'applicazione giurisprudenziale delle due teorie ha difatti evidenziato una tendenza ad individuare oltre la zona di sovranità estera protetta, un porto di discrezionalità⁹⁸ appartenente a ciascuno Stato, che permette di misurare arbitrariamente la propria giurisdizione.⁹⁹ E' agevole avvertire il rischio che tale contaminazione nasconde. Se la teoria dell'immunità degli Stati dovesse acquisire tale carattere assiomatico, l'atto statale troverebbe *in re ipsa* la propria giustificazione per il solo fatto di essere atto di sovranità e non tollerebbe alcuna controlimitazione esterna.

Il confronto tra le due categorie *iure imperii* e *acts of State* è stato già oggetto di attenzione nelle due leggi speciali degli Usa e del Regno Unito, ossia rispettivamente il *Foreign Sovereign Immunity Act (FSIA)* del 1976 e lo *State Immunity Act (SIA)* del 1978. Ma, occorre avvertire, analogia non vuol dire identità. Le due categorie devono essere mantenute distinte perché hanno fondamenti diversi. Come già anticipato la dottrina degli *acts of State* nasce per giustificare l'intervento dello Stato nella sfera dei

⁹⁶ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Ed. Sc., Napoli, 2012.

⁹⁷ In base alla quale “ *the courts in one country will not sit in judgment on the acts of another done within its territory*”.

⁹⁸ Lo spazio discrezionale corrisponde al c. d. criterio dello *Ermessen Spielraum* di G. DAHM, *Volkerrechtliche Grenzen der inlandisches. Gerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staaten. Festschrift für A. Nikish*, Tübingen, 1958.

⁹⁹ T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La c.d. Immunity Review*, Ed. Sc., Napoli, 2012.

diritti privati e per salvaguardarne le prerogative contro i reclami avanzati dagli individui colpiti da tali intromissioni.¹⁰⁰

L'espressione *acts of State* ha un duplice significato, interno ed esterno:¹⁰¹ nel primo senso, si riferisce alle decisioni emanate dal potere esecutivo dello Stato del foro nell'esercizio delle sue prerogative estere. Le corti interne anglosassoni non possono in alcun modo sindacare l'operato degli organi esecutivi sul fronte estero, ma possono solo accettarlo *without question*.¹⁰² Eventuali atti del potere esecutivo contrari a principi del diritto internazionale non possono essere il fondamento per un'azione giudiziaria contro i vertici statali ma semmai possono costituire oggetto di discussione in Parlamento o dare origine ad un'azione diplomatica a livello internazionale, qualora fossero implicati interessi di Stati stranieri o loro cittadini.¹⁰³

Nel suo secondo significato, l'espressione si riferisce ai provvedimenti posti in essere da uno Stato estero entro la sua sfera di sovranità. I tribunali interni sono obbligati a riconoscerne l'efficacia e non possono contestarne la liceità anche quando sembrano in contrasto con norme internazionali. Semmai, in questo caso, il giudizio spetterebbe agli organi di governo ovvero ai tribunali internazionali, ma le corti interne restano prive di qualunque potere. La competenza degli organi di governo trova giustificazione nella particolarità dell'applicazione del diritto internazionale, che è attività fortemente condizionata da fattori politici storici ed economici, non solo per quanto riguarda la valutazione del panorama internazionale ma anche per il riconoscimento delle norme internazionali consuetudinarie. Le corti interne potrebbero difatti applicare queste ultime in maniera non conforme rispetto all'indirizzo dell'esecutivo, proprio perché non legate a considerazioni di opportunità politica.¹⁰⁴ Da questa potenziale divergenza, potrebbe derivare un imbarazzo non tollerabile per il governo.

¹⁰⁰ WADE, *Act of State in English Law: Its Relations with International Law*, in *The British Year Book of International Law*, XV, 1934, p. 98 ss.; HOLDSWORTH, *The History of Act of State in English Law*, in *Columbia Law Rev.*, 1941, p. 1313 ss.

¹⁰¹ G. STROZZI, *Atti di Stato esteri e giurisdizioni di common law*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XII, Milano, 1966. Condividono tale duplicità di significati, tra gli altri, BENTIVOGLIO, *L'immunità giurisdizionale degli Stati esteri nella recente prassi americana*, in *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali* (Pubblicazioni dell'Università di Pavia), 1950, p. 215 ss; DICKINSON, *L'interpretation e l'application du droit international dans les pays anglo-americains*, in *Recueil des Cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1932, II, p. 309 ss; MANN, *The Sacrosanctity of Foreign Acts of States*, in *The Law Quarterly Rev.*, 1943, p. 42 ss.

¹⁰² MANN, *The Sacrosanctity of Foreign Acts of States*, in *The Law Quarterly Rev.*, 1943, p. 146 ss.

¹⁰³ MC NAIR, *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, I, p. 112 ss.

¹⁰⁴ DICKINSON, *L'interpretation e l'application du droit international dans les pays anglo-americains*, in *Recueil des Cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1932, II, p. 311 ss.

Occorre, perché operi l'astensione giudiziale, che l'atto degli organi governativi rientri nella relativa competenza, ovvero, che l'atto estero sia effettivamente un atto di Stato, altrimenti le corti recupererebbero la piena libertà di giudizio.¹⁰⁵

La particolarità della dottrina degli *acts of State* sta nel fatto che essa costituisce un limite eccezionale alla facoltà generalmente riconosciuta dai paesi anglosassoni alle corti interne di applicare direttamente il diritto internazionale. Le corti possono conoscere gli atti di Stato e valutare l'esistenza dei requisiti per l'applicazione della dottrina in esame, salvo poi, una volta constatata l'applicabilità, decidere la controversia accettando l'atto di Stato come base effettiva del proprio giudizio. La competenza degli organi esecutivi, nell'applicazione del diritto internazionale, infatti, è esclusiva e insindacabile. Questo limite all'attività giurisdizionale non è prescritto da norme formali ma poggia su una consistente prassi delle corti stesse, a seguito di una libera valutazione del caso concreto e delle sue particolari conseguenze.¹⁰⁶

La dottrina degli atti di Stato non è esente da eccezioni. La più particolare, nota come eccezione *Bernstein*,¹⁰⁷ piuttosto rara, consiste nell'espresso intervento dell'esecutivo, che esoneri le Corti dall'osservanza del principio per particolari motivi di opportunità politica. Ulteriore eccezione, di gran lunga più generale, riguarda l'ipotesi dell'atto di Stato che sia contrario al diritto internazionale convenzionale, ossia trattato o accordo stipulato con lo Stato del foro. Difatti in questo caso, trattasi di atto comunque sottoscritto dall'esecutivo, per cui non si pone il problema di un'eventuale divergenza nell'applicazione del diritto internazionale.¹⁰⁸ Nei riguardi del diritto internazionale consuetudinario, invece, la giurisprudenza anglosassone ha più volte riaffermato la validità della dottrina dell'atto di Stato, anche nel caso di violazione del diritto internazionale, in termini assoluti, senza distinguere a seconda che la norma violata fosse particolarmente condivisa o meno. Ma d'altronde, la dottrina assume il suo senso

¹⁰⁵ WADE, *Act of State in English Law: Its Relations with International Law*, in *The British Year Book of International Law*, XV, 1934, p. 98 ss.; HOLDSWORTH, *The History of Act of State in English Law*, in *Columbia Law Rev.*, 1941, p. 1313 ss.

¹⁰⁶ G. STROZZI, *Atti di Stato esteri e giurisdizioni di common law*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XII, Milano, 1966

¹⁰⁷ L'eccezione *Bernstein* deriva da diversi casi giurisprudenziali che vanno sotto tale nome, ossia *Bernstein v. Van heighen Freres S.A.* 1947, *Bernstein v. N.V. Netherlandsche- Amerikaansche Stoomvaart- Maatschappij* 1950, ma ha trovato applicazioni in plurimi casi giurisprudenziali successivi, fino agli ultim *Perez Jimenez v. Aristequieta*, 1963 e *Sabbatino*, 1962.

¹⁰⁸ L'eccezione in esame si scontra però con il problema più vasto dell'interpretazione e dell'applicazione dei trattati da parte dei giudici interni, per cui cfr, tra gli altri, BENTIVOGLIO, *La funzione interpretativa nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1958, p. 31ss.

più concreto proprio in riferimento alle consuetudini, che provengono dal basso e si sviluppano in via spontanea. Da qui, in molti casi, la natura controversa delle consuetudini, meno certe delle norme formalmente imposte, e quindi di facile maneggiamento da parte dei giudici.

In conclusione, la dottrina degli atti di Stato rappresenta un mezzo tendente a garantire l'uniformità delle decisioni interne, nell'ipotesi di controversie internazionali, onde evitare difformità di valutazioni che potrebbero avere pericolose ripercussioni sul piano delle relazioni interstatali.¹⁰⁹ Essa risponde dunque al precipuo compito di salvaguardare gli interessi politici dello Stato sul panorama internazionale e di mantenere un atteggiamento politico che sia univoco e coerente.

E' possibile allora affermare che la teoria degli atti di Stato riposa, primo fra tutti, sul principio di separazione tra poteri interni e sull'equilibrio delle rispettive sfere di competenza, applicato al campo delle relazioni internazionali.¹¹⁰ Praticamente un fondamento diverso rispetto a quello della teoria immunitaria, che nasce e si evolve nell'esclusiva ottica di difendere l'eguaglianza e la sovranità degli Stati.

La teoria degli atti di Stato ha tentato di espandersi anche nei Paesi di *civil law*, con scarsi risultati. Seppur non sia stata mai realmente inglobata, ha contagiato la giurisprudenza di plurimi Stati, e ha fatto il suo ingresso anche nel panorama italiano. Una sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione,¹¹¹ che applica il principio, è stata corredata da una nota esemplificativa di MORELLI, che pone giustamente in rilievo come *“l'estraneità di certi rapporti facenti capo a Stati stranieri(...)non significa semplicemente che i rapporti stessi non sono riconosciuti dall'ordinamento interno(...)Significa invece che l'ordinamento interno si astiene dal sottoporre quei rapporti ad ogni valutazione(...)Si tratta di un aspetto(...)che non può ricondursi al concetto di immunità giurisdizionale in senso proprio, in quanto dipende non già da una qualità posseduta da una delle parti, bensì dalla natura del rapporto controverso”*.¹¹²

¹⁰⁹ L.BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963, p. 127 ss.

¹¹⁰ G. STROZZI, *Atti di Stato esteri e giurisdizioni di common law*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XII, Milano, 1966.

¹¹¹ Sent. *Regno di Grecia c. Gamet*, dell'8 giugno 1957.

¹¹² Per maggiori approfondimenti cfr MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 187 ss.

V) L'adesione italiana alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni

Il decreto-legge 28 Aprile 2010 n. 63 disponeva la sospensione immediata, fino al 31 Dicembre 2011, dei titoli esecutivi e dei relativi provvedimenti adottati nei confronti di uno Stato estero, che avesse presentato alla Corte Internazionale di giustizia un ricorso volto ad accertare la sua immunità dalla giurisdizione italiana. In sede di conversione del d.l. suindicato veniva approvato dal Senato un ordine del giorno che impegnava l'Italia ad aderire in tempi brevi alla Convenzione di New York.¹¹³ Accelerazione ulteriore e prioritaria proveniva dalla decisione della CIG nel 2012 circa la controversia Repubblica Federale della Germania Vs Italia, che segnava la soccombenza dell'Italia e confermava l'immunità giurisdizionale per i crimini di guerra perpetrati dai tedeschi nella Germania nazista.

Nonostante la Convenzione possa dispiegare forza vincolante solo dopo la conclusione dell'iter d'approvazione, che richiede un numero minimo di 30 ratifiche, circostanza difficilmente realizzabile al momento attuale in cui ne sono pervenute solo 13, essa si propone da subito come principale punto di riferimento. Viene infatti considerata tendenzialmente riproduttiva del diritto generale in materia, e obbliga gli Stati parti già dalla sua formale accettazione (art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969),¹¹⁴ pertanto, ancor prima della sua formale entrata in vigore; offre quindi all'interprete un modello sicuro ai fini della ricostruzione del diritto internazionale in materia, con ciò permettendo un progressivo allineamento dei differenti indirizzi giurisprudenziali.

L'Italia deposita l'adesione presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite (ex art. 32 della Convenzione), debitamente autorizzata ai sensi dell'art. 80 Cost. con legge 14 gennaio 2013 n.5.¹¹⁵ La legge contiene a) l'ordine di esecuzione della Convenzione, che produrrà effetti solo dopo l'entrata in vigore della medesima; b) misure volte a garantire

¹¹³ O.d.g. n. G 101, del 25 maggio 2010.

¹¹⁴ Art. 18 “ Obbligo di non privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo prima della sua entrata in vigore” Uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo: a) quando ha firmato il trattato o scambiato gli strumenti costituenti il trattato, con riserva di ratifica, di accettazione o di approvazione, finché non ha manifestato la propria intenzione di non divenire parte del trattato; o b) quando ha espresso il proprio consenso ad essere vincolato da un trattato, nel periodo che precede l'entrata in vigore del trattato e a condizione che questa non sia indebitamente ritardata.

¹¹⁵ G.U 29 gennaio 2013 n.24.

l'esecuzione della sentenza della CIG nella controversia Germania Vs Italia, e più in generale delle sentenze della CIG che abbiano escluso specifiche condotte statali dalla giurisdizione di altro Stato. In aggiunta all'adesione, l'Italia rilascia una dichiarazione interpretativa, sulla base di un potere riconosciuto dal diritto generale, seppur non menzionato nella Convenzione, che ha come solo limite il rispetto dello scopo/oggetto del trattato.

La Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, disciplina le “riserve” come dichiarazioni unilaterali, quale che sia la loro formulazione o indicazione, fatte da uno Stato al momento in cui firma, ratifica, accetta, approva un trattato o vi aderisce, per escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni ivi contenute. Non menziona invece le “dichiarazioni interpretative”, che pure di frequente vengono utilizzate per chiarire il significato che si intende attribuire a specifiche clausole. Di recente la Commissione del diritto internazionale in una *Guida pratica sulle riserve* del 2011¹¹⁶ evidenziava la differenza tra le riserve e le dichiarazioni interpretative, chiarendo che queste ultime, non hanno il potere di modificare o escludere gli effetti giuridici di disposizioni inserite nei trattati, ma possono solo chiarire il modo in cui lo Stato dichiarante ne recepisce il significato. Pur tuttavia tali dichiarazioni possono essere considerate “strumenti posti in essere da una Parte in occasione della conclusione di un trattato”, pertanto a norma dell'art. 31 par.2 lett.b della Conv. Di Vienna rientrerebbero di diritto nel testo complessivo da prendere in esame ai fini dell'interpretazione del trattato. Difatti, come l'Italia, anche i governi svedese, norvegese e svizzero, hanno fatto ricorso a tali strumenti.

La dichiarazione italiana nel testo originale recita:¹¹⁷

“In depositing the present instrument of ratification, the Italian Republic wishes to underline that Italy understands that the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations. In addition, Italy states its understanding that the Convention does not apply to the activities of armed forces and their personnel, whether carried out during an armed conflict as defined by international humanitarian law, or undertaken in the exercise of

¹¹⁶ Doc. A/66/2010.

¹¹⁷ E. SCISO, *L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

their official duties.

Similarly, the Convention does not apply where there are special immunity regimes, including the ones concerning the status of armed forces and associated personnel following the armed forces, as well as immunities ratione personae. Italy understands that the express reference, in Article 3, paragraph 2, of the Convention, to Heads of State cannot be interpreted so as to exclude or affect the immunity ratione personae of other State officials according to international law...”

Il Governo italiano, dunque, intende chiarire che la presente Convenzione non troverà applicazione alle attività poste in essere dalle forze armate di uno Stato durante un conflitto armato o nell'esercizio delle proprie funzioni, e continua specificando che sono fatti salvi i regimi speciali di immunità, tra cui l'immunità collegata allo status delle forze armate e al personale associato¹¹⁸. Richiamando l'immunità *ratione personae*, il Governo potrebbe alludere all'immunità accordata dal diritto internazionale consuetudinario ai capi di Governo, ai capi di Stato, ai Ministri degli Affari Esteri e ad altre personalità di spicco. Si ricordi che l'art. 3 al par. 2 della Convenzione stessa, evidenzia e salvaguarda tali regimi speciali.

Qualora l'Italia non avesse aggiunto tale inequivocabile precisazione, l'eventuale questione del risarcimento danni cagionati da forze armate sarebbe potuta rientrare nell'art. 12 della Convenzione di New York, inserito nella Parte terza, dedicata ai procedimenti in cui non è possibile invocare l'immunità. Nello specifico l'art. 12 codifica la c.d. *territorial tort exception* : a meno che gli Stati interessati non convengano diversamente, uno Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale davanti a un tribunale di un altro Stato, competente in materia, in un procedimento concernente un'azione di riparazione pecuniaria in caso di decesso o di lesione dell'integrità fisica di una persona, o in caso di danno o di perdita di un bene corporeo, dovuti a un atto o a un'omissione presumibilmente attribuibile allo Stato, se tale atto o omissione si sono prodotti, interamente o in parte, sul territorio dell'altro Stato e se l'autore dell'atto o dell'omissione era presente su tale territorio nel momento in cui si è prodotto l'atto o l'omissione. Purtroppo, si tenga presente che secondo Hafner e Lange, membri del Comitato ad hoc incaricato della redazione della Convenzione in esame,

¹¹⁸ I regimi speciali di immunità relativi allo status delle forze armate sono spesso oggetto di appositi accordi ad hoc denominati SOFA, Status of Forces Agreement.

l'art. 12 non è *ex se* applicabile ai casi in cui il danno sia stato generato da conflitto armato. Lo *statement* di Hafner è stato il seguente: “*One of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not. In any case, reference should be made to the Commission’s commentary on article 12, stating that neither did the article affect the question of diplomatic immunities, as provided in article 3, nor did applies to situations involving armed conflicts. It had to be borne in mind that the preamble stated that the rules of customary international law continued to govern matters not regulated by the provisions of the Convention*”.¹¹⁹ Non a caso, tradizionalmente l'art. 12 è stato utilizzato prevalentemente per la riparazione di danni conseguenti a sinistri stradali, sul presupposto che l'uso di mezzi di trasporto da parte di uno Stato straniero costituisse attività *iure privatorum*.¹²⁰ In realtà, la suindicata dichiarazione non può essere ritenuta certa per il solo fatto di provenire dal *Chairmain* del Comitato ad hoc. Essa fa parte dei lavori preparatori, a cui è possibile ricorrere esclusivamente quando l'interpretazione del testo resta ambigua o manifestamente irragionevole dopo l'utilizzo dei prioritari criteri ermeneutici, ai sensi di quanto dispone la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Niente di tutto questo accade in siffatta circostanza, posto che l'art. 12, che non presenta nessuna oscurità, può essere nitidamente interpretato nel senso di applicarsi ai danni da conflitti armati.¹²¹ E' significativo ricordare che la Convenzione di Basilea all'art. 31 prevedeva la medesima eccezione, ma faceva salva l'immunità dello Stato prevista per azioni o omissioni delle proprie forze armate sul territorio di altro Stato. La Convenzione di New York sembra invece accogliere una *tort exception* piena. All'art. 3, peraltro, la Convenzione non menziona, tra le attività escluse dalla propria sfera di applicazione, le attività delle forze armate e in particolare quelle espletate nel corso di conflitti militari, e negli *understanding* contenuti nell'Allegato alla Convenzione non vi è traccia dell'art. 12 in relazione ad essi. D'altronde i rapporti militari tra Stati sono oggetto di specifiche

¹¹⁹ Summary Record of the 13th meeting of the Sixth Committee (25 october 2005), UN Doc. A/C.6/9/SR.13.

¹²⁰ A tal proposito si ricordi che la Suprema Corte ha definito l'emanazione di norme generali e astratte in materia di viabilità e circolazione come attività pubblicistica, e la concreta applicazione della segnaletica come attività privatistica. (Cass, 2 aprile 1993, n. 3966.)

¹²¹ N. RONZITTI e G. VENTURINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI, CEDAM, 2009.

convenzioni, i già citati SOFA, che potrebbero rientrare nella clausola iniziale dello stesso art. 12 (“Sempre che gli Stati interessati non convengano diversamente...”).¹²² In realtà la Convenzione di New York prevede una disposizione analoga a quella della Convenzione di Basilea ed è collocata all’art 26.¹²³ Ma tale norma, tra l’altro, risulta essere ultronea, perché prevedendo che i regimi speciali prevalgono sempre sulla regola generale, riflette semplicemente il tradizionale criterio ermeneutico *lex specialis derogat generali*.

Buona parte del contenzioso circa supposte violazioni di norme imperative internazionali è causato da attività commesse durante conflitti armati, per cui è stata buona e utile l’iniziativa di quei Paesi, come l’Italia, che hanno inserito la loro dichiarazione *ad hoc* per determinare definitivamente il proprio punto di vista in ordine all’applicazione della Convenzione. Chiaramente, la scelta italiana può essere valutata positivamente solo sotto questo profilo, poiché per il resto ha rappresentato un grandissimo errore. Senz’ombra di dubbio, l’atteggiamento italiano scaturisce dalla necessità di adeguarsi alle statuizioni rese dalla CIG nel 2012 a sfavore dell’Italia, ma tale analisi non è esauriente. L’Italia ha percepito il pericolo di dovere rispondere civilmente delle pretese risarcitorie avanzate dalle vittime di eventuali crimini commessi dalle proprie forze armate durante la seconda guerra mondiale. E non è tutto. Si pensi ai numerosi conflitti internazionali a cui le truppe italiane hanno preso parte negli anni recenti.¹²⁴

Tuttavia, la dichiarazione interpretativa italiana apre affermando che la presente Convenzione verrà applicata dall’Italia “in conformità ai principi del diritto internazionale, tra cui la tutela dei diritti umani dalle gravi violazioni”. La presenza di tale clausola è dovuta ad un ordine del giorno¹²⁵ adottato nel corso della discussione sul progetto di legge di adesione, presentato dai senatori Marcenaro e Maritati. La ratio del suindicato ordine del giorno era individuare possibili riserve o dichiarazioni

¹²² RONZITTI e VENTURINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali* a cura di RONZITTI E VENTURINI.

¹²³ Art. 26: “Le disposizioni della presente Convenzione non pregiudicano i diritti e gli obblighi degli Stati Parte in virtù di accordi internazionali vigenti ai quali sono parti e che trattano questioni oggetto della presente Convenzione.”

¹²⁴ E. SCISO, *L’Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹²⁵ O.d.g. n. G/3538/1/3, approvato il 28 novembre 2012.

interpretative da allegare all'adesione, al fine di rinvenire un giusto equilibrio tra i principi sottesi alla Convenzione e i principi della Costituzione Italiana. L'ordine del giorno conteneva un riferimento all'art. 12 della Convenzione, e Marcenaro e Maritati sottolineavano l'ampiezza della disposizione pattizia che *“non distingue tra atti dello Stato compiuti nell'esercizio del potere sovrano e atti di natura privatistica.”*¹²⁶ In aggiunta i proponenti ritenevano di dover inserire un'ulteriore riferimento che servisse a specificare che l'immunità non può essere riconosciuta a fronte di gravi violazioni dei diritti umani perpetrate dagli Stati. In definitiva, la formula approvata dal governo fu molto più sintetica e generale rispetto alle proposte avanzate nell'aula del Senato, nello specifico venne eliminato il richiamo esplicito all'art. 12.

La clausola Marcenaro–Maritati aggiunge un valore alla dichiarazione da non sottovalutare, soprattutto se si tiene conto che altri Stati hanno prodotto dichiarazioni dal contenuto analogo, come Norvegia, Svezia e Svizzera. In particolare, la Svizzera ha aggiunto nella sua dichiarazione che la Convenzione di New York non può arrecare danno agli sviluppi del diritto internazionale volti a negare l'immunità per azioni risarcitorie dovute a gravi violazioni dei diritti umani non commesse nello Stato del foro.¹²⁷

Come già sottolineato, le dichiarazioni diventano parte integrante del testo e rivelano il modo in cui uno o più Stati ne interpretano le rationes sottostanti. Per questo motivo, può dirsi che tali precisazioni di significati, allegate alla Convenzione, non possono che tradire l'emersione di un trend che soggiace alla comunità internazionale in attesa di un consolidamento ulteriore e definitivo. E se la sentenza resa dalla CIG nel 2012 sulla controversia Italia Vs Germania si è rivelata un'occasione persa, non può più essere messa in dubbio l'esistenza di un contrasto irriducibile tra la consuetudine immunitaria, a difesa degli Stati e dei relativi organi, e l'obbligo generale di tutela dei diritti umani fondamentali. Il difficile bilanciamento tra l'immunità privilegio degli Stati e la tutela dell'individuo si è tradotto in un tema scottante e di varia risoluzione, in cui numerose corti statali e internazionali si sono frequentemente imbattute. Difatti risulta ancora oggi uno dei principali nodi del dibattito internazionalistico.

¹²⁶ E. SCISO, *L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹²⁷ RONZITTI, *Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra*, GUIDA AL DIRITTO, IL SOLE-24ORE, N.°48, Dicembre 2012.

CAPITOLO 2

LA RESPONSABILITA' STATALE NEI CRIMINI INTERNAZIONALI

I)Rapporto controverso tra la consuetudine immunitaria e la repressione dei crimini internazionali

Nello sforzo di trovare un equilibrio tra le esigenze statali e quelle individuali, il primo problema che si impone in tutta la sua evidenza, è che quando la regola secolare dell'immunità viene utilizzata come scudo di fronte a ipotesi qualificabili come crimini internazionali, essa vale ad escludere l'accesso al giudice per chi ne è stato vittima. Qualora l'azione giudiziaria si rivelasse l'unica via percorribile per ottenere ristoro, inevitabilmente si realizzerebbe una profonda ingiustizia per l'individuo su cui si sono riversate le conseguenze pregiudizievoli del crimine. Per cui, la singola persona fisica diventerebbe vittima due volte. Difatti è quanto accaduto nel noto caso Ferrini e in molte altre analoghe vicende giudiziarie. E se la Suprema Corte italiana aveva tentato di inaugurare un nuovo orientamento al fine di escludere l'applicazione dell'immunità statale a fronte di crimini internazionali invocando superiori ragioni di giustizia umanitaria, la Corte Internazionale di Giustizia con la sua pronuncia nel 2012 ha drasticamente messo a tacere ogni speranza al riguardo. Nonostante fosse chiaro ed evidente che le vittime come Ferrini non avrebbero più potuto ottenere alcun risarcimento se fosse stata loro impedita la via del ricorso al giudice italiano. Dall'ampio ventaglio di storie di risarcimenti sospesi che gli scorsi decenni mettono a disposizione, sembra chiara l'esistenza di un netto contrasto tra Stato e individuo, immancabilmente risolvibile ad esclusivo favore di uno solo degli attori in gioco. Negli ultimi anni, dato il ruolo di spicco assunto nel panorama internazionalistico dalla tutela dei diritti umani, si è cominciato a parlare di un processo di umanizzazione del diritto internazionale:¹²⁸ il che significa che accanto alle tradizionali norme stato-centriche

¹²⁸ V.T. MERON, *The Humanization of international law*, Leiden Boston, 2006, "International Law in the Age of Human Rights- General Course of Public International Law", in *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, vol. 301, 2003.

(protettive dei rapporti interstatuali), se ne vanno aggiungendo di nuove, umano-centriche, (protettive anche e soprattutto della persona umana).¹²⁹

Questa forte attenzione nei confronti della persona umana, ha prodotto differenti cambiamenti, anche strutturali, nel diritto internazionale: *in primis*, risulta ampliato il contenuto materiale del diritto, poiché si estende anche alle relazioni tra Stati e individui e a quelle interindividuali, e dunque vengono all'attenzione interessi del singolo, e non più solo statali; *in secundis*, si sono aggiunti nuovi destinatari formali delle regole di diritto internazionale, pertanto gli individui sono diventati titolari di diritti e doveri ulteriori rispetto a quelli di matrice interna; *in terzis*, il processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale ha creato il principio della responsabilità internazionale penale di Stati autori di gravi violazioni di diritti umani.

In sintesi sembra che accanto al diritto internazionale tradizionale, fondato sulla reciprocità, sul bilateralismo e sugli interessi dei singoli Stati, si stia sviluppando un diritto internazionale nuovo, più moderno, fondato su valori collettivi e solidaristici, quindi aperto ad una concezione pubblicistica dei rapporti internazionali.¹³⁰ Conseguentemente il diritto sta vivendo un periodo di transizione, nel quale tanto il vecchio quanto il nuovo indirizzo convivono, talora, anzi inevitabilmente, generando contrasti.

E' doveroso interrogarsi sui rapporti sussistenti tra il diritto internazionale generale e quello che per comodità si definisce il diritto internazionale "dei diritti umani". La soluzione dipende dalla prospettiva che si intende adottare.

Parte della dottrina propende per una concezione particolarista e considera il diritto internazionale come un insieme di sotto-settori normativi, principalmente slegati tra loro, a causa dell'impossibilità di ravvisare principi comuni sovraordinati; in quest'ottica il diritto internazionale dei diritti umani appare un regime *self-contained*, nel senso di regime speciale chiuso e autosufficiente, che non ammette eterointegrazioni e pertanto consente il ricorso a norme del diritto internazionale generale solo in casi residuali ed eccezionali. Gli autori specializzati nello studio dei diritti umani (gli *human rights lawyers*) prediligono tale impostazione perché consente di dare maggiore rilievo

¹²⁹ R.PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

¹³⁰ R.PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*

alla materia in emersione,¹³¹ con il limite, occorre sottolinearlo, di configurare il settore dei diritti umani come un campo limitato, una sorta di ghetto.

Al contrario, i c.d. generalisti credono nel carattere unitario del diritto internazionale e non ammettono l'esistenza di regimi *self-contained*, chiusi e non comunicanti, ma solo la presenza di regimi speciali, come in un qualunque altro ordinamento, che derogano la regola generale in forza di un'espressa manifestazione di volontà, risultante da un apposito strumento convenzionale. Seguendo questa diversa impostazione, il settore dei diritti umani non tende ad isolarsi, ma ad amalgamarsi sistematicamente con il diritto generale, permettendo il giusto coordinamento.

Posto che il concetto stesso di *self-contained* non è univoco in dottrina e ha generato risposte discordanti, e dato che la teoria generalista sembra quella più incline a perseguire lo sviluppo dei diritti umani in piena armonia con l'intero diritto internazionale, ci sembra che essa vada preferita.

Tuttavia, nonostante i tentativi astratti di ricostruire i rapporti tra i due sistemi indicati, come accennato, i contrasti emergono in maniera prepotente e a volte insanabile. L'irruzione dei diritti umani, infatti, è stata accolta con favore e ha già prodotto risultati fecondi in settori come la responsabilità internazionale penale, ovvero il tradizionale *ius in bello*, ma la convivenza risulta ancora burrascosa e complessa in altre circostanze, ad esempio nel caso della regola immunitaria, come testimoniano le tante controversie giudiziarie.¹³²

¹³¹ B. SIMMA, "International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis", in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV.2, 1993, p. 164.

¹³² Tra le più note: le tre sentenze della House of Lords del caso *Pinochet* e cioè

-*Regina v. Bartle and Commissioner of the Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet*; *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet (Pinochet I)*, sentenza del 25 novembre 1998;

-*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet II)*, sentenza del 15 gennaio 1999;

-*Regina v. Bartle and Commissioner of the Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet*; *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of the Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet (Pinochet III)*, sentenza del 24 marzo 1999;

E ancora

House of the Lords, Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Sudiya (the Kingdom of Saudi Arabia) and others, sentenza del 14 giugno 2006, UKHL 26;

Cour de Cassation, Chambre Criminelle, caso Gheddafi n. 1414, sentenza del 13 marzo 2001, in *Revue Générale de Droit International Public* 2001, pp 473-474;

Corte Europea dei Diritti Umani, *Waite and Kennedy c. Germania*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999;

Corte Europea dei Diritti Umani, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001;

Sul contrasto tra consuetudine immunitaria e norme imperative che vietano la commissione di crimini internazionali, si è scatenato un dibattito quasi filosofico.¹³³

Ancora oggi esso oscilla tra due opposte tentazioni: da un lato, i sostenitori del tradizionale impianto stato-centrico del diritto internazionale, sono contrari a riconoscere limiti alla regola immunitaria; dall'altro, la dottrina più moderna che attribuisce maggiore attenzione alla persona umana, è incline a ridurre la portata del privilegio quando si palesano gravissime violazioni dei diritti umani.

Fermo restando quanto detto, può essere utile ricostruire sinteticamente le idee sottese ai due principali schieramenti che animano il dibattito internazionalista.

A) Secondo il metodo positivistico classico¹³⁴ non esiste alcun conflitto per due ordini di ragioni: il primo, è che si tratta di due gruppi di norme differenti, essendo la regola immunitaria di natura procedurale, e le norme che impediscono crimini contro gli individui di natura sostanziale, tesi questa che verrà sviluppata e accolta dalla Corte Internazionale di Giustizia nel 2012;¹³⁵ il secondo ordine di ragioni è sostenuto da autori fortemente legati ad una concezione classica e conservatrice di rilevazione delle norme consuetudinarie, i quali ritengono che la consuetudine immunitaria, nella sua formulazione ristretta, sia ampiamente radicata, e che sia impossibile rinvenire nella prassi internazionale una *diuturnitas* contraria, una sorta di *human rights exception*; pertanto sulla base di un esame solo quantitativo, concludono che è l'assetto attuale della stessa comunità internazionale, e non ragionamenti di logica varia, ad escludere l'esistenza del conflitto.

Corte Europea dei Diritti Umani, *Stichting Mothers of Srebrenica e al. c. Olanda*, ricorso n. 55542712, decisione dell'11 giugno 2013;

Corte Europea dei Diritti Umani, *Jones e al. c. Regno Unito*, ricorsi n. 34356/06 e n. 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2008;

Corte Internazionale di Giustizia, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza del 14 febbraio 2002;

¹³³ R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

¹³⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously- I diritti presi sul serio* (trad. it.), Bologna, 1982; E. CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, cit., pg. 242; A. ZIMMERMANN, "Sovereign Immunity and Violation of International *Ius Cogens*, Some Critical Remarks" in *Michigan Journal of international Law* 1995, p.433 ss; C. FOCARELLI, *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista di diritto internazionale* 2007, p.637 ss.

¹³⁵ Ma una tesi analoga verrà adottata anche dall' House of Lords nel caso *Jones e al. c. Regno Unito*, cfr in particolare l'opinione di lord Hoffman, par. 42-45 della sentenza su richiamata (nota 31).

B) Secondo il metodo **positivistico moderno**,¹³⁶ invece, il contrasto viene ritenuto esistente, nello specifico, allorché l'utilizzo delle norme immunitarie rende impossibile per le vittime di crimini internazionali l'accertamento della violazione e la conseguente punizione dei responsabili.

La risoluzione di tale contrasto è stata poi affidata a diverse chiavi di lettura: per giustificare deroghe al regime dell'immunità, è stata da alcuni utilizzata l'adesione alla Carta delle Nazioni Unite o a trattati sui diritti umani¹³⁷ come implicita rinuncia all'immunità, o il tema dell'esercizio della giurisdizione universale,¹³⁸ o ancora l'argomento dello *ius cogens*.¹³⁹

Quest'ultimo tema (sostenuto anche dalla Cassazione Italiana nel caso Ferrini) risulta essere il più persuasivo nonché il più coerente con il processo di verticalizzazione e costituzionalizzazione del diritto internazionale. Se è vero che il diritto moderno è profondamente cambiato per via della crescita esponenziale dell'attenzione verso i diritti umani, e se è vero che questo nuovo indirizzo ha prodotto cambiamenti strutturali nella compagine internazionale, è altrettanto conseguenziale utilizzare appositamente tali modifiche per trovare soluzione ai conflitti tra norma immunitaria e norme a tutela degli individui. Con la peculiarità che tale secondo gruppo di norme rientra nell'altissima categoria di *ius cogens*, di netta superiorità gerarchica rispetto al diritto internazionale consuetudinario, e ciò, ossia questa diversa forza cogente, è lo strumento più equo per determinare il vincitore tra i due termini del conflitto.

Di fronte all'eccezione formalista della dottrina più classica, ossia quella basata sulla diversa natura delle norme in conflitto, la risposta è agevole: *non esiste un diritto sostanziale effettivo in mancanza di rimedi procedurali per la sua violazione*.¹⁴⁰ Quindi una qualunque situazione giuridica sostanziale ha accanto a sé norme procedurali che ne

¹³⁶ M. REIMANN, *A Human Right Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan Journal of International Law* 1995, p. 403 ss; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della CIG del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, pp. 310-326; B. CONFORTI, *The judgement of International Court of Justice on the Immunity of Foreign states: a Missed Opportunity*, in *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XXI, 2012, p. 135 ss; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007, p. 172 ss; F. SALERNO, *Diritto Internazionale*, cit., pp. 420-429.

¹³⁷ J.A. GERGEN, *Human Rights*, cit., p. 776 ss.

¹³⁸ J.A. GERGEN, *op. cit.*; A. BIANCHI, *Overcoming the Hurdle*, cit., p. 427.

¹³⁹ A. BIANCHI, *Immunity versus Human Rights*, cit., p. 265; M. KAMTO, *Une troublante "immunité totale" du Ministre des affaires étrangères*, in *Revue Belge du Droit International* 2002, pp. 526-529, G. ROBERTSON, *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*, London, 1999, pp. 408-409.

¹⁴⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto*, cit., p. 315.

garantiscono il rispetto. Tuttavia, una regola procedurale legata al divieto di crimini internazionali, potrebbe essere riconosciuta nel diritto di ricorrere in giudizio, per cui si potrebbe concludere che l'immunità per le condotte statali non può privare chi ne è rimasto vittima, del diritto ad un giudice, ad un ragionevole processo, ad una sentenza che sia giusta.

Per quanto riguarda, invece, la seconda obiezione, vale a dire, l'impossibilità di rinvenire nella prassi una consuetudine di segno contrario a quella immunitaria per la mancanza di una sufficiente *diuturnitas*, i positivisti moderni ribattono che il metodo di rilevazione delle consuetudini internazionali ha subito un consistente ammodernamento:

- 1) l'elemento dell'*opinio iuris* ha maggiore rilevanza rispetto a quello della *diuturnitas*;
- 2) non è più sufficiente una ricognizione del diritto meramente quantitativa;¹⁴¹
- 3) gli sviluppi recenti assumono maggior importanza rispetto a quelli risalenti;
- 4) accanto a quella internazionale, viene potenziato il ruolo della giurisprudenza nazionale, egualmente foriera di orientamenti innovativi.¹⁴²

Tuttavia, per quanto attraente, anche questa tesi va perfezionata, poiché risulta per un verso troppo riduttiva, per altro verso troppo estesa: è troppo riduttiva quando si propone di rinvenire una deroga all'immunità, una sorta di *human rights exception*, nella sola prassi pertinente il settore normativo dell'immunità, quasi che si configurasse come isolato, chiuso, *self-contained*, impostazione questa che non merita condivisione. A sua volta è una tesi troppo vaga ed estesa quando si prefigge di trovare un'eccezione a qualunque norma immunitaria in qualsivoglia contesto, e non esclusivamente quando l'immunità fa da ostacolo all'accesso alla giustizia di fronte a gravi violazioni di diritti

¹⁴¹ V. anche Corte di Cassazione, *Repubblica Federale di Germania c. Milde*, sentenza del 13 gennaio 2009, n. 1072, par. 4, in cui la Cassazione ha affermato: “ *Pertanto, il punto che soprattutto preme di sottolineare è intimamente collegato alla convinzione che la soluzione della questione dibattuta non possa corrispondere ad un esito di tipo meramente quantitativo e non possa dipendere, perciò, soltanto dal numero, maggiore o minore, delle decisioni che aderiscono all'una o all'altra posizione. In proposito deve osservarsi che se è vero che l'esame della prassi dei tribunali dei vari Stati costituisce uno strumento importante per l'accertamento del vigore delle norme consuetudinarie di diritto internazionale, è non di meno certo che il compito dell'interprete non può ridursi ad un computo aritmetico dei dati desunti dalla prassi, dovendo tenersi conto, oltre che delle difficoltà di verifica della reale esistenza delle consuetudini, anche della consistenza qualitativa di esse, delle interrelazioni riscontrabili tra le stesse, dell'operatività dei nessi di interdipendenza e di collocazione gerarchica operanti in diretta funzione del rango attribuito a ciascuna di quelle norme rispetto alla scala dei valori generalmente accolta dall'ordinamento internazionale.*”

¹⁴² R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

umani. È questa infatti, l'unica ipotesi in cui si presenta realmente il conflitto di cui i positivisti moderni ammettono l'esistenza.

Alla luce di ciò, nonostante la persuasività e la facile condivisibilità delle argomentazioni suesposte, il metodo positivista moderno non ha conosciuto larga diffusione nelle corti internazionali, specialmente per la difficoltà di adattamento a casi concreti. Purtroppo, il tema dello *ius cogens* merita particolare attenzione.

II) Individuazione e collocazione dello *ius cogens*

Nell'ultimo mezzo secolo, la produzione dottrinarica, normativa e giurisprudenziale ha portato in auge un concetto prima sconosciuto, che prende nome di *ius cogens*. La comunità internazionale è una comunità tra pari, che rifiuta qualunque verticalismo ovvero qualunque organizzazione gerarchica. Il principio che regna indiscusso, o almeno così è parso fino ad ora, è la sovranità degli Stati, da cui discende l'eguaglianza e la parità tra questi, e quindi l'impossibilità di interferire con l'imperio di ciascuno di essi. In via generale, è difficile pensare che esistano regole superiori a quelle ordinarie, valori sovraordinati ma comuni a tutti, un ordine ben definito tra le fonti, proprio perché nella loro produzione concorre principalmente la volontà degli Stati.

A tal proposito, secondo quanto suggerisce comunemente la dottrina,¹⁴³ l'unica indicazione utile proviene dall'art.38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia¹⁴⁴. L'art. 38 recita nel seguente modo:

1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica:

- a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;*
- b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto;*
- c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più*

¹⁴³ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009; LEANZA-CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, 2008.

¹⁴⁴ Atto d'adesione depositato dalla Svizzera il 28 luglio 1948, approvato dall'AF il 12 marzo 1948, entrato in vigore per la Svizzera il 28 luglio 1948 (Stato 25 gennaio 2012).

autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.

2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire ex aequo et bono se le parti vi consentono.

Sorvolando sulle fonti indicate, che non sono di per sé oggetto di trattazione, preme sottolineare che l'ordine presentato dalla norma in esame non può essere considerato tecnicamente una gerarchia di fonti, ma solo un'indicazione utile per l'interprete e quindi, primo fra tutti, per il giudice. Un ordine logico, dunque, per la risoluzione delle controversie. D'altronde, come appare chiaro, anche a voler considerare questa disposizione un'autorevole enunciazione delle fonti del diritto internazionale, necessiterebbe ugualmente di integrazioni ulteriori. Prima fra tutte, la disposizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, l'unica a contenere una definizione di *ius cogens*, niente affatto tautologica, come pure molta dottrina ha sostenuto (Glennon¹⁴⁵).¹⁴⁶ E ancora, siccome l'art. 38 cita solo convenzioni tra Stati, consuetudini e principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni, non menziona, oltre allo *ius cogens*, gli atti unilaterali, diversi nella loro atipicità, ovvero le fonti previste da accordo, le c.d. fonti di secondo livello.

L'art. 53 della Convenzione di Vienna, a sua volta, dichiara che costituiscono norme di *ius cogens* quelle regole di diritto internazionale generale che sono riconosciute ed accettate dalla comunità internazionale nel suo insieme come inderogabili. Dunque il primo requisito indicato dalla norma è la generalità, e poiché unica fonte idonea a vincolare tutti gli enti che partecipano alla vita internazionale è la consuetudine, le norme di *ius cogens* saranno necessariamente di natura consuetudinaria; il secondo requisito è l'accettazione e il riconoscimento, da tutta la comunità internazionale, della natura inderogabile della norma, pertanto è indispensabile che tutta la comunità, nelle sue componenti essenziali (Stati occidentali, Stati africani, Stati asiatici, Stati latino-americani),¹⁴⁷ sia fermamente convinta dell'imperatività della regola.

¹⁴⁵ De l'absurdité du droit impératif (*ius cogens*), in *Revue générale du droit international public*, 2006. Ma sembra vicino a quest'impostazione anche MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.5, n. 2, 2011, che contesta la prevalenza assoluta delle norme di *ius cogens*, potendosi riconoscere qualche effetto sulle sole convenzioni tra Stati.

¹⁴⁶ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

¹⁴⁷ N. RONZITTI, *ult. op. cit.*

E' importante sottolineare che le norme di *ius cogens* non sono prodotte da un'autonoma fonte di diritto, ma la cogenza è una particolare qualità che la norma possiede in virtù del concorso dei presupposti suindicati. Ci troviamo cioè di fronte a consuetudini sorrette da una particolare *opinio iuris*, dovuta al fatto che la comunità nel suo insieme condivide non solo l'universalità ma anche l'inderogabilità del precetto. Pur sempre di consuetudini si tratta, ma più forti. Non a caso, è raro che una norma si palesi sul panorama internazionale come regola imperativa dalla nascita, nella maggior parte dei casi si tratterà di consuetudini ordinarie che, con il passare del tempo o in virtù del susseguirsi di particolari condizioni storiche, hanno acquisito maggiore forza cogente e si sono lentamente consacrate come tali, magari con un contenuto più ristretto rispetto alla norma originaria. Ne è un esempio la norma consuetudinaria imperativa sul divieto di aggressione, che a sua volta nasce dalla norma consuetudinaria sul divieto dell'uso della forza.¹⁴⁸

Essendo sorrette da tale particolare convinzione, le norme di *ius cogens* si creano a tutela di valori che la comunità internazionale ritiene fondamentali e prioritari. Dottrina e Commissione di diritto internazionale hanno qualificato come esempi di *ius cogens* il divieto di aggressione, di genocidio, di apartheid, di tortura, il mantenimento con la forza di una dominazione coloniale, la negazione del diritto all'autodeterminazione, il divieto di crimini di guerra e contro l'umanità. Per molte di queste norme ci sono state pronunce apposite da parte di corti internazionali, quali La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,¹⁴⁹ il Tribunale Penale per la ex Jugoslavia,¹⁵⁰ la Corte Internazionale di Giustizia,¹⁵¹ e dopo un'iniziale resistenza, anche la giurisprudenza interna e comunitaria hanno cominciato a pronunciarsi sul tema. L'incertezza sulla definizione, purtroppo vaga, di *ius cogens* induce la dottrina a enucleare ipotesi concrete dalla prassi giudiziaria, piuttosto che fornire una nuova nozione, ma è chiaro che tutti gli esempi di *ius cogens* riguardano i fondamentali diritti della persona umana. Pertanto, è agevole accorgersi che quando vengono commessi dei crimini internazionali, non vengono

¹⁴⁸ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

¹⁴⁹ Sentenza *Al-Adsani c. United Kingdom*, par.61.

¹⁵⁰ Sentenza *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, par. 153-156.

¹⁵¹ Sentenza *Armed Activities on the Territory of the Congo (New application: 2002)(Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)* 3 febbraio 2006, ILM, 2006,562; Sentenza *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crimes of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, 26 febbraio 2007, par. 161.

violate delle semplici consuetudini internazionali, ma delle vere e proprie norme imperative, per l'appunto, norme di *ius cogens*.

Inoltre, esse vanno tenute distinte sia dai *principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili*, di cui pure tratta l'art. 38, sia dai *principi generali del diritto internazionale*. I primi provengono dalle singole Nazioni e diventano fonti dell'ordinamento internazionale in virtù di un processo di produzione automatica, ma hanno solo finalità integrativa del diritto pattizio e consuetudinario. Si pensi al principio di irretroattività delle norme a carattere punitivo o al principio *nemo iudex in re sua*. I secondi, cui spesso fa riferimento la CIG, sono attinti direttamente dall'ordinamento internazionale e hanno portata normativa e non solo integrativa. Si pensi alla regola dell'*uti possidetis* o della limitazione delle piattaforme continentali secondo equità. Tra questi ultimi sarebbe possibile rinvenire i principi generali del diritto umanitario, e potrebbe sostenersi che questi stessi ispirino la diffusione o meglio la convinzione sottostante alle norme di *ius cogens* a tutela della persona umana. Ma le norme di *ius cogens*, ribadisco, hanno almeno natura consuetudinaria e non sono delle mere enunciazioni di principi.

Precisata la natura delle norme di *ius cogens*, è utile ricordare che esse, almeno a titolo di principio, prevalgono sulle semplici consuetudini, impediscono la formazione di consuetudini di segno opposto e invalidano eventuali accordi contrari.

In generale, la consuetudine dovrebbe cedere, secondo parte della dottrina, al diritto cogente posteriore, sia qualora si riconosca la sua natura imperativa, sia in caso contrario, perché, le tradizionali leggi sulla successione temporale, comunque comporterebbero che la consuetudine posteriore prevalga su quella anteriore.¹⁵² Semmai potrebbe avere importanza stabilire se una norma successiva ad un trattato sia una consuetudine o una norma imperativa, poiché nel primo caso prevarrebbe il trattato, mentre nel secondo caso la regola inderogabile lo invaliderebbe, anche se precedente.

E' ancora utile ricordare che la norma cogente è sempre fonte di obblighi *erga omnes*, perché si rivolge all'intera comunità, mentre non sempre una norma *erga omnes* è norma cogente perché potrebbe scaturire anche da un trattato, e in tal caso non sarebbe imperativa per mancanza dell'elemento della generalità.

¹⁵² N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

E' preferibile pertanto evitare una sovrapposizione¹⁵³ tra le due categorie, posto che le norme perseguono anche scopi differenti. Nello specifico, quelle istitutive di obblighi *erga omnes* hanno la principale finalità di rendere possibile, mediante un'azione collettiva degli Stati, la tutela di valori di cui altrimenti rimarrebbe difficile la difesa. Norme di questo genere operano in tre diversi contesti: 1) tutela di valori interni ad un determinato Stato (protezione dei diritti dell'uomo e dell'ambiente); 2) tutela di valori esterni alle giurisdizioni nazionali (ad es. grave inquinamento in alto mare); 3) tutela di valori diversi dai precedenti ma talmente assoluti da giustificare un'azione collettiva a fronte della lesione di un solo Stato.¹⁵⁴ Come si ha modo di notare, nei primi due casi, non esiste uno Stato leso, per cui solo se si ritenesse che il valore sia esigibile da parte di tutta la comunità, si potrebbe ottenere un'adeguata difesa. In altre parole, si parla di norme istitutive di obblighi *erga omnes* allorquando ci si trovi di fronte a beni di particolare rilevanza per la cui protezione è imprescindibile la difesa da parte dell'intera comunità, ossia beni per la cui salvaguardia è richiesta la cooperazione tra tutti gli Stati.

In definitiva la distinzione è stata così tratteggiata: le norme di *ius cogens* hanno valore prescrittivo e natura inderogabile, mentre le norme istitutive di vincoli per l'intera comunità hanno valore procedurale e pur non essendo sempre inderogabili, la loro violazione è esigibile da parte di tutti gli Stati.¹⁵⁵

Se è pacifica l'esistenza e la collocazione delle norme di *ius cogens*, più controversa appare l'individuazione degli effetti che discendono dalla violazione delle medesime.

In un'ottica tradizionale, dovrebbe dirsi *in primis* che nessuno Stato può adottare comportamenti che siano in contrasto con i precetti imperativi della comunità internazionale, e *in secundis* che ciascuno Stato è autorizzato a reagire a fronte di eventuali violazioni o quanto meno esigere il ripristino della legalità violata. In riferimento all'ipotesi di contrasto tra trattati e norme di *ius cogens*, i primi dovranno considerarsi estinti se antecedenti rispetto alle seconde, ovvero invalidi se posteriori. L'unica possibilità di rimanere in vita è l'interpretazione orientata, analoga a quella praticata negli ordinamenti nazionali rispetto al testo costituzionale: dunque, le singole

¹⁵³ P. PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di ius cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, par. 5; MONACO- CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, UTET GIURIDICA, 2009, par. 121.

¹⁵⁴ PICONE, *op cit.*, par. 6.

¹⁵⁵ Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione tematica R.G.N: 29352/2010 (rif. foglietto n. 117/2012).

clausole o l'accordo nel suo insieme conserverebbero valore ed effetti solo se interpretati in senso conforme al diritto cogente. Mentre di più difficile risoluzione appare il contrasto tra *ius cogens* e norme consuetudinarie storiche e tradizionali, come quella immunitaria, e come già avvertito, questo è il nodo principale su cui si sono sviluppati i più disparati orientamenti.

Secondo una prima impostazione,¹⁵⁶ allo stato esisterebbe un processo di assestamento del diritto internazionale, in gran parte fomentato dalla giurisprudenza interna, ma non è ancora riscontrabile nella prassi internazionale una norma sul diniego dell'immunità. Secondo altri autori,¹⁵⁷ dal riconoscimento della natura imperativa alle norme a tutela della persona umana, non discende la negazione automatica dell'immunità, quindi il concetto di *ius cogens* può operare solo a livello programmatico, al fine cioè di rinvenire in un'ottica prospettica i valori su cui dovrebbe fondarsi la comunità, e non necessariamente come termine di contrasto.

In termini più favorevoli, si è detto che la supremazia formale delle norme di *ius cogens* si traduce inevitabilmente in supremazia sostanziale¹⁵⁸ in virtù dei valori appositamente protetti. E ancora, che le norme imperative dovrebbero prevalere sulle mere consuetudini a prescindere da qualunque considerazione, oppure che la loro violazione dovrebbe essere di per sé sufficiente a giustificare una contromisura verso lo Stato responsabile, che potrebbe consistere proprio nel disconoscimento dell'immunità. In quest'ultimo caso però, si trascura il fatto che negli ordinamenti di civil law, il giudice è il solo competente a disconoscere l'immunità, e questo potere non compete anche allo Stato e al suo apparato esecutivo.

Da ultimo si è affermato che uno Stato ha l'obbligo di non avvalersi delle conseguenze scaturenti dalla violazione di una norma di *ius cogens*, e quindi di rinunciare all'immunità sua sponte.

Tutte queste teorie poggiano sul concetto prioritario secondo cui l'autorità giudiziaria dello Stato adito, non può negare al privato un processo e un risarcimento per il solo operare dell'immunità, perché ciò equivarrebbe a sconvolgere "il rispetto di quella scala

¹⁵⁶ C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale I*, 2008 p. 316-317.

¹⁵⁷ R.NIGRO, *Lo ius cogens nella prassi internazionale*, in *Law Journal*, 2008, p. 31-33, 42-43; B.CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., p. 256.

¹⁵⁸ DE SENA - DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione Italiana sul caso Ferrini*, in <http://docenti.unimc.it/> par. 5 e ss; N. RONZITTI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 47 e ss.

di valori che il diritto internazionale impone *erga omnes*, investendo tutti gli organi di uno Stato”.¹⁵⁹ Se così fosse, infatti, la regola immunitaria verrebbe utilizzata in forma di **abuso del diritto**, e il giudice avrebbe il compito di denunciarlo immediatamente e provvedere alla reintegrazione.¹⁶⁰

La gran parte delle posizioni espresse a favore della prevalenza dello *ius cogens*, si avvicina ad una nota dottrina sviluppatasi nell’ultimo decennio, conosciuta come **normative hierarchy theory** (N.H.T.).¹⁶¹ Essa fonda i propri assunti sul presupposto che il fatto stesso che i diritti umani siano tutelati da norme di *ius cogens*, è sufficiente per decretare sempre, in qualsivoglia contesto, la loro superiorità gerarchica rispetto alla norma immunitaria.

Secondo questa teoria lo scopo dell’immunità non è quello di tutelare ogni attività statale *iure imperii*. Al contrario, l’area di condotte che potrebbero beneficiare dell’esonazione, andrebbe circoscritta ai “soli rapporti tra Stati che siano diretti a disciplinare il corretto svolgimento delle funzioni e delle attività di reciproco interesse e funzionali al regolare funzionamento della comunità internazionale.”¹⁶² Pertanto tutti i comportamenti statali lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono i singoli interessi delle comunità statali, sono incompatibili con l’immunità. La teoria in esame è stata ampiamente richiamata, oltre che nella notissima pronuncia Ferrini, anche nella sentenza della Corte di Cassazione, Sezione I, n. 11163 del 20 maggio 2011¹⁶³. Si tratta del caso *Autogestione Prefettura di Vojotia c. Repubblica Federale di Germania*, avente ad oggetto la problematica dell’esecuzione di una pronuncia emessa da uno Stato estero (la Grecia) di condanna della Germania al risarcimento delle vittime di guerra. Sulla pronuncia indicata ci si soffermerà in seguito, costituendo questa una delle fasi giudiziarie della vicenda Distomo, ma si può anticipare che la sentenza è particolarmente importante nella misura in cui ricorda in motivazione

¹⁵⁹Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione tematica R.G.N: 29352/2010 (rif. foglietto n. 117/2012).

¹⁶⁰F. SALERNO, *Diritto internazionale, principi e norme*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 466-477, il quale conclude nel senso che in presenza di gravi violazioni la coerenza dell’ordinamento internazionale imporrebbe di ammettere azioni risarcitorie del privato fino al limite di dichiarare abusiva l’eccezione immunitaria.

¹⁶¹Da ultimo, A. ORAKHELASHVILI, *Immunity of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts : a Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah*, in *European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, 850-855.

¹⁶²Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del massimario e del ruolo, Relazione tematica R.G.N: 29352/2010 (rif. foglietto n. 117/2012).

¹⁶³(Rv. 618107).

