

13 GENNAIO 2016

Tra immunità e contro-limiti: un
nuovo traguardo della giurisprudenza
italiana in Corte costituzionale
sentenza n. 238/2014 e ordinanza n.
30/2015

di Tobia Cantelmo

Dottorando in Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive
Università di Napoli Federico II

e Valentina Capuozzo

Dottoranda in Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive
Università di Napoli Federico II



Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*

di Tobia Cantelmo

Dottorando in Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive
Università di Napoli Federico II

e Valentina Capuozzo

Dottoranda in Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive
Università di Napoli Federico II

Sommario: 1. Introduzione. 2. Il rango delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute nella giurisprudenza italiana. 3. L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri e il nuovo ridimensionamento operato dalla sentenza n. 238 del 2014. 4. I contro-limiti da "idea" a "realtà fattuale": il dispositivo. 4.1. La controversa natura della decisione. 5. L'ordinanza n. 30 del 2015. 6. Spunti per qualche riflessione di sistema. 7. Conclusioni.

1. Introduzione

La pronuncia della Corte costituzionale n. 238/2014, e il principio ad essa sotteso per cui la regola consuetudinaria sull'immunità statale in tanto entrerebbe nel nostro ordinamento in quanto compatibile con i suoi principi fondamentali, ha destato non poco interesse in dottrina, ponendo una serie di questioni che trascendono le stesse vicende che ne hanno provocato l'emanazione¹.

* Articolo sottoposto a referaggio. Sebbene il lavoro sia frutto di riflessione congiunta tra gli Autori, i §§ 1, 2, 3 e 7 sono da attribuirsi a Tobia Cantelmo e i §§ 4, 4.1, 5 e 6 sono da attribuirsi a Valentina Capuozzo.

¹ Tra i diversi commenti, si vedano, tra gli altri, F. M. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Riv. Dir. Int.*, n. 2/2014, p. 502; M. CASTELLANETA, *“La Consulta apre la strada ai risarcimenti”*, in *Guida al diritto*, n. 47/2014; R. DICKMANN, *Il “Diritto al giudice” di cui all’art. 24 Cost.*

Di alcune di queste questioni daremo conto nel presente lavoro, attraverso una indagine che può dividersi essenzialmente in due parti. Nella prima parte valuteremo la portata della pronuncia sotto il profilo più strettamente internazionalistico, occupandoci delle sue ripercussioni sull'applicazione e lo sviluppo progressivo del diritto internazionale consuetudinario. Nella seconda parte, invece, analizzeremo in maggior dettaglio il dispositivo della sentenza, considerandone sia gli aspetti sostanziali – nella specie il ricorso alla teoria dei contro-limiti – sia gli aspetti processualistici.

2. Il rango delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute nella giurisprudenza italiana

Come è noto, l'adattamento al diritto internazionale consuetudinario avviene in Italia a livello costituzionale attraverso il primo comma dell'art. 10 Cost., il quale, disponendo che "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute", racchiude in sé l'idea di un "trasformatore permanente"². Le norme consuetudinarie, di conseguenza, risultano direttamente applicabili ad opera dei giudici interni, ai quali spetta il compito (non sempre facile) di rilevarne l'esistenza e il contenuto.

come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, (Nota a Corte cost., sent. N. 238 del 22 ottobre 2014), in federalismi.it, n. 22/2014; S. LIETO, Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte Costituzionale n. 238 del 2014, in Forum di Quaderni costituzionali, 6 novembre 2014; L. GRADONI, Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile, in sidi-isil.org, 27 ottobre 2014; ID., Corte Costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli stati stranieri?" in Forum di Quaderni Costituzionali, 17 novembre 2014; P. DE SENA, Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale, in sidi-isil.org, 30 ottobre 2014; ID., 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 Question of International Law, Zoom out 2/2014, pp. 17-31 ; R. KOLB, The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court, in Question of International Law, Zoom out 2/2014, pp. 5-16; P. PALCHETTI, Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: in search of a way out, in Question of International Law, Zoom out 2/2014, pp. 44-47; C. PINELLI, Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: between undue fiction and respect for constitutional principles, in Question of International Law, Zoom out 2/2014, pp. 33-41; ancora, S. FORLATI, "The Italian Constitutional Court rules on immunity of foreign States from civil jurisdiction: a new twist in the Ferrini saga", in aldricus.com, C. MELONI, "La Corte Costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero", in penalecontemporaneo.it, 24 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 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.; 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, p. 1 e ss.

² L'espressione è di T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Padova, 1957, 29.

Ciò detto in termini generali, una delle questioni principali poste dalla sentenza in commento riguarda il rango attribuibile alle consuetudini nel nostro sistema delle fonti. Si tratta di una questione che ha diviso profondamente la dottrina, le cui posizioni possono essere ricondotte a quattro orientamenti principali³; così, mentre alcuni riconoscono alla consuetudine il rango di legge ordinaria⁴, di norma costituzionale⁵, o di norma interposta tra la legge ordinaria e la Costituzione⁶, altri le attribuiscono un rango variabile a seconda della fonte che disciplina, sul piano interno, la stessa materia oggetto della consuetudine⁷.

L'opinione che riconosce alla consuetudine rango costituzionale, come è noto, è quella che ha finito per prevalere⁸: dette norme avrebbero dunque rango costituzionale, con la conseguenza che prevarranno a titolo di diritto speciale sulle altre norme costituzionali, purché non si spingano fino al limite di rottura con i valori fondamentali della nostra Costituzione (e solo di essi). E ciò in applicazione della nota teoria dei contro-limiti⁹.

In particolare, tra le norme consuetudinarie, quella presa in esame dalla sent. 238 riguarda l'immunità degli Stati dalla giurisdizione.

Per definizione¹⁰, la regola consuetudinaria nella materia *de qua* ha la funzione di sottrarre lo Stato alla giurisdizione straniera, con riferimento sia ai procedimenti cognitivi sia ai procedimenti cautelari ed esecutivi. Essa si fonda su due principi cardine del diritto internazionale

³ Per un'analisi approfondita, si vedano F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*, Padova, 2007; L. CAPPUCCIO, *Le consuetudini internazionali tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia, Quaderni costituzionali*, n. 1/2004, pp. 5 e ss. e 11 ss.; S. M. CICONETTI, *Le fonti del diritto italiano* 2, Torino, 2007, pp. 41 ss.

⁴ Cfr. A. BERNARDINI, *Diritto internazionale generale ed ordinamento interno*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 1464 ss.

⁵ Cfr. G. BARILE, *Costituzione e diritto internazionale, Alcune considerazioni generali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1986, pp. 957 e ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, X ed., pp. 345-350. In adesione a questa posizione si vedano altresì, E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, pp. 456 ss; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale* 2, vol. I, Padova, 2012, pp. 286 ss.

⁶ Cfr. A. LA PERGOLA, *Costituzione ed adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Milano, 1961, pp. 291 e ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, pp. 1484 ss. In tema si veda anche A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, cit., p. 6 che, pur ammettendo la problematicità nella individuazione della collocazione gerarchica di tali norme, afferma, come dato "relativamente incontrovertito" nel dibattito dottrinale, la prevalenza di tali norme sulle leggi ordinarie e sugli atti a queste equiparati.

⁷ A. CASSESE, *Diritto Internazionale*, Bologna, 2013, secondo cui nell'art 10, 1° comma, vi è un criterio generale di carattere sostanziale valevole "*ratione materiae*" e che fa del procedimento di formazione normativa in esso contenuto, un procedimento "polivalente", seguendo il quale è possibile ritenere che le norme consuetudinarie immesse nell'ordinamento abbiano efficacia di norme costituzionali, di leggi ordinarie o di regolamenti a seconda che la materia che esse disciplinano debba essere regolata, nel nostro ordinamento da legge costituzionale, ordinaria o regolamento.

⁸ Al riguardo la giurisprudenza è ampia: Corte cost., sentenze 18 giugno 1979 n. 48, punto 3 in diritto, 22 gennaio 1996 n. 15, punto 2 in diritto, e 22 marzo 2001 n. 73, punto 3.1 in diritto.

⁹ Al riguardo si veda *infra*, §§ 4 e 4.1.

¹⁰ Cfr. A. ABUKAR HAYO, *Enciclopedia giuridica Treccani, postilla di aggiornamento, ad vocem*, "immunità", 2006.



contemporaneo: il principio di non ingerenza negli affari interni di uno Stato, ed il principio di sovrana eguaglianza degli Stati così come espresso dal brocardo latino *par in parem non habet iudicium*.

Nel diritto internazionale classico, tale regola non conosceva eccezioni (cd. teoria dell'immunità "diffusa" o "assoluta"). E' soltanto a partire dai primi anni del '900, grazie soprattutto all'approccio innovativo seguito dai giudici italiani, che questo paradigma è stato messo progressivamente in discussione. Questa inversione di tendenza, consolidatasi dopo la fine della prima guerra mondiale, ha condotto all'elaborazione della teoria dell'immunità "relativa" o "ristretta", la quale costituisce, ad oggi, parte del diritto internazionale generale, come confermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni¹¹, recepita in Italia con la legge 14 gennaio 2013 n. 5, oggetto – *inter alia* – della pronuncia in commento.

