

Il diritto ad un processo nel merito

E' un obbligo costituzionale giudicare della responsabilità civile degli Stati e riconoscere, se del caso, il diritto al risarcimento del danno alle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità, anche se commessi nell'esercizio di funzioni sovrane

di Luca Minniti
Giudice del Tribunale di Firenze



Il diritto ad un processo nel merito

E' un obbligo costituzionale giudicare della responsabilità civile degli Stati e riconoscere, se del caso, il diritto al risarcimento del danno alle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità, anche se commessi nell'esercizio di funzioni sovrane*

di Luca Minniti

Giudice del Tribunale di Firenze

Sommario: **1.** Il dibattito successivo alla sentenza n. 238 del 2014 dal punto di vista del giudice rimettente. - **2.** Il modello di recepimento proposto dalle ordinanze di rimessione e quello adottato dalla Corte Costituzionale. - **3.** Le tecniche decisorie proposte ed adottate e la problematica giustificazione della loro distinzione. - **4.** Il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione nel bilanciamento in concreto tra immunità e tutela dei diritti fondamentali.

1. Il dibattito successivo alla sentenza n. 238 del 2014 dal punto di vista del giudice rimettente

Si è scritto molto sul processo costituzionale definito con la sentenza della Corte Costituzionale 238 del 2014 (cui è seguita la sostanzialmente conforme ordinanza n. 30/2015¹) e sulle quattro ordinanze di rimessione pronunciate dal Tribunale di Firenze, identiche in diritto ma attinenti a controversie aventi ad oggetto illeciti differenti sotto il profilo materiale². Si è scritto di getto, a ridosso dei provvedimenti come ormai consente la velocità della rete, e si è poi tornati a scrivere, anche da parte degli stessi autori, ripetutamente in seguito.

E' anche vero, come si è scritto, che la sentenza della Corte Costituzionale ha fatto il giro del mondo³ ed in effetti il feedback dalla comunità internazionale è stato davvero intenso.

Anche lo scrivente, nell'esercizio della sua funzione giudicante, ha avuto la possibilità di esprimersi più di una volta: dapprima con le quattro contestuali ordinanze di rimessione⁴, poi, a seguito della riassunzione dei quattro processi *restituiti* dalla Corte Costituzionale, con i

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Che si distingue dalla sentenza n. 238 del 2014 per la tecnica decisoria di uno dei tre profili.

² Le domande dei deportati nei lager e sopravvissuti, Duilio Bergamini e Furio Simoncioni, la domanda degli eredi di Luigi Capissi deportato nei lager e di Angiolo Donati ucciso durante un rastrellamento.

³ Così Elisabetta Lamarque in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2 , 76-83.

⁴ I processi *a quibus* non sono stati riuniti perché avevano ad oggetto fatti illeciti differenti, differente il giorno ed il luogo di consumazione del fatto , diverse le condotte deportazioni ed omicidio in rappresaglia, con esiti diversi nei confronti di persone differenti.

provvedimenti interinali di proposta conciliativa ed invio in mediazione delegata⁵ per due dei quattro casi di cui era investito. Infine con le sentenze di merito che hanno definito⁶ i processi.

L'occasione gentilmente offerta dalla Redazione di questa rivista proietta invece il giudice rimettente fuori dal processo e nel vivo del confronto scientifico.

Questo intervento sarà limitato ai profili delle controversie direttamente coinvolti dal definito processo costituzionale e non toccherà il merito delle domande, la responsabilità, il danno, il risarcimento ancora sottoposto alla valutazione del giudice nel quarto ed ultimo processo rimesso alla Consulta. Né toccherà i profili attinenti alla domanda di manleva proposta dalla Germania verso la Repubblica Italiana.

Vale la pena prima di tutto sottolineare che non soltanto nei provvedimenti giudiziari (doverosamente ancorati al fatto di causa ed immersi nella vicenda storica ed umana delle parti coinvolte) ma anche negli interventi di taglio squisitamente scientifico si ascolta l'eco profonda della tragedia nella quale sono collocati i fatti che hanno dato origine al contenzioso⁷.

Fa riflettere allora che tale rilevanza storico politica abbia suggerito ad un'autorevole rivista⁸ di far precedere da un'avvertenza la pubblicazione dei due commenti (peraltro di tenore divergente l'uno dall'altro), sulla necessità di mantenere distinto il dibattito accademico che “non può che rimanere sul piano scientifico astratto” dal “piano umano e concreto al fondo di questa decisione “ che in quanto “dichiaratamente mirata a fare evolvere il diritto internazionale consuetudinario, contribuisce a tenere bene aperto un dibattito storico-politico su episodi che purtroppo da soli pochi anni si sono saputi ricordare davvero e non, invece, rimuovere” .

Per il giudice una tale scissione di piani non ha, non può avere, non ha evidentemente avuto gli stessi confini.