*“che le teorie che fondano l’immunità sul principio di eguaglianza degli Stati sono portate a configurare un diritto assoluto che in realtà non è mai esistito.”*¹⁶⁴ Dopo aver constatato il progressivo estendersi della giurisdizione civile nei confronti di condotte statali non rientranti nella categoria *iure gestionis*, la sentenza approfondisce il tema della la N.H.T e ricorda l’enorme consenso ricevuto fra gli studiosi del diritto internazionale negli ultimi decenni. Un successo tale da far scrivere nel 2008, sull’*European Journal of International Law*, che *“non è più possibile, se mai lo è stato, ritenere che il punto di vista della supremazia dello ius cogens è una tendenza isolata di una piccola minoranza di studiosi a fronte della lettura tradizionale ed ortodossa del concetto di immunità degli Stati che godrebbe invece del supporto della maggioranza degli autori(...)*Al di là di queste considerazioni deve rilevarsi che la teoria della prevalenza gerarchica dello ius cogens si basa su solide elaborazioni da entrambe le sponde dell’Atlantico e ha avuto un impatto universalmente rilevante nel dibattito sul diritto internazionale contemporaneo.”¹⁶⁵ La sentenza inoltre ricorda che la NHT nasce in America come reazione alle limitazioni poste dal FSIA alla possibilità di procedere giudizialmente nei confronti degli Stati responsabili di atti lesivi del diritto internazionale. Alla medesima teoria si deve poi il concetto di “rinuncia implicita all’immunità” da parte dello Stato che abbia deliberatamente violato una norma di *ius cogens*.

La sentenza prosegue illustrando le divergenze tra l’elaborazione della dottrina nei paesi americani e quella avvenuta nel contesto europeo. La principale distinzione è dovuta al diverso scenario giurisdizionale e normativo in cui la dottrina attecchisce nei paesi europei, contraddistinti dall’assenza di normative statali in tema di immunità e dalla presenza di meccanismi di adeguamento automatico al diritto internazionale, predisposti dai testi costituzionali. Tutto ciò rende più rigida la formulazione della NHT poiché, la conformazione al diritto internazionale è totalmente rimessa al potere valutativo dei giudici, e costoro non possono che basare le proprie argomentazioni sulla consuetudine immunitaria, e valutare questa stessa nei limiti in cui essa risulta affermata nel panorama internazionale, non potendo che aderire al convincimento generale circa l’ampiezza della sua operatività.

¹⁶⁴ Sentenza *Vojotia*, par. 40.

¹⁶⁵ Sentenza *Vojotia*, par. 42-43.

La sentenza *Vojotia* prosegue parlando di “rielaborazione del concetto di atti iure imperii” e quindi del superamento del tradizionale binomio distintivo. Questo, ricorda la Corte, è nato in un clima di intensificazione dei rapporti commerciali tra Stati al fine di non ostacolare il loro libero esercizio, ma non può valere ad escludere l’applicazione di norme imperative di tutela dei diritti umani che sono di per sé vincolanti nei confronti degli Stati. Anche perché, se così non fosse, nel caso specifico dei crimini internazionali, ci si troverebbe di fronte ad un assurdo: non avrebbe senso infatti enucleare principi a difesa della persona umana, consacrarli con norme di *ius cogens*, per poi impedirne la cogenza al fine di tutelare gli Stati.

II.i) La tecnica del bilanciamento

Un approccio totalmente diverso e innovativo rispetto a quelli considerati fin qui, è quello di evitare la logica del contrasto. Le due norme contrapposte, infatti, hanno finalità divergenti e ispirazioni opposte. Alcune voci in dottrina hanno rinunciato alla composizione del conflitto, e prima ancora alla dimensione del conflitto, e hanno riposto le proprie speranze su un **bilanciamento** di esclusiva competenza del giudice. Si tratta dell’orientamento più recente e persuasivo, che pertanto merita condivisione. Difatti il problema dell’immunità degli Stati dalla giurisdizione è sempre stato strutturato in termini di contrasto, come si è avuto modo di notare, tra norma consuetudinaria e *ius cogens*. Tale contrasto è stato risolto da numerose teorie nel senso della prevalenza dei fondamentali diritti umani. Il rischio e il limite di queste tesi, del resto mai accolte dalla CIG, che fino all’ultimo ha negato l’esistenza del conflitto, è che poggiano su giudizi puramente moralistici. Seppur interessanti dal punto di vista teorico, il fatto che si fondano su giudizi di valore determina un problema, poiché ciò consente a valutazioni soggettive ed emotive di sconfinare nel terreno del giuridico, che è al contrario oggettivo ed imparziale. In altre parole, dato che non c’è una prassi diffusa degli Stati che la preveda, la prevalenza delle norme a protezione dei diritti umani rischierebbe di essere giustificata da mere percezioni soggettive.¹⁶⁶ Tutto si tradurrebbe in risultati giuridici suggestionati dai più vari moralismi, ossia in una

¹⁶⁶ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

gerarchia di valori più umana che giuridica, di conseguenza oggettivamente inaccettabile.

E' bene ricordare che la giurisprudenza¹⁶⁷ ha sempre tenuto distinti valori e norme, escludendo che “*le considerazioni umanitarie siano sufficienti di per se stesse a dar luogo a diritti ed obblighi giuridici*”. La dottrina, d'altro canto, ha ricordato che anche ammettendo che esista un valore considerato fondamentale dalla comunità internazionale, non se ne potrebbe dedurre in automatico l'esistenza di una norma giuridica, il cui scopo sia perseguire tale valore.¹⁶⁸

Un approccio ancora diverso può riscontrarsi nelle teorie che hanno esaminato il rapporto tra norma immunitaria e il diritto di accesso al giudice, inteso non già come diritto umano fondamentale, bensì come principio costituzionale generalizzabile per qualunque Nazione, anche se non ricompreso espressamente nel tessuto costituzionale. Nonostante il fascino di un'impostazione di questo tipo, anch'essa nasconde dei difetti. *In primis* questa diversa prospettiva si sposta sul piano interno degli ordinamenti nazionali, e per questo fornisce una soluzione parziale, ossia legata al diverso modo di intendere il principio di accesso al giudice da parte di ciascuno Stato. La valenza che ciascun ordinamento riconosce al diritto suindicato e l'interpretazione che i giudici interni forniscono di tale diritto, possono costituire una differenza notevole ed insormontabile. D'altronde proprio l'Italia fornisce un chiaro esempio¹⁶⁹ di come l'interpretazione del diritto di accesso al giudice possa variare a seconda dell'angolo prospettico dal quale lo si guarda. Nel celebre caso *Russel* del 1979, la Corte Costituzionale aveva affermato che norme consuetudinarie internazionali preesistenti all'introduzione della Costituzione sarebbero prevalse a titolo di specialità su qualunque norma costituzionale, anche fondamentale, mentre quelle successive avrebbe trovato ingresso nel nostro ordinamento nell'esclusivo caso di compatibilità con la carta costituzionale e con i suoi principi supremi. Questo indirizzo avrebbe portato alla prevalenza della consuetudine internazionale dell'immunità, in quanto ampiamente risalente nel tempo rispetto alla Costituzione. Tale giurisprudenza si è ripetuta negli

¹⁶⁷ Sentenza del 18 Luglio 1966 nel caso *Sud- Ovest Africano (Etiopia v. Sud Africa, Liberia v. Sud Africa)*, ICJ, *Reports*, 1966, p. 4 ss, par. 50.

¹⁶⁸ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale. Il sistema degli stati e I valori comuni dell'umanità*, vol. I, Padova, 2012, p. 375.

¹⁶⁹ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

anni successivi ma in altre pronunce¹⁷⁰ la Corte Costituzionale ha riaffermato la prevalenza delle sole consuetudini internazionali che non siano contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, senza più distinguere tra preesistenti e successive. Inoltre particolarmente altalenante è stato l'atteggiamento della Suprema Corte di Cassazione tra la sentenza Ferrini, che ha lasciato intravedere un raggio di speranza, e il contegno successivo alla sentenza della CIG del 2012, a seguito della quale l'orientamento della Cassazione si è richiuso nell'ombra. Proprio l'atteggiamento restrittivo avuto dai giudici italiani, gli ultimi da cui ci si sarebbe aspettati un passo in dietro, dimostra come il diritto di accesso al giudice sia suscettibile di essere variamente interpretato. D'altronde, la giurisprudenza italiana ha spesso ammesso limitazioni all'art. 24 per i più disparati valori, ora per la difesa del Paese,¹⁷¹ ora per l'esigenza suprema della sicurezza dello Stato.¹⁷²

Inoltre l'impostazione in esame presenta il medesimo limite di essere strutturata nuovamente in termini di contrasto normativo tra immunità dal giudice e diritto di accesso al giudice.

Tale contrasto risulta insanabile¹⁷³ anche ricorrendo alla teoria degli equivalenti, approccio consolidato in riferimento all'immunità delle organizzazioni internazionali. Applicando la teoria in esame agli Stati, si può ritenere che quando i giudici italiani sono chiamati a pronunciarsi sui ricorsi presentati contro uno Stato estero, costoro possano riconoscere l'immunità dello Stato estero solo quando constatino che esiste una reale protezione per equivalente, ovvero che l'individuo abbia l'opportunità di far valere il proprio *petitum* di fronte ai giudici di un altro Stato ottenendo uno standard sostanzialmente equivalente a quello garantito dai giudici dello Stato italiano. Il

¹⁷⁰ Sentenza della Corte Costituzionale del 29 gennaio 1996 nel caso *Pahor, Rivista*, 1996, p. 505 ss, e sentenza del 22 marzo 2001 nel caso *Baraldini, Rivista*, 2001, p. 409 ss.

¹⁷¹ Sentenza della Corte di Cassazione nel caso *Lo Franco* del 1984 circa l'immunità da misure esecutive rispetto ad organizzazioni internazionali, *Rivista*, 1984, p.672 ss. La Corte sosteneva che l'art. 11 della Cost. giustificasse l'immunità dall'esecuzione forzata della NATO prevista dal diritto convenzionale e la limitazione dell'art. 24 era giustificata "dalla prevalenza che occorre accordare al valore della difesa del Paese" rispetto agli interessi tutelati con le norme che si assumono violate.

¹⁷² Sentenza della Corte di Cassazione nel caso *FILT-CGIL*, del 3 agosto 2000, in cui la Corte affermava che l'eventuale lesione alla vita o alla salute dei cittadini italiani cagionata dai voli di addestramento degli aerei di guerra statunitensi su territorio italiano, non poteva far venire meno l'immunità degli USA. In quanto si trattava di attività rientranti nelle competenze della NATO e preordinate all'esigenza suprema della sicurezza dello Stato. Tale principio è stato ribadito nel caso *Tissino* del 25 febbraio 2009 circa deposito delle armi nucleari nella base NATO di Aviano.

¹⁷³ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

problema è che tale teoria nasce per le organizzazioni internazionali, e assume un senso nella misura in cui vi sia un tribunale ad hoc che sorge all'interno dell'organizzazione medesima e che può essere messo a confronto con un ordinario tribunale nazionale. Si può allora affermare che l'immunità riconosciuta all'organizzazione internazionale non contrasta con il diritto di accesso al giudice perché ci sono organi giurisdizionali alternativi a quelli statali a cui è possibile rivolgersi per fare valere il proprio diritto. Ma nel caso dell'immunità degli Stati, per applicare realmente lo stesso criterio, la protezione per equivalente dovrebbe essere garantita dall'eventuale ricorso che l'individuo possa proporre dinanzi ai giudici dello Stato di cui è stata riconosciuta l'immunità, ossia l'autore della violazione umanitaria. E' più che lecito dubitare dell'effettività di una tale soluzione. Soprattutto quando si tratta di violazioni di diritti umani fondamentali, come è stato autorevolmente sostenuto.¹⁷⁴

La stessa Corte Europea ha escluso che la protezione per equivalente possa applicarsi agli Stati, e nel caso *Cudak c. Lituania*¹⁷⁵ ha manifestato tutto il suo scetticismo sulla possibilità di vincere un ricorso presentato alle autorità giudiziarie dello Stato autore della violazione contestata, invitando a esercitare lo strumento della protezione per equivalente in maniera effettiva piuttosto che illusoria (*practical and effective, not theoretical or illusory*).

In definitiva, tutti i tentativi militano nel senso di abbandonare la logica del contrasto. E' chiaro che il risultato pratico di una norma che prevede l'immunità di un soggetto è proprio quello di precludere l'accesso alla giustizia di un altro soggetto che può avanzare reclami contro il primo. La norma sull'immunità contiene in sé il bilanciamento di due opposti valori: la necessità di tutelare la sovranità degli Stati e la necessità di tutelare il diritto di accesso al giudice. Se la limitazione di quest'ultimo diritto è interna all'immunità, si potrebbe pensare che essa sia una norma statica, esclusivamente applicabile a favore degli Stati e mai dell'individuo. Ma proprio il percorso di evoluzione della consuetudine immunitaria dimostra il contrario. La storia insegna infatti che, proprio in virtù della sua natura bifasica, la regola immunitaria ha ridotto la sua portata a favore del singolo, perché nel tempo è prevalsa l'idea che

¹⁷⁴ B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of the foreign States: a Missed Opportunity*, in *The Italian Yearbook of international law*, 2012, p. 140.

¹⁷⁵ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sent. 23 marzo 2010, ric. N. 15869/02, par. 36.

quando lo Stato si comporta da privato, il valore del diritto di accesso al giudice prende il sopravvento su quello della sovranità statale.

La consuetudine porta quindi in sé il bilanciamento dei valori in gioco, e il fatto che non vi sia una legge che lo disciplini, in Italia e negli altri Stati che non hanno una legislazione *ad hoc*, significa che è rimesso ai giudici il potere di decidere in quali casi debba prevalere l'uno o l'altro principio.

Pertanto ciò che emerge è il ruolo preponderante dei giudici nell'evoluzione della norma sull'immunità, non in quanto accertino l'esistenza di un conflitto e lo risolvano, ma al contrario, in quanto controllino un bilanciamento di valori che è insito nella norma.¹⁷⁶ Ed è proprio questo l'orientamento fatto proprio dalla Corte europea di Strasburgo in materia di immunità nelle controversie di lavoro, generalizzabile a qualsivoglia contesto, a maggior ragione nel settore dei crimini internazionali. I due casi giudiziari finiti all'attenzione della Corte sono stati il già citato *Cudak c. Lituania*¹⁷⁷ del 23 marzo 2010 e ¹⁷⁸*Sabeh El Leil c. Francia* del 29 giugno 2011.¹⁷⁹ In entrambi i casi la Corte europea ha accertato la violazione dell'art. 6 della CEDU¹⁸⁰ da parte degli Stati

¹⁷⁶ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹⁷⁷ Nel caso *Cudak* la ricorrente era un'impiegata dell'ambasciata di Polonia a Vilnius, in Lituania, dove svolgeva funzioni di segreteria e centralinista. In seguito alla denuncia di molestie sessuali da parte di un collega dell'ambasciata, era stata licenziata perché non si era presentata al lavoro nei giorni in cui l'accesso a lavoro le era stato negato sì ma senza spiegazioni. I giudici lituani avevano declinato la propria competenza poiché qualificavano il rapporto di lavoro come pubblico impiego, quindi afferente al diritto pubblico.

¹⁷⁸ Nel caso *Sabeh El Leil*, il ricorrente era un impiegato del Kuwait a Parigi, dove svolgeva funzioni da contabile. I suoi colleghi avevano denunciato l'assunzione di responsabilità da parte di costui non previste nelle sue mansioni e il lavoratore era stato licenziato con la causa generica di nuove regolamentazioni da parte del Ministero degli Affari Esteri del Kuwait. I giudici francesi avevano ritenuto sussistente l'immunità del Kuwait poiché qualificavano l'impiego del dipendente nell'ambito del servizio pubblico diplomatico.

¹⁷⁹ Corte europea dei diritti umani (Grande Camera), sent. 29 giugno 2011, ric. N. 34869/05.

¹⁸⁰ Art. 6 testo integrale: Diritto a un equo processo

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi

convenuti, per aver riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione a Stati stranieri per le controversie di lavoro. Anzitutto la Corte ha sottolineato che le limitazioni al diritto di accesso al giudice sono consentite purché perseguano uno scopo legittimo e sussista una ragionevole relazione di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo da perseguire.¹⁸¹ In seguito la Corte ha dichiarato che le norme interne di adeguamento della consuetudine immunitaria degli Stati convenuti sono risultate *inerenti*, e che non potendo in principio ritenersi sproporzionate, dovevano sottoporsi ad un'analisi concreta.

L'iter logico della Corte partiva dall'art. 11 della Convenzione di New York sulle immunità,¹⁸² il quale prevede che le controversie di lavoro che non implicino l'esercizio di potere di governo non sono esenti da giurisdizione. Seppur la Convenzione in questione non fosse stata ratificata né dalla Lituania né dalla Francia, la Corte ha considerato l'art. 11 corrispondente al diritto consuetudinario e a tale titolo applicabile agli Stati convenuti.

La Corte ha inoltre ritenuto che i giudici degli Stati convenuti non avessero *oggettivamente* dimostrato che le funzioni svolte dai ricorrenti rientrassero nell'ambito

personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.

¹⁸¹ Cfr. par. 55 della sentenza *Cudak* e par. 46 della sentenza *Sabel El Leil*.

¹⁸² Il testo integrale dell'art. 11 è il seguente : Contratti di lavoro

1. Sempre che gli Stati interessati non convengano diversamente, uno Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale davanti a un tribunale di un altro Stato, competente in materia, in un procedimento concernente un contratto di lavoro tra lo Stato e una persona fisica per un lavoro eseguito o da eseguirsi, interamente o in parte, sul territorio dell'altro Stato.

2. Il paragrafo 1 non si applica se: **a)** l'impiegato è stato assunto per adempiere funzioni particolari nell'esercizio del potere pubblico; **b)** l'impiegato è: i) un agente diplomatico ai sensi della Convenzione di Vienna del 18 aprile 1961 sulle relazioni diplomatiche; ii) un funzionario consolare ai sensi della Convenzione di Vienna del 24 aprile 1963 sulle relazioni consolari; iii) un membro del personale diplomatico di una missione permanente presso un'organizzazione internazionale, o di una missione speciale, oppure è assunto per rappresentare uno Stato in occasione di una conferenza internazionale; o iv) una persona diversa che beneficia dell'immunità diplomatica; **c)** l'azione ha per oggetto l'assunzione, la proroga del rapporto di lavoro o il reinserimento di un candidato; **d)** l'azione ha per oggetto il licenziamento o la risoluzione del contratto di un impiegato e se, secondo il parere del capo dello Stato, del capo del governo o del ministro degli affari esteri dello Stato datore di lavoro, tale azione rischia di interferire con gli interessi dello Stato in materia di sicurezza; **e)** l'impiegato è cittadino dello Stato datore di lavoro nel momento in cui l'azione è avviata, sempre che non abbia la residenza permanente nello Stato del foro; o **f)** l'impiegato e lo Stato datore di lavoro hanno convenuto diversamente per scritto, fatte salve considerazioni d'ordine pubblico che conferiscono ai tribunali dello Stato del foro la giurisdizione esclusiva in ragione dell'oggetto dell'azione.

delle attività sovrane statali. Il punto più problematico¹⁸³ è proprio questo: gli Stati possono sì ritenersi vincolati a riconoscere l'immunità allo Stato quando il lavoratore esercita funzioni sovrane, ma di fatto sono liberi di decidere il criterio in base al quale stabilire se una funzione lavorativa è *iure imperii* o *iure gestionis*, poiché la stessa Convenzione di New York non lo indica.

E' stato infatti di recente sottolineato¹⁸⁴ che la prassi internazionale attribuisce priorità talvolta al criterio della natura delle funzioni svolte, talvolta al loro obiettivo, altre volte ancora alla natura del contratto, e non sono mancati casi in cui gli Stati ne abbiano richiesto l'applicazione congiunta. L'intera materia scivola nel libero arbitrio degli Stati, e questo trova conferma¹⁸⁵ nei dibattiti svoltisi in occasione dell'adozione della Convenzione di New York, dai quali emerge la chiara volontà degli Stati di preservare la propria specifica discrezionalità.¹⁸⁶

Sembrerebbe quindi che l'orientamento della Corte Europea, in questo punto specifico sia debole, non potendo poggiare su una prassi consolidata. Rimane il fatto che la giurisprudenza della Corte Europea in materia di controversie di lavoro fornisce un chiaro esempio del ruolo della Corte in qualità di organo di controllo sul rispetto dei diritti umani. Per quanto la competenza della Corte di Strasburgo sia limitata ad accertare violazioni della CEDU, non può negarsi che quando essa argomenta le motivazioni di una violazione, suggerisce agli Stati il modo giusto di comportarsi in un futuro. Essa ha la funzione di indicare agli Stati misure generali attraverso la cd. misure strutturali,¹⁸⁷ ma anche quando non esercita questo specifico potere, induce la generalità

¹⁸³ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹⁸⁴ Opinione del 24 maggio 2012 dell'Avvocato Generale Mengozzi sul caso *Mahambia c. Algeria* deciso dalla Corte di Giustizia dell'unione Europea il 19 luglio 2012, il cui testo è riprodotto in *Rivista*, 2012, p. 1160 ss, par. 56. Per un commento alla sentenza v. MIGLIORINI, *Immunità dalla giurisdizione e regolamento CE 44/2001: riflessioni a partire dalla sentenza Mahmdia*, *Rivista*, 2012, p. 1089 ss.

¹⁸⁵ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹⁸⁶ Il testo dell'art. 11 era infatti originariamente formulato in modo diverso, nel senso cioè di riconoscere l'immunità nel caso in cui il lavoratore avesse svolto funzioni nell'esercizio dell'autorità governativa, in particolare quando si fosse trattato di personale diplomatico e consolare, o personale diplomatico di una missione permanente presso un'organizzazione internazionale o una conferenza internazionale. (Cfr. A7C.6/55/L. 12 del 10 novembre 2000, par. 42. Le polemiche degli Stati non tardarono ad arrivare e non permisero di introdurre l'elenco testè riportato.

¹⁸⁷ SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione sussidiaria delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 263 ss; ZAGREBELSKY, *Violations structurelles et jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, in *La nouvelle procedure devant la Cour europeenne des droits de l'homme après le*

degli Stati alle soluzioni più conformi al rispetto dei diritti umani.¹⁸⁸ E' inoltre da considerare che gli orientamenti della Corte Europea possono esorbitare dai rispettivi confini e formare la base per il convincimenti di ulteriori organi internazionali. E' quanto accaduto nel caso della Commissione interamericana dei diritti umani, la quale si è pronunciata sull'applicazione della Convenzione interamericana in riferimento alle azioni militari della Colombia nel territorio dell'Equador, utilizzando la nozione di giurisdizione prodotta dalla Corte di Strasburgo.¹⁸⁹

Il principale insegnamento che è possibile trarre dalla giurisprudenza che abbiamo evidenziato, è proprio la necessità di sottoporre ad una costante analisi concreta il bilanciamento tra le diverse esigenze temperate dalla norma immunitaria. Nei due casi citati, la Corte ha ritenuto che i giudici nazionali degli Stati convenuti non avessero "oggettivamente" dimostrato l'appartenenza delle prestazioni lavorative in esame al novero delle funzioni sovrane, e che anzi l'intento perseguito dagli Stati fosse stato proprio quello di far passare come attività sovrane, funzioni che oggettivamente non lo erano.

In definitiva, l'immunità deve essere negata quando la limitazione al diritto di accesso alla giustizia risulti "sproporzionata" a fronte della lesione subita. Quando ad essere violati sono i fondamentali diritti umani, come nel caso di crimini internazionali, può esservi sproporzione anche nel caso di atti sovrani statali, se è pacifico che tali atti non abbiano violato semplici diritti ma proprio quegli specifici diritti considerati fondamentali.

In conclusione, è possibile affermare che l'immunità ristretta non garantisce di per sé il bilanciamento proporzionato delle opposte esigenze, stante la discrezionalità degli Stati nella qualificazione dei propri atti. Ma la Corte europea dei diritti dell'uomo offre il *metodo* da seguire nella prospettiva di una rettificazione della norma, e suggerisce agli Stati di ancorarsi a criteri più rigidi e oggettivi per rivalutare il rapporto tra immunità e diritto di accesso al giudice. Un rapporto non più costruito in termini di contrasto, bensì

Protocole no. 14: actes du Colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005 (a cura di Salerno), Bruxelles, 2007, p. 149 ss.

¹⁸⁸ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013; CATALDI, *La natura self- executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in *La tutela dei diritti umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali* (a cura di Caligiuri, Cataldi, Napoletano), Padova, 2010, p.579 ss.

¹⁸⁹ Cfr. Il rapporto n. 112/10 del 21 ottobre 2010 disponibile su <http://www.cidh.org/annualrep/210eng/EC-CO.PI02ADM.EN.doc>.

di bilanciamento, da verificare in ogni singolo caso e da gestire non già alla luce di una teorica prevalenza di valori, quanto piuttosto in una giusta ottica di proporzionalità.¹⁹⁰

Di bilanciamento di valori sottesi alle norme, si è cominciato a parlare negli anni '60 in ambiente americano, contrario al positivismo come modello di regole rigide e favorevole ad un sistema di principi e valori.¹⁹¹ In Italia, Condorelli¹⁹², fin dagli anni '70, spiegava che nel caso di norme vaghe ed indefinite, l'interprete deve sempre bilanciare tra i valori ad esse sottesi e abbracciare l'interpretazione che prevale a seconda del valore che si intende salvaguardare. De Sena e De Vittor¹⁹³ in un commento alla sentenza Ferrini del 2004, hanno sostenuto che la Corte di Cassazione, nell'operare una scelta tra norma immunitaria e norme a tutela dell'individuo, ha solo in apparenza usato l'argomentazione dello *ius cogens*, effettuando nella realtà un bilanciamento tra i due opposti principi, ossia la sovrana uguaglianza tra gli Stati e il rispetto dei diritti umani. Frulli,¹⁹⁴ in tema di immunità personali, ha sostenuto che un bilanciamento tra valori opposti potrebbe portare ad ammettere immunità assoluta dalla giurisdizione penale straniera per i Capi di Stato, e immunità parziale, quando sospettati di gravi crimini internazionali, per gli agenti diplomatici e i Ministri degli Affari Esteri. Rensmann¹⁹⁵ ha adottato una teoria simile e si è dichiarato d'accordo a limitare le norme sulle immunità quando non sono utili a tutelare i valori e gli scopi che devono perseguire nel diritto internazionale, prendendo ad esempio le immunità del Ministro degli Affari Esteri per atti privati commessi durante il suo incarico. Di grande valore è anche l'opinione dissenziente espressa nella sentenza della CIG sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* da parte del giudice Yusuf,¹⁹⁶ sulla quale si avrà modo di tornare a porre l'accento.

¹⁹⁰ R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.

¹⁹¹ G. MINDA, *Postmodern legal movements. Law and jurisprudence at Century's End- Teorie postmoderne del diritto* (trad. It), Bologna, 2001, p.79 ss, spec 92-108; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously- I diritti presi sul serio* (trad. it.), Bologna, 1982; J. RAWLS, *A Theory of Justice- Una teoria della giustizia* (trad. it), Milano, 1993.

¹⁹² L. CONDORELLI, *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1970, p. 175 ss; *I diritti politici nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1971, p. 189 ss, p. 196.

¹⁹³ P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State immunity and human rights: the Italian supreme Court decision on the Ferrini case*, in *European Journal of International Law*, 2005, p.89 ss.

¹⁹⁴ M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali, l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007, p.313 ss.

¹⁹⁵ T. RENSMANN, *Impact on the immunity of the States and their officials*, in *The Impact*, p. 167-169.

¹⁹⁶ Dissenting Opinion del giudice Yusuf, *Jurisdictional Immunity of the State*, Corte internazionale di giustizia, par. 28-29.

Anch'egli infatti ha sostenuto il metodo del bilanciamento di valori e ha espressamente dichiarato che oggi giorno, l'utilizzo dell'immunità da parte di uno Stato sovrano come pretesto per ostruire la strada dell'accesso alla giustizia, deve essere considerato "uso distorto del diritto internazionale". Nella *dissenting opinion* del giudice Trindade si scorge addirittura il superamento del metodo del bilanciamento, poiché secondo il giudice non è possibile effettuare alcuna ponderazione con crimini di guerra e internazionali, a prescindere dalla loro qualificazione come atti privati o pubblici. Azioni fortemente lesive della dignità umana, cioè, possono valere solo ed esclusivamente come crimini.¹⁹⁷

Si tenga infine presente che anche il metodo del bilanciamento non è andato esente da critiche. L'argomento principale dei suoi detrattori è stato il rischio del richiamo al diritto naturale. Tra costoro anche Focarelli,¹⁹⁸ secondo la cui autorevole opinione, qualsiasi norma si ispira a svariati principi, ma questo non vuol dire che una norma possa essere ricavata deduttivamente da un valore né da un bilanciamento di valori in conflitto. E' consentito esclusivamente il procedimento inverso, ossia ricavare da una norma già esistente i valori che ne sono a fondamento, ma le norme possono prodursi unicamente sulla base della teoria delle fonti e l'unico aspetto che rileva è se esse siano vigenti o meno.¹⁹⁹

Fin qui, si è dato conto degli svariati tentativi propugnati per risolvere il duro contrasto tra interessi statali ed individuali, per poi approdare ad una prospettiva più matura di bilanciamento. Esiste però anche un'ulteriore strada percorribile. Dal momento che l'origine del problema discende dall'impostazione di fondo del diritto internazionale, che è per tradizione stato-centrica, potremmo chiederci se, alla luce del processo di umanizzazione precedentemente richiamato, sia possibile attenuare o annullare il conflitto riconoscendo anche all'individuo una personalità giuridica internazionale, che fino ad oggi è esclusivo appannaggio degli Stati. Seguendo un simile percorso, riconoscendo all'individuo garanzie analoghe a quelle statali, potrebbe trovare fondamento internazionale il diritto della singola vittima di ottenere un risarcimento a

¹⁹⁷ Dissenting opinion del giudice Trindade, *Jurisdictional Immunity of the State*, Corte internazionale di giustizia, par.177- 181.

¹⁹⁸ C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, vol. I, CEDAM, Padova, 2012, p. 376.

¹⁹⁹ R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

fronte delle *gross violations* compiute dagli Stati, seppur qualificabili come atti *iure imperii*.

III) La personalità giuridica internazionale dell'individuo

Il tema classico della soggettività internazionale degli individui ha prodotto un variegato dibattito dottrinale che non è ancora pervenuto ad una tesi condivisa. Probabilmente a causa dei diversi aspetti in gioco, ossia, il fondamento filosofico del diritto internazionale, il rapporto con il diritto interno, la nozione stessa di soggettività internazionale.²⁰⁰

Provando a raggruppare le diverse teorie è possibile distinguere tra due estremi: da un lato, l'impostazione più conservatrice ritiene che ancora oggi si possa negare la soggettività internazionale agli individui, e riconoscerla ai soli Stati.²⁰¹ Si ritiene, nello specifico, che le norme che l'ordinamento internazionale pare destinare agli individui, siano in realtà rivolte ai soli Stati, i quali si impegnano ad attuarle nell'interesse dei propri cittadini. Come se i singoli, fossero beneficiari solo di fatto, ma non destinatari formali. Quelle norme nascenti dalla Comunità Europea ovvero da altre organizzazioni internazionali, non sarebbero norme dell'ordinamento, ma semmai obblighi giuridici derivanti da ordinamenti più piccoli, separati e distinti. In sostanza, all'individuo mancherebbe la *destinarietà internazionale*. E soprattutto, essendo il concetto di soggettività unitario e assoluto, l'individuo non integrerebbe nessuno dei suoi elementi costitutivi, poiché non partecipa di nessuna funzione internazionale.

Dall'altro lato,²⁰² teorie opposte ammettono l'esistenza di norme che si rivolgono non solo agli enti sovrani ma anche agli individui, e abbandonando l'idea di una soggettività descritta in termini unitari e assoluti, ritengono che la sola capacità di essere destinatari

²⁰⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

²⁰¹ CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, pp. 17 ss. e 55 ss; U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, Torino, 2002, pp. 82 ss. 92 ss. 106 ss; J. SALMON, "*Quelle place pur l'Etat dans le droit international d'aujourd'hui?*", in *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, vol. 347, 2010, p.9 ss.

²⁰² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2013, pp. 23-25; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale*, cit., p. 87; A.CASSESE, *Diritto internazionale* (a cura di P. GAETA), Bologna, 2013, p. 210; F. SALERNO, *Diritto internazionale- Principi e norme*, Padova, 2008, pp. 10-13; E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, pp. 325-330 (con qualche dubbio sulla titolarità di diritti derivanti agli individui dal diritto internazionale generale).

di norme internazionali primarie sia sufficiente per il riconoscimento della personalità giuridica.

Nel solco tracciato tra le due posizioni estreme, si insinuano diverse tesi **intermedie**.

Un primo gruppo di esse propone soluzioni di natura terminologica al fine di riconoscere una certa soggettività all'individuo, ma tenendo ferma la diversità tra Stati e persone fisiche. Taluni hanno parlato di "soggettività limitata degli individui"²⁰³ a fronte di quella piena e totale degli Stati, quasi a volere mostrare come il concetto in sé sia graduabile e non unitario o assoluto. Altri hanno preferito indicare gli individui e gli altri enti non sovrani come "attori"²⁰⁴ o "players"²⁰⁵ della scena internazionale, altri ancora esprimono un concetto simile parlando di "enti che partecipano alla vita di relazione internazionale". Nello specifico, N. RONZITTI²⁰⁶ ritiene che non vi sia una completa identificazione tra soggetti di diritto internazionale e enti che partecipano alla vita di relazione, poiché vi sono enti come gli Stati che hanno piena personalità giuridica, e enti come gli insorti che hanno una limitata capacità internazionale. L'autore distingue precisamente tra enti territoriali, connotati dall'esercizio del potere di governo su di un territorio (gli Stati sovrani e indipendenti e gli insorti), enti non territoriali che aspirano a diventare organizzazioni di governo, ossia naturalmente tendenti ad acquisire imperio su di un territorio (i Governi in esilio, i Comitati nazionali all'estero e i movimenti di liberazione nazionale), enti non territoriali che non aspirano ad acquisire potere di governo su una comunità, gruppo sui generis a cui eccezionalmente viene riconosciuta la possibilità di intrattenere relazioni internazionali (Santa Sede, Ordine di Malta, Comitato Internazionale della Croce Rossa), e infine enti non territoriali che sorgono per volontà degli Stati e mantengono per tutta la loro durata un cordone ombelicale con essi (le organizzazioni internazionali).

²⁰³ D.P. O' CONNELL, *International Law*, London, 1970, vol. I, pp. 82-83; S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori della comunità internazionale*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, S.M. CARBONE, R. LUZZATO, A. SANTA MARIA (a cura di), Torino, 2006, pp. 32-33; M. SHAW, *International Law*, Cambridge, 1997, p. 190.

²⁰⁴ M.S. MC DOUGAL, *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 82, 1953-I, pp. 160-162; C. SCHREUER, *The Waning of the Sovereign State : Towards a new paradigm for International Law*, in *European Journal of International Law* 1993, p. 447 ss; W.M. REISMAN, *General Course on public International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 35, 2010, p. 233 ss.

²⁰⁵ C. FOCARELLI, *International Law as Social Construct: the Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, cap. 5.

²⁰⁶ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009..

Per l'Autore la posizione dell'individuo è controversa, ma questi viene ugualmente considerato nella sezione dedicata agli "enti che partecipano occasionalmente alla vita di relazione internazionale". Egli ammette la difficoltà di considerare l'individuo un soggetto di diritto internazionale a causa del fatto che non partecipa di nessuna delle tre funzioni dell'ordinamento (produzione, accertamento e realizzazione coercitiva del diritto), eccezion fatta per una limitata capacità di accertamento del diritto relativa ai trattati di diritti umani. Passa poi in rassegna due tipologie di norme, quelle che proteggono i diritti dell'uomo e quelle che vietano i crimini internazionali, e sostiene in entrambi i casi, che si tratta di norme destinate agli Stati, i quali sono obbligati nel loro interno ad accordare determinati diritti agli individui e parimenti ad istituire norme che prevedano adeguata repressione in caso di crimini internazionali. Nello stesso tempo l'Autore richiama anche il *dictum* del Tribunale di Norimberga²⁰⁷ a cui si deve la seguente affermazione: "*gli individui hanno doveri che vanno al di là degli obblighi di obbedienza imposti dallo Stato.*" L'intento è quello di far rispondere gli individui responsabili di crimini internazionali per fatti che dalla legge penale interna non sono qualificati come tali (perché se lo fossero andrebbero imputati agli Stati). Allora si potrebbe pensare che l'ordinamento internazionale impone di non commettere crimini internazionali sia agli Stati che agli individui, anche se in quest'ultimo caso, l'obbligo discende dalla norma di adattamento interno del singolo Paese di provenienza. Nell'ipotesi di una discrasia tra l'ordinamento internazionale e quello interno in merito alla qualificazione di un delitto, la norma internazionale si imporrebbe alla singola Nazione.

Ben più florida appare la situazione dell'individuo sul piano processuale, poiché egli ha ben due possibilità di adire direttamente corti internazionali, senza l'intermediazione dello Stato: per far valere una violazione del Patto del 1966 sui diritti politici e civili, di fronte al Comitato dei diritti dell'uomo all'uopo previsto, oppure per far valere una violazione della CEDU dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani, procedura quest'ultima che si conclude con una sentenza giuridicamente vincolante, e quindi più incisiva rispetto alla prima. Diverse altre procedure contenziose sono previste a favore

²⁰⁷ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg, 14 November 1945 - 1 October 1946, Nuremberg, 1947, vol. I, 233.*

dell'individuo in altri documenti come la Convenzione Interamericana dei diritti dell'uomo o la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948.²⁰⁸

Secondo l'Autore non vale invece a riconoscere soggettività giuridica all'individuo il fatto che egli sia destinatario diretto di norme di secondo livello, come ad esempio le norme prodotte dall'Ue (regolamenti, decisioni, direttive).

L'Autore sofferma poi l'attenzione sul caso *La Grand*,²⁰⁹ in cui la Corte Internazionale di Giustizia ha affermato che l'art. 36 della Convenzione sulle relazioni consolari del 1963, attribuisce eccezionalmente un diritto agli individui, seppur attivabile mediante ricorso agli Stati. L'articolo prescrive alle autorità dello Stato di residenza di avvertire sollecitamente quello dello Stato di invio in caso di arresto di un suo cittadino. Stessa impostazione è stata confermata nel caso *Avena*,²¹⁰ in occasione del quale, cittadini messicani erano stati arrestati nel territorio degli Stati Uniti.

Anche la Corte interamericana dei diritti dell'uomo,²¹¹ sostiene che titolare del diritto cui corrisponde l'obbligo dell'avviso sollecito da parte dello Stato, sia esclusivamente l'individuo, e la Commissione di diritto internazionale nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato, ha lasciato aperta la possibilità che sia l'individuo a far valere il suo diritto, senza l'intermediazione dello Stato.²¹²

Un secondo gruppo di teorie intermedie che merita attenzione, parte dalla premessa di rompere l'unitarietà del concetto di soggettività. Condorelli²¹³ distingue tra "soggettività internazionale *erga omnes*" e "soggettività internazionale *inter partes*": la prima spetta ad enti destinatari di norme di diritto internazionale generale, la seconda spetta ad enti destinatari di sole norme convenzionali, e quindi in grado di avere relazioni limitate e condizionate al trattato, e tra questi colloca l'individuo.

²⁰⁸ Procedura 1503, dal nome della risoluzione (XLVIII) del Consiglio Economico e Sociale dell'ONU.

²⁰⁹ *La Grand (Germany v. United States)*, 27 June 2001, ICJ, *Reports*, 2001, 466, 494, par. 77.

²¹⁰ *Avena and other Mexican Nationals (Mexico v. United States)*, 31 March 2004, ICJ, *Reports*, 2004, par. 40.

²¹¹ *The right to information on consular assistance in framework of the guarantees of the due process of law: advisory opinion* OC- 16/99 of October 1999, *Inter American Yearbook on Human Rights*, 1999, vol. 4, 4364 ss.

²¹² Art. 33, par. 2 : "La presente disposizione non pregiudica alcun diritto che la responsabilità internazionale dello Stato può far nascere direttamente a favore di una persona o di un ente diverso da uno Stato".

²¹³ L. CONDORELLI, *Course de droit international public*, Gènevè, 1990-1991, cap. 1, pp. 16-17, cap. 7, p. 12.

Dominicè,²¹⁴ invece, distingue tra soggetti di diritto e meri destinatari di norme internazionali. Secondo l'autore tre elementi concorrono a definire la soggettività: a) la capacità di concludere contratti; b) la capacità di stabilire relazioni diplomatiche; c) la capacità di partecipare ai meccanismi di responsabilità internazionale. L'individuo è sprovvisto di ciascuna di esse, per cui è semplicemente un mero destinatario di norme internazionali ma non un soggetto di diritto.

Dupuy²¹⁵ modifica i termini del discorso, e afferma che per ottenere personalità giuridica occorrono due attributi: a) titolarità di diritti e obblighi; b) titolarità o capacità di poteri giuridici, ossia capacità contrattuale, capacità di essere responsabile e capacità di agire in difesa dei propri diritti. Secondo l'autore l'individuo potrebbe ritrovarsi esclusivamente nel primo punto, mentre il secondo aspetto è appannaggio esclusivo degli Stati, a meno che non intervengano delle specifiche convenzioni.

Infine, un ultimo gruppo di teorie è rappresentato da due studiosi che riconoscono il forte impatto umanitario subito dal diritto internazionale e i suoi conseguenti cambiamenti strutturali, ma negano soggettività agli individui. Il primo è ARANGIO-RUIZ,²¹⁶ il quale sostiene che il processo di umanizzazione ha prodotto come unico effetto la modifica del contenuto materiale delle norme, ma non ha esaltato l'individuo a destinatario di queste, che rimangono ancora rivolte ai solo Stati.

Esiste però un diritto internazionale interindividuale che si compone della *lex mercatoria*, delle regole transnazionali nei rapporti tra Stati e privati, di ordinamenti di organizzazioni internazionali governative e non. Tuttavia tale diritto deve essere tenuto distinto dal diritto internazionale, che è solo interstatale, e fa parte di quell'insieme di diritti, come quelli nazionali, che si contrappongono a quello internazionale.

²¹⁴ C. DOMINICÉ, *L'émergence de l'individu en droit international public*, in *Annales d'études internationales*, 1998, pp. 1-6, ripubblicato in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études*.

²¹⁵ P. M. DUPUY, *Sur les rapports*, pp. 216-277; ID, *Retour sur la théorie des sujets du droit international*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, vol. I, pp. 71-84.

²¹⁶ G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 909 ss.

Il secondo autore è IOVANE,²¹⁷ il quale ammette l'esistenza accanto al diritto tradizionale di un diritto nuovo, che tende a disciplinare i rapporti tra Stato e individuo ed è favorevole ad una partecipazione sempre più ampia dei privati alle attività di rilievo internazionale. Ne sarebbero conferma le norme in materia di protezione ambientale e dei fondamentali diritti umani. Secondo l'Autore, pertanto, la tradizionale nozione di soggetto di diritto, adeguata al solo Stato-apparato, risulta oggi anacronistica e fuori luogo, per cui si dovrebbe procedere ad una sua modifica, al fine di renderla adatta a ricomprendere anche lo Stato-comunità.

Si tenga presente che diversi autori, aderendo ad un approccio relativistico, hanno rinunciato a dare una soluzione netta al problema della soggettività internazionale dell'individuo.

Secondo Treves,²¹⁸ gli individui sono destinatari di diritti e obblighi di matrice internazionale, ma la scelta di attribuire loro soggettività dipende da come si vuol considerare il fatto che tali diritti e obblighi discendono da norme alla cui formazione partecipano in prima linea gli Stati. De Sena²¹⁹ ritiene che si tratti di una sola questione teorica, ormai superata, e senza alcuna utilità pratica. Pisillo Mazzeschi,²²⁰ pur condividendo il medesimo scetticismo sulla possibilità di una soluzione condivisa, propone radicalmente di non utilizzare più tale concetto, ormai astratto e desueto. Secondo l'Autore, si dovrebbe cancellare il termine "soggettività internazionale" e preoccuparsi esclusivamente di individuare volta per volta i destinatari delle norme primarie e secondarie. L'unica valutazione necessaria è verificare che la norma sia realmente indirizzata all'individuo, in quanto immediatamente precettiva, completa, dettagliata, incondizionata.

Pur non condividendo le tesi da ultimo citate, si deve tener presente che allo stato attuale, la comunità internazionale concepisce il concetto di soggettività in termini assoluti e unitari. Quindi, l'unico modo per riconoscere i progressi generati

²¹⁷ M. IOVANE, *Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente*, in *Diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, A. DEL VECCHIO, A. DEL RI JUNIOR (a cura di), Napoli, 2005, p. 133 ss.

²¹⁸ T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, pp. 189-191.

²¹⁹ P. DE SENA, *Diritti dell'uomo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (diretto da), vol. III, Milano, 2006, pp. 1868-1869.

²²⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, pp. 31-32; ID, *The marginal role of the individual in the ILC's articles on State responsibility*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, pp. 42-43; ID, *Individuo (diritto internazionale)*, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*- Dizionario, M. FLORE, T. GROPPI, R. PISILLO MAZZESCHI (a cura di), Torino, 2004, vol. II, pp. 754-757.

dall'umanizzazione del diritto internazionale, è ritenere che la soggettività internazionale equivalga semplicemente alla capacità di essere destinatari di norme giuridiche. In questa misura, gli individui potrebbero essere riconosciuti soggetti di diritto internazionale, fermo restando che le relative capacità andrebbero volta per volta individuate in relazione alle singole norme prese in considerazione.²²¹

Questa impostazione, in quanto intermedia, è persuasiva e condivisibile, e soprattutto valorizza adeguatamente il nuovo ruolo di spicco assunto a chiare lettere dall'individuo sulla scena internazionale, le cui dimensioni attuali si impongono come nodo principale del dibattito contemporaneo e non sembrano tollerare ulteriore noncuranza.

²²¹ Sembra che ci sia analogia con quanto affermato da DUPUY, ma si tenga presente che l'autore annoverava le diverse capacità dell'individuo come presupposti della soggettività, quindi pur sempre all'interno del concetto tradizionale, che invece in quest'ultimo caso è limitato alla mera destinarietà di diritti e obblighi.

CAPITOLO 3

IL RUOLO DELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA NELL'EVOLUZIONE DELLA CONSUETUDINE IMMUNITARIA

I) Il “principio Ferrini”

La vicenda giudiziaria che meglio rappresenta e sintetizza l'annoso problema del bilanciamento tra la consuetudine immunitaria e i diritti inviolabili della persona umana, nasce nel contesto degli ordinari orrori che caratterizzarono in particolare il crepuscolo della parabola nazista.

Un cittadino italiano, il signor Luigi Ferrini veniva catturato ad Arezzo durante un'operazione di rastrellamento compiuta dalle SS naziste e, deportato in un lager di sterminio a Khala, veniva costretto al lavoro forzato per sostenere lo sforzo bellico germanico nella fase finale della seconda guerra mondiale. Con atto notificato il 23 settembre 1998, il signor Luigi Ferrini conveniva in giudizio, innanzi al Tribunale di Arezzo, la Repubblica Federale di Germania, chiedendone la condanna al risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, subiti per essere stato catturato, deportato e poi sfruttato presso imprese tedesche quale lavoratore “forzato”. Aggiungeva l'attore che la sua permanenza in un lager di sterminio a Kahla, dove la Reimagh Werke (Reich Marschall Hermann Goring Werke) e la Messerschmitt costruivano aeroplani, missili e altre armi da guerra, si era protratta fino al 20 aprile 1945. La parte convenuta eccepiva il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana e dichiarava di non accettare il contraddittorio sul merito della vicenda. Il Tribunale, con sentenza del 3 novembre 2000, dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice italiano, sul rilievo che la domanda avanzata dall'attore trovava il suo fondamento in fatti compiuti da uno Stato straniero nell'esercizio della sua sovranità e che, pertanto, la controversia era sottratta alla cognizione dello Stato territoriale in base al principio della cd. immunità ristretta. La Corte d'appello di Firenze respingeva l'appello del Ferrini, ribadendo quanto già affermato dal Tribunale e osservando, in particolare, che il riconoscimento della giurisdizione del giudice italiano nella controversia in esame non avrebbe potuto trovare

fondamento: nella Convenzione concernete la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmata a Bruxelles il 27 giugno 1968²²² (d'ora innanzi: Convenzione), essendo escluse dal suo ambito di applicazione, secondo il costante orientamento della Corte di giustizia, le materie attinenti all'esercizio di potestà pubbliche da parte di autorità statali; e neppure nella Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, essendo le sue disposizioni rivolte (non agli individui, ma) agli Stati e prive di valore precettivo immediato.

Il signor Ferrini chiedeva la cassazione della sentenza con quattro motivi di ricorso e la Repubblica Federale di Germania resisteva. Così la vicenda approdava alle Sezioni Unite.

La sentenza della Suprema Corte, la n. 5044 dell'11 marzo 2004,²²³ costituisce una grandiosa novità per l'ordinamento italiano, farà discutere l'intero panorama internazionale e rimarrà impressa nella memoria come il più consistente tentativo della giurisprudenza del nostro Paese di stravolgere l'assetto esistente e squarciare il velo della consuetudine immunitaria per lasciar passare la luce dei diritti fondamentali della persona umana.

Con il primo dei quattro motivi, Ferrini denuncia violazione e falsa applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, poiché ritiene che sulla base degli articoli 1, 5, terzo comma e 57, sarebbe sussistita la giurisprudenza del giudice italiano dal momento che: la controversia intercorre tra un soggetto domiciliato in uno Stato contraente e un altro Stato a sua volta contraente, a cui quindi risulta applicabile la Convenzione; i fatti oggetto della pretesa si sono svolti anche in Italia; la domanda risarcitoria proposta contro ente pubblico, italiano o tedesco, ha natura civile; le disposizioni convenzionali

²²² La Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale viene sostituita dal Regolamento (CE) n. [44/2001](#) del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, in materia civile e commerciale. A decorrere dal 10 gennaio 2015 il regolamento (CE) n. 44/2001 è stato sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012 (regolamento Bruxelles I (rifusione)). Il presente regolamento si applica solo alle azioni proposte, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse alla data o successivamente al 10 gennaio 2015. Il regolamento (CE) n. 44/2001 continua ad applicarsi alle decisioni emesse nei procedimenti promossi, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse anteriormente al 10 gennaio 2015 che rientrano nel relativo ambito di applicazione.

²²³ Pubblicata in *Diritto e Giustizia* del 16 marzo 2004.

prevalgono sulle consuetudini di diritto internazionale, e quindi anche su quella immunitaria; “in materia di delitti o quasi delitti”, il convenuto domiciliato in un altro Stato contraente può essere citato davanti al giudice dello Stato in cui l’evento dannoso si è verificato, anche quando si tratti di uno Stato contraente diverso da quello in cui il convenuto è domiciliato.

La censura è palesemente infondata poiché secondo l’indirizzo consolidato della giurisprudenza internazionale²²⁴ la pretesa risarcitoria del danneggiato assume carattere civile, e rientra quindi a pieno titolo nella Convenzione richiamata, esclusivamente se fondata su fatti che non siano stati commessi dalla Pubblica Amministrazione “nell’esercizio della sua potestà d’impero”. Da ciò discende l’infondatezza del terzo motivo del ricorrente con il quale egli, denunciando violazione del Protocollo aggiuntivo della Convenzione, si duole del fatto che la Corte d’Appello non abbia rimesso alla Corte di Giustizia UE la questione interpretativa volta a chiarire se la sua pretesa risarcitoria rientri o meno nell’ambito di applicazione della Convenzione. La Suprema Corte ricorda infatti che il rinvio pregiudiziale è obbligatorio esclusivamente nel caso di giudice di ultima istanza, qualifica non attribuibile alla Corte d’Appello, e che, a prescindere da ciò, occorre come presupposto indefettibile una situazione di incertezza da risolvere con uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario. Nel caso di specie non si intravede ambiguità alcuna e *“la soluzione si impone con tale evidenza da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio.”*²²⁵

Meritano, invero, maggior approfondimento i motivi secondo e quarto, tra loro strettamente connessi, con cui il ricorrente denuncia violazione degli art. 10 e 24 della Costituzione italiana per aver la Corte d’Appello ritenuto: che il principio che riconosce l’immunità agli Stati abbia natura di principio generale di diritto internazionale consuetudinario; e che detto principio possa operare anche in presenza di violazione di norme di *ius cogens*, specie quelle volte a tutelare i fondamentali diritti della persona umana. Per quanto riguarda la prima censura, la Cassazione dichiara che l’esistenza del principio immunitario in tutto il panorama internazionale e nell’ordinamento italiano in virtù dell’art. 10 della Cost., è fuor di dubbio, e che la dottrina immunitaria è pienamente operativa nonostante la sua portata si sia ampiamente ristretta nel tempo.

²²⁴ Corte di Giustizia CE, sentenza 21 aprile 1993, c. 171/91; 16 dicembre 1980, c. 814/79; 14 ottobre 1976, c. 29/76.

²²⁵ Sentenza *Ferrini*, par. 3.

L'ulteriore censura richiede, invece, un discorso più approfondito. A tal fine la Corte richiama due precedenti giurisprudenziali: nel primo,²²⁶ la stessa Cassazione era stata chiamata a giudicare la nocività per l'incolumità fisica e per la salute dei residenti, dell'attività di addestramento di velivoli alla guerra, effettuata in virtù del Trattato NATO dagli Stati Uniti d'America sul territorio italiano. In questo caso la Corte aveva sottolineato che la "potenziale incidenza negativa" dell'attività considerata sui "diritti fondamentali dell'uomo" non potesse essere di per sé sufficiente a negare l'immunità per lo Stato americano, trattandosi di attività senz'ombra di dubbio rivolta "alla realizzazione dei fini istituzionali dello Stato" e quindi sovrana, anzi "indefettibilmente e ontologicamente *iure imperii*".

Il secondo precedente citato vede protagonista la Corte suprema d'Irlanda.²²⁷ L'Inghilterra era stata convenuta in giudizio da un cittadino della Repubblica d'Irlanda davanti ai giudici di quel Paese per rispondere dei danni subiti a causa di uno "shock post-traumatico" causatogli da un militare inglese in servizio al confine tra la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord. Al passaggio della frontiera, l'autovettura del sig. McElhinney aveva urtato il militare, che aveva reagito inseguendolo anche oltre la linea di confine ed esplodendo alcuni colpi di arma da fuoco, tre dei quali in territorio irlandese. Dopo averlo raggiunto, il militare gli aveva puntato contro l'arma, premendo il grilletto, che si era però inceppato. La Corte irlandese prima, e la Corte EDU²²⁸ poi, hanno entrambe riconosciuto l'immunità all'Inghilterra per avere il militare agito nell'esercizio di poteri inerenti l'attività di controllo sulla linea di confine, e quindi riconducibili all'esercizio della sovranità.

Tuttavia, il problema che la Cassazione si trova ad esaminare nel caso *de qua* è di gran lunga diverso poiché nei due precedenti giurisprudenziali richiamati non si è in presenza di atti fortemente lesivi dei fondamentali diritti umani, a differenza di quanto accade al signor Ferrini. In definitiva "*il problema che si pone, è quello di accertare se l'immunità dalla giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che, a differenza di quelli appena considerati, assumono connotati di estrema gravità,*

²²⁶ Sentenza Cassazione Sezioni Unite n. 530 del 2 agosto 2000, *FILT-CGIL c. Stati Uniti d'America*.

²²⁷ Sentenza Corte Suprema d'Irlanda del 15 dicembre 1995, *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*.

²²⁸ La Corte EDU era stata adita su ricorso del signor McElhinney assumendo che la Corte irlandese, declinando la propria giurisdizione, gli avesse proibito l'esercizio del diritto al giudice sancito dall'art. 6 della CEDU. La sentenza della Corte EDU è datata al 21 novembre 2001 (ric. n. 31253/96).

configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali.”²²⁹

La Corte si dedica dunque ad una questione preliminare: se sia possibile ricondurre le attività poste in essere da uno Stato nell’ambito delle ostilità belliche al novero delle attività sovrane. Al quesito deve darsi risposta positiva. Purtuttavia, chiarisce, l’insindacabilità delle attività sovrane non può essere d’ostacolo all’accertamento di eventuali reati commessi durante l’espletamento delle stesse. Nel caso di specie, Ferrini è stato catturato e deportato in Germania per essere utilizzato quale “mano d’opera non volontaria” al servizio di imprese tedesche. Alla stregua della Risoluzione 95-I dell’11 dicembre 1946, con la quale l’Assemblea generale delle Nazioni Unite “confermò” i principi di diritto internazionale dello Statuto e dalla sentenza del Tribunale militare internazionale di Norimberga, sia la deportazione che l’assoggettamento ai lavori forzati dovevano essere annoverati tra i “crimini di guerra” e, quindi, tra i crimini di diritto internazionale. Nello Statuto, firmato a Londra l’8 agosto 1945, si precisava, infatti, che la categoria dei “crimini di guerra” comprende anche “la deportazione per costringere ad eseguire lavori forzati” (articolo 6, lettera b). La configurazione come “crimine internazionale” della deportazione e dell’assoggettamento dei deportati al lavoro forzato trova conferma in ulteriori testi ufficiali: nei Principi di diritto internazionale del 1950;²³⁰ nelle Risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite del 25 maggio 1993;²³¹ infine, nella Convenzione con la quale è stata istituita la Corte Penale Internazionale.²³² “Non è quindi revocabile in dubbio che si sia al riguardo formata una norma di diritto consuetudinario di portata generale per tutti i componenti della comunità internazionale.”²³³

La gravità di tali crimini è stata del resto riconosciuta dalla stessa Germania che facendosi carico della relativa responsabilità politica e morale, ha istituito, con il concorso delle imprese tedesche che avevano beneficiato delle prestazioni “non

²²⁹ Sentenza *Ferrini*, par. 7.

²³⁰ Adottati nel giugno 1950 della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite (principio VI).

²³¹ Del 25 maggio 1993, 927/93 e 8 novembre 1994 n. 955/94. Con essi sono stati adottati, rispettivamente, lo Statuto del Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia (articoli 2 e 5) e lo Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (articolo 3).

²³² Sottoscritta a Roma il 17 luglio 1998 da ben 139 Stati (dei quali 120 ratificanti) ed entrata in vigore il 1° luglio 2002 (articoli 7 e 8).

²³³ Sentenza n. 5044/2004, par. 7.4.

volontarie” dei prigionieri nazisti, una Fondazione, denominata “Memoria, Responsabilità e Futuro”, allo scopo di mantenere vivo il ricordo dell’accaduto e di assicurare alle vittime un indennizzo,²³⁴ subordinando peraltro l’individuazione degli “aventi diritto” alla ricorrenza di determinati requisiti, di cui si dirà in seguito.

