

FOCUS FONTI – 29 FEBBRAIO 2016

La tutela giurisdizionale dei diritti
inviolabili tra obblighi internazionali
e Stato di diritto

di Nicola Colacino

Professore associato di Diritto internazionale
Università degli Studi “Niccolò Cusano” - Telematica Roma



La tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili tra obblighi internazionali e Stato di diritto^{*}

di Nicola Colacino

Professore associato di Diritto internazionale
Università degli Studi “Niccolò Cusano” - Telematica Roma

Sommario: **1.** Il rilievo attribuito alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014. **2.** Il riconoscimento del diritto individuale di accesso alla giustizia nel diritto internazionale tra protezione diplomatica e sistemi di tutela internazionale dei diritti dell'uomo. **3.** Critica ai tentativi di composizione in chiave monista del conflitto tra la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e l'insindacabilità degli atti internazionali. **4.** Comunità internazionale e «comunità di diritto».

1. Cenni introduttivi: il rilievo attribuito alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014

L'ormai celebre sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014, che è intervenuta sul tema dell'immunità giurisdizionale «in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona», appare destinata a far parlare di sé per lungo tempo ancora, per via delle sue molteplici implicazioni che certamente travalicano gli specifici effetti prodotti nel caso concreto.

L'immunità giurisdizionale dello Stato¹, pilastro del tradizionale assetto «westfaliano» della comunità internazionale, è garantita da una norma consuetudinaria secondaria del diritto internazionale la quale, secondo l'insegnamento della Corte internazionale di giustizia, «derives

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Per un approfondimento generale sul tema dell'immunità statale, senza pretesa di esaustività, si rinvia a R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954, in particolare p. 189 ss.; M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Napoli, 1967; R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972; E. K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits against Sovereign States in Domestic Courts*, Berlin-Heidelberg, 2005; X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012.



from the principle of sovereign equality of States, which [...] is one of the fundamental principles of the international legal order»². Come evidenziato da autorevole dottrina, la nozione di immunità rilevante per il diritto internazionale non va intesa nel senso della «inapplicabilità di certe regole in ragione della qualità soggettiva di una persona o di un ente»³, ma piuttosto come impossibilità obiettiva di esercizio della giurisdizione da parte dei tribunali nazionali per via dell'insindacabilità degli atti di natura sovrana dello Stato straniero rispetto all'ordinamento giuridico nel suo complesso. A partire da tale regola generale, l'eccezione riferibile alla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis* si è affermata proprio per consentire il superamento del prescritto obbligo di astensione dall'esercizio della giurisdizione qualora il rapporto dedotto in contestazione sia espressione di un'attività negoziale dello Stato, in tutto simile a quella esercitata da soggetti privati. Per converso, si deve ritenere che qualsiasi manifestazione di volontà espressione della potestà sovrana statale risulta in linea di principio inconoscibile dagli organi giurisdizionali nazionali, senza che a tal fine possa rilevare la liceità o meno dei relativi contenuti. La Corte costituzionale, per impedire che la norma consuetudinaria sull'immunità potesse produrre effetti nell'ambito dei giudizi di risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini internazionali, ha quindi stabilito di «bloccarne l'ingresso» nell'ordinamento tramite l'articolo 10 della Costituzione, attestandone, limitatamente al caso di specie, l'incompatibilità con gli articoli 2 e 24. In tal modo, la Corte ha inteso valorizzare il principio di tutela giurisdizionale come presidio «intangibile» posto a garanzia dell'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo e dell'affermazione dello Stato di diritto. Al di là delle tecniche decisorie utilizzate e delle loro

² Così la Corte nella sentenza sulle *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, in *ICJ Reports*, 2012, par. 57, sulla quale si tornerà più approfonditamente *infra*, par. 3 ss.

³ LUZZATTO, *op. loc. cit.*, p. 294.



ricadute sul piano dei rapporti internazionali⁴, sembra essere questo il portato più significativo della decisione, sul quale vertono le brevi notazioni oggetto del presente contributo⁵.

2. Il riconoscimento del diritto individuale di accesso alla giustizia nel diritto internazionale tra protezione diplomatica e sistemi di tutela internazionale dei diritti dell'uomo

Il principio di tutela giurisdizionale dei diritti (o più correttamente il *diritto*, definito anche come diritto di accesso alla giustizia o diritto a un ricorso effettivo) è riconosciuto anche dal diritto internazionale dei diritti umani come manifestazione del principio di legalità. La sua affermazione nell'ambito degli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo è, peraltro, essenzialmente orientata a replicare il contenuto delle conformi disposizioni delle Carte costituzionali (com'è il caso dell'articolo 24 della Costituzione italiana) e, pertanto, pone a carico degli Stati un obbligo di tutela giurisdizionale «contro atti che violino i diritti fondamentali [...] riconosciuti dalla costituzione o dalla legge» (così l'articolo 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948), senza interferire, almeno apparentemente, con il sopra citato assetto orizzontale delle relazioni giuridiche internazionali e, quindi, con la portata applicativa della regola dell'immunità statale.

Ciò, tuttavia, è vero solo parzialmente, poiché la problematica della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali – e, in particolare, dei diritti protetti da norme inderogabili – presenta oggi un

⁴ Estremamente critico sul punto è A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wpcontent/uploads/2014/12/nota_238_2014_tanzi.pdf, pp. 1-6, p. 5, il quale rileva «come la pronuncia in esame, nel promuovere la eccezione dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione di cognizione in ordine alle gravi fattispecie rispetto alle quali veniva contrapposto, non può conseguire le finalità di giustizia che essa ha inteso perseguire, non potendo scardinare il sistema immunitario degli Stati esteri che resta ben integro in relazione alla giurisdizione di esecuzione». V. anche 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 *QIL II (2014)*, pp. 1-12 (disponibile all'URL http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/12/02_Constitutional-Court-238-2014_KOLB.pdf). Un'opinione favorevole sulla sentenza è espressa, invece, da R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. 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, pp. 1-23.