Non ovviamente nel senso che il rigore scientifico possa cedere il passo a valutazione metagiuridiche, ma nel senso che la pressione giuridica del fatto sul sistema giuridico, la sua irriducibile novità al cospetto dell'ordinamento giuridico impongono, sempre e di volta in volta, una ri-costruzione integrale della disciplina regolatrice, un suo ripensamento tanto profondo quanto lo sono i valori in gioco.

⁵ Ai sensi dell'art. 185 e 185 bis c.p.c. .

⁶ Sentenze nn 2468/2015, 2469/2015 del Tribunale di Firenze pubblicate in *Questione Giustizia On Line* e n. 4345/2015 del Tribunale di Firenze inedita, la quarta in corso di deposito .

⁷ M. Luciani in *Questione Giustizia* n. 1 del 2015, Obiettivo 2, 85 sottolinea come la Corte abbia affrontato “ la questione delicatissima delle responsabilità per i crimini nazisti, affacciandosi, con una tensione etica evidente, sul baratro della coscienza europea del Novecento”.

⁸ Nota redazionale in *Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, 2015, 12-20.



Trova, anche perciò ed ancora una volta, cristallina conferma, l'importanza della scelta costituzionale del sindacato incidentale di costituzionalità costruito con un giudice vicino al fatto ed alla norma in fase di applicazione, chiamato a interrogarsi sulla costituzionalità della norma, ed un giudice guardiano della Costituzione chiamato a dire la parola definitiva sulla conformità ad essa delle fonti sospettate di contrasto.

Per il giudice di merito ed in particolare per quello destinato ad occuparsi della responsabilità civile non rappresenta una novità cimentarsi con la ricostruzione del sistema delle fonti di rango costituzionale di tutela della persona, perché l'intero assetto della tutela civile della dignità umana ha risentito, ormai da alcuni decenni, della necessità di dare diretta attuazione giurisprudenziale, solo di rado mediata dal legislatore, degli articoli 2, 24 e 32 della Costituzione. Costituisce invece, ha costituito, per esso invece un'assoluta incognita portare questo bagaglio culturale al cospetto dei principi e delle norme internazionali di rango costituzionale, sottoporlo al setaccio piuttosto consolidato, prima di tutto del trasformatore costituzionale permanente (di cui all'art. 10 Cost.), poi del sistema di giustizia internazionale fondato sullo Statuto dell'ONU firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e recepito con [legge 17 agosto 1957, n. 848 e sulla Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, firmata a Strasburgo il 29 aprile 1957 \(ratificata con legge 23 marzo 1958, n. 411 \)](#), infine delle diverse norme interne anch'esse destinate all'apertura dell'ordinamento nazionale o alla esecuzione e promozione del diritto internazionale e dei suoi consolidati approdi.

L'argomento era peraltro stato arato, meticolosamente, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in particolare delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sino alla sentenza della CIG del 3 febbraio 2012 che, a parere di molti, sembrava aver definito una volta per tutte la *querelle*, secondo l'orientamento cui anche la Corte di Cassazione aveva cominciato a prestare integrale ossequio⁹. Dunque pur dovendosi riconoscere alla pronuncia del giudice dell'Aja, come ha correttamente segnalato la Corte Costituzionale nella sentenza 238 del 2014, una valenza inferiore a quella, assoluta ed esclusiva, attribuitale nelle ordinanze di rimessione, non può negarsi che non vi fosse alcuna possibilità di correggere la ricostruzione della regola consuetudinaria da parte del giudice nazionale come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale¹⁰.

⁹ Sentenza Cass. Penale n. 32139 del 9 agosto 2012 e Sentenza Cass. Civile 1136 del 21.1.2014 , depositata nella stessa data del deposito delle ordinanze di rimessione .

¹⁰ “ interpretazione particolarmente qualificata “ si legge nella 238 del 2014 “ che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e o giudici nazionali , ivi compresa questa Corte “.



Prima ancora di entrare nel merito delle problematiche e delle asperità affrontate dal giudice a quo, prima e dopo la sentenza n. 238, si ritiene opportuno anteporre alcune considerazioni che possono aiutare a comprendere il senso degli argomenti tecnici alla base delle decisioni prese.

La prima considerazione che si ritiene utile proporre è se non sia vero che la prevalente dottrina internazionalistica (in misura minore anche quella costituzionalistica e processualcivilistica) abbia sottovalutato il fatto che la connessione e la frizione tra diritto interno (il sistema della tutela civile risarcitoria della persona umana verso crimini contro l'umanità) e diritto internazionale (nel binomio sovranità ed immunità degli Stati) ha, nel caso in esame, coinvolto la possibilità stessa della giurisdizione di svolgere la sua funzione¹¹. Mettendo in discussione non, dunque, la regola di giudizio del fatto di causa, ma la norma sul potere/dovere, di giudicare la domanda.