In linea con questa teoria, occorre effettuare una distinzione fra gli atti dello Stato *iure gestionis*¹², vale a dire atti aventi carattere privatistico, rispetto ai quali il principio dell'immunità non opera, e quelli *iure imperii*¹³, ossia atti attraverso cui si esplica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali, in cui invece il principio dell'immunità torna ad espandersi¹⁴. Nella concreta applicazione di tale distinzione, la dottrina si è più di recente interrogata sulla possibilità di poter invocare l'immunità

¹¹ La Convenzione è stata adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 2.12.2004, ratificata solo da 15 Stati tra cui l'Italia. L'Art. 10 ad es. prevede: "Se uno Stato effettua una transazione commerciale con una persona fisica o giuridica straniera e se, in virtù di norme applicabili del diritto internazionale privato, le contestazioni relative a tale transazione commerciale attengono alla giurisdizione di un tribunale di un altro Stato, lo Stato non può invocare l'immunità giurisdizionale davanti a tale tribunale in un procedimento conseguente a detta transazione." Tale Convenzione è stata recepita in Italia con la legge 14 gennaio 2013.n. 5, il cui articolo 3 è stato oggetto dell'attenzione della Corte Costituzionale nel caso in esame. Si precisa che altri Stati invece, hanno adottato una propria legislazione interna in materia di immunità: Canada (State Immunity Act del 1978), Sud Africa (Foreign States Immunities Act 5 del 1988), Malesia (Immunities and Privileges Act N. 16 del 1984), Pakistan (State Immunity Ordinance VI del 1981), Argentina (Ley de inmunidad Jurisdiccional de los Estados Extranjeros ante los Tribunales Argentinos, Ley No 24488 del 1995) e Singapore (State Immunity Act Revised Edition del 1985). Si veda G. HAFNER - M. G. KOHEN - S. BREAU, *State Practice Regarding State Immunities*, Leiden, 2006.

¹² Cfr. N. RONZITTI - G. VENTURINI, *Le immunità giurisdizionali degli stati e degli altri enti internazionali*, Padova, 2008, p. 71, in cui si definiscono gli atti *iure imperii* come quegli atti attraverso cui si esplica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali, mentre gli atti *iure gestionis* come gli atti aventi carattere privatistico come l'acquisto di un immobile.

¹³ Si tratta invero di una distinzione dai contorni incerti. Generalmente il distinguo tra *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* viene operato facendo riferimento alla natura o, secondo altri, allo scopo dell'attività sotto esame.

¹⁴ In generale sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione, ed in particolare sulla distinzione tra *atti jure imperii* e *atti jure gestionis*, si vedano S. SUCHATIKUL, *Immunities of Foreign States before National Authorities*, in *Recueil des cours*, n. 1/1976, pp. 87 e ss.; I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, 1997; M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Paris, 1996.

da parte dello Stato citato in giudizio per le conseguenze civilistiche di violazioni gravi dei diritti umani.

Si tratta, come è noto, di una questione importante e complessa che ha dato luogo ad un vasto dibattito dottrinale con opinioni divergenti¹⁵, ed una prassi ed una giurisprudenza ampie e non univoche.

Particolarmente indicativa, sotto questo profilo, è la giurisprudenza della Corte EDU in materia di bilanciamento tra diritto dell'individuo alla tutela giurisdizionale *ex art. 6 CEDU*¹⁶ e obbligo dello Stato del foro di garantire il rispetto delle norme consuetudinarie e pattizie in tema di immunità degli Stati e delle organizzazioni internazionali; se, infatti, in un primo momento, la Corte ha risolto tale conflitto in senso favorevole al primo (ad esempio nel caso *Waite and Kennedy*¹⁷), a partire dai noti casi *Fogarty v. the United Kingdom*, *McElhinney v. Ireland* e *Al-Adsani v. the United Kingdom* (decisi dalla Grande Camera il 21 novembre 2001¹⁸), essa si è pronunciata in

¹⁵ Per la dottrina di riferimento si veda M. REIMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some thoughts on Prinz v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan Journal of Int. Law*, 1995, p. 404; I. A. ROSS, *The Changing Relationship between State Immunity and Human Rights*, in *The birth of European Human Rights Law-L'eclosion du droit européen des droits de l'Homme. Liber Amicrum Carl Aage Norgaard*, 1998, pp. 175 e ss.; J. F. FLAUSS, *Droits des immunités et protection internationale des droits de l'homme*, in *Revue Suisse de droit int. et européen*, 2000, pp. 300-304.

¹⁶ L'art. 6 della Convenzione contempla il diritto all'equo processo (*«droit à un proces équitable»* nella versione francese e *«right to a fair trial»* in quella inglese). Com'è noto, lo stesso diritto è garantito da pressoché tutti gli strumenti internazionali di protezione dei diritti umani. Sull'art. 6 CEDU cfr. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001; M. CHIAVARIO, *Diritto ad un processo equo*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 153 ss.

¹⁷ Vedi Corte europea dei diritti umani, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, sent. 18 febbraio 1999, ric. n. 26083/1994, ed anche *Beer et Regan c. Allemagne*, sent. 18 febbraio 1999, ric. n. 28934/1995; *Naletilić c. Croazia*, sent. 4 maggio 2000, ric. n. 5189/1999; *Gasparini c. Italia e Belgio* sent. 12 maggio 2009, ric. n. 10750/03. Tali decisioni concernevano ricorsi presentati da individui che lamentavano la violazione dell'art. 6 della CEDU, e la Corte stabilì che la restrizione all'accesso della giustizia era rispettato solo se i singoli avessero disponibili *“reasonable alternative means to protect effectively their rights”* (cd. regola della *“protezione equivalente”*)

¹⁸ *Fogarty v. the United Kingdom*, sent. 21 novembre 2001, ric. n. 37112/97; *McElhinney v. Ireland*, sent. 21 novembre 2001, ric. n. 31253/96; *Al-Adsani v. the United Kingdom*, sent. 21 novembre 2001, ric. n. 35763/95. Ma si veda anche *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, sent. 12 dicembre 2002 ric. n. 59021/00. Si vedano anche i casi: *Waite et Kennedy c. Allemagne*, sent. 18 febbraio 1999, ric. n. 26083/1994; *Beer et Regan c. Allemagne*, sent. 18 febbraio 1999, ric. n. 28934/1995.

Un ulteriore esempio particolarmente indicativo di come la distinzione tra *atti jure imperii* e *atti jure gestionis* non sia idonea a fornire tutela giurisdizionale nel caso di violazioni dei diritti umani è il caso *Nelson v. Saudi Arabia*, sent. 23 marzo 1993. Conformi a tale linea di pensiero sono le decisioni delle corti Canadese, Inglese, Francese, e Tedesca. Si veda: *Bouzari v. Islamic Republic of Iran Ontario Court of Appeal* n. C38295/30 giugno 2004, *Jones vs. Minister of Interior of Kingdom of Saudi Arabia and Col Lt Abdul Aziz and Mitchell and Others v. Al-Dali*, 2007; Gaddafi, sub nom SOS Attentat and Castelnau d'Esnauld v. Khadafi, French Court

favore del secondo. Nei casi da ultimo citati, in effetti, la Corte, pur riconoscendo che l'applicazione della norma sull'immunità si era tradotta nella compressione del diritto di accesso alla giustizia dei ricorrenti, non ha ritenuto che quest'ultima circostanza fosse idonea a giustificare un'eccezione alla norma generale sull'immunità¹⁹. Questo approccio è stato nuovamente riproposto e chiarito nella sentenza del 14 gennaio 2014 (caso *Jones and Others v. The United Kingdom*)²⁰. In tale sentenza, in merito al rapporto fra la norma consuetudinaria sull'immunità e il diritto di accesso alla giustizia, la Corte afferma che quest'ultimo va certamente garantito in maniera effettiva senza concedergli però, carattere assoluto. Tale diritto, infatti, può essere sottoposto a limitazioni purché queste non pregiudichino la sua stessa essenza. Affinché siffatte limitazioni possano essere considerate incompatibili con l'art. 6, in particolare, dovranno ricorrere due condizioni: legittimità dello scopo perseguito e proporzionalità fra i mezzi utilizzati e lo scopo da raggiungere²¹. Com'è stato notato in dottrina²², tuttavia, nonostante tale verifica debba essere il frutto di una complessa operazione interpretativa, nel caso *Jones*, questa è stata eccessivamente semplificata sminuendone la portata sensibilmente. Si è ritenuto, invero, da un lato, che la concessione dell'immunità promuoverebbe uno scopo legittimo, consistente nell'assicurare le relazioni pacifiche fra gli Stati; e dall'altro che la limitazione del diritto di accesso alla giustizia che ne consegue sarebbe altresì proporzionata allo scopo perseguito, poiché, essendo

of Cassation, 2000 ; Varvarin case, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005; *Kalogeropoulos v. Greece and Germany* 2002.

Per un commento alla sentenza si vedano 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*, 10 marzo 2012, pp. 89 ss. ; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra 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*, n. 2/2012; A. CIAMPI, *The international Court of justice between "reason of state" and demands for justice by victims of serious international crimes*, in *Riv. Dir.Int.*, n.2/2012, pp. 374- 398 ; ID., *L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia*, in *Riv. Dir. Int.*, 2013, pp. 146-149.

¹⁹ Va notato che in tali sentenze la decisione fu presa a stretta maggioranza con numerose opinioni dissenzienti, indice delle difficoltà incontrate dal Collegio nel trovare un accordo unanimemente condiviso.

²⁰ Si veda House of Lords, 14.6.2006, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another*, 129 ILR 631. In quest'ultimo caso, i ricorrenti lamentavano ancora una volta una violazione dell'art 6 della CEDU, da parte del Regno Unito, poiché essi avevano intrapreso dinanzi ai giudici britannici azioni civili per risarcimento di danni derivati da atti di tortura contro lo Stato dell'Arabia Saudita e alcuni individui-organi di tale Stato, ed i giudici britannici avevano concesso immunità giurisdizionale sia all'Arabia Saudita che ai suoi organi.

