

**LA SENTENZA 238/2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE NELLA
PROSPETTIVA DI UN'EVOLUZIONE DELLA NORMA
INTERNAZIONALE CONSUETUDINARIA SULL'IMMUNITÀ DELLO
STATO DALLA GIURISDIZIONE CIVILE.**

di

Federico Travan

(Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”)

Abstract

In this essay, the fundamental judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court is analyzed from the peculiar point of view of its role in a possible (and, in the opinion expressed by the author, necessary) evolution of the international customary norm about jurisdictional immunity of the States. The judgment is decomposed in three main arguments emerging from it: the first regards the principle of access to justice and shows the very closed relationship between a substantial right and its jurisdictional remedy; the second concerns the logic of «balance of values» in the circumstances of the case, in which it was necessary to find an equitable harmony between sovereignty and human dignity; the third is related to iure imperii acts and the natural impossibility to consider international crimes a species of them.

These arguments appear to be as a sort of proposal to the international community to interpret the norm about jurisdictional immunity of the State in a (methodologically) more correct and (substantially) more just way, and they constitute the essential part of a new pratique des États that aims at considering the human being and its fundamental rights as one of the central «pivots» of the contemporary international law system.

SOMMARIO:

I. Introduzione: i contenuti della Sentenza e premessa ai tre argomenti ermeneutici. – II. Primo argomento: accesso alla giustizia come principio fondamentale e legame funzionale fra diritto sostanziale e rimedio processuale. – III. Secondo argomento: bilanciamento dei valori. – IV. Terzo argomento: i crimini internazionali non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo. V. Conclusioni.

I. INTRODUZIONE: I CONTENUTI DELLA SENTENZA.

Per dibattere della Sentenza n. 238 della Corte costituzionale italiana – che è considerata, ad onta della sua datazione molto recente, «pronuncia storica»¹ – si è ritenuto opportuno, qui, partire dal suo dispositivo:

La Corte Costituzionale:

- 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno);
- 2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Franci-

¹ Sulla già raggiunta storicità della Sentenza 238, nonostante si tratti di pronuncia recentissima, v., tra gli altri, L. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in *SIDIBlog* del 27 ottobre 2014, disponibile su www.sidi-isil.org, e P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in *Diritti comparati* del 28 ottobre 2014, disponibile su www.diritticomparati.it. Raffrontando le date di questi scritti con quella della pronuncia, si nota che il giudizio di storicità o di auspicabile storicità è seguito con immediatezza fulminea, manifestandosi anche sotto il profilo temporale con particolare convinzione e sicurezza.

sco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona;

- 3) dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 24 della Costituzione, dal Tribunale di Firenze, con le ordinanze indicate in epigrafe.²

La Corte costituzionale, quindi:

- espunge dall'ordinamento, dichiarandone l'illegittimità costituzionale, quella norma *ad hoc* che aveva dato pronta e puntuale esecuzione al dispositivo della sentenza 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di Giustizia, e cioè l'art. 3 della legge n. 5 del 2013, del quale si riporta il testo (nei suoi due commi): «1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, [...] quando la CIG, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza del-

² Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, dispositivo. La sentenza si può leggere sul sito internet della Corte costituzionale italiana.

la giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. 2. Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della CIG di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'articolo 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'articolo 396 del citato codice di procedura civile»;

- dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 848 del 1957 (che dà esecuzione allo Statuto delle Nazioni Unite) esclusivamente nella parte in cui, dando esecuzione all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012, e dunque a negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona³;
- dichiara non fondata, (ma) *nei sensi di cui in motivazione*, la prima questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, che concerneva la «norma» che quel giudice aveva ritenuto «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.»⁴, della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, come interpretata dalla Corte internazionale di Giustizia nella sentenza 3 febbraio 2012.

³ Sulla possibile superfluità di questa parte del *decisum*, essendo già sufficiente la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge n. 5 del 2013, v. E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, in *DUDI*, vol. 9, 2015, n. 1, pp. 71 – 72.

⁴ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *ritenuto in fatto*, par. 1.

Le norme richiamate erano state censurate dal giudice rimettente (Tribunale di Firenze) – con tre distinte ordinanze di identico tenore⁵ – in riferimento agli artt. 2 e 24 Cost., impedendo esse l'accertamento giurisdizionale e l'eventuale condanna delle gravi violazioni dei diritti fondamentali subite dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'Umanità perpetrati sul territorio dello Stato italiano ad opera del Terzo Reich tra il 1943 e il 1945; e contrastando quindi con il principio di insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti, consacrato nell'art. 24 Cost., il quale è principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano e la cui intangibilità, quindi, non può essere scalfita, *a maggior ragione* quando si tratti di apprestare una tutela giurisdizionale ai più essenziali diritti inviolabili dell'uomo, che la Repubblica deve riconoscere e garantire in virtù dell'art. 2 della Carta costituzionale⁶. La Corte costituzionale, allora, dichiara l'illegittimità costituzionale delle norme summenzionate in quanto esse (*rectius*: le prime due, nell'ordine del dispositivo della sentenza; sulla terza, infatti, il discorso è complesso ed ora si dirà) contrastano in modo netto e frontale con gli artt. 2 e 24 della Carta costituzionale, i quali esprimono (alcuni tra i) valori supremi, fondanti e fondativi dell'ordinamento giuridico italiano. La terza norma censurata⁷, quella (che il giudice rimettente ha ritenuto) «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati *come interpretata dalla sentenza 3 febbraio 2012 della CIG*, in realtà, *non può* essere dichiarata costituzionalmente illegittima: a ciò osta, infatti, la circostanza che una tale norma – secondo la Consulta – *non si produce* nell'ordinamento giuridico italiano, in quanto *la norma*

⁵ Adottate il 21 gennaio 2014 (reg. ord. n. 84, n. 85 e n. 113 del 2014). La Corte costituzionale, poi, si pronuncia con un'unica sentenza, affermando che «i tre giudizi, a ragione dell'identità di *petitum* e di argomentazione, vanno riuniti e definiti con decisione unica».

⁶ Cfr. Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *ritenuto in fatto*, par. 1.

⁷ Nell'ordine del (citato) dispositivo della sentenza 238/2014. Tale norma costituisce l'oggetto della prima questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze.

internazionale semplicemente *non entra* a far parte dello stesso, il meccanismo del “trasformatore permanente”⁸ non consentendo che sia dato ingresso nell’ordinamento a norme consuetudinarie internazionali contrastanti con i principi fondamentali della