In questo senso il processo in esame si è rivelato allo scrivente come una pagina della permanente e viva dialettica tra formalismo e garantismo, un piccolo passo verso l'effettività del diritto obiettivo. Un segmento, un tassello di *law in action*.

In questo senso alcune delle prime osservazioni critiche sono apparse al rimettente dettate dalla difficoltà della dottrina internazionalistica di introiettare la nuova dimensione assunta dalle giurisdizioni come conseguenza di quel mutamento epocale del paradigma del diritto internazionale individuato , nei commenti più favorevoli alla sentenza, nel passaggio dalla sovranità degli Stati alla «sovranità dei valori»¹².

L'impressione maturata in chi scrive oggi, all'esito dei processi di merito, è che la dottrina nell'addebitare alla Consulta l'omessa ponderazione, il mancato bilanciamento, dei beni in conflitto, non abbia forse adeguatamente considerato che l'auspicata migliore ponderazione dei valori in gioco avrebbe, se fosse prevalsa la tesi integralmente adesiva alla decisione dell'Aja, dovuto necessariamente sacrificare il diritto alla giurisdizione, pregiudicando definitivamente la possibilità di conoscere nel processo i fatti, di accertarne l'antigiuridicità interna ed internazionale e di trarne le debite conseguenze riparatorie sul piano civile. In un contesto peraltro di ormai risalente ed accertato inadempimento degli obblighi, anche internazionali, di riparazione del danno da parte dello stato tedesco.

E dunque con esiti significativi non solo sulle vicende del Terzo Reich e comunque del secondo conflitto mondiale, ma sul futuro della tutela civile dei diritti verso crimini di guerra e contro l'umanità

¹¹ Che dovrebbe esser ritenuta quella di entrare nel merito delle controversie.

¹² S. Senese, in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 51-57 ma anche G. Silvestri, sempre in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 63.



Che lo spazio di un diverso bilanciamento tra tutela dei diritti umani , seppure sul terreno della riparazione per equivalente, e quello della protezione integrale della immunità statale dalla giurisdizione a copertura di illeciti costituenti crimini contro l'umanità, commessi nell'esercizio di poteri sovrani, fosse del tutto consumato non è stato il Tribunale di Firenze ad affermarlo per primo.

E' la stessa sentenza 3 febbraio 2012 della Corte dell'Aja, nel confermare la prevalenza assoluta della (ritenuta immutata ed ancora vigente) consuetudine internazionale ad escludere ogni possibilità di bilanciamento, negando la justiciability da parte italiana della condotta del III Reich e limitando la propria sollecitazione verso la Germania al rincrescimento per la interruzione delle trattative ed all'auspicio della loro ripresa, pur in presenza della netta e già acclarata chiusura tedesca, a fronte di un riconosciuto elevatissimo grado di illiceità della condotta e dell'ammissione della responsabilità dello Stato tedesco.

Vale la pena ricordare come la Corte dell'Aja abbia del tutto escluso l'esistenza di conflitto tra norme di jus cogens (materiali) e norme (nella specie l'immunità statale) ritenute formali o processuali, in quanto operanti su piani differenti (scrive la Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza 3.2.2012 : “even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of jus cogens rules, the applicability of customary international law on State immunity was not affected”). Con ciò consumando una frattura non più componibile prima dell'esercizio della giurisdizione sul merito della domanda.

Poiché poi la Corte dell'Aja , respingendo la ricostruzione della giurisprudenza italiana, aveva ricostruito e affermato la portata della copertura della immunità statale proprio in relazione alle controversie che il giudice del merito doveva decidere la strada, stretta ma obbligata, è divenuta quella della ricostruzione della disciplina costituzionale e, a seguire, della verifica di costituzionalità del regime delle immunità di fonte internazionale.

Il Tribunale di Firenze ha in primo luogo ravvisato una incongruenza, una sproporzione, tra l'obiettivo di preservare la sovrana eguaglianza tra gli Stati e la necessità di proteggerla con la scelta di conservare, in tutta la sua tradizionale portata, la regola internazionale di fonte consuetudinaria della immunità statale, dalla giurisdizione civile, per crimini di guerra e contro l'umanità.

Di questa problematica, di questo grave impaccio, si rinviene traccia anche nella adesione italiana alla Convenzione di New York del 2 dicembre 2004, in particolare nelle dichiarazioni interpretative che accompagnano l'adesione italiana e che trovano il loro antecedente logico e



politico nell'OdG del Senato (sen. Marcenaro, sen. Maritati) la cui portata fu, ancor prima del promovimento del giudizio di costituzionalità, messa in rilievo da attenta dottrina¹³

Ad avviso di chi scrive la rimessione alla Consulta appariva quindi assolutamente necessitata da un contesto ordinamentale per molti versi irragionevole che solo l'ossequio a tradizioni sedimentate e conservate da altra epoca (nella quale gli stati nazionali mantenevano l'esclusiva sulla affermazione ed attuazione delle regole internazionali) consentiva di ritenere compatibili con la Costituzione vivente o, ancor prima, sottratte per ragioni formali a qualsivoglia controllo di costituzionalità. E ciò , ancorché l'ormai inarrestabile pluralismo ordinamentale¹⁴ avesse da tempo prodotto un diffuso dialogo istituzionale, prima di tutto ma non solo giurisprudenziale, rivolto ad integrare gli ordinamenti secondo il canone della tutela più intensa dei diritti, mediante il quale *filtrare* i recepimenti.