²¹ In numerose occasioni la Corte aveva precisato che il principio di proporzionalità della restrizione all'accesso alla giustizia era rispettato se agli individui fosse garantita una cd. "protezione equivalente".

²² 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 dell'uomo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 22/2014.

prevista da una norma internazionale, costituirebbe *per definizione* “una restrizione proporzionata” al diritto di accesso alla giustizia²³.

Dall’analisi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, emerge dunque un chiaro rifiuto di scalfire la regola consuetudinaria dell’immunità degli Stati.

Di diverso avviso è invece la giurisprudenza interna. Analizzando nello specifico quella italiana, è possibile constatare come il ruolo di quest’ultima sia stato estremamente propositivo in un’ottica di evoluzione del diritto.

Un primo caso in cui si era tentato un mutamento di indirizzo è il celebre caso Ferrini (sent. SS.UU. n. 5044 dell’11 marzo 2004)²⁴.

Nel caso Ferrini, la Corte di Cassazione ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice italiano sulla domanda risarcitoria presentata avverso la Repubblica Federale di Germania dal Ferrini, illecitamente deportato nel corso di operazioni belliche in un campo di sterminio nel 1944 e obbligato a lavorare forzatamente nel settore della produzione di armi da guerra. Sebbene suddetti fatti rientrassero *icto oculi* tra gli atti ascrivibili all’esercizio della potestà d’impero da parte dello Stato tedesco (e ciò determinasse l’impossibilità di decidere per la sussistenza della giurisdizione italiana in base alla teoria della “immunità ristretta”), la Corte ha ritenuto di poter ravvisare un collegamento tra i fatti di danno e il potere-dovere di esercizio della giurisdizione sul territorio italiano da parte del giudice “naturale precostituito per legge”, posto che la

²³ Si veda par. 189 della sentenza della Corte europea dei diritti umani, *Jones e altri c. Regno Unito*, del 14 gennaio 2014.

²⁴ Caso Ferrini, Corte di Cassazione, SSUU. 11 marzo 2004 n. 5044, in *Giur. It.*, 2005, p. 250. Per un’analisi si veda il lavoro di F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, pp. 573-617. Si veda altresì *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, sent. 4 maggio 2000, ric. n. 111/2000. In merito all’indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione nel caso Ferrini, si veda M. IOVANE, *The Ferrini Judgement of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Court to Claims of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights*, in *Italian Yearbook of International Law*, p. 165 ss.; A. GIANNELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643 ss.; A. BIANCHI, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania (Italian Court of Cassation, Judgment of 11 March 2004)*. A Comment, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 242 ss.; A. GATTINI, *War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 224 ss.; C. FOCARELLI, *Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: The Ferrini Decision*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 951 ss. Per una ricostruzione della rilevante prassi giudiziaria italiana in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile si veda *ex multis* A. CIAMPI, *L’Immunità de l’État responsable de crimes internationaux devant les juridictions italiennes*, in *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 45 ss.; A. ATTERITANO, *Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, vol. 19, p. 33 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed 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*, 2011, p. 232 ss.; E. SCISO, *Italian Judges’ Point of View on Foreign States’ Immunity*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, p. 1201 ss.

deportazione denunciata aveva avuto inizio sul territorio dello Stato italiano²⁵. La Corte di Cassazione italiana ha inoltre considerato sussistente la giurisdizione italiana alla luce della circostanza che i fatti contestati dal ricorrente erano talmente gravi da rendere inoperativa l'immunità dello Stato responsabile. Secondo la Corte, difatti, la norma sull'immunità non troverebbe applicazione “in presenza di comportamenti che assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali”²⁶.

Il mutamento di indirizzo inaugurato nel caso Ferrini non ha avuto però gli esiti sperati. In seguito al progressivo consolidamento di tale orientamento nella giurisprudenza italiana, ed all'avvio di procedure esecutive su beni immobili di proprietà della Repubblica Federale di Germania²⁷, quest'ultima ha convenuto lo Stato italiano dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, lamentando la ripetuta violazione – ad opera dei giudici italiani – della norma consuetudinaria in tema di immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione.

²⁵Il primo argomento italiano noto come tort exception si fonda sulla lettera dell'art. 11 della Convenzione europea sulla immunità degli Stati e dell'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, i quali stabiliscono un nesso territoriale tra il tortious act e lo Stato del foro, nonché sulle analoghe norme di legge adottate in nove ordinamenti giuridici di common law. Secondo la difesa italiana, tali norme di diritto pattizio e di diritto interno sarebbero state una spia dell'esistenza di una c.d. tort exception all'immunità dello Stato nella consuetudine internazionale. Sul tema si veda J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997, p. 89, e ancora J. ABBOTT, *The Non-Commercial Torts Exception to the FSLA*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 9, Iss. 1/1985, p. 143. Per una opinione dissenziente si veda quella del giudice Gaia, (par 5).

²⁶ Corte di Cassazione, sentenza 11 marzo 2004 n. 5044, par. 7. Detta posizione non risulta essere isolata nel panorama della giurisprudenza italiana. Essa è stata infatti nuovamente ribadita dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sia pure incidentalmente, nella sentenza del 27 maggio 2005 n. 11225 nel caso Borri c. Argentina. L'obiter ivi contenuto in merito al tema in esame è altresì significativo, perché non riproduce l'argomento, addotto dai giudici della Corte nel caso Ferrini, della sussistenza della giurisdizione a fronte di comportamenti tenuti anche solo in parte nel territorio dello stato del foro, ed estende l'eccezione all'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri a tutti i “comportamenti dello Stato estero lesivi (...) di quei valori universali di rispetto della dignità umana che trascendono gli interessi delle singole comunità statali. Si veda, Corte di Cassazione, sentenza n. 6532 del 27/05/05, par. 2

²⁷Le considerazioni accolte nel caso *Ferrini*, ribadite e sviluppate nelle ordinanze successive, sono state dunque ritenute applicabili anche in relazione alla fase esecutiva del processo, in una sentenza a Sezioni Unite, in cui la Cassazione ha confermato un decreto di *exequatur* con il quale la Corte d'Appello di Firenze aveva riconosciuto efficacia in Italia alla decisione greca sul caso *Distomo*, che aveva accolto la richiesta di indennizzo avanzata dagli eredi delle vittime di un massacro di civili compiuto in Grecia dall'esercito tedesco durante la seconda guerra mondiale, si veda Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 6 maggio 2008, n. 14199. Il riconoscimento della decisione greca in Italia ha comportato che fosse iscritta ipoteca giudiziale su *Villa Vigoni*, un immobile della Germania sul lago di Como adibito ad attività culturali. Questo comportamento dell'Italia ha suscitato la reazione della Germania che si è rivolta alla Corte di Giustizia internazionale.

Il procedimento contenzioso si è concluso il 3 febbraio 2012 (caso *Germany v. Italy; Greece Intervening*), con una pronuncia che ha bruscamente interrotto il processo evolutivo inaugurato dalla giurisprudenza italiana²⁸.

La Corte internazionale di giustizia, infatti, interrogata sulla possibile esistenza nel diritto internazionale di un'eccezione all'immunità nel caso di crimini internazionali, ha risposto negativamente, accertando piuttosto la violazione da parte dell'Italia della regola consuetudinaria che riconosce l'immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri per gli atti *iure imperii*. Secondo la Corte, le argomentazioni avanzate dai giudici italiani (e successivamente fatte proprie dal Governo), secondo cui la regola in questione non troverebbe applicazione in presenza di comportamenti che integrino violazioni di *jus cogens*, non sarebbe condivisibile; ciò per la difficoltà sia di trovare conferme nella prassi²⁹, sia di mettere a confronto³⁰ norme di diversa natura (procedurale quella sull'immunità e sostanziale quelle in materia di *jus cogens*)³¹. La Corte ha

²⁸ Per un commento alla sentenza si vedano 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*, 10 marzo 2012, pp. 89 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra 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*, n. 2/2012, pp. 310 ss.; A. CIAMPI, *The international Court of justice between "reason of state" and demands for justice by victims of serious international crimes*, in *Riv. dir. int.*, n. 2/2012, pp. 374- 398; ID., *L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia*, in *Riv. dir. int.*, 2013, pp. 146-149. Al riguardo si rinvia, senza alcuna pretesa di completezza, agli scritti di 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*, 2011, vol. 21, p. 135 ss.; C. ESPOSITO, *Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: "A Conflict Does Exist"*, *ivi*, p. 157 ss.; R. PAVONI, *An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State*, *ivi*, p. 143 ss.; A. BIANCHI, *Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso Germania c. Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 293 ss.; L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 ss.; H. MUIR WATT, *Le droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles*, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 539 ss.; G. SERRANÒ, *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*, 2012, p. 617 ss.

²⁹ Gli argomenti della Corte in relazione allo *jus cogens* sono espressi nei paragrafi 73 ss. della sentenza *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece Intervening)*, Judgement I.C.J. rep. 2012, p. 99.

³⁰ *Ibidem*, paragrafi 92-97.

³¹ Secondo la Corte affinché una norma di *jus cogens* sia idonea a prevalere su un'altra norma è necessario che le due norme abbiano lo stesso contenuto, o almeno siano sostanzialmente equiparabili F. DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. Dir. Int.*, 2002, pag. 573-617. La stessa obiezione è stata mossa, anche se sulla base di un ragionamento leggermente diverso, da G. ZIMMERMAN, *Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens. Some Critical Remarks*, in *Michigan Journal of Int. Law*. 1995, p. 434.



dunque dichiarato, in modo inequivoco, l'impossibilità di affermare l'esistenza di un eventuale conflitto perché "the two sets of rules address different matters"³².