⁵ Il presente lavoro riprende e sviluppa alcune delle argomentazioni già espresse in precedenti commenti alla sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014 (segnatamente 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 *Giustizia Civile.com*, n. 3/2015, Approfondimento del 25 marzo 2015, pp. 1-33 e ID., *La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui "crimini" iure imperii*, in *Questione Giustizia*, n. 1/2015, pp. 70-75) e nella relazione presentata in occasione del convegno *Corte costituzionale e creazione indiretta del diritto: i (contro)limiti all'immunità degli Stati dalla giurisdizione* tenutosi presso l'Università degli studi "Niccolò Cusano" di Roma il 15 dicembre 2014.

rilievo più ampio rispetto al semplice riconoscimento all'interno delle Carte di diritti, collegandosi con quelli dell'accesso dell'individuo a mezzi di ricorso internazionali, dell'individuazione del giudice competente a sanzionare le violazioni dello *ius cogens* internazionale e, giocoforza, dei limiti all'immunità statale.

Nel suo primo rapporto sulla responsabilità internazionale degli Stati, il Relatore speciale Francisco García-Amador, analizzando le forme della responsabilità statale per gli illeciti commessi nei confronti di individui stranieri, ipotizzava l'avvenuta formazione, nel diritto internazionale generale, di «a new legal rule» avente a oggetto l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell'uomo «irrespective of his nationality» e basata sul presupposto che «human beings, as such, are under the direct protection of international law»⁶. Logica inferenza di un simile accertamento di carattere sostanziale avrebbe dovuto essere il superamento del modello tradizionale di tutela giurisdizionale «indiretta» dei diritti individuali, rappresentato dall'istituto della protezione diplomatica⁷, in vista del riconoscimento di un corrispondente diritto di azione giudiziaria in capo allo stesso individuo leso⁸.

⁶ F. V. GARCÍA-AMADOR, *First Report on International Responsibility* (Doc. A/CN.4/96), in *Yearbook of Int. Law Comm.*, 1956, vol. II, p. 203.

⁷ Com'è noto, l'istituto in parola riserva allo Stato di nazionalità del privato leso la possibilità di far valere la responsabilità internazionale dello Stato autore dell'illecito, fatto salvo, tuttavia, l'obbligo per il privato del previo esaurimento dei ricorsi interni disponibili. Nel 2006, la Commissione di diritto internazionale ha approvato in seconda lettura un Progetto di articoli sul tema della protezione diplomatica (http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf). Per un approfondimento generale sui lavori della Commissione, cfr. L. PANELLA, *Il progetto di articoli della Commissione di Diritto Internazionale sulla protezione diplomatica: codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, n. 28/2008, pp. 54-83.

⁸ Secondo García-Amador, la concezione classica della protezione diplomatica, basata su una *fiction iuris* (sintetizzata nella celebre formula Vatteliana secondo cui «quiconque maltraite un Citoyen offense indirectement l'Etat, qui doit protéger ce Citoyen», E. DE VATEL, *Le Droit de Gens, ou Principes de la Loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris, 1758, pubbl. nella collana *The Classics of International Law*, Washington, 1964, p. 136), presenterebbe una serie di rilevanti problemi applicativi, a partire dalla persistente validità della regola consuetudinaria del previo esaurimento dei ricorsi interni quale requisito preliminare posto a carico del privato, ma avulso dalle successive condizioni di esercizio dell'azione internazionale da parte dello Stato. Sarebbe, pertanto, ipotizzabile l'introduzione di regole diverse, grazie alle quali l'individuo, pur non risultando titolare di un *locus standi* generalizzato, possa partecipare direttamente ai mezzi di reclamo internazionali. È significativo, tuttavia, che nel rapporto preliminare sul tema della protezione diplomatica del 1998, il Relatore speciale incaricato Bennouna abbandonò nettamente l'impianto ricostruttivo proposto da García-Amador per seguire un approccio rigorosamente dualista, certamente più rispondente al tradizionale inquadramento dell'istituto: «at the outset there is clearly a dispute between the host State and a foreign national whose rights have been denied and who ultimately suffered a denial of justice when he sought reparation for material and/or moral injury. If this individual is unable to internationalize the dispute and take it out of the sphere of local law, his State of nationality, by contrast, can espouse his claim by having him, and the dispute, undergo a veritable “transformation”. Indeed, since only a State can invoke the responsibility of another State (since the individual is denied the status of subject of international law), the espousal of the claim

È noto, tuttavia, come la soluzione prospettata dal Relatore non abbia avuto seguito, al di fuori di specifiche ipotesi. La proposta di istituire un regime speciale di responsabilità che garantisca l'accesso diretto dei privati a un'istanza giudiziaria (internazionale o interna dello Stato di nazionalità del privato) nei casi di violazione dei loro diritti commesse da uno Stato straniero non riflette, infatti, una tendenza in atto (oggi come allora) nel diritto internazionale generale, ma resta subordinata alla conforme volontà degli Stati interessati, espressa sia a livello bilaterale, sia nell'ambito di regimi convenzionali comuni⁹. In sintesi, si può affermare che al progressivo riconoscimento del carattere obbligatorio generale delle norme internazionali poste a protezione dei diritti fondamentali dell'uomo non ha corrisposto la formazione di una regola consuetudinaria attributiva del diritto di agire in giudizio nei casi di violazione, una simile prerogativa essendo preclusa al soggetto leso sia innanzi a organi giudiziari internazionali, qualora manchi il consenso del *respondent State*, sia innanzi ai tribunali del suo Stato di nazionalità, in ragione della tradizionale insindacabilità degli atti di natura sovrana¹⁰.

Senonché, il rilievo emergente del complesso di norme riconducibili al cd. «diritto internazionale dei diritti umani», ha riproposto, proprio con riferimento a violazioni derivanti da atti insindacabili, perché «coperti» da immunità giurisdizionale, la necessità di stabilire quali rimedi risultino formalmente esperibili dai privati per tutelare i diritti loro riconosciuti a livello internazionale¹¹.