Il riferimento ai motivi di inammissibilità della questione consente poi di individuare il secondo punto critico del dibattito scientifico che ha seguito dapprima, sebbene un po' sottotraccia, le ordinanze di rimessione, poi anche, pubblicamente, la sentenza 238 del 2014 della Corte Costituzionale.

Il sistema, come ricostruito da una parte della dottrina, non avrebbe consentito alla Corte Costituzionale di verificare la compatibilità, con la Carta fondamentale dello Stato (e neppure con i suoi superiori principi fondamentali) della norma di provenienza internazionale e di fonte consuetudinaria impositiva del divieto, gravante su ogni Stato, di sottoporre al giudizio dei propri organi, le condotte illecite messe in atto da altri Stati, iure imperii, ancorché costituenti crimini contro l'umanità.

Prescindendo, salvo tornarvi in seguito, dalle (indubbiamente valide) argomentazioni tecnico formali che avrebbero potuto indurre il Tribunale di Firenze a non proporre (e la Corte Costituzionale a dichiarare inammissibile) la questione di legittimità costituzionale, non si può non considerare che il sistema così diversamente ricostruito avrebbe messo a rischio l'operatività stessa verso l'esterno della nostra Costituzione, la cui rigidità anche sul lato rivolto agli altri ordinamenti può esser garantita solo dal controllo di costituzionalità accentrato esercitato attraverso i contro-limiti.

¹³ Elena Sciso in Rivista di diritto Internazionale, 2013 , 547-548 ed Ernesto Lupo in Questione Giustizia n.1 del 2015, Obiettivo 2, 68.

¹⁴ Ben oltre la dialettica tra modello monistico e dualistico di relazioni tra ordinamento interno ed internazionale.



Nel senso che una ricostruzione che avesse consentito tali significative lacune avrebbe reso perciò stesso la Costituzione rigida solo verso l'interno e sostanzialmente flessibile verso l'esterno¹⁵. E questo, in un'epoca nella quale gli ordinamenti dialogano ma anche entrano in conflitto, in primo luogo ma non solo attraverso le decisioni dei propri giudici, avrebbe evidentemente reso claudicante il sistema e la Corte Costituzionale che ne è custode, privando l'ordinamento interno del principale strumento di interlocuzione della propria Costituzione con gli altri ordinamenti, in un'epoca in cui la sovranità democratica degli stati è sottoposta a molteplici sollecitazioni.

Infine, sul piano politico culturale, quella impostazione avrebbe privato il dialogo inter-costituzionale di uno strumento prezioso.

Cosicché il pensare che la Corte Costituzionale potesse negare ingresso, ad una domanda tanto radicale quanto semplice, prima ancora di esaminarne la fondatezza, ad avviso dello scrivente e con tutto il rispetto per gli argomenti tecnici proposti, appariva allo scrivente frutto di una illusione ottica quella che ai giuristi spesso impedisce di valutare il merito dei fatti.

Certo una tale, apparente, via di uscita poteva trovare terreno fertile nella considerazione che una tale questione di legittimità costituzionale (non solo le singole controversie da cui aveva avuto origine) fosse un relitto del passato destinato ad esaurirsi con il filone delle controversie contro il Terzo Reich. E che anzi producesse il rischio di far risorgere altri scheletri dagli armadi della storia poco nobile delle nazioni ed anche del nostro paese. Di questa preoccupazione sono pervasi, non solo implicitamente, molti interventi critici della sentenza 238 del 2014 della Corte Costituzionale.

Ma il portato giuridico della questione è apparso ben più significativo e denso di conseguenze una volta trasferito dalle ordinanze di rimessione alla pronuncia della Consulta.

Perciò, una volta preso atto del vincolo, particolarmente stringente per il giudice nazionale, sorto dalla inequivocabile e ineludibile decisione contenuta nella sentenza CIG 3 febbraio 2012, ed una volta esclusa la possibilità del giudice del merito di disapplicare, per contrasto con la Costituzione, la norma consuetudinaria in ragione della copertura costituzionale fornita dall'art. 10 Cost., solo la stessa Costituzione nei suoi principi supremi, ed il giudice investito della loro finale protezione poteva esser ritenuta competente a ri-produrre una "regola conformativa dell'immunità, basata sull'affermazione della persona e dei suoi diritti fondamentali quale valore comune da parte di ciascun popolo e ciascun ordinamento".