Com'è stato osservato in dottrina, tali argomenti costituiscono strumenti giuridici "forse eleganti, minuziosi e sofisticati, ma in realtà del tutto astratti e formalistici, per evitare di affrontare il punto cruciale della controversia"³³, ovvero il possibile conflitto fra regola sull'immunità e norme strumentali di *jus cogens*.

Al riguardo esisteva già in passato un filone dottrinale che va sotto il nome di *human rights exception*, che ha visto il proliferarsi di varie costruzioni teoriche³⁴, tutte accomunate dallo sforzo di configurare l'esistenza di un regime di deroga, specifico per i casi di violazione dei diritti umani, alla regola dell'immunità dalla giurisdizione. Secondo tale dottrina poiché l'azione giudiziaria dinanzi ai tribunali interni è spesso l'unico strumento per mezzo del quale l'individuo ha un'effettiva possibilità di ottenere un risarcimento, la limitazione di tale diritto nell'eventualità di violazione dei diritti umani fondamentali, viene considerata inaccettabile. Tali teorie, però, pur avendo il pregio di provare ad illustrare come un'evoluzione del diritto consuetudinario nel senso di una restrizione dell'immunità non sarebbe incompatibile con il principio di non ingerenza e con il principio di uguaglianza sovrana, si scontrano con quanto analiticamente dimostrato da parte della dottrina³⁵ e confermato dalla giurisprudenza, ossia l'assenza di riscontro nella prassi internazionale³⁶.

La summenzionata sentenza della CIG³⁷ non è stata però esente da critiche e probabilmente la debolezza degli argomenti usati dalla Corte ha fatto sì che la questione riemergesse con maggior

³² *Ibidem*. Questo argomento era stato già sviluppato dalla House of Lords nel caso Jones vs. Minister of Interior of Kingdom of Saudi Arabia and Col Lt Abdul Aziz and Mitchell and Others v. Al-Dali, 2007. Si veda inoltre H. FOX, *The law of State immunity, second edition*, 2010.

³³ Si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*

³⁴ Per una accurata ricostruzione si veda F. DE VITTOR, *op.cit.*

³⁵ Vedi F. DE VITTOR, *op. cit.*

³⁶ Conferma ne è la dichiarazione di inammissibilità della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* ricorso iniziato in seguito al rifiuto della Germania di dar esecuzione alla sentenza che condivideva tali teorie, resa dalla Corte suprema greca il 4 maggio del 2000. Si veda, *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, sent. 12 dicembre 2002, ric. n. 59021/00. Si veda altresì, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, sent. 4 maggio 2000, ric. n. 111/2000, pubblicata, in estratto, con nota di M. GAVOUNELI e I. BANTEKAS, in *American Journal of Int. Law*, 2001, pp. 198-204. In tale decisione si è fatto ricorso al concetto di rinuncia implicita o perdita dell'immunità, per violazione di obblighi posti da norme di *jus cogens*, al fine di negare l'immunità della Germania relativamente alla richiesta di risarcimento del danno per i crimini commessi in Grecia dalle truppe d'occupazione tedesche.

³⁷ Negli ultimi anni la Corte internazionale di giustizia è stata più volte chiamata a pronunciarsi su controversie concernenti la violazione delle norme internazionali sulle immunità sia con riguardo allo Stato che agli individui-organismi che agiscono per suo conto. Cfr. le decisioni nei casi *Arrest Warrant of 11*



forza nelle ordinanze del Tribunale di Firenze (nn. 84, 85 e 113 del 21 gennaio 2014), nelle quali il giudice rimettente ha sollevato la questione di costituzionalità per contrasto con gli articoli 2 e 24 Cost. : a) dell'interpretazione data dalla CIG (sentenza 3 febbraio 2012) della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, nella parte in cui comprende tra gli atti *iure imperii* sottratti alla giurisdizione di cognizione anche i crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona³⁸; b) dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957 n. 848, nella parte in cui, recependo l'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, obbliga il giudice nazionale ad adeguarsi alla pronuncia della CIG; e infine c) dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5 nella parte in cui obbliga tale adeguamento anche quando ciò imponga di negare la propria giurisdizione nelle cause civili di risarcimento del danno per crimini internazionali commessi *jure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano.

3. L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri e il nuovo ridimensionamento operato dalla sentenza n. 238 del 2014

L'interpretazione data dalla CIG della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati viene dunque richiamata nella sentenza n. 238/2014. La Corte Costituzionale, dopo aver precisato che lo scrutinio interpretativo in relazione a quest'ultima esula dalla propria giurisdizione, perché di "competenza assoluta ed esclusiva"³⁹ della CIG, si è interrogata sul possibile conflitto fra l'interpretazione della norma sull'immunità data dalla Corte dell'Aja nel 2012 e gli articoli 2 e 24 della Costituzione.

L'art 10, primo comma Cost., infatti, impone di accertare se la norma in oggetto, come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con i principi fondamentali del nostro ordinamento⁴⁰.

Il verificarsi di tale ipotesi, seguendo il ragionamento della Corte, "esclude[rebbe] l'operatività del rinvio alla norma internazionale"⁴¹ con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale non entra nell'ordinamento italiano e non può essere applicata.

April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgement I.C.J. Reports 2002, p. 3; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgement I.C.J. Rep. 2008, p 177; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgement, I.C.J. Rep. 2012 p. 422.

³⁸ Cfr. Corte Costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.4 del Considerato in diritto. Si veda inoltre M.I. PAPA, *Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale cit.*, pp. 11 e ss, in merito alla debolezza degli argomenti utilizzati dalla Corte in ordine ad una sua possibile competenza concorrente rispetto alla CIG nella rilevazione del diritto internazionale.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sul punto, anche in relazione ai rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni su tale giudizio, si v. *infra*, § 4.1.

Ed è proprio questo che succede nel caso di specie, in cui la Corte rileva l'evocato contrasto tra la norma internazionale consuetudinaria in questione, come interpretata dalla CIG, e il principio fondamentale rappresentato dal "diritto di agire e resistere in giudizio"⁴² a difesa dei propri diritti fondamentali violati da crimini di guerra, riconosciuto dall'art. 24 e 2 Cost⁴³.

"La portata definita dalla CIG per la norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri", prosegue la Corte, "nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità, determina un sacrificio totale⁴⁴ del diritto alla tutela giurisdizionale"⁴⁵ come garantito dalla Costituzione. Va specificato però che dal combinato disposto degli artt. 2 e 24 Cost, il sacrificio (giudicato insopportabile) dalla Corte costituzionale non sarebbe propriamente quello del diritto alla tutela giurisdizionale, ma piuttosto quello della protezione dei diritti fondamentali lesi in capo ai ricorrenti.

Il contrasto evidenziato ha condotto il Giudice delle leggi ad escludere l'operatività del rinvio di cui al primo comma dell'art 10 Cost. limitatamente alla parte in cui estende l'immunità alle azioni di danni provocati da gravi violazioni dei diritti umani.

Come suggerito dal Tribunale di Firenze, "conferire all'immunità internazionale il carattere assoluto confermato dalla Corte di Giustizia internazionale vuol dire precludere, per gli individui interessati, qualsiasi possibilità di veder accertati e tutelati i propri diritti", con la conseguenza che la corrispondente norma da immettere ed applicare nell'ordinamento interno sarebbe in contrasto coi principi cardine della Costituzione italiana⁴⁶. Che tali affermazioni sembrino palesare, per un verso, una chiusura del nostro ordinamento alla portata attuale della norma consuetudinaria internazionale, e, per un altro verso, gettare le basi per una prassi modificatrice di tale norma, è stato ulteriormente confermato nella recentissima sentenza della Seconda Sezione Civile del Tribunale Ordinario di Firenze depositata il 6 luglio 2015⁴⁷: "La Corte Costituzionale, già nella

⁴¹ Cfr. Corte Costituzionale 26 novembre 2009 n.311, al p.to 6 del Considerato in diritto.

⁴² Si veda anche, R. NIGRO, *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, n.3/2013, pp. 812-846

⁴³ Cfr. Corte Costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.4 del Considerato in diritto.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Confronta punto 3.4 sentenza 238/2014.

⁴⁶ Sul punto, P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte Costituzionale*, in *sidi-isil.org*, 30 ottobre 2014; si veda altresì L. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile*, in *sidi-isil.org*, 27 ottobre 2014.

⁴⁷ Interessante peraltro, è l'iniziativa adottata dal Tribunale di Firenze con ordinanza N.R.G. 2012/1300 del 23 marzo 2015, che ha formulato una ipotesi di conciliazione, cercando di coinvolgere nella trattativa lo Stato italiano, già chiamato in manleva dalla Repubblica Federale di Germania, prospettando in caso di esito negativo una mediazione ai sensi dell'art. 5 del d.lsg 28/2010.

sentenza 238/2014 ma poi ancora nella ordinanza n.30/2015 (ancorché dopo ampio ed anche aspro confronto dottrinale), ha confermato da una parte che anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali, solo ad essa compete” il giudizio di compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona, escludendo così la possibilità che possa esser rimessa alla giurisdizione diffusa la disapplicazione (per incostituzionalità) delle consuetudini internazionali⁴⁸. Dall'altra ha accertato che “la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto”⁴⁹. Orbene, le operazioni di “chirurgia costituzionale”⁵⁰ (238/2014 e 30/2015) non hanno certo eliminato la fonte fatto (e la norma) internazionale (e non avrebbero potuto secondo la stessa ricostruzione proposta dalla Consulta), quindi la consuetudine in esame resta nell'ordinamento internazionale, ma “con il seme evolutivo piantato dalla Corte Costituzionale”⁵¹ ed è in questo che si scorge la portata innovativa della giurisprudenza italiana.