Successivamente le Sezioni Unite passano all’esame dell’unica decisione di segno eguale all’indirizzo della Cassazione Ferrini, cronologicamente precedente, ossia la sentenza del 4 maggio 2000, n. 11, *Prefettura di Voiotia c. Repubblica Federale di Germania*. La Corte suprema della Grecia aveva negato l’immunità della Germania, a fronte di un comportamento gravemente lesivo dei diritti fondamentali della persona umana: erano state infatti uccise per rappresaglia circa duecento persone totalmente estranee alle attività belliche, in territorio greco, dalle truppe di occupazione tedesche. La Corte greca richiamava l’art. 11 della Convenzione europea sull’immunità degli Stati del 1972, già indicata come Convenzione di Basilea, che prevedeva la c.d. *territorial tort exception*, e dunque negava l’immunità in caso di pretesa risarcitoria avanzata contro uno Stato contraente responsabile della commissione di illeciti nello Stato del foro. Il limite era però intrinseco alla stessa Convenzione, poiché questa specificava all’art. 31, che le attività belliche tipiche di un conflitto armato esulavano dall’ambito di applicazione del trattato.

Seppur questo punto della sentenza greca pecca di debolezza, i successivi argomenti sono meritevoli di considerazione e la Cassazione italiana non si astiene dal condividerli. L’affare Distomo merita di essere approfondito in separata sede, data la complessità della vicenda giudiziaria e il gran numero di autorità coinvolte.

Secondo la Cassazione è ricorrente l’affermazione che i crimini internazionali “*minacciano l’umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale.*”²³⁵ Si tratta, infatti, di delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità²³⁶ dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme inderogabili che si collocano al vertice dell’ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere

²³⁴ Legge 2 agosto 2000, BGBl 2000, I, 1263.

²³⁵ Così, ad es. Corte costituzionale di Ungheria 13 ottobre 1993, n. 53.

²³⁶ Ex articolo 40, secondo comma, del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, adottato nell’agosto del 2001 dalla Commissione di diritto internazionale dell’ONU.

convenzionale che consuetudinario²³⁷ e, quindi, anche su quelle in tema di immunità. Per questo ne è stata sancita l'imprescrittibilità²³⁸ e si è riconosciuto che ogni Stato può reprimerli, indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi, secondo i principi della giurisdizione universale.²³⁹ in alcuni casi la loro repressione è stata anzi prevista come obbligatoria (così, in particolare, l'articolo 146 della IV Convenzione di Ginevra, relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra); *“per la stessa ragione, non si dubita che il principio della universalità della giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati.”*

Va poi consolidandosi il convincimento che violazioni così gravi debbano comportare, anche rispetto agli Stati, una reazione qualitativamente diversa (e più severa) di quella stabilita per gli altri illeciti. In linea con tale tendenza nella sentenza da ultimo ricordata si afferma che gli Stati rimasti estranei all'illecito hanno il dovere di non riconoscere le situazioni scaturenti dalla sua commissione. E, sempre in questa prospettiva, il Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati “vieta” agli Stati di prestare aiuto o assistenza al mantenimento delle situazioni originate dalla violazione, e li “obbliga” a concorrere, con mezzi legittimi, alla cessazione dell'attività illecita (articolo 41).²⁴⁰

La Cassazione italiana è quindi convinta dell'attuale emersione di un trend indirizzato nel senso di negare l'esenzione dalla giurisdizione civile per quegli atti che si configurano come crimini internazionali. In caso contrario, il riconoscimento dell'immunità in siffatte ipotesi si porrebbe in palese contrasto con i dati normativi e giurisprudenziali richiamati. *“E non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato”*.

Soprattutto “il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha invero assunto, ormai, il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale²⁴¹(...)E l'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla

²³⁷ Giurisprudenza adesiva in termini: Tribunale penale per la ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, *Furundzija*, par. 153-155; 14 gennaio 2000, *Kupreskic*, par. 520; Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, par. 61.

²³⁸ Convenzione ONU, del 26 novembre 1968; Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1974.

²³⁹ Sentenza *Furundzija*, par. 155 e 156.

²⁴⁰ Sentenza *Ferrini*, par. 9.

²⁴¹ Oltre a quelle già ricordate, cfr. sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 9 aprile 1949, *Regno Unito c. Albania*, 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua c. Nicaragua*, par. 219.

giurisdizione civile straniera(...). Le norme giuridiche non vanno infatti interpretate le une separatamente dalle altre, poiché si completano e si integrano a vicenda, condizionandosi reciprocamente nella loro applicazione²⁴².”²⁴³

Dai passi tratti dalla sentenza, è agevole notare che la Corte italiana sceglie perentoriamente la strada della **normative hierarchy theory**. Nessuna pronuncia, prima della Cassazione Ferrini aveva mai applicato e argomentato in maniera tanto chiara ed esaustiva la NHT,²⁴⁴ sulla cui ideologia si rimanda a quanto precedentemente esposto sul tema,²⁴⁵ e il cui concetto prioritario può riassumersi nell'autorevole sintesi di Cassese: *“le norme di ius cogens che proteggono valori fondamentali per la comunità internazionale nel suo insieme, debbano ritenersi prevalenti rispetto a norme che tutelano interessi tradizionali degli Stati, come la norma in materia di immunità dalla giurisdizione.”*²⁴⁶

La NHT è anche un metodo efficace per svincolarsi dalla concezione ormai tradizionale della teoria immunitaria ristretta e superare l'annoso problema che la contraddistingue e che non ha mai trovato soluzione, ossia la distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*. Le Sezioni Unite sottolineano tra l'altro il fatto che non manchino svariati tentativi di superamento del tradizionale binomio distintivo, la cui inadeguatezza rispetto a tal genere di controversie è ormai ampiamente dichiarata in dottrina. *“Ciò emerge con chiarezza dalle sentenze relative ai casi Al-Adsani e Houshang Bouzari, pronunciate rispettivamente in Inghilterra e in Canada. Da esse si desume, infatti, che i giudici, pur in presenza di torture commesse da agenti e funzionari di polizia su persone tradotte in carcere (e, come tali, riconducibili all'esercizio della potestà d'impero), hanno attribuito rilievo determinante, ai fini del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore dello Stato straniero, alla circostanza che in entrambi i casi esso l'illecito era stato commesso in uno Stato diverso da quello nel quale il processo era stato instaurato. In effetti, secondo le norme vigenti sia in Inghilterra che in Canada l'opponibilità dell'immunità dalla giurisdizione civile da parte dello Stato estero, relativamente alle controversie aventi ad oggetto domande*

²⁴² Sentenza *Al-Adsani*, par. 55; sentenza *McElhinney*, par. 36.

²⁴³ Sentenza *Ferrini*, par. 9.2.

²⁴⁴ A. VITERBO, *I diritti fondamentali come limite all'immunità dello Stato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1030 ss.

²⁴⁵ Cap. 1, pg 69

²⁴⁶ A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006 p. 111.

risarcitorie per danni alla persona o alle cose, è regolata secondo tale diverso criterio, ossia non può essere invocata per danni cagionati nello Stato del foro.”²⁴⁷

Un riscontro ulteriore del progressivo attenuarsi della rilevanza del binomio distintivo, può cogliersi²⁴⁸ nell’emendamento apportato nel 1996 al *Foreign Sovereign Immunities Act* degli Usa. Questo, infatti, aggiunge un ulteriore caso di esclusione dell’immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, a quelli già contemplati dalla sect. 1605 del *FSIA*, e riguarda le pretese dirette ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di lesioni personali o morte dovute a “tortura, assassinio, sabotaggio di aereo, presa di ostaggi.”²⁴⁹

Le condizioni che devono ricorrere ai fini della deroga al regime immunitario sono le seguenti: il ricorrente o la vittima devono essere cittadini statunitensi al momento del fatto, e questo non deve essersi verificato sul territorio dello Stato terrorista o altrimenti deve essere chiesto allo Stato di sottoporre il reclamo ad arbitrato.

Nonostante l’ambito di applicazione di tale emendamento sia circoscritto, poiché valido solo per gli Stati individuati dal Dipartimento di Stato U.S.A., come “sponsor” del terrorismo, non è difficile cogliere in tale norma una conferma del rilievo prioritario che, in presenza di illeciti di particolare gravità, viene ormai attribuito alla tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Persino in un Paese, come gli U.S.A., tenaci assertori, fino ad un recente passato, della teoria dell’immunità assoluta.

In realtà, sull’emendamento indicato, sono state manifestate pesanti riserve a causa del fatto che per il suo tramite verrebbe creata una categoria di Stati privi di quelle prerogative che sono invece riconosciute a tutti gli altri componenti della comunità internazionale (e, per giunta, su determinazione unilaterale di un singolo Paese). Ciò non sembra conciliarsi con il principio di “sovrana eguaglianza” degli Stati, il quale implica che questi possano usufruire in condizioni di parità di tutti i diritti inerenti alla loro “piena sovranità”.²⁵⁰ Inoltre è interessante ricordare che la legislazione è stata adottata dopo l’insuccesso di una proposta diversa che conteneva una deroga più

²⁴⁷ Sentenza *Ferrini*, par. 10.1.

²⁴⁸ Come rilevato nel Rapporto redatto il 6 luglio 1999 dal Gruppo di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale sulle Immunità degli Stati.

²⁴⁹ Sect. 221, *Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*.

²⁵⁰ Dichiarazione ONU sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, approvata dall’Assemblea ONU il 24 ottobre 1970.

generale per le azioni risarcitorie conseguenti a violazioni dei fondamentali diritti umani.²⁵¹

Ancora, solo un successivo emendamento al FSIA del 1998, ha permesso l'esecuzione di sentenze su beni dello Stato estero non necessariamente destinati ad uso commerciale ma anche attinenti alle funzioni pubbliche, come beni di consolati o ambasciate degli Stati in causa.²⁵² Tuttavia il Presidente ha mantenuto ed esercitato il potere discrezionale di sospendere l'applicazione dell'emendamento.²⁵³

L'impostazione statunitense risente infatti della scelta tradizionale di quei Paesi di lasciare all'esecutivo un forte potere autoritativo in ordine alla condotta da assumere sul profilo internazionale, come, per esempio, la determinazione degli Stati nei confronti dei quali l'azione può essere iniziata. A prescindere da queste considerazioni critiche, l'introduzione dell'emendamento del 1996, per quel che rileva in questa sede, appare tanto più significativa ove si consideri che il principio in esso enunciato è stato già posto a fondamento di numerose decisioni: alla fine del 2001 erano almeno dodici le sentenze di condanna pronunciate da Corti U.S.A. nei confronti di Stati stranieri.²⁵⁴

Terminata l'analisi comparatistica con la normativa statunitense, le Sezioni Unite concludono con un ultimo riferimento all'immunità funzionale degli organi di Stato e con la pacifica certezza che essa non possa essere invocata. La normativa convenzionale e la prassi giudiziaria appositamente richiamate confermano tale conclusione. *“L'immunità funzionale, secondo l'opinione prevalente, costituisce specificazione di quella che compete agli Stati, poiché risponde all'esigenza di impedire che il divieto di convenire in giudizio lo Stato straniero possa essere vanificato agendo nei confronti della persona mediante la quale la sua attività si è esternata”*. Difatti l'immunità

²⁵¹ La proposta di legge chiedeva la giurisdizione quanto a domande relative a tortura, esecuzioni sommarie e genocidio. Cfr in proposito REIMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 410 ss; GERGEN, *Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 785 ss.

²⁵² A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

²⁵³ Così il Presidente Clinton il 21 ottobre 1998, cfr. *American Journal of International Law*, 1999, p. 185 e *United States Practice in International Law 1999-2001*, p. 73.

²⁵⁴ *Alejandro v. Republic of Cuba*, del 17 dicembre 1997; *Flatow v. Islamic Republic of Iran* dell'11 marzo 1998; *Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, del 27 agosto 1998; *Anderson v. Islamic Republic of Iran*, del 24 marzo 2000; *Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran*, dell'11 luglio 2000; *Higgins v. Islamic Republic of Iran*, del 21 settembre 2000; *Sutherland v. Islamic Republic of Iran*, del 25 giugno 2001; *Polhill v. Islamic Republic of Iran*, del 23 agosto 2001; *Wagner v. Islamic Republic of Iran*, del 6 novembre 2001; etc..

funzionale, o anche detta organica, riconosciuta agli organi statali discende come conseguenza da quella statale e opera nel senso di rendere esente da giurisdizione il comportamento posto in essere dall'organo incaricato, proprio perché esclusivamente imputabile allo Stato.

L'unica eccezione è rappresentata dall'ipotesi di crimini internazionali, poiché in tali casi lo Stato ha la possibilità di disconoscere l'immunità organica, di modo che dell'atto configurabile come crimine internazionale risponda esclusivamente l'organo individuo. Costui non godrebbe quindi di alcuna esenzione.²⁵⁵ La Cassazione prosegue: *“ma se il rilievo è esatto, come sembra a questa Corte, deve allora convenirsi con quanti affermano che se l'immunità funzionale non può trovare applicazione, perché l'atto compiuto si configura quale crimine internazionale, non vi è alcuna valida ragione per tener ferma l'immunità dello Stato e per negare, conseguentemente, che la sua responsabilità possa essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero.”*²⁵⁶

Nell'atto di accogliere il ricorso del signor Ferrini e cassare la sentenza della Corte d'Appello, la Cassazione fa un'ultima precisazione: il fatto che le vicende alla base della pretesa risarcitoria di Ferrini, si siano verificate anche in Italia, non è elemento sufficiente a mutare le considerazioni della Corte, poiché *“la giurisdizione andrebbe comunque individuata secondo i principi della giurisdizione universale.”*

II) Commento alla sentenza Ferrini

La Cassazione dichiara la giurisdizione del giudice italiano, e si rende così emblema di una giurisprudenza innovativa, totalmente inaspettata, esempio di scienza giuridica ed *ethos* civile.²⁵⁷ Inaugura una nuova presa di posizione rispetto al diritto internazionale vecchio, schierandosi ad esclusivo favore del diritto internazionale nuovo, formato da norme di rango superiore, volte a proteggere e a conservare la primazia dei diritti inviolabili della persona umana. D'altronde la giurisprudenza italiana sulla consuetudine immunitaria non è mai stata banale, anzi si è sempre fatta pioniera di nuovi orientamenti. Così fece nei primi decenni del novecento, quando insieme alla

²⁵⁵ N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.

²⁵⁶ Sentenza Ferrini, par. 11.

²⁵⁷ A. VITERBO, *I diritti fondamentali come limite all'immunità dello Stato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1030 ss.

giurisprudenza belga, diede un prezioso contributo al superamento della classica dottrina dell'immunità assoluta, così ha fatto, diversi decenni dopo, nella vicenda Ferrini, nell'intento di ridimensionare ancora una volta l'immunità degli Stati.

E' agevole notare come nel testo della sentenza è preliminare e decisiva la considerazione dello *ius cogens*. La Corte dà conto dell'introduzione di norme internazionali ad esclusivo appannaggio della persona fisica e rileva l'emersione di un trend in questa direzione. Il suo obiettivo è palesare l'esistenza, alla stregua di diritto internazionale generalmente riconosciuto, del concetto secondo cui, a prescindere dalla riconduzione di un dato comportamento al novero delle attività sovrane, un crimine internazionale non possa mai essere coperto da immunità giurisdizionale, proprio perché esistono norme inviolabili e gerarchicamente insuperabili che tutelano la persona umana. E questo sostiene, mediante il ricorso a numerosi strumenti convenzionali e giurisprudenziali che fungono da conferma alle sue conclusioni, spaziando dalla normativa americana alla giurisprudenza greca.

L'aspetto realmente apprezzabile della sentenza in esame è la ricchezza dei dati considerati dalla Corte e argomentati nel testo, ossia il suo immane sforzo di indagine dell'intero diritto internazionale generale. La Corte fornisce un affresco, ampio ed articolato, degli atteggiamenti seguiti dagli Stati a mezzo dei propri atti legislativi e di governo, dalla Comunità internazionale mediante i suoi organismi legislativi e di indirizzo comuni, dai trattati internazionali e dalle stesse giurisprudenze internazionali e nazionali in tema di giurisdizione sugli Stati stranieri.²⁵⁸

Ciò che colpisce nell'iter logico seguito dalla Corte è il suo particolare approccio caratterizzato dal tentativo di ricostruire la norma applicabile al caso *de qua* esclusivamente sul piano del diritto generale. Non a caso anche strumenti convenzionali, di cui l'Italia è parte, vengono evocati solo per suffragare l'esistenza della norma consuetudinaria.²⁵⁹ Il tentativo è notevole, poiché consente alle Sezioni Unite di superare la giurisprudenza *Russel*, secondo cui le consuetudini internazionali antecedenti all'entrata in vigore della Costituzione italiana, prevalgono anche sui principi supremi della stessa e sui diritti fondamentali in essa consacrati. Al tempo

²⁵⁸ S. NAPPI, *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 15, 2004, p. 24.

²⁵⁹ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

stesso permette di procedere alla rilevazione del diritto internazionale consuetudinario vigente allo stato attuale. Tale approccio è reso possibile dal noto meccanismo costituzionale di adeguamento automatico al diritto internazionale generale, e va a culminare esattamente nella stessa direzione.

Nella disamina del diritto internazionale generale, alla ricerca delle norme applicabili, la Corte dimostra di prestare particolare attenzione non tanto alla mole della dottrina favorevole o contraria, quanto piuttosto alla sostanza delle relative argomentazioni, valorizzando anche opinioni di minoranza.²⁶⁰ Nello specifico, consapevole dell'incertezza in materia, essa adotta un metodo sistematico, che si evidenzia quando segnala l'esigenza di interpretare le norme giuridiche congiuntamente, poiché si integrano e completano a vicenda, e non già separatamente come fossero monadi non comunicanti.

E' facile immaginare che la sentenza Ferrini abbia prodotto un'eco enorme e non sia andata esente da critiche, le quali non sono tardate a farsi sentire nello stesso panorama italiano. Molte di esse, non a caso, hanno evidenziato come principale demerito del ragionamento della Corte, l'aver condotto un'analisi poco accurata del modo di essere del panorama internazionale al tempo dei fatti in causa. Seppur la fatica di richiamare nella motivazione tutta la normativa e la giurisprudenza, anche estera, favorevole al proprio orientamento, sia un merito da encomiare, è altrettanto chiaro che la Corte abbia volutamente posto l'accento sui dati che le sono risultati più convenienti al fine di confermare la propria tesi. E non sfugge l'analiticità con cui la Corte si è dilungata in particolare sulla prassi favorevole alla *tort exception*,²⁶¹ che poteva essere sicuramente oggetto di trattazione più spedita.²⁶² Difatti sono di gran lunga più numerosi i casi in cui viene riconosciuta immunità giurisdizionale agli Stati piuttosto che negata, e da ciò se ne potrebbe dedurre che non è affatto agevole affermare, alla luce dei dati della prassi, che nell'ordinamento internazionale la regola immunitaria venga meno quando si

²⁶⁰ In particolare nella sentenza *Al-Adsani* della Corte Europea, par. 9,1 della sentenza *Ferrini*.

²⁶¹ La prassi favorevole che la Corte richiama è costituita prevalentemente dalle sentenze *Al-Adsani*, *Houshang Bouzari*, *Pinochet* (24 marzo 1999), *Kalogeropoulou*, *McElhinney* (opinione di minoranza), *Vojotia* (corte suprema greca, n. 11 del 2000), nonché dall'emendamento del 1996 al FSIA e dalla relativa applicazione giurisprudenziale, dalla normativa britannica, canadese e di altri Paesi di *common law*, dai lavori della Commissione di diritto internazionale.

²⁶² A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

invochi la responsabilità civile dello Stato per la commissione di crimini internazionali.²⁶³

L'approccio sistematico, su cui la Corte aveva puntato, è proprio l'aspetto che si presta alle maggiori obiezioni, poiché permette alla Corte di non tener conto di una serie di pronunce di segno contrario, della cui autorevolezza la dottrina non intende dubitare. Le stesse decisioni *Al-Adsani c. Regno Unito*²⁶⁴ e *Houshang Bouzari c. Islamic Republic of Iran*,²⁶⁵ che hanno entrambe ad oggetto le torture commesse da agenti di polizia, vengono utilizzate per dimostrare che l'immunità viene riconosciuta agli Stati stranieri sol perché l'illecito era stato commesso in uno Stato diverso rispetto allo Stato del foro. Vige infatti, nella normativa inglese e in quella canadese, la regola secondo cui non è possibile opporre l'immunità contro domande risarcitorie per danni alla persona o alle cose, che si siano verificati nello Stato del foro. Le due decisioni richiamate hanno entrambe riconosciuto l'immunità agli Stati esteri, ma la Cassazione le utilizza per un altro fine, ossia per dimostrare che la fattispecie italiana è diversa rispetto ai precedenti in esame, dal momento che gli illeciti contro il signor Ferrini si sono verificati in parte sul territorio italiano, dunque nello Stato del foro, in parte su quello tedesco.

Ma non è sufficiente evidenziare tale differenza, poiché, a ben vedere, nella parte finale della pronuncia, le Sezioni Unite specificano che a prescindere da considerazioni territoriali, trattandosi di crimini internazionali, andrebbe comunque applicato il principio della giurisdizione universale. Quindi, delle due l'una, o rileva un

²⁶³ R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, fasc. 5, 2004, p. 1200.

²⁶⁴ Ricorso n. 35763/97, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 404 ss. La vicenda trae origine dalla sentenza del 12 marzo 1996, *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, (in *International Law Reports*, vol. 107, p. 537 ss) pronunciata dall'House Of Lords inglese, la quale già aveva riconosciuto l'immunità dello Stato estero in virtù dello State Immunity Act del 1978 e soprattutto in virtù dell'inutilizzabilità della tort exception codificata all'art. 5 del testo, poiché si trattava di illeciti non realizzatisi nel territorio del Regno Unito. La Corte Europea, investita del ricorso per il preteso diniego di giustizia dei Lords inglesi, aveva invece espressamente riconosciuto che il divieto di tortura è oggetto di norma imperativa, ma ha rifiutato di estendere alla giurisdizione nei confronti di Stati esteri i limiti posti dalla suddetta norma imperativa all'immunità degli organi degli Stati stranieri. La Corte non ha rilevato un contrasto tra divieto di tortura e immunità dello Stato torturatore, mentre i giudici di minoranza, otto contro nove, hanno tratto dalla natura cogente del divieto di tortura una deroga efficace contro l'immunità. Tale opinione di minoranza è quella che la Cassazione Ferrini annovera nella prassi giurisdizionale a favore del proprio convincimento.

²⁶⁵ Decisione del 1 maggio 2002, in *International Law Reports*, vol. 124, p. 427 ss. Anche in questo caso la Corte canadese ha ammesso che il divieto di tortura risultava da norma avente rango di *ius cogens*, ma ha negato che ciò comportasse affermazione della giurisdizione nei confronti dello Stato estero per azioni di risarcimento dei danni. La Corte ha evidenziato che nel panorama internazionale, non era possibile allo stato dei fatti, riscontrare un'*opinio iuris* sufficientemente convinta che sostenesse una deroga all'immunità e si è espressamente rifiutata di farsi promotrice di una norma in divenire.

collegamento spaziale tra il fatto e il giudice al fine dell'affermazione della giurisdizione domestica, o vale la giurisdizione universale.²⁶⁶

Inoltre, è stato sottolineato, seppur si tratti di obiezione puramente formalistica, che la Corte ha omesso di verificare se al momento della commissione dei fatti, sussistesse già la consapevolezza che gli stessi costituissero reato. E infatti i Tribunali di Norimberga e di Tokio poterono punire i crimini contro l'umanità in quanto temporalmente legati al conflitto. Vennero infatti giudicati nella veste di "crimini di guerra", mentre i soprusi commessi dai tedeschi sui tedeschi, quindi sui civili (come lo sterminio degli ebrei e dei portatori di handicap) rimasero impuniti. A tal proposito non bisogna trascurare che la comunità internazionale ha conosciuto gli orrori perpetrati dalle truppe naziste solo alla fine della seconda guerra mondiale, e all'epoca il lavoro imposto alla popolazione civile dallo Stato occupante (sia pur limitato ai bisogni dell'esercito di occupazione) era ancora pienamente consentito, come dimostra il Regolamento allegato alla Convenzione dell'Aja del 18 ottobre del 1907 in tema di leggi ed usi della guerra terrestre. In aggiunta, non si può negare che la Convenzione di Basilea del 1972 escludesse dall'operatività della *territorial tort exception* proprio le operazioni durante i conflitti armati, e non è mai stato chiarito se dovesse intendersi anche quelle in danno ai civili. Né si può dimenticare la risposta delle stesse Sezioni Unite²⁶⁷ che qualificarono il bombardamento contro i civili della stazione televisiva di Belgrado dell'aprile 1999 da parte degli aerei NATO, "*modalità di conduzione delle ostilità belliche rappresentate dalla guerra aerea*", ossia "*manifestazione di una funzione politica rispetto alla quale nessun giudice ha il potere di sindacato*".²⁶⁸

²⁶⁶ S. NAPPI, *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 15, 2004, p. 24.

²⁶⁷ Cassazione Sezioni Unite, sentenza *Markovic* 8157/02, in *Diritto e Giustizia*, 2002, 27, p. 71. In questo caso le SU si erano pronunciate a titolo di regolamento preventivo di giurisdizione, e avevano negato la giurisdizione nei confronti della Presidenza del Consiglio e del Ministero Estero, quanto ad una domanda risarcitoria avanzata dai cittadini di Belgrado, nella Repubblica Federale di Jugoslavia, per i danni conseguenti all'uccisione dei propri congiunti a causa di un attacco aereo da parte delle forze NATO rivolto contro l'obiettivo civile costituito dalla radiotelevisione serba. Nel caso de qua, la particolarità è dovuta al fatto che non si tratta di immunità dello Stato straniero, bensì dello Stato del foro. Sul punto, cfr RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 685-686.

²⁶⁸ In realtà, rispetto alla suindicata pronuncia, del 2002, la Cassazione Ferrini fa un notevole passo in avanti nel momento in cui afferma che l'insindacabilità degli atti di suprema direzione della cosa pubblica, non equivale a negare la responsabilità penale e civile per coloro che abbiano eventualmente agito *contra ius*.

Allora anche in questo caso, delle due l'una: o l'atto che colpisce deliberatamente i civili è criminale in ragione della sua natura ed è oggetto di giurisdizione universale, oppure qualunque manifestazione violenta contro persone fisiche deve ritenersi legittima se finalizzata al perseguimento di un interesse politico-militare dello Stato straniero.

La scelta, da un punto di vista puramente razionale è agevole, ma una distinzione *ex-post*, tra i civili tedeschi e i civili italiani, nella nostra posizione di lettori a distanza, è senz'ombra di dubbio poco raccomandabile, oltre che eticamente inaccettabile.²⁶⁹ Resta vero, d'altro canto, che un condizionamento particolare per i giudici della Cassazione nei riguardi dei civili italiani è, se non giustificabile, perché mai deve abbandonarsi il baluardo dell'indipendenza morale del giudice, quantomeno comprensibile. A maggior ragione nella nostra ottica di lettori lontani nel tempo. Non si può non tenere in conto l'ipocrisia che ha dominato gli approcci politici e giudiziari degli Stati in ordine al riconoscimento e alla sanzione dei crimini internazionali. Ipocrisia che è agevole rilevare allorquando si ponga mente alla "Fondazione Memoria, Responsabilità e Futuro" che la Repubblica Federale tedesca ha fondato nel 2000,²⁷⁰ ma soprattutto ai bizantinismi e ai discutibili distinguo della legge,²⁷¹ funzionali a ridurre al minimo il numero degli aventi diritto al ristoro. Non è per niente scontato, neanche per noi lettori, abbandonare questo angolo prospettico, fortemente condizionante, nell'esame della sentenza Ferrini.

E' stato evidenziato come il primo problema insito nel ragionamento della Corte sia stato l'eccessivo dilungarsi sugli elementi della prassi internazionale chiamati a favore del proprio convincimento.

In sostanza, non si è tenuto in debito conto che la maggioranza dei casi giurisprudenziali in materia immunitaria è stata contraddistinta da un costante favore per l'immunità statale e che il convincimento generale degli Stati non si è orientato nel senso di negare il privilegio immunitario neanche di fronte alla commissione di crimini internazionali. Ma l'iter logico delle Sezioni Unite mostra altri punti di cedevolezza. A bene vedere, il punto nevralgico del pensiero della Corte è : esiste incontestabilmente un'antinomia tra

²⁶⁹ S. NAPPI, *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 15, 2004, p. 24.

²⁷⁰ L. 2 agosto 2000, BGBl, 1, 2000, I, p. 1263.

²⁷¹ S. NAPPI, *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 15, 2004, p. 24.

la consuetudine immunitaria e lo *ius cogens* a tutela dei diritti umani. Tale antinomia può risolversi esclusivamente sulla base del principio di prevalenza delle norme imperative, in quanto gerarchicamente superiori a qualunque altra norma convenzionale o consuetudinaria che sia.

L'ordinamento internazionale si è arricchito di valori dapprima sconosciuti, tra questi il prioritario interesse alla persona umana, che si erge automaticamente a parametro di ingiustizia delle azioni compiute sullo scenario internazionale da qualunque entità che vi partecipi. Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto il valore di principio fondamentale dell'intero ordinamento internazionale. I delitti che pregiudicano la dignità umana, contraddistinti da particolare atrocità, come quelli nel caso *de qua*, sono crimini internazionali, e come tali non possono essere riconosciuti come atti sovrani, tantomeno come atti coperti da immunità. ***“Pur trattandosi di illeciti compiuti nell'esercizio di funzioni sovrane, non è possibile riconoscere l'esenzione dalla giurisdizione per lo Stato responsabile, dunque l'eventuale carattere pubblicistico dell'atto posto in essere non deve essere di ostacolo all'accertamento dei crimini commessi dallo Stato straniero durante lo svolgimento delle proprie attività. Il fatto che siano state violate le norme a tutela dei fondamentali diritti della persona umana è già di per sé sufficiente a sottoporre gli Stati a giurisdizione e far venir meno il privilegio immunitario.”***

Per sostenere il suo convincimento la Corte prende le distanze da alcune pronunce di segno contrario sia italiane che straniere, già citate,²⁷² illustrando come in quei casi non erano oggetto di esame fatti talmente atroci e dalla crudeltà inaccettabile come quelli portati in causa dal signor Ferrini, ossia in generale come gli orrori del regime nazista. Si è ritenuto²⁷³ che il convincimento della Corte fosse a ragione strutturato sull'antinomia, ma che questa andasse costruita diversamente. La Cassazione evidenzia il contrasto tra immunità e *jus cogens* a tutela dei diritti umani e fa leva, quindi, sul carattere imperativo della norma primaria per risolvere il conflitto con l'immunità. Questo porterebbe a pensare che l'argomentazione dovrebbe valere non solo per gli

²⁷² Ci si riferisce alle già menzionate sentenze Cassazione Sezioni Unite n. 530 del 2 agosto 2000, *FILT-CGIL c. Stati Uniti d'America* e Corte Suprema d'Irlanda del 15 dicembre 1995, *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, oltre che alla sentenza *Markovic* Cassazione Sezioni Unite n. 8157 del 2002.

²⁷³ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

illeciti particolarmente gravi, ma per tutti i casi in cui venga violata una norma imperativa, per il solo appartenere della norma, cioè, alla categoria di *ius cogens*. Oppure in alternativa si dovrebbe ritenere che la Cassazione attribuisca natura cogente solo alle norme che proteggano gli individui dalle violazioni più gravi.²⁷⁴

Ma soprattutto il vero problema si evidenzia quando la Corte sostiene che le norme internazionali generali che configurano come crimini internazionali gli atti che più gravemente attentano alla dignità della persona umana, sono **parte integrante** del nostro ordinamento e costituiscono parametro di ingiustizia del danno cagionato da fatto doloso o colposo altrui. Nel ragionamento della Corte ciò significa che, così come l'art.10 Cost. fa da porta per l'entrata nei confini nazionali del diritto generale internazionale, e quindi della consuetudine immunitaria che vi rientra, allo stesso modo, dalla stessa porta penetra nell'ordinamento nazionale il convincimento, anch'esso generalmente condiviso nel panorama internazionale, che tali fatti atroci costituiscano crimini internazionali e come tali non possano assolutamente essere coperti da immunità.

La Corte è fermamente convinta di ciò e attribuisce al singolo leso da tali condotte, nel caso di specie il signor Ferrini, il diritto al risarcimento per le ingiurie subite. A tal fine, utilizza in combinato disposto²⁷⁵ l'art. 2043 del cod. civ., che sancisce il diritto al risarcimento in caso di responsabilità extracontrattuale (quindi da illecito), e la norma di adattamento che qualifica come crimine internazionale l'attività dello Stato (a rigore, dovrebbe dirsi dell'organo dello Stato). Le norme internazionali a cui la Cassazione dà rilievo primario, ossia quelle a tutela dei diritti umani, sono utilizzate come elemento integratore dell'illecito extracontrattuale e non come titolo autonomo al risarcimento.

In altre e più semplici parole, se la Corte avesse rinvenuto nel panorama internazionale una norma imperativa che collegasse alla commissione dei crimini da parte dello Stato, l'obbligo di risarcimento a favore dell'individuo leso, *nulla quaestio*, il problema

²⁷⁴ Forse in questo senso, il punto 9 della sentenza Ferrini, ove la Corte afferma trattarsi di “delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità...dei fondamentali diritti della persona umana, la cui tutela è affidata a norma inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario”. Il realtà però tale ricostruzione, che configura come imperative sole le norme che tutelino da violazioni gravi, sarebbe contraria alla distinzione che emerge dai lavori preparatori della Commissione di diritto internazionale, tra violazioni semplici di obblighi posti da norme imperative e violazioni gravi.

²⁷⁵ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

sarebbe stato correttamente strutturato. Invece, nel ragionamento della Corte vengono combinati il diritto al risarcimento ex art. 2043, riconosciuto dal diritto interno, e le norme che vietano crimini internazionali a tutela dell'individuo. Se la combinazione fosse stata tra art. 2043 e norme imperative che attribuiscono diritto al risarcimento all'individuo vittima di crimini internazionali, la conclusione della sentenza Ferrini, sarebbe stata più coerente. Invece le Sezioni Unite affermano di lasciare impregiudicata ogni questione relativa all'esistenza del diritto fatto valere dal ricorrente. Significa, semplicemente, che il supremo organo della giurisdizione statale ha statuito che gli atti oggetto di doglianza del signor Ferrini non possono ritenersi immuni, seppur pubblici, ma lascia ai giudici di merito l'esame della domanda risarcitoria dell'attore.

È a costoro quindi che si attribuisce l'oneroso compito di rinvenire sul panorama internazionale una norma di carattere imperativo che obblighi gli Stati autori di gravi illeciti al risarcimento degli individui lesi.

Così descritto, il problema risulterebbe di poco conto, se non si tenesse presente che tale norma, tra l'altro di carattere imperativo, non esiste. Il discorso sconfina inevitabilmente sul più esteso problema della posizione internazionale dell'individuo e sulla possibilità di riconoscergli le stesse prerogative a tutela degli Stati, ma, come si è avuto modo di notare nell'esposizione del I capitolo, si tratta di un tema oggetto di vivace e irrisolta disputa, ancora oggi, nel panorama dottrinale internazionale.

La decisione della Cassazione, rimuovendo l'ostacolo dell'immunità dalla giurisdizione, pone la giurisprudenza di merito nella difficile condizione di trovare una risposta a questo dilemma nel caso concreto.²⁷⁶

Non c'è dubbio che la Suprema Corte italiana abbia scelto la strada più rischiosa e più lontana dalla prassi internazionali. Taluno ha ipotizzato conclusioni più morbide per il caso Ferrini, alla ricerca di mezzi che potessero reputarsi "sucedanei" e in rapporto di sostituibilità con l'azione giudiziaria.²⁷⁷

Invece che dichiarare la giurisdizione italiana e negare l'immunità dello Stato straniero, si sarebbe potuto optare per un'azione diplomatica. A coloro che hanno insistito su questa alternativa, è agevole replicare che innanzitutto, la ricerca della soluzione

²⁷⁶ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

²⁷⁷ R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, fasc. 5, 2004, p. 1200.

diplomazia poteva essere negativa, e soprattutto che il negoziato sarebbe potuto essere condotto in mala fede e con finalità dilatorie. E in tal caso non ci si sarebbe sorpresi più di tanto, dato il comportamento successivo della Germania rispetto agli orrori della strage nazista. Nulla esclude tuttavia che un negoziato sia realmente idoneo a soddisfare i diritti dei singoli e possa presentarsi come un'opportunità equivalente alla tutela giurisdizionale.

Più significativa sembra l'ipotesi secondo cui l'individuo avrebbe dovuto previamente esperire i mezzi giudiziari disponibili dinanzi alle autorità dello Stato beneficiario dell'immunità. In quest'ultimo caso, l'accesso alla giustizia offerto dallo stato straniero doveva risultare adeguato ed effettivo, e nel relativo procedimento doveva essere garantita imparzialità ed indipendenza dei giudici, in primis, dal potere esecutivo. Il previo esaurimento dei ricorsi interni sarebbe stata allora una vera e propria condizione per l'esercizio della giurisdizione nei confronti dello Stato straniero. In assenza di un rimedio giurisdizionale equivalente, la regola immunitaria sarebbe caduta in automatico e il potere giurisdizionale del giudice territoriale sarebbe tornato a rivivere.

In altre parole, nella fattispecie in esame, la Cassazione avrebbe potuto chiarire²⁷⁸ che nell'ordinamento tedesco non esistevano i presupposti per garantire una tutela giurisdizionale equivalente e di conseguenza, pur di non far patire alla vittima un diniego di giustizia, era stato necessario negare l'immunità della Germania per poter riconoscere un congruo risarcimento all'attore.

Purtuttavia, seppur la sentenza in commento non sia andata esente da critiche, in questa sede solo accennate, non è possibile non apprezzarla e non essere orgogliosi della forte spinta umanitaria incoraggiata dalla Cassazione italiana. Si è trattato di un indubbio esempio di esplosiva innovatività nell'intero panorama internazionale.

La sentenza è stata soprattutto occasione di acuto *judicial activism*, operazione considerata necessaria per la consacrazione nel diritto vivente di quelle tendenze ancora indeterminate e bisognose di cristallizzazione.²⁷⁹

²⁷⁸ R. BARATTA, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, fasc. 5, 2004, p. 1200.

²⁷⁹ A. CIAMPI, *Crimini internazionale e giurisdizione*, in *Cassazione Penale*, 2004.

III) La vicenda “Distomo”

Come già anticipato, la storia del villaggio greco Distomo, ha una particolare rilevanza sul tema dell’immunità, al punto tale da essere richiamata nella sentenza Ferrini. Occorre pertanto ricostruire il complesso iter giudiziario in cui la vicenda si articola, caratterizzato da un elevato numero di autorità coinvolte.

Distomo, villaggio della Beozia occidentale, ha sofferto il grande macello delle truppe tedesche nel 1944, descritto come la più efferata azione di barbarie dei tedeschi nella storia universale. Il 10 giugno 1944 nel villaggio di Distomo vennero uccise 218 persone, uomini donne e bambini. Dopo uno scontro a fuoco con i partigiani comunisti dell’ELAS, le truppe della “Polizei Panzergrenadier Division” si vendicarono sulla popolazione inerme.

L’eccidio indiscriminato di Distomo ha dato origine ad un’azione civile. Nel 1993 gli eredi e alcuni sopravvissuti alla strage adivano il Tribunale greco di prima istanza (*Protodikeio*) di Livadia²⁸⁰ per ottenere dalla Repubblica Federale di Germania il risarcimento dei danni morali e patrimoniali subiti ad opera dei militari occupanti. Nel ritenere la propria giurisdizione, il Tribunale di primo grado ha richiamato l’opinione, definita prevalente, secondo cui uno Stato non può invocare l’immunità quando l’atto di cui è responsabile è stato compiuto in violazione di norme di *ius cogens* a tutela dei diritti umani. Il Tribunale ha fatto esplicito riferimento agli art. 43 e 46 del Regolamento allegato alla Convenzione dell’Aja del 1907 sul rispetto della legge e delle consuetudini di guerra: ai sensi dell’art. 43 l’autorità occupante è tenuta a rispettare le leggi in vigore nel territorio occupato e ad assicurare l’ordine pubblico e la sicurezza della popolazione, mentre ai sensi dell’art. 46 l’occupante è tenuto al rispetto della vita, dell’onore, della famiglia, della proprietà privata e delle convinzioni religiose della popolazione civile.

La motivazione del Tribunale si è basata sulle seguenti ragioni: 1) se uno Stato contravviene ad una norma imperativa, il suo comportamento non può essere coperto da immunità e costituisce anzi rinuncia implicita all’immunità; 2) gli atti di uno Stato contrari ad una norma imperativa non possono essere considerati e trattati come atti *iure imperii*; 3) gli atti contrari al diritto internazionale devono essere considerati invalidi e

²⁸⁰ *Prefecture of Vojotia v. Federal Republic of Germany*, in *American Journal of International Law*, 1998, p. 765 ss.

non possono dar luogo a diritti (*ex iniuria ius non oritur*); 4) riconoscere l'immunità ad atti compiuti in spregio al diritto internazionale significherebbe mostrare complicità con lo Stato responsabile; 5) di conseguenza, la richiesta di godere dell'immunità per atti compiuti in violazione di norme cogenti e inviolabili costituisce abuso del diritto; 6) il principio di sovranità territoriale, in quanto afferente all'ordine pubblico, è prevalente rispetto a quello di eguaglianza sovrana tra gli Stati, e quindi rispetto alla regola immunitaria, per cui, non può ritenersi immune un'occupazione bellica illegale del territorio straniero.

La sentenza del Tribunale di Livadia, n. 137 del 1997, è stata confermata dalla Corte Suprema Greca (*Areios Pagos*) nel 4 maggio 2000, con la pronuncia n. 11/2000.²⁸¹ L'argomentazione di questa Corte si è fondata sul diritto internazionale generale, e, come già anticipato, sulla Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati, del 1972. L'art. 11 del testo convenzionale codifica la c.d. *tort exception*, per la cui applicabilità, con riguardo a domande risarcitorie, occorre che azione od omissione si siano verificati sul territorio dello Stato del foro e che l'autore sia stato presente su tale territorio al momento del fatto. La Corte ha ritenuto che ai fini dell'eccezione, non rileva se l'atto posto in essere debba qualificarsi come atto pubblico o privato.²⁸²

La Corte ha poi analizzato altri strumenti convenzionali, come l'articolato della Commissione di diritto internazionale e la risoluzione adottata dall'Institut de Droit International a Basilea nel 1991 in tema di immunità, la legislazione statale e soprattutto la giurisprudenza americana, al fine di sostenere l'esistenza di una norma generale che ammetta la giurisdizione su domande risarcitorie conseguenti a danni prodotti nello Stato del foro, seppur per azioni *iure imperii*.

Come già anticipato la debolezza nella logica della Corte greca è rappresentata dall'art.31 della stessa Convenzione di Basilea, che espressamente esclude dai limiti di applicazione del testo convenzionale le operazioni belliche durante i conflitti armati. È opportuno tenere presente anche che la Grecia non era parte della Convenzione in questione.

²⁸¹ *Prefecture of Vojotia v. Federal Republic of Germany*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 198 ss.

²⁸² Infatti nel rapporto esplicativo allegato alla Convenzione, non viene menzionata a proposito dell'art. 11 la distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, si citano gli incidenti stradali ma solo a titolo esemplificativo.

Per superare l'impasse, la Corte ha utilizzato l'ulteriore argomento della qualificazione dei fatti in causa alla stregua di crimini internazionali. La rappresaglia contro civili estranei all'attività di gruppi di resistenza costituisce infatti violazione di norme imperative. I giudici greci hanno ricavato la deroga all'immunità dello Stato, dalla deroga all'immunità funzionale degli organi, sulla base del fatto che in entrambi i casi si registri la violazione di una norma imperativa.²⁸³ Hanno cioè compiuto quell'ulteriore passo in avanti che la Corte Europea dei diritti dell'uomo si era rifiutata di fare nella nota vicenda *Al-Adsani*. Inoltre hanno applicato la dottrina secondo cui nella violazione di una norma di *ius cogens* sia già insita una rinuncia implicita e consapevole al regime dell'immunità in sede giurisdizionale.

La vicenda ha conosciuto un prosieguo ulteriore.

Infatti ai fini dell'esecuzione della sentenza greca suindicata occorre l'autorizzazione del Ministero di Giustizia in virtù dell'art. 923 del cod. proc. civ. greco, ma l'esecutivo ellenico si è rifiutato di procedere, dando vita ad un limite invalicabile nell'ordinamento nazionale. A seguito di tale diniego pertanto, la Corte suprema greca è intervenuta nuovamente sulla vicenda e, constatato il mancato appoggio del governo, è tornata sui suoi passi dichiarando i beni tedeschi immuni da esecuzione.²⁸⁴

I familiari delle vittime hanno tentato allora la strada della giustizia in terra germanica, ma anche il tribunale di Karlsruhe ha rigettato l'istanza motivandola con la norma sull'"impunità degli stati". Contemporaneamente, nella vana ricerca di un riconoscimento giudiziario alla tragedia sofferta, hanno spostato il contenzioso in Italia, consapevoli di una giurisprudenza a loro più favorevole. Ci si riferisce non solo all'orientamento generale palesato sin dai primi decenni del '900 ma anche, nello specifico, ad una sentenza del 1992 in cui la Corte Costituzionale stabiliva che "*uno Stato responsabile di crimini di guerra, pure se commessi in altri paesi, poteva essere sottoposto a rispondere in Italia, con i beni che vi possiede*".

Così facendo, la vicenda Distomo si è ramificata negli ordinamenti tedesco e italiano, contribuendo ad ingigantire il numero di autorità coinvolte e pronunce emesse sulla storia del villaggio greco.

²⁸³ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

²⁸⁴ Sentenza del 28 giugno 2002. Sul punto cfr. A. GATTINI, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals Claims for War Damages?*, in *Journal Of International Criminal Justice*, 2003, pp. 359-360.

Inoltre i sopravvissuti al massacro e gli eredi delle vittime hanno fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo sia contro la Grecia che contro la Germania, sostenendo che il diniego di giustizia palesato dai due Stati costituisca violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU e dell'art. 1 del Primo Protocollo annesso ad essa. La Corte europea ha dichiarato il ricorso inammissibile,²⁸⁵ verso entrambi gli Stati, sulla base del fatto che non è possibile ancora rinvenire sul panorama internazionale una norma che limiti l'immunità degli Stati esteri in presenza di crimini contro l'umanità, esattamente come dichiarato nel caso *Al-Adsani*.. Nel presente caso però, la Corte ha aggiunto che non intende precludere a sviluppi futuri del diritto consuetudinario.

Il giudice europeo, non ha ritenuto i tempi maturi per un proprio *revirement*, forse accogliendo gli inviti espressi dai giudici Pellompaa e Bratza nella sentenza *Al-Adsani* a non fare della Corte un anticipatrice di norme non ancora affermatesi.²⁸⁶ Si tenga presente che la sentenza della Camera è stata raggiunta all'unanimità nella parte relativa alla Germania e a maggioranza in quella relativa alla Grecia.

Nel frattempo, in territorio greco, tra i giudici dissidenti, il presidente della Corte Suprema aveva deciso di adire sul punto la suprema Corte Speciale, competente nell'ordinamento greco a risolvere potenziali conflitti tra diritto interno e diritto internazionale (o anche fra giudizi interni di diverso grado). Tale Corte, che interviene in casi particolari e comunque molto di rado, si è pronunciata nel settembre 2002²⁸⁷ ribaltando le precedenti considerazioni della Suprema Corte greca e riconoscendo l'immunità allo Stato tedesco. Essa ha sancito in maniera definitiva che l'art. 11 della Convenzione di Basilea non trova applicazione per le attività delle forze armate, che restano immuni anche in caso di crimini commessi nel territorio dello Stato del foro da militari ivi presenti. La sentenza in questione è stata adottata con una maggioranza di sei contro cinque giudici.

²⁸⁵ Decisione di ammissibilità del 12 dicembre 2012, *Kalogeropoulou et al. V. Greece and Germany*, ricorso n. 59021/00.

²⁸⁶ A. GIANNELLI, *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.

²⁸⁷ Sentenza del 17 settembre 2002 riportata da A. GATTINI, *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals Claims for War Damages?*, in *Journal Of International Criminal Justice*, 2003, pp. 360-361, e dalla sentenza della Corte suprema tedesca, in *International Legal Materials*, 2003, p. 1034.

Intanto, dei due rami giudiziari, quello tedesco giungeva a compimento e approdava alla Corte Federale tedesca, il *Bundesgerichtshof*. Essa,²⁸⁸ pronunciandosi in terzo grado, ha respinto la domanda risarcitoria avanzata dalle vittime di Distomo, e ha all'uopo utilizzato difficili motivazioni attinenti alla complessa questione delle riparazioni di guerra.²⁸⁹ Sul punto specifico dell'immunità, la Corte ha ritenuto poco rilevante la Convenzione invocata dai giudici greci, sia per via dell'art. 31 che espressamente esclude le attività delle forze armate, sia per via della riconduzione dell'art. 11 ai soli illeciti stradali, secondo il convincimento della Corte, come tali, totalmente diversi da quelli oggetto della controversia Distomo.

La Convenzione di Basilea, di cui peraltro la Germania è parte, non è stata quindi considerata riproduttiva del diritto internazionale generale.

Soprattutto, la Corte tedesca ribadisce l'inesistenza di una norma internazionale che deroghi in via generale all'immunità statale in presenza di crimini internazionali, specialmente alla luce delle ultime considerazioni espresse dalla Corte speciale suprema greca interrogata appositamente sul punto e dalla Corte europea dei diritti umani. Questa certezza solleva la Corte tedesca dal richiedere una decisione dalla Corte costituzionale federale, come altrimenti previsto dall'art. 25 della Legge Fondamentale.²⁹⁰

La vicenda delle vittime greche conclusa in modo deludente e infruttuoso ha subito, poi, un eclatante *revirement* grazie alla sentenza Ferrini. La giurisdizione italiana ha rappresentato una seconda possibilità, cogliendo un punto di evoluzione del diritto internazionale. Da un lato i giudizi introdotti dalle vittime greche successivamente alla mancata autorizzazione del Ministro della giustizia greco, sono pervenuti in Cassazione e hanno ivi trovato un responso positivo. Dall'altro è stata iscritta ipoteca giudiziale sui beni tedeschi localizzati in Italia, segnatamente su Villa Vigoni, proprietà tedesca sul lago di Como, importante centro culturale di riferimento nel cuore d'Europa, sede di iniziative volte a promuovere gli scambi culturali tra la Germania e l'Italia, così come disposto nell'*Agreement* concluso nell'Aprile del 1986. Procediamo con ordine.

²⁸⁸ Sentenza del 26 giugno 2003, pubblicata in inglese e tedesco in *International Legal Materials*, 2003, p.1030 ss.

²⁸⁹ Per un'approfondita disamina della questione evidenziata, cfr. A. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, Padova, 2003, pp. 235 ss, 615 ss, 648 ss.

²⁹⁰ *International Legal Materials*, 2003, pp. 1033-1034.

Per quanto attiene all'iter pervenuto in Cassazione, la Corte nel 2008 afferma:²⁹¹ *“In tema di riconoscimento di sentenze straniere, non può essere ritenuta contraria all'ordine pubblico interno la sentenza della Corte di cassazione della Grecia di condanna della Repubblica Federale di Germania al pagamento delle spese processuali, relative ad una domanda, accolta, di indennizzo proposta dagli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche nel territorio greco durante la seconda guerra mondiale, dovendosi ritenere che la norma consuetudinaria di diritto internazionale, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale per gli atti "iure imperii", non abbia carattere incondizionato ma incontri un limite nel riconoscimento del primato assoluto dei valori fondamentali di libertà e dignità della persona umana e, conseguentemente, non possa essere invocata in presenza di comportamenti dello Stato straniero di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l'umanità in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali.”* E ancora: *“La sentenza di uno Stato straniero (nella specie della Grecia) di condanna di altro Stato straniero (nella specie la Repubblica Federale di Germania) al pagamento delle spese processuali(...) passata in giudicato e con in calce espressa la formula esecutiva, può essere dichiarata efficace in Italia ai sensi dell'art. 64 della legge n. 218 del 1995, restando privo di rilievo che la sua concreta esecuzione possa restare impedita per il diniego dell'autorizzazione del competente Ministro della Giustizia estero - prevista dall'ordinamento straniero - riferendosi tale aspetto alla fase contingente dell'esecuzione forzata, che non condiziona ma presuppone la previa acquisizione di efficacia esecutiva della sentenza, la cui concreta attuazione può conseguentemente prodursi anche in un successivo diverso contesto spaziale e temporale.”*

Nella specie, la S.C., nell'affermare il principio di cui in massima, ha rilevato che l'esecutività nel territorio nazionale poteva essere dichiarata non ai sensi del **Reg. CE n. 44 del 2001**, ma in applicazione delle norme interne di diritto internazionale privato di cui gli artt. 64 e seguenti della legge n. **218 del 1995**. E inoltre, che la non estensibilità della immunità statale agli atti *iure imperi* configurabili come crimini contro l'umanità, lungi dal porsi in contrasto, è perfettamente in sintonia con il principio già enunciato

²⁹¹ Sentenza Cassazione SS. UU. n. 14199 del 29 maggio 2008.

dalla sentenza Ferrini, e che si va ancora a ribadire, in coerenza con il riconoscimento del primato assoluto dei valori fondamentali di libertà e dignità della persona umana.

La sentenza delle SS UU n. 14199 viene resa nel 2008 a seguito del seguente iter giudiziario: nel 2005 la Corte d'Appello di Firenze riconosceva la sentenza della Cassazione greca n. 11 del 2000 sul punto relativo alla condanna della Germania al pagamento delle spese processuali a favore delle parti vittoriose del giudizio, ossia le vittime del villaggio Distomo; la Germania presentava opposizione al decreto di esecutività e la Corte d'Appello di Firenze rispondeva nel 2007²⁹² rigettando l'opposizione della RFG, la quale si rivolgeva alla Suprema Corte andando incontro all'esito appena illustrato.

Da qui in poi, sono stati intentati diversi processi per la delibazione delle sentenze greche su territorio italiano, al fine di ottenerne riconoscimento e soprattutto esecuzione. Nel solco delle richieste di delibazione di sentenze straniere (greche) che hanno investito l'Italia nel post-Ferrini ex art. 38 del Reg. CE 44/01 ovvero ex art. 64 e ss della L. 218/95, si inserisce infatti anche l'istanza dell'Autogestione Prefettizia di Vojotia del 2006 per ottenere il riconoscimento della già citata sentenza di Livadia sul punto relativo alla condanna della Germania al risarcimento dei danni patrimoniali e non, subiti dalle vittime di Distomo. L'istanza viene rivolta alla Corte di Appello di Firenze e da questa accolta con decreto del **13 giugno 2006**, il quale permette l'iscrizione di ipoteca giudiziale sulla tanto contesa Villa Vigoni. La RFG presenta opposizione ex art. 43 del Reg. 44/01 al decreto emesso dalla Corte d'Appello. La stessa, con sentenza del **21 ottobre n. 1696** respinge l'opposizione. Alla RFG non resta altro che rivolgersi alla Suprema Corte ex art.44 Reg, dinanzi alla quale resiste con controricorso l'Autogestione Prefettizia di Vojotia. Pertanto nel 2011, mentre in Canada veniva pronunciata la nota sentenza *Kazemi*²⁹³ che confermava l'orientamento tradizionale e

²⁹² Sentenza n. 486/07 della Corte d'Appello di FIRENZE, depositata il 20/03/07.

²⁹³ Con decisione resa in primo grado il 25 gennaio 2011, la Corte superiore del Québec ha negato all'Iran, al suo Capo di Stato e a due suoi pubblici ufficiali (all'epoca dei fatti Chief Public Prosecutor di Teheran e Vice-capo dei servizi di intelligence del carcere Evin) l'immunità dalla giurisdizione civile rispetto ad un'azione di risarcimento del danno psicofisico subito del figlio della Kazemi (Stephan Hashemi) a sua volta, deceduta in Iran a seguito di lesioni, abusi sessuali e torture asseritamente imputabili ad azioni od omissioni degli individui -organi suddetti. Al contempo, la Corte ha accordato l'immunità, sia all'Iran sia a tutti i suoi individui-organi coinvolti, in relazione al parallelo ricorso intentato dall'Estate della deceduta (per mezzo di suo figlio in qualità di liquidatore) e diretto ad ottenere il risarcimento dei danni sofferti dalla deceduta stessa a causa delle gravi violazioni subite. Difatti nei Paesi di common law, l'Estate, ossia il complesso dei diritti e obblighi di natura patrimoniale facenti capo ad un soggetto, è persona giuridica dotata di legittimazione processuale attiva e passiva. La Corte ha

dunque riconosceva l'immunità agli Stati nonostante la commissione di un atto di tortura, in Italia la Cassazione, Sez. 1, emetteva la sentenza ***Autogestione Prefettura di Vojotia c. Repubblica Federale di Germania*** n. 11163 dell'11 gennaio 2011, e negava l'immunità della Germania.

La Cassazione respinge la richiesta della ricorrente RFG di rinviare la causa alle Sezioni Unite poiché le medesime si sono già espresse sul quesito di diritto indicato, e non vi sono stati mutamenti di orientamento che possano giustificare una nuova trattazione del tema. Respinge inoltre la richiesta di rinviare a nuovo ruolo la causa in attesa della decisione della CIG per la quale si dovrà attendere l'anno successivo. Difatti la pronuncia che emanerà la CIG avrà carattere generale e costerà all'Italia l'adozione di misure legislative e/o amministrative di carattere generale per adeguarsi al *dictum*. Dato che al momento del ricorso tali misure non ci sono, sussiste per converso, il diritto di azione dei soggetti che hanno ottenuto in Grecia una sentenza astrattamente eseguibile in Italia.