Sul punto, occorre formulare alcune considerazioni preliminari di ordine generale. Come ricordato in apertura, l'esigenza di garantire l'accesso degli individui alla tutela giurisdizionale dei

enables the claimant to claim respect for his own right on the basis of the nationality link» (M. BENNOUNA, *Preliminary Report on Diplomatic Protection*, 1998 (Doc. A/CN.4/484), par. 16). La medesima ricostruzione è già in R. AGO, secondo il quale nella protezione diplomatica confluiscono due situazioni soggettive distinte facenti capo allo Stato agente: la pretesa sostanziale al rispetto del diritto internazionale nei confronti dei propri cittadini (che ha natura di interesse giuridicamente tutelabile, nella misura del corrispondente obbligo imposto agli Stati stranieri) e il diritto funzionale di agire al fine di soddisfare detta pretesa. Tale argomentazione è rinvenibile negli scritti difensivi in favore della Spagna nel caso *Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd., Mémoires, plaidoiries et documents*, in *CIJ Recueil*, 1970, vol. IX, p. 665.

⁹ È questo il caso dell'*International Centre for Settlements of Investment Disputes (ICSID)*, istituito dalla Convenzione di Washington del 1965 (*U.N. Treaty Series*, vol. 575, n. 8359, p. 159 ss.), e dell'*Iran-United States Claims Tribunal*, istituito dagli Accordi di Algeri del 1981 (in *International Legal Materials*, vol. XX, 1981, pp. 230-233).

¹⁰ Cfr. E. CANNIZZARO, B. I. BONAFÈ, *Of Rights and Remedies: Sovereign Immunity and Fundamental Human Rights*, in U. FASTENRATH *et al.* (eds.), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford, 2011, pp. 825-844, a p. 826, secondo cui, mentre a livello primario «international law has developed, and continues to develop, substantive rules granting rights and duties to individuals», l'apparato delle regole secondarie «is still largely inspired by the classical inter-State philosophy».

¹¹ Per un'accurata analisi in materia, cfr. A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, 2011.



diritti si manifesta in corrispondenza dell'attribuzione della titolarità di tali diritti alla persona umana a prescindere dal vincolo di cittadinanza, che, nel diritto internazionale classico, autorizzava l'intervento dello Stato di nazionalità a difesa di interessi al tempo stesso individuali e collettivi¹². Le sopra citate Carte internazionali sulla tutela dei diritti dell'uomo riflettono la segnalata esigenza, includendo l'accesso alla giustizia tra i diritti che gli Stati sono chiamati a riconoscere a tutti gli individui posti sotto la loro giurisdizione ed esaltandone il carattere funzionale al godimento degli altri diritti garantiti¹³.

Si può affermare, quindi, che l'individuo è titolare di un diritto di accesso alla giustizia strumentale all'accertamento della violazione dei suoi diritti fondamentali, esercitabile secondo le forme attualmente riconosciute dal diritto internazionale – nell'ambito, cioè, dei vigenti sistemi di protezione giudiziaria dei diritti dell'uomo e quindi subordinatamente all'accettazione formale della giurisdizione dell'organo adito da parte dello Stato legittimato a resistere – e nei limiti della prevalenza del diritto medesimo rispetto a possibili interessi in conflitto.

Su questo paradigma generale si innestano, tuttavia, ulteriori variabili in grado di incidere sulle anzidette modalità di esercizio. Si discute, in particolare, se il diritto di *judicial review* degli atti potenzialmente lesivi di diritti fondamentali possa essere invocato in qualsiasi circostanza o debba andare soggetto a un necessario bilanciamento con eventuali interessi generali contrapposti (ad esempio, la tutela della sicurezza collettiva) che l'organo giurisdizionale adito è tenuto ad

¹² Nella segnalata prospettiva, si osserva che i sistemi di protezione internazionale dei diritti umani sviluppatasi nel secondo dopoguerra – per tutti, quello istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) nel 1950 – propongono, in origine, modelli «ibridi» di tutela giurisdizionale nell'ambito dei quali sono contemplate forme proceduralizzate di protezione diplomatica, poi definitivamente abbandonate. Com'è noto, infatti, insieme al meccanismo dei ricorsi interstatali e a quello quasi-giudiziario rappresentato dal ricorso dell'individuo alla Commissione europea dei diritti dell'uomo, era prevista la possibilità di un ricorso propriamente giurisdizionale (innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo) presentato, per conto della vittima, dalla Commissione (qualora la violazione fosse imputabile allo stesso Stato di appartenenza della vittima) o dal suo Stato di nazionalità (qualora, invece, la violazione fosse attribuibile a un altro Stato parte). L'art. 48 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella sua versione originaria, stabiliva che «[t]he following may bring a case before the Court, provided that the High Contracting Party concerned, if there is only one, or the High Contracting Parties concerned, if there is more than one, are subject to the compulsory jurisdiction of the Court, or failing that, with the consent of the High Contracting Party concerned, if there is only one, or of the High Contracting Parties concerned if there is more than one: (a) the Commission; (b) a High Contracting Party whose national is alleged to be a victim; (c) a High Contracting Party which referred the case to the Commission; (d) a High Contracting Party against which the complaint has been lodged». Solo a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 9, il 1° ottobre 1994, i privati sono stati ammessi, individualmente o in forma associata, alla giurisdizione della Corte (così la lettera (e) dell'art. 48, par. 1: «the person, non-governmental organisation or group of individuals having lodged the complaint with the Commission»).

¹³ Oltre al richiamato articolo 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, si possono ricordare, a titolo esemplificativo, l'articolo 13 della CEDU e l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

apprezzare, fatte salve – ma anche di ciò si discute – le violazioni di diritti «assoluti» (come, ad es., il divieto di tortura o di trattamenti inumani), in cui l'accesso alla giustizia si imporrebbe come garanzia indefettibile di tutela della sfera giuridica individuale. Su tale valutazione è destinata a influire la considerazione se il diritto in argomento abbia realmente natura funzionale o invece sostanziale, ipotesi quest'ultima che porterebbe ad assimilarne le condizioni della tutela a quelle degli altri diritti fondamentali, impedendo, anche nei casi di violazioni gravi, di attestarne *a priori* il primato su eventuali norme di conflitto, come ad esempio quella che garantisce l'insindacabilità degli atti internazionali. Parimenti, sebbene risulti assai controverso (dato l'acceso contrasto giurisprudenziale sul punto¹⁴) se il diritto alla tutela giurisdizionale debba essere comunque garantito nei casi di violazione di diritti umani inviolabili protetti da norme imperative, proprio il ricorso alla categoria dello *ius cogens* internazionale per giustificare l'esercizio della giurisdizione sugli atti coperti da immunità chiama in causa la possibilità una di modulazione della tutela giudiziaria accessibile dall'individuo in rapporto alla gravità della violazione *sous-jacente*.