4. I contro-limiti da “idea” a “realtà fattuale”: il dispositivo

Per cogliere gli spunti di interesse offerti dalla sentenza in commento, appare necessario coordinare l'esame dei profili internazionalistici con una riflessione sull'altro tema centrale della decisione: quello relativo al ruolo dei principi costituzionali supremi.

Questi, considerabili come una sorta di “tessuto connettivo”⁵² del sistema, guidano l'interprete a destreggiarsi tra i diversi livelli gerarchici della complessa realtà normativa⁵³, facendo luce su quanto, essendo in contrasto con essi, va espunto dall'ordinamento per il ripristino della legalità costituzionale⁵⁴.

La sentenza n. 238 del 2014, per la prima volta nella storia della giurisprudenza costituzionale, vede la Corte adoperare la teoria dei contro-limiti in riferimento all'art. 24 Cost. che, come noto,

⁴⁸ Così anche la Seconda Sezione Civile del Tribunale ordinario di Firenze con sentenza N.R.G. 14049/2011 depositata il 6 luglio 2015, p. 7.

⁴⁹ □ Così Ord. Corte Costit. 30/2015.

⁵⁰ □ Così la Seconda Sezione Civile del Tribunale ordinario di Firenze con sentenza N.R.G. 14049/2011 depositata il 6 luglio 2015, p. 1.

⁵¹ □ Così la Seconda Sezione Civile del Tribunale ordinario di Firenze con sentenza N.R.G. 14049/2011 depositata il 6 luglio 2015, p. 13.

⁵² F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Diritto e società* 1987, p. 183.

⁵³ *Ibidem*, p. 189.

⁵⁴ Cfr. ancora F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico cit.*, pp. 198 e ss.



tutela il “diritto al giudice” come manifestazione della garanzia della dignità della persona umana posta dall'art. 2 Cost. al centro dell'ordine costituzionale⁵⁵.

Il dispositivo della pronuncia si compone di tre parti: una decisione di accoglimento mero, una di accoglimento parziale e una interpretativa di rigetto.

L'accoglimento *tout court* riguarda la questione eccepita dal Tribunale di Firenze in ordine all'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno). In particolare, la disposizione perseguiva lo scopo specifico di escludere la giurisdizione italiana in riferimento alle domande di risarcimento proposte contro la Repubblica federale tedesca per le stragi naziste, prevedendo, al secondo comma, un rimedio anche per le sentenze passate in giudicato: l'impugnazione per revocazione.

L'intento era quello di ricondurre l'adesione italiana alla Convenzione di New York del 2004 al pieno dispiegarsi degli effetti della sentenza CIG 3 febbraio 2012; questo, peraltro, risulta con chiarezza dalla relazione illustrativa al ddl governativo, così come dall'esame dei lavori parlamentari, da cui emerge la comune esigenza di evitare situazioni di contrasto con quanto disposto dalla Corte dell'Aja⁵⁶.

Intento non condiviso dalla Corte costituzionale, che ha ritenuto “l'obbligo del giudice italiano ... di negare la propria giurisdizione” in contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., contrasto ingiustificabile e intollerabile tanto più perché ad essere protetto sarebbe “l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero”⁵⁷.

Le stesse motivazioni stanno alla base dell'accoglimento parziale: la Corte dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 1 della l. 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), relativamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, che pone le decisioni della CIG come vincolanti per ciascuno Stato membro.

“Tale vincolo”, dice la Corte, “costituisce una delle ipotesi di limitazione di sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito in favore di quelle organizzazioni internazionali, come l'ONU, volte ad assicurare pace e giustizia fra le Nazioni, ai sensi dell'art. 11 Cost.”, ma esso può trovare

⁵⁵ Cfr. sul punto R. DICKMANN, *Il “Diritto al giudice” cit.*, pp. 1 e 2.

⁵⁶ Cfr. III Commissione, Affari esteri e comunitari della Camera dei deputati, seduta del 19 settembre 2012; si veda in tal senso anche R. DICKMANN, *Il “Diritto al giudice” cit.*, p. 11; S. LIETO, *Il diritto al giudice cit.*, p. 11.

⁵⁷ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 5.1 del Considerato in diritto.

applicazione solo “nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione”⁵⁸: i cd. “contro-limiti”. Si tratta di quella copertura costituzionale che configura i “principi fondamentali” come “flessibili in uscita ma rigidi in entrata”⁵⁹, che, in quanto tali, costituiscono un argine alle suddette limitazioni di sovranità⁶⁰.

Per questo motivo l'illegittimità costituzionale è circoscritta “alla parte in cui” la l. 848 del 1957 “vincola lo Stato italiano, e per esso il giudice, a conformarsi alla sentenza del 3 febbraio 2012 della CIG”, lasciando ovviamente “inalterato” - dice la Corte con tono tranquillizzante - “l'impegno dello Stato italiano al rispetto di tutti gli obblighi internazionali derivanti dall'adesione alla Carta delle Nazioni Unite, ivi compreso il vincolo ad uniformarsi alle decisioni della CIG”⁶¹.

La precisazione della Corte ha suscitato non poche osservazioni in dottrina. Si è detto in proposito che l'effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, in realtà, si produce nei confronti della norma convenzionale in quanto “fonte che legittima nella fattispecie una specifica decisione”⁶². In altre parole, dal momento che oggetto del giudizio non può essere la decisione della CIG, in quanto “attinente ad un'altra sfera di giurisdizione che lo Stato non solo riconosce ma alla quale formalmente si adegua”, l'obiettivo di salvaguardia dei principi fondamentali viene “raggiunto investendo del giudizio di legittimità costituzionale la norma convenzionale generale ... che di fatto viene interpretata come una norma derogabile”⁶³.

Il riferimento, quindi, è al ruolo che la Corte assume nella vicenda, “di ridefinizione dei confini della sovranità statale”, che si estende sino al punto di “disattendere la norma convenzionale”⁶⁴.

Conseguenza questa che, a ben guardare, sembra essere il coerente risultato dell'applicazione della dottrina dei contro-limiti.

⁵⁸ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 4.1 del Considerato in diritto.

⁵⁹ S. LIETO, *Il diritto al giudice cit.*, p. 10.

⁶⁰ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2416 e 2417, aveva parlato di “necessità di rinvenire «controlimitazioni» tali da ridurre le limitazioni di sovranità a dimensioni che non sovvertono le linee fondamentali della costituzione materiale del nostro Paese”; cfr. anche A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2004, p.1342. In tal senso cfr. M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, p. 85, che con un'efficace metafora dice “non tutti i cammelli internazionali ... possono passare per la cruna dell'art. 10”.

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 4.1 del Considerato in diritto.

⁶² Cfr. S. LIETO, *Il diritto al giudice cit.*, p. 10.

⁶³ *Ivi.*

⁶⁴ *Ivi.*

4.1 La controversa natura della decisione

La questione che ha catturato maggiormente l'attenzione della dottrina è quella relativa all'ultimo punto del dispositivo.

La problematica principale è legata all'oggetto del giudizio, una consuetudine internazionale, che, come accennato, già all'indomani della proposizione della questione di legittimità costituzionale da parte del Tribunale di Firenze, aveva suscitato non poco interesse. Infatti, nel percorso della giurisprudenza costituzionale italiana, la Corte, pur avendo stabilito che le norme consuetudinarie internazionali hanno rango costituzionale, aveva poi posto, quale unico argine alla loro applicazione, l'eventualità che travalicassero il limite costituzionale, senza mai esprimersi sulle conseguenze di detto travalicamento⁶⁵.

Motivando in ordine all'ammissibilità della questione, la Corte respinge le eccezioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato relativamente all'oggetto, affermando che l'art. 134 Cost. pone quale unica restrizione al sindacato costituzionale “gli atti che hanno un rango e una forza inferiori rispetto alla legge”⁶⁶. In particolare, il Giudice delle leggi cita la sentenza n. 48 del 1979 nella quale aveva stabilito che l'esame della Corte, nel caso in cui venissero in discussione consuetudini internazionali, “concerne la compatibilità” col limite costituzionale “della norma interna di adeguamento alla consuetudine internazionale generale”⁶⁷.

Perciò, dopo aver superato - per il tramite del riferimento alla sentenza n. 1 del 1956 - anche l'eccezione relativa alla formazione della consuetudine in oggetto, avvenuta in epoca precedente all'entrata in vigore della Costituzione⁶⁸, la Corte interviene con una interpretativa di rigetto, sostenendo che, nel caso di specie, la norma consuetudinaria così come interpretata dalla CIG, pur assumendo nella gerarchia delle fonti “rango equivalente a quello costituzionale, in virtù del rinvio di cui all'art. 10, primo comma, Cost.”⁶⁹, “non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata”⁷⁰ a causa del contrasto che presenta con uno dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale: il diritto al giudice.

⁶⁵ Sul punto si veda F. M. PALOMBINO, *Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta*, in *Riv. Dir. Int.*, n. 2/2014, p. 502; nonché, con riguardo alla giurisprudenza costituzionale sulle consuetudini internazionali quale oggetto dello scrutinio di costituzionalità, cfr., in particolare, Corte costituzionale sent. 18 giugno 1979 n. 48.