¹⁵ Ma, scrive G. Silvestri, "ciò che non è consentito alle norme interne non è consentito neppure a quelle esterne" in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 63.



Pertanto la via del ricorso alla Corte Costituzionale è apparsa l'unica percorribile nel rispetto delle prerogative di controllo accentrato sul sistema delle fonti del diritto.

Ciò detto, non può negarsi che la Corte Costituzionale perseguendo l'obiettivo, meritorio e condiviso dal giudice rimettente, di affermare la necessità di un controllo accentrato di compatibilità costituzionale sulle norme internazionali, ha scelto soluzioni tecniche che hanno messo a dura prova non solo la ricostruzione sistematica ma anche le scelte tecniche del giudice rimettente tenuto a definire la eccezione di giurisdizione ed il merito della domanda di risarcimento del danno.

2. Il modello di recepimento proposto dalle ordinanze di rimessione e quello adottato dalla Corte Costituzionale

Per comprendere le soluzioni adottate ed affrontarne le problematiche applicative è in primo luogo necessario interrogarsi sugli impedimenti all'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale come individuati da autorevolissima dottrina.

Nella prospettazione degli studiosi gli ostacoli avrebbero coinvolto solo la consuetudine recepita ex art. 10 della Costituzione e non anche l'obbligo di osservarla in ossequio all'obbligo di dare attuazione alle sentenze della Corte Internazionale di Giustizia previsto dallo Statuto delle Nazioni Unite che nella legge 17 agosto 1957, n.848 trova la fonte di recepimento interno. Né la legge 3 del 2015 reiterativa di tale obbligo in relazione alla specifica sentenza della CIG.

Il primo impedimento al merito del giudizio di costituzionalità sarebbe stato individuabile nella *natura di fonte fatto* della consuetudine internazionale. Il secondo nel *rango costituzionale* conferito dall'art. 10 Cost. alla norma consuetudinaria . Il terzo nell'assenza di una disposizione legislativa assoggettabile al giudizio di costituzionalità. Il quarto nella provenienza, né dallo Stato né dalle Regioni come prescritto dall'art. 134 Cost., della norma sottoposta al controllo di costituzionalità. Il quinto nell'antiorità, rispetto alla entrata in vigore della Costituzione, della consuetudine ritenuta perciò sottratta al controllo di legittimità costituzionale, in quanto implicitamente già operato dal costituente con l'adozione dell'art. 10 Cost. .

Nelle ordinanze di rimessione il Tribunale di Firenze aveva proposto l'adesione alla ricostruzione dommatica della dottrina¹⁶ secondo la quale l'art. 10 Cost. contiene un sistema di riproduzione della norma esterna nel nostro ordinamento, di rango sub costituzionale, con forza di norma

¹⁶ S.M. Cicconetti in AIC rivista n° 4/2011 data pubblicazione 08/11/2011; S.M. Cicconetti, *Le fonti del diritto italiano*, Torino 2007, 44.



interposta utilizzabile come parametro di costituzionalità indiretto per le disposizioni di legge di rango inferiore (in forza degli artt. 10 e oggi anche 117, Cost).

Il modello proposto avrebbe consentito di superare agilmente i primi quattro profili di inammissibilità: quelli relativi alla natura della fonte ed all'assenza di una disposizione legislativa espressa, perché la norma prodotta dalla fonte fatto poteva ritenersi recepita all'interno dell'ordinamento nazionale da una *disposizione* normativa certamente *statale* (l'art. 10 Cost.) riprodottriva della norma internazionale; quello relativi al rango della consuetudine perché il valore sub-costituzionale da una parte ne avrebbe pienamente consentito il controllo di costituzionalità (secondo tutte le norme costituzionali) dall'altro non avrebbe privato la consuetudine della forza di norma interposta in grado di conformare l'ordinamento interno, nel rispetto della Costituzione dalla quale traeva la propria efficacia rafforzata.

Sarebbe forse rimasta impregiudicata la questione dell'assoggettabilità a controllo delle consuetudini anteriori alla Costituzione. Secondo la dottrina prevalente la Corte Costituzionale nella sentenza 48/1979 ne avrebbe escluso l'assoggettabilità al giudizio di costituzionalità della Corte perché "la sottrazione al limite si doveva alla presunzione che gli stessi Costituenti avessero positivamente vagliato la loro conformità a Costituzione, ché, in caso contrario, non avrebbero previsto il meccanismo di adeguamento automatico di cui all'art. 10 Cost." ¹⁷.

Ad avviso dello scrivente la Consulta non poteva che discostarsi da tale proprio orientamento che presuppone un quadro cristallizzato e nitido di consuetudini internazionali la cui datazione (prima e dopo l'entrata in vigore della Costituzione) era, come è riscontrabile nel dibattito scientifico, tutt'altro che facile¹⁸. E presupponeva anche un fossilizzato (al 1 gennaio 1948) assetto dei principi costituzionali tale da indurre a ritenere, una volta per tutte, esaurita con l'approvazione della Costituzione la verifica di costituzionalità delle consuetudini anteriori.