In ultima analisi, la questione di fondo è quello della legittima possibilità e modalità di reazione dell'individuo nei casi di violazione dei suoi diritti fondamentali ad opera di soggetti operanti in un sistema giuridico nel quale l'individuo medesimo non è riconosciuto come soggetto dotato – per così dire – di un'autonoma capacità di agire, pur tuttavia essendo formalmente titolare di situazioni soggettive (e quindi di capacità giuridica) finanche protette da norme inderogabili.

Rispetto a tale questione, le soluzioni proposte dalla giurisprudenza convergono essenzialmente su due orientamenti antitetici, l'uno teso alla preservazione dell'assetto unitario delle fonti normative regolatrici dei rapporti facenti capo alla comunità internazionale e agli ordinamenti nazionali, l'altro animato, invece, dall'esigenza di difendere l'integrità delle «comunità di diritto» che quegli stessi ordinamenti hanno contribuito a edificare, a scapito dell'osservanza di quelle regole di struttura sulle quali poggiano tradizionalmente le relazioni internazionali e che si impongono agli Stati come obblighi di carattere generale. Nessuno dei segnalati orientamenti consente, tuttavia, di attestare un progresso significativo riguardo all'estensione della portata operativa del diritto alla tutela giurisdizionale in ambito internazionale. Ciò nondimeno, è possibile evidenziare nelle pronunce che saranno innanzi esaminate alcuni profili ricostruttivi inediti meritevoli di opportuna considerazione.

¹⁴ Su cui si tornerà *infra*, parr. 3 ss.

3. Critica ai tentativi di composizione in chiave monista del conflitto tra la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e l'insindacabilità degli atti internazionali

Tra le decisioni che hanno tentato una composizione in chiave monista del conflitto tra la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e l'insindacabilità degli atti internazionali sono qui ricordate, per la loro valenza esemplificativa, le note sentenze delle SS.UU. della Corte di cassazione italiana n. 5044 dell'11 marzo 2004, sul caso *Ferrini*, e del Tribunale di primo grado della Comunità europea del 21 settembre 2005 sul caso *Kadi*, pur contraddistinte da esiti contrapposti.

È ben noto che la Suprema Corte italiana, chiamata ad accertare la giurisdizione del giudice italiano in una causa di risarcimento dei danni derivanti dalla commissione di crimini internazionali commessi durante il secondo conflitto mondiale¹⁵, ha negato l'immunità giurisdizionale allo Stato tedesco, sul presupposto che la regola consuetudinaria posta a garanzia di tale prerogativa dovesse considerarsi recessiva rispetto all'esigenza – ampiamente recepita dall'ordinamento internazionale – di opporre una reazione «qualitativamente adeguata» nei casi di violazione dei diritti fondamentali dell'uomo¹⁶. L'immunità giurisdizionale rappresenta, quindi, nell'ottica della Corte, un ostacolo all'affermazione dell'obbligo di tutela delle vittime di crimini internazionali gravante sui membri della comunità internazionale, la cui preminenza deve essere affermata alla stregua di diritto cogente¹⁷. Di qui l'esigenza di comporre la richiamata «antinomia» in una prospettiva di sistema, assegnando la necessaria prevalenza «alle norme di rango più

¹⁵ Per un commento, sia consentito rinviare a N. COLACINO, *Limiti all'immunità giurisdizionale degli Stati per le azioni di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali (Nota a Corte di Cassazione, SS.UU. Civ., 11 marzo 2004, n. 5044)*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, pp. 105-116; v. anche, *ex multis*, 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, pp. 89-112; FOCARELLI, *I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. int.*, 2007, pp. 637-656; ID., *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto*, in *ibid.*, 2008, pp. 737-757; A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *ibid.*, 2004, pp. 643-684.

¹⁶ Cfr. il par. 9 della sentenza: «[v]a 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».

¹⁷ *Ibid.*, par. 9.1: «[i]l riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti [...] ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale, tanto da giustificare, nelle ipotesi più gravi, anche forme di reazione obbligatorie». Nella successiva ordinanza n. 14201/2008 sul caso *Mantelli* (in *Foro it.*, vol. 134, 2009, I, p. 1568 ss.), la Corte di cassazione ha affermato che «il rispetto dei diritti inviolabili della persona ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale per il suo contenuto assiologico di meta valore». V. anche l'ordinanza successiva n. 14209/2009 sul caso *Maietta*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 896 ss.

elevato»¹⁸. Non si tratta, pertanto, di attestare la rinuncia implicita dello Stato autore della violazione al beneficio in parola¹⁹, né di comminarne la revoca, bensì di affermare la disapplicazione della norma di rango inferiore in ragione della sua cedevolezza innanzi all'esigenza di offrire un'adeguata protezione giudiziaria a interessi cui l'intera comunità internazionale attribuisce un rango supremo. La conferma dell'approccio sistematico seguito dalla Corte di cassazione è rintracciabile nel tentativo di proporre una lettura integrata tra i principi di *valore* e quelli di *struttura* che regolano l'ordine giuridico internazionale: «l'emersione [del] principio [del «rispetto dei diritti inviolabili della persona umana»] non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato e, in particolare, di quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento della immunità statale dalla 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 applicazione»²⁰.

Proprio in ragione dell'indubbia rilevanza del fine perseguito, la Corte non sembra preoccuparsi dell'assenza di elementi confermativi desumibili dall'analisi della prassi precedente, mostrandosi anzi consapevole del suo ruolo di avanguardia. In alcune pronunce successive su casi analoghi, essa giungerà, infatti, ad affermare che «un principio limitativo dell'immunità dello stato che si sia reso autore di crimini contro l'umanità può presumersi “in via di formazione”»²¹. D'altronde, il vero punto controverso del ragionamento della Corte – sul quale si concentrano le critiche degli

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A una rinuncia implicita al beneficio dell'immunità giurisdizionale quale conseguenza diretta della violazione di norme cogenti hanno fatto riferimento la Corte greca di prima istanza di Livadia (sentenza del 25 settembre 1997) e la Suprema Corte Greca nella sentenza del 4 maggio 2000 (*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, ric. n. 11/2000, in *ILR*, vol. 129, p. 513 ss.) nel noto caso *Distomo*. L'esito di tali pronunce è stato, tuttavia, definitivamente ribaltato dalla decisione della Corte Suprema speciale greca (competente a dirimere i conflitti di applicazione del diritto interno e di quello internazionale) del 17 settembre 2002 (*Margellos v. Federal Republic of Germany*, ric. n. 6/2002, in *ILR*, vol. 129, p. 525 ss.).