⁶⁶ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 2.1 del Considerato in diritto. Si v., per un'analisi critica sul punto, M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini cit.*, pp. 86-88.

⁶⁷ Cfr. Corte costituzionale 18 giugno 1979 n. 48, al p.to 3 del Considerato in diritto.

⁶⁸ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 2.1 del Considerato in diritto.

⁶⁹ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.1 del Considerato in diritto.

⁷⁰ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.4 del Considerato in diritto.

L'art. 24 Cost., infatti, è uno di quei principi posti a tutela della persona umana e dei suoi diritti individuali (art. 2 Cost.) “identificativi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale”⁷¹ che, in quanto tali, impediscono l'ingresso nel sistema di tutto quanto in contrasto con essi⁷².

Sulla base di queste argomentazioni, quindi, la Corte dichiara la questione infondata, perché “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”⁷³.

A riguardo, si è osservato criticamente in dottrina che le motivazioni della Corte avrebbero dovuto condurre ad una pronuncia di inammissibilità e non di infondatezza⁷⁴, perché, se in presenza di una norma di diritto non scritto in contrasto coi principi fondamentali della Costituzione l'adattamento non si produce, manca “una norma interna ... sulla quale esercitare il sindacato di costituzionalità”⁷⁵.

Tuttavia, scegliere tra le due differenti tipologie di decisione in argomento vuol dire tenere conto dei rapporti che intercorrono, nel nostro sistema di giustizia costituzionale, tra la Corte ed il giudice comune. Le decisioni interpretative di rigetto permettono al Giudice delle leggi di “salvar[e] la disposizione impugnata dalla dichiarazione di incostituzionalità” a “condizione che alla stessa sia data l'interpretazione indicata dalla Corte nella sua decisione”⁷⁶.

Se la Corte fosse intervenuta con una decisione di inammissibilità, invece, i nodi della complessa vicenda sarebbero stati sciolti dai giudici comuni, laddove “il compito di assicurare il rispetto della Costituzione ed a maggior ragione dei suoi principi fondamentali e quindi la necessaria valutazione della compatibilità della norma internazionale sull'immunità ... con i predetti principi”⁷⁷ spetta solo ed esclusivamente alla Corte, il cui giudizio verte appunto “sull'operatività,

⁷¹ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.2 del Considerato in diritto.

⁷² Cfr. ancora F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico cit.*, pp. 198 e ss.; nonché, con specifico riferimento alla sentenza in commento, S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 novembre 2014; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 novembre 2014.

⁷³ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.5 del Considerato in diritto.

⁷⁴ 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 una norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *giurcost.org*, p. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 3..

⁷⁶ Così R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, p. 117.

⁷⁷ Cfr. Corte costituzionale 22 ottobre 2014 n. 238, al p.to 3.3 del Considerato in diritto.

rispetto a una determinata consuetudine internazionale, del rinvio mobile previsto dall'art. 10, 1° comma, Cost.⁷⁸.

Questo “giudizio sull'esistenza della norma di adattamento corrispondente alla medesima consuetudine internazionale”⁷⁹, perciò, è precluso al giudice comune, al quale è attribuita la sola possibilità di “sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che lui assume essersi prodotta, qualora nutra dubbi sulla sua costituzionalità”⁸⁰, rimanendo in attesa che il Giudice delle leggi ne definisca il rapporto con i principi fondamentali⁸¹.

Sicché, la tipologia delle interpretative di rigetto, configurando quel genere di decisioni con cui la Corte costituzionale - lasciando inalterata la disposizione - interviene sulla norma prospettata dal giudice *a quo* indicando “l'interpretazione che essa ritiene costituzionalmente conforme”⁸², consente di vincolare il giudice *a quo* ad escludere l'interpretazione respinta, così “collabora[ndo] al formarsi e consolidarsi di un diritto vivente conforme a Costituzione”⁸³.

Ma qual è, in questo caso, l'interpretazione costituzionalmente conforme? L'analisi della sentenza in commento mostra che la Corte, nella motivazione, “anziché indicare quale significato vada attribuito alla norma consuetudinaria scrutinata, ha definito i limiti entro i quali l'ordinamento italiano si è conformato ad essa”⁸⁴.

Ancora una volta lo strumento processuale utilizzato appare coerente con lo scopo perseguito: l'interpretativa di rigetto, non dispiegando effetti *erga omnes* (in quanto tale efficacia è attribuita dall'art. 136 Cost. alle sole decisioni di accoglimento)⁸⁵, si rivela appropriata per un giudizio di legittimità costituzionale su norme consuetudinarie perché, “imped[endo] la cristallizzazione del contenuto del diritto internazionale generale”⁸⁶, lascia impregiudicata la possibilità di

⁷⁸ L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in *sidi-isil.org*, p. 4.

⁷⁹ *Ivi*.

⁸⁰ S. LIETO, *Il diritto al giudice cit.*, p. 5.

⁸¹ S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014 cit.*, p. 3.

⁸² R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, p. 110.

⁸³ *Ivi*, in cui si parla, a questo proposito, di un “potere-dovere” della Corte; sul punto si v. anche R. CRISTIANO, *Le decisioni interpretative di rigetto*, in M. SCUDIERO - S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, pp. 147 e ss.

⁸⁴ F. M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *Riv. Dir. Int.*, n. 1/2015, p. 3.

⁸⁵ Sul punto si veda L. ELIA, *Sentenze «interpretative» di norme costituzionali e vincolo dei giudici. Osservazione a sentenza, Corte Cost. (15 dicembre) 29 dicembre 1966, n. 127*, in *Giur. cost.*, 1966, pp. 1697-1740.

⁸⁶ F. M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? cit.*, p. 4; sul punto cfr. *supra*, § 3.

interpretazioni di diverso tipo, così “aderendo in pieno ... alla logica ispiratrice dell'art. 10 Cost.”⁸⁷ che prescrive l'osservanza delle norme consuetudinarie internazionali secondo la loro vigenza nell'ordinamento internazionale, vigenza che dipende dall'applicazione che darà ad esse l'interprete⁸⁸.

5. L'ordinanza n. 30 del 2015

Un riscontro di quanto osservato pare potersi cogliere relativamente alla motivazione alla base della recente ordinanza n. 30 del 3 marzo u.s., con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità sollevate dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza n. 143/2014.

Si trattava, ancora una volta, di un giudizio civile per risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, derivanti da crimini contro l'umanità perpetrati durante la Seconda Guerra mondiale. Nella specie, la Repubblica Federale di Germania era stata convenuta in giudizio dalle figlie di un italiano ucciso nelle campagne di Falzano durante un'operazione nazista di rappresaglia contro i partigiani nel 1944⁸⁹.

Dinanzi all'eccezione di difetto di giurisdizione con la quale la Repubblica Federale di Germania chiedeva all'autorità giudiziaria italiana di dare attuazione alla sentenza 3 febbraio 2012 della CIG, però, il Tribunale di Firenze ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione:

- della norma prodotta nell'ordinamento italiano attraverso il recepimento, ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost., della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati per atti *iure imperii*, nella parte in cui, come interpretata dalla CIG il 3 febbraio 2012, comprende anche crimini di guerra e contro l'umanità;
- dell'art. 1 della legge n. 848 del 1957 che obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della CIG anche quando essa ha stabilito l'obbligo dello stesso di negare la propria giurisdizione in riferimento ai suddetti atti;
- dell'art. 3 della l. 5 del 2013 che rende legge i dettami della sentenza CIG del 3 febbraio 2012⁹⁰.

La Corte interviene con una decisione di inammissibilità⁹¹. In riferimento all'art. 1 della legge n. 848 del 1957 e all'art. 3 della legge n. 5 del 2013, la Corte parla di “sopravvenuta carenza di oggetto”⁹², rimandando alla sentenza n. 238 del 2014 che ne ha dichiarato l'incostituzionalità.

⁸⁷ F. M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? cit.*, p. 4.

⁸⁸ Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale cit.*, p. 336.

⁸⁹ Cfr. ordinanza n. 143 (Atto di promovimento) 21 gennaio 2014 del Tribunale di Firenze.

⁹⁰ Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

Quanto poi alla prima questione, il Giudice delle leggi parla di manifesta inammissibilità per “inesistenza (ab origine) del suo oggetto”⁹³, non mancando di sottolineare come tale inesistenza derivi dalla verifica operata dalla Corte con la sentenza n. 238 del 2014, verifica “di compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona, che costituiscono gli elementi identificativi e irrinunciabili dell’ordinamento costituzionale”⁹⁴.

Unicamente in seguito a tale verifica è possibile parlare di un’inammissibilità per carenza di oggetto e si tratta di un accertamento che “solo ad essa compete”, sottolinea la Corte, “anche in riferimento alle norme internazionali consuetudinarie”⁹⁵.

È solo attraverso il giudizio della Corte, infatti, che si può appurare la confliggenza di quella parte della norma consuetudinaria internazionale sull’immunità degli Stati con il principio fondamentale del diritto al giudice, che per questo motivo “non è entrata nell’ordinamento italiano e non vi spiega alcun effetto”, non producendo, dunque, “la norma (interna) che il rimettente censura, sull’erroneo presupposto del suo intervenuto recepimento ex art. 10 Cost.”⁹⁶.

6. Spunti per qualche riflessione di sistema

Quanto emerge dall’analisi proposta offre numerosi spunti di riflessione, che paiono descrivere la linea argomentativa che conduce il Giudice delle leggi ad applicare la dottrina dei contro-limiti come, insieme, un punto di arrivo e un punto di partenza.