Ad avviso dello scrivente sarebbe stato, infatti si è rivelato, un vincolo troppo stesso all'ordinamento costituzionale.

3. Le tecniche decisorie proposte ed adottate e la problematica giustificazione della loro distinzione

Com'è noto la scelta della Corte Costituzionale è stata diversa e più complessa di quella proposta nelle ordinanze di rimessione.

¹⁷ In questo senso M. Luciani in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 88.

¹⁸ In questo senso Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Torino, 2014, 475.



In primo luogo la Corte Costituzionale ha distinto nella sentenza n.238 del 2014 e poi ancora nella ordinanza n.30/2015 la tecnica di espunzione della norma che avrebbe vincolato il Tribunale di Firenze vuoi alla sua diretta applicazione, vuoi alla sua osservanza in quanto riprodotta nel dictum della sentenza 3 febbraio 2012 della CIG che lo statuto dell'Onu impone all'Italia di osservare, vuoi infine in forza della previsione reiterativa della legge n. 3 del 2015.

La pronuncia rivolta alla consuetudine in sé considerata ne ha escluso il recepimento anche solo formale con una decisione, in un primo momento, di rigetto della questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 238/2014) e poi con la declaratoria di manifesta inammissibilità *“per inesistenza (ab origine) del suo oggetto”* (nella ordinanza 30/2015)

Non è del tutto chiaro a chi scrive quali siano state le preoccupazioni che abbiano indotto la Consulta alla distinzione delle tecniche decisorie. Non dovrebbe esservi tra queste quello di dimostrare l'apertura stabile, permanente, del nostro ordinamento agli ordinamenti internazionali ormai definitivamente consolidata negli artt. 10, 11 e 117 della Costituzione.

Certo è che il Tribunale di Firenze ha dovuto affrontare, con risultato forse insoddisfacente, le conseguenze, dirette ed indirette, delle scelte adottate dalla Consulta.

In primo luogo come ci ha ricordato l'ordinanza n.30/2015 con la quale la Consulta ha deciso la quarta eccezione di legittimità costituzionale nella sentenza 238/2014 la Corte Costituzionale ha esplicitamente stabilito 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”*; sicché (secondo l'ordinanza n. 30 del 2015) l'ordinamento *“non ha dunque prodotto la norma (interna) che il rimettente censura, sull'erroneo presupposto del suo intervenuto recepimento ex art. 10 Cost.”*.

Il Tribunale di Firenze, tornato a decidere sulle questioni pregiudiziali, preliminari e di merito, ha dunque dovuto affrontare alcune asperità che conseguono alla novità della tecnica decisoria adottata.

Come anticipato la dottrina si è soffermata principalmente sulla pronuncia di rigetto e inammissibilità, che ha colpito l'eccezione rivolta direttamente verso la norma consuetudinaria. Certamente questa è la tecnica decisoria che ha proposto maggiori problematiche. Nondimeno la distinta tecnica decisoria utilizzata per disporre l'accoglimento integrale delle questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 1 della legge n. 848 del 1957 e all'art. 3 della legge 5/2013 non può nascondere il fatto che anche queste due disposizioni, così come l'art. 10 Cost., non contenevano la norma sostanziale censurata ma ne costituivano *solamente* il veicolo di recepimento o ri-produzione attraverso il richiamo alle decisioni della CIG. Ci si deve chiedere perciò se a giustificare la diversa pronuncia (rigetto/inammissibilità o accoglimento) fosse e sia



sufficiente il diverso rango costituzionale (per l'art. 10 Cost), sub-costituzionale *della legge n. 848 del 1957* e di legge ordinaria della legge 5/2013¹⁹.

Perciò nelle sentenze che hanno definito i processi a quo il giudicante si è chiesto se pur prendendo le forme di una pronuncia interpretativa di accoglimento, con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme, la tecnica decisoria non fosse ingiustificatamente diversa da quella utilizzata per la terza questione.

Dato che, in relazione a tutti e tre i distinti dubbi prospettati dal rimettente, la Corte Costituzionale ha affermato che è costituzionalmente illegittimo il meccanismo di produzione normativa interna che abbia *in ogni modo* e senza eccezione alcuna l'effetto di recepire nell'ordinamento della Repubblica Italiana la regola di origine consuetudinaria internazionale (e confermata nel giudizio definito dalla CIG con la sentenza del 3.2.2012) secondo la quale anche gli illeciti per crimini di guerra e contro l'umanità, commessi iure imperii da uno Stato, soggiacciono al principio della immunità dalla giurisdizione (anche civile) della Repubblica Italiana.