²⁰ *Ibid.*, par. 9.2.

²¹ Cfr. l'ordinanza della Suprema Corte n. 14201/2008, cit. Cfr. i parr. 10, 10.1 e 12 della sentenza. Secondo la Corte, «in tema di responsabilità da fatti illeciti, la prassi va evolvendosi verso l'adozione di un criterio diverso da quello fondato sulla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis* (...). Ciò emerge con chiarezza dalle sentenze relative ai casi *Al-Adsani* [cit.] e *Houshang Bouzari* [Superior Court of Justice - Ontario (Canada), sentenza del 1° maggio 2002, *Houshang Bouzari+3 v. Islamic Republic of Iran*, disponibile all'URL <http://ildc.oxfordlawreports.com/public/login>], dalle quali «si desume (...) 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'imperio), hanno attribuito rilievo determinante, ai fini del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore dello Stato straniero, alla circostanza che in entrambi i casi l'illecito era stato commesso in uno stato diverso da quello nel quale il processo era stato instaurato» (*ibid.*, § 10.1).

organi giurisdizionali stranieri che si pronunceranno in seguito sulla medesima questione²², fino alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2012²³ – è rappresentato, in effetti, dalla sovrapposizione tra il *fine* (della protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, *a fortiori* quando la loro violazione configuri un crimine internazionale) perseguito e il *mezzo* (dell'esercizio della giurisdizione interna a scapito dell'immunità statale) impiegato per perseguirlo. Sovrapposizione che legittima una comparazione – ritenuta non “ortodossa” – tra regole internazionali di natura primaria (il divieto di commettere crimini) e secondarie (l'immunità giurisdizionale). Il dichiarato intento di fornire una soluzione «sistematica» al problema della violazione di norme cogenti si risolve così in una forzatura interpretativa, peraltro non supportata da ulteriori evidenze.

Le critiche mosse in punto di diritto alla sentenza della Cassazione appaiono in larga parte condivisibili. Per quanto rileva, in particolare, ai fini dell'indagine condotta nel presente contributo, si osserva che la mancata valorizzazione della natura strumentale del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale rispetto alla violazione sostanziale incidentalmente accertata dalla Corte (e peraltro esplicitamente ammessa dallo Stato convenuto) rende più debole il tentativo di comporre il dissidio tra norme di struttura e valori supremi di riferimento della comunità internazionale, privandolo di un *argument* che avrebbe potuto rivelarsi decisivo anche nel confronto con le pronunce posteriori su casi analoghi. Nel richiamarsi al diritto cogente, tuttavia, la Corte ha avuto il merito di indirizzare il successivo confronto giurisprudenziale sull'insostenibilità della regola dell'immunità quando sia in gioco la protezione di diritti assoluti.

Anche il Tribunale di primo grado della Comunità Europea, nell'altrettanto nota sentenza sul caso *Kadi*, del 2005, ha offerto una lettura dello *ius cogens* in chiave sistematica, sostenendo la necessità di conformare ai suoi principi tutti gli atti produttivi di norme internazionali, a prescindere dalla loro provenienza. La vicenda da cui trae origine la pronuncia del Tribunale attiene all'impugnazione del regolamento CE n. 881/2002, che dava esecuzione alle sanzioni imposte dal regime antiterrorismo introdotto dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite a partire dalla risoluzione n. 1267/1999. Detto regime e la connessa procedura di *blacklisting* ponevano evidenti problemi di compatibilità con la tutela dei diritti fondamentali dei destinatari delle sanzioni, con specifico riferimento alle garanzie del *due process of law* e al rispetto della proprietà. Innanzi al Tribunale è stata, quindi, contestata la legittimità del regolamento rispetto

²² Cfr. in particolare le sentenze della House of Lords sul caso *Jones v. Saudi Arabia* del 14 giugno 2006 (House of Lords [2007] 1 Appeal Cases (AC) 270, in *ILR*, vol. 129, p. 629 ss.) e della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. IV, del 14 gennaio 2014 sulla medesima vicenda, *Jones and others v. the United Kingdom* (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-140005>).

²³ Su cui, più diffusamente, *infra*, par. 3.



alle norme e ai principi del diritto comunitario (originario) poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

Muovendo dalla constatazione del primato degli obblighi derivanti dalla partecipazione alle Nazioni Unite, *ex art.* 103 della Carta, rispetto a ogni altro obbligo gravante sugli Stati membri (inclusi quelli discendenti dal diritto comunitario), il Tribunale concludeva per l'impossibilità di effettuare un controllo sulla legittimità interna del regolamento impugnato, poiché ciò avrebbe implicato l'esercizio, sia pur incidentale, di un sindacato di legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ai sensi del diritto comunitario, formalmente precluso proprio a motivo della supremazia del diritto onusiano²⁴. Ciò non significa, tuttavia, secondo il Tribunale, affermare che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza godano di un'immunità giurisdizionale assoluta. Il riconoscimento dell'esistenza di limiti esterni alla potestà sanzionatoria del Consiglio di sicurezza, rappresentati dalle norme imperative del diritto internazionale, autorizza, infatti, l'esercizio di un diverso tipo di controllo, consistente nella valutazione della loro legittimità alla luce del diritto cogente, inteso come ordine pubblico internazionale «che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare»²⁵.

Al pari della Corte di cassazione, pertanto, anche il Tribunale dell'allora Comunità europea ha considerato le norme di diritto cogente come *ius positivum* collocantesi al vertice del sistema delle fonti internazionali, e quindi in posizione di supremazia anche rispetto alla *lex specialis* costituita dalle decisioni del Consiglio di sicurezza. Tuttavia, il giudice comunitario non ha ritenuto di replicare, nel caso di specie, il ragionamento posto a base della sentenza *Ferrini* (escludendo, per l'effetto, che il primato dello *ius cogens* potesse essere attestato sul piano assiologico), ma ha fatto ricorso alla diversa tecnica del bilanciamento tra opposti interessi meritevoli di tutela (la sicurezza internazionale nella lotta al terrorismo e la protezione dei diritti fondamentali), giungendo a

²⁴ Cfr. i parr. 214-216 della sentenza.