È sicuramente un punto di arrivo. Lo è se si pone l’attenzione al comportamento del Giudice delle leggi in relazione all’esperienza più recente.

Risale in realtà al 2012 - sia pure in relazione al diritto pattizio - il primo riferimento concreto alla dottrina dei contro-limiti, utilizzata, nell’argomentazione della sentenza n. 264, come argine rispetto al diritto CEDU, in particolare rispetto all’interpretazione della Convenzione ad opera della Corte di Strasburgo⁹⁷. In tal senso, la Corte non perde occasione di sottolineare che solo il Giudice delle leggi può e deve procedere ad una “mite” valutazione sistemica che stabilisca come

⁹¹ Cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, Torino, 2011, p. 100.

⁹² Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

⁹³ Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

⁹⁴ Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

⁹⁵ Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

⁹⁶ Cfr. Corte costituzionale 3 marzo 2015 n. 30.

⁹⁷ Cfr. sul punto F. M. PALOMBINO, «*Limiti*» e «*contro-limiti*» nei rapporti tra *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e diritto interno*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, pp. 565 e ss., si v. in part. il p.to 3.

e in quale misura il prodotto dell'orientamento della Corte EDU si inserisce nell'ordinamento costituzionale italiano.

Sempre in questa direzione, pare potersi interpretare il completamento, nel 2013, di quel *revirement* iniziato nel 2008, che ha visto la Corte proporre un rinvio pregiudiziale alla CGUE nella sede di un giudizio in via incidentale⁹⁸, in tal modo ponendo fine a quell'atteggiamento di chiusura col quale si era sottratta al dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, subendo una sorta di marginalizzazione nello scambio col diritto europeo, a fronte di un sempre maggiore protagonismo dei giudici comuni, che sono via via diventati i veri interlocutori di quel processo di “elaborazione da parte della Corte di giustizia di principi costituzionali”⁹⁹ attorno ai quali è venuto edificandosi l'ordinamento europeo¹⁰⁰.

Adesso, sulla base del rilievo quasi banale - proprio perché necessario - che ogni diritto è tale in quanto può essere fatto valere davanti a un giudice¹⁰¹, la Corte applica i contro-limiti contro un'interpretazione CIG contraria ai principi fondamentali sanciti *ex art.* 2 e 24 della Costituzione. Ciò che accomuna queste decisioni è il riferimento che ognuna di esse contiene alla tutela dei diritti inviolabili della persona¹⁰².

Ebbene, volgere lo sguardo al nuovo contesto - in costruzione - sempre più sovranazionale dei diritti fondamentali, pare mettere in evidenza un generale e da tempo auspicato mutamento di

⁹⁸ Cfr. Corte costituzionale 3 luglio 2013 n. 207; nonché, per un'autorevole ricostruzione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici costituzionali europei si veda R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014.

⁹⁹ F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.* 2008, pp. 1288-1291; cfr. in tal senso E. SCODITTI, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, in *europeanrights.eu*, 18/05/2009.

¹⁰⁰ Cfr. la prospettiva di M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, 2000, p. 65, che parla di una nuova idea di Costituzione, che non coincide con la tradizione novecentesca di una nascita “in un luogo determinato e sulla base di un'originaria volontà instaurativa”, ma con una “progressiva generalizzazione ed assimilazione delle soluzioni offerte dalla complessa pratica del diritto”; a questo proposito si v. S. STAIANO, *La Costituzione e il suo contesto: dimensione nazionale e dimensione europea*, in *federalismi.it*, n. 1/2012, p. 4, che fa riferimento a “una definizione aperta di Costituzione europea, che percepisce l'“idea” del “«processo» nella vicenda storica dell'Europa”. Cfr. in tal senso anche A. RUGGERI, “Dialogo” tra Corti europee e giudici nazionali, alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali (con specifico riguardo alla materia penale e processuale), in *dirittifondamentali.it*, 11 novembre 2013; ID., *L'integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2014.

¹⁰¹ Così G. TESAURO in un *Intervento al Convegno “Crimini internazionali e immunità degli Stati: ritorno al dualismo? La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale”*, tenutosi presso l'Università La Sapienza di Roma il 12 novembre 2014.

¹⁰² Cfr. in questo senso A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 5 novembre 2014.

atteggiamento da parte della Corte costituzionale italiana¹⁰³, che sembra voler svolgere un ruolo da protagonista in questo processo di costruzione, tenendo conto della posizione di forza che occupa nel sistema dei poteri. Questo il punto di partenza, che guarda avanti gravido di interrogativi, non solo relativi al futuro della dottrina dei contro-limiti, ma che involgono i complessi rapporti tra politica e giurisdizione¹⁰⁴, stretti tra la “tendenza pervasiva della giurisdizione, che tende a creare autonomamente le regole della propria azione”, e quella “recessiva della politica, che stenta a dare alla giurisdizione le regole alla cui formazione sarebbe chiamata”¹⁰⁵.

Questo fenomeno, considerevolmente presente sul piano nazionale e internazionale¹⁰⁶ e ravvisabile anche a livello europeo in quel vuoto creato dal “rallentamento del processo di unificazione politica dell'Unione” che ha finito per fissare “l'epicentro della garanzia dei diritti fondamentali” nelle “diverse giurisdizioni, costituzionali e ordinarie, nazionali e sovranazionali”¹⁰⁷ e nel dialogo tra esse, non si presenta come risolutivo e sarebbe irenico¹⁰⁸ pensarlo come tale.

Volendo tralasciare in questa sede i problemi relativi al fatto che ormai il fenomeno pare preludere ad “una vera e propria redistribuzione di poteri tra politica e giurisdizione” e non più ad una “supplenza accidentale alle manchevolezze della politica”¹⁰⁹, pare opportuno porre l'accento sul fatto che al riconoscimento teorico del diritto non sempre segue una sua coerente applicazione, come nel caso in esame, in cui l'intervento della Corte costituzionale non ha avuto un seguito concreto. Perfino nel caso in cui l'autorità giudiziaria perviene alla condanna al risarcimento, come nella recente sentenza resa dalla Seconda Sezione del Tribunale di Firenze -

¹⁰³ Si v. in part. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 1312 e ss.; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale cit.*; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. di dir. int.*, 2008, pp. 789 e ss.; L. DANIELE, *Corte costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 3551 e ss.

¹⁰⁴ Così M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini cit.*, p. 90 che ritiene la sentenza in commento una “oggettiv(a) manifestazione” della complessa “crisi di legittimazione della politica” e del progressivo “ampliamento della sfera della giurisdizione”.

¹⁰⁵ S. STAIANO, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *federalismi.it*, n. 11/2013, pp. 1 e 2. Sul punto si v. anche L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna 2013, in part. pp. 102 e ss.

¹⁰⁶ Si v. per un'analisi storico-filosofica G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012; G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano 2011.

¹⁰⁷ L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino 2014, pp. 20 e 21.

¹⁰⁸ Chiaramente il riferimento è a M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *archivio.rivistaaic.it*, 17 luglio 2006.

¹⁰⁹ L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri cit.*, p. 22.

N.R.G. 14049/2011 - depositata il 6 luglio u. s., non è detto che la decisione abbia un seguito sul piano fattuale¹¹⁰.

Infatti, a quella sensazione, intrisa di sostanzialismo¹¹¹, che la situazione soggettiva ha ottenuto la garanzia che meritava per via giudiziale, spesso non fa da eco una vera tutela dei diritti enunciati, perché i diritti trovano la loro fonte nel potere politico, loro unico garante legittimato dalla rappresentanza democratica¹¹².

7. Conclusioni

In conclusione i rilievi svolti permettono di formulare alcune brevi osservazioni.

Un primo profilo di novità della recente pronuncia del 22 ottobre scorso riguarda la concreta applicazione in essa del principio già enunciato nella decisione Russel¹¹³ del 1979 (ribadito nella pronuncia Baraldini del 2001)¹¹⁴, ma stavolta con una portata ben maggiore.

Il suddetto principio, secondo cui¹¹⁵, in caso di conflitto fra norme di diritto internazionale generale e valori costituzionali fondamentali, non è consentito alle prime l'ingresso

¹¹⁰ Cfr. la sentenza (Tribunale di Firenze - N.R.G. 14049/2011 - depositata il 6 luglio u. s.) a p. 16.

¹¹¹ Sul sostanzialismo si v. S. STAIANO, *Politica e giurisdizione cit.*, pp. 9 e ss.; ID., *Costituzionalisti e popolo*, in *federalismi.it*, n. 25/2013. Si v. anche L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri cit.*, p. 49.

¹¹² Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri cit.*, in part. pp. 75-79.

¹¹³ Cfr. Corte costituzionale 18 giugno 1979 n. 48, al p.to 3 del Considerato in diritto, "Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)". Il caso Russel riguardava in particolare il rapporto tra il diritto alla tutela giurisdizionale sancito dall'art. 24 Cost. e la norma consuetudinaria sull'immunità degli agenti diplomatici. Il colonnello Russel, addetto militare dell'ambasciata canadese a Roma, aveva preso in locazione dalla società Soblin un appartamento. Citato in giudizio per il pagamento arretrato dei canoni dalla società nella sua difesa, il colonnello eccepì la propria immunità diplomatica in virtù di una norma di diritto internazionale generale. Fu allora che il giudice a quo sollevò questione di costituzionalità della legge di esecuzione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche. In particolare nel caso di specie la Corte Costituzionale ha ritenuto che il requisito del necessario rispetto dei principi fondamentali della Costituzione possa essere superato qualora si tratti di consuetudini preesistenti alla Costituzione e che lo stesso opererebbe, pertanto, soltanto con riferimento alle norme consuetudinarie che si siano formate nella comunità internazionale in epoca successiva alla Costituzione. Questa particolare interpretazione è stata peraltro ripresa dalla Corte di Cassazione nelle sentenze rese nei casi *Federazione italiana lavoratori trasporti*, del 2000, e *Lozano*, del 2008 (Corte di Cass. SSUU. 3 agosto 2000, n. 530 e I sez. penale, 24 luglio 2008, n. 31171). 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.