Del resto, le conseguenze cui va incontro la presente controversia sono state già considerate dal Legislatore italiano con il D.L. 28 aprile 2010, n. 63, convertito in **L. 23 giugno 2010, n. 98**, che prevede fino al 31 dicembre 2011 la sospensione dei titoli esecutivi contro uno Stato estero che abbia presentato ricorso alla CIG volto all'accertamento della propria immunità dalla giurisdizione italiana, ovvero la sospensione dei processi esecutivi e conservativi basati parimenti su tali titoli esecutivi.²⁹⁴ La legge in questione è stata emanata dal nostro Legislatore con un chiaro intento cautelativo, a fronte delle numerose richieste di delibazione presentate in Italia e la cui concessione ha permesso iscrizione giudiziale di ipoteca su diversi beni tedeschi in loco. Nello specifico, si può affermare che la presente misura legislativa sia stata adottata soprattutto per Villa Vigoni. Tale normativa rappresenta il frutto dello sforzo a cui è stato costretto il governo italiano per ricercare un equilibrio tra l'esigenza di una rapida definizione dei processi in corso e la necessità di rispettare il diritto all'immunità

inoltre escluso che il riconoscimento di immunità nella fattispecie da ultimo menzionata renda incostituzionale lo State Immunity Act (SIA) del 1982 in virtù di una sua pretesa incompatibilità con alcuni diritti fondamentali garantiti dall'ordinamento canadese, ossia il diritto ad un processo equo e il diritto alla sicurezza della persona. Per maggiori approfondimenti cfr. PAVONI, *Immunità degli Stati e danni psicologici subiti dai familiari di vittime di gravi violazioni dei diritti umani all'estero: la decisione Kazemi della Corte superiore del Quebec*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5 n. 2, 2011.

²⁹⁴ Il Governo si è visto costretto a prorogare il termine fino al 31 Gennaio 2012 con l'art. 7 del c.d. DL Milleproroghe (Gazzetta Ufficiale 29 dicembre 2011 n. 302).

degli Stati. Rappresenta, ovviamente la preminente volontà di salvaguardare le relazioni con la Germania.

Dopo aver respinto i primi motivi di ricorso dedicati alla contestazione della procura della Prefettura di Vojotia, la Corte risponde al quesito di diritto formulato dalla RFG volto a capire se la sentenza di Livadia debba essere considerata esecutiva nella sola parte delle spese legali o anche in riferimento al merito. La Cassazione precisa che nonostante la sentenza abbia natura dichiarativa (quindi suscettibile di condanna per le sole spese legali) e nonostante sia mancata l'autorizzazione a procedere dal Ministro di Giustizia richiesta dal c.pr.civ. greco, la natura di condanna emerge in chiari termini: dal tenore del dispositivo; dal provvedimento con cui la Corte di Appello di Atene ha sospeso la vendita dei beni tedeschi pignorati, ove si legge che i creditori possono realizzare il proprio diritto all'esecuzione della sentenza in un altro Stato o in un altro momento più idoneo.

Secondo la Corte d'Appello di Firenze e secondo la stessa Cassazione, queste argomentazioni hanno segnato l'avvenuta acquisizione di efficacia esecutiva da parte della sentenza greca, spendibile in Grecia una volta rimosso l'ostacolo dell'autorizzazione a procedere, o in qualsiasi altro ordinamento che non preveda analoghe condizioni.

Di seguito la Cassazione analizza l'ulteriore quesito di diritto prospettato dalla ricorrente, che si sostanzia nel chiedere se non produca nullità della sentenza il fatto che la RFG abbia fatto opposizione al decreto di esecutività ex art. 43 Reg. 2001, sia stata questa respinta e di conseguenza non sia stato revocato il decreto, una volta accertato che nella controversia in esame non trovasse applicazione il Reg. 44 del 2001. E se non integri violazione del divieto di nuova domanda, la domanda riconvenzionale proposta dalla Prefettura di Vojotia in sede di giudizio di opposizione per l'ottenimento della dichiarazione di esecutività ex art. 67 della L. 218/95 e non già ex art. 43 del Reg. 2001. Infatti tale richiesta non è stata irrilevante poiché è stata accolta dalla Corte di Firenze e ha consentito di non revocare il decreto di esecutività che nel frattempo, munito di formula esecutiva, aveva concesso l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale su Villa Vigoni. La Cassazione a tutto ciò replica che seppur non trovi applicazione alla controversia in esame il Regolamento comunitario, come ormai pacificamente assunto dalla sentenza 14119/08 (Cassazione, Sezioni Unite), questo non può comportare la nullità dell'intera

sentenza ma solo la correzione sul punto della motivazione, ex art.384 c.pr.c. Non è pensabile quindi la cassazione della decisione impugnata, atteso che l'esecutività in Italia della pronuncia greca risulta dichiarata in corretta applicazione della l. 218/95.

Si aggiunga che la domanda riconvenzionale è stata giustamente accolta dalla Corte d'Appello di Firenze, anche se *inaudita altera parte*, e va a sostituire il decreto precedente con cui era stata iscritta ipoteca, con la conseguenza che la sua legittimità potrà essere valutata solo in sede di opposizione ad iscrizione ipotecaria, pendente davanti al Tribunale di Como.

La Cassazione viene poi investita del principale quesito di diritto se alla luce dei principi fondamentali del diritto internazionale vigente, non sia contraria all'ordine pubblico la sentenza greca che ha condannato la RFG senza rispettarne la sua immunità. È a partire da questo punto che la motivazione della Corte sfocia in un'ampia dissertazione sui precedenti favorevoli e contrari, focalizzandosi sull'argomento dello *ius cogens* e della sua prevalenza ai sensi della NHT. A tal proposito affronta profondamente la prassi internazionale con ampio riguardo a quella statunitense sul tema, e passando attraverso la rilevazione dei cambiamenti che hanno stravolto lo scenario internazionale alla luce di un maggiore umanitarismo, la Corte giunge ad enunciare la seguente massima: *“Deve quindi escludersi, alla luce dei principi costituzionali italiani e dei principi generali del diritto internazionale, che l'esecuzione in Italia di una sentenza di uno Stato estero con la quale si impone a un altro Stato estero, nella specie entrambi aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'Unione europea, di risarcire le vittime (e per loro gli eredi) di gravissimi crimini di guerra, che hanno negato i loro diritti personali inviolabili e in primo luogo quello alla vita, possa porsi in contrasto con il rispetto dell'ordine pubblico italiano richiamato dall'articolo 64 primo comma lettera g) della legge n. 218/1995... Alla sentenza dei giudici greci, che sancisce il risarcimento delle vittime di tali violazioni, potrà dunque essere data esecuzione in Italia, non costituendo, in alcun modo, il riconoscimento della sua esecutività un evento che possa qualificarsi in contrasto con l'ordine pubblico interno per tutte le ragioni espresse nella motivazione.”*²⁹⁵

²⁹⁵ Sentenza n. 11163/11, par.49.

La massima è, come si ha modo di notare, molto simile a quella della sentenza 14199/08 con cui si erano espresse le Sezioni Unite sull'exequatur concesso alla sentenza dalla Cassazione greca sul punto delle spese processuali.

Onere di completezza ci impone di aggiungere in conclusione che la Germania, successivamente alla pronuncia della CIG del 2012 e all'introduzione della l. n. 5 del 2013, in virtù del combinato disposto dell'art. 395 c.pr.c. con l'art. 3 di questa legge, chiedeva la revocazione della sentenza 11163 del 2011. Ma a causa della pronuncia della Corte Costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3 appena richiamato, su cui l'istanza si fondava, essa è divenuta inammissibile.

Difronte al proliferare di azioni contro la Repubblica Federale di Germania, questa, preoccupata dall'accoglimento delle tante richieste risarcitorie a suo carico, e allo scopo di contrastare l'orientamento giurisprudenziale che si andava consolidando dal 2008, si rivolgerà alla Corte Internazionale dell'Aja dando vita al contenzioso internazionale che si concluderà con la sentenza Repubblica Federale di Germania v. Italia nel 2012.

Il giudizio davanti alla CIG sarà oggetto di approfondita trattazione di qui a breve, ma nel frattempo, prima di giungere al 2012, è opportuno passare in rassegna altre pronunce dalla Cassazione italiana e non solo, successive alla sentenza Ferrini, che confermano il convincimento della giurisprudenza italiana e il suo faticoso affermarsi, alla ricerca di un appoggio condiviso, in un panorama internazionale e persino nazionale non del tutto convinto e favorevole a recepirlo.

IV) Isolamento della giurisprudenza italiana

Prima di esaminare le decisioni della Suprema Corte che si inseriscono nel solco dell'indirizzo umanitario inaugurato con Ferrini, è necessario volgere lo sguardo alla giurisprudenza estera, che mette in luce un perdurante isolamento della posizione italiana.

IV.i) Jones, Mitchell et alii v. Kingdom of Saudi Arabia, Colonel Abdul Aziz et alii

Tra le pronunce che hanno acquisito maggiore rilevanza sul panorama internazionale, merita particolare attenzione il caso *Jones, Mitchell et alii v. Kingdom of Saudi Arabia, Colonel Abdul Aziz et alii*, che vede protagonista la celebre House of Lords, corte di ultima istanza inglese.

Si tratta di un caso emblematico di “torture governativamente gestite”,²⁹⁶ che pur ricadendo nel capitolo del c.d. diritto internazionale umanitario, si è concluso con un esito scoraggiante e prevedibile. La particolare odiosità di tale crimine sta nella sua apparente legalità, che mortifica la vittima e le sottrae la speranza di un congruo accertamento. Senza distinguere tra *lethal* o *non-lethal torture*, o ancora tra vittima imputata di colpe o cavia innocente, la tortura governativa deve la sua esecrabilità alla sommatoria tra violenza lenta ed estrema, continuità “studiosa” della stessa, inquadramento burocratico freddo e disumano del suo utilizzo, nonché all’assenza di un’autorità statale cui chiedere verifiche, tutele, sanzioni o anche solo l’accertamento dei fatti realmente accaduti.²⁹⁷ La vittima di tortura subisce ad un sol tempo sia una lesione feroce ed efferata sia l’oppressione dell’intera macchina statale. Per le sue peculiarità, il campo delle torture governative si è rivelato terreno fervido per dinamici dibattiti filosofici e giuridici, e attualmente risulta ancora bersaglio di attenzione internazionale a causa dell’inevitabile collegamento tra torture governative e prevenzione dei crimini terroristici, nuovo motivo di interesse alla luce degli ultimi accadimenti mondiali.

Bisogna riconoscere, che solo negli ultimi due secoli è accresciuta la riprovazione verso il dilagante crimine delle torture governative, fino ad epoche recenti considerate ammissibile appannaggio di ogni sistema di potere costituito, statale, infrastatale o anche sovrastatale. Storicamente, condotte consimili sono andate esenti da giurisdizione non perché atti sovrani e dunque immuni, ma perché atti consentiti, ordinari, giustificati. Attualmente, e da diverso tempo ormai, si conviene nel considerare la tortura assolutamente incompatibile con la moderna concezione di Stato, volto a perseguire l’esclusivo bene dei suoi consociati, intesi come fine e mai come nudo mezzo di politica statale. Esiste oggi una Convenzione ONU sulla tortura conclusa nel 1984 e ratificata velocemente da ben 150 Stati, che costituisce un successo dell’attenzione mondiale per l’argomento.

²⁹⁶ C.CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell’immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di “tortura governativa”(saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi di COLESANTI V. ET ALIOS*, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

²⁹⁷ C.CONSOLO, *op. cit.*

Per quanto attiene al versante giudiziario, Consolo, ha avuto premura di spiegare l'importanza di un'azione civile finalizzata al risarcimento delle vittime in un settore, quale quello delle torture statali, ove è di gran lunga più agevole cogliere l'immediata rilevanza della giurisdizione penale, destinata alla stigmatizzazione del colpevole e alla sua diffamazione morale. L'Autore mette in luce come la tutela civile contribuisca a dare un adeguato peso giudiziario a codesti fatti esecrabili, forse più di quella penale, la quale non di rado finisce con l'indirizzarsi tardi e male verso individui "scaricati" dalle strutture di potere. Soprattutto perché una condanna civile degli Stati potrebbe davvero circolare se non venisse considerata in violazione dell'immunità degli Stati e quindi del diritto internazionale, e così dare origine a procedure esecutive che culminerebbero in *assets* capienti sparsi per il mondo. La c.d. internalizzazione economica del costo del crimine creerebbe una forte deterrenza. Ancora più influente appare l'aspetto reputazionale di una condanna pronunciata in sede civile dopo adeguato accertamento, e notevole sarebbe il ritorno negativo di immagine di una simile pronuncia esecutivamente portata ad effetto.

Se poi non si convenisse per la condanna degli Stati autori di tali torture, finora scarsamente condivisa, almeno la condanna a persone fisiche, potrebbe avere un rilevante effetto pratico. Non solo funzionari, meri scherani, ma anche alti ufficiali, fino ad arrivare a ex Capi di Stato o ministri in carica (purchè non attuali Capi di Stato, Ministri degli Esteri o ambasciatori coperti da immunità diplomatica)²⁹⁸ vedrebbero svolto un processo a loro carico ed eventualmente emessa una condanna da riconoscere in altri Stati e fori, con conseguente depauperamento del proprio patrimonio accumulato in giro per il mondo.

In conclusione di tale fattuale parentesi, è certo che una condanna civile sarebbe efficace strumento di repressione sul piano della triade punizione-ristoro-deterrenza²⁹⁹ e

²⁹⁸ Per una plausibile limitazione dell'immunità *ratione personae* dei Ministri in carica, accusati di crimini internazionali, in virtù della loro più agevole "sostituibilità" da parte del governo dello Stato in cui esercitano le proprie funzioni, cfr. M. FRULLI, *Sull'immunità della giurisdizione straniera degli organi sospettati di crimini internazionali, Relazione al convegno "immunità costituzionali e crimini internazionali"*, Milano, 8-9 febbraio 2007, p. 23, per la quale "non v'è dubbio che uno Stato possa lamentare il fatto che un proprio ministro indagato si senta minacciato nell'esercizio delle sue funzioni", ma altrettanto indubbiamente "l'obiettivo di reprimere i crimini internazionali, che in alcuni casi rappresenta un obbligo per gli Stati che hanno ratificato alcune convenzioni in materia, **vale** alcune limitazioni alla sfera di libertà degli organi statali".

²⁹⁹ C.CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in

permetterebbe davvero di contrastare la “capacità isolante” dello Stato mandante, che è il vero punto di forza su cui questi suole costruire la sua impunità.

Venendo ai termini più tecnici del caso *Jones and Mitchell v. Saudi Arabia*, è necessario partire dal fatto. Il 6 giugno 2002 il sig. Jones e altri ricorrenti presentavano ricorso ai giudici britannici contro il Ministro degli interni dell'Arabia Saudita e contro il colonnello A. Aziz, funzionario saudita, per i maltrattamenti subiti in carcere, fra cui atti di tortura, nel periodo fra marzo e maggio 2001. Mentre l'Arabia Saudita invocava l'immunità dalla giurisdizione, i ricorrenti utilizzavano il classico argomento della superiorità gerarchica dello *ius cogens* e lamentavano violazione dell'art. 6 della CEDU, per mancato accesso al giudice conseguente al diniego di giustizia delle corti di merito. Nell'House of Lords, in terzo grado, si sono delineate tre posizioni: la prima è quella *fair and liberal*, che Lord Hoffman ha tacciato di buonismo etichettandola come posizione di “anime belle a buon mercato”, la seconda è più conservatrice e vede come principale assertore per l'appunto Lord Hoffman, la terza, infine, è una soluzione intermedia tra le due.

Per quanto attiene alla prima tesi, essa riposa sul convincimento pacifico per cui le torture governative sono crimine contro l'umanità al pari del genocidio razziale e della riduzione in schiavitù, pertanto, ne consegue, la non invocabilità dell'immunità a difesa degli Stati ovvero degli organi responsabili. L'immunità è considerata la causa principale per cui la giurisdizione civile vive una situazione così tanto deteriore rispetto alla realtà penale. Nel penale, sin dalla Carta del Tribunale Militare internazionale e dal processo di Norimberga, si è divulgata l'idea di una doverosa giurisdizione universale dei giudici penali di tutti gli Stati, svincolata dall'operatività della prescrizione, dal rilievo della localizzazione dell'atto, dalla scusante dell'obbedienza ad un ordine superiore. La giurisdizione civile, epurata dall'ostacolo procedurale dell'immunità, tenderebbe anch'essa all'universalismo, arricchendo il quadro delle tutele con un utile riscontro sul profilo esecutivo, ossia con il pregio di poter attaccare la persona dello Stato-mandante e le sue più capaci finanze. Permetterebbe l'esigenza di un criterio di collegamento secondo le regole giurisdizionali interne ai vari Stati ma senza

Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi di COLESANTI V. ET ALIOS, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

l'invocabilità *in limine* dell'immunità, che già di per sé mortifica sul nascere qualsiasi iniziativa di accertamento dei fatti.

L'ulteriore tesi, quella conservatrice, tiene ben ferma l'immunità più larga per la giurisdizione civile, anche allorquando essa sia adita per atti di tortura governativa. Lo *ius cogens* internazionale, pur non negato nella sua valenza in altre sedi, non avrebbe generato nessuna regola ancillare di deroga (*ancillary procedural rule*) alla consuetudine immunitaria, da ritenersi dunque non operante solo ed esclusivamente per atti di natura commerciale.

Secondo le parole di Lord Hoffman, infatti, per sostenere che esista un contrasto con la regola dell'immunità statale, occorre dimostrare che il divieto di tortura ha prodotto una norma procedurale complementare, che in eccezione all'immunità, richieda agli Stati di esercitare la giurisdizione su altri Stati nei casi di tortura governativa. Per quanto si tratti di una norma "desiderabile", essa manca nell'attuale panorama positivo e non è compito di una Corte nazionale svilupparla adottando una visione unilaterale del diritto, che per quanto lungimirante e apprezzabile possa essere, manca dell'elemento fondamentale, ossia il consenso degli altri Stati.

In sintesi, l'attuale *ius cogens* viene descritto in uno stadio giovanile, con braccia e gambe ancora poco sviluppate, quasi un'anima senza corpo, appunto un'"anima bella", come l'orientamento delle corti di *civil law* su questa e adiacenti tematiche.³⁰⁰

Centrale nell'*opinion* di Lord Hoffman è l'art 14³⁰¹ della Convenzione ONU sulla tortura, del 1984, che riconosce il diritto al risarcimento alle vittime di tortura. Secondo il giudice tale articolo ha una minore carica precettiva rispetto all'art. 4³⁰² della medesima Convenzione, che letteralmente contempla la sola sede penale. Da ciò

³⁰⁰ C.CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi* di COLESANTI V. ET ALIOS, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

³⁰¹ Articolo 14: 1. Ogni Stato Parte garantisce, nel suo sistema giuridico, alla vittima di un atto di tortura, il diritto di ottenere riparazione e di essere equamente risarcito ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile. In caso di morte della vittima, risultante da un atto di tortura, gli aventi causa di quest'ultima hanno diritto al risarcimento. 2. Il presente articolo non esclude alcun diritto al risarcimento cui la vittima od ogni altra persona avrebbe diritto in virtù delle leggi nazionali.

³⁰² Articolo 4: 1. Ogni Stato Parte vigila affinché tutti gli atti di tortura vengano considerati quali trasgressioni nei confronti del suo diritto penale. Lo stesso vale per i tentativi di praticare la tortura o ogni atto commesso da qualsiasi persona, che rappresenti una complicità o una partecipazione all'atto di tortura.

2. Ogni Stato Parte rende tali trasgressioni passibili di pene adeguate che tengano conto della loro gravità.

consegue che se l'immunità in sede penale per un organo di Stato termina con l'esercizio delle proprie funzioni, essa permane invece in sede civile, per la minore incisività dell'art. 14 rispetto all'art. 4.

La rimozione della consuetudine sarebbe allora solo settoriale: gli atti sono sempre ufficiali, per quanto turpi, ma può ritenersi caduta l'immunità funzionale solo per la loro repressione penale.

Le argomentazioni serrate degli *speeches* dei Lords non hanno comunque impedito l'emersione di una terza tesi, la quale ha ravvisato nel diritto internazionale vigente una situazione descrivibile nei seguenti termini: quando lo Stato operi come potenza politica piuttosto che come entità del gioco economico, è coperto da un'immunità **assoluta** *ratione delictorum*, (operante anche in presenza di crimini internazionali quali la tortura governativa), ma **ristretta**, quindi applicabile esclusivamente allo **Stato persona** e non ai suoi *officials*, anche se asseriti responsabili diretti e non *in vigilando*, salva l'immunità *ratione personae* del solo Capo di Stato e degli ambasciatori.

Questa soluzione *partegè* era stata sostenuta all'unanimità dalla Court of Appeal e dai suoi tre Lord Justices, nello specifico da Lord Mance, poi sconfessati dagli unanimi cinque Lords in terzo ed ultimo grado.³⁰³ In secondo grado questa tesi conciliativa aveva anche ricevuto l'assenso del suo presidente titolare, ossia Lord Philipps of Worth Matravers, Master of the Rolls.³⁰⁴

Tuttavia con due *opinion-speeches* di diverso taglio ma entrambe finemente elaborate (quelle di Lord senior Bingham e di Lord Hoffman) e tre nudi consequenziali assensi, è stata sancita in conclusione, l'immunità giurisdizionale civile più totale. Totale perché operante in due sensi: da un lato, essa è estesa non solo allo Stato persona ma a tutti gli individui facenti parte dello Stato apparato, in quanto ufficiali statali agenti in tale veste e coperti dal relativo manto immunitario; dall'altro, trattandosi di attori europei in foro europeo, essa va ad inficiare anche l'attuazione della CEDU, nello specifico l' art. 6, che viene sostanzialmente violato.

³⁰³ C.CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi* di COLESANTI V. ET ALIOS, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

³⁰⁴ Il Master of the Rolls non è Master della High Court, quindi organo semi-giudiziale, ma nascendo come collaboratore principale di Lord Chancellor, divenne capo della Court of Appeal, anche se inferiore in rango a Lord Chief Justice, che è capo diretto della High Court di I grado. Tuttavia sia il MR che LCJ sono Law Lords e possono partecipare alla decisione in terzo grado nell'House of Lords, non sono cioè incompatibili.

L'immunità riconosciuta sia all'Arabia Saudita, sia al colonnello Aziz, è sicuramente un epilogo mesto, ma anche prevedibile e quasi anticipato dalla dottrina specialistica inglese,³⁰⁵ che ha trovato nel caso *de qua* piena conferma.

Ciononostante, la conclusione cui approdano i Lords appare anche contraddittoria rispetto alla posizione assunta precedentemente dallo stesso consesso in relazione all'ex capo di Stato cileno Pinochet. La vicenda giudiziaria è complessa ma, per quel che qui interessa ricordare, si concluse con il diniego dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale all'imputato, e solo a costui, permanendo invece il riconoscimento dell'immunità a favore dello Stato.³⁰⁶

Fermo restando quanto detto, la sentenza Jones and Mitchell si consoliderà come un esempio rimarchevole di polifonia giurisprudenziale, che in pochi Paesi celebra prove vivaci ed eleganti come in Inghilterra. Ma soprattutto, essa fornisce la base per una lettura evolutiva del richiamato art. 14 della Convenzione sulla tortura, di cui Consolo si fa portavoce.

Secondo l'Autore i termini in cui è stato posto il problema all'House of Lords sono stati alquanto fuorvianti. La questione non è se la Convenzione, accanto al divieto sostanziale di porre in essere torture, abbia generato un'ulteriore norma procedurale ancillare di giurisdizione universale anche in sede civile, poiché non è necessario arrivare a tanto. Ciò che conta, ed è sufficiente, è che l'atteggiamento complessivo della Convenzione sia orientato nel senso di bandire definitivamente gli atti qualificabili come torture governative e conseguenzialmente di consentirne la sottoposizione a giudizio. Ergo, la Convenzione non impone agli Stati aderenti di esercitare la giurisdizione in sede civile, come quella penale, ogni qual volta si sia in presenza di torture governative, ma essa rileva e conclama che ormai non contrasta più, in questo settore di avanguardia, con il diritto internazionale, l'assunzione di giurisdizione anche

³⁰⁵ H. FOX, *Where does the Buck stop? State immunity from Civil jurisdiction and torture*, in 121 *Law Quart. Rev.*, 2005, p. 353 ss; PARLETT, *Immunity in civil proceedings for torture: the Emerging Exception*, in *European Human Rights Law Review* 2006, p. 49 ss; DE VITTOR, *Immunità di Stati stranieri e dei loro organi dalla giurisdizione e violazione dei diritti dell'uomo: il caso Jones, Mitchell and others*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 144 ss.

³⁰⁶ Seguendo questa logica (e considerato che nei paesi di common law i procedimenti per la responsabilità civile e penale sono separati), nel caso ipotetico in cui un organo di Stato fosse sospettato di crimini internazionali, questi potrebbe subire un processo penale ed essere condannato da un tribunale di uno Stato straniero, ma al contempo essere considerato immune dalla giurisdizione civile di quello stesso Stato e quindi non essere tenuto al risarcimento dei danni alle vittime. Una simile eventualità, ci pare, condurrebbe a un'incoerente frammentazione della responsabilità individuale per crimini internazionali.

civile in base alle ordinarie regole dei singoli Stati (che in questo caso potrebbero essere quelle inglesi, dato che gli attori sono inglesi, patiscono i postumi delle sofferenze fisiche nel territorio inglese, e di certo non potrebbero rivolgersi alle autorità giudiziarie dell'Arabia, per ottenere ristoro).³⁰⁷

Si tratta di un tentativo diverso di risolvere il conflitto tra immunità statale e diritto degli individui, che eccezionalmente non passa attraverso lo *ius cogens*. Al contrario l'Autore ritiene che l'argomento della superiorità gerarchica delle norme imperative sia poco pertinente ma anche errata, poiché egli aderisce a quella corrente dottrina secondo cui, nella comunità internazionale, priva di un'autorità accentrata e popolata da Stati con eguale sovranità, non possa parlarsi di alcuna gerarchia. Ciò che assicura la prevalenza e l'inderogabilità dello *ius cogens* è solo ed esclusivamente la sua specificità e sopravvenienza, in aderenza ai tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie.

Può dirsi, in buona sostanza, che in tale momento storico, la regola immunitaria non è surclassata, in quanto consuetudine, da norme di rango più elevato, ma è semplicemente ristretta ad atti pubblici che siano effettivamente estrinsecazione della sovranità degli Stati, nella piena legittimità e tollerabilità di questa, con conseguente esclusione dei comportamenti statali obbrobriosi, che non trovano giustificazione alcuna nella potestà sovrana. Obbrobrio e *opinio iuris* sono già di per sé ontologicamente incompatibili, e si escludono a vicenda senza scomodare alcuna teoria gerarchica.

In quest'ottica evolutiva, l'opinione di Lord Hoffman, che tanto aveva criticato i giudici italiani e greci di gettare il cuore oltre l'ostacolo, rischia essa stessa di rimanere arretrata e di farsi oscurare da un ragionamento meramente politico, che non tiene conto di come la questione immunitaria degli Stati sia e sempre sarà “***une situation en pleine fermentation***” (J.F. Lalive).

Mentre i giudici della maggior parte di Stati continuavano ad escludere che la sentenza Ferrini riflettesse il diritto internazionale e persistevano nell'accordare l'immunità a Stati responsabili di gravi crimini internazionali, la Suprema Corte italiana manteneva ferma il proprio orientamento e lo ribadiva a gran voce nelle pronunce successive al

³⁰⁷ C.CONSOLO, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di “tortura governativa”(saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicendamento giuridico internazionale*. Omaggio ad Aldo Attardi di COLESANTI V. ET ALIOS, Padova, CLEUP, 2009, pp. 307-360.

2004. Se nella sentenza Ferrini l'argomento principale è stato lo *ius cogens*, con particolare rilievo del *locus commissi delicti* nel foro, oltretutto l'emersione di una deroga generale all'immunità statale in presenza di crimini internazionali, nel caso **Borri**, precedentemente richiamato, la Corte ha lasciato supporre che esigenze di giustizia individuali prevalenti potessero nascondersi dietro esigenze statali e ispirare il riconoscimento dell'immunità anche a costo di sacrificare esigenze privatistiche individuali di cittadini italiani. In seguito, nell'ordinanza **Mantelli**³⁰⁸ e in altre identiche del 2008,³⁰⁹ si è parlato di norma "in emersione" ma al contempo "insita" nell'ordinamento internazionale, e l'eccezione umanitaria è stata estesa anche a casi in cui il *locus commissi delicti* non si trovi nel foro,³¹⁰ ossia a crimini internazionali commessi dal regime nazista a danno di cittadini italiani in qualunque angolo del mondo.³¹¹

IV.ii) Cass. Sez. Un. Civ., 29 maggio 2008 n. 14201: il caso Mantelli

La questione affrontata nel caso Mantelli era identica a quella decisa con Ferrini; si trattava sempre di azione per il risarcimento del danno proposta da ex- deportati costretti al lavoro forzato in Germania durante la seconda guerra mondiale.

Giovanni Mantelli e altri cittadini italiani avevano adito il Tribunale di Torino per ottenere adeguato ristoro dalla Germania. Il giudice torinese, da un lato, aveva deciso la causa³¹² disattendendo in maniera sbrigativa l'eccezione immunitaria opposta dalla RFG, dall'altro, si era posto in radicale contrasto con l'orientamento della Suprema Corte, respingendo le richieste attoree sulla base dell'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento.³¹³

³⁰⁸ F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso Mantelli*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 632 ss.

³⁰⁹ Si tratta di tredici ordinanze di contenuto pressoché identico, dalla n. 14200 alla n. 14212, Cassazione, Sezioni Unite civili, 29 maggio 2008, che in sede di regolamento di giurisdizione hanno disconosciuto l'immunità alla Germania.

³¹⁰ Alcune voci in dottrina hanno sottolineato come la Cassazione si sia contraddetta nel 2008, disconoscendo l'importanza del *locus commissi delicti* nel foro adito, quando invece nel 2004, nella sentenza Ferrini, era argomento prioritario nel sostenere il proprio orientamento.

³¹¹ C. FOCARELLI, *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in *Trattato di diritto internazionale*, 2009

³¹² Sentenza Tribunale di Torino, Sez. I civile, *Mantelli Giovanni e altri contro Repubblica Federale di Germania e altri*, n. 7137, depositata il 20 ottobre 2009.

³¹³ P.A. PERINETTO, L. PASQUET, *Immunità a prescrizione come estreme difese degli Stati autori di gravi crimini internazionali: il caso dei deportati italiani*, in *ISPI Analysis*, 2010.

La prescrizione difatti è la reale protagonista della vicenda in esame, e si conferma ennesimo ostacolo procedurale, accanto all'immunità, all'affermazione dei diritti sostanziali delle parti in causa. La prescrizione è stata oggetto di un'argomentazione serrata del giudice di prime cure, giuridicamente impeccabile dal punto di vista del diritto nazionale:³¹⁴ posto che solo i reati per i quali è prevista la pena dell'ergastolo sono imprescrittibili, e che i reati di deportazione e assoggettamento a lavoro forzato non esistono nel nostro ordinamento penale ma sono astrattamente riconducibili alla riduzione in schiavitù (art. 600) e alla tratta di schiavi (art. 601), tali fattispecie non danno luogo ad ergastolo ma solo a reclusione rispettivamente da cinque a quindici anni e da cinque a venti anni, pertanto, la prescrizione per tali fatti, a tutto voler concedere, si estende per un massimo vent'anni. Con la conseguenza, che essendosi consumati tali reati nel 1945, si deve concludere che *“la prescrizione del diritto si sia compiuta da oltre quarant'anni al momento della ratifica dell'atto di citazione”* al tribunale di primo grado.³¹⁵

Il ragionamento del giudice è invece meno condivisibile dal punto di vista del diritto internazionale, se si pensa che la Corte di Cassazione, di fronte ad analoghe domande, aveva ritenuto sussistente il principio dell'imprescrittibilità dei crimini internazionali. In questo senso, il ragionamento del giudice è censurabile non tanto perché non riscontra nel diritto pattizio il citato principio, ma soprattutto perché ha ritenuto che una regola consuetudinaria di imprescrittibilità dei crimini internazionali si sia sviluppata solo a partire dagli anni '60³¹⁶ e che pertanto non abbia potuto avere alcuna efficacia in relazione al caso di specie, poiché sopravvenuta in seguito all'estinzione del reato.

³¹⁴ Si tenga presente che secondo quanto stabilito dall'art. 2947, 3 co, c.c., se l'illecito è anche reato, e per questo è prevista una prescrizione più lunga, trova applicazione questa in luogo di quella civilistica, che è di 5 anni dal giorno di realizzazione dell'illecito. Di conseguenza, se il reato fosse imprescrittibile, lo sarebbe anche l'azione risarcitoria instaurata in sede civilistica.

³¹⁵ Sentenza Mantelli, par.43.

³¹⁶ Il giudice si riferisce agli anni sessanta perché si deve a quegli anni l'emersione della consapevolezza nella comunità internazionale della necessità di regole apposite per sancire l'imprescrittibilità dei reati nazisti. Precedentemente il problema era meno avvertito perché già nel processo Norimberga solo alcune limitate ipotesi di crimini andarono prescritte, dal momento che il processo venne celebrato a distanza di poco tempo dalla fine della guerra. Il decorso del tempo non rappresentava quindi una minaccia di impunità a danno delle vittime. Altri ostacoli vennero superati grazie all'introduzione di norme ad hoc, inserite nella Carta del Tribunale Militare Internazionale (art. 7 relativo all'immunità funzionale, art. 8 relativo al c.d. ordine superiore, art. 12 relativo al processo in contumacia). Con il passare dei decenni il timore di non portare giustizia sui crimini nazisti stimolò la comunità ad elaborare ben due Convenzioni che sancirono l'inapplicabilità del regime ordinario di prescrizione ai crimini internazionali. Si tratta della Convenzione ONU del 26 novembre 1968 e della Convenzione del Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1974. Questi testi hanno però conosciuto un esiguo numero di ratifiche, con la conseguenza che la prescrivibilità dei gravi crimini commessi dai nazisti rimane ancora oggi ancorata alle norme nazionali.

Siccome il diritto internazionale viene recepito dall'ordinamento interno soltanto qualora non si ponga in contrasto con i principi fondamentali e inderogabili sanciti nella Costituzione, e considerato che l'introduzione nell'ordinamento italiano di una regola consuetudinaria posteriore e più sfavorevole al reo contrasterebbe con il divieto espresso dell'art. 25, co. 2, della Costituzione, il recepimento di siffatta regola non sarebbe possibile.

L'approccio del giudice di primo grado dev'essere però respinto, per diverse ragioni: in *primis*, perché egli concentra la propria argomentazione sul solo diritto interno, rifiutando un'analisi sistematica e complessiva del diritto internazionale. Ma soprattutto perché esistono numerosi strumenti ufficiali dai quali desumere l'esistenza di una consuetudine sull'imprescrittibilità di tali crimini anteriore al 1945: tra questi, la Convenzione dell'Aja sulle leggi e gli usi della guerra terrestre del 1907, e la nota sentenza *Priebe* (sentenza del 22 luglio 1997), nella cui motivazione il Tribunale militare di Roma riconosce carattere di *ius cogens* al principio dell'imprescrittibilità dei crimini di guerra.

Inoltre, a ben vedere, anche il principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege* è di matrice internazionale ed è parimenti soggetto ad adeguamento automatico ex art. 10 Cost., pertanto il contrasto normativo potrebbe essere risolto in due modi: o si affida al giudice il compito di bilanciare i due opposti principi di origine internazionale, in un'ottica di attuazione della giustizia sostanziale, oppure si considera il principio di imprescrittibilità espressione della tutela dei diritti fondamentali sancita dall'art. 2 della Costituzione. In tal caso, troverebbe chiaramente applicazione la norma prioritaria, ossia l'art. 2 Cost, inserito tra i principi generali della Costituzione.³¹⁷

Sul fronte dell'immunità, la Cassazione nell'ordinanza Mantelli ha mantenuto le proprie convinzioni, esprimendosi con la seguente massima: “*Il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il valore di principio fondamentale, riducendo la portata e l'ambito di altri principi ai quali tale ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello del rispetto delle reciproche sovranità, cui si collega il riconoscimento dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera. Ne consegue che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta - che impone agli Stati l'obbligo di astenersi*

³¹⁷ P.A. PERINETTO, L. PASQUET, *Immunità a prescrizione come estreme difese degli Stati autori di gravi crimini internazionali: il caso dei deportati italiani*, in ISPI Analysis, 2010.

*dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri per gli atti "iure imperii" - non ha carattere incondizionato(...) con la conseguenza che allo Stato straniero non è accordata un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, in presenza di comportamenti di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l'umanità che, in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità.*³¹⁸

Secondo la Corte, nel caso Mantelli, nonostante una norma a favore dell'immunità non sia riscontrabile nella prassi, essa non solo deve considerarsi operante ma anche di rango superiore, poiché il rispetto dei diritti inviolabili della persona ha ormai assunto il ruolo di principio fondamentale per il suo *contenuto assiologico di metavalore*.

IV.iii) Cass., I Sez. penale, 19 giugno 2008, n. 31171: il caso Lozano

Un ulteriore caso che vede protagonista la Cassazione italiana, seppur particolarmente diverso, è la vicenda **Lozano**. Mario Lozano era soldato del contingente militare USA, dislocato con la Forza Multinazionale in territorio iracheno, in servizio come artigliere al posto di blocco istituito il 4 marzo 2005 all'intersezione tra Route Vernon e Route Irish verso l'aeroporto di Baghdad (in occasione del passaggio dell'ambasciatore USA). Lozano è stato accusato di omicidio e tentato omicidio di Calipari e Carpani, funzionari del SISMI, in funzione in Iraq per la liberazione della giornalista Sgrena, oltre che della stessa Sgrena, a seguito della liberazione della stessa. La Procura della Repubblica di Roma il 19 giugno 2006 aveva formalizzato la richiesta di rinvio a giudizio per il militare americano: il processo contro Lozano sarebbe stato possibile, secondo la Procura di Roma, essendo stata ipotizzata a suo carico la responsabilità in un "delitto politico che lede le istituzioni dello Stato italiano", una fattispecie riconducibile all'articolo 8 del c.pr.p., che consente di procedere contro chi abbia arrecato offesa a interessi politici dello Stato. Mario Lozano è risultato irreperibile, ed è mancata la collaborazione richiesta agli Stati Uniti, dal momento che le autorità americane avevano respinto una rogatoria internazionale presentata dalla Procura di Roma. Il 25 ottobre 2007, la Terza Corte d'Assise di Roma ha prosciolto l'imputato Mario Lozano non potendo procedere per difetto di giurisdizione. Secondo il giudice italiano, difatti, le

³¹⁸ Cass. Sez. Un. Civ., 29 maggio 2008 n. 14201.

forze multinazionali in Iraq ricadono sotto la giurisdizione penale esclusiva dei rispettivi paesi d'invio in virtù di una consuetudine internazionale, detta "legge dello zaino", che derogherebbe alla norma italiana sull'esercizio dell'azione penale.

La sentenza è stata successivamente impugnata dalla Procura di Roma avanti la Corte di Cassazione la quale con sentenza del 19 giugno 2008,³¹⁹ ha rigettato il ricorso confermando la mancanza di giurisdizione italiana sul caso. La Suprema Corte, ha però smontato le motivazioni addotte dalla Corte d'Assise, valutando «davvero inadeguata» l'interpretazione resa dal giudice di primo grado. Secondo la Cassazione, al momento dei fatti, la missione militare internazionale in Iraq non operava in regime di occupazione militare (come invece sostenuto dalla Corte d'Assise per giustificare l'assenza di giurisdizione), e, in ogni caso, Calipari non faceva parte di detta missione. L'assenza di giurisdizione viene invece motivata con l'esistenza di un'ulteriore consuetudine che garantirebbe l'immunità funzionale, poiché secondo la Corte, l'immunità verrebbe meno soltanto in presenza di una “grave violazione” del diritto internazionale umanitario (ossia al verificarsi di un crimine di guerra o di un crimine contro l'umanità), che però non viene riscontrata nel caso di specie.

Il caso Lozano è profondamente diverso da quelli sin qui considerati perché tratta dell'immunità da giurisdizione **penale** per atti compiuti da organi statali, un soldato nel caso di specie, ma è un chiaro preludio della successiva coraggiosa sentenza **Milde** che riporta nuovamente la Cassazione italiana al centro del dibattito internazionale.

IV.iii) Cass., I Sez. penale, 21 ottobre 2008, n. 1072: la sentenza Milde

La Corte di Cassazione, I Sez, penale, con la sentenza **n. 1072 del 21 ottobre 2008** ha confermato la condanna della Repubblica Federale di Germania in qualità di responsabile civile, al risarcimento dei danni ai parenti delle vittime della strage di Civitella, Cornia e S. Pancrazio (203 civili uccisi, il 26 giugno del 1944, in rappresaglia per l'uccisione di 4 soldati tedeschi). La RFG era stata citata in giudizio nell'ambito del procedimento militare a carico di Max Josef Milde ed era stata condannata, in solido con quest'ultimo, al risarcimento dei danni ai familiari delle vittime, costituitisi parte

³¹⁹ Cassazione, Sezione I penale, sent. n. 31171 del 19 giugno 2008, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p.1223 ss. Per maggiori approfondimenti cfr. RONZITTI, *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, ivi, p. 1033 ss.

civile nel processo penale³²⁰ e la condanna era stata successivamente confermata in appello (Corte militare di appello, 18 dicembre 2007).

La Germania veniva condannata come responsabile civile poiché l'atto posto in essere oltre ad essere imputabile all'individuo, era altresì imputabile allo Stato in cui costui rivestiva le funzioni di organo. Avverso tale sentenza aveva proposto ricorso per cassazione la RFG, denunciando in primo luogo la violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con l'art. 77 del Trattato di pace del 10 febbraio 1947³²¹ e con l'Accordo per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario sottoscritto a Bonn il 2 giugno 1961³²² tra la RFG e Italia. La RFG aveva impugnato la sentenza sostenendo altresì che l'esercizio della giurisdizione civile italiana fosse precluso dalla piena operatività della norma che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera.

Tuttavia, la Suprema Corte ha ribadito con chiarezza la possibilità di fare eccezione alla consuetudine immunitaria in caso di gravi violazioni dei diritti umani, confermando pienamente l'indirizzo assunto nei casi Ferrini e Mantelli.

Si tratta di un precedente di grande importanza, non solo nel panorama italiano ma nello scenario internazionale: la responsabilità di un grave crimine internazionale è attribuita, da un giudice interno, sia a un **organo straniero** (sotto il doppio profilo di responsabilità penale e civile) sia allo **Stato** di appartenenza dell'organo in qualità di responsabile civile. Tale duplice (o triplice se si vuole) attribuzione acquista un rilievo ancor più grande alla luce del fatto che la RFG non ha contestato né l'accertamento dei fatti compiuto dal Tribunale militare di La Spezia e confermato dalla Corte militare di Appello, né l'attribuzione ad essa della responsabilità civile per i crimini compiuti da Milde. Ne consegue, come rilevato dai giudici, che *“la ricostruzione dei fatti è ormai oggetto di accertamento non più controvertibile”*, così come la qualificazione della violazione dell'art. 185 del c.p.m.g. alla stregua di crimine di guerra. Definitiva è da considerarsi anche l'attribuzione degli atti di Milde alla RFG, visto quest'ultima non ha

³²⁰ Cfr. Tribunale militare di La Spezia, 10 ottobre 2006, che condannava il Milde all'ergastolo ai sensi dell'art. 185 c.p.m.g., per il delitto di violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata.

³²¹ Ratificato e reso esecutivo con d.lgs. 28 novembre 1947, n. 1430.

³²² Reso esecutivo con d.P.R. 14 aprile 1962, n. 1263.

contestato il fatto di poter essere chiamata a rispondere delle condotte illecite poste in essere, durante la seconda guerra mondiale, dalle truppe del Terzo Reich.³²³

Nella sentenza in esame i giudici hanno affermato - riprendendo sia la sentenza Ferrini sia l'obiter dictum inserito nella sentenza Lozano - che in caso di conflitto tra due norme antinomiche debba prevalere il "*principio di rango più elevato e di ius cogens, quindi (...) la garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana*".

Richiamando ancora la *Normative Hierarchy Theory*, la Corte si è però esposta nuovamente alla critica principale formulata dai detrattori di questa posizione.

V)Atteggiamento critico della dottrina italiana

La prima nota e classica obiezione che la stessa dottrina italiana³²⁴ ha sollevato contro la sentenza Milde è legata all'impossibilità di ravvisare un contrasto tra norme sostanziali a tutela dei diritti umani e norme procedurali che configurano l'immunità come una condizione di improcedibilità del giudizio. Tuttavia la Corte, pur giustificando la prevalenza delle norme poste a tutela della dignità umana in ragione della loro superiorità gerarchica, non aderisce a una logica puramente formalistica, ma intende piuttosto dare corpo a un'interpretazione di carattere sistematico orientata a garantire il primato dei valori fondamentali tutelati dall'odierno diritto internazionale. In questo senso va riconosciuto alla Suprema Corte il coraggio di svolgere compiutamente il ruolo di interprete, non solo del proprio diritto interno ma anche del diritto internazionale, con la piena consapevolezza che in un settore come quello della tutela dei diritti umani, l'opera ermeneutica del giudice interno riveste un'importanza cruciale. Ed è proprio nel tentativo di dare valore al suo ruolo di interprete che la Corte ha constatato, in riferimento alla propria giurisprudenza, che negli ultimi anni si è affermato "*un indirizzo sufficientemente univoco, onde deve riconoscersi che la posizione interpretativa che esclude l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*

³²³ M. FRULLI, *La derogabilità della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella di Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3 n. 2, 2009.

³²⁴ Per una critica generale ed esaustiva cfr. C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: La Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 2, 2009, p. 363.

nell'ipotesi di crimini internazionali rappresenta ormai un punto fermo nella giurisprudenza di legittimità.” È una conferma il fatto che la Corte non ha voluto richiamare la giurisprudenza di altri Paesi nel tentativo di dimostrare l'esistenza di una consuetudine che generalmente deroghi all'immunità degli Stati. I giudici hanno fatto rinvio alla giurisprudenza straniera menzionata nelle proprie precedenti decisioni, ma hanno voluto al contempo sottolineare che, per quanto l'esame della prassi giurisprudenziale dei vari Stati sia uno strumento importante per l'accertamento delle norme di diritto internazionale, il compito del vero interprete non può limitarsi ad un mero “computo aritmetico” dei dati desunti dalla prassi.

Merita infine rilevare che la Cassazione ha respinto le eccezioni della RFG fondate sulla presunta violazione dei trattati del 1947 e del 1961. In precedenza, la Corte si era limitata a rilevare che tali accordi non potevano costituire la base per affermare il difetto di giurisdizione del giudice italiano poiché si riferivano a rapporti sostanziali e non di giurisdizione. In questo caso, invece, la Cassazione ha sostenuto che il Trattato di pace del 1947 non può essere chiamato in causa poiché la RFG non ne è parte. Per quanto attiene al Trattato del 1961, la Corte ha statuito che esso riguarda le rivendicazioni economiche pendenti al momento della sua firma e non può quindi applicarsi a una causa sorta in un momento successivo. Avendo così escluso l'applicazione di entrambi i trattati, la Corte non ha dovuto pronunciarsi sull'eventuale contrasto tra le norme ivi contenute e le norme poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.³²⁵

I problemi che l'orientamento assunto nella sentenza Milde può generare sono facilmente intuibili. Ancora una volta è di importanza preliminare comprendere quale ruolo specifico attribuire alla prassi internazionale. Il comportamento che la generalità degli Stati segue, con la convinzione della sua doverosità giuridica, corrisponde a quanto gli Stati, destinatari del diritto internazionale, considerano o meno il diritto internazionale “comune”. Se i giudici di uno Stato applicano una norma internazionale non condivisa dalla generalità degli Stati, allora non si tratta di una norma internazionale. La prassi generica sui diritti umani e sui crimini internazionali, benché possa trovare alle volte conferma, non può assorbire e rendere irrilevante la prassi

³²⁵ M. FRULLI, *La derogabilità della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella di Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3 n. 2, 2009.

specifica sul diniego dell'immunità, soprattutto se questa prassi, come nel caso di specie, è di segno contrario.

Può una Corte dedurre, per via logica, sulla base di giudizi di valore,³²⁶ un'eccezione alla consuetudine immunitaria che trova invece forte riscontro sul panorama internazionale? Il rischio, facilmente avvertibile, è quello di cedere ad un "*ingenuo umanitarismo, difficile poi da difendere sul lungo periodo e in egual misura nei confronti di qualsivoglia Stato.*"³²⁷

D'altro canto bisogna tenere in debita considerazione che una posizione sfavorevole al diniego dell'immunità verso Stati responsabili di crimini internazionali non significa assumere una difesa, seppur indiretta, dei medesimi, denunciare cioè una propria complicità in merito. Come è stato giustamente rilevato, un conto è la condanna morale e politica dei crimini, che deve essere mantenuta ferma e assoluta, altro è la questione se i responsabili possano essere puniti penalmente, o se uno Stato possa essere sottoposto a giudizio civile ai fini del risarcimento, e come va trattata la sua responsabilità sul piano internazionale di fronte agli altri Stati.³²⁸ Le valutazioni giuridiche non sempre seguono quelle morali o politiche. È al contrario, garanzia suprema di imparzialità e correttezza che il diritto si mantenga impermeabile ai giudizi di valore di chi in concreto lo amministra.

Resta inoltre da tenere sempre in conto che la responsabilità penale del reo e quella civile dello Stato per conto del quale agisce, poggiano su basi giuridiche diverse, non seguono gli stessi criteri, e presentano elementi differenziali che possono giustificare approdi eterogenei. E anche questo punto risulta confuso nelle argomentazione della giurisprudenza italiana.

Non è uscito indenne da critiche neanche l'approccio sistematico utilizzato dalla Corte, inaugurato dalla sentenza Ferrini ma fortemente ribadito nel caso Milde. La Cassazione si è a lungo soffermata, a monte, sul "metodo" da seguire nella rilevazione della consuetudine internazionale. Taluni hanno evidenziato che per quanto risulti innovativa l'idea di valutare la qualità della prassi internazionale, piuttosto che la quantità, e di stimolare l'opera ermeneutica del giudice al riguardo, questo argomento non può essere

³²⁶ C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: La Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 2, 2009, p. 363.

³²⁷ C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 365.

³²⁸ C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 365.

utilizzato come escamotage a cui ricorrere quando ci si accorge che la giurisprudenza internazionale non si presta ad agevole rilevazione. “Soprattutto lascia perplessi - si afferma - che la prassi internazionale possa essere ignorata o sottovalutata semplicemente sostenendo che è difficile da rilevare e che non si presta ad una rilevazione di tipo aritmetico.”³²⁹ Se quello che si cerca è una norma internazionale generale che deroghi all’immunità quando siano stati commessi crimini internazionali che abbiano pesantemente violato i fondamentali diritti umani, è proprio il “computo aritmetico” che consente di capire quanti Stati condividono tale impostazione e quanti vi si oppongono. Il punto, da cui è difficile prescindere, è che oggettivamente, quanto meno al momento in cui la Suprema Corte si esprime, sono preponderanti i casi che riconoscono l’immunità rispetto a quelli che la negano, e ciò denota, in maniera fin troppo nitida, che una condivisione generale per derogare all’immunità non esiste. Si tratta delle stesse considerazioni avanzate dalla dottrina italiana all’epoca Ferrini, ma esse trovano ancora attualità con riferimento al caso Milde.

Il rischio, anche in questo caso, è che il diritto internazionale venga inventato su misura, sobillato da giudizi morali che nulla hanno a che vedere con le questioni giuridiche, che hanno invece natura tecnica e professionale. Il diritto internazionale, moralizzato, perderebbe la propria credibilità e ciò potrebbe portare al punto paradossale di non seguire una norma condivisa dalla generalità degli Stati, perché non sorretta da altrettanta comunanza etica.

La sovranità statale coesiste con le altre in una comunità qual è quella internazionale che è per definizione paritetica e orizzontale. La sovranità di ciascuno Stato è “rotta” da norme internazionali che imponendosi sul diritto interno, consentono un’esistenza comune e civile. Tali norme esistono in quanto, e nei limiti in cui, sono accettate dalla generalità degli Stati che autolimitano il proprio imperio aderendovi. Potrebbe sembrare allora che la Corte italiana utilizzi la categoria dei crimini internazionali per andare deliberatamente *oltre*³³⁰ il diritto internazionale vigente, per rompere l’attuale ambito della sovranità statale come delimitata nella comunità internazionale.

In definitiva si potrebbe dire, con esclusivo riferimento alla sentenza Milde, che essa abbia perso di vista l’obiettivo posto con la giurisprudenza Ferrini, ossia la *mera promozione*, e non già l’affermazione, di una nuova consuetudine derogatoria.

³²⁹C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 368.

³³⁰C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 372.

Chiudendosi autisticamente in una serie di valutazioni qualitative in cui difficilmente poteva essere seguita, la Suprema Corte ha abbandonato il terreno promozionale che risultava l'unico sul quale avrebbe potuto apportare un contributo coerente e costruttivo.³³¹

Riportata la voce autorevole di parte della dottrina italiana, il mio parere è che non si può negare l'audacia della sentenza in commento: per la prima volta si parla di responsabilità penale e civile dell'organo di Stato e di condanna in solido quale responsabile civile dello Stato; per la prima volta la Cassazione, forse oramai consapevole di non trovare un appoggio massiccio nella prassi internazionale, non tenta di rinvenire precedenti conformi dalle giurisprudenze estere, come invece aveva fatto nel caso Ferrini; inoltre la Corte ha già subito un processo di isolamento e si è già sottoposta ad aspra critica, perfino nel panorama italiano, dal 2004 in poi, e ha ciononostante rimarcato il proprio orientamento, in termini ancora più nitidi e convinti; ha confermato che l'unico atteggiamento che intende assumere è ancora una volta quello sistematico volto all'attuazione di una giustizia sostanziale, per il cui avverarsi occorre un'impresa di bilanciamento continua da parte dei servitori della giustizia di ciascuno Stato, compito a cui nello specifico i giudici italiani non si sono mai sottratti; soprattutto, la Suprema Corte riflette l'immagine innovativa della giurisprudenza italiana, esempio di *judicial activism*, pioniera di epocali *revirement*, e non serve ricordare ancora una volta che ciò la contraddistingue in modo esemplare e senza soluzione di continuità dai primi decenni del '900, specialmente in tema di immunità.

Chiaramente il diritto vive all'interno di un ordinamento specifico e oltre a costruire le sue fondamenta, a sua volta non può tenersi distante dall'atteggiamento che l'ordinamento stesso assume verso le questioni giuridiche. Per quanto la giustizia debba mantenere alto il baluardo della sua indipendenza, soprattutto dal potere esecutivo, non si può sostenere l'illusoria teoria che sia totalmente libera del suo peso e dagli effetti che quello genera. Allora non ci si può esimere dal riportare quelle che sono state le considerazioni dello Stato italiano all'indomani dell'inaugurazione dell'indirizzo Ferrini e nel prosieguo del suo consolidamento, chiaramente intrise di motivazione politica.

³³¹ C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: La Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 2, 2009, p. 363.

In un'intervista alla *Sueddeutsche Zeitung* il 20 giugno 2008, l'allora Ministro degli Affari Esteri italiano Franco Frattini qualificava come "pericolose" le recenti pronunce della Corte di Cassazione che hanno negato l'immunità dalla giurisdizione alla Germania, aggiungendo che *"se i tribunali decidessero caso per caso se ad uno Stato spetta l'immunità, il principio dell'immunità degli Stati diventerebbe imprevedibile."*³³² Sulla stessa sentenza Ferrini, l'Avvocatura Generale dello Stato, presentando la posizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, favorevole all'immunità, ha dichiarato che essa costituisce un *"unicum nel panorama della giurisprudenza nazionale ed internazionale"* e quindi un *"caso completamente inidoneo a creare una regola di diritto internazionale"*.³³³

Si tratta di dichiarazioni esaustive, che non necessitano di commenti, e che nel beneficio dell'infelice nitidezza che le contraddistingue, illustrano chiaramente la posizione di chiusura dello Stato italiano all'epoca dei fatti, in forte contrasto con la voce di una giustizia costantemente bisognosa di ascolto.

³³²In http://www.esteri.it/MAE/IT/Stampa/Sala_Stampa/Interviste/2008/06/20080620_SueddeutscheZeitung.htm?LANG=IT.

³³³ Memoria presentata all'udienza camerale del 6 maggio 2008, reperibile presso il Ministero degli Esteri.

CAPITOLO 4

JURISDICTIONAL IMMUNITIES OF THE STATE: GERMANIA V. ITALIA DIFRONTE ALLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

I) Considerazioni preliminari

I.i) Il ricorso della RFG e la causa riconvenzionale

La condanna per i fatti di Civitella, l'iscrizione di ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, il pignoramento di crediti della *Deutsche Bank*,³³⁴ avevano trascinato la Germania in una profonda stretta giudiziaria, dalla quale lo Stato tedesco aveva tentato di riscattarsi per mezzo di un'intensa attività diplomatica. Poiché la via tracciata dall'esecutivo non aveva condotto ad alcun risultato pratico, e poiché sul piano processuale, eccettuata la sentenza Milde, era stato trattato solo il punto della giurisdizione, la Germania aveva ancora l'opportunità di uscire indenne dalla forte pressione giudiziaria puntando sul merito. Ulteriori processi a carico della Germania, tuttavia, potevano esporla ad un alto rischio di condanne, e al di là dei possibili esiti, la loro stessa celebrazione avrebbe potuto macchiare d'impopolarità lo Stato tedesco, riportando nella memoria delle ultime generazioni gli orrori perpetrati dal regime nazista.³³⁵

Tali considerazioni strategiche hanno convinto la Germania ad investire le proprie energie processuali al fine di ottenere l'immunità per gli eccidi della seconda guerra mondiale, e l'impossibilità di esperire la via interna (a causa del trend solidamente consolidato in Italia) l'ha costretta ad optare per quella internazionale.