²⁵ *Ibid.*, par. 226. piuttosto critico rispetto alla ricostruzione fornita dal Tribunale è CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 333-341, il quale si domanda se, «anche ammesso che il Consiglio di sicurezza sia obbligato dal diritto internazionale generale, si possa porre un problema di *jus cogens* nel caso di specie». Secondo l'A., «è [...] assurdo sostenere che il Consiglio di sicurezza, o qualsiasi altro organo politico internazionale, sia obbligato a riconoscere il diritto alla difesa e, più in generale, il diritto ad un ricorso innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale [...]. Le stesse norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del Patto sui diritti civili e politici, citate dal Tribunale, a parte la loro non appartenenza allo *jus cogens*, stabiliscono come gli Stati devono comportarsi nei loro ordinamenti e nulla hanno a che vedere con quanto avviene nell'ambito della comunità degli Stati» (pp. 340-341).

ritenere che le deroghe alla tutela dei diritti del ricorrente fossero, nella circostanza, ampiamente giustificate²⁶.

Anche in questo caso, la sentenza non dà conto fino in fondo dell'iter logico-argomentativo seguito dai giudici. In particolare, non è chiaro se il diritto alla tutela giurisdizionale (qui inteso come diritto sostanziale) e quello di proprietà siano considerate situazioni giuridiche tutelabili in capo al ricorrente (solo) in forza della loro natura cogente, posto che lo scrutinio delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza per la violazione dei medesimi diritti, tutelati però in base al diritto comunitario, era stato escluso. In caso affermativo, nell'ammettere che i diritti in parola possono "cedere" innanzi all'esigenza di tutela della sicurezza internazionale, il Tribunale avrebbe implicitamente sostenuto la derogabilità dello *ius cogens*, con ciò smentendo apertamente le premesse del proprio ragionamento. Al contrario, ove si reputi che il Tribunale non abbia voluto includere i diritti fondamentali invocati dal ricorrente tra quelli tutelati da norme cogenti (sul presupposto che essi non rivestono carattere assoluto e inderogabile), il bilanciamento rispetto al regime delle sanzioni antiterrorismo avrebbe dovuto essere considerato inammissibile, sempre in coerenza con quanto affermato nella prima parte delle motivazioni della decisione²⁷. In ultima analisi, il supplemento di indagine condotto dal Tribunale sulla conformità tra le risoluzioni antiterrorismo e il diritto cogente avrebbe richiesto un accertamento pregiudiziale in ordine all'appartenenza delle situazioni giuridiche invocate dal ricorrente alla categoria in parola. In difetto, lo stesso appare *inutiliter dato*.

²⁶ Il Tribunale ritiene, infatti, che non vi sia stata alcuna violazione delle norme imperative da parte del Consiglio di sicurezza, con riferimento sia alla misura del congelamento dei capitali (cfr. i parr. 240 ss. della sentenza), sia alla posizione del ricorrente nell'ambito della procedura di iscrizione nella *blacklist* dei sospetti terroristi ai fini dell'applicazione delle sanzioni. Riguardo a quest'ultimo aspetto, osserva in particolare il Tribunale che la «lacuna nella tutela giurisdizionale del ricorrente» dovuta all'assenza di un organo terzo e imparziale cui deferire la richiesta di riesame e revoca delle sanzioni, non è «di per sé contraria allo *ius cogens*», dal momento che il «diritto a un giudice» non riveste carattere assoluto, ma può ben essere limitato, proprio in considerazione dell'immunità giurisdizionale «di cui godono, in via di principio, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite». *Ibid.*, parr. 274 ss. e 286 ss.

²⁷ Deve peraltro osservarsi che, in linea di principio, lo stesso ricorso alla tecnica del bilanciamento tra opposti interessi (e diritti) effettuato dal giudice comunitario determina l'impossibilità di assegnare alle norme cogenti un rango superiore, a meno di ritenere che il medesimo rango sia attribuibile anche al regime sanzionatorio in deroga, in ossequio alla previsione di cui all'art. 53 della Convenzione di Vienna. Se, invece, si sostiene che i diritti in parola non siano in realtà tutelati da norme inderogabili, e che, pertanto, il loro libero esercizio possa essere condizionato, in casi determinati, dal perseguimento di finalità generali come la lotta al terrorismo internazionale. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, il bilanciamento operato dal Tribunale sarebbe risultato solo apparente, risolvendosi immediatamente in favore del regime sanzionatorio in contestazione, stante la (riscontrata) prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite.

4. Comunità internazionale e «comunità di diritto»

Nella sentenza sulle *Immunità giurisdizionali dello Stato* del 3 febbraio 2012, la Corte internazionale di giustizia, sulla scorta di una copiosa serie di precedenti²⁸, ha confermato la piena autonomia della norma che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione per tutti gli atti, ancorché gravemente illegittimi, riconducibili all'esercizio di funzioni sovrane da quella che prescrive il divieto di commettere crimini internazionali. Le motivazioni della decisione si basano sul convincimento che «the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem»²⁹. L'accertamento sull'applicabilità della regola consuetudinaria di cui si discute è pregiudiziale, infatti, rispetto a quello sul merito dell'illiceità della condotta e della gravità della violazione, né dalla prassi internazionale può evincersi la formazione di una regola nuova, volta a stabilire la perdita del beneficio dell'immunità per il solo fatto di aver commesso un crimine internazionale (circostanza questa – com'è noto – mai negata dalla stessa Germania).

Non sussiste, pertanto, alcun conflitto suscettibile di composizione tra le norme di *ius cogens* violate dallo Stato tedesco e la regola procedurale attributiva dell'immunità al responsabile di tali violazioni, dal momento che «[t]he two sets of rules address different matters». Le norme che disciplinano l'immunità «are procedural in character» e «do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful». Per converso, riconoscere l'immunità giurisdizionale dello Stato straniero responsabile di crimini internazionali non significa di per sé riconoscere come lecita la situazione sostanziale di illiceità determinata dalla violazione di una norma imperativa³⁰.