¹¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale 22 marzo 2001 n. 73, al punto 3.1 del Considerato in diritto, in cui la Corte costituzionale ha incidentalmente fatto riferimento ai principi costituzionali fondamentali in funzione di controlimita all'applicazione delle norme di diritto internazionale generale di cui all'art. 10 della Costituzione.

nell'ordinamento italiano (non venendosi neppure a formare norme di adattamento aventi il medesimo contenuto), è stato espresso in termini generali a differenza delle succitate decisioni in cui si riteneva applicabile alle sole regole consuetudinarie successive all'entrata in vigore della Costituzione. E' dunque prevalso l'orientamento secondo cui il dato temporale relativo alla formazione della norma consuetudinaria rispetto all'entrata in vigore della Costituzione non garantisce che vi sia stato un vaglio effettivo da parte del Costituente delle norme consuetudinarie all'epoca vigenti. Ciò anche per la difficoltà di stabilire con certezza il momento della formazione di una norma consuetudinaria e per la possibilità che, specialmente nel caso della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati, la continua evoluzione nel tempo, cui è costantemente soggetto il diritto internazionale, abbia modificato radicalmente il contenuto originario della regola¹¹⁶.

Un secondo profilo, muove da una considerazione di teoria generale del diritto. Se, per definizione, la consuetudine internazionale è soggetta a continua evoluzione, e tale evoluzione è determinata dalla prassi degli Stati e non tanto da argomenti di logica giuridica, è corretto dire che, così come si è passati dall'immunità assoluta a quella ristretta, è certamente possibile che il diritto internazionale si evolva ammettendo un'ulteriore restrizione all'immunità in materia dei diritti umani.

Ora, dall'analisi svolta dalla sentenza della CIG del 2012, emerge chiaramente un approccio di tipo conservatore nell'accertamento dello stato di sviluppo del diritto internazionale in tema di immunità. Un approccio per lo più improntato alla logica interstatale, dalla quale esula ogni considerazione del bilanciamento tra il principio dell'immunità e la realizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale degli individui. Tutto ciò si concretizza nel rifiuto della Corte di riconoscere valore alla prassi statale di segno opposto. Come si è visto, secondo la giurisprudenza della CIG, la prassi non avrebbe ancora raggiunto quel grado di sviluppo tale da dimostrare il consolidamento di una *opinio juris* degli Stati nel senso di ammettere eccezioni alla regola per gli atti *jure imperii*.

¹¹⁵ Cfr. punto 3 di Corte costituzionale 12 giugno 1979 n. 48: “Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)”.

¹¹⁶Cfr. E. CANNIZZARO, *Diritto Internazionale*, Torino, 2012, p. 467. Si veda inoltre, D. RUSSO, “Il rapporto tra norme internazionali generali e principi della Costituente al vaglio della Corte Costituzionale: il Tribunale di Firenze rinvia alla Consulta la questione delle vittime dei crimini nazisti?”, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2014.



A questo punto gli elementi di novità presenti nella sentenza n. 238 del 2014 si possono cogliere effettuando un parallelo con le precedenti pronunce della giurisprudenza italiana, ed evidenziando come, sebbene l'orientamento espresso pare collocarsi perfettamente nel solco della giurisprudenza pregressa in materia di riconoscimento dell'immunità, emerga un'evoluzione sia sul piano della tecnica argomentativa adottata che su quello dei contenuti.

Come si è visto, il primo tentativo di affermazione di un principio limitativo della immunità dello Stato autore di crimini contro l'umanità si ha nel caso Ferrini. In quel caso, la tecnica argomentativa utilizzata è stata invocare la superiorità gerarchica delle norme poste a tutela dei diritti umani e affermare la giurisdizione del giudice italiano sulla base di una prevalenza formale del diritto cogente. Successivamente nel caso *Mantelli*¹¹⁷, concernente un analogo caso¹¹⁸ di risarcimento dei danni, la Corte di Cassazione in assenza di una norma giuridica “vigente” o di una prassi costante tendente ad escludere l'immunità, perviene al medesimo risultato ma sulla base di un'analisi sistematica dell'ordinamento giuridico internazionale ed alla luce dei valori fondamentali che lo caratterizzano¹¹⁹. Giova evidenziare come in quel contesto la Suprema Corte abbia precisato di non applicare una norma di diritto internazionale generale esistente, ma di contribuire piuttosto alla sua formazione in uno stato di incertezza del diritto, in quanto “un principio limitativo della immunità dello Stato che si sia reso autore di crimini contro l'umanità può presumersi in via di formazione”¹²⁰.

Da ultimo nella sentenza n. 238 del 2014, se ancora una volta analogo è il risultato, profondamente diverso è il ragionamento della Consulta. Tralasciando stavolta qualsiasi valutazione gerarchica o interpretazione sistematica di principi internazionali, la Corte procede in maniera del tutto trasparente ad un bilanciamento degli interessi in gioco basando le proprie

¹¹⁷ Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Repubblica federale di Germania c. Mantelli e altri; Daimlerchrysler c. Mantelli e altri, ordinanza n. 14201 del 29 maggio 2008, (www.cortedicassazione.it/Documenti/14201.pdf)

¹¹⁸ Il caso Mantelli riguardava una domanda di regolamento preventivo di giurisdizione, proposta dalla Repubblica Federale di Germania, riguardo ad una causa di risarcimento dei danni derivanti dalla deportazione di un gruppo di italiani in Germania durante la seconda guerra mondiale e dalla loro sottoposizione ai lavori forzati per l'industria tedesca

¹¹⁹ In particolare la Corte constata la ‘coesistenza’ in esso di due principi di portata generale: quello di “immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero (volto a favorire le relazioni internazionali con il rispetto delle reciproche sovranità)”, e quello “per cui i crimini internazionali minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli”. Alla luce di tale coesistenza, la Corte stabilisce che “l'innegabile ‘antinomia’ tra i riferiti principi [...] non può altrimenti risolversi [...] che ‘sul piano sistematico’ dando prevalenza alle norme di rango più elevato”, ovvero quelle volte a garantire “il rispetto dei diritti inviolabili della persona”, il quale “ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di metavalore”.

¹²⁰ Confr. Caso Mantelli, riferimento *supra*, “Fatto e diritto”.

conclusioni soltanto su valori espressi dal nucleo duro della Costituzione italiana. La teoria dei contro-limiti viene a costituire così il perno per limitare ulteriormente la regola dell'immunità e contribuire alla emersione di una nuova prassi in materia di immunità dello Stato.

Sviluppando questo pensiero potrebbe argomentarsi che se la consuetudine è frutto di *diuturnitas* e di *opinio juris sive necessitatis* e che, almeno in un momento iniziale della sua formazione, il comportamento non viene tanto sentito come giuridicamente rilevante quanto piuttosto come socialmente dovuto¹²¹, la pronuncia in esame della Corte Costituzionale sembra avere al riguardo un ruolo ben preciso iscrivendosi proprio all'interno di quel primo stadio di formazione di nuova prassi.

La pronuncia qui esaminata, che sembrerebbe applicare de facto la *human rights exception* (cosa che aveva rifiutato di fare la CIG), statuisce che in questa materia è “costituzionalmente doveroso” offrire la tutela giurisdizionale dei diritti delle parti in causa.

Potrebbe cogliersi dunque la presenza di una *opinio necessitatis* rinvenuta essenzialmente nei valori costituzionali italiani, che permetterebbe altresì di leggere il comportamento della Consulta come diretto a modificare o ad abrogare una determinata consuetudine. Dunque, se allo stato attuale del diritto internazionale non si può ancora affermare l'esistenza di un regime di deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati in caso di violazione dei diritti umani, la sentenza in commento, proprio come accaduto in passato per la distinzione tra *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, potrebbe essere letta, alla luce delle stesse parole della Corte, come l'inizio di una nuova prassi, volta a ridimensionare nuovamente la portata della norma internazionale sull'immunità. La Corte afferma infatti di voler “concorrere [...] ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale”¹²². Ciò costituirebbe, a nostro avviso, un ulteriore passo per il consolidamento di quella *opinio juris sive necessitatis* che in passato è mancata¹²³.

¹²¹ Vedi B. CONFORTI, *op. cit.*, e si veda altresì C. FOCARELLI, I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente, in *Riv. Dir. Int.*, 2007, p. 637. Cfr. A. RUIZ, in *Enciclopedia giuridica Treccani, postilla di aggiornamento, ad vocem*, “consuetudine”, 2006.

¹²²Cfr. il punto 3.3 del *considerato in diritto*. Sulla capacità della sentenza *de qua*, a favorire una ridefinizione delle regole internazionali vigenti, qualora anche altri tribunali interni decidano di allinearsi alle soluzioni prospettate dalla Consulta, si veda: 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*, *op. cit.*; R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238*, *op. cit.*, pp. 27, 29 ss.

¹²³Così anche L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana*, *op. cit.*, e 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.