Il 23 dicembre 2008, la RFG avviava un procedimento contro l'Italia dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja, l'istituzione adibita dalla Carta della Nazioni Unite ad organo giudiziario principale dell'Organizzazione nonché esclusiva affidataria della

³³⁴ Nel dicembre del 2009 il Tribunale di Roma aveva disposto il pignoramento dei crediti della *Deutsche Bank* presso le Ferrovie Italiane, ossia della quota di spettanza della DB per tratti di percorrenza in Germania, sui biglietti internazionali emessi dalle Ferrovie.

³³⁵ A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 211, pp.271-297.

missione di conformare al diritto internazionale qualunque divergenza sottoposta alla propria cognizione.³³⁶

La RFG chiedeva alla CIG di accertare la violazione del diritto internazionale in cui era incorsa l'Italia, avendo i suoi giudici: 1) negato l'immunità alla Germania nei processi avviati da vittime italiane per il risarcimento dei crimini di guerra commessi tra il settembre 1943 e il maggio 1945; 2) riconosciuto la sentenza greca sulla strage di Distomo e conseguentemente iscritto ipoteca giudiziale su Villa Vigoni; 3) concesso l'exequatur alla sentenza greca di condanna della Germania al risarcimento dei danni a favore delle vittime del massacro di Distomo. In aggiunta la Germania chiedeva la condanna dell'Italia, responsabile di tali illeciti internazionali, a garantire che le decisioni emesse dalle autorità giudiziarie italiane nei riguardi della Germania rimanessero prive di effetti, ad impedire ai giudici italiani di occuparsi di ulteriori giudizi, anche futuri, aventi analoga *causa petendi*, a fornire insomma adeguata riparazione e garanzie di non reiterazione.

La CIG, ricevuta l'istanza tedesca, fissava le successive scadenze processuali concedendo sia alla Germania di depositare un'ulteriore memoria (entro il 23 giugno 2009), sia all'Italia di depositare una propria replica (entro il 23 dicembre 2009). Un primo elemento singolare nelle scelte della Corte riguarda l'aver concesso egual tempo di difesa sia alla parte attrice che alla parte convenuta, quando invece i termini di difesa devono essere dettati ad esclusiva tutela della parte che viene da altri citata in giudizio, perché possa organizzare le proprie energie processuali che non avrebbe altrimenti utilizzato. La parte attrice, per logica, avendo preso l'iniziativa di adire l'autorità

³³⁶ Statuto della Corte Internazionale di Giustizia del 26 giugno 1945 (R.U. 0.193.501) Art. 36 1. La competenza della Corte si estende a tutti gli affari che le parti le sottoporranno, come pure a tutti i casi specialmente previsti nella Carta delle Nazioni Unite e nei trattati e convenzioni in vigore. 2. Gli Stati parti del presente Statuto possono in qualsiasi momento dichiarare di riconoscere come obbligatoria, di pieno diritto e senza convenzione speciale, in confronto di ogni altro Stato che accetti lo stesso obbligo, la giurisdizione della Corte su tutte le divergenze di ordine giuridico aventi per oggetto: a) l'interpretazione di un trattato; b) qualsivoglia questione di diritto internazionale; c) l'esistenza di qualunque fatto il quale, se fosse provato, costituirebbe violazione di un impegno internazionale; d) la natura o la portata della riparazione dovuta per la violazione di un impegno internazionale. 3. Le surriferite dichiarazioni possono essere fatte puramente e semplicemente o sotto condizione di reciprocità da parte di parecchi o di certi Stati ovvero anche per un dato termine. 4. Queste dichiarazioni sono consegnate al Segretario generale delle Nazioni Unite il quale ne trasmette copia alle parti del presente Statuto come pure al Cancelliere della Corte. 5. Le dichiarazioni fatte in applicazione dell'articolo 36 dello Statuto della Corte permanente di Giustizia internazionale per una durata che non è ancora spirata sono considerate, nei rapporti tra parti del presente Statuto, come accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di Giustizia per la durata che rimane da trascorrere secondo queste dichiarazioni e conformemente ai loro termini. 6. In caso di contestazione circa il sapere se la Corte sia o non sia competente, decide la Corte.

giudiziaria, ha avuto tutto il tempo per organizzare il proprio attacco in processo. Inaspettatamente³³⁷ l'Italia, nel termine indicato, invece che una mera replica, depositava una domanda riconvenzionale, sfruttando il potere concessole dall'art. 80 del Reg. CIG. L'Italia, sostenendo la commissione ad opera della Germania di illeciti internazionali durante il Terzo Reich, chiedeva alla CIG: 1) di rigettare le richieste attoree; 2) di accertare la responsabilità della Germania nell'aver negato i risarcimenti dovuti; 3) di condannare la Germania alla cessazione dell'illecito e al pagamento dei debiti a favore delle vittime.³³⁸

Chiarito l'oggetto del giudizio di fronte alla CIG, è opportuno segnalare la presenza di un terzo Stato che prendeva parte al contenzioso. La Grecia aveva deciso infatti di intervenire nel processo "*in the aspects of the procedure relating to judgement rendered by its own (domestic Greek) Tribunals and Courts on occurrences during World War II and enforced by the Italian Courts*". L'interesse della Grecia ad intervenire si fondava sulla tutela dei suoi "*sovereign rights and jurisdiction enjoyed by Greece under general international law*" ed era pienamente condivisibile alla luce del fatto che il *claim* tedesco tendeva ad intervenire su pronunce italiane strettamente attinenti alle vicende greche. Si trattava chiaramente di una sorta di intervento adesivo dipendente,³³⁹ per tale motivo non si poneva un problema di competenza della CIG, essendo stata la richiesta di intervento presentata ex art. 62 dello Statuto della Corte,³⁴⁰ e quindi prescindendo da base giurisdizionale. In sostanza, ciò significava, che per decidere sulla richiesta di intervento, la CIG non doveva verificare l'esistenza di una clausola compromissoria o altro titolo idoneo sussistente tra Germania Italia e Grecia.

³³⁷ Si deve dire "inaspettatamente" per via della posizione italiana espressa a chiare lettere già dalla nota sentenza Ferrini. L'atteggiamento del governo italiano è stato già commentato, come anche le sue istantanee iniziative per porre riparo all'ardua apertura della magistratura. Mi riferisco al già citato d.l. 63/2010, volto a sospendere l'efficacia di titoli esecutivi adottati contro qualunque Stato estero o organizzazione internazionale impegnato con ricorso contro l'Italia davanti alla CIG, sul tema immunitario. Commenti critici sono stati ampiamente espressi da N. RONZITTI, in "*La prescrizione rischia di mettere in forse l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini*", in *Guida al diritto* 20/2010, p. 29; A. ATTERITANO, in "*Il DL 63/2010 compromette il diritto dell'individuo ad un'effettiva tutela giurisdizionale*", disponibile su www.sidi-isil.it; Più favorevoli F. SALERNO, con "*Esecuzione in Italia su beni di Stati stranieri: il D.L. 28 aprile 2010, n. 63*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 2011; E. SCISO, "*L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione dopo la conversione del decreto-legge 28 aprile 2010 n. 63*", in *Rivista di diritto internazionale* 2010, p. 802 ss.

³³⁸ Il *counter-claim* italiano è contenuto della *Counter-Memorial of Italy* del 22 dicembre 2009, pp. 128-134.

³³⁹ Così verrebbe definito dal codice di procedura civile italiano, nello specifico dall'art. 105, 2 co.

³⁴⁰ Art. 62 1. Quando uno Stato reputi avere un interesse d'ordine giuridico in un litigio, può chiedere alla Corte d'essere ammesso ad intervenire in causa. 2. La Corte decide.

Già in altra occasione,³⁴¹ la Corte aveva statuito che se uno Stato terzo intende intervenire al solo fine di informare la Corte dei suoi interessi, non assumendo lo status di parte nel procedimento, non necessita di titolo giurisdizionale. La CIG ha dato notizia dell'intervento della Grecia con un Press Release del 17 gennaio 2011.

I.ii) L'ordinanza del 6 luglio 2010

La CIG rispondeva alla domanda riconvenzionale italiana con ordinanza pubblicata il 6 luglio 2010, adottata con 13 voti a favore (compreso il voto del giudice *ad hoc* Giorgio Gaja) e il voto contrario del giudice Cançado Trindade, che si esprime con *dissenting opinion*.³⁴²

L'ordinanza rigettava la domanda italiana per carenza di giurisdizione della Corte. Difatti le parti erano state autorizzate a depositare memorie sulla giurisdizione della Corte ma non erano state convocate in udienza. Il particolare non è irrilevante poiché, trattandosi di obbligo della Corte e non di mero potere discrezionale, la mancata comparizione costituiva un errore procedurale, che venne prontamente denunciato con apposita dichiarazione dal giudice Gaja.³⁴³ Ulteriore svista procedurale, che si somma a quella relativa ai tempi di difesa di cui sopra, entrambe a sfavore dell'Italia.

Ai sensi dell'art. 80 del Reg. CIG, una domanda riconvenzionale è ammissibile allorquando rientri nella giurisdizione della Corte e sia connessa alla causa principale. La declinatoria di giurisdizione della Corte ha pertanto reso superfluo l'esame del secondo requisito.

L'Italia e la Germania fondavano la giurisdizione della Corte sulla clausola compromissoria collocata all'art. 1 della *European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes*, in base al quale le Alte Parti Contraenti si obbligavano a sottoporre al sindacato della CIG tutte le “*international legal disputes*” che potessero insorgere tra di esse, tra cui quelle concernenti “*the existence of any fact which, if*

³⁴¹ Il precedente di riferimento è il caso *Land and Maritime Boundary(Nigeria c. Camerun)*, ordinanza del 21 ottobre 1999.

³⁴² A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 211, pp.271-297.

³⁴³ Sul sito www.icj-cij.org si legge “ in the case in hand, an oral hearing would probably have helped the Court to identify more precisely the date when the dispute arose and the facts and the situations to which the dispute related”.

established, would constitute a breach of any international obligation".³⁴⁴ Tuttavia la Germania contestava che i fatti lamentati dall'Italia nei propri riguardi avessero data di gran lunga precedente al 18 aprile 1961, ossia all'entrata in vigore della Convenzione, trattandosi dei crimini perpetrati durante la seconda guerra mondiale, e l'art. 27 della Convenzione europea escludeva espressamente dall'ambito di applicazione le controversie basate su fatti anteriori all'entrata in vigore. Ma a ben vedere la logica seguita dalla difesa tedesca non trovava alcuna giustificazione, poiché l'illecito che l'Italia chiedeva alla CIG di accertare e per il quale chiedeva condanna della Germania, non consisteva nella commissione degli orrori nazisti, ma nel mancato risarcimento dei danni conseguenti. Un illecito quindi ancora in atto, posto che innumerevoli cittadini non hanno ottenuto ristoro alcuno in data attuale. D'altronde, anche la domanda tedesca aveva ad oggetto illeciti successivi e meramente connessi ai crimini nazisti, per cui se la semplice connessione a tali crimini permetteva di contestare la giurisdizione della CIG, analoga perplessità avrebbe dovuto sollevarsi verso l'istanza attorea.

La CIG, comunque, nel respingere la riconvenzionale italiana, non ha aderito al ragionamento della RFG, ma ha semplicemente ritenuto che l'Italia, aderendo al Trattato di pace del '47, abbia rinunciato a far valere le proprie pretese e quelle dei suoi cittadini nei riguardi dello Stato tedesco, e siccome tale rinuncia risaliva al 1947, essa non rientrava nell'ambito di applicazione della Convenzione europea, per cui la clausola compromissoria ivi contenuta non poteva dispiegare effetto alcuno.

L'ordinanza adottata dalla Corte contiene un grave errore: l'Italia non ha chiesto l'accertamento della sussistenza in capo alla Germania dell'obbligo di riparazione, bensì l'accertamento (con successiva condanna) dell'illecito compiuto dallo Stato tedesco e consistente nel non risarcire le vittime di guerra, nonostante la premessa di un obbligo di risarcimento che l'Italia dà per scontato (o che al massimo si pone come questione pregiudiziale da accertare rispetto a quella principale appena descritta). Senonché la Corte avrebbe dovuto esclusivamente verificare quand'è che l'illecito contestato, ossia il diniego di risarcimento, sarebbe stato commesso, e non quando l'obbligo di riparazione sarebbe venuto ad esistenza. E non avrebbe potuto concludere con esito diverso dall'affermazione della propria *potestas iudicanti*, posto che l'illecito in

³⁴⁴ P. P. RIVELLO, "La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati", in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.

questione ha carattere continuativo e le richieste di risarcimento di fronte alle quali si è prodotto il rifiuto dello Stato tedesco, sono state presentate negli anni '90.

In definitiva, il diritto al risarcimento sarebbe sorto prima del 18 aprile 1961 ma la sua negazione sarebbe successiva. Chiaramente, se la Corte avesse analizzato il momento in cui veniva ad esistenza l'obbligo risarcitorio, come ha fatto, il suo esame si sarebbe giustamente e prevedibilmente concluso con la constatazione che la rinuncia operata con il Trattato di Pace del '47 effettuata dall'Italia, ha estinto qualsiasi obbligo tedesco. Ma in realtà, anche seguendo tale iter logico, non si deve dimenticare che constatare la sopravvenuta estinzione di un'obbligazione non è valutazione che rientra nell'esame della giurisdizione, bensì nel merito.

Tantissimi aspetti sono stati ricondotti dalla CIG alla mera giurisdizione, tra questi ad esempio l'efficacia temporale della rinuncia italiana risalente al '47. Difatti non sarebbe stato illogico avanzare delle perplessità sul punto, di fronte all'attuale nuovo assetto del diritto internazionale, che possiede norme dalla forza cogente dapprima sconosciute, ossia norme imperative che si impongono su qualunque altra norma dell'ordinamento, e data l'esistenza, tra queste stesse, di un divieto di commissione di crimini internazionali. In altri termini sarebbe stato doveroso sottoporre la rinuncia italiana ad una verifica di resistenza rispetto all'art. 64 della Convenzione sul diritto dei trattati (inerente la prevalenza dello *ius cogens*). Avrebbe necessitato di approfondimento anche l'interpretazione stessa dell'art. 77 del Trattato, in base al quale "*Italy waives on its own behalf and on behalf of italian nationals all claims against Germany and German nationals outstanding on May 8, 1945*". La disposizione sembra infatti riferirsi ai *claims* pendenti in data 8 maggio, non anche ai successivi. Inoltre la Germania non è parte del Trattato, quindi la Corte avrebbe potuto chiedersi se sia realmente efficace una rinuncia ai propri diritti mediante un trattato nei riguardi di un Paese che gli è terzo. Anche a voler considerare l'articolo richiamato come norma a favore di terzo, mancherebbe l'accettazione da parte della Germania, o meglio si dovrebbe verificare se essa sia successiva o meno rispetto al 1961.³⁴⁵

³⁴⁵ Nega che la Germania abbia accettato la rinuncia italiana, la Cassazione italiana con sentenza del 22 febbraio 1953 caso *Ilva c. Mittelmeer Reederei*, in relazione ai fatti occorsi durante il secondo conflitto mondiale.

La Corte avrebbe potuto interrogarsi sull'ulteriore quesito se l'Italia potesse disporre mediante il Trattato, non solo delle proprie pretese, ma anche dei diritti dei singoli consociati.

Inoltre l'Italia negava che l'art. 77 del Trattato costituisse una rinuncia a ogni pretesa nei confronti dello Stato tedesco anche con riferimento a gravi violazioni del diritto internazionale, e indipendentemente dal momento della proposizione della domanda giudiziale. Quand'anche, la Corte avesse riconosciuto tale significato alla disposizione, avrebbe dovuto dichiararne la contrarietà al diritto internazionale, essendo l'obbligo di riparazione connesso alle violazioni di *ius cogens* inderogabile.³⁴⁶

Ma tutte queste considerazioni, che necessitavano di accertamenti di merito, sono state eluse mediante la loro derubricazione a questione di giurisdizione. Tale atteggiamento getta inevitabilmente un'ombra pesante sull'intero procedimento celebrato dalla CIG.³⁴⁷

I.iii) I precedenti tentativi di risarcimento delle vittime di guerra

La Corte internazionale di Giustizia ha avuto modo di soffermarsi sui precedenti accordi intercorsi tra le due Nazioni circa la problematica risarcitoria. Il 2 giugno **1961** Italia e Germania hanno stipulato a **Bonn** due accordi: il primo *agreement* per gli indennizzi a cittadini vittime di persecuzione nazionalsocialiste, il secondo per il regolamento di talune questioni di carattere economico e finanziario, riferibili al periodo temporale compreso tra il 1° settembre 1939 e l'8 maggio 1945. In attuazione degli obblighi assunti, la Germania dovette corrispondere 40 milioni DM all'Italia. Tali accordi facevano salvi i diritti spettanti dalla c.d. **Legge di compensazione**, ulteriore provvedimento adottato dalla RFG nel **1953** avente ad oggetto la compensazione delle "vittime dalla persecuzione nazionalsocialista". Anche questa legge non riguardava in alcun modo i parenti delle vittime dei massacri effettuati nel territorio italiano a titolo di rappresaglia. Oltretutto la stessa legge, successivamente emendata nel 1965, specificava che erano legittimati ad ottenere risarcimento solo coloro che risultavano

³⁴⁶ G. SERRANO, "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

³⁴⁷ A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 211, pp.271-297.

domiciliati o residenti permanenti in Germania o godessero dello status di rifugiato alla data del 1° ottobre 1953.

Per l'Italia gli *agreements* con la Germania rappresentavano la prova che la questione della riparazione non era stata definitivamente risolta con il Trattato di pace del 1947, e soprattutto rivelavano un'esplicita assunzione di responsabilità da parte dello Stato tedesco. Tuttavia, secondo il parere espresso dalla CIG, neanche gli accordi del 1961 potevano valere a fondare la giurisdizione della Corte, rispondendo questi ad una logica di carattere meramente interstatale.³⁴⁸ Gli accordi in questione pretendevano, tra l'altro, che il pagamento ottenuto per il loro tramite rappresentasse lo strumento di definizione finale di tutte le controversie tra Italia e Germania inerenti il problema risarcitorio. Al riguardo il nostro Paese assumeva l'impegno a tener *“indenne la Repubblica federale di Germania e le persone fisiche e giuridiche tedesche da ogni eventuale azione o altra pretesa legale da parte di persone fisiche e giuridiche italiane.”*

A palese dimostrazione del fatto che la vicenda dei risarcimenti sospesi era tutt'altro che risolta, la Germania diede vita alla **Fondazione Memoria, Responsabilità e Futuro**. La CIG ha espressamente affermato come ai fini del giudizio in corso non rilevasse la sua costituzione, né gli iniqui criteri da essa previsti in base ai quali risarcire le vittime di guerra, trattandosi nel caso di specie di atto di liberalità, e non già dell'esecuzione di un obbligo internazionale.

La Fondazione, a cui hanno partecipato anche i pilastri dell'industria alemanna,³⁴⁹ è stata istituita con legge federale del 2 agosto 2000,³⁵⁰ all'esclusivo fine di risarcire i lavoratori coatti del Terzo Reich, ma si è contraddistinta per la presenza di infelici criteri di selezione. Nello specifico, la legge istitutiva della Fondazione le conferiva un capitale di 10 miliardi di marchi tedeschi. I soggetti legittimati a ricevere un risarcimento erano raggruppabili in 4 categorie: persone costrette al lavoro forzato e al campo da concentramento; persone deportate e costrette al lavoro forzato, in condizione di detenzione, in imprese tedesche o presso l'autorità pubblica; persone violate nel diritto di proprietà a causa di politiche discriminatorie; vittime di crimini commessi da

³⁴⁸ A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 211, pp.271-297.

³⁴⁹ Ben sedici le società coinvolte, tra cui Mercedes, Porsche, Siemens, Bayer, Daimler e Allianz.

³⁵⁰ Per un'analisi approfondita cfr. B. FASSBENDER, *Compensation for Forced Labour in World War II: the German Compensation Law of 2 August 2000*, in *International Criminal Justice*, 2005, n. 3, p. 244 ss.

forze naziste. Ma in quest'ultimo caso, la richiesta di risarcimento poteva essere accolta qualora non vi fossero più soggetti delle altre categorie da soddisfare. Inoltre, la Fondazione non erogava danaro alle vittime direttamente, bensì alle Organizzazioni istituite per la tutela dei loro interessi. Incredibilmente la legge non prevedeva risarcimenti a favore dei parenti delle vittime uccise per mano nazista, per coloro che godessero dello **status di prigionieri di guerra**, o per coloro i quali, pur essendo stati deportati, non avessero i requisiti richiesti dalla legge.

Nello specifico i prigionieri di guerra erano esclusi perché norme di diritto internazionale generale legittimavano il loro impiego in attività lavorative (anche se secondo parametri precisi e non nel settore bellico, come era accaduto in Germania). Più precisamente, all'epoca dei fatti, il lavoro forzato era disciplinato dalla Convenzione dell'ILO del 1930 (abrogata nel 1957 con la radicale abolizione del lavoro forzato),³⁵¹ la quale vietava di sottoporre prigionieri di guerra a lavori insalubri o pericolosi, ovvero a funzioni di guerra, quindi proibiva l'utilizzo di essi nelle fabbriche di armi o nel trasporto di armi o munizioni. Sull'esclusione dei prigionieri di guerra dall'area del risarcimento, ebbe modo di pronunciarsi la *Bundesverfassungsgericht*, ossia la Corte costituzionale tedesca, che non ritenne esistere un contrasto con il principio di eguaglianza garantito dalla Costituzione tedesca.

Nel frattempo, più di centotrentamila ex militari italiani internati chiesero di essere risarciti, in quanto la Germania nazista non aveva riconosciuto loro lo status di prigionieri di guerra. Tuttavia si verificò un'ulteriore situazione paradossale: le autorità tedesche sostennero che la Germania nazista non avesse alcun diritto per modificare unilateralmente lo status dei militari italiani internati, e quindi costoro non avevano mai perduto il loro status di prigionieri di guerra, per cui dovevano ritenersi esclusi dai benefici della legge del 2000. Solo tremila richieste di risarcimento vennero accolte, e più di centoventimila respinte. L'effetto surreale stava dunque nell'aver negato agli internati italiani il trattamento da prigionieri di guerra durante il conflitto, e nell'aver poi ritenuto illegittima tale limitazione al momento del risarcimento. Una

³⁵¹ KERN-SOTTAS, "The abolition of Forced or Compulsory Labour", in *Fundamental Rights at Work and International Labour Standards*, Geneva, 2003 p. 44.

penalizzazione doppia, un'ingiustizia passata a cui si sommava un'ingiustizia successiva.³⁵²

Al riguardo la Corte internazionale di Giustizia ha avuto modo di commentare : “*The Court considers that it is a matter of surprise –and regret –that Germany decided to deny compensation to a group of victims on the ground that they had been entitled to a status which, at the relevant time, Germany had refused to recognize, particularly since those victims had thereby been denied the legal protection to which that status entitled them.*”³⁵³

A differenza di quanto sostenuto dalla RFG, il rigetto mediante ordinanza della domanda riconvenzionale italiana, non determinava l'impossibilità di far valere ancora l'inadempimento dell'obbligo risarcitorio della Germania. Semplicemente, non sussistendo giurisdizione della Corte sulla causa riconvenzionale, questo aspetto poteva essere valutato solo come una delle due principali eccezioni sollevate contro la parte avversaria (insieme alla c.d. *tort exception*).³⁵⁴

I.iiii) L'adozione del decreto legge 63/2010

Un'ulteriore anomalia che caratterizzò il contenzioso italo-tedesco davanti alla CIG fu l'adozione del d.l. n 63/2010, convertito in l. 98/2010. Destò enorme scalpore il fatto che ancor prima che la Corte internazionale si esprimesse sulle richieste dello Stato tedesco, l'Italia provvedeva ad esaudirle con un intervento normativo che per quanto potesse fingere di possedere una vocazione generale, rivelava a chiare lettere la sua natura di legge *ad hoc*. Una legge *ad hoc* introdotta per compiacere le pretese di una parte processuale avversa.

Nella sua versione originaria, il d.l. prevedeva la sospensione dell'efficacia dei titoli esecutivi resi nei confronti di Stati esteri o organizzazioni internazionali che avessero presentato ricorso alla CIG per l'accertamento della propria immunità dalla

³⁵² P.P.RIVELLO, “*La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati*”, in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.

³⁵³ Per. 99 della sentenza, disponibile in lingua inglese e francese sul sito www.icj-cij.org. Si aggiunga che nella *dissenting opinion* del giudice Yusuf, questi rileva che la CIG non si sarebbe dovuta limitare ad esprimere “sorpresa e rincrescimento” per un problema così rilevante.

³⁵⁴ G. SERRANO, “*Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

giurisdizione italiana. La sospensione sarebbe cessata a seguito della pubblicazione della sentenza della CIG. Soggetti a sospensione erano anche i procedimenti esecutivi e cautelari fondati su tali titoli, e nel caso in cui i procedimenti fossero ancora in corso al momento dell'introduzione della causa davanti alla Corte internazionale, sarebbero stati chiusi per improponibilità. Il decreto-legge era retroattivo, per cui avrebbe permesso di sospendere l'efficacia dei titoli perfezionatisi prima della sua entrata in vigore. E' lampante il riferimento all'iscrizione di ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, dovuta all'exequatur della sentenza greca di Distomo ad opera della Corte d'Appello di Firenze nel 2007.

Il d.l. è stato oggetto di numerose critiche alla luce di svariate imprecisioni inserite nel testo: *in primis*, era improprio richiamare anche le organizzazioni internazionali, dato che solo gli Stati hanno la possibilità di presentare ricorso alla CIG; *in secundis*, il d.l. si apriva con un fuorviante riferimento al r.d.l. del 30 agosto 1925, n. 1622, che ai fini dell'esecuzione sui beni di Stato straniero, richiedeva l'autorizzazione al Ministro di Grazia e Giustizia. Tale normativa difatti era stata già abrogata dalla Corte Costituzionale, *ergo* non esisteva più nell'ordinamento italiano.³⁵⁵ Inoltre il d.l. parlava di improponibilità dei processi esecutivi o cautelari, ma è noto che l'improponibilità riguarda solo l'azione e non anche il procedimento, che al massimo potrebbe essere improcedibile. Ma soprattutto il diritto alla tutela giurisdizionale dell'individuo appariva eccessivamente compromesso e tale sacrificio non era stato imposto dalla Corte internazionale, la quale non si era ancora pronunciata, ma discendeva da un impegno spontaneo dello Stato italiano, visibilmente interessato ad una regolamentazione dei rapporti interstatuali che non compromettesse le relazioni con la Germania, e dimentico della priorità di assicurare ristoro alle vittime di guerra.

Alla luce delle critiche espresse, in sede di conversione, il d.l. ha subito le seguenti modifiche: è stato stralciato il riferimento al regio decreto sull'autorizzazione ministeriale, è stato eliminato il richiamo alle organizzazioni internazionali, la

³⁵⁵ In passato erano state avanzate proposte di modifica del regio decreto relativamente al punto dell'autorizzazione ministeriale, ma la necessità è venuta meno con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della intera normativa. In argomento, V. STARACE, "Immunità degli Stati stranieri dall'esecuzione e diritto all'indennizzo verso lo Stato italiano: chiaroscuri del progetto governativo", in *Rivista di diritto internazionale* 1989, p. 320 ss, G.GAJA, "L'esecuzione su beni d Stati esteri: l'Italia paga per tutti?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1985, p. 345 ss.

sospensione è stata limitata temporalmente fino al 31 dicembre 2011.³⁵⁶ Non è difficile immaginare che all'indomani della pubblicazione del presente decreto-legge, la Germania abbia cominciato a limitare la presenza dei propri beni nel territorio italiano, al fine di sottrarsi all'esecuzione forzata.³⁵⁷

Per giustificare l'adozione del d.l. 63/2010 e la sua successiva conversione, la dottrina italiana ha fatto riferimento da un lato agli art. 11 e 80 Cost., dall'altro all'art. 10 Cost.. Nel primo senso, la limitazione alla tutela giurisdizionale, garantita dall'art. 24 Cost., sarebbe il frutto di un bilanciamento di valori costituzionali, da un lato l'importanza dell'arbitrato internazionale (art. 80 Cost.), dall'altro l'obbligo di cooperazione con la CIG (art. 11 Cost.). Questa lettura però esaspera i contenuti delle due norme costituzionali, posto che l'art. 80 si limita a riconoscere una competenza esclusiva al Parlamento per l'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali ovvero per la costituzione di arbitrati e regolamenti giudiziari, mentre l'art. 11 codifica uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, ossia lo sviluppo delle relazioni internazionali, a favore delle quali l'Italia acconsente a limitazioni della propria sovranità, purché necessarie ad assicurare la pace e la giustizia. Nessun obbligo di cooperazione con la CIG. Fermo restando che nel caso *de qua*, l'Italia ha agito ancor prima che questa potesse esprimersi.

Invece, la lettura legata all'art. 10 Cost. comporterebbe che il giudice interno ceda il posto a quello internazionale quando si pone l'esigenza di interpretare il diritto internazionale. Ma quale rapporto avrebbe l'Italia con la CIG? è cioè possibile ricostruire il meccanismo giudiziario tra corti italiane e CIG sulla falsa riga di quanto accade nei rapporti tra giudici e Corte costituzionale, ovvero corti interne e Corte di Giustizia dell'UE? E' possibile pensare, in altri termini, all'obbligo di un rinvio pregiudiziale, e quindi all'obbligo di sospendere i procedimenti in corso in attesa della pronuncia richiesta? La risposta deve essere negativa, poiché tali procedimenti

³⁵⁶ Il Governo si è visto costretto a prorogare il termine fino al 31 Gennaio 2012 con l'art. 7 del c.d. DL Milleproroghe (Gazzetta Ufficiale 29 dicembre 2011 n. 302).

³⁵⁷ Nello specifico dopo il pignoramento di crediti della DB verso Trenitalia, le Ferrovie tedesche avevano deciso di impedire alle biglietterie italiane la vendita di biglietti per tratti ferroviari tedeschi. Sul *Manifesto* del 28 maggio 2010: "Per i due treni notturni è ancora possibile effettuare prenotazioni agli sportelli delle stazioni italiane. Su quei convogli c'è ancora un controllore italiano, che però può emettere biglietti solo fino alla stazione del Brennero. I cinque treni diurni sono invece in mano austro-tedesca. Le prenotazioni si fanno solo online. I biglietti oltre che online si possono acquistare presso alcune agenzie di viaggi convenzionate con la DB. Oppure li si compra in treno, senza sovrapprezzo. Il controllore tedesco accetta anche carte di credito." Scopo dell'operazione, evitare l'accumulo d'altro danaro tedesco sul conto delle Ferrovie italiane, pignorato dal Tribunale di Roma.

incidentali di pregiudizialità sono appositamente previsti mediante legge *ad hoc* o all'interno di trattati internazionali, per cui viene difficile pensare che l'Italia abbia voluto inserirne uno simile mediante un semplice decreto-legge, e soprattutto in assenza di una disposizione normativa nello Statuto della Corte.

D'altronde se si dovesse accogliere tale illogica ricostruzione, ci si scontrerebbe con un enorme paradosso, posto che per il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'UE è prevista la sospensione del solo giudizio *a quo*, mentre per quello effettuato alla Corte dell'Aja, la sospensione colpirebbe tutti i procedimenti in cui la norma internazionale sia stata invocata.³⁵⁸

Sembra difficile, in conclusione, trovare una giustificazione all'intervento del Parlamento italiano alla luce dei parametri costituzionali, mentre appare fin troppo evidente l'atteggiamento eccessivamente arrendevole del governo italiano nei riguardi della potenza tedesca, sua controparte in un processo internazionale.

II) La sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012

Il 3 febbraio 2012 la Corte dell'Aja, con dodici voti contro tre, ha accolto il ricorso proposto dalla Germania contro l'Italia poiché quest'ultima “*ha mancato di riconoscere l'immunità, riconosciuta dal diritto internazionale, ad un altro Stato sovrano come la Germania*”, e perché ha accolto “*in sede civile le pretese vantate nei confronti della Germania per violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 ed il 1945.*” La Corte internazionale, inoltre, ha dichiarato (con quattordici voti a favore contro uno) che “*la Repubblica italiana, promulgando l'opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, dovrà fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violano l'immunità riconosciuta alla Repubblica Federale di Germania dal diritto internazionale siano rese inefficaci.*”³⁵⁹

³⁵⁸ A. ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 211, pp.271-297.

³⁵⁹ Relazione tematica n 116, R.G.N. 29352/2010 (Rif. Foglietto n. 117/2012), Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo

In aggiunta, è stata riconosciuta, in quanto conseguente, l'illegittimità del provvedimento con cui l'autorità giudiziaria italiana aveva concesso l'exequatur alla pronuncia di risarcimento emessa dalla Corte di Livadia, rendendo con ciò possibile l'iscrizione ipotecaria su Villa Vigoni. Sulla base di considerazioni diverse, la CIG ha comunque ritenuto il comportamento italiano sul punto, un'ulteriore violazione dell'immunità dello Stato tedesco.

II.i) La difesa italiana

Per comprendere l'esito del giudizio occorre necessariamente ricostruire gli argomenti difensivi italiani e il modo in cui questi sono stati valutati dai giudici internazionali. In primo luogo, occorre precisare che l'Italia non ha contestato la giurisdizione della Corte, sia perché c'era già stata una considerazione in punto di giurisdizione nell'ordinanza del luglio 2010, sia perché ancor prima, il 18 novembre 2008 a Trieste, era stata adottata una dichiarazione congiunta italo-tedesca del seguente tenore: *“L'Italia rispetta la decisione tedesca di rivolgersi alla Corte internazionale di Giustizia per una pronuncia sul principio dell'immunità dello Stato. L'Italia, anche come parte contraente, come la Germania, della Convenzione europea sulla composizione pacifica delle controversie del 1957, e come Paese che fa del rispetto del diritto internazionale un cardine della propria condotta, considera che la pronuncia della Corte internazionale sull'immunità dello Stato sia utile al chiarimento di una complessa questione.”*

Inoltre l'Italia non ha dispiegato alcuna difesa in relazione alla domanda riguardante Villa Vigoni, affermando anzi di non obiettare “ *any decision by the Court obliging Italy to ensure that the mortgage on Villa Vigoni inscribed at the land registry is cancelled*”. In ogni caso non ha formalmente ammesso di aver violato l'immunità della Germania dall'esecuzione, né ha eliminato gli effetti dell'iscrizione dell'ipoteca giudiziale, essendosi limitata a sospenderli.

Di gran lunga più forte appare la risposta italiana sul rapporto tra immunità giurisdizionale e crimini internazionali.³⁶⁰ Consapevole dell'inesistenza di una prassi

³⁶⁰ G. SERRANO, “ *Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

internazionale favorevole, divisa tra plurime teorie parimenti affascinanti ma mai esaustive, l'Italia ha evitato di sostenere l'esistenza di una deroga generale all'immunità per la presenza di gravi crimini internazionali. Ha preferito, invece, puntare sulle due fondamentali eccezioni, la c.d. *tort exception* e il c.d. *last resort*.

a) La ***territorial tort exception*** escluderebbe il diritto all'immunità rispetto ad atti che cagionano morte, lesioni personali o danni ai beni, quando siano stati commessi sul territorio dello Stato del foro dalle forze armate di uno Stato straniero, ovvero da altri organi dello Stato che collaboravano con tali forze armate, nel corso di un conflitto armato. Si tratta della stessa eccezione ora codificata all'art. 12 della Convenzione di New York, operante sia con riferimento ad atti *iure gestionis* che *iure imperii*.

b) Con l'argomento del ***last resort***, invece, l'Italia intendeva dimostrare che, non avendo alcuna possibilità di successo un'azione intentata di fronte all'autorità giudiziaria tedesca per chiedere la condanna della Germania stessa, ed essendoci già stato lo spostamento del foro dinanzi ad altre sedi, anche sovranazionali, conclusosi con esito negativo, il ricorso ai giudici nazionali italiani rappresentava l'ultima e unica possibilità di tutela giurisdizionale effettiva.

Nella prospettiva italiana entrambe le eccezioni erano state concepite in modo unitario, al fine di sottolineare l'eccezionalità della fattispecie oggetto del processo, comprensiva di tutte le circostanze indicate, cioè: gravità della condotta, violazione dello *ius cogens*, diritto alla riparazione e conseguente *last resort*, oltre all'espressa assunzione di responsabilità da parte dello Stato tedesco. La CIG ha invece dapprima verificato l'eventuale esistenza di una *tort exception* nel panorama internazionale e poi ha scomposto la seconda eccezione in tre parti, sottoponendo ciascuna di esse a critica separata, talché le argomentazioni della difesa italiana sono state fortemente indebolite.³⁶¹

Sul primo versante la Corte giunge ad una conclusione negativa poiché ritiene che da nessuna norma – della Convenzione Europea o delle Nazioni Unite – emerga una esplicita limitazione dell'immunità di uno Stato a fronte della commissione di simili illeciti nello stato del foro, né reca indicazioni favorevoli la legislazione nazionale di numerosi Stati (e, specificamente, quelli indicati dalle Parti). Al contrario la

³⁶¹ G. SERRANO, "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

giurisprudenza nazionale offre innumerevoli esempi in senso opposto, ossia di riconoscimento dell'immunità per atti delle forze armate straniere classificati come *iure imperii*. In numerose pronunce nazionali richiamate dalla Corte, infatti, la *territorial tort exception* non opera quando gli atti incriminati appartengono alle forze armate stazionanti nel territorio di altro Stato e con il consenso dello Stato ospite. Da ciò, dunque, discenderebbe un'immunità automatica per tutti gli atti *iure imperii* posti in essere dalle forze armate in territori stranieri.

Desta perplessità la scelta di metodo fatta propria dai giudici dell'Aja, che hanno attribuito alle corti nazionali un ruolo prioritario nella costruzione dell'*opinio iuris* posta a base del diritto internazionale generale. Un ruolo, cioè, più determinante degli stessi Parlamenti nazionali, posto che a fronte di una giurisprudenza più o meno monolitica, esistono numerose leggi ove albergano eccezioni al principio immunitario ulteriori rispetto alla classica distinzione tra atti pubblici e atti privati.

Inoltre per quanto riguarda la scelta dei precedenti da inserire nella parte motiva, leggendo il testo della sentenza, si ha quasi l'impressione, che la Corte abbia dapprima individuato l'esito della controversia, in ciò supportata dalla scarsità di decisioni favorevoli all'indirizzo italiano, e solo successivamente abbia ricercato le pronunce giudiziali più conformi alle sue conclusioni.³⁶² La Corte infatti per confermare che le affermazioni della giurisprudenza italiana era rimaste sostanzialmente isolate, richiama numerose decisioni di segno contrario e rileva che l'unico Stato ad aver condiviso l'impostazione italiana, è la Grecia, la quale ha aderito al "principio della territorialità per illecito commesso". Al contempo sottolinea anche che tale percorso è stato deviato nel 2002 dalla Corte Suprema Speciale greca (caso *Margellos c. Repubblica Federale di Germania*)³⁶³ al cui responso si è poi conformata la successiva giurisprudenza di merito greca. In conclusione secondo la Corte "*le droit international coutumier impose toujours de reconnaître l'immunité à l'Etat dont les forces armées ou d'autres organes*

³⁶² G. SERRANO, *op. cit.*, pp. 638.

³⁶³ La sentenza *Margellos* del 17 settembre 2002 trattava di un caso identico a quello della vicenda Distomo, ambientato nel villaggio di Lidoriki, e giungeva ad una conclusione completamente differente rispetto a quella adottata nel 2000 dall'Aereo Pagos. Nello specifico l'Anotato Eidikio Dikastirio ebbe a pronunciarsi nel seguente modo: "allo stato attuale di evoluzione del diritto internazionale non si è formata alcuna norma di validità generale che permetterebbe, in deroga al principio dell'immunità statale, di citare legittimamente in giudizio uno Stato per il risarcimento danni a causa di qualsiasi genere di azione illecita, che ha avuto luogo nello Stato del foro e alla quale hanno preso parte, in qualsiasi modo, le forze armate dello Stato convenuto".

sont accusé d'avoir commis sur le territoire d'un autre Etat des actes dommageables au cours d'un conflit armé.”³⁶⁴

Al contrario il giudice ad hoc Gaja sottolinea la scarsa considerazione che i giudici hanno prestato ai possibili sviluppi del diritto internazionale in una materia quale quella dell'immunità, perennemente suscettibile di evoluzione. In particolare “*in this <grey area> States may take different positions without necessarily departing from what is required by general international law.*”³⁶⁵

La Corte si è poi pronunciata sulla seconda argomentazione italiana, come si è detto, scomponendola in tre distinte parti: ha ricercato una deroga all'immunità degli Stati in presenza di gravi crimini internazionali; ha valutato la possibilità di non riconoscere l'immunità di fronte a gravi violazioni dei diritti umani; infine si è interrogata sulla liceità dell'immunità statale allorquando la condanna giudiziaria si riveli l'unica forma di tutela possibile.

Per quanto riguarda il primo quesito, la Corte ha sottolineato come la considerazione del grado di disvalore dell'atto posto in essere dallo Stato estero comporti una valutazione del merito della controversia contro di esso instaurata, quest'ultima vietata proprio dalla carenza di giurisdizione dovuta all'immunità. Secondo la Corte, posto che un giudice può pronunciarsi sull'immunità giurisdizionale solo prima di essersi inoltrato nell'esame del merito, sostenere che il privilegio statale venga meno in presenza di un determinato *threshold* di gravità degli illeciti, significherebbe richiedere al giudice una preventiva verifica del merito dell'imputazione.³⁶⁶

La distinzione tra merito e giurisdizione, però, così tratteggiata, risulterebbe troppo rigida. Non c'è dubbio che la questione immunitaria rientri tra i problemi preliminari che un giudice deve affrontare prima di decidere la controversia, ma a ben vedere, qualunque giudice, per decidere se è munito di competenza giurisdizionale quando è in gioco la condotta di uno Stato estero, deve sempre indagare sulla natura o sullo scopo di questa stessa, al fine di operare il necessario distinguo tra *iure imperii* e *iure gestionis*, e anche tale indagine finisce per essere una valutazione di merito. Tra l'altro, nella difesa

³⁶⁴ Sentenza CIG par. 78.

³⁶⁵ *Dissenting opinion* del giudice Gaja, par. 9.

³⁶⁶ P.P.RIVELLO, “La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati”, in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.

italiana, il livello di gravità del crimine non doveva essere rimesso all'apprezzamento dei giudici, ma risultare automaticamente dall'appartenenza dell'atto incriminato alle categorie di crimini di guerra o crimini contro l'umanità, che sono oggetto di tipizzazione ad opera del diritto internazionale.

Per quanto attiene invece al secondo quesito, ossia al rilievo dello *ius cogens*, la CIG non sembra discostarsi dalla sua precedente giurisprudenza³⁶⁷. Tra l'altro, Italia e Germania avevano assunto posizioni diverse circa il periodo di affermazione dello *ius cogens*. Ciononostante, il problema non ha avuto effettiva rilevanza, una volta appurato dalla CIG che lo Stato territoriale è tenuto ad applicare allo Stato convenuto dinanzi ai propri giudici le norme sull'immunità in vigore non al momento della commissione dell'illecito, bensì al momento della proposizione della domanda giudiziale.

Comunque, la difesa italiana sul punto si è concentrata sul seguente concetto : “*there is a substantive inconsistency in the legal system if immunity is used by a State responsible for grave breaches of international law in order to avoid its responsibility*”. L'Italia ha assunto cioè una posizione diversa rispetto a quella espressa nella sentenza Ferrini dalla Suprema Corte, la quale era giunta al disconoscimento dell'immunità in virtù della superiorità gerarchica delle norme di *ius cogens*.³⁶⁸ In questo caso, invece, l'Italia ritiene che l'immunità vada disconosciuta onde evitare che gli Stati autori di simili crimini internazionali la possano utilizzare per rimanere impuniti.

La RFG, dal canto suo, ha replicato che l'unico modo per dare senso alla difesa italiana fosse pensare ancora una volta all'esistenza di una gerarchia tra norme sostanziali e procedurali nell'ambito del diritto internazionale.

In ordine al terzo aspetto, invece, relativo al *last resort*, la Corte dà per scontati gli sforzi della RFG per riparare i danni provocati dal Terzo Reich, e conferma l'efficacia dei meccanismi apprestati a livello internazionale dalla fine della guerra ad oggi. La motivazione dei giudici dell'Aja sul punto appare incredibilmente esigua, e genera

³⁶⁷ Nella sentenza *Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000 (Congo c. Belgio)*, in *ICJ Reports*, 2002, p. 3 ss, spec. par. 59-60, i giudici dell'Aja avevano già negato che lo *ius cogens* potesse produrre effetti sull'immunità e che la Corte avesse giurisdizione su controversie aventi ad oggetto obblighi erga omnes, ove le parti coinvolte non avessero prestato il proprio consenso al riguardo. Cfr. CIG, 3 febbraio 1996 “*Attività militari nel territorio del Congo (nuovo ricorso: 2000) (Congo c. Rwanda) (giurisdizione della Corte e ammissibilità del ricorso)*”, in *ICJ Reports*, 2006, p. 6 ss, par. 64, 78, 125; 30 giugno 1995, *Timor Est (Portogallo c. Australia)*, *ibidem*, 1995, p. 90 ss, par. 29.

³⁶⁸ G. SERRANO, “*Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

perplexità il fatto che la Corte si sia astenuta dal valutare la questione sostanziale più importante: ossia se sia possibile riconoscere a capo del singolo individuo, vittima di un crimine internazionale, un vero e proprio diritto alla riparazione. In merito a ciò la Corte si limita a rilevare come il trattamento dei militari italiani internati possa costituire oggetto di negoziazioni diplomatiche tra gli Stati.³⁶⁹

In realtà è agevole notare che alla luce della sentenza, i margini di trattative appaiono assai ridotti. Appare difficilmente credibile che uno Stato che si sia opposto ad ogni tentativo di congruo risarcimento nei confronti dei parenti delle vittime, possa avere davvero l'intenzione, dopo aver ottenuto il riconoscimento dell'immunità, di sostenere le spese necessarie per risolvere una simile problematica.³⁷⁰ Inoltre la Corte rischia di essere contraddittoria quando, nel par. 100 della sentenza, sostiene che il fatto che l'immunità possa impedire l'esercizio della giurisdizione non pregiudica l'applicazione delle regole sostanziali, e poi nella stessa sede afferma che il riconoscimento dell'immunità ad uno Stato è questione totalmente separata da quella se la responsabilità internazionale di tale Stato esista e da essa consegua un obbligo di riparazione.

Infine, per completezza, è bene riportare che secondo i giudici dell'Aja, l'immunità non cede il passo neanche in presenza di un effetto combinato delle tre circostanze separatamente esaminate (gravità degli illeciti, violazioni di *ius cogens*, *last resort*).³⁷¹

II.ii) La soluzione della Corte internazionale di giustizia sul contrasto tra immunità e *ius cogens*

Veniamo ora al nodo centrale della motivazione della Corte: secondo i giudici dell'Aja, non esiste alcun conflitto tra la norma consuetudinaria internazionale che riconosce agli Stati l'immunità dalla giurisdizione, e le norme di *ius cogens* a tutela dei fondamentali

³⁶⁹ La Germania aveva rilevato che l'Italia “*as the power entitled to bring claims on behalf of its citizens (did not) make the slightest effort for almost four decades to vindicate such claims after the conclusion of the two Agreements of 1961.*” L'Italia aveva però ribattuto che con l'Accordo di Londra del 1953 sul regolamento dei debiti esteri tedeschi, regolarmente eseguito in Italia nel 1965, tutte le questioni economiche pendenti erano state rinviate a dopo l'unificazione tedesca.

³⁷⁰ P.P.RIVELLO, “*La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati*”, in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.

³⁷¹ G. SERRANO, “*Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, pp. 617.

diritti umani. Secondo la Corte internazionale queste due categorie di norme si ricollegano a questioni diverse: *“quelle che regolano l’immunità dello Stato sono di natura procedurale e si limitano a stabilire se i giudici di uno Stato sono legittimati ad esercitare la loro giurisdizione verso un altro. Esse non influiscono sulla circostanza relativa alla conoscenza dell’eventuale liceità del comportamento rispetto al quale le azioni sono intentate (...) il fatto di riconoscere l’immunità di uno Stato estero(...)non porta a giudicare lecita una situazione creata dalla violazione di una norma di ius cogens, né a prestare aiuto o assistenza al mantenimento di questa situazione e non potrebbe dunque contravvenire al principio enunciato all’articolo 41 delle disposizioni della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato.”*³⁷²

E ancora: *“una norma dello ius cogens è una norma che non subisce alcuna deroga, ma le norme che determinano la portata e l’estensione della giurisdizione, così come le condizioni nelle quali tale giurisdizione può essere esercitata, non contravvengono alle norme di natura materiale con valore di ius cogens, e non vi è nulla di intrinseco alla nozione di ius cogens che imporrebbe di modificare tali norme o di scartarne l’applicazione.”*³⁷³

In altri termini, non esiste conflitto perchè *the two sets of rules address different matters*: la consuetudine immunitaria ha natura procedurale e prescinde dalla legittimità in base al diritto sostanziale delle condotte oggetto della cognizione del giudice, mentre le norme di *ius cogens* sono norme sostanziali e servono ad attribuire un valore alle azioni dello Stato.

In definitiva la Corte ha finito per limitare drasticamente il peso dello *ius cogens* nel diritto internazionale, escludendo a chiare lettere che l’appartenenza di una norma a tale categoria possa determinare effetti peculiari sull’immunità. Difatti la Corte non ha negato la natura imperativa alle norme sui conflitti armati, volte a sanzionare l’uccisione degli abitanti dei territori occupati, la deportazione di civili e di prigionieri di guerra, e il loro successivo assoggettamento a lavoro forzato, ma non vi ha collegato alcun effetto derogatorio. Dalla ricostruzione della Corte, le norme imperative servirebbero solo ad evitare la conclusione di accordi internazionali con esse contrastanti, il riconoscimento da parte degli Stati delle conseguenze giuridiche derivanti dalla loro violazione, e

³⁷² Sentenza CIG, par. 93.

³⁷³ Relazione tematica n 116, R.G.N. 29352/2010 (Rif. Foglietto n. 117/2012), Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo.

l'assistenza allo Stato che ne è autore. Al contrario le eccezioni all'immunità rappresenterebbero “*a departure from the principle of sovereign equality*”, pertanto necessiterebbero di una valida giustificazione.³⁷⁴

A sostegno del suo convincimento, la Corte ha utilizzato le parole della Commissione di diritto internazionale, che considerava la regola immunitaria “*as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States*.”³⁷⁵

Occorre ricordare che questo argomento era già stato esplicitamente utilizzato nella decisione della House of Lords del 2006 (nel caso già richiamato *Jones c. Arabia Saudita*). In quest'occasione, per prendere le distanze dalle decisioni delle Sezioni Unite italiane, la Corte inglese aderiva alla teorizzazione di Hazel Fox³⁷⁶, la cui posizione classicamente conservatrice è stata rievocata dalla stessa CIG. L'House of Lords, come già indicato, per poter ritenere esistente un conflitto tra *ius cogens* e norma immunitaria, richiedeva che il divieto di tortura fosse oggetto di una norma secondaria, ancillare, di natura procedurale.³⁷⁷

Questa impostazione, invero, era già stata oggetto di severe critiche da parte di alcuni autori,³⁷⁸ che avevano rilevato, in primo luogo, che una distinzione diretta tra norme “sostanziali” e norme “procedurali” non appartiene al diritto internazionale: tutte le norme internazionali, infatti, scaturiscono dall'accordo tra gli Stati, ovvero dall'accettazione da parte della comunità internazionale nel suo insieme; anche se l'immunità ha valenza procedurale nell'ambito della legislazione nazionale, nel sistema del diritto internazionale costituisce una norma al pari delle altre e, dunque, può entrare in conflitto con le norme imperative. In secondo luogo, inoltre, taluni hanno rilevato che la categoria dello *ius cogens* non ha natura solo sostanziale, ma si estende anche alle

³⁷⁴ P.P.RIVELLO, “La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati”, in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.

³⁷⁵ Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II, Part Two, p. 147.

³⁷⁶ La posizione di Hazel Fox è la stessa fatta propria da Lord Hoffman nel suo celebre speech all'House of Lords.

³⁷⁷ House of Lords, 2006, *Jones c. Arabia Saudita*, par. 44: “State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of state immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite”; par. 45: “To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated an **ancillary procedural rule** which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged”.

³⁷⁸ In particolare ORAKHELASHVILI, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, in *The European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 5, 955-970,

conseguenze giuridiche che derivano dalla violazione delle norme imperative: in tal senso, del resto, operano gli articoli 53 e 71 della Convenzione di Vienna che regolano proprio le conseguenze derivanti dalla violazione di una norma imperativa.

In ogni caso, da ultimo, se si dovesse sposare la tesi dell'impossibilità di un confronto, rimarrebbe preclusa, per le vittime interessate, ogni possibilità di rivendicare i propri diritti, e sarebbe perennemente garantita l'impunità.³⁷⁹

Accanto alla natura preliminare e solo procedurale della norma immunitaria, ulteriore argomento utilizzato dalla Corte è quello dell'applicazione intertemporale delle norme. La Corte afferma che oggetto della propria cognizione non sono gli atti compiuti dalla Germania nazista tra il 1943 e il 1945, ma la legittimità dei giudizi resi dalle Corti italiane in merito a tali atti, a far data dall'anno 2004.

Ne deriva, come già riportato, l'esigenza di decidere la controversia soltanto in base allo stato del diritto internazionale vigente al momento dell'introduzione del processo civile oggetto di contestazione, e non invece al momento della commissione dell'illecito oggetto di tale processo. Così facendo, la Corte esclude ogni rilievo dell'indagine sui contenuti delle norme di *ius cogens*.

L'argomentazione è formalmente corretta ma permette di sviare il fondamentale problema: esistono delle norme di *ius cogens* che possano giustificare un ridimensionamento dell'immunità degli Stati? Magari in funzione deterrente rispetto alla reiterazione delle violazioni dei diritti umani? E' uno dei tanti quesiti a cui la Corte non ha deliberatamente fornito risposta. Non vi è dubbio, però, che tale ridimensionamento possa operare esclusivamente se, al momento della violazione, i diritti violati abbiano lo status generalmente riconosciuto di diritti inderogabili, e non si deve trascurare che all'inizio degli anni '40 la nozione di *ius cogens* appariva sicuramente troppo prematura, quasi embrionale.³⁸⁰

Gli argomenti utilizzati dalla Corte dell'Aja, primo tra tutti la natura procedurale e preliminare dell'immunità che non permette l'esistenza di un contrasto, si presentano, ad opinione di molti, come strumenti giuridici, forse eleganti e sofisticati, per evitare di

³⁷⁹ ORAKHELASHVILI, *State Immunity* op. cit., 969-970, dove conclude che "the perception of immunities as 'procedural' norms unaffected by substantive peremptory norms is based on an inarticulate and inconsistent thesis", non potendosi attribuire a condotte degli Stati tanto gravi e lesive dei diritti umani una qualificazione come atti *iure imperii*.

³⁸⁰ CONSOLO-MORGANTE, *La Corte dell'Aja accredita la Germania dell'immunità (che la Sezioni Unite avevano negato)*, in *Corriere giuridico*, vol. 5, 2012, pp. 597- 607.

affrontare la questione fondamentale: qual è il destino dell'immunità di uno Stato, quando, anche agendo *iure imperii*, ha commesso un illecito internazionale che ha violato i fondamentali diritti delle persone umane.³⁸¹ Un raffinato escamotage con cui la Corte ha evitato di assumere una chiara posizione su questioni che costituiscono il cuore del moderno diritto internazionale. Viene spontaneo ritenere che la Corte internazionale sia stata coartata dalla preoccupazione che un esito diverso avrebbe potuto riaprire il vaso di Pandora degli accordi post-bellici,³⁸² i quali nel caso di specie, sono connotati da indubbia peculiarità.

Sicuramente la conclusione a cui è pervenuta la CIG non dev'essere accolta con eccessivo sbigottimento, dal momento che per quanto essa appaia formalistica e poco convincente, è sempre stata fortemente condivisa in dottrina,³⁸³ e avversata solo da pochi.³⁸⁴

L'Italia, conscia dell'atteggiamento diffuso nella compagine internazionale, avrebbe forse potuto strutturare la sua difesa optando per altri argomenti. Invece che puntare sulla specificità e eccezionalità del caso di specie, l'Italia avrebbe potuto dimostrare, ad

³⁸¹ R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, pp. 310-326.

³⁸² Seppur si tratti di strumenti di soft law vanno ricordati in proposito i *Basic Principles and Guidelines on Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 60/147 del 16 dicembre 2005, e più specificamente la risoluzione n. 2/2010 approvata dalla 74° conferenza dell'International Law Association, con cui è stata adottata la dichiarazione di principi di diritto internazionale sulla riparazione a favore delle vittime di conflitti armati.

³⁸³ A. ZIMMERMAN, "Sovereign immunity and violation of international ius cogens. Some critical remarks", in *Michigan Journal of International Law* 1995, p. 438 ss; J. BROMER, "State immunity and the violation of human rights", the Hague, 1997, p. 195 ss; C. TOMUSCHAT, "L'immunità des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme", in *Revue general de droit international public*, 2005, p. 51 ss; C. FOCARELLI, "I limiti dello ius cogens nella giurisprudenza più recente" in *Rivista di diritto internazionale* 2007, p. 637 ss; ID., "Immunità des Etats et ius cogens. Le dynamique du droit international et la fonction du ius cogens dans le processus de changement de la regle sur l'immunità jurisdictionelle des Etats etrangeres", in *Revue general du droit international public* 2008, p. 761ss; A. GATTINI, "The dispute on jurisdictional immunity of the State before the ICJ: is the time ripe for a change in the law?", in *Leiden Journal of International Law* 2011, p. 178 ss.