²⁸ In favore del riconoscimento dell'immunità si erano pronunciate la Corte di cassazione francese, rispettivamente, nel 2003, nel 2004 e nel 2006 (sentenze nn. 02-45961 del 16 dicembre 2003, in *Bulletin civil de la Cour de cassation*, 2003, I, n. 258, p. 206; 03-41851 del 2 giugno 2004, *ibid.*, 2004, I, n. 158, p. 132 e della sentenza n. 04-47504 del 3 gennaio 2006), la Corte d'Appello dell'Ontario (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, 2004, Dominion Law Reports (DLR), 4th Series, vol. 243, p. 406, in *ILR*, vol. 128, p. 586) e la Corte costituzionale slovena (*A.A. v. Germany*, 8 marzo 2001, n. IP-13/9), oltre alla nota decisione della House of Lords, sul caso *Jones v. Saudi Arabia*, 2007, 1 Appeal Cases (AC) 270, in *ILR*, vol. 129, p. 629, successivamente riproposto innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo (*Jones v. United Kingdom*, sentenza del 14 gennaio 2014) con esito conforme. In tale occasione, la Corte ha ritenuto che non fosse necessario procedere a un'accurata esame della prassi, «since the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no *ius cogens* exception to State immunity had yet crystallised» (par. 198).

²⁹ Par. 82 della sentenza.

³⁰ *Ibid.*, par. 93. Più avanti la Corte chiarisce che «[a] *ius cogens* rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction



In buona sostanza la Corte internazionale di giustizia ha inteso difendere l'originarietà delle norme che disciplinano il tradizionale assetto orizzontale della comunità internazionale, rivendicandone la solidità (testimoniata da una prassi giurisprudenziale consolidata), ma senza nascondere i limiti strutturali. Orbene, è proprio a tale differenza di struttura – ancor prima che qualitativa – tra l'ordine giuridico internazionale e gli ordinamenti costituzionali che la Corte costituzionale ha inteso rifarsi per valorizzare la funzione della tutela giurisdizionale dei diritti all'interno di questi ultimi. È in questa prospettiva, quindi, che deve valutarsi la scelta “interventista” operata dalla Consulta, la quale avrebbe potuto agevolmente allinearsi (come già la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva fatto) all'interpretazione della Corte internazionale di giustizia e considerare recessive le istanze individuali di protezione giudiziaria dei diritti fondamentali in confronto all'interesse generale di assecondare il rispetto di obblighi internazionali generalmente riconosciuti. Tuttavia, in coerenza con la scelta di non precedere a un nuovo scrutinio della consuetudine internazionale accertata dalla Corte dell'Aja, la rilevata antinomia normativa viene composta attraverso un bilanciamento tra norme secondarie, che si risolve a favore della prevalenza del diritto alla tutela giurisdizionale quale norma qualificante l'assetto delle relazioni giuridiche all'interno dell'ordinamento costituzionale, secondo una ricostruzione speculare rispetto a quella precedentemente effettuata dalla Corte internazionale di giustizia. Beninteso, la Corte si preoccupa fin troppo (di qui le perplessità – altrove manifestate³¹ – riguardo alla possibilità che la pronuncia possa contribuire a un mutamento della regola consuetudinaria dell'immunità, per via del suo carattere di eccezionalità) di precisare che il suo giudizio non è avulso dall'apprezzamento delle circostanze concrete in cui le norme in conflitto sono chiamate a operare: nell'ambito, cioè, di giudizi di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali commessi in territorio italiano nei confronti di cittadini italiani, nonché in assenza di rimedi alternativi esperibili. Nondimeno, essa apre una nuova prospettiva di sviluppo sulla portata applicativa del principio di tutela giurisdizionale dei diritti e, in particolare, sulla

may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess *jus cogens* status, nor is there anything inherent in the concept of *jus cogens* which would require their modification or would displace their application» (par. 95). Tale argomentazione non è stata, tuttavia, condivisa da tutti i giudici della Corte. In proposito, si vedano l'opinione dissenziente del giudice Yusuf e quella del giudice Cançado Trindade, oltre a quella già menzionata del giudice *ad hoc* Gaja. Anche alcuni commentatori hanno criticato il ragionamento della Corte. Cfr., *inter alia*, 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 *Dir. umani dir. int.*, n. 2/2012, pp. 310-326; 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 com. int.*, n. 2/2012, pp. 203-226.

³¹ N. COLACINO, *La conferma della regola attraverso l'eccezione?*, cit.



relativa attitudine a modularsi in funzione della gravità della violazione sostanziale che il ricorso a detta tutela consente di accertare.

Pur residuando qualche dubbio sulla possibilità di sottoporre a bilanciamento diritti garantiti da norme ritenute «intangibili», come nel caso dell'art. 24 (a meno di non ritenere tale anche la regola dell'immunità ristretta accertata dalla CIG, ma l'incertezza in ordine alla portata applicativa della *tort exception* non confermerebbe tale ricostruzione), la tecnica decisoria utilizzata dalla Corte – più consona, in effetti, a un giudice “dei diritti” che a quello delle leggi – appare orientata a valorizzare il più elevato livello di protezione dei diritti individuali che l'ordinamento costituzionale è in grado di offrire rispetto a quello attualmente garantito dal diritto internazionale (tenuto conto, in particolare, della segnalata carenza di strumenti idonei a renderli effettivi). D'altro canto, la sua applicazione non è priva di conseguenze nemmeno su quel «piano sistematico» cui la Cassazione del 2008 aveva deciso di attenersi nello stabilire il corretto ordine di prevalenza tra le norme in conflitto. Si intende, con ciò, fare riferimento non tanto all'intenzione – espressamente manifestata dalla Corte costituzionale – di «concorrere», con il proprio contributo, «ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale»³² in materia, quanto piuttosto alla possibilità di avviare una riflessione comune tra gli organi giurisdizionali a diverso titolo chiamati a rendere effettiva la domanda di tutela loro rivolta, per individuare tra di essi, a fronte di un riconoscimento generalizzato e «multilivello»³³

³² Così il par. 3.3 della sentenza. Sul punto, si vedano le condivisibili considerazioni di A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/guazzarotti_nota_238_2014.pdf, pp. 1-4. V. anche L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana “controvento” sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2014/11/238-2014-nota-gradoni.pdf>, pp. 1-4, secondo cui «[il] linguaggio della Consulta è in sostanza quello della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, o del Patto internazionale sui diritti civili e politici [...]. Esistono quindi i presupposti affinché si avvii un dialogo tra Corti» (p. 3).