E questo, sembra al giudicante che la Corte abbia affermato sia con riferimento al caso in cui tale conseguenza possa ritenersi il logico risultato dell'automatismo costituzionale di cui all'art. 10, Cost., dichiarato sul punto inefficace. Sia qualora esso possa ritenersi la conseguenza giuridica dell'obbligo (avente copertura costituzionale nell'art 11 Cost) di adeguarsi alle sentenze della Corte dell'Aja (come nel caso dell'art. 1 della legge n. 848 del 1957 e dell'art. 3 della legge 5/2013)²⁰.

La diversificazione delle tecniche decisorie è forse la conseguenza, non saprei dire se necessaria o meno, del mancato accoglimento della proposta ricostruttiva avanzata nelle ordinanze di rimessione (mutuata da autorevole dottrina) secondo la quale l'art. 10 comma I, della Costituzione darebbe vita ad un meccanismo di creazione indiretta del diritto, riproduttiva nell'ordinamento interno, di una norma di rango sub-costituzionale, con forza di norma interposta, dal contenuto identico alla norma consuetudinaria internazionale.

Ma, anche prescindendo dalla problematicità della distinzione delle tecniche decisorie adottate per i tre profili sollevati, il punto critico di difficile risoluzione resta la compatibilità tra la scelta di accentrare il controllo di costituzionalità ("*solo ad essa compete*" il giudizio "*di compatibilità con i principi fondamentali e con i diritti inviolabili della persona, che costituiscono «gli elementi identificativi ed*

¹⁹ almeno con riferimento al suo art. 3.

²⁰ Che il contro-limite sia, per la prima volta, rivolto nei confronti di una sentenza della CIG e non solo di una norma è messo bene in luce da Ernesto Lupo in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 64-69



irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale»,) e l'esito del controllo che, ancorché positivo, determina il rigetto o la declaratoria di inammissibilità della questione.

Con la conseguenza apparentemente paradossale che il giudice che dubiti correttamente della legittimità costituzionale della norma internazionale, che non sia stata anche direttamente o indirettamente recepita con disposizione interna, appare obbligato a proporre una questione di legittimità costituzionale destinata, *se fondata*, melius anche se fondata, a produrre una pronuncia di rigetto (come stabilito nella sentenza 238/2014) o addirittura di inammissibilità (come deciso nella ordinanza 30/2015).

Nella difficoltà di dare esecuzione coerente alla decisione della Corte il Tribunale di Firenze ha dovuto poi verificare se si rendesse di nuovo necessario²¹ investire la Consulta in relazione all'art. 1 della legge 23 marzo 1958, n. 411 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, firmata a Strasburgo il 29 aprile 1957*) nella parte in cui recepisce l'art. 39 della Convenzione – che prevede che «ciascuna Alta parte contraente si conformerà alla decisione della Corte internazionale di giustizia [...] in ogni controversia nella quale è parte» e dunque anche, come nel nostro caso, quando essa dovesse prevedere l'obbligo di negare la giurisdizione civile italiana nelle controversie di risarcimento del danno per crimini di guerra o contro l'umanità.

Il Tribunale ha ritenuto esaustivo il controllo di costituzionalità già svolto dalla Corte sul sistema di recepimento ex art. 10 Cost , ritenendolo di per sé idoneo e sufficiente , una volta per tutte, ad escludere che la consuetudine internazionale, autorevolmente confermata dalla Corte dell'Aja con la sentenza del 3.2.2012 , potesse ritenersi recepita, per qualsivoglia disposizione o norma, dalla nostra Carta fondamentale se non nei limiti materiali disegnati dalla Corte Costituzionale.

Nella consapevolezza che questa scelta implica l'attribuzione alla pronuncia, contenuta nella sentenza 238 del 2014 e nella ordinanza 30 del 2015, di un contenuto declaratorio del tutto coincidente con quello delle sentenze di accoglimento²² con la conseguenza di ritenere la consuetudine non recepita dall'ordinamento giuridico interno sia quando ad operare sia esclusivamente l'art. 10 I comma Cost., diretto recettore della fonte fatto, sia quando invece ad operare sia l'art. 11 Cost., attraverso il sistema dell'obbligo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, recepito con l'art. 1 della legge n. 848 del 1957 e dalla

²¹ Elisabetta Lamarque in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2 , 76-83

²² Ernesto Lupo ritiene che sarebbe stata più coerente una pronuncia di accoglimento in *Questione Giustizia* n.1 del 2015, Obiettivo 2, 64-69



legge di ratifica 411/1958 della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie, firmata a Strasburgo il 29 aprile 1957 .