³⁸⁴ Cfr. M. REIMANN, "A human rights exception to sovereign immunity: some thoughts on *Prinz v. Federal Republic of Germany*", in *Michigan Journal of International Law* 195, p. 407 s; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, p. 111; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, II ed., Torino, 2007, p. 172 ; ID., "Ius cogens", in "Diritti Umani: cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione-Dizionario", M. FLORES, T. GROPPI, R. PISILLO MAZZESCHI (a cura di), vol. II, Torino, 2007, p. 806, il quale afferma che "le norme cogenti essendo al vertice delle fonti prevalgono sulle semplici norme consuetudinarie". Da ultimo v. F. SALERNO, *Diritto internazionale: principi e norme*, Padova, 2008, pp. 420-429, il quale sostiene che una norma consuetudinaria imperativa prevale su una norma consuetudinaria dispositiva, ANCHE SE LE DUE NORME NON INSISTONO SULLA STESSA MATERIA.

esempio: che esistono due norme consuetudinarie di diritto internazionale, l'una che prevede il diritto di accesso alla giustizia, o comunque ad un rimedio effettivo, l'altra che riconosce il diritto alla riparazione per le vittime di *gross violations*; che tali norme generano obblighi speculari a carico dello Stato responsabile; che seppur di natura procedurale, tali norme servono a tutelare in via primaria fondamentali diritti umani, pertanto anch'esse diventano norme imperative; e in definitiva, che esse prevalgono sulla consuetudine immunitaria perché sono espressione di valori supremi della comunità internazionale.³⁸⁵

PISILLO MAZZESCHI, convinto sostenitore di questa tesi, ritiene che sussista un legame funzionale tra l'obbligo di uno Stato di non commettere violazioni dei diritti umani e gli obblighi successivi di garantire l'accesso alla giustizia e la riparazione della vittima. Esiste cioè un collegamento essenziale tra norme sostanziali e norme strumentali. A ben vedere, quest'argomentazione ha il merito di superare l'impasse in cui si è arenata la CIG ritenendo le due norme protagoniste del contrasto di differente natura e quindi imparagonabili, poiché permette di spostare il conflitto su consuetudine immunitaria, da un lato, e consuetudini di accesso alla giustizia e di riparazione, dall'altro. Entrambe norme strumentali e procedurali, perfettamente paragonabili. Ovviamente occorre dimostrare che le consuetudini richiamate abbiano natura di *ius cogens*, perché la particolare forza cogente sarebbe la vera carta vincente.

Così facendo, nel contrasto reale e concreto di fronte alla CIG, appurato che l'accesso alla giustizia e il diritto ad un effettiva riparazione non potevano trovare soddisfacimento davanti alle autorità giudiziarie dello Stato tedesco, né per strade equivalenti, tali norme dovevano ritenersi prevalenti perché aventi natura imperativa, rispetto alla consuetudine immunitaria, avente carattere solo dispositivo. A questo punto l'esame della CIG si sarebbe dovuto limitare a constatare la possibilità per il signor Ferrini e gli altri attori, di ottenere adeguata riparazione presso i giudici tedeschi o mediante procedure equivalenti, tra cui, ad esempio, la possibilità di richiedere il risarcimento all'Italia a seguito degli accordi interclusi con la Germania. Appurata l'impossibilità di ottenere tutela in altro modo, la CIG avrebbe dovuto necessariamente derogare all'immunità, onde evitare di dare vita ad un fenomeno di denegata giustizia,

³⁸⁵ R.PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, pp. 310-326.

situazione questa incompatibile sia con il diritto internazionale, che con il diritto nazionale di rango costituzionale.

La tesi dell'Autore esercita una forte attrazione, ma quand'anche non si condividesse in toto, appare persuasivo il tentativo di ricostruire il conflitto in termini diversi. Si è già avuto modo di approfondire la tematica in altra sede e di rilevare come, fin quando perdurano i termini di un contrasto, la soluzione è controversa e rimessa a eccessive discordanze. Mentre, quando si abbandona la logica del conflitto, e si sposa quella del bilanciamento dei valori sottostanti, mettendo mano alle *rationes* insite nelle norme, si ha modo di adeguare la soluzione giudiziaria all'effettiva necessità di tutela del caso concreto. In definitiva delle due l'una: o si istituisce una gerarchia di norme e, dunque, prevale necessariamente quella che ricopre una posizione superiore, o si ipotizza una gerarchia mobile, ossia una relazione di valore mutevole, da applicare caso per caso, con risultati differenti in relazione alla concreta vicenda in esame.

Ebbene la norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati costituisce l'espressione normativa, del principio fondamentale di eguaglianza sovrana degli Stati.³⁸⁶ Il raffronto di valori si instaura, dunque, tra questo principio e la protezione dei diritti umani, mentre la norma consuetudinaria sull'immunità finisce per costituire, eventualmente, solo lo specifico ambito di composizione del conflitto stesso. Conseguentemente non è necessario distinguere tra norme sostanziali e norme procedurali; né si pone l'esigenza di rinvenire nuove norme procedurali che, in quanto promanazione dello *ius cogens*, si contrappongano a quella sull'immunità. Occorre solo temperare i valori in gioco, partendo dall'assetto che essi hanno nel panorama internazionale.

Sull'approccio, specialmente comunitario, al tema del bilanciamento, ci si è già a lungo soffermati e si è riscontrata la presenza di chiari segnali di apertura. Questi però, non sono stati tenuti debitamente in conto dai giudici dell'Aja, che avrebbero potuto dare un prezioso contributo all'evoluzione di tali nuove tendenze, mentre hanno preferito proteggere la sovranità intangibile degli Stati, rendendo la sentenza del 3 febbraio 2012, come molti hanno sostenuto, un'infelice occasione persa.³⁸⁷

³⁸⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 6, 2012, pp. 310-326.

³⁸⁷ B. CONFORTI, "The judgment of the International Court of Justice on the immunity of foreign states: A MISSED OPPORTUNITY", in *Italian Yearbook of International Law*, 21, 2011, pp. 135-142.

D'altra parte, invece, è stato sottolineato che la maggior parte delle critiche mosse alla pronuncia della CIG si basano su richieste di "maggiore giustizia", che al momento semplicemente non corrispondono alla prassi generalizzata degli Stati, che sono i veri attori del teatro internazionale. Ancora, non bisogna dimenticare che il ruolo della Corte non è quello di imporre nuove tendenze al diritto internazionale, ma di statuire il diritto esistente qual è al momento in cui viene chiamata a farlo, ossia "*as it presently stands*."³⁸⁸

Al di là delle posizioni assunte tra critici e sostenitori della sentenza in commento, resta principale il problema di individuare un limite temporale entro il quale far produrre l'effetto retroattivo dello *ius cogens*. Non si tratta di un particolare di poco conto, poiché rischierebbe di far saltare l'intero sistema inter-statale mondiale, dal momento che tutti gli Stati oggi esistenti, Italia compresa, e le potenze coloniali europee prime fra tutte, hanno commesso in passato atti, oggi pacificamente qualificabili come crimini internazionali.

II.iii) *Separate and dissenting opinions*

Nonostante l'esito della controversia sia stato deludente, taluni giudici appartenenti al consesso internazionale non hanno mancato di dichiarare la propria contrarietà alle conclusioni della maggioranza. Le *dissenting opinions* di taluni giudici sottolineano che la sentenza non utilizza il principio di immunità giurisdizionale come strumento di tutela statale rispetto ad ingiusti e intrusivi tentativi di indebolimento della propria sovranità, ma piuttosto come ostacolo alla tutela risarcitoria delle vittime di guerra.

Secondo le parole di tali giudici dissenzienti, la decisione della CIG è esempio di denegata giustizia, e ciò è stato reso possibile dall'impiego abusivo del principio immunitario. Le *opinions*, in sostanza, evidenziano la preoccupazione che tale sentenza possa consolidarsi come un precedente di impunità degli Stati anche a fronte di orribili crimini internazionali.

Il giudice Bennouna ad esempio, ha espresso rammarico per l'atteggiamento della Corte che non si sarebbe dovuta limitare ad auspicare ulteriori negoziazioni, ma avrebbe dovuto maggiormente insistere sulla configurazione degli fatti oggetto del giudizio alla

³⁸⁸ C. FOCARELLI, "*Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*", in *Trattato di diritto internazionale*, 2015, p. 404.

stregua di violazioni intollerabili e soprattutto insanabili. Occorreva evitare che il rispetto dell'immunità degli Stati si traducesse nella violazione del principio di responsabilità degli stessi per i propri atti criminosi.

Il giudice Yusuf invece, ha messo in luce come la Corte abbia trascurato di approfondire la mancanza di riparazione ai parenti delle vittime e l'indirizzo italiano consacrato nella sentenza Ferrini. Il giudice ha denunciato il fatto che la Corte non abbia affermato con chiarezza che il principio immunitario non può essere utilizzato come scudo per sottrarre uno Stato ai propri obblighi risarcitori, soprattutto quando i giudizi dinanzi alle corti nazionali rappresentano "*the only means of redress available to the victims*". La Corte, in sostanza, non ha saputo cogliere l'opportunità di delineare una nuova eccezione ai tradizionali privilegi statali, che sarebbe stata maggiormente in linea con l'attuale crescente rilievo attribuito alla protezione dei diritti umani.

Dello stesso avviso è il giudice Gaja, il quale, concentrandosi sulla *tort exception*, ne descrive l'ambito di applicazione come una zona grigia, oggetto di approcci e soluzioni quanto mai variegate da parte delle Corti, suscettibili di aprire la strada ad ipotesi di nuove eccezioni all'immunità, valevoli anche per atti di forze armate all'interno dello *Status fori*.

Particolarmente nota è la *dissenting opinion* del giudice Trindade: a suo avviso è infondata la convinzione della Corte secondo cui non esiste, e non può esistere, alcun conflitto tra le norme di *ius cogens* e le regole procedurali di immunità dello Stato. Il giudice definisce tale ragionamento sbagliato e tautologico, ed evidenzia anzi, che il conflitto esiste ed è effettivo e materiale. La gravità dei fatti, pacificamente riconosciuti nel giudizio come lesivi dei fondamentali diritti dell'uomo e crimini contro l'umanità, comporta, poi, che gli stessi non siano neppure qualificabili come *acta iure imperii* e, a maggior ragione, non sia opponibile il privilegio immunitario degli Stati dalla giurisdizione.³⁸⁹

³⁸⁹ CONSOLO-MORGANTE, *La Corte dell'Aja accredita la Germania dell'immunità (che la Sezione Unite avevano negato)*, in *Corriere giuridico*, vol. 5, 2012, pp. 597- 607.

III) Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano

La sentenza del 3 febbraio 2012 ha confermato la violazione ad opera dello Stato italiano dell'immunità della Germania, e ha costituito una forte battuta d'arresto rispetto alle nuove tendenze umanitarie in cerca di affermazione nel panorama internazionale. La Corte ha statuito che l'Italia è tenuta a ripristinare lo *status quo ante*, ossia la situazione precedente alla commissione del suo illecito, non essendovi i presupposti per ritenere che ciò sia materialmente impossibile od eccessivamente oneroso. Di conseguenza tutte le decisioni che hanno negato l'immunità della Germania e che tuttora sono in vigore, devono cessare di produrre effetti, mentre i provvedimenti che li hanno già prodotti, debbono essere rimossi, senza che a tal fine assuma alcun rilievo l'eventuale passaggio in giudicato.

La sentenza, nel dichiarare gli obblighi imposti all'Italia, lascia a quest'ultima la determinazione delle modalità. In realtà la Corte, nella consapevolezza che, in assenza di un adempimento spontaneo, difficilmente la condanna sarebbe suscettibile di essere eseguita coercitivamente, poiché l'esecuzione comporterebbe una seria intromissione nell'esercizio della sovranità interna dello Stato italiano, afferma perentoriamente che *“la parte resistente ha il diritto di scegliere i mezzi che le sembrano più opportuni al fine di raggiungere il risultato perseguito”*, anche se poi specifica che ciò è possibile *“promulgando una legislazione appropriata o ricorrendo ad ogni altro metodo a sua scelta in grado di produrre quest'effetto.”*

È stata invece disattesa l'ulteriore richiesta della Germania di ordinare all'Italia l'adozione delle misure necessarie ad evitare che i giudici conoscano e giudichino future azioni dello stesso tenore intentate nei propri confronti, per le violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 ed il 1945. La Corte, infatti, ha ritenuto che non vi fosse motivo per supporre che l'Italia, dopo la condanna, avrebbe ripetuto il medesimo illecito processuale: solo la presenza di circostanze speciali, che attestano la carenza di buona fede dello Stato responsabile, avrebbe consentito l'emissione di una siffatta condanna, ma queste sono state ritenute assenti nel caso di specie.

Le conseguenze vincolanti che derivano per l'Italia dalla sentenza della Corte de l'Aja, pertanto, riguardano, essenzialmente, il solo passato, ossia i provvedimenti già emessi. Per quanto attiene alle condotte future (e, specificamente, alle decisioni sulla

giurisdizione da parte delle Sezioni Unite nei procedimenti in corso) manca, invece, una esplicita pronuncia.

III.i) Le conseguenze per i giudici italiani

Concentrandoci sui profili concreti dell'esecuzione della sentenza internazionale, è necessario richiamare l'art. 94, comma 1, dello Statuto delle Nazioni Unite secondo cui "ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte." In aggiunta "se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione."³⁹⁰

Dunque la sentenza del 3 febbraio 2012 necessita di esecuzione ai sensi dell'art. 94, che è collocato nello Statuto delle Nazioni Unite, ordunque in uno strumento internazionale. Pertanto dobbiamo preliminarmente domandarci cosa prevede il testo che fonda il nostro ordinamento giudico, ossia la Costituzione. Occorre capire, in altre parole, se l'ordinamento italiano configuri una garanzia costituzionale per il rispetto della sentenza della CIG.

Le disposizioni costituzionali che è possibile richiamare sono l'art. 10, che statuisce l'adattamento automatico del nostro ordinamento alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, l'art. 11, che acconsente a limitazioni di sovranità al fine di favorire lo sviluppo delle relazioni internazionali e promuove le organizzazioni internazionali finalizzate al mantenimento della pace e della giustizia tra le Nazioni, e infine l'art. 117, 1° comma, che qualifica i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e gli obblighi internazionali alla stregua di parametri a cui conformare l'esercizio della potestà legislativa nell'ordinamento interno.³⁹¹

³⁹⁰ Su tale disposizione cfr. MOSLER, OELLERS-FRAHM, *Art 94*, in SIMMA (ed.), in collaboration with Mosler, Randelzhofer, Tomuschat, Wolfrum, *The Charter of United Nations. A Commentary*, II, 2° ed., Oxford, 2012, p. 1174 ss. Alla Carta delle Nazioni Unite è stata data esecuzione in Italia con legge n. 848 del 1957, in Gazz. Uff. n. 238 del 25 settembre 1957.

³⁹¹ Per una ricostruzione dell'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale e sul ruolo degli art. 10 11 e 117Cost., cfr. P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in CARBONE, LUZZATO, SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 4° ed, Torino, 2011, p. 274.

A ciascuna di queste garanzie corrisponde un diverso grado di tutela delle norme che ne sono oggetto.³⁹² L'art. 11 non consente l'ingresso in Italia di valori contrastanti con quelli a cui l'ordinamento si adatta in via automatica ai sensi dell'art. 10, per cui l'art. 11 non può consentire da solo l'esecuzione della sentenza dell'Aja, se contrastante con il sistema costituzionale.³⁹³ L'art. 117,³⁹⁴ dal canto suo, configura la norma estranea come sovraordinata alla legge ordinaria e, a tal proposito, è noto il consolidato indirizzo della Corte Costituzionale: le sentenze gemelle n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 hanno definito nello specifico la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, fonte interposta dell'art. 117 e quindi parametro interpretativo per la normativa internazionale.

Le norme interposte trovano la loro collocazione nella gerarchia delle fonti interne a metà strada tra norme di rango ordinario e norme della Costituzione, in quanto sono dotate di una maggiore forza di resistenza rispetto alle leggi ordinarie, ma sono comunque gerarchicamente inferiori alle norme costituzionali. Il giudice italiano quindi, qualora sopravvenga un dubbio di compatibilità della norma CEDU con il testo costituzionale, prima di sollevare la questione di legittimità, deve intraprendere la via dell'interpretazione convenzionalmente orientata e, dunque di conseguenza, costituzionalmente orientata, assegnando alla disposizione il significato che la renda non incompatibile con la Convenzione. Qualora tale via interpretativa non sia percorribile, il giudice deve sollevare la questione di costituzionalità della norma interna, per contrarietà rispetto alle disposizioni della CEDU.³⁹⁵

Tale conclusione circa i rapporti tra ordinamento interno e CEDU, diverge da quella cui si è pervenuti con riferimento al diritto comunitario, per il quale si ritiene operi direttamente l'articolo 11 Cost., che determina l'adesione alle organizzazioni

³⁹² F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2012, pp. 350-370.

³⁹³ G. SERRANO, "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, p. 642.

³⁹⁴ Sul ruolo dell'art. 117, 1° comma, cfr. L. CONDORELLI, *La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301 ss; M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, *ibidem*, p. 349 ss.

³⁹⁵ A seguito del Trattato di Lisbona del 2009 che ha attribuito alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati, ci si è chiesti, pur non essendovi una disposizione legislativa di pari tenore per la CEDU, se anch'essa potesse considerarsi oggetto di una "trattatizzazione". Ma l'idea è da respingere e la Corte Costituzionale, con sentenza del 12 ottobre 2012, n. 230, ha confermato il rango della CEDU di fonte sub-costituzionale, sovra-ordinata rispetto alla legge ordinaria.

sovrnazionali, quali in specie, l'Unione Europea, mediante la concessione di spazi di sovranità. In virtù del principio di "primazia del diritto comunitario" qualora la norma interna sia confliggente con il diritto comunitario, il giudice interno può procedere direttamente alla sua disapplicazione, poiché la norma interna viene considerata "*tamquam non esset*", senza la necessità di ricorrere all'intervento della Corte Costituzionale.³⁹⁶

Se questo è il *modus operandi* a cui si attengono i giudici interni circa i rapporti con il diritto dell'UE ovvero con la CEDU, come si comportano le Corti italiane di fronte ad una sentenza internazionale? A ben vedere, il sistema creato dalla Convenzione del 1950 si fonda su una stretta collaborazione tra la corte europea e le autorità nazionali. Mentre profondamente diverso è il ruolo della Corte internazionale di giustizia, organo che rientra nella più tradizionale prospettiva della composizione amichevole delle controversie tra Stati.³⁹⁷ E' fuor di dubbio che il principio costituzionale di coerenza rispetto al diritto internazionale operi anche nei confronti della pronuncia della CIG, e che le statuizioni di diritto ivi contenute vincolino gli organi dello Stato sin dall'indomani della pubblicazione della sentenza.

Secondo un primo metodo, sarebbe possibile assimilare la decisione della Corte agli obblighi pattizi ex art. 117 e quindi considerarla fonte interposta, sprovvista cioè della possibilità di derogare in via automatica la norma interna o costituzionale in contrasto. Ma un'alternativa all'art. 117, e giuridicamente più corretta, è quella di ricondurre la CIG nell'alveo dell'art. 11, in quanto organo giudiziario principale dell'ONU, che vi rientra a pieno titolo. Seguendo tale indirizzo, la sentenza potrebbe avere effetti anche *contra constitutionem*, ancorchè non in violazione di diritti fondamentali della persona umana.³⁹⁸

La stessa soluzione potrebbe discendere però dall'art. 10, che sembra ancora più adeguato al caso di specie, posto che si riferisce esclusivamente alle norme consuetudinarie, e sicuramente concerne la norma primaria oggetto del caso *de qua*. In

³⁹⁶ RINALDI, "I rapporti tra ordinamento interno e CEDU", su www.filodiritto.com.

³⁹⁷ G. SERRANO, "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, p. 642.

³⁹⁸ Cfr. in tal senso N. RONZITTI, *L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 ore* del 10 marzo 2012, n. 11, p. 92 ss; *contra* E. SCISO, *L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione dopo la conversione del decreto-legge 28 aprile 2010*, n. 63, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 807.

questo modo, si assicurerebbe un'unica garanzia costituzionale tanto per la norma primaria, quanto per gli obblighi di natura secondaria e terziaria che vi conseguono. In altri termini, si potrebbe ritenere che la sentenza della CIG, nell'accertare la violazione dell'immunità, abbia posto a carico dell'Italia obblighi internazionali generalmente riconosciuti, quindi operanti nel diritto interno ex art 10 Cost..³⁹⁹

L'unica obiezione in tal caso scaturirebbe dal fatto che la CIG non si è limitata ad una pronuncia di accertamento, avendo anche obbligato l'Italia alla riparazione. Questa parte del dispositivo pertanto avrebbe natura diversa rispetto al resto della sentenza, nello specifico natura di condanna invece che natura dichiarativa.

Vi è quindi differenza tra il profilo dell'accertamento dell'illecito e quello dell'obbligo di riparazione. Il primo discende dalla modalità con cui la CIG ha determinato il contenuto della norma immunitaria e soprattutto la sua ampiezza, e tale determinazione è immediatamente operante nell'ordinamento italiano. Il giudice nazionale deve rispettarla nelle cause in corso con la RFG ma anche in una qualunque altra controversia con Stati differenti, che presenti le medesime caratteristiche del contenzioso italo-tedesco deciso dalla CIG. Infatti a prescindere dal modo in cui la consuetudine immunitaria, determinata dalla CIG, si coordina con lo *ius cogens* internazionale, la Corte ha escluso che siano i giudici nazionali a rendersi protagonisti di quella ponderazione degli interessi contrapposti necessaria per addivenire alla risoluzione del contrasto, essendo in gioco un valore altamente sensibile quale è quello della sovranità degli Stati. Il giudice nazionale dei processi civili in corso e di quelli futuri deve semplicemente prendere atto del contenuto della norma consuetudinaria oggetto dell'accertamento della CIG e limitare la propria competenza giurisdizionale nei riguardi di uno Stato straniero. Quindi la conclusione circa l'esecuzione di tale capo della sentenza è agevole: l'art. 10 Cost. adegua automaticamente l'ordinamento interno alle norme di diritto internazionali generalmente riconosciute, e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione, che è norma consuetudinaria, rientra nel disposto dell'art. 10, esattamente nel modo in cui è stata interpretata dalla Corte internazionale, che corrisponde al modo in cui è generalmente riconosciuta. Pertanto è immediatamente vincolante per i giudici interni, anche *contra constitutionem*.

³⁹⁹ F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2012, pp. 350-370.

Superate le questioni costituzionali, nella pratica questo significa che l'accertamento della CIG dovrebbe imporsi in qualunque stato e grado di un giudizio dinanzi ad un giudice nazionale che sia ancora in corso, e da ciò discenderebbe un'apposita declinatoria di giurisdizione da parte del giudice italiano.

Mentre per le pronunce passate in giudicato, la questione sarebbe più complessa. I provvedimenti di natura esecutiva sono stati sospesi nella loro efficacia ancor prima che la Corte accogliesse le richieste tedesche, ma il problema si porrebbe per le sentenze in tema di sola giurisdizione o di merito, non essendo utili in questo caso gli strumenti normativi vigenti, ossia gli articoli 395 del cod. proc. civ. e 630 del cod. proc. pen..

L'art. 395 disciplina lo strumento della revocazione che è mezzo di impugnazione delle sentenze, ordinario o straordinario (quindi oltre i termini per impugnare e a prescindere dal passaggio in giudicato) a seconda dei motivi oggetto del ricorso. Mentre l'art. 630 del cod. proc. pen. è stato oggetto di sindacato della Corte Costituzionale, la quale lo ha dichiarato costituzionalmente illegittimo⁴⁰⁰ nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo. La riapertura dei processi interni ha trovato la sua giustificazione, peraltro, nella prospettiva fatta propria dalla stessa Corte costituzionale, che in una ottica di bilanciamento tra il valore costituzionale dell'autorità della cosa giudicata e il rispetto dei fondamentali diritti umani, è pervenuta alla conclusione per cui *“pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza (...) delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.”*

Si tratta, dunque, di una situazione completamente differente rispetto a quella che viene in considerazione nel caso di specie, dove al contrario, i diritti fondamentali della persona risultano pregiudicati proprio dalla regola dell'immunità dalla giurisdizione.

⁴⁰⁰Si tratta della sentenza n. 113 del 4 aprile 2011.

Nessuna norma già esistente quindi, applicata in via analogica, avrebbe legittimato la soccombenza del principio di intangibilità del giudicato. Per tale motivo è intervenuto il legislatore.

A queste considerazioni si lega il problema dell'esecuzione dell'ulteriore profilo della sentenza, ossia l'obbligo di *restitutio in integrum*.⁴⁰¹

III.ii) Le reazioni del legislatore italiano

Il 29 gennaio 2013 è stata pubblicata sulla Gazzetta ufficiale (n. 24 del 29 gennaio 2013) la **legge 14 gennaio 2013 n. 5**, che autorizza l'adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata a New York il 2 dicembre 2004, e ne ordina l'esecuzione nell'ordinamento interno. E' chiaro che l'adesione alla Convenzione ONU sia stata fortemente accelerata dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia, e sul punto ci siamo abbondantemente soffermati. Si tratta esattamente della stessa legge con cui il legislatore italiano ha dato esecuzione alla pronuncia della CIG poiché contiene anche una disposizione generale relativa all'esecuzione delle sentenze da essa emanate. L'articolo 3 stabilisce che ai fini di cui all'art. 94, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite, "quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte *rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo*". La norma così prosegue: "*Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione*, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tal caso non si applica l'art. 396 del citato codice di procedura civile". Quest'ultima

⁴⁰¹ La Corte si è limitata a dire che ciò che conta è assicurare "*that the decisions of its courts and those of other judicial authorities infringing the immunity which the Federal Republic of Germany enjoys under international law CEASE TO HAVE EFFECT*". In assenza di indicazione, quindi, l'obbligo vale tanto per la giurisdizione di cognizione quanto per i processi esecutivi.

disposizione si applica a decorrere dall'entrata in vigore della legge, e dunque dal 30 gennaio 2013, ai sensi dell'art. 4.

Il legislatore ha così aggiunto un nuovo motivo di revocazione delle sentenze (civili) passate in giudicato che abbiano affermato la sussistenza della giurisdizione, quando contrastino con una pronuncia della Corte internazionale di giustizia (anche intervenuta successivamente). La soluzione è per certi versi analoga a quella cui si è giunti con l'art. 630 cod. proc. pen., per effetto della sentenza della Corte costituzionale che abbiamo precedentemente richiamato.

L'intervento del legislatore non solo ha permesso l'adesione alla Convenzione di New York e l'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia, ma ha anche riaperto un'importante questione fortemente dibattuta nell'ordinamento italiano, che non a caso era stata oggetto di sindacato delle Sezioni Unite. Autorizzando il giudice nazionale a rilevare il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del giudizio, la legge ha toccato nuovamente l'art. 37 del cod. proc. civ., sulla quale interpretazione la Suprema Corte aveva messo un punto definitivo grazie alla sentenza **n. 24883 del 9 ottobre 2008**.

III.ii.i) Le conseguenze pratiche in ordine alla rilevabilità del difetto di giurisdizione

Con la sentenza n. 24883/08 le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione hanno fornito una nuova interpretazione dell'art. 37 c.p.c, in virtù della quale la disciplina del difetto di giurisdizione assumerebbe una conformazione abbastanza lontana dal dato testuale.

La norma in esame prevede, infatti, che “il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.”

La Cassazione aveva già fornito una prima rilettura della norma attraverso l'introduzione del limite del cosiddetto “giudicato esplicito” sulla giurisdizione: con tale orientamento unanime la Cassazione affermava che la rilevabilità, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, del difetto di giurisdizione dovesse ritenersi preclusa per il passaggio in giudicato della pronuncia che abbia esplicitamente affermato detta giurisdizione, o della pronuncia che abbia statuito nel merito sul

necessario presupposto della giurisdizione stessa, per cui laddove tale pronuncia non fosse stata specificamente impugnata, essa non avrebbe potuto più oggetto di riesame anche in sede di legittimità.⁴⁰²

Ma nel 2008 le SS.UU. hanno compiuto un passo ulteriore, introducendo il limite del “giudicato implicito”. Le Sezioni Unite hanno sottolineato, infatti, come l’assenza di una pronuncia esplicita sulla giurisdizione non significa che il giudice non abbia affrontato la questione, posto che se il giudice si è inoltrato nella decisione del merito, in virtù del combinato disposto degli artt. 276, comma 2, e 37 c.p.c., si deve ritenere che il giudice abbia già deciso, implicitamente e in senso positivo, la questione pregiudiziale della giurisdizione.⁴⁰³ Sulla scia di tale ragionamento, le Sezioni Unite hanno dichiarato, quindi, che la questione di giurisdizione può essere sollevata dalle parti e rilevata d’ufficio fino a quando non si sia formato su di essa un giudicato **esplicito od implicito**: la mancata impugnazione della sentenza di primo grado relativamente al capo sulla giurisdizione, anche se “implicito”, comporterà quindi l’impossibilità di riesaminare la questione nei successivi gradi del processo, per avvenuta acquiescenza ex art. 329, comma 2, c.p.c.. Le Sezioni Unite ritengono, tuttavia, che l’iter logico appena seguito incontri due eccezioni, in presenza delle quali quindi il difetto di giurisdizione resta rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado: quando la sentenza non contenga statuizioni che implicino l’affermazione della giurisdizione, ovvero quando dalla motivazione della sentenza impugnata risulti che l’evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione, ed abbia indotto il giudice a decidere il merito *per saltum*.

I principi di diritto sulla base dei quali la Suprema Corte ha fondato il nuovo convincimento si traggono dall’art. 111 della Costituzione, emergono cioè dal concetto stesso di giusto processo. Nello specifico assume un peso rilevante il principio della ragionevole durata del processo, che impone una rilettura dell’art. 37 c.p.c. conforme al mutato quadro costituzionale. Vietare che una declinatoria di giurisdizione, idonea a nullificare un intero processo svolto, possa sopravvenire anche dopo aver deciso il merito, significa impedire la regressione del giudizio allo stato iniziale e l’allontanamento sine die di una valida pronuncia sul merito. A fortiori, le Sezioni Unite

⁴⁰² SS UU n. 3159 del 12-04-1990, n. 6559 del 06-07-1998 e n. 5207 del 10-03-2005

⁴⁰³ A. LIGUORI, *Una nuova lettura dell’articolo 37 Codice Procedura Civile*, nota a Cassazione-Sezioni Unite, Sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883, disponibile su www.filodiritto.com, 29 novembre 2008.

hanno fatto leva sulla nota sentenza della Corte Costituzionale n. 77/2007, che ha concesso il meccanismo della *traslatio iudicii* anche tra doversi ordini di giudici, quando invece fino al 2007 il nostro ordinamento prevedeva la trasmigrazione del processo da un giudice all'altro solo in caso di difetto di competenza, dunque tra giudici appartenenti allo stesso ordine.

L'argomento è stato utilizzato per sostenere che ad oggi la questione di giurisdizione deve ritenersi totalmente assimilata a quella di competenza. Se, quindi, con la riforma dell'art. 38 c.p.c. è stato fortemente ristretto l'ambito entro il quale può essere sollevato il difetto di competenza, per ragioni di coerenza del sistema, deve propendersi per una lettura restrittiva nei termini suesposti anche dell'art. 37 c.p.c.⁴⁰⁴

L'effetto dirompente di tale impostazione è assolutamente evidente: se la questione di giurisdizione non viene sollevata d'ufficio o dalle parti nel primo grado del procedimento e la sentenza di primo grado, anche laddove non contenga una pronuncia esplicita sulla giurisdizione, non sia impugnata specificamente con riguardo a tale questione, si determina una preclusione processuale tale che la controversia potrà essere definitivamente decisa da un giudice originariamente privo di giurisdizione.

Le Sezioni Unite, tuttavia, hanno ritenuto che tale soluzione non contrasti con il principio del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost., poiché hanno sostenuto che per la giurisdizione possa valere quanto già affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 128/1999 relativa alla nuova disciplina di cui all'art. 38 c.p.c. in materia di competenza. In altre parole, al legislatore deve riconoscersi la più ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali e nell'articolazione del processo, e, quindi, il legislatore può legittimamente introdurre limitazioni alla possibilità di rilevare i vizi di competenza a vantaggio della speditezza del processo. Non c'è dubbio che la pronuncia della Suprema Corte del 2008 desti perplessità, soprattutto a causa del fatto che l'art. 37 appare totalmente riscritto. La Cassazione, non già il legislatore né la Corte Costituzionale che è custode delle leggi del nostro ordinamento, ha riformulato una norma di rito per il tramite di una sua pronuncia. E ha fondato il suo ragionamento sulla facoltà legittima di avvicinare giurisdizione e

⁴⁰⁴A. LIGUORI, *Una nuova lettura dell'articolo 37 Codice Procedura Civile*, nota a Cassazione-Sezioni Unite, Sentenza 9 ottobre 2008, n. 24883, disponibile su www.filodiritto.com, 29 novembre 2008.

competenza e trattarle allo stesso modo, seppur si tratti di due macrosistemi lontani e diversi.

Se ciò è vero, non può non riconoscersi come il legislatore, nella sua ampia discrezionalità, nonostante la nuova versione dell'art. 38 c.p.c., abbia ritenuto di non modificare la disciplina dell'art. 37 c.p.c.: le Sezioni Unite sembrano quindi cadere in contraddizione, quando affermano che *“nel mutato quadro normativo, gli effetti dell'art. 38 c.p.c., riformato, si proiettano necessariamente sulla portata dell'art. 37 c.p.c., nel senso che se la verifica della competenza implica la verifica della giurisdizione, quando i tempi per la verifica della competenza sono esauriti coerenza vuole che siano esauriti anche quelli per la verifica della giurisdizione; ovvero, coerenza vuole che almeno questi ultimi non siano dilatati fino al punto da essere incompatibili con la ragionevole durata del processo.”*⁴⁰⁵

Sorvolando sulle possibili critiche a cui la sentenza si offre, per quel che rileva in questa sede, l'assetto a cui si perviene all'indomani della pronuncia del 2008 è il seguente:

- 1) In primo grado il difetto di giurisdizione può essere eccepito fino a quando la causa non sia decisa nel merito e nel medesimo termine è proponibile il regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c..
- 2) La sentenza di primo grado è sempre impugnabile per difetto di giurisdizione mentre quella d'appello è impugnabile per lo stesso motivo solo qualora non si sia formato giudicato sul punto, esplicito o implicito.
- 3) Il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio fino a quando non si sia formato giudicato sul punto, esplicito o implicito.

E' quindi agevole notare come le statuizioni contenute nella legge n. 5 del 2013 per dare esecuzione alla sentenza della CIG, contravvengano a chiare lettere all'orientamento della Suprema Corte italiana, riportando indietro i termini del discorso.

Tuttavia il problema di un possibile coordinamento ha perso la sua rilevanza pratica all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale n. 238 del 2014, che ci

⁴⁰⁵ Cass., SS.UU. sentenza n. 24883/08 par. 2.5, in realtà al riguardo è la stessa Cassazione che previene l'obiezione affermando che il fatto che il legislatore non sia intervenuto sull'art. 37 come ha fatto per l'art. 38 non significa nulla, posto che il legislatore del 1990 è intervenuto in un sistema in cui era ancora vigente la inderogabilità convenzionale della giurisdizione.

apprestiamo a commentare, in quanto ultimo tassello della complessa vicenda giudiziaria sul tema dell'immunità.

III.iii) La reazione delle Corti italiane

E' interessante verificare la reazione delle autorità giudiziarie italiane all'indomani della sentenza del 3 febbraio 2012.

Una prima risposta rilevante è stata fornita dalla stessa Cassazione, con la sentenza n. 32139 del 2012. A seguito di apposito ricorso tedesco, la prima sezione penale della Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio, con decisione depositata in data 9 agosto 2012, le sentenze del Tribunale militare e della Corte militare d'Appello di Roma che avevano condannato la RFG al risarcimento dei danni, al pagamento delle spese processuali e alla refusione delle spese liquidate a favore delle parti civili, per la strage perpetrata nel 1944 dalle truppe naziste nei comuni di Fivizzano e Fosdinovo in provincia di Massa Carrara. La Corte non nasconde le proprie perplessità circa il ragionamento dei giudici dell'Aja e afferma che appare *“indebitamente riduttivo confinare la categoria dello ius cogens alla sua sola portata sostanziale, ignorando che la sua effettività concreta si misura proprio alla stregua delle conseguenze giuridiche che derivano dalla violazione delle norme imperative.”*⁴⁰⁶

Pur tuttavia la Corte ammette che la teoria della prevalenza delle norme di *ius cogens* sulla consuetudine immunitaria non ha trovato adeguato supporto e non ha condotto alla deroga sperata. Ad avviso del collegio, il riconoscimento dell'immunità potrebbe far sorgere dubbi di costituzionalità laddove esistesse una consuetudine internazionale che imponesse la prevalenza della tutela dell'individuo e quindi un suo diritto al risarcimento, che verrebbe recepita automaticamente in virtù dell'art. 10 Cost.. Ma siccome tale norma non esiste, la Corte non ha sospeso il processo in corso per sollevare questione di costituzionalità. Tra i vari motivi addotti, la Corte ha alluso al rischio, che così facendo, si sarebbe potuto ottenere un nuovo ricorso tedesco all'Aja. È questa la parte che non convince della sentenza in esame,⁴⁰⁷ atteso che il mero ricorso alla Corte

⁴⁰⁶ Testo della sentenza, pubblicata su *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 1196, par. 6.

⁴⁰⁷ G. SERRANO, “ *Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3 2012, p. 644.

Costituzionale, che è un organo interno all'ordinamento italiano, non avrebbe costituito un illecito di cui dolersi dinanzi alla Corte internazionale.

In sostanza la Cassazione penale ha preferito adeguarsi al *dictum* dei giudici internazionali ritenendo di comportarsi in modo conforme allo stato attuale del diritto internazionale, abbondantemente approfondito dalla CIG nella pronuncia del 3 febbraio. Testualmente la Corte “*consiglia certamente di valutare le statuizioni del 2004 e del 2008 - espressamente intese come fonti di un contributo all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello Stato estero-come un tentativo(...)che in difetto della sua convalida da parte della Comunità internazionale della quale la Corte dell'Aja è il massimo momento di sintesi giurisdizionale, non è stato, o non è stato ancora, fornito della necessaria condivisione e che per questa ineluttabile considerazione, non può essere portato ad ulteriori applicazioni*”.⁴⁰⁸

L'atteggiamento di deferenza della Suprema Corte è stato poi nuovamente ribadito in occasione dell'ordinanza **n. 4284 del 21 febbraio 2013**⁴⁰⁹, in cui, dopo aver riportato parte delle considerazioni espresse con la precedente pronuncia della Cassazione penale, si legge “*siffatte conclusioni condividono oggi le Sezioni Unite civili in sede di regolamento di giurisdizione, con la conseguenza che occorre dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice italiano nei confronti della Repubblica Federale di Germania in ordine all'azione proposta nel processo in trattazione.*”

Un altro forte segnale è giunto dalla sentenza depositata dal **Tribunale di Firenze** il 28 marzo 2012. Nel caso specifico, il Tribunale ha statuito che nonostante la giurisdizione dei giudici italiani fosse stabilita da un regolamento di giurisdizione passato in giudicato, la domanda di risarcimento avanzata contro la Germania doveva essere dichiarata inammissibile, a causa della prevalenza della sentenza della CIG, e

⁴⁰⁸ Testo della sentenza par. 6.

⁴⁰⁹ Si trattava di un caso di regolamento preventivo di giurisdizione richiesto dall'attore B. Frascà che citava in giudizio la Repubblica Federale di Germania ed Erich Priebke per ottenere la loro condanna al risarcimento dei danni conseguenti alla detenzione ed alle torture subite da suo padre nel carcere di via Tasso in Roma, nel periodo compreso tra il 27 gennaio ed il 24 marzo 1944, ed alla successiva uccisione avvenuta nelle Fosse ardeatine il 24 marzo dello stesso anno; atteso che il Priebke, con sentenza definitiva, era stato condannato alla pena dell'ergastolo per avere cagionato la morte di 335 persone presso la citata località nel summenzionato giorno del 24 marzo 1944.

soprattutto dell'art.94 dello Statuto dell'ONU, che ne ordina l'esecuzione e che assume rango costituzionale grazie all'art. 11 Cost.⁴¹⁰

Si tenga presente, per completezza, che la scelta del Tribunale di Firenze è stata seguita a ruota dalla Corte d'appello di Torino⁴¹¹ in un caso analogo.

Tuttavia, proprio quando la vicenda sembrava giunta al capolinea e non sembrava prestarsi ad altri risvolti, è stato lo stesso Tribunale di Firenze a darle un ulteriore *imprinting*. Sollevando una ricca questione di legittimità, il Giudice Minniti ha spostato davanti alla Corte Costituzionale il contenzioso giudiziario iniziato ben dieci anni prima dal signor Ferrini, e proseguito con la medesima speranza da numerose altre vittime alla ricerca di giustizia.

⁴¹⁰ P. BERTINETTI, “Immunità degli Stati e crimini di guerra: la decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Repubblica Federale di Germania contro Repubblica italiana*”, disponibile su www.forumcostituzionale.it, 26 luglio 2012.

⁴¹¹ La sentenza del Tribunale di Firenze è stata pubblicata su *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 583 ss. E' stata seguita da un'ulteriore pronuncia avente analogo tenore emessa dalla Corte d'Appello di Torino il 3 maggio 2012, e pubblicata sulla medesima *Riv.*, p. 916 ss.

CAPITOLO 5

L'INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

I) La questione di legittimità costituzionale

In un contesto giudiziario impegnato a conformarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia, si inseriscono il 21 gennaio 2014, le ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze.

Il Tribunale doveva decidere se riconoscere alle vittime e ai parenti delle vittime, nelle controversie sottoposte al suo esame, la possibilità di accedere al giudizio civile risarcitorio per i crimini nazisti commessi in Italia tra il 1943 e il 1945. Si trattava di diversi procedimenti attivati di fronte al Tribunale di Firenze da parte di prigionieri di guerra, catturati in territorio italiano e deportati in Germania.⁴¹²

Il giudice di Firenze si è interrogato sulla costituzionalità della norma sull'immunità dalla giurisdizione civile di uno Stato estero, efficace nel nostro ordinamento grazie alla clausola di adattamento contenuta all'art. 10 Cost.. *In secundis*, è stato posto all'attenzione del Giudice delle Leggi, l'art. 1 della legge del 17 agosto 1957, n. 848, con cui è stata data esecuzione alla Carta delle Nazioni Unite, il cui art. 94 obbligava l'Italia a conformarsi alle pronunce della CIG. Parimenti, sulla stessa lunghezza d'onda, è stata proposta la questione circa l'art. 3 della legge 14 gennaio, n. 5, con cui il legislatore aderiva alla Convenzione ONU del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, e al contempo eseguiva la sentenza del 3 febbraio 2012 pronunciata dalla CIG sul contenzioso italo-tedesco.⁴¹³

Nello specifico, il 21 gennaio 2014 il Tribunale di Firenze, nella persona del giudice Minniti, ha emanato quattro ordinanze. Su tre di esse, ossia le n. 84, 85 e 113⁴¹⁴, la

⁴¹² Per la precisione, dei tre prigionieri, uno fu deportato a Mathausen, il secondo costretto al lavoro coatto nel lager di Khala Thuringa, e l'ultimo fu catturato a Verona nell'ospedale dove era stato ricoverato, per poi essere segregato nel campo di concentramento di Zeitz, un sottolager di Buchenwald.

⁴¹³ A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la "giuristocrazia"?*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2015.

⁴¹⁴ Le ordinanze sono disponibili in Gazzetta Ufficiale, rispettivamente: n. 23 del 28 maggio 2014, n. 29 del 9 luglio 2014, n. 38 del 10 settembre 2014. Per un approfondimento sul tema G. D'AGNONE, *Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell'accesso al giudice: conflitto reale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 639 ss.; F. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 501 ss.; D. RUSSO, *Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della Costituzione al vaglio della Corte*

Corte Costituzionale si è pronunciata con la sentenza n. 238 del 2014, che ci apprestiamo a commentare. La quarta ordinanza, la n. 143, è stata iscritta nel ruolo della Corte Costituzionale solo il 3 dicembre 2014, per un mero errore di traduzione, quindi non è rientrata nel vaglio della Consulta che si è pronunciata il 22 ottobre.

Il 3 marzo 2015 la Corte si è pronunciata sull'ordinanza n. 143, ma non ha adottato una sentenza, bensì un'ulteriore ordinanza, con la quale ha ritenuto inammissibili le eccezioni di incostituzionalità sollevate per il suo tramite, trattandosi delle stesse già definite dalla Corte. Ha quindi motivato il rigetto con “sopravvenuta carenza dell'oggetto”, confermando in automatico le conclusioni a cui era pervenuta con la sentenza n. 238.

Il contenuto delle tre ordinanze è identico. Il giudice di Firenze, dopo una breve disamina sul diritto internazionale, pone l'accento sull'obbligo di esaminare il diritto interno. In ciò è possibile cogliere l'aspetto rivoluzionario dell'autorità giudiziaria, che abbandona le lenti del mero diritto internazionale e indossa gli occhiali del diritto italiano, *“dovendo verificare se il principio di uguaglianza sovrana degli Stati con esclusivo riferimento al suo corollario in materia di immunità, possa sacrificare la tutela giurisdizionale di un diritto fondamentale quando e se la tutela è richiesta verso uno Stato diverso da quello di appartenenza del giudice adito che abbia commesso un crimine internazionale ancorché nell'esercizio di poteri sovrani.”*

Le ordinanze proseguono descrivendo il meccanismo automatico di trasposizione delle norme consuetudinarie internazionali di cui all'art. 10 Cost., 1° comma, e l'orientamento della Corte Costituzionale circa l'ingresso di norme straniere nel diritto interno: *“con una risalente sentenza (n. 48 del 1979) la Corte costituzionale affermò - seppure incidentalmente - che, in caso di contrasto tra norme internazionali*

costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti, in Osservatoriosullefonti.it, 2014. Il tema della compatibilità con le norme della Costituzione degli obblighi connessi all'esecuzione della sentenza della CIG era stato sollevato da tempo in dottrina, quando ancora il ricorso della Germania era pendente, ad es. A. GATTINI, *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 173 ss., pp. 199-200); e poi, successivamente, all'indomani della sua adozione M. SOSSAI, *Are Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 175 ss., spec. 187 ss.; M.L. PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 444 ss.; G. CATALDI, *The Implementation of the ICJ's Decision in the Jurisdictional Immunities of the State Case in the Italian Domestic Order: What Balance Should Be Made between Fundamental Human Rights and International Obligations*, in *ESIL Reflections*, www.esil-sedi.eu, vol. 2, 2013.

immesse nell'ordinamento italiano mediante l'art. 10, comma 1, Cost. e principi fondamentali dell'ordinamento italiano, fossero questi ultimi a prevalere, ma circoscrisse la portata del principio giuridico alle consuetudini che si fossero formate successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, tra le quali non rientravano le norme sull'immunità, ritenute di formazione anteriore, (in questo senso anche Cassazione Sentenza n. 530/2000 sul caso Cermis).” Il Tribunale prosegue “vero è dunque che l'art. 10, comma 1, Cost (...) richiede che ogni fonte interna sia compatibile con le norme consuetudinarie internazionali, con la conseguenza che essa assume valore di «norma interposta» e funzione di norma parametro nel giudizio di legittimità costituzionale, cui dovessero esser sottoposte le norme ordinarie interne (eventualmente contrastanti con essa), e quindi assoggettabili al controllo di costituzionalità (...)Ma non meno vero è, per le ragioni che si perviene ad esporre, che anche la consuetudine internazionale resta subordinata alla Costituzione, come anche le norme contenute in fonti pattizie recepite ex art. 11 e 117 Cost..”

Il rilievo è particolarmente importante perché serve a precisare che l'intero meccanismo predisposto per il recepimento di norme straniere non ha, esso stesso, il potere di introdurre situazioni giuridiche *contra constitutionem*, poiché la qualifica di norma interposta non consente di surclassare il primato del testo costituzionale. Infatti il giudice *a quo* conferma che la trasposizione della norma immunitaria ex art. 10 Cost. le permette di assumere rango formale di atto avente forza di legge, come tale pienamente assoggettabile al controllo di legalità costituzionale in base all'art. 134, 1° comma, della Costituzione. Ciò perché tale meccanismo di produzione normativa, che difatti permette alla consuetudine di diventare norma italiana dall'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, “non è idoneo a dar vita a norme di valore pari alla Costituzione e dunque sottratte al controllo di compatibilità quantomeno con i suoi principi fondamentali quali si ritiene esser quelli contenuti negli artt. 2 e 24 Cost..”

Il giudicante ritiene quindi doverosa la verifica della legittimità costituzionale della norma di provenienza internazionale, sia essa di formazione precedente, sia essa posteriore alla entrata in vigore della Costituzione. Infatti egli ritiene che il nuovo contesto sovranazionale di rafforzamento dello *ius cogens* internazionale, finalizzato alla tutela della persona umana, induca a ritenere ingiustificato il limite al controllo di costituzionalità individuato nell'antioriorità delle norme internazionali, postulato dalla

sentenza n. 48/1979, dalla quale il giudice prende le distanze. Ma soprattutto “*Se l'immunità giurisdizionale, nei limiti della tutela verso crimini contro l'umanità commessi iure imperii, non trova deroghe nell'ordinamento internazionale può invece, ad avviso del giudicante, rinvenirli nel sistema costituzionale della Repubblica italiana come arricchito sotto l'influsso della civiltà' giuridica raggiunta dai Paesi di una determinata regione geopolitica, comune peraltro alle parti in causa: valori fondativi che non possono essere negati per effetto di una pronuncia della Corte dell'Aja, interprete invece solo dello ius commune della intera Comunità Internazionale.*”

Pertanto, se da un lato alla Corte internazionale compete, in via esclusiva, l'interpretazione della valenza imperativa delle norme di *ius cogens* e del contenuto della regola immunitaria, dall'altro, l'adozione nel panorama internazionale del criterio di protezione indifferenziata della sovranità dello Stato, non significa che questo debba trovare riconoscimento nell'ordinamento italiano.⁴¹⁵ In definitiva, secondo il giudice rimettente, vi è un serio dubbio che il giudice italiano, possa oggi legittimamente, accogliere la pronuncia della Corte internazionale di giustizia.

In conclusione, il giudice Minniti, per le ragioni sopra esposte, ritiene di esser obbligato a rimettere la questione al vaglio del giudice della legittimità costituzionale. E si pronuncia nel seguente modo:

“In definitiva il giudice ritiene che non sia manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione:

- 1) della norma prodotta nel nostro ordinamento dal recepimento, ai sensi dell'art. 10 primo comma Cost., della consuetudine internazionale nella parte in cui nega la giurisdizione di cognizione nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, «iure imperii» dal Terzo Reich, almeno in parte nello Stato del giudice adito;*
- 2) dell'art. 1 della legge n. 848 del 17 agosto 1957, nella parte in cui recependo l'art. 94 dello Statuto dell'Onu, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione di*

⁴¹⁵ E. SCISO, *La regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 1, pp. 61-83.

cognizione nella causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi «iure imperii» dal Terzo Reich nel territorio italiano;

- 3) *dell'art. 1 della legge n. 5/2013 nella parte in cui obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia anche quando essa ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione di cognizione nella causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità commessi «iure imperii» dal Terzo Reich nel territorio italiano.»⁴¹⁶*

Tre coincidenze temporali meritano attenzione. In pari data, il **21 gennaio 2014**,^e in relazione ad analogo procedimento, le Sezioni Unite civili della Cassazione hanno applicato l'art. 3 della legge 5/2013 e hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano. Si tratta della sentenza n. **1136 del 2014**, riguardante un “seguito” della vicenda Ferrini.

La RFG aveva fatto ricorso avverso la sentenza n. 490/2011 della Corte d'Appello di Firenze con cui era stata condannata al risarcimento danni a favore degli eredi del signor Luigi Ferrini. La Cassazione si è limitata a cassare senza rinvio la sentenza impugnata. Come già indicato, sin dall'indomani della pronuncia della CIG, la Suprema Corte italiana aveva mostrato un atteggiamento di umile deferenza nei riguardi del consesso internazionale. Già con la sentenza 32139/2012, pur ammettendo la pericolosità dell'impostazione adottata dai giudici dell'Aja, aveva riconosciuto l'isolamento della propria tesi, inaugurata con il principio Ferrini, e aveva confermato l'autorevolezza della decisione della Corte internazionale. Nel caso *de qua*, invece, è possibile pensare che l'atteggiamento di deferenza sia stato motivato non tanto da un riconoscimento spontaneo della competenza superiore della Corte dell'Aja, quanto piuttosto dal nuovo assetto della normativa interna. L'elemento differenziale tra la pronuncia del 2012 e quella del 2014 è proprio l'introduzione della legge n. 5/2013, e con essa, dell'obbligo, positivamente posto, di adeguamento alla CIG.⁴¹⁷ Infatti secondo

⁴¹⁶ Gazzetta Ufficiale, n. 23 del 28 maggio 2014.

⁴¹⁷ M. G. RANCAN, *Immunità dello Stato estero per crimini internazionali e diritto di accesso al giudice: la parola alla Corte Costituzionale. Commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 1136/2014 e all'ordinanza del Tribunale di Firenze del 21 gennaio 2014*, su *Questione Giustizia*, fasc. 4, 22/4/2016; per un ulteriore commento alla sentenza, cfr. E. SCISO, *La regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 1, p. 64.

le parole delle Sezioni Unite: “ *Quello posto oggi al giudizio delle SU è il caso previsto dal comma 1 della citata norma*”, ossia l’art. 3 della legge, “ *siccome la controversia è tuttora pendente ed è stata già emessa sentenza che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione. Nessun dubbio di costituzionalità può essere adombrato relativamente alle disposizioni di cui all’art. 3 della legge in questione, posto che esse risultano dettate ai fini di cui all’art. 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite(...)* Lo Statuto della Corte internazionale è norma (derivata) di diritto internazionale; sicché, la L. n. 5 del 2013, art. 3, costituisce una norma di adeguamento dell’ordinamento interno a quello internazionale, e, di conseguenza, da attuazione all’art. 11 Cost., secondo periodo. Non resta, dunque, a questa Corte che adeguarsi al dettato normativo e dichiarare il difetto di giurisdizione, con conseguente cassazione senza rinvio della sentenza impugnata.”

Inoltre, il **14 gennaio 2014**, la Corte EDU confermava la decisione della Camera dei Lords del 14 giugno 2006, relativa al caso *Jones e altri c. Regno Unito*, con cui era stata riconosciuta l’immunità allo Stato a fronte della commissione di torture governative. Il giudice europeo ha affermato *in primis*, che il diritto al giudice e la consuetudine immunitaria, non hanno carattere assoluto e la prevalenza dell’uno sull’altra non è puramente automatica. Entrambi i principi, infatti, potrebbero subire compressioni, e per tale ragione, ambedue andrebbero sottoposti ad un test di proporzionalità e di legittimità dello scopo. La sproporzione non si verificherebbe se il diritto al giudice non fosse contrastato nella sua essenza e se lo scopo rimanesse circoscritto al diritto internazionale.⁴¹⁸

Se da un lato, la Corte di Strasburgo ha dato seguito alla CIG riconoscendo l’immunità statale, anche in casi di torture governative, come norma conforme al diritto internazionale vigente, d’altro canto, il 24 luglio 2014, nella sentenza *Al-Nashiri c. Polonia*, la stessa Corte ha rilevato, che quando sono contestate *gross violations* dei diritti umani, “*il diritto alla verità relativo alle circostanze rilevanti del caso non appartiene solo alla vittima del reato e alla sua famiglia, ma anche alle altre vittime di situazioni simili e alla collettività che ha il diritto di sapere che cosa è accaduto.*”

Un ulteriore riferimento temporale desta curiosità. Negli stessi giorni in cui la Corte Costituzionale ha accolto le eccezioni sollevate dal Tribunale di Firenze, sbarrando

⁴¹⁸A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la giuristocrazia?*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2015.

l'ingresso alla sentenza della CIG, l'Italia perfezionava l'impegno assunto nel 2012 di accettare la competenza obbligatoria della Corte internazionale ai sensi dell'art. 36, 2° comma, del suo Statuto. Il **25 novembre 2014** l'Italia depositava la propria dichiarazione presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite.⁴¹⁹

Si tratta di un'ulteriore segnale che denota la discordanza tra l'operato del governo italiano e le scelte della magistratura. Non è la prima volta che il corso degli eventi evidenzia una mancata armonia tra i due poteri statali, ma ancora una volta, desta non poca perplessità l'atteggiamento della classe politica italiana maturato nel periodo compreso tra la pronuncia del 3 febbraio 2012 e quella della Corte Costituzionale. Abbiamo già avuto modo di tastare le oscillazioni tra favore e sfavore nel panorama dottrinario italiano, ma l'esecutivo ha univocamente confermato un comportamento di debole difesa, se non addirittura di disapprovazione per l'orientamento della giurisprudenza italiana. Fa riflettere il dato di fatto per cui, al di là delle svariate dichiarazioni rilasciate sul tema, e a prescindere da tutti i gentili auspici espressi dai due governi nazionali coinvolti nella vicenda, lo Stato italiano non abbia compiuto alcun passo in avanti per risolvere il problema dei risarcimenti in via diplomatica.⁴²⁰

Proprio a causa dell'inerzia del governo italiano, sorge l'obbligo di chiedersi se il vuoto di tutela possa essere colmato per il tramite del controllo di legittimità della Corte Costituzionale. Ossia, se la Corte Costituzionale occidentale di uno Stato europeo, possa nascondersi dietro il paravento dell'immunità e lasciare indenni i responsabili di gravi crimini internazionali da qualsiasi conseguenza sanzionatoria, oppure se debba dare una svolta alla vicenda giudiziaria, senza rassegnarsi al *dictum* di un organo superiore, ma al contrario difendendo fino all'ultimo tentativo, i principi fondamentali della Costituzione italiana, dando prova di un'eccezionale "giuristocrazia"⁴²¹, come difatti è accaduto in Italia con la sentenza n.238/2014.

⁴¹⁹ Ad oggi, altri 19 Paesi dell'UE hanno depositato analoga dichiarazione. La Germania vi ha provveduto il 20 aprile 2008.

⁴²⁰ A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la "giuristocrazia"?*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2015.