³³ Nell'ordinanza di rimessione del 21 gennaio 2014 (r.g. n. 1300/2012), il Tribunale di Firenze assegna specifica rilevanza alla dimensione regionale europea della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, nell'ambito della quale sarebbe già in atto un processo di relativizzazione del *totem* dell'immunità statale: «ad avviso di questo giudicante anche alla luce della fondazione di un impianto normativo comune di dimensione sovranazionale e di forza sovrastatale, sempre meno settoriale e sempre più – oggettivamente – universale, oltre che radicato su un ambito sempre più vasto del territorio europeo, deve mettersi seriamente in dubbio che l'immunità tra stati, tanto più verrebbe da sostenere tra Stati dell'Unione Europea, possa ancora consentire, ancorché solo per effetto di consuetudini internazionali anteriori alla entrata in vigore della Costituzione e della Carta dei diritti dell'Unione Europea, l'esclusione incondizionata della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali violati da atti *iure imperii*». Il medesimo processo è evocato, in termini di «progressive development of a regional customary rule», da 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 II (2014)*, p. 31 (disponibile all'URL http://www.qil-qdi.org/wp-content/uploads/2014/12/03_Constitutional-Court-238-2014_DE-SENA.pdf)

(internazionale, europeo e interno) dei medesimi diritti (siano essi dichiarati inviolabili, fondamentali o di natura cogente), il «giudice naturale» che li protegga.

In questa prospettiva, il ricorso alla dottrina dei «controlimiti», espressamente richiamata nella sentenza, appare strettamente funzionale allo scopo di valorizzare l'applicazione al caso di specie della garanzia di tutela giurisdizionale dei diritti offerta dall'art. 24 Cost. e denunciare, così, implicitamente, il ritardo in cui versa il diritto internazionale nel riconoscimento di garanzie procedurali corrispondenti, anziché a quello di innalzare una "barriera di protezione" contro l'ingresso delle norme internazionali all'interno della «comunità di diritto» nazionale, sulla scorta della posizione assunta dalla Corte di giustizia CE nel caso *Kadi*, cui pure la sentenza 238 espressamente si richiama³⁴. La decisione della Consulta non si pone, cioè, in un'ottica rigidamente *dualista* – se così fosse, infatti, essa avrebbe potuto agevolmente indicare nella norma costituzionale avente un contenuto corrispondente a quello della consuetudine accertata dalla Corte dell'Aja l'oggetto del proprio scrutinio di costituzionalità, che invece verte sul funzionamento del meccanismo di cui all'art. 10, 1° comma, in sé considerato³⁵ – finalizzata a

³⁴ Com'è noto, in tale circostanza, la Corte di giustizia CE, nel riformare la decisione del Tribunale aveva «virato» decisamente su un approccio dualista, affermando che «l'immunità giurisdizionale» riconosciuta alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza incontra un limite nel «controllo di conformità» degli atti interni di recepimento delle risoluzioni rispetto «alla carta costituzionale fondamentale costituita dal Trattato CE». Con la conseguenza che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso» (cfr. la sentenza del 3 settembre 2008, grande sez., sul caso *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, par. 281 e 285).

³⁵ Tra le (note) contrapposte tesi dottrinarie riguardo al funzionamento del meccanismo di cui all'art. 10, 1° comma Cost., alternativamente concepito come norma *di* (M. MIELE, *La Costituzione italiana e il diritto internazionale*, Milano 1951, p. 9 ss. e 15 ss.) o *sulla* produzione (G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, VII ed., Padova, 1967, pp. 96-97) e strumento di «creazione indiretta del diritto» (espressione coniata da S. M. CICONETTI, *Appunti di diritto costituzionale. Ordinamento giuridico statale e fonti costituzionali*, Torino, 1991, p. 56 ss.; ID., *Le fonti del diritto italiano*, II ed., Torino, 2007, p. 35 ss. e p. 500 ss.), idoneo a «determinare il sorgere nell'ordinamento italiano di norme interne corrispondenti [...] alle norme consuetudinarie internazionali» (ID., *La creazione indiretta del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione (Atti del Convegno celebrativo del 60° anniversario della Costituzione)*, disponibile all'URL <http://archivio.rivistaiaic.it/materiali/convegni/roma2008112827/Cicconetti.pdf>, pp. 1-18, a p. 3), ovvero, per converso, come semplice norma di rinvio (cfr. F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, III ed., Padova, 2013, p. 400 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, p. 122), la Corte sembra orientarsi verso la seconda (A. RUGGERI, *op. loc. cit.*, pp. 2-4). Essa, infatti, non esercita il proprio scrutinio su una norma interna corrispondente a quella internazionalmente accertata, ma sostiene che, in caso di contrasto tra quest'ultima e i «principi fondamentali e diritti inviolabili» garantiti dalla Costituzione «l'operatività del rinvio» deve essere esclusa, «con la conseguenza inevitabile che la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non entra nell'ordinamento italiano e non può essere quindi applicata» (par. 3.4 della



contrapporre il sistema di valori, principi e strumenti di garanzia proprio dell'ordinamento costituzionale a quello operante nell'ambito della comunità internazionale, ma tende piuttosto a sottrarre l'ordinamento medesimo all'osservanza di obblighi rigidamente legati alla tradizionale struttura bilaterale delle relazioni interstatali, al solo scopo di dare rilievo a situazioni giuridiche individuali che lo stesso diritto internazionale considera meritevoli di tutela.

sentenza). Oggetto di scrutinio è, quindi, il funzionamento del meccanismo di cui all'art. 10. Sennonché, qualora la Corte avesse optato per una declaratoria di annullamento, vi è da chiedersi se questa non avrebbe dovuto investire lo stesso art. 10 *in parte qua*.