Peraltro in questa direzione, nel senso di ritenere definita una volta per tutte e con effetti vincolanti l'intera questione di legittimità costituzionale della consuetudine sulla immunità, in parte qua, appaiono orientate implicitamente le sentenze 9097 del 2015 e 9098 del 2015 ed esplicitamente la sentenza n. 21946 del 28/10/2015 delle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

4. Il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione nel bilanciamento concreto tra immunità e tutela dei diritti fondamentali

In due dei quattro processi a quibus , quelli instaurati dagli eredi delle vittime decedute in conseguenza della deportazione, il giudicante ha vanamente esperito il tentativo di conciliazione, proponendo una soluzione transattiva prima ancora di definire espressamente l'eccezione di giurisdizione. Ha anche suggerito ai sensi dell'art. 5, comma II, del D.lgs 28/2010 la strada della mediazione delegata per riaprire le trattative anche tra gli Stati (si ricorda che i processi vedevano l'Italia chiamata in manleva dalla Germania) *“con facoltà delle parti di scegliere concordemente un organismo avente sede in luogo diverso da quello indicato nell'art. 4 citato e composto da un collegio di mediatori, integrato in modo adeguato alle necessità ed assolute peculiarità del caso con mediatori avvocati esperti di diritto internazionale ...”*²³. Il Tribunale non ha invece scelto la medesima strada in relazione ai processi instaurati dai sopravvissuti anche per garantire la celerità della decisione alle vittime ormai in età avanzata. Ma né dalla Germania e neppure dal Governo italiano è, nel frattempo, pervenuto alcun segnale, nel processo, di disponibilità all'accordo e neppure alla benché minima trattativa, all'interno o al di fuori del processo. Né la Germania ha dato una qualche risposta alla proposta di conciliazione formulata dal giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c. nei processi in cui ad agire erano gli eredi delle vittime. In quei processi promossi dagli eredi , come nel presente giudizio instaurato da un sopravvissuto, la Repubblica Federale di Germania ha cessato di partecipare al giudizio a partire dalla prima udienza successiva alla riassunzione conseguente alla decisione della Corte Costituzionale.

Nel procedere poi al bilanciamento tra la norma internazionale non recepita dall'ordinamento interno e la norma interna, illecita nell'ordinamento internazionale, nella consapevolezza del rischio di portare l'Italia a consumare un illecito internazionale il Tribunale ha ritenuto doveroso

²³ Proposta apprezzata in nota redazionale di Int'l Lis. Supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale, 2015, 12-13



tornare a verificare in concreto, nella singola controversia, i beni in conflitto come diversamente tutelati nei due ordinamenti.

Ciò facendo, richiamati i principi affermati dalla Corte Costituzionale, anche ma non solo nella 238/2014, il Tribunale di Firenze non ha ritenuto corretto attribuire un diverso e minore valore alla tutela giurisdizionale risarcitoria per equivalente, solo e perché del diritto fondamentale violato è rimasto oggi possibile unicamente il ristoro monetario e non anche il più soddisfacente risarcimento in forma specifica²⁴. Una diversa conclusione avrebbe implicato degradare il diritto alla tutela proprio quando e perché l'illecito ha avuto conseguenze più gravi e tendenzialmente definitive, riparabili solo monetariamente. Ed anzi il Tribunale ha valorizzato *a contrario* l'argomento, affermando che la negazione della immunità dalla tutela giurisdizionale per equivalente monetario lede il principio di sovranità da essa presidiato in misura assai inferiore rispetto a quanto non possa farlo la tutela in forma specifica. Infine il Tribunale ha posto in rilievo che il legame istituzionale europeo fondato sull'insieme dei principi consacrati nella *Costituzione europea* non corresse, nei rapporti tra Italia e Germania, alcun rischio sotto il profilo del rispetto della reciproca sovranità avendo la presente decisione il contenuto di mero accertamento e condanna, restando ancora agli Stati la facoltà di promuovere il negoziato sull'esecuzione della sentenza.

Riconoscendo perciò la prevalenza alla tutela del *diritto al processo di merito* e per converso l'obbligo costituzionale di riconoscere la giurisdizione accertando, se del caso, la responsabilità civile degli Stati ed il diritto al risarcimento del danno a tutela alle vittime di crimini di guerra e contro l'umanità anche se commessi nell'esercizio di funzioni sovrane.

Perché se è vero che la giurisdizione non è l'unico strumento di affermazione e tutela dei diritti, avendo essa un ruolo costituzionale non superiore alla legislazione ed all'amministrazione, è anche vero che, senza la giurisdizione, proprio le altre due dimensioni nelle quali il diritto può attuarsi rischiano di perdere efficacia ed effettività.

E dunque ancora alla politica, al legislatore ed al Governo torna il compito della soddisfazione dei diritti delle vittime. La Repubblica Italiana potrebbe tornare a svolgere il proprio compito di attuazione dell'art. 2 della Costituzione se acquistasse dai titolari, ovviamente a titolo oneroso, i crediti risarcitori riconosciuti alle vittime del Terzo Reich, con ciò subentrando nella loro posizione creditoria verso la Repubblica di Germania.

²⁴La diversa tesi era stata avanzata da Claudio Consolo e Valentina Morgante in *Corr. Giur.* 1, 2015, 100-112.