⁴²¹ Si fa riferimento al concetto di *juristocracy*, come elaborato da R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy, the Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA – London, 2004, per cui "giuristocrazia" significa rifuggire dall'incapacità della politica di assumere scelte che siano realmente democraticamente rappresentative e non perseguano meri interessi economici ma tutte le esigenze della popolazione, e quindi trovare riparo nelle Corti costituzionali, unite a livello globale all'interno di un dialogo, volto a promuovere i principi del costituzionalismo in modo da controbilanciare la globalizzazione economica come unico punto di vista giuridico.

II) La sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238

La sentenza della Corte Costituzionale, presieduta per l'occasione dal Giudice Tesauro, è stata giustamente ribattezzata come una pronuncia storica.⁴²²

Dal punto di vista del diritto costituzionale, si tratta della prima volta che la teoria dei controlimiti viene utilizzata nei riguardi del diritto internazionale generale. Dal punto di vista dell'ordinamento internazionale, la pronuncia in esame, rappresenta il primo caso in cui l'adempimento della sentenza resa dai giudici dell'Aja rischia di essere impedito per la resistenza opposta da un organo interno.⁴²³

La sentenza è sicuramente un esempio di coraggio da parte del nostro ordinamento. La Corte ha pronunciato una decisione volta a produrre effetti per il caso di specie, ossia per la controversia Italia- Germania, ma allo stesso tempo, destinata a gettare le linee guida in ordine all'assetto dei rapporti tra norme internazionali e principi dell'ordinamento nazionale, chiarendo il ruolo che un organismo costituzionale interno può assumere nella formazione progressiva delle norme generali. Tale impostazione dualista accolta dalla Corte, le permette di tracciare uno schema generale, di definire, cioè, un percorso logico-giuridico, con cui offrire soluzione ai problemi di coordinamento tra diritto interno e internazionale, colmando un *vulnus* che fino ad oggi aveva lasciato campo libero all'elaborazione di ricostruzioni dottrinali.⁴²⁴

⁴²² Cfr. L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in www.sidi-isil.org, 27 ottobre 2014; P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in www.diritticomparati.it, 28 ottobre 2014; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la sua storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 9 gennaio 2015; F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus Giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 33 ss.

⁴²³ Il punto è stato messo in risalto da GRADONI, op. cit., ID, *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana controvento sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 905 ss., ove viene evocato un precedente della Corte Suprema degli Stati Uniti sul caso *Medelin v. Texas*, del 25 marzo 2008 (in *American Journal of International Law*, 2008, p. 622 ss), in cui è escluso che una sentenza della CIG possa produrre effetti diretti nell'ordinamento statunitense. La situazione però è opposta, atteso che la sentenza della CIG in questione era stata resa nella controversia Stati Uniti v. Messico, caso *Avena*, ed era favorevole ai diritti umani. La Corte internazionale aveva infatti condannato gli Stati Uniti perché non avevano garantito a detenuti messicani il diritto all'assistenza consolare, previsto dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari.

⁴²⁴ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

II.i) Riflessioni della Corte in merito alla propria (in)competenza

Una delle prime questioni analizzate dalla Consulta è se la sua competenza le consente di discostarsi dall'interpretazione della Corte internazionale e procedere ad una nuova lettura della consuetudine immunitaria, tale da non ravvisare un contrasto tra questa e i principi costituzionali del diritto interno. In altre parole, si chiede, i giudici dell'Aja, avrebbero potuto giungere a conclusioni diverse?

La Corte risponde in maniera chiara: *“Si tratta(...)di una norma di diritto internazionale, dunque esterna all'ordinamento giuridico italiano, la cui applicazione da parte dell'amministrazione e/o del giudice, in virtù del rinvio operato nella specie dall'art. 10, primo comma, Cost., deve essere effettuata in base al principio di conformità, e cioè nell'osservanza dell'interpretazione che ne è data nell'ordinamento di origine, che è l'ordinamento internazionale. In questa occasione, la norma che interessa è stata interpretata dalla CIG, precisamente in vista della definizione della controversia tra Germania ed Italia.”*⁴²⁵

L'interpretazione offerta dalla CIG viene ritenuta “particolarmente qualificata” e dunque non sono ritenute necessarie ulteriori ritrattazioni del tema. D'altronde, si tratta dello stesso principio affermato già nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 con riguardo all'interpretazione ad opera della Corte di Strasburgo delle norme della CEDU. E soprattutto, lo stesso giudice rimettente ha dimostrato di adeguarvisi, posto che non è entrato nel merito dell'interpretazione resa dalla CIG, limitandosi a prenderne atto, sia pure con preoccupazione.

La Consulta, ritiene dunque, di non poter disconoscere l'interpretazione internazionale, sia perché la determinazione del *thema decidendum* da parte del giudice rimettente impedisce ogni valutazione ulteriore sulla norma consuetudinaria, sia perché, in ogni caso, l'accertamento del contenuto di una norma internazionale operato dai giudici *ad hoc* preposti, non può essere oggetto di sindacato da parte di nessun altro giudice.

Per quanto concerne il primo profilo, il giudice rimettente si riferiva negli atti di promovimento, alla *“norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, 1° comma, della Costituzione.”* Se la Corte avesse modificato tale formulazione, talché la fonte internazionale fosse stata ravvisata non già nella norma derivante dall'adattamento, bensì dalla norma immunitaria vera e propria, avrebbe

⁴²⁵ Testo della sentenza, disponibile su www.iusexplorer.it, par. 3.

potuto procedere ad un nuovo esame della regola immunitaria senza il rischio di violare la sentenza internazionale, che è possibilità radicalmente esclusa.

Esiste inoltre un precedente in cui la Corte Costituzionale ha collegato la norma impugnata ad una fonte di diritto internazionale diversa da quella individuata dal giudice rimettente. Mi riferisco al celebre caso **Russel**, deciso con sentenza n. 48 del 1979,⁴²⁶ nella cui occasione il Tribunale di Roma aveva sollevato eccezione di costituzionalità nei confronti della legge di esecuzione della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, con particolare riferimento alla regola dell'immunità dalla giurisdizione civile per gli agenti diplomatici. La Corte Costituzionale aveva "corretto" la determinazione della questione, modificando la fonte internazionale della norma in causa, sul presupposto che, essendo la Convenzione meramente ricognitiva del diritto internazionale consuetudinario, l'oggetto del giudizio dovesse in realtà individuarsi nella *norma di adattamento a tale consuetudine prodotta nel nostro ordinamento per il tramite del trasformatore permanente* previsto dal primo comma dell'art. 10 Cost.⁴²⁷

A conferma del fatto che sia possibile superare la formulazione del quesito di costituzionalità effettuata dal giudice *a quo*, si noti che la volontà della Corte Costituzionale di restare rigidamente ancorata alla definizione dell'oggetto del sindacato risultante dall'ordinanza di rimessione, è stata poi contraddetta dalla strategia di trasferire il giudizio dalla "norma interna di adattamento alla norma internazionale" alla norma internazionale stessa, scelta che ha poi costretto la stessa Corte a varie acrobazie interpretative, al fine di garantire la congruenza del ragionamento complessivo.⁴²⁸

Per quanto attiene invece alla seconda argomentazione, che poggia sul principio di conformità, le considerazioni da fare sono più complesse.

Da una parte infatti, la questione dell'incompetenza, per come è impostata, rischia di sfociare in un tema di gran lunga più esteso, ossia quello dei rapporti tra giudici (e/o

⁴²⁶ V. Corte costituzionale, sentenza n. 48 del 18 giugno 1979, punto 3 del considerato in diritto. Su tale pronuncia v. ampiamente, per tutti, L. CONDORELLI, *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, p. 459 ss.

⁴²⁷ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

⁴²⁸ R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 23 ss., p. 26; G.CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 41 ss.

organi) internazionali e tra operatori giuridici interni in materia di ricezione delle norme del diritto internazionale generale.

Dall'altra parte, è pur vero che la Corte costituzionale non avrebbe potuto disattendere le indicazioni della CIG tanto agevolmente, non per l'astratta insindacabilità dell'accertamento operato da un tribunale internazionale, ma per le specifiche peculiarità del caso di specie.

Tuttavia, per quel che rileva in questa sede, ciò che desta maggiori perplessità è il richiamo al principio di conformità, che non esiste nell'ordinamento internazionale: la comunità internazionale è una comunità paritaria, isonomica. Da ciò discende il fondamento consensuale della competenza degli organi giudiziari. Non esiste insomma un "sistema giudiziario" tecnicamente inteso, e ogni corte opera in via autonoma, ciascuna con una propria competenza *ratione materiae, personarum, loci e temporis*. Pertanto le decisioni emesse da tali organi non possono avere altro ruolo se non di "strumento ausiliario di determinazione delle regole giuridiche", ossia fonti di cognizione e non di produzione del diritto.⁴²⁹ Nè vale il richiamo all'interpretazione delle norme CEDU ad opera della Corte di Strasburgo, in quanto destinata a collocarsi in un sistema più integrato, ove l'ultima parola in merito alla Convenzione può spettare solo alla Corte EDU, ad esclusione di qualunque altro organo giudiziario. Nella Comunità internazionale, di converso, non esiste un accertamento del diritto generale dotato di esclusività o superiorità gerarchica.⁴³⁰ Quindi, la competenza della CIG non è obbligatoria, ma concorrente con quella di altri Tribunali, e la stessa Corte non è giudice di ultimo grado.

Pertanto, giunti alla conclusione che la Consulta italiana avrebbe potuto tecnicamente disattendere il percorso argomentativo dei giudici dell'Aja, il vero motivo per cui non ha compiuto tale azzardo, sta nella condivisione immediata e incondizionata ricevuta nell'intero panorama internazionale dalla sentenza della CIG. Oltre all'autorevolezza del consenso, l'ostacolo forse più arduo da superare risiedeva proprio nel successo che la soluzione pronunciata dai giudici internazionali aveva riscosso: nel giro di poco tempo, ad esempio, la Corte europea dei diritti umani l'aveva non solo confermata in

⁴²⁹ L. CONDORELLI, voce *Consuetudine internazionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989, p. 490 ss., p. 498.

⁴³⁰ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

quanto “*authoritative as regards the content of customary international law*”,⁴³¹ ma anche trasposta sul piano delle immunità delle organizzazioni internazionali.⁴³² Altri tribunali interni si erano mossi ciecamente nella stessa direzione.

Fermo restando quanto detto, però, bisogna sottolineare che, a dispetto della scelta iniziale di non pronunciare parola sulla norma immunitaria, la Corte non ha mancato di sollevare alcuni rilievi critici alle soluzioni accolte sul caso Germania c. Italia, con ciò manifestando la volontà di non aderire incondizionatamente e ciecamente al *dictum* internazionale.⁴³³

II.ii) La legittimità della norma interna prodotta mediante il rinvio dell’art. 10 Cost. alla consuetudine immunitaria internazionale

Chiarito l’atteggiamento della Corte in ordine alla propria incompetenza, la sentenza prosegue nel seguente tenore: “*Ciò premesso, è tuttavia evidente che resta da verificare e risolvere il prospettato conflitto tra la norma internazionale da immettere ed applicare nell’ordinamento interno, così come interpretata nell’ordinamento internazionale, norma che ha rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all’art. 10, primo comma, Cost., e norme e principi della Costituzione che con essa presentino elementi di contrasto tali da non essere superabili con gli strumenti ermeneutici.*”

⁴³¹ Corte europea dei diritti umani (quarta sezione), *Case of Jones and others v. the United Kingdom*, ricorsi nn. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014, par. 198, su cui v. R. PISILLO MAZZESCHI, *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l’accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso Jones dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215 ss. D’altronde, la Grande Camera aveva già anteriormente manifestato una posizione conservatrice con il caso *Al-Adsani v. the United Kingdom*, di cui la stessa CIG aveva tenuto conto, a ulteriore dimostrazione che il dialogo tra queste corti è decisamente favorevole alla persistente e completa applicazione, anche di fronte a gravi violazioni dei diritti fondamentali, della norma sull’immunità degli Stati.

⁴³² Corte europea dei diritti umani (terza sezione), *Stichting Mothers of Srebrenica and others v. the Netherlands*, ricorso n. 65542/12, decisione dell’11 giugno 2013, su cui v. M.I. PAPA, *Immunità delle Nazioni Unite dalla giurisdizione e rapporti tra CEDU e diritto delle Nazioni Unite: la decisione della Corte europea dei diritti umani nel caso dell’Associazione Madri di Srebrenica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 27 ss.

⁴³³ C. PINELLI, *Decision No. 238/2014*, cit., pp. 36-37; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 61 ss., p. 82. Quanto detto si evince dai tentativi di valorizzare l’“inestricabile connessione” tra gli artt. 2 e 24 della Costituzione, che si oppone alla tesi della separazione tra norme sostanziali e norme procedurali sostenuta invece dalla Corte dell’Aja; nonché dall’affermazione secondo cui la funzione sovrana che l’immunità vuole garantire non può in partenza coprire atti statali che integrino crimini internazionali. Cfr. sentenza n. 238, punto 3.4.

Quindi, posto che la Corte dell'Aja è l'unica detentrica del potere di interpretare le norme internazionali, e questo profilo viene pacificamente accettato, compete all'organo costituzionale interno al singolo Stato, il controllo di compatibilità delle norme esterne con quelle interne. Anzi in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetti alla sola Corte Costituzionale, con esclusione di qualsiasi altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali.

La Corte richiama appositamente una serie di pronunce che hanno contribuito a fondare tale convincimento.⁴³⁴ Prosegue poi concentrandosi specificamente sull'evoluzione subita dalla consuetudine immunitaria e ricorda come questa sia stata protagonista di un ridimensionamento storico dovuto esclusivamente all'operato dei giudici nazionali, primi fra tutti quelli italiani e belgi. Senonché *“se un simile effetto di ridimensionamento dell'immunità in una prospettiva di tutela dei diritti si è delineato, anche per quanto attiene all'ordinamento italiano, ad opera del controllo dei giudici comuni, in un contesto istituzionale contraddistinto da una Costituzione flessibile, nella quale il riconoscimento dei diritti non era assistito che da ridotte garanzie, è ineludibile affermare che nell'ordinamento costituzionale repubblicano, fondato sulla tutela dei diritti e sulla connessa limitazione del potere ad essa funzionale e garantito da una Costituzione rigida, lo stesso controllo compete a questa Corte.”*⁴³⁵

E siccome solo alla Corte Costituzionale spetta la funzione di preservare la Carta costituzionale, questa sola potrebbe farsi protagonista di un ulteriore restringimento dell'immunità, nella prospettiva di incrementare la tutela dei diritti umani. Tale iniziativa produrrebbe effetti nel solo diritto interno, ma potrebbe comunque partecipare all'evoluzione del diritto internazionale. È questo il vero auspicio.

In merito alla regola immunitaria come interpretata dalla Corte dell'Aja, in palese contrasto con i principi supremi del nostro ordinamento, tra cui il diritto alla tutela giurisdizionale, la Corte dichiara che la mera contrapposizione al sistema dei principi

⁴³⁴ Sentenza n. 1 del 1956, per cui *“La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge non può essere fatta che dalla Corte costituzionale in conformità dell'art. 136 della stessa Costituzione”*. Anche di recente, poi, questa Corte ha ribadito che la verifica di compatibilità con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale e di tutela dei diritti umani è di sua esclusiva competenza (sentenza n. 284 del 2007); ed ancora, precisamente con riguardo al diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.), che il rispetto dei diritti fondamentali, e quindi l'attuazione di principi inderogabili, è assicurato dalla funzione di garanzia assegnata alla Corte costituzionale (sentenza n. 120 del 2014).

⁴³⁵ Testo sentenza n. 238/2014, par. 3.3.

fondanti la Costituzione, è motivo sufficiente a ritenere che non operi il meccanismo di adeguamento automatico predisposto dall'art. 10 Cost.. In altri termini, se la regola internazionale concede l'immunità agli Stati in presenza di gravi crimini internazionali, e quindi non riconosce la posizione di primazia dei fondamentali diritti umani e soprattutto non consente l'esercizio del diritto al giudice alla vittima di tali crimini, la norma è in contrasto con gli art. 2 e 24 della Costituzione,⁴³⁶ essa non supera i confini dell'ordinamento nazionale e l'art. 10 non trova applicazione.

Il sacrificio imposto ai principi supremi del nostro ordinamento dall'eventuale accoglimento dell'immunità statale così intesa, sarebbe infatti totale e non giustificato, non ravvisandosi alcun interesse pubblico preminente rispetto a tali principi. Ma soprattutto, in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, debba essere ritenuta preclusa la verifica giurisdizionale, appare del tutto inadeguata e anacronistica.

Proprio per tale ragione, la Corte respinge la prima eccezione formulata dall'Avvocatura Generale dello Stato, intervenuta in giudizio in difesa della Presidenza del Consiglio, al fine si far dichiarare l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. La prima eccezione poggiava sull'orientamento espresso nella sentenza *Russel* dalla Corte Costituzionale, la n. 48 del 18 giugno 1979, nella quale la questione di legittimità venne respinta poiché, la Corte riteneva che l'immunità degli agenti diplomatici costituisse una deroga non incompatibile con la nostra Costituzione, e al contrario necessaria ai fini dell'espletamento della missione diplomatica, funzione

⁴³⁶ «Fin dalla sentenza n. 98 del 1965 in materia comunitaria, questa Corte affermò che il diritto alla tutela giurisdizionale «è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (punto 2. del Considerato in diritto). In una meno remota occasione, questa Corte non ha esitato ad ascrivere il diritto alla tutela giurisdizionale «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (sentenze n. 18 del 1982, nonché n. 82 del 1996). D'altra parte, in una prospettiva di effettività della tutela dei diritti inviolabili, questa Corte ha anche osservato che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale»: pertanto, «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (...) è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto» (sentenza n. 26 del 1999, nonché n. 120 del 2014, n. 386 del 2004 e n. 29 del 2003). Né è contestabile che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo.» Par. 3.4.

imprescindibile del diritto internazionale, munita anche di garanzia costituzionale.⁴³⁷ Soprattutto, la pronuncia in esame distingueva tra consuetudini anteriori alla Costituzione, sempre prevalenti anche in caso di contrasto, e consuetudini successive, per cui invece effettuare necessariamente la verifica di compatibilità. Mentre per la Corte *“ora, indipendentemente dalla correttezza o meno della lettura operata dall’Avvocatura della decisione n. 48 del 1979, questa Corte intende confermare specificamente quanto rilevato con chiarezza nella sentenza n. 1 del 1956: «L’assunto che il nuovo istituto della “illegittimità costituzionale” si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l’art. 134 della Costituzione quanto l’art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali»”*.⁴³⁸

In conclusione la questione prospettata dal giudice rimettente con riguardo alla norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento della consuetudine internazionale sull’immunità degli Stati, è infondata, *“considerato che la norma internazionale alla quale il nostro ordinamento si è conformato in virtù dell’art. 10, primo comma, Cost. non comprende l’immunità degli Stati dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l’umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, i quali risultano per ciò stesso non privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva.”*⁴³⁹

II.iii) Le altre questioni di legittimità

Viene, invece, diversamente risolta la questione di legittimità costituzionale sollevata nei riguardi dell’art. 1 della legge di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite. La norma è stata censurata per violazione degli artt. 2 e 24 Cost., nella parte in cui, dando esecuzione alla Carta delle Nazioni Unite, ed in specie all’art. 94 della medesima,

⁴³⁷ M. CASTELLANETA, *La Consulta apre la strada ai risarcimenti*, in *Guida al Diritto*, n. 47, 22 novembre 2014.

⁴³⁸ Testo sentenza, par. 2.1.

⁴³⁹ Testo sentenza, par. 3.5.

impone espressamente all'ordinamento interno di adeguarsi alla pronuncia della CIG anche quando essa, come nella specie, ha stabilito l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione di fronte a fatti criminosi quali quelli rilevanti nel contenzioso italo-tedesco.

Le sentenze della CIG, a norma del richiamato art. 94, sono vincolanti per l'ordinamento interno di ciascuno Stato che abbia aderito alla Carta delle Nazioni Unite, e tale vincolo costituisce una delle ipotesi di limitazione di sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito ai sensi dell'art. 11 Cost.. Tali limitazioni sono però sempre contenute nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione, come la stessa Corte Costituzionale affermava nella sentenza n. 73 del 2001.

Senonché, la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali costituisce uno dei "principi supremi dell'ordinamento costituzionale", e la norma denunciata (l'art. 1 della legge di adattamento), si pone in palese contrasto con esso, nella parte in cui vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG. La Corte, specifica che rimane inalterato l'impegno dello Stato italiano di rispettare gli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite e soprattutto quello di conformarsi alle sentenze dell'Aja, ma dichiara, a causa del contrasto suindicato, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge di adattamento n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, come già detto, per la parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG.

Come è agevole notare, la Corte non aggredisce la norma principale, ossia l'art. 94, bensì la norma che lo recepisce e che è collocata nella legge di adattamento italiana.⁴⁴⁰

Difatti non avrebbe la competenza giusta per valutare la liceità di una norma internazionale, ma soprattutto non è la norma figurante nello Statuto di un organismo internazionale a produrre problemi di compatibilità con l'ordinamento interno di uno

⁴⁴⁰Testo sentenza, par 4.1. la Corte richiama la prassi costante, ossia la sentenza n. 18 del 1982 con cui la Corte "ha dichiarato, tra l'altro, «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 27 maggio 1929, n. 810 (Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi, e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929), limitatamente all'esecuzione data all'art. 34, commi quarto, quinto e sesto, del Concordato, e dell'art. 17, della legge 27 maggio 1929, n. 847 (Disposizioni per l'applicazione del Concordato dell'11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia, nella parte relativa al matrimonio), nella parte in cui le suddette norme prevedono che la Corte d'appello possa rendere esecutivo agli effetti civili il provvedimento ecclesiastico, col quale è accordata la dispensa dal matrimonio rato e non consumato, e ordinare l'annotazione nei registri dello stato civile a margine dell'atto di matrimonio» (nello stesso senso, fra le tante, sentenze n. 223 del 1996, n. 128 del 1987, n. 210 del 1986 e n. 132 del 1985)".

Stato, bensì la norma promulgata dal Parlamento dello Stato medesimo, per darvi attuazione.

Per quanto riguarda, infine, la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 3 della legge n. 5 del 2013, le considerazioni della Corte sono analoghe a quanto detto con riferimento alla precedente questione, pertanto essa viene accolta.

Il legislatore italiano, con la citata legge di adattamento speciale n. 5 del 2013, ha provveduto a recepire nell'ordinamento interno la Convenzione di New York sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni, *mediante la richiamata previsione dell'autorizzazione all'adesione (art. 1), nonché mediante la formula dell'ordine di esecuzione (art. 2), vincolandosi a rispettarne tutti i precetti.*⁴⁴¹ Ma la disposizione sottoposta al vaglio della Corte è contenuta all'art. 3, ed è in sostanza una mera norma di adattamento ordinario, introdotta per dare esecuzione alla sentenza del 3 febbraio 2012 e per *“evitare situazioni incresciose come quelle createsi con il contenzioso dinanzi alla Corte dell'Aja.”*⁴⁴²

Al riguardo, la Corte afferma: *“L'obbligo del giudice italiano, stabilito dal censurato art. 3, di adeguarsi alla pronuncia della CIG del 3 febbraio 2012(...) si pone(...)in contrasto con il principio fondamentale della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali assicurata dalla Costituzione italiana agli artt. 2 e 24 Cost.”*, e ne dichiara l'incostituzionalità.

Le ultime parole della Corte sono volte a specificare che le affermazioni contenute nella sentenza lasciano impregiudicato il merito delle domande proposte nei giudizi principali, posto che solo un giudice di merito può procedere al relativo esame. La pretesa di danni avanzata dai ricorrenti, infatti, non rientra nel *thema decidendum* della Corte Costituzionale, e neppure la valutazione di ogni elemento di fatto o di diritto che ne confermi ovvero ne escluda il fondamento.

⁴⁴¹ Testo sentenza, par. 5.1.

⁴⁴² Così riporta la Corte Costituzionale dagli atti della Camera n. 5434, Commissione III Affari Esteri, nello specifico seduta del 19 settembre 2012.

III) “La teoria dei controlimiti” per la prima volta contro una sentenza internazionale

La teoria dei controlimiti⁴⁴³ si basa sul principio secondo cui l’ordinamento interno non è obbligato a recepire automaticamente, come dispone l’art. 10 Cost., ogni norma internazionale generalmente riconosciuta, essendovi al contrario dei limiti a tale recepimento.⁴⁴⁴ Questi derivano dal necessario rispetto dei principi fondanti l’ordinamento statale.

Una prospettiva di questo tipo garantisce un controllo di compatibilità tra ogni norma straniera che deve fare ingresso nel diritto interno, e i principi supremi sui cui questo si fonda. Il dialogo tra Corti diverse, viene strutturato in modo da consentire la condivisione nel diritto interno delle norme sovranazionali e del relativo *imperium* di cui esse sono espressione, ma solo nel rispetto della primazia dei principi supremi dello Stato. I principi supremi sono, in un certo senso, il baluardo che lo Stato italiano innalza di fronte alle infiltrazioni straniere, e hanno una finalità essenzialmente conservativa del sistema costituzionale e delle sue radici.

L’attivazione dei principi supremi, tuttavia, non serve solo ad evitare l’ingresso di pronunce “indigeribili”, ma potrebbe anche innescare un circuito costruttivo di modifica delle regole del gioco internazionale, sicuramente lungo e incerto, ma potenzialmente in grado di stimolare l’emersione di nuove norme nella comunità internazionale. Tale diversa funzione prende nome di attività nomogenetica. E taluni autori ritengono possa costituire un’ambizione per i principi supremi.⁴⁴⁵ È questa, infatti, la speranza a cui conduce la pronuncia della Corte Costituzionale italiana.

In definitiva, la teoria dei controlimiti permette al diritto costituzionale interno di uno Stato di aprirsi al diritto internazionale senza arrendersi alla sua *primauté*, e di preservare i principi di fondo che lo caratterizzano, senza autoannullarsi in partenza.

⁴⁴³ Anche detta “teoria Solange”, in omaggio alle due pronunce del Tribunale Costituzionale Tedesco, rispettivamente del 29 maggio 1974 (Solange I), e 22 ottobre 1986 (Solange II), rispettivamente BVerG 37, 271 e BVerG 73,339. La giurisprudenza tedesca ha infatti inaugurato questa speciale tecnica di difesa e l’ha confermata anche di recente con la sentenza del 30 giugno 2009 relativa al Trattato di Lisbona. (BVerG 123, 267)

⁴⁴⁴ P.P. RIVELLO, “Una pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto internazionale consuetudinario e diritto interno”, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2015, p. 1049.

⁴⁴⁵ P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2015

La dottrina dei controlimiti è stata elaborata inizialmente dalla giurisprudenza costituzionale come riserva di carattere generale alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., specialmente in relazione al diritto comunitario direttamente applicabile.⁴⁴⁶ Ma successivamente la Corte Costituzionale ne ha fatto largo impiego anche nei rapporti tra la Costituzione e gli obblighi internazionali.

Da ciò discende un'importante novità: la teoria dei controlimiti viene applicata per la prima volta nei confronti di una sentenza internazionale, non già nei riguardi di una norma collocata in leggi o atti aventi forza di legge. Voci della dottrina italiana hanno enfaticamente scritto: "La pistola dei controlimiti è dunque carica. E spara davvero."⁴⁴⁷ Per la prima volta, contro una sentenza vincolante per lo Stato italiano.⁴⁴⁸

La novità è rilevante soprattutto sul profilo processuale, poiché descrive il modo in cui la tecnica difensiva in esame può essere applicata contro le sentenze straniere, tra cui anche quelle delle Corti europee. In realtà la teoria dei controlimiti ha già prodotto i suoi frutti in altra sede. La 3^o sez. della Suprema Corte, infatti, ha emesso una sentenza, il 20 aprile 2014, la n. 20636, con cui ha affermato che una decisione della Corte di Strasburgo⁴⁴⁹ era in contrasto con molte disposizioni della Costituzione, e quindi ha sollevato questione di costituzionalità "*dell'art. 44, 2° comma, del D.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU*". Anche in questo caso, quindi, oggetto della questione di legittimità, è stato l'accertamento della norma compiuto dalla Corte e non la norma stessa.

Un secondo aspetto estremamente innovativo della sentenza n. 238, è costituito dall'inclusione nel sindacato di costituzionalità della Corte di norme consuetudinarie provenienti dal diritto internazionale generale, recepite in Costituzione dall'art. 10 Cost.. E' noto che il controllo di compatibilità costituzionale a cui la Corte è preordinata ai sensi dell'art. 134 Cost., contempla solo le leggi e gli atti aventi forza di legge, non anche le consuetudini, che sono fonti-fatto.⁴⁵⁰

È però estremamente persuasiva la risposta della Corte Costituzionale sull'art. 134 Cost, che viene riferito *a tutte le disposizioni normative provviste della stessa efficacia delle*

⁴⁴⁶ Cfr. la sentenza *Frontini*, del 27 dicembre 1973, n. 183, in *Foro Italiano* 1974, I, p. 314; e le sentenze *Granital*, dell'8 giugno 1984, n. 170, e *Fragd* del 21 aprile 1989, n. 232.

⁴⁴⁷ P. FARAGUNA, *op. cit.*

⁴⁴⁸ E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2015.

⁴⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. N. 17475/2009.

⁴⁵⁰ M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2015.

*leggi formali, ordinarie e costituzionali. Più precisamente “sono esclusi dallo scrutinio riservato a questa Corte soltanto gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge. In definitiva, non sussistono, sul piano logico e sistematico, ragioni per le quali il controllo di legittimità costituzionale dovrebbe essere escluso per le consuetudini internazionali o limitato solo a quelle posteriori alla Costituzione, tenuto conto che a queste ultime è riconosciuta la medesima efficacia delle consuetudini formatesi in epoca precedente ed il medesimo limite del rispetto degli elementi identificativi dell’ordinamento costituzionale, vale a dire dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona.”*⁴⁵¹

La particolarità del controllo di costituzionalità avente ad oggetto una consuetudine internazionale, sta nel fatto che, mentre una qualsiasi legge o un qualsiasi atto avente forza di legge risulterebbe cancellato dal tessuto normativo per incompatibilità con le norme costituzionali, sulla consuetudine proveniente dal panorama internazionale la Corte non ha alcun potere. Quindi nell’eventualità che la norma consuetudinaria, sia ritenuta contrastante con i principi fondamentali della Costituzione, il controllo della Corte non produrrà l’illegittimità della norma, che resta inalterata, ma il suo mancato ingresso nell’ordinamento interno, ossia l’interruzione del meccanismo del trasformatore permanente collocato all’art. 10 Cost..

In sostanza, l’ultima parola sulla tutela dei diritti nell’ordinamento nazionale deve necessariamente spettare alla Corte Costituzionale, e questo concetto viene ribadito con forza, a causa del fatto che negli ultimi anni stava prendendo piede l’idea di un controllo diffuso di conformità delle norme interne alla CEDU, affidato cioè ai giudici comuni delle singole controversie. Questo convincimento preoccupava la Corte e rendeva necessario un chiarimento sul punto. Già le note sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 avevano sancito che le norme CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, integravano il parametro di legittimità costituzionale di cui all’art. 117 Cost., ma che tale parametro sarebbe stato utilizzato solo qualora le norme in questione non avessero violato i valori tutelati dalla Costituzione. A questo riguardo la Corte affermava che qualora si verificasse contrasto tra la norma costituzionale e la norma interposta “*questa Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano.*”

⁴⁵¹ Testo sentenza n. 238/2014, par. 2.1.

Ebbene, “questa Corte”, non già qualunque giudice di merito. Inoltre, sebbene, come è noto, alle norme CEDU, sia stata riconosciuta natura costituzionale,⁴⁵² e non più sub-costituzionale, dalla sentenza n. 317 del 2009, la verifica di compatibilità è rimasta doverosa e imprescindibile. A tali pronunce seguiva la sentenza n. 264 del 2012,⁴⁵³ con la quale la Corte Costituzionale ha per la prima volta espressamente ritenuto di non doversi conformare al *dictum* della Corte EDU, in nome della prevalenza dei principi della Costituzione rispetto al diritto violato dalla legge impugnata.⁴⁵⁴

La sentenza n. 238 del 2014 si inserisce nel solco appena descritto, e consente quindi, di allontanare tali intemperie culturali e di vanificare ogni tentativo volto a sovvertire il sistema accentrato di controllo di costituzionalità, che è proprio dell’ordinamento italiano. Pur avendo cura di distinguere i controlimiti riferiti alle decisioni aventi ad oggetto i rapporti con l’ordinamento comunitario, dai limiti operanti verso le consuetudini internazionali, la Corte dimostra che tutte le ipotesi considerate sono manifestazione di un’unica esigenza, ossia la salvaguardia dei diritti inviolabili e dei principi fondamentali della Costituzione. In altre parole, essi rappresentano l’identità costituzionale e tale identità non può essere modificata a causa del manifestarsi di un potere altro rispetto a quello dello Stato.⁴⁵⁵

IV) Perplessità generate dalla pronuncia di rigetto

Secondo l’impostazione fatta propria dalla Corte nella sentenza in commento, l’art. 10 Cost. sarebbe dotato di una sorta di filtro⁴⁵⁶ che impedisce al meccanismo di funzionare allorquando manchino determinati requisiti. La mancata operatività del meccanismo di adeguamento automatico, eviterebbe che possano nascere norme di adattamento a

⁴⁵² È importante ricordare che nella prospettazione del quesito di costituzionalità effettuata dal giudice di Firenze, la norma che entra nell’ordinamento grazie all’art. 10 Cost., è sempre norma interposta e non norma costituzionale, non potendo, il meccanismo di adeguamento automatico produrre un simile risultato e introdurre nell’ordinamento una norma di rango pari a quelle costituzionali.

⁴⁵³ *Rivista di Diritto internazionale*, 2013, p. 616, con commento di B. CONFORTI, “La Corte Costituzionale applica la teoria dei controlimiti”, ivi, p. 527 ss.

⁴⁵⁴ Si trattava del caso *Maggio* in cui era stata dedotta l’incostituzionalità delle norme di legge intervenute in via interpretativa, e quindi retroattivamente (ad es. legge di interpretazione autentica), su rapporti oggetto di controversie ancora pendenti, per contrasto con l’art. 6, par. 1 della CEDU.

⁴⁵⁵ M. BRANCA, “Il punto sui controlimiti”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3899.

⁴⁵⁶ E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 68.

consuetudini internazionali, anteriori o successive all'entrata in vigore della Carta Costituzionale, in contrasto con i principi fondamentali del nostro sistema.

Senonché, la Corte ha ritenuto che l'interpretazione che era stata data dalla CIG alla consuetudine immunitaria nella sentenza del 3 febbraio 2012 si scontrava con gli art. 2 e 24 Cost., facenti parte dell'impalcatura dei diritti fondamentali che sorregge l'intero sistema costituzionale. La Consulta ha quindi applicato la teoria dei controlimiti, affermando che la consuetudine immunitaria come determinata a livello internazionale, generava un contrasto con la Costituzione, per cui l'art. 10 della medesima, non poteva trovare applicazione. La questione di legittimità è stata respinta perché, a parere della Corte, non esiste nel nostro ordinamento una norma interna di adeguamento che abbia recepito la regola per cui riconoscere l'immunità agli Stati anche in presenza di crimini internazionali. Tale norma non esiste perché l'art. 10 Cost. non ha spiegato effetti. D'altro canto, un esito diverso avrebbe significato che la tanto avversa consuetudine internazionale fosse riuscita a penetrare nei confini nazionali tramite una norma di adeguamento, e cioè che fosse stato concesso l'ingresso di una norma nonostante la violazione dei principi costituzionali dello Stato italiano.

Alla base dell'intero ragionamento della Corte si pone il necessario bilanciamento tra la consuetudine immunitaria e i diritti inviolabili della persona, di cui il diritto all'accesso alla giustizia rappresenta uno *species a genus*. La Corte ha gestito tale bilanciamento, concludendo nel senso che non esiste un interesse statale, riconoscibile come potenzialmente preminente, che possa giustificare un totale sacrificio dei valori tutelati dagli art. 2 e 24 Cost.. Già in passato il Giudice delle Leggi aveva riconosciuto che il diritto alla tutela giurisdizionale poteva subire una compressione debitamente giustificata da un interesse pubblico prioritario, purché il relativo sacrificio apparisse proporzionato “*alla luce di una rigorosa valutazione alla stregua delle esigenze del caso concreto.*”⁴⁵⁷

Secondo la Corte, in definitiva, la necessità di tutelare la sovranità e l'eguaglianza tra gli Stati, che è la ratio insita nell'immunità internazionale, non è un'esigenza preminente rispetto alla indiscussa priorità di garantire una tutela giurisdizionale

⁴⁵⁷ Mi riferisco alla sentenza della Corte Costituzionale del 15 luglio 1992, n. 329, par. 4 e 5, ove la Corte sindacava sulla norma di adattamento alla regola immunitaria dello Stato straniero da misure esecutive e cautelari. Si trattava della pronuncia con cui la Corte abrogava il meccanismo dell'autorizzazione ministeriale per l'esecuzione su beni di Stati esteri, prevista dal regio decreto n. 1961 del 1925.

effettiva ex art. 24 Cost., soprattutto quando lo Stato della cui condotta si disquisisce, abbia commesso crimini internazionali particolarmente gravi, come quelli nel caso di specie.

L'orientamento della Corte non è andato esente da critiche. Innanzitutto, taluni hanno rilevato che il sindacato di costituzionalità sulle consuetudini internazionali, a prescindere da quello che la Corte ritenga e di cui si è già dato atto, non rientra nella sua competenza secondo le parole della Carta Costituzionale. Sorvolando sul tema, che è propriamente materia costituzionale, è sufficiente ricordare che con la sentenza n. 1145 del 29 dicembre 1988, la Corte sottolineava che negare la sua competenza “*a giudicare sulle leggi di revisione costituzionali e sulle altre leggi costituzionali(...)condurrebbe all'assurdo di considerare il sistema di garanzia costituzionale della Costituzione ineffettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore.*”⁴⁵⁸ E si è già dato conto del fatto che, a differenza dell'opinione espressa nelle ordinanze di rimessione dal Giudice Minniti, secondo la Corte, la norma che subentra per mezzo dell'art. 10 Cost., è norma di rango costituzionale.⁴⁵⁹ Il bilanciamento che la Corte si è trovata ad effettuare, quindi, riguardava il contrasto tra norme costituzionali su entrambi i lati. Pertanto la massima appena richiamata è perfettamente pertinente.

Ancora, al bilanciamento di interessi così risolto dalla Corte, è stato obiettato che in realtà l'affermazione dell'immunità a favore degli Stati, non avrebbe comportato un sacrificio totale ai diritti delle vittime, rimanendo a loro disposizione la tutela in sede penale (per cui non sussistono limiti nell'ordinamento interno) anche per quanto attiene all'aspetto risarcitorio.⁴⁶⁰ A tal proposito è agevole ribattere che la tutela penale necessita di requisiti non sempre realizzabili, come ad esempio l'imputabilità e la “processabilità” dell'autore del crimine o la disponibilità dei beni verso cui far valere il diritto al risarcimento danni. Inoltre, non è certo che aver rimosso l'ostacolo precedentemente esistente, ossia la preclusione di costituzione di parte civile nei

⁴⁵⁸ E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 69.

⁴⁵⁹ Afferma chiaramente il concetto nel par. 3.1 del testo della sentenza.

⁴⁶⁰ V. in tal senso l'intervento del G. Mazzi, giudice presso il Tribunale militare di Roma, svolto nella Tavola rotonda “*L'immunità degli Stati dalla giurisdizione: diritto internazionale e diritto interno davanti alla Corte Costituzionale*”, tenutasi in Luiss il 10 novembre 2014, pubblicato sul sito del Centro di ricerca sulle organizzazioni internazionali ed europee (croie.luiss.it, sezione eventi).

processi davanti ai tribunali militari, renda più effettivo l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale.⁴⁶¹

Ma la critica principale⁴⁶² sollevata verso la pronuncia di rigetto della Corte è stata la seguente: dal momento che la norma consuetudinaria oggetto del sindacato della Corte, non è entrata nell'ordinamento, la Corte non avrebbe dovuto valutare il merito della questione, e dunque respingerla. Se è vero che la norma interna di adeguamento non esiste perché l'art. 10 Cost. non ha funzionato, perché la Corte dichiara la consuetudine non conforme al sistema costituzionale e rigetta la questione? Avrebbe, semmai, dovuto ritenerla inammissibile. Come fa ad essere infondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto una norma che non è mai entrata in Costituzione?

Tuttavia, qualora non fosse stata la Corte Costituzionale a gestire il bilanciamento di cui sopra, tale compito sarebbe toccato ai giudici di merito. Il problema della conformità all'ordinamento costituzionale dell'immunità statale come interpretata dalla CIG, sarebbe stato risolto con una pronuncia non altrettanto autoritaria. E buona parte della sentenza n. 238/2014 rivela invece la preoccupazione della Corte di contrastare il fenomeno di un controllo di costituzionalità diffuso, al fine di avocare in via esclusiva a sé medesima il potere di verificare il rispetto dei principi supremi.

È sicuramente questa la ragione che ha indotto la Corte a pronunciarsi sul merito. Ma anche in questo senso, pur ammettendo tali ragioni, invece che rigettare la questione di legittimità, la Corte avrebbe dovuto accoglierla e dichiarare l'illegittimità della norma interna prodotta mediante il rinvio alla consuetudine immunitaria, limitatamente al diniego di giurisdizione in riferimento agli atti di uno Stato straniero consistenti in crimini di guerra e contro l'umanità, fortemente lesivi dei diritti inviolabili della persona umana.⁴⁶³

⁴⁶¹ La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 60 del 22 febbraio 1996, relativa al caso Priebke, dichiarò l'art. 23° del codice penale militare di pace incostituzionale per la parte in cui non prevedeva la costituzione di parte civile nei processi militari.

⁴⁶² V. soprattutto A. RUGGERI, *“La Corte aziona l'arma dei controlimiti e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria”*, in www.giurcost.org, Studi, 2014, e *“Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e costituzione, atto secondo: Quali possibili “sequiti” della 238 del 2014?”*, ibidem, 2015, pp. 78-87, in cui l'autore sostiene la tesi “dell'esistenza dell'inesistenza delle norme”, secondo cui si potrebbero assegnare vari gradi diversi d'invalidità alle antinomie: invalidità in senso forte o anticostituzionalità quando la norma sottoposta al vaglio della Corte è inesistente, oppure invalidità in senso debole o incostituzionalità, quando esiste ma è in mero contrasto.

⁴⁶³ E. LUPO, *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2015

In sintesi quindi, la Corte avrebbe dovuto concludere o con una pronuncia di inammissibilità della questione, che l'avrebbe esonerata dal merito, oppure se interessata all'esame del merito, con una pronuncia di parziale accoglimento, nei limiti descritti. Tra l'altro, la giurisprudenza della Corte ci aveva abituati⁴⁶⁴ allo strumento dell'inammissibilità quando si trovava di fronte ad una vera lacuna legislativa o ad una "non" disciplina, in modo da evitare pronunce creative.⁴⁶⁵

Taluni⁴⁶⁶ hanno comunque ritenuto la pronuncia interpretativa di rigetto la tecnica decisoria più incisiva che potesse essere utilizzata in un caso simile, poiché al contrario una pronuncia di inammissibilità avrebbe avuto sicuramente un tono pilatesco: la Consulta, pur forzando le categorie processuali, ha voluto impedire che potesse sorgere il dubbio circa la corrispondenza dell'immunità statale ai principi costituzionali. Talaltri, hanno tentato di difendere l'impostazione della Consulta, ritenendo che norme straniere incostituzionali possono subentrare nell'ordinamento italiano grazie all'art 10 Cost., per poi attendere di essene espunte. D'altronde, non vi è dubbio, che per valutare la compatibilità di una norma estera con la nostra Costituzione, occorre un'analisi in concreto, possibile solo mediante il suo recepimento all'interno.

Resta però il fatto ineludibile che se la norma di adattamento non esiste perché l'art. 10 Cost. non ha operato, allora manca un termine di paragone per il bilanciamento effettuato dalla Corte. Tale bilanciamento prevede da un lato la consuetudine internazionale, che è norma costituzionale grazie all'adattamento automatico, e dall'altro gli articoli 2 e 24 della Cost.; ma se viene meno il primo oggetto, il bilanciamento diventa impossibile.

La Corte ha tuttavia preferito ricorrere ad una sorta di bilanciamento definitorio o categoriale, per il quale si intende la ponderazione di valori o principi costituzionali da effettuare in riferimento a parametri generali o astratti, già esistenti o creati ex novo, al fine di vincolare i successivi casi analoghi e di indicare la precedenza di un valore costituzionale su un altro, per il caso in cui dovesse sorgere tra questi un conflitto.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ A. CHIUSOLO, *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la giuristocrazia?*, in *Rassegna parlamentare*, n. 2, 2015.

⁴⁶⁵ G. ZAGREBELSKI, V. MARCENO', *Giustizia Costituzionale*, Bologna, Il mulino, 2012, p. 399.

⁴⁶⁶ F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in www.giustiziacivile.com, fasc. n. 9, 2015.

⁴⁶⁷ V. A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, vol. II, tomo II, Milano, Giuffrè, pp. 185-204.

V) I possibili scenari futuri

V.i) Il contributo della sentenza n. 238/2014 alla modifica del diritto internazionale consuetudinario attuale

La prima domanda su cui riflettere, circa la sentenza in commento, è se questa potrà contribuire all'affermazione di una disciplina internazionale sull'immunità degli Stati, che sia maggiormente in linea con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona umana.

La Corte mostra un forte interesse in tal senso, laddove sostiene di voler “*concorrere [...] ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale*”, tra l'altro ricordando il ruolo di fondamentale impulso svolto in questa direzione dai giudici italiani e belgi negli anni venti del secolo scorso. La Corte Costituzionale dunque sembra avere l'ambizione di fornire alla Comunità internazionale un punto di avvio per la formazione di una nuova consuetudine in materia. Anche parte della dottrina sottolinea la potenzialità della sentenza in esame di favorire una ridefinizione delle regole internazionali attuali.⁴⁶⁸

Al di là delle possibilità di emulazione della nostra Corte da parte di giudici di altri ordinamenti,⁴⁶⁹ sicuramente difficile in un panorama internazionale fortemente trascinato dall'impostazione della CIG, ciò che rileva è la difficoltà di definizione della *opinio* ascrivibile all'Italia, in quanto soggetto internazionale.⁴⁷⁰ Un primo problema deriva dal fatto che secondo la Corte, solo ragioni di diritto interno impediscono che la norma immunitaria possa essere applicata, nei casi rilevanti, dai giudici italiani. Al contrario la Corte non ritiene che l'immunità vada disconosciuta o ridimensionata dal punto di vista del diritto internazionale. Secondo alcuni, non sarebbe dunque possibile

⁴⁶⁸ Così, ad esempio, A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2014; T. GROPPi, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta online*, 9 gennaio 2015; R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale e i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 27 ss.

⁴⁶⁹ È significativo ricordare che il 30 ottobre 2014, la Corte d'appello inglese, sezione civile, nella sentenza *Abdul- Hakin Belhaj e altri*, ha rilevato che nel caso di specie in cui il ricorrente lamentava di essere stato vittima di tortura, la regola dell'immunità e quella dell'act of State dovessero arretrare di fronte alle gravi violazioni perpetrate nei riguardi dell'attore.

⁴⁷⁰ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

rintracciare nella sentenza un'effettiva *opinio iuris* a supporto dell'inesistenza del privilegio immunitario, in caso di crimini internazionali. L'obiezione, però, è facilmente superabile, atteso che la Corte afferma strenuamente la necessità di un cambiamento nel regime internazionale attualmente vigente.⁴⁷¹

In realtà il problema più rilevante è l'esistenza di una forte ed evidente divaricazione tra la posizione dell'Esecutivo e quella dei giudici, divaricazione che in tante occasioni nella vicenda giudiziaria in esame ha avuto modo di profilarsi. Essa è conseguenza diretta del rapporto di indipendenza tra i due poteri statali e dell'assenza nell'ordinamento italiano di un meccanismo che subordini l'attività dei giudici nel diritto internazionale, alle scelte degli organi preposti alla gestione degli affari esteri, come ad esempio accade negli USA.⁴⁷² Il problema potrebbe essere risolto ponendo l'accento sul ruolo riconosciuto alla Corte Costituzionale. In quanto guardiana della Costituzione, essa avrebbe "*the last word within the Italian legal system.*" Tuttavia, se ciò è vero con riguardo all'attività politica che si manifesta nell'adozione di atti normativi, in quanto questi sono poi assoggettati al controllo di costituzionalità della Corte, non può dirsi lo stesso per le altre forme di manifestazione dell'orientamento statale, che rivelano la vera *opinio iuris* italiana.

Si è già detto delle dichiarazioni pubbliche rese note dal governo italiano all'indomani della pronuncia Ferrini, ovvero della stessa sentenza della CIG. Ma soprattutto, si è detto dell'atteggiamento assunto dall'esecutivo prima ancora dell'adozione della pronuncia da parte della Corte internazionale, o al momento dell'adesione alla Convenzione di New York, e mi riferisco all'adozione della dichiarazione interpretativa che accompagnò la ratifica della Convenzione. Svariati esempi di poca collaborazione sono stati ripetutamente offerti dalla politica italiana ma, a ulteriore testimonianza delle contraddizioni che l'hanno caratterizzata, va ricordato che il nostro Governo allo stato attuale non ha ancora intrapreso nessuna iniziativa diplomatica a protezione dei suoi cittadini, nonostante il monito rivolto dalla stessa CIG. Un'inerzia ancor più paradossale

⁴⁷¹ Così anche P. DE SENA, *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 17 ss., p. 27

⁴⁷² Questo aspetto è sottolineato da vari autori: v. ad esempio, L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in www.sidi-isil.org, 27 ottobre 2014; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale*, in www.sidi-isil.org, 30 ottobre 2014; A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13 ss., p. 22; P. DE SENA, *The Judgment*, op.cit., p. 27.

se si considera che proprio l'Italia, giusto qualche anno prima, al momento della codificazione delle norme internazionali sulla protezione diplomatica, si era fatta promotrice di una norma, poi esclusa dal progetto finale, finalizzata ad introdurre un vero e proprio obbligo di intervento diplomatico dello Stato in caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali ai danni di propri cittadini.⁴⁷³

Nonostante sia questa la cornice di riferimento, non si può escludere che la sentenza n.238/2014 possa contribuire all'emersione di un'altra norma di diritto generale che potrebbe subentrare nel panorama internazionale, al fine di garantire un più proficuo bilanciamento di valori. Questa altra norma potrebbe essere quella che riconosce il diritto di accesso al giudice, la quale potrebbe configurarsi, a detta di alcuni, come un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili.⁴⁷⁴ Al riguardo, non è irrilevante il fatto che la Corte costituzionale, estendendo il proprio ragionamento oltre i confini del diritto italiano, pervenga a definire il diritto del singolo individuo alla tutela giurisdizionale effettiva "*tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo.*"⁴⁷⁵

Esiste un'apposita corrente di pensiero che avvalora questa possibilità. Vari autori hanno cioè ritenuto che se la sentenza in esame non è in grado di modificare il panorama internazionale nel senso di derogare all'immunità nei termini fatti propri dalla Corte, nulla impedisce che essa possa dare un forte impulso alla formazione di una nuova consuetudine che garantisca il diritto di accesso al giudice per la vittima di crimini internazionali, e che si ponga in contrasto con la tradizionale consuetudine immunitaria. In questo senso si era espressa anche parte della dottrina italiana, quando, in sede di disamina della difesa dell'Italia di fronte alla CIG⁴⁷⁶, propugnava un altro percorso per superare l'impasse in cui la Corte internazionale si era incagliata. Ovvero, dato che la Corte aveva negato l'esistenza del conflitto tra *ius cogens* e consuetudine

⁴⁷³ Così anche P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 43 ss., p. 45. Per approfondimenti sui lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale in ordine all'aspetto indicato nel testo v. M.I. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669 ss., pp. 723-724.

⁴⁷⁴ P. DE SENA, *The Judgment*, op.cit., p. 26.

⁴⁷⁵ Testo sentenza, par. 3.4.

⁴⁷⁶ Nella strutturazione del c.d. *last resort*, il problema del coordinamento con la disciplina dell'immunità degli Stati è stato esaminato solo rispetto al diritto alla riparazione, e non anche rispetto al diritto di accesso al giudice, che è distinto e autonomo.

immunitaria, a causa della differenza di natura delle due norme, taluno⁴⁷⁷ aveva suggerito di strutturare il contrasto tra consuetudine immunitaria da un lato, e consuetudini internazionali atte a garantire l'accesso al giudice e il diritto alla riparazione, dall'altro lato. Un confronto tra sole consuetudini aventi natura processuale. Ovviamente tale impostazione aveva il demerito di dimostrare l'esistenza di tali altre consuetudini nell'ambito della comunità internazionale e soprattutto la loro natura di *ius cogens*, che avrebbe consentito la prevalenza nel caso di contrasto.

Altri autori⁴⁷⁸ hanno eliminato il problema di individuare una consuetudine internazionale che autonomamente riconosca il diritto di accesso al giudice e che possa costituire termine di raffronto, dato che l'immunità conterrebbe già *“in sé il bilanciamento delle opposte esigenze di tutela della sovranità dello Stato e di tutela del diritto dell'individuo di accesso alla giustizia”*. Un bilanciamento totalmente rimesso al giudice. Una tesi di questo tipo però disconosce autonomia, nel diritto internazionale, al diritto di accesso al giudice, e soprattutto sembra difficilmente sostenibile se si pensa alle origini della norma sull'immunità, nata in un periodo storico in cui non solo il diritto di accesso al giudice, ma più in generale l'intera tematica dei diritti umani, erano del tutto estranei al diritto internazionale.⁴⁷⁹

Ai nostri fini non importa appurare in questa sede se effettivamente esista una norma nel diritto internazionale generale che imponga agli Stati di garantire il diritto di accesso al giudice. È sufficiente ricordare che una norma siffatta è stata introdotta nei principali strumenti convenzionali di tutela dei diritti umani, la sua presenza è ammessa da autorevoli studiosi, almeno nella forma di un principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili, ma soprattutto trova accoglimento in varie importanti pronunce giurisprudenziali.⁴⁸⁰ Questi indizi sono già sufficienti per giungere a ritenere tale norma in via di affermazione.

⁴⁷⁷ R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norma di ius cogens e la regola dell'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2012, pp 310-326.

⁴⁷⁸ R. NIGRO, op. cit., soprattutto p. 824 ss.

⁴⁷⁹ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

⁴⁸⁰ V. B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice*, cit., p. 141; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto tra norme di ius cogens*, cit., p. 317 ss; F. FRANCONI, *The Right of Access to Justice under Customary International Law*, in *ID. (ed.), Access to Justice as a Human Right*, Oxford, 2007, p. 1 ss., spec. p. 11 ss. Affinché un principio interno possa assurgere a principio generale di diritto riconosciuto dalle nazioni civili, secondo la formula impiegata dall'art. 38 dello Statuto della CIG, si

E in quest'ottica la sentenza della Corte Costituzionale può contribuire alla sua cristallizzazione, in termini analoghi a quanto accade di recente dinanzi alla Corte EDU,⁴⁸¹ la quale ha impostato il bilanciamento tra i due valori contrapposti sulla base del principio di proporzionalità, talché il diritto di accesso al giudice possa subire restrizioni solo se giustificate e proporzionate.⁴⁸²

V.ii) Gli eventi successivi alla pronuncia costituzionale

È interessante notare, *in primis*, che all'indomani della pronuncia della Corte Costituzionale, il Parlamento italiano adottava la legge n. **162 del 10 novembre 2014**, recante “Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile.”⁴⁸³

ritiene sufficiente che esso sia previsto dalla maggior parte degli ordinamenti interni e che – elemento questo più complesso da provare – sia avvertito come necessario e obbligatorio nell'ambito dei rapporti fondati dal diritto internazionale (B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 47 ss.). Per quanto riguarda le pronunce giurisdizionali v. l'ordinanza del Presidente del Tribunale speciale per il Libano, A. Cassese, del 15 aprile 2010 nel caso *El-Sayed* (su www.stl-tsl.org), in cui il diritto di accesso al giudice viene qualificato come oggetto di una norma consuetudinaria (par. 20), avente addirittura natura cogente (par. 29 ss.).

⁴⁸¹ Su tale giurisprudenza v. D. LLOYD JONES, *Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 703 ss.; M. DI STEFANO, *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXIII, 2007, p. 187 ss.; L. MILANO, *Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, p. 1059 ss.; B.I. BONAFÈ, *The ECHR and the Immunities Provided by International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, p. 55 ss.; M. KLOTH, *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Leiden, Boston, 2010.

⁴⁸² Per la prima pronuncia in tal senso v., sia pure con riguardo ad un caso relativo all'immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali, Corte europea dei diritti umani (Grande camera), *Waite and Kennedy v. Germany*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999, par. 59. Questo stesso schema è stato poi applicato dalla Corte di Strasburgo a tutte le ipotesi di immunità previste dal diritto internazionale, a prescindere quindi dalla natura dei soggetti coinvolti. Di seguito le sentenze rilevanti, di cui alcune già analizzate nei precedenti capitoli: Corte europea dei diritti umani (Grande camera), *Cudak v. Lithuania*, ricorso n. 15869/02, sentenza del 23 marzo 2010; (seconda sezione), *Guadagnino v. Italy and France*, ricorso n. 2555/03, sentenza del 18 gennaio 2011; (Grande camera), *Sabeh El Leil v. France*, ricorso n. 34869/05, sentenza del 29 giugno 2011; (prima sezione), *Wallishauser v. Austria*, ricorso n. 156/04, sentenza del 17 luglio 2012; (prima sezione), *Oleynikov v. Russia*, ricorso n. 36703/04, sentenza del 14 marzo 2013. Su tale giurisprudenza cfr. da R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri*, cit., soprattutto p. 830 ss.

⁴⁸³ Il provvedimento finale converte in legge il Decreto Legge n. 132 del 12 settembre 2014 ed è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, n. 261 del 10 novembre 2014, n. 84/L.

La legge contiene l'art. 19 bis,⁴⁸⁴ emendato,⁴⁸⁵ che prevede una clausola di salvaguardia dall'esecuzione forzata, per i beni appartenenti agli uffici diplomatici e consolari esteri, presenti sul territorio italiano. La disposizione è stata introdotta per dare esecuzione all'art. 21⁴⁸⁶ della Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni. L'art. 19 bis, tuttavia, affida la competenza esclusiva sulla valutazione delle attività legate all'esercizio delle funzioni statali, direttamente al capo della rappresentanza, in modo cioè totalmente automatico, senza alcuna possibilità di valutazione discrezionale da parte dell'autorità giudiziaria.

L'art. 19 bis, in sostanza, blocca l'effettiva applicazione della sentenza della Corte Costituzionale. Se questa da un lato ha avuto il coraggio di aprire la strada ai risarcimenti, il governo dall'altro, ha reso pressoché impossibile aggredire i beni tedeschi presenti sul territorio italiano. L'ennesima battuta di arresto rispetto ai passi in avanti compiuti dalla magistratura italiana.

Ferme restando le considerazioni che precedono, è, però, opportuno aggiungere che il citato art. 19 bis, per come è formulato, è destinato a trovare applicazione limitatamente alle somme tenute in Italia a disposizione della Germania, vincolate al perseguimento di finalità istituzionali, non potendo la norma in esame, impedire il pignoramento delle somme a disposizione della Germania per fini meramente privatistici.

Inoltre l' **11 febbraio 2015**, la Corte Costituzionale emana l'ordinanza n. 30/2015, che, decidendo sulla quarta causa devoluta al sindacato costituzionale,⁴⁸⁷ precisamente la n. 143, conferma integralmente l'orientamento adottato dalla Consulta con la sentenza 238/2014. La Corte Costituzionale ha ritenuto le censure manifestamente inammissibili, per sopravvenuta carenza di oggetto, atteso che, con la sentenza n. 238 del 2014, era già

⁴⁸⁴ In base al quale non possono essere sottoposte ad esecuzione forzata, "a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio", le somme depositate "su conti correnti bancari o postali, in relazione ai quali il capo della rappresentanza, del posto consolare o il direttore, comunque denominato, dell'organizzazione internazionale in Italia, con atto preventivamente comunicato al Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale e all'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria presso cui le medesime somme sono depositate, ha dichiarato che il conto contiene esclusivamente somme destinate all'espletamento delle funzioni dei soggetti di cui al presente comma".

⁴⁸⁵ L'emendamento è stato introdotto in data 23 ottobre 2014 in Senato.

⁴⁸⁶ in base al quale sono sottoposti a immunità "a) i beni, compresi i conti bancari, utilizzati o destinati a essere utilizzati nell'esercizio delle funzioni della missione diplomatica dello Stato o dei suoi posti consolari, delle sue missioni speciali, delle sue missioni presso le organizzazioni internazionali o delle sue delegazioni negli organi delle organizzazioni internazionali o alle conferenze internazionali"

⁴⁸⁷ L'ordinanza prendeva origine da una causa civile pendente di fronte al Tribunale di Firenze instaurata al fine di ottenere risarcimento, dalle figlie di una vittima nazista uccisa durante un'operazione di rappresaglia contro partigiani.

stata dichiarata l'illegittimità costituzionale sia dell'art. 1 della legge n. 848/1957, sia dell'art. 3 della legge n. 5/2013. Ma soprattutto, ha anche dichiarato manifestamente inammissibile per inesistenza (ab origine) del suo oggetto la questione relativa alla norma consuetudinaria, con ciò confermando a pieno titolo la tesi secondo cui essa non è mai entrata nell'ordinamento italiano.

Per quanto concerne gli effetti della sentenza costituzionale sul piano nazionale, occorre partire da ciò: essa ha rimosso l'ostacolo alla giurisdizione del giudice italiano posto dalla sentenza della CIG, affermando il "diritto al giudice" di tutte le vittime naziste; a seguito dell'annullamento dell'art. 3 della legge 5/2013, quindi, i giudici nazionali sono pienamente "ri-legittimati" a conoscere delle controversie aventi ad oggetto il risarcimento danni derivanti dai crimini nazisti. Non si può dire che i giudici nazionali, siano obbligati a dichiarare la propria giurisdizione, poiché la Consulta ha adottato, limitatamente alla questione immunitaria, una pronuncia interpretativa di rigetto.⁴⁸⁸

A tale riguardo, giova ricordare che le sentenze interpretative di rigetto non hanno efficacia *erga omnes*, ma producono effetto solo *inter partes*, vincolando esclusivamente il giudice a quo.⁴⁸⁹ Per cui non può escludersi che, in futuro, i giudici non si uniformino affatto all'orientamento della Corte Costituzionale, ma si attengano, al contrario, alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012. Potrebbero quindi respingere eventuali ricorsi risarcitori, declinando la propria giurisdizione, o dichiarare improcedibili eventuali azioni esecutive (ritenendo non eseguibili in Italia eventuali sentenze di condanna della Germania, pronunciate all'estero).⁴⁹⁰

L'obbligo per i giudici nazionali, sarebbe invece scaturito dall'annullamento *in parte qua* dell'art. 10 Cost., ossia dall'adozione di una pronuncia di accoglimento anche solo parziale della questione di incostituzionalità.

⁴⁸⁸ N. COLACINO, "Quanto resterebbe di un diritto"...senza un giudice che lo tuteli? Controlimiti costituzionali all'immunità giurisdizionale degli Stati e adattamento al diritto internazionale generale secondo la Consulta, in www.giustiziacivile.com, n. 3, 2015, p. 13.

⁴⁸⁹ In Dottrina, cfr. ELIA, "Sentenze interpretative di norme costituzionali e vincolo dei Giudici", in "Giurisprudenza costituzionale", 1966 e CRISAFULLI, "Ancora delle sentenze di rigetto della Corte Costituzionale", *ibidem*, 1965. In Giur., cfr. T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. II, 17/1/2012, n. 187; Corte dei Conti, 26/1/2005, n. 71 e Cass. Pen., Sez. Unite, 31/3/2004, n. 23016.

⁴⁹⁰ L. ALESII, *Il conflitto tra la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed il divieto di ingerenza negli affari interni (cui si collega l'immunità giurisdizionale degli Stati riconosciuta nel diritto internazionale) non può essere risolto in danno dei diritti fondamentali: il Tribunale di Roma si adegua alla (discussa) sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale, disattendendo il diverso (e vincolante) orientamento della Corte Internazionale di Giustizia de L'Aja*, in www.ilsole24ore.com, 19 ottobre 2015.

Fino a quando i giudici nazionali si atterranno al *dictum* dell'Aja, l'obbligo imposto dalla Corte internazionale non sarà formalmente violato. Al contrario i problemi si pongono per l'annullamento dell'art. 1 della legge di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite, limitatamente all'art. 94 del relativo Statuto, poiché tale pronuncia di incostituzionalità espone l'Italia alla violazione di un obbligo che discende dall'ONU, qual è quello di adeguarsi alle sentenze della CIG. Detto illecito non discenderebbe quindi dalla pronuncia n 238/2014, ma dalle eventuali successive decisioni dei giudici di merito qualora decidessero di esercitare la giurisdizione nei riguardi dello Stato tedesco, come difatti è accaduto.⁴⁹¹

In altri termini, il dovere imposto dall'art. 94 dello Statuto dell'ONU, viene *ex se* disatteso per l'annullamento del citato art. 1, ma tale violazione non è rilevabile fino a quando non interviene una nuova pronuncia affermativa della giurisdizione.

Inoltre, a causa della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 3 della legge 5/2013, la Corte ha eliminato lo strumento con cui l'Italia eseguiva la pronuncia dei giudici dell'Aja, facendo venir meno la possibilità di rilevare senza tempo il difetto di giurisdizione, per i processi pendenti, e il nuovo motivo di revocazione per le sentenze già passate in giudicato, in contrasto con la CIG.

Secondo quanto detto, dunque, la pronuncia interpretativa di rigetto non è vincolante *erga omnes*, ma solo per il giudice *a quo*, ossia il giudice rimettente di Firenze. È a costui che spetta dunque decidere nel merito dei quattro procedimenti. E difatti il Tribunale di Firenze ha riassunto tre delle quattro cause che hanno dato vita alla pronuncia costituzionale, ha trattenuto in decisione le due cause più risalenti, instaurate dagli ultranovantenni sopravvissuti alle torture naziste, e ha optato nel terzo procedimento (R.G. 1300/2012) per un'ipotesi di conciliazione.

Il 23 marzo 2015, a seguito di rinuncia al risarcimento dei danni non patrimoniali da parte degli eredi della vittima, il giudice ha esperito un tentativo di conciliazione tra costoro e la RFG, richiedendo l'intervento dello Stato italiano. Precisamente, la RFG ha

⁴⁹¹ N. COLACINO, "Quanto resterebbe di un diritto"...senza un giudice che lo tuteli? Controlimiti costituzionali all'immunità giurisdizionale degli Stati e adattamento al diritto internazionale generale secondo la Consulta, in www.giustiziacivile.com, n. 3, 2015, p. 13; P. RIVELLO, Una pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto consuetudinario internazionale e diritto interno, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2015, p. 1049; B. CONFORTI, La Corte Costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3885D.

confermato le proprie conclusioni e ha dichiarato che non intende svolgere altra difesa processuale. Soprattutto ha affermato che la sentenza della Corte Costituzionale non può cambiare nulla di quanto deciso dalla Corte internazionale di Giustizia in merito all'immunità di cui la Germania gode dinanzi ai Tribunali italiani, e che la ripresa dei processi contro sé medesima, integra la prosecuzione dell'illecito ad opera dello Stato italiano.

Il Tribunale allora ha presentato la seguente proposta conciliativa: *“la Repubblica Federale di Germania consenta a ciascuna delle parti attrici(...)di ottenere un soggiorno gratuito a scopo di studio o comunque culturale ovvero una borsa di studio del valore di 15.000,00Euro, per sé o per altro componente della propria famiglia, da godere nella Repubblica Federale di Germania”*, e ha ordinato che, in caso di rifiuto della proposta o di altra equivalente, si proceda a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, 2° comma, del D.lgs. 28/2010 (mediazione delegata dal giudice), fissando la successiva udienza nel giugno 2015 per la verifica dei tentativi esperiti.

Anche per il quarto processo pendente davanti al Tribunale di Firenze, ossia quello su cui la Consulta si è pronunciata con ordinanza n. 30/2015, il giudice Minniti ha proposto per un tentativo di conciliazione.

Senonché né dalla Germania e né dall'Italia è, nel frattempo, pervenuto alcun segnale di disponibilità alla conciliazione e neppure alla benché minima trattativa, all'interno o al di fuori del processo. La Germania ha semplicemente smesso di partecipare al giudizio a partire dalla prima udienza successiva alla riassunzione conseguente alla decisione della Corte Costituzionale. Ulteriore condotta che va ad aggiungersi al deplorabile atteggiamento complessivo dello Stato.⁴⁹² La Germania non ha contestato l'illiceità delle sue condotte, l'entità dei pregiudizi subiti dalle vittime, la continuità tra RFG e Terzo Reich, e neanche la mancata soddisfazione dei debiti, eppure si è astenuta dal partecipare ai processi rifiutando in radice la giurisdizione italiana.

Le prime decisioni nel merito sono pervenute il 6 luglio 2015 e hanno definito le due cause che erano state rimesse subito in decisione. Il Giudice Minniti si è pronunciato con le sentenze gemelle n. 2468 e 2469⁴⁹³, rigettando le eccezioni della Germania e

⁴⁹² “L'ineluttabile è il comodo demone meridiano dell'accidia e della rassegnazione, quello che ripete che la giustizia non s'ha da fare. Ma a Firenze non c'è Don Abbondio.”, tratto dall'enfatico articolo di L.BAIADA, “Il Tribunale di Firenze e i risarcimenti per crimini di guerra: questo processo non s'ha da fare”, in *Questione Giustizia*, 22 luglio 2015.

⁴⁹³ Pubblicate su *Questione Giustizia Online*.

condannandola rispettivamente al pagamento di 50.000 e 30.000 euro a favore dei ricorrenti.

A queste sono seguite le ultime due sentenze di merito, che hanno definito in termini analoghi i due procedimenti in cui era stata tentata la conciliazione prima e la mediazione obbligatoria dopo. Si tratta della sentenza n. 4345 del 2015 e della sentenza del 22 febbraio 2016.⁴⁹⁴

Quest'ultima merita particolare attenzione, sia per i fatti, sia per le considerazioni del Tribunale. Infatti nel caso *de qua* non si tratta di deportazione, ma di una strage avvenuta in Italia, gli ufficiali tedeschi protagonisti sono ancora vivi e sono gli stessi⁴⁹⁵ già condannati dal Tribunale militare di La Spezia nel 2006, con successiva conferma della Corte militare d'appello nel 2007, ma soprattutto, sono stati liquidati sia il danno proprio della vittima, sia il danno *iure proprio* delle figlie (di cui una rimasta orfana a due anni di età, e l'altra concepita ma non ancora nata al momento dell'uccisione del padre).

Ancora più interessante è la volontà del Tribunale di esaminare la consuetudine internazionale, come descritta nella sentenza del 2012, alla luce del “*seme evolutivo piantato dalla Corte costituzionale italiana*”. Il tenore particolarmente ottimista del giudice emerge anche in altre affermazioni coraggiose: “*È perciò normale, oltre che coerente con la migliore tradizione giuridica europea, che nell'ordinamento internazionale si possano produrre strappi, in grado di assumere anche la forma di illeciti internazionali, verso più avanzati equilibri di tutela dei beni che rappresentano la proiezione, sul terreno giuridico, dei valori fondativi dell'ordinamento unitario europeo.*”

Insomma, il Tribunale di Firenze riaccende la speranza per la formazione di un nuovo ordinamento sovranazionale, grazie al nuovo seme costituito dal coraggio della Consulta italiana. Condanna la Germania ad un cospicuo risarcimento a favore delle vittime, pari a 650 mila euro⁴⁹⁶, a cui sono tenuti in solido i militari e lo Stato tedesco. Per quanto riguarda invece la domanda di manleva, unica difesa processuale presentata dalla RFG, il giudice Minniti, in tutte le sentenze di merito risponde nello stesso modo,

⁴⁹⁴ Anch'essa pubblicata su *Questione Giustizia Online*.

⁴⁹⁵ Il maggiore Josef Eduard Scheungraber e il tenente Herbert Stommel.

⁴⁹⁶ 50 mila euro per il danno patito dalla vittima, 200 mila per la moglie, anch'essa poi deceduta, e 200 mila per le due figlie.

e afferma: *“La preminenza dell’obbligo costituzionale di garantire la tutela (anche giurisdizionale) a valori fondamentali protetti dai principi supremi nazionali e dell’Unione Europea, costituisce esimente nell’ordinamento interno in cui la domanda di manleva è stata proposta dalla Germania. L’esimente trova, nel caso in esame, fondamento normativo interno nell’art. 2045 c.c. essendo l’Italia stata costretta a consumare l’illecito internazionale riscontrato dalla Corte dell’Aia dalla necessità di salvare il personalissimo diritto alla tutela, in via giurisdizionale”* delle vittime.

Nel frattempo, altre due pronunce si sono inserite nel solco inaugurato dalla Consulta. La prima, ossia la sentenza n. 11069, depositata il 20 maggio 2015, proviene da un giudice di merito, precisamente dal Tribunale di Roma, e riporta l’attenzione sul caso Distomo, su cui ci diamo a lungo soffermati.

E’ sufficiente ricordare che l’opposizione tedesca al decreto della Corte d’appello di Firenze, che aveva concesso l’exequatur alla pronuncia greca di condanna al risarcimento danni, era approdata in Cassazione, e questa aveva posto fine alla vicenda con la nota sentenza n. 11163 del 2011, già ampiamente commentata. Per quel che rileva in questa sede, si ricordi che la sentenza aveva respinto l’opposizione tedesca e aveva legittimato l’operato della Corte d’appello fiorentina, poiché l’esecutività della sentenza greca era stata correttamente dichiarata rispetto alle norme di diritto internazionale privato. Specificava però, che qualunque altra doglianza relativa alla mancata revoca del decreto di esecutività, e quindi in ordine alla legittimità dello stesso, poteva essere verificata *“allo stato solo con riferimento agli effetti prodotti dalla sua esecuzione, e quindi in sede di opposizione all’iscrizione ipotecaria pendente davanti al Tribunale di Como.”*⁴⁹⁷

Il Tribunale di Roma ha svolto le veci del successivo giudice dell’opposizione agli atti esecutivi (artt. 617-618 c.p.c) che si è inserito, quale parentesi cognitiva, nell’ambito del pignoramento incardinato contro la Repubblica Federale di Germania. Il precedente giudice dell’esecuzione aveva, tramite ordinanza del 28-30 novembre 2012, dichiarato improcedibile il processo esecutivo a causa della sopravvenuta sentenza della CIG. In virtù del *revirement* giurisprudenziale operato dalla Consulta, il Tribunale di Roma ha potuto annullare tale ordinanza e ha ritenuto (quale implicito passaggio logico

⁴⁹⁷ Sentenza Cassazione civile, sez. I, 20 maggio 2011, n. 11163, punto 24.

conseguenziale) che, nel nostro ordinamento, possano eseguirsi le sentenze di condanna della Germania emanate dai giudici greci, e soprattutto che si possa incardinare su di esse procedure esecutive.⁴⁹⁸

Un ultimo riferimento giurisprudenziale proviene invece dalla Cassazione, 1° sezione penale, che con la sentenza n. 43696 del 29 ottobre 2015, ha permesso l'applicazione della pronuncia costituzionale 238/2014 in un contesto giudiziario diverso rispetto a quello italo-tedesco, mostrando una piena condivisione dei principi della Consulta. La Cassazione ha escluso infatti l'immunità dalla giurisdizione della Serbia in relazione a un crimine di guerra: nello specifico, durante gli eventi bellici che accompagnarono la disgregazione dell'ex Jugoslavia, un militare serbo aveva ordinato di abbattere un elicottero in missione di monitoraggio internazionale per conto dell'allora Comunità europea, provocando la morte di 4 militari italiani e di un francese.

La sentenza riprende fedelmente le indicazioni della pronuncia costituzionale, ed è particolarmente importante non solo perché nega l'immunità alla Serbia, ma perché viene superato il limite della gravità del crimine commesso, che era uno degli argomenti centrali per giustificare la deroga all'immunità. Oggetto del caso di specie è, infatti, un evento rientrante, per quanto increscioso, nella normale dinamica delle vicende belliche.⁴⁹⁹

Da ultimo, ha suscitato un certo clamore, anche l'ordinanza del 18 settembre 2015⁵⁰⁰ con la quale la Corte di appello di Milano ha sollevato questione di costituzionalità in relazione alla legge di esecuzione del Trattato di Lisbona nella parte in cui, in violazione del controlimite di cui all'art. 25 Cost., permetterebbe alla sentenza interpretativa della Corte di Giustizia UE⁵⁰¹, caso *Taricco*, di produrre effetti nell'ordinamento italiano. La decisione *Taricco* intende orientare i giudici italiani nel senso della disapplicazione delle norme sulla prescrizione nel processo penale, quando rendono impossibile sanzionare le frodi fiscali relative agli interessi finanziari dell'UE. I giudici nazionali sarebbero tenuti a disapplicare le disposizioni interne nel rispetto

⁴⁹⁸ L. ALESII, *Il conflitto tra la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed il divieto di ingerenza negli affari interni (cui si collega l'immunità giurisdizionale degli Stati riconosciuta nel diritto internazionale) non può essere risolto in danno dei diritti fondamentali: il Tribunale di Roma si adegua alla (discussa) sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale, disattendendo il diverso (e vincolante) orientamento della Corte Internazionale di Giustizia de L'Aja* in www.ilsole24ore.com, 19 ottobre 2015.

⁴⁹⁹ M. CASTELLANETA, *Azioni di risarcimento danni e crimini di guerra: esclusa l'immunità della Serbia*, disponibile su www.mariacastellaneta.it dal 10 novembre 2015.

⁵⁰⁰ Disponibile su <http://www.cortecostituzionale.it/actionOrdinanze.do>.

⁵⁰¹ Corte di giustizia, grande sezione, sentenza dell'8 settembre 2015, in C-105/14.

degli obblighi imposti dall'art. 325 del TFUE.⁵⁰² È superfluo sottolineare che la sentenza in esame ha suscitato la viva protesta dell'Unione camere penali italiane e della magistratura nazionale tutta, che per il momento resta in attesa della pronuncia costituzionale.

Resta da chiederci cosa potrebbe fare la Germania di fronte a tali accadimenti.

Una delle possibili conseguenze potrebbe essere il ricorso della RFG al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, in virtù dell'art. 94, 2° comma, il quale prevede che “*se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione.*”

In realtà non ci sono precedenti in materia,⁵⁰³ perciò è difficile immaginare che genere di misure potrebbe adottare il Consiglio di Sicurezza. L'unico caso in cui venne richiesto l'intervento dell'organo ONU, riguardava gli Usa e il loro rifiuto di eseguire la sentenza CIG del 27 giugno 1986 sulle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, ma il ricorso non diede esito, essendo gli Usa detentori del diritto di veto. Comunque, a prescindere dall'esito del ricorso, l'emissione di una eventuale sanzione nei riguardi dell'Italia, potrebbe essere nuovamente bloccata dalla teoria dei controlimiti,⁵⁰⁴ e in generale, l'Italia potrebbe difendersi beneficiando dell'assenza di precedenti.⁵⁰⁵

Non è da escludere, che la Germania possa nuovamente fare ricorso alla Corte dell'Aja, forte del successo ricevuto nel 2012. La Germania, infatti, avrebbe titolo per contestare la disubbidienza italiana e la perdurante violazione del principio di immunità

⁵⁰² R. CALVANO, *La Corte Costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in www.federalismi.it, 29 febbraio 2016.

⁵⁰³ In quattro casi una sentenza della CIG non è stata eseguita dalla parte soccombente. Due casi vedevano protagonisti gli USA e le sentenze del 27 giugno 1986 sulle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* e del 25 marzo 2008 su *Medelin v. Texas*, il terzo caso nasceva dalla mancata esecuzione da parte del Regno Unito della sentenza CIG del 9 aprile 1949 nella vicenda dello *Stretto di Corfù*, e l'ultimo caso riguardava la sentenza del 24 maggio 1980 nell'affare del *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Theran*. Eccetto il caso Nicaragua, nelle altre circostanze, il Consiglio di Sicurezza, non venne neanche adito.

⁵⁰⁴ P.P. RIVELLO, *Una pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto consuetudinario internazionale e diritto interno*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2015, p. 1049

⁵⁰⁵ B. CONFORTI, *La Corte Costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3885D

giurisdizionale. D'altronde, secondo quanto afferma l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, uno Stato non può invocare la propria normativa interna per sottrarsi all'ottemperanza degli obblighi internazionali, e quindi per giustificare il proprio illecito. Bisogna avvertire, però, che l'utilità di un simile ricorso sarebbe abbastanza limitata, perché la Germania potrebbe ottenere ancora una volta una pronuncia di accertamento, che necessiterebbe di esecuzione nell'ordinamento italiano, e potrebbero insorgere nuovamente le stesse resistenze descritte fino ad ora.

Le sentenze internazionali *devono* essere eseguite da ciascuno Stato perché esiste un apposito obbligo nello Statuto delle Nazioni Unite, ma *non* godono di efficacia esecutiva diretta, cioè non possono legittimare un procedimento di esecuzione forzata ai danni dell'Italia. Ma soprattutto, per quanto riguarda la necessità concreta di ricorrere all'Aja, si è già avuto modo di ricordare gli interventi del governo italiano per sottrarre alcuni beni stranieri ad esecuzione, mostrando di compiacere le richieste tedesche a prescindere dagli orientamenti espressi nelle corti.

Il ventaglio di possibilità per la RFG è però molto esteso. Fermo restando quanto detto, la Germania potrebbe anche rivolgersi al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che avrebbe competenza in virtù dell'art. 39 della Convenzione europea per la risoluzione pacifica delle controversie, ai sensi del quale, a maggioranza di due terzi degli Stati membri, su istanza della Parte offesa, il Comitato può esprimere raccomandazioni affinché venga fatto rispettare il *dictum* della Corte internazionale. Ulteriore via astrattamente percorribile è l'adozione autonoma di contromisure nei riguardi dello Stato italiano. Ma questa sembra la strada più remota.⁵⁰⁶

V.iii) La necessità di valorizzare lo strumento della protezione diplomatica

Alla luce di quanto detto, molte voci in dottrina concordano nel ritenere il negoziato diplomatico l'unico rimedio effettivo al problema dei risarcimenti non ancora ottenuti. È stata la stessa Corte internazionale a stimolare l'Italia e la Germania alla risoluzione

⁵⁰⁶ Perché la sanzione dovrebbe essere esemplare, e l'assetto attuale dei rapporti politici ed economici tende ad escludere questa ipotesi. Sul punto convergono L. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, p. 2, (il quale rileva che è difficile che il Comitato, organo dal quale promana la CEDU, possa intervenire in senso contrario alla difesa dei diritti umani, al massimo potrebbe "assistere passivamente all'eventuale consolidarsi di tendenze giurisprudenziali sfavorevoli all'immunità"); P. PALCHETTI, intervenuto al Convegno "*La Corte Costituzionale tra obblighi internazionali e diritti fondamentali*", 16 dicembre 2014, presso l'Università di Milano Bicocca.

delle controversie pendenti in materia risarcitoria per il tramite di un negoziato. Ma, come si è già detto, il Governo italiano è rimasto fino ad oggi latitante, e tale sua inerzia suona ancora più paradossale, considerate le iniziative assunte in sede di codificazione delle norme internazionali sulla protezione diplomatica.

Sia nella sentenza dell'Aja sia nella sentenza costituzionale, i rapporti tra azione giudiziaria e intervento diplomatico vengono costruiti in termini di alternatività. La prima riconosce l'immunità della Germania e consiglia il negoziato tra gli Stati, la seconda riconosce la giurisdizione del giudice italiano e non cita minimamente la risoluzione diplomatica. Tuttavia ricorrere allo strumento diplomatico, avente magari ad oggetto un risarcimento stragiudiziale ad opera della Germania, non comporterebbe la violazione dell'art. 24 Cost., perché l'autorità giudiziaria potrebbe essere adita per risolvere eventuali contrasti successivi al concordato.

Diverse voci in dottrina propendono per una ricostruzione diversa dei rapporti tra attività giurisdizionale e rimedi alternativi. Alla luce del crescente sviluppo di questi ultimi, oltre che del maggiore interesse normativo, si potrebbe ritenere che questi non siano più strumenti alternativi ma complementari rispetto all'azione giudiziaria, quindi da coordinare con essa.⁵⁰⁷

Il problema più evidente di un negoziato diplomatico tra i due Stati, resta però l'atteggiamento evasivo dello Stato italiano. Le vittime della vicenda sono talmente deboli che non possono sedersi al tavolo del negoziato, pertanto, possono solo riporre fiducia nell'operato dell'Italia, la quale però, non ha mai dimostrato condivisione ed entusiasmo per le scelte dei giudici. Nella vicenda in esame, il mancato dialogo tra l'iniziativa giudiziaria e quella politica, ha avuto un peso più rilevante del mancato coordinamento tra Corte dell'Aja e Corte Costituzionale.⁵⁰⁸

L'intervento diplomatico resta ancora oggi un atto politico facoltativo e insindacabile sul piano del diritto internazionale. La prassi internazionale di diversi Stati ha

⁵⁰⁷ R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3908.

⁵⁰⁸ R. CAPONI, *cit.*

ingenerato il dubbio che l'azione di protezione diplomatica in favore dei propri cittadini potesse essere anche un obbligo per lo Stato.⁵⁰⁹

A tal proposito in Italia, le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza n. 21581 del 19 ottobre 2011, avevano accolto il ricorso di una società privata impegnata nel collegamento marittimo tra Italia e Marocco, la quale lamentava il contegno omissivo del Governo italiano a fronte della mancata autorizzazione del Marocco a farle proseguire l'attività commerciale. La Cassazione aveva riscontrato l'interesse legittimo della ricorrente, quindi, aveva annullato la precedente decisione del Consiglio di Stato impugnata,⁵¹⁰ e aveva trasmesso nuovamente gli atti al giudice amministrativo.

La pronuncia della Suprema Corte è particolarmente degna di nota, perché fino al 2011, la giurisprudenza italiana era orientata nel senso di negare un sindacato sull'operato del Governo in tema di protezione diplomatica.⁵¹¹ La sentenza richiama, ambigualmente, la legge n. 69/1987 (Disposizioni per la difesa della Marina mercantile italiana), la quale prevede l'istituzione di una commissione apposita, composta prevalentemente da rappresentanti ministeriali, incaricata di accertare le eventuali lesioni subite dalla Marina italiana e di proporre misure a tutela delle vittime specifiche di tali lesioni. La Commissione non è dotata di poteri vincolanti, né può essere adita da privati. Ha solo il potere di raccomandare al Governo le giuste misure per salvaguardare gli interessi commerciali degli operatori marittimi.⁵¹² Il Governo resta perciò arbitro esclusivo delle proprie scelte in materia di protezione diplomatica.

Ciononostante l'obiettivo della commissione istituita dalla legge del 1987, era proprio quello di ridurre la discrezionalità del Governo sul piano dell'intervento diplomatico. Difatti, l'obiettivo è perseguibile o mediante l'inserzione nella carta costituzionale di un

⁵⁰⁹ M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

⁵¹⁰ (Rivista, 2010, p. 1280 ss)

⁵¹¹ P. PUSTORINO, *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2012, p. 156 ss.

⁵¹² P. PUSTORINO, *op. cit.*

obbligo a carico dello Stato,⁵¹³ o mediante l'introduzione di una normativa di rango inferiore.⁵¹⁴

Nonostante la Cassazione italiana abbia utilizzato uno strumento giuridico sconosciuto alla comunità internazionale, ossia l'interesse legittimo, la pronuncia italiana si inseriva nel solco già tracciato dalla giurisprudenza di altri Paesi, che miravano a controllare la discrezionalità dello Stato per mezzo di svariati parametri (tra i quali l'obbligo di motivazione del provvedimento di diniego circa l'intervento in protezione diplomatica, i caratteri della ragionevolezza e della non arbitrarietà della decisione adottata, la proporzionalità delle misure concretamente adottate rispetto alla violazione individuale subita). La sentenza poteva quindi contribuire a consolidare la *communis opinio* internazionale, ma tale apertura è stata stroncata dalla pronuncia del Consiglio di Stato, la n. 2792 del 29 maggio 2014, la quale ha sciolto ogni dubbio confermando l'insindacabilità delle scelte del Governo quanto alla gestione dei rapporti internazionali.

A ben vedere, la stessa Corte Costituzionale non si è pronunciata sull'esistenza di un diritto dell'individuo, costituzionalmente tutelato, di pretendere dallo Stato un intervento in protezione diplomatica a suo favore. Ciò non toglie che la parabola discendente degli "atti politici" sia stata ormai inaugurata⁵¹⁵ e possa intensificarsi in futuro a favore di un maggiore controllo discrezionale esercitato dalla magistratura.⁵¹⁶

Difatti, anche gli atti politici soggiacciono alla Costituzione, soprattutto quando si inseriscono nel delicato settore dei fondamentali diritti umani.

In conclusione, nella controversia italo-tedesca, l'intervento dello Stato in protezione diplomatica è il solo strumento che può permettere la tanto attesa riparazione delle

⁵¹³ V. il primo rapporto sulla protezione diplomatica presentato dal relatore speciale Dugard alla Commissione del diritto internazionale, in particolare il commentario all'art. 4 del relativo progetto, che prevede, a certe condizioni, un obbligo di intervento in protezione diplomatica per violazione di norme di jus cogens: paragrafi 75-93 del rapporto, doc. A/CN.4/506 del 7 marzo 2000. Per un commento cfr. PAPA, *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, *Rivista*, 2008, p. 719 ss.)

⁵¹⁴ Come accaduto in Italia.

⁵¹⁵ Sentenza Corte Costituzionale n. 81 del 2 aprile 2012, par. 4.2: "gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo".

⁵¹⁶ Sulla possibilità di rinvenire un obbligo costituzionale di intervento diplomatico a carico del Governo v. F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 363 ss. Al riguardo cfr. anche E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities*, cit., p. 131 e P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014*, cit., p. 47.

vittime naziste,⁵¹⁷ a meno che non si vogliano assecondare le idee di chi prospetta come ulteriore soluzione, la surrogazione dello Stato italiano negli obblighi economici facenti capo alla Repubblica Federale di Germania. Dal momento che l'assunzione da parte dell'Italia dell'intera responsabilità per le atrocità commesse dalla Germania nazista, avrebbe un peso eticamente inaccettabile, ma soprattutto economicamente insostenibile, l'esercizio della protezione diplomatica ad opera del governo italiano, deve essere considerato a pieno titolo una garanzia equivalente "costituzionalmente dovuta."⁵¹⁸

⁵¹⁷ È bene ricordare, che prima della pronuncia dell'Aja, il Tar Lazio respingeva il 15 settembre, il ricorso del Ferrini, presentato per il rifiuto di protezione diplomatica da parte dello Stato italiano in relazione allo svolgimento del processo internazionale, sulla base dell'esistenza di ulteriori mezzi di tutela giudiziali a cui ricorrere. Il Senato, in occasione della conversione in legge del D.L. 63/2012, adottava un ordine del giorno, n. G101, che impegnava il governo ad esercitare "un'opportuna azione diplomatica nei confronti delle competenti autorità tedesche". L'o.d.g. veniva anche accolto.

⁵¹⁸ F. SALERNO, *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 370.

CONCLUSIONI

La sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 2014 ha già fatto il giro del mondo, ha battuto ogni record per la straordinaria quantità di commenti forniti in prima lettura, e ha raccolto uno svariato numero di consensi. Essa si avvia a diventare senz'ombra di dubbio, la più nota pronuncia della Corte Costituzionale italiana al di fuori dei confini nazionali. Il motivo di una simile accoglienza risiede probabilmente nell'aver escluso la considerazione di strumenti alternativi al giudice, e nell'aver indicato come unica via percorribile il riconoscimento dei diritti in sede giudiziaria. Come è stato autorevolmente sostenuto, se è vero che la giurisdizione non è l'unico strumento di tutela dei diritti, è altrettanto vero che, senza la giurisdizione, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento perderebbe efficacia ed effettività.

La sentenza della Consulta italiana ha l'innegabile merito di aver nuovamente aperto i termini dell'annoso dibattito tra diritto all'immunità e diritto al giudice che, dopo la pronuncia internazionale della CIG, sembrava destinato a richiudersi su posizioni anacronistiche e deludenti. L'auspicio è che il raggio di luce generato dalla nostra Corte Costituzionale abbia il potere di guidare la *communis opinio* dell'intera comunità internazionale nel senso di una maggiore affermazione dei diritti della persona umana.

Il percorso evolutivo subito dalla consuetudine immunitaria, dall'inizio del Novecento ad oggi, insegna l'importanza di una prassi internazionale consolidata e compatta. L'Italia, in prima linea rispetto ad altri Stati della comunità internazionale, ha fornito un contributo essenziale al processo di ridimensionamento del privilegio immunitario.

Il passaggio dalla teoria dell'immunità assoluta a quella dell'immunità ristretta, è frutto, soprattutto, dell'estro creativo della magistratura italiana. Non solo. Ha avuto origine nella dottrina italiana, l'intuizione di circoscrivere l'immunità dalla giurisdizione civile alle sole condotte statali che siano realmente estrinsecazione della sovranità dello Stato, con esclusione di quelle attività che, seppur riconducibili al pubblico potere, non rappresentano l'esercizio legittimo dell'*imperium* nazionale.

La norma secolare in oggetto ha conosciuto in Italia la fase principale della sua riscrittura, allorquando la Suprema Corte, unica nell'intero panorama internazionale, ha sancito la sua inapplicabilità a fronte della violazione dei fondamentali diritti della persona umana. Facendo sfoggio di un encomiabile *ethos* civile, le Sezioni Unite hanno

riconosciuto prevalenza indiscussa alla dignità umana, e hanno dichiarato la sussistenza della giurisdizione italiana nelle controversie aventi ad oggetto gli orrori perpetrati dalla Germania nazista, con ciò violando deliberatamente l'immunità dello Stato tedesco.

Gli argomenti utilizzati per pervenire a tali conclusioni sono stati molteplici e sono stati variamente interpretati sia dalla giurisprudenza, nelle diverse vicende giudiziali succedutesi, sia dalla dottrina italiana, la quale, anche nelle occasioni in cui è prevalsa la critica, non ha mancato di illustrare le proprie prospettazioni sul tema. Tutte le tesi utilizzate, anche se eterogenee, hanno rivelato un profondo senso di inadeguatezza rispetto al riconoscimento dell'immunità statale in caso di commissione di crimini internazionali

Il dibattito sull'immunità si è così colorato di vivacità e dinamismo, fino a quando il barlume di speranza generato dalle Corti italiane è stato nuovamente spento dalla pronuncia della Corte internazionale di Giustizia. La sentenza del 3 febbraio 2012, confermando l'immunità della Germania, rappresenta per le vittime naziste una triste battuta d'arresto, o meglio, come taluni hanno scritto, un'importante occasione persa.

Il disincanto, poi, lascia il posto all'amarezza, se si considera il ruolo nomofilattico ascrivibile alla Corte dell'Aja in relazione al diritto internazionale, e l'enorme contributo che essa avrebbe potuto fornire qualora avesse accolto le eccezioni italiane.

Tuttavia, l'Italia non si è rassegnata di fronte all'autorevolezza della Corte internazionale, e dopo una parentesi di umile deferenza, ha dato nuovamente prova di un profondo senso di civiltà. Disattendendo il *dictum* dei giudici internazionali, ha applicato la teoria dei controlimiti e, costruendo su di essa il bilanciamento tra il principio immunitario e il diritto di accesso al giudice, ha sancito la riapertura dei processi di merito, riconoscendo alle vittime delle stragi naziste il diritto di ottenere l'agognato risarcimento.

E mentre i giudici di merito condannano la Repubblica Federale di Germania alle riparazioni economiche a cui si era sempre sottratta, la dottrina dei controlimiti conosce rilevanza mondiale, e dimostra all'intera comunità internazionale che i principi supremi consacrati nella Costituzione di uno Stato non possono essere modificati da un ordine proveniente dall'alto, ma resistono e si impongono per difendere l'ordinamento costituzionale.

Adesso, non resta che attendere le reazioni della Germania e dell'intera comunità, con l'auspicio che il diritto internazionale sia, questa volta, definitivamente pronto ad accogliere le nuove spinte umanitarie a cui l'Italia in primis ha dimostrato di voler contribuire.

BIBLIOGRAFIA

- ABUKAR HAYO, *Immunità*, in *enciclopediagiur.it.*, vol. Aggiornamento XV, 2007.
- ALESII L., *Il conflitto tra la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo ed il divieto di ingerenza negli affari interni (cui si collega l'immunità giurisdizionale degli Stati riconosciuta nel diritto internazionale) non può essere risolto in danno dei diritti fondamentali: il Tribunale di Roma si adegua alla (discussa) sentenza n. 238/2014 della Corte Costituzionale, disattendendo il diverso (e vincolante) orientamento della Corte Internazionale di Giustizia de L'Aja*, su www.ilsole24ore.com, 19 ottobre 2015.
- ANZILLOTTI D., *L'esenzione degli Stati dalla giurisdizione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1910, 4-5, pp. 477- 550.
- ARANGIO-RUIZ G., *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 909.
- ATTERITANO A., *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo tedesco dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 2011, pp. 271-297.
- ATTERITANO A., *Il DL 63/2010 compromette il diritto dell'individuo ad un'effettiva tutela giurisdizionale*, su www.sidi-isil.it, 22 settembre 2010.
- BAIADA, *Il Tribunale di Firenze e i risarcimenti per crimini di guerra: questo processo non s'ha da fare*, su www.QuestioneGiustizia.it, 22 luglio 2015.
- BARATTA R., *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, in *Giustizia civile*, fasc. 5, 2004, p. 1200.
- BENTIVOGLIO L.M., *L'immunità giurisdizionale degli Stati esteri nella recente prassi americana*, in *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali* (Pubblicazioni dell'Università di Pavia), 1950, p. 215.
- BERTINETTI P., *Immunità degli Stati e crimini di guerra: la decisione della Corte internazionale di giustizia nel caso Repubblica Federale di Germania contro Repubblica italiana*, su www.forumcostituzionale.it, 26 luglio 2012.
- BIANCHI A., *Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2, 2012, p. 293.

- BIANCHI A., *L'immunità des etats et le violations graves des droits de l'homme: la fonction de l'interprete dans la determination du droit international*, in *Revue Général de Droit International Public*, 2004, 1, pp. 63- 101.
- BONAFÈ B.I., *The ECHR and the Immunities Provided by International Law*, in *Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, p. 2.
- BONAFE' B.I., *Il caso delle immunità giurisdizionali dello Stato: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte Internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, 2, pp. 371-384.
- BRANCA M., *Il punto sui controlimiti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p 3899.
- BROMER J., *State immunity and the violation of human rights*, in *The Hague*, 1997, p. 195.
- CALVANO R., *La Corte Costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, su federalismi.it, 29 febbraio 2016.
- CANNIZZARO E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 325-330.
- CAPONI R., *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3908.
- CARBONE S.M., *I soggetti e gli attori della comunità internazionale*, in S.M. Carbone, R. Luzzato, A. Santa Maria (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 32-33.
- CASSESE A., *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 111.
- CASTELLANETA C., *La Consulta apre la strada ai risarcimenti*, in *Guida al Diritto*, n. 47, 22 novembre 2014.
- CASTELLANETA M., *Azioni di risarcimento danni e crimini di guerra: esclusa l'immunità della Serbia*, su www.mariacastellaneta.it, 10 novembre 2015.
- CATALDI G., *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 41.
- CATALDI G., *La natura self- executing delle norme della Convenzione europea dei diritti umani e l'applicazione delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano(a cura di), *La tutela dei diritti*

umani in Europa. Tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali, CEDAM, Padova, 2010, p.579.

-CATALDI G., *The Implementation of the ICJ's Decision in the Jurisdictional Immunities of the State Case in the Italian Domestic Order: What Balance Should Be Made between Fundamental Human Rights and International Obligations*, in *ESIL Reflections*, www.esil-sedi.eu, vol. 2, 2013.

-CHIUSOLO A., *Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la "giuristocrazia"?*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 2/2015.

-COLACINO N., *"Quanto resterebbe di un diritto"...senza un giudice che lo tuteli? Controlimiti costituzionali all'immunità giurisdizionale degli Stati e adattamento al diritto internazionale generale secondo la Consulta*, in *Giustizia Civile*, n. 3, 2015, p. 55.

-CONDORELLI L., *La Corte Costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 301.

-CONDORELLI L., *La proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1970, p. 175.

-CONDORELLI L., *I diritti politici nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1971, p. 189.

-CONDORELLI L., *Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, p. 459.

-CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2006.

-CONFORTI B., *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol.1, 2010, pp.5-14.

-CONFORTI B., *La Corte Costituzionale applica la teoria dei controlimiti*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, p. 527.

-CONFORTI B., *La Corte Costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2014, p. 3885D.

-CONFORTI B., *The judgment of the International Court of Justice on the immunity of foreign states: a missed opportunity*, in *Italian Yearbook of international law*, 21, 2011 pp.135-142.

-CONSOLO C., *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati*

esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di “tortura governativa” (saudita), in COLESANTI V. ET ALIOS, *Il diritto processuale civile nell’avvicendamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, CLEUP, Padova, 2009, pp.307-360.

-CONSOLO C., MORGANTE V., *La Corte dell’Aja accredita la Germania dell’immunità che le Sezioni Unite avevano negato*, in *Corriere giuridico*, 2012, pp. 597-607.

-COSENZA L., *Immunità dello Stato e ius cogens nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2012, p. 327.

-D’AGNONE G., *Immunità degli Stati stranieri e garanzia costituzionale dell’accesso al giudice: conflitto reale?*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 639.

-DE LUCA A., *L’immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in N. Ronzitti e G. Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, CEDAM, 2009, pp. 15-27.

-DE SENA P., DE VITTOR F., *State immunity and human rights: the Italian supreme Court decision on the Ferrini case*, in *European Journal of International Law*, 2005, p.89.

-DE SENA P., *Diritti dell’uomo*, in S. Cassese *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 1868-1869.

-DE SENA P., *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale*, disponibile su www.sidi-isil.org, dal 30 ottobre 2014.

-DE SENA P., *The Judgment of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: A Tentative Analysis under International Law*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 17.

-DE VITTOR F., *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali* in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, 3, pp.573-617.

-DE VITTOR F., *Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: la Convenzione di New York del 2 dicembre 2004*, in A. Lanciotti e A. Tanzi (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Torino, 2007.

- DICKINSON A., *L'interpretation de l'application du droit international dans les pays anglo-americains*, in *Recueil des Cours de l'Academie de droit international de la Haye*, 1932, II, p. 309.
- DI STEFANO M., *Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXIII, Giuffrè, 2007, p. 187.
- DOMINICE' C., *L'émergence de l'individu en droit international public*, in *Annales d'études internationales*, 1998, pp. 1-6, ripubblicato in *L'ordre juridique international entre tradition et innovation. Recueil d'études.*, pp.109-204.
- DUPUY P.M., *Retour sur la theorie des sujets du droit international*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, vol. I, pp. 71-84.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously-I diritti presi sul serio* (trad. it.), Bologna, 1982.
- FARAGUNA P., *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015, p. 11.
- FASSBENDER B., *Compensation for Forced Labour in World War II: the German Compensation Law of 2 Agoust 2000*, in *International Criminal Justice*, 2005, n. 3, p. 244.
- FEDOZZI P., *La condition juridique de navires de commerce*, in *Recueil des Cours de la Haye*, 1925, V, 10, p. 10.
- FOCARELLI C., *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: La Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc. 2, 2009, p. 363.
- FOCARELLI C., *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *Rivista di diritto internazionale* 2007, p.637.
- FOCARELLI C., *Immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile*, in *Diritto internazionale*, I, CEDAM, Padova, 2012.
- FOCARELLI C., *Immunité des Etats et ius cogens. Le dynamique du droit international et la fonction du ius cogens dans le processus de changement de la regle sur l'immunité jurisdictionelle des Etats etrangeres*, in *Revue general du droit international public* 2008, p. 761.

- FOCARELLI C., *International Law as Social Construct: the Struggle for Global Justice*, Oxford, 2012, cap. 5.
- FRULLI M., *Sull'immunità della giurisdizione straniera degli organi sospettati di crimini internazionali*, *Relazione al convegno "immunità costituzionali e crimini internazionali"*, Milano, 8-9 febbraio 2007, p. 23.
- FRULLI M., *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.
- FRULLI M., *La derogabilità della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella di Chiana*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 3 n. 2, 2009.
- GAJA G., *L'esecuzione su beni d Stati esteri: l'Italia paga per tutti?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 1985, p. 345.
- GATTINI A., *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2003, p. 235.
- GATTINI A., *The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 173 ss., pp. 199-200.
- GATTINI A., *To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to Individuals Claims for War Damages?*, in *Journal Of International Criminal Justice*, 2003, pp. 359-360.
- GIANNELLI A., *Crimini internazionali e immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 3, 2004.
- GIRELLI F., *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in www.giustiziacivile.com, fasc. n. 9, 2015.
- GRADONI L., *Corte Costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 17 novembre 2014, p. 2.
- GRADONI L., *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in www.sidi-isil.org, 27 ottobre 2014.
- GROPPI T., *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine*

della sentenza n 238 del 2014 della Corte costituzionale italiana, in *Consulta online*, 9 gennaio 2015.

-GUAZZAROTTI A., *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2014.

-HIRSCHL R., *Towards Juristocracy, the Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, MA – London, 2004.

-HOLDSWORTH W., *The History of Act of State in English Law*, in *Columbia Law Rev.*, 1941, p. 1313.

-IOVANE M., *Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente*, in A. Del Vecchio e A. Del Ri Junior (a cura di), *Diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, p. 133.

-IVALDI P., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S.M. Carbone, R. Luzzato e A. Santa Maria(a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 4° ed, G. Giappichelli, Torino, 2011, p. 274.

-IZZO S., *Le immunità giurisdizionali: questioni di carattere processuale* in N. Ronzitti e G. Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, CEDAM, 2009, P. 291.

-KAMTO M., *Une troublante “immunité totale” du Ministre des affaires étrangères*, in *Revue Belge du Droit International* 2002, pp. 526-529.

-LANCIOTTI A.-LONGOBARDO M., *La Corte Costituzionale risponde alla Corte di giustizia internazionale: l'ordinamento italiano non si adatta alla regola sull'immunità degli Stati*, in *federalismi.it*, 3 aprile 2015.

-LUCIANI M., *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2015.

-LUPO E., *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Questione Giustizia*, fasc. 1, 2015.

-LUZZATO R., *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Università degli Studi di Milano, Milano, 1972.

-MANN F.A., *The Sacrosanctity of Foreign Acts of States*, in *The Law Quarterly Rev.*, 1943, p. 42.

-MARONGIU BONAIUTI F., *La sentenza della Corte internazionale di giustizia*

relativa al caso Germania c. Italia: profili di diritto intertemporale, in *Diritti umani e diritto internazionale*, fasc. 2, 2012, p. 335.

-MARONGIU BUONAIUTI F., *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di Giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.5, n. 2 , 2011.

-MC DOUGAL M.S., *International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 82, 1953-I, pp. 160-162.

-MC NAIR A.D., *International Law Opinions*, Cambridge, 1956, I, p. 112.

-MERON V.T., *The Humanization of international law*, Leiden Boston, 2006; *International Law in the Age of Human Rights- General Course of Public International Law*, in *Recueil des cours de l'Academie de Droit International de La Haye*, vol. 301, 2003.

-MILANO L., *Les immunités issues du droit international dans la jurisprudence européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2008, p. 1059.

-MINNITI L. *Il diritto ad un processo nel merito. E' un obbligo costituzionale giudicare della responsabilità civile degli Stati e riconoscere, se del caso, il diritto al risarcimento del danno, alle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità, anche se commessi nell'esercizio di funzioni sovrane*, su federalismi.it, 29 febbraio 2016.

-MONACO R.-CURTI GIALDINO C., *Manuale di diritto internazionale pubblico*, UTET GIURIDICA, 2009, par. 121.

-MORELLI G., *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, p. 189.

-MORRONE V.A., *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, pp. 185-204.

-NAPPI S., *Diritti inviolabili, apertura coraggiosa ma ancora troppo limitata*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 15, 2004, p. 24.

-NIGRO R., *Lo jus cogens nella prassi internazionale più recente*, in *International law*, 1, 2007, pp.23-43.

-O' CONNELL D.P., *International Law*, London, 1970, vol. I, pp. 82-83.

-ORAKHELASHVILI A., *Immunity of State Officials, International Crimes, and*

Foreign Domestic Courts : a Reply to Dapo Akande and Sangeetā Shah, in *European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, pp. 850-855.

-ORAKHELASHVILI A., *State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights*, in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 703.

-PADELLETTI M.L., *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 444.

-PADELLETTI M.L., *L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349.

-PALCHETTI P., *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *QIL-Questions of International Law*, 2014, p. 43.

-PALOMBINO F., *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 501.

-PANEBIANCO M., *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Jovene, Napoli, 1967.

-PAPA M.I., *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale generale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2015, 24 luglio 2015.

-PAPA M.I., *Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669 ss., pp. 723-724.

-PASSAGLIA P., *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in www.diritticomparati.it, 29 ottobre 2014.

-PAVONI R., *Human Rights and Immunity of Foreign States and International Organizations in Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights* di E. De Wet, J. Vidimar, Oxford, 2012, pp. 71-113.

-PERINETTO P.A., PASQUET L., *Immunità e prescrizione come estreme difese degli Stati autori di gravi crimini internazionali: il caso dei deportati italiani*, in *ISPI Analysis*, 2010.

-PERSANO F., *Il rapporto tra immunità statale dalla giurisdizione e norme di jus*

cogens: una recente pronuncia della CIG, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2012, pp.118-113.

-PICARDI N., *La crisi del monopolio statale della giurisdizione*, in *Corti europee e giudici nazionali (Atti del convegno di Verona 2009 ASPC)*, Bologna, 2011, 5.

-PICARDI N., *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

-PICCARDI L., *L'istituto internazionale di agricoltura e la giurisdizione dei tribunali italiani*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1933, II, p. 48.

-PICONE P., *La distinzione tra norme internazionali di ius cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, par. 5.

-PISILLO MAZZESCHI R., *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 31-32.

-PISILLO MAZZESCHI R., *Il rapporto fra norme di jus cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte Internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol.6, 2012, pp.310-326.

-PISILLO MAZZESCHI R., *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, 2014, n.2.

-PISILLO MAZZESCHI R., *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 23.

-PISILLO MAZZESCHI R., *Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso Jones dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215.

-PISILLO MAZZESCHI R., *The marginal role of the individual in the ILC's articles on State responsibility*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, pp. 42-43.

-PISILLO MAZZESCHI R., *Individuo (diritto internazionale)*, in M. Flore, T. Groppi, R. Pisillo Mazzeschi(a cura di), *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione-Dizionario*, Giappichelli, Torino, 2004, vol. II, pp. 754-757.

- PUSTORINO P., *Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo*, in *Rivista di diritto internazionale*, fasc. 1, 2012, p. 156.
- QUADRI R., *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941.
- RANCAN M.G., *Immunità dello Stato estero per crimini internazionali e diritto di accesso al giudice: la parola alla Corte Costituzionale. Commento alla sentenza della Corte di cassazione n. 1136/2014 e all'ordinanza del Tribunale di Firenze del 21 gennaio 2014*, su *Questione Giustizia*, fasc. 4, 22 aprile 2016.
- REIMANN M., *A Human rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on Princz v, Federal Republic of Germany* in *Michigan Journal of International Law*, 1995, 2, pp. 403-432.
- REISMAN W.M., *General Course on public International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 35, 2010, p. 233.
- RENSMANN T., *Impact on the immunity of the States and their officials*, in *The Impact*, p. 167-169.
- RIVELLO P.P., *Una pronuncia della Corte Costituzionale a tutela dei diritti inviolabili della persona nel quadro dei rapporti tra diritto consuetudinario internazionale e diritto interno*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2015, p. 1049.
- RIVELLO P.P., *La Corte internazionale di Giustizia disattende le impostazioni volte a ritenere possibile un'ulteriore contrazione del principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati*, in *Cassazione penale*, n. 6, 2012, pp. 2010-2045.
- ROBERTSON G., *Crimes against Humanity: the Struggle for Global Justice*, London, 1999, pp. 408-409.
- RONZITTI N., *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 47.
- RONZITTI N., *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, pp. 685-686.
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- RONZITTI N., *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 1033.
- RONZITTI N., *La prescrizione rischia di mettere in forse l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini*, in *Guida al diritto* 20/2010, p. 29.
- RONZITTI N., *Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata*

soluzione dei risarcimenti di guerra, in *Guida al diritto*, il Sole24Ore, n. 48, Dicembre 2012.

-RONZITTI N., VENTURINI G., *La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in N. Ronzitti e G. Venturini (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, CEDAM, 2009, p.1-14.

-RUGGERI A., *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e costituzione, atto secondo: Quali possibili "sequiti della 238 del 2014?*, in www.giurcost.org, Studi, 2015, pp. 78-87.

-RUGGERI A., *La Corte aziona l'arma dei controlli e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in www.giurcost.org, Studi, 2014.

-RUSSO D., *Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della Costituzione al vaglio della Corte costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti*, in www.Osservatoriosullefonti.it, 2014.

-RUSSO T., *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

-SACCUCCI A., *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione sussidiaria delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 263 ss.

-SALERNO F., *Diritto internazionale-Principi e norme*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 10-13.

-SALERNO F., *Esecuzione in Italia su beni di Stati stranieri: il D.L. 28 aprile 2010, n. 63*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 5, 2011.

-SALERNO F., *Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 6, 2012, pp.350-370.

-SALERNO F., *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 33.

-SCHREUER C., *The Waning of the Sovereign State : Towards a new paradigm for International Law*, in *European Journal of International Law* 1993, p. 447.

- SCISO E., *L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione dopo la conversione del decreto-legge 28 aprile 2010 n. 63*, in *Rivista di diritto internazionale* 2010, p. 802.
- SCISO E., *L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013.
- SCISO E., *La regola sull'immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 9, 2015, n. 1, pp. 61-83.
- SERRANO' G., *Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionale dello Stato*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2012, pp.617- 646.
- SHAW M., *International Law*, Cambridge, 1997, p. 190.
- SOSSAI M., *Are Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 175.
- SPERDUTI G., *Lezioni di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 150.
- STARACE V., *Immunità degli Stati stranieri dall'esecuzione e diritto all'indennizzo verso lo Stato italiano: chiaroscuri del progetto governativo*, in *Rivista di diritto internazionale* 1989, p. 320.
- STROZZI G., *Atti di Stato esteri e giurisdizioni di common law*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1966.
- TANZI A., *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in A. Lanciotti e A. Tanzi (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale*, Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 1-22.
- TANZI A., *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13.
- TOMUSCHAT C., *L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme*, in *Revue general de droit international public*, 2005, p. 51.
- TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 189-191.
- VITERBO A., *I diritti fondamentali come limite all'immunità dello Stato*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 1030.
- WADE L., *Act of State in English Law: Its Relations with International Law*, in *The British Year Book of International Law*, XV, 1934, p. 98.

- WEISS E., *Compétence ou incompétence des tribunaux a l'égard des Etats étrangers*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1923, I, p. 545.
- ZAGREBELSKY G., *Violations structurelles et jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, in F. Salerno (a cura di) *La nouvelle procedure devant la Cour europeenne des droits de l'homme après le Protocole no. 14: actes du Colloque tenu à Ferrara les 29 et 30 avril 2005*, Bruxelles, 2007, p. 149.
- ZANGHI' C., *Un novo limite all'immunità di giurisdizione degli Stati nella sentenza 238 della Corte Costituzionale italiana*, su federalismi.it, 29 febbraio 2016.
- ZIMMERLAND A., *Sovereign immunity and violations of international jus cogens: some critical remark*, in *Michigan Journal of International Law*, 1995, 2, pp. 433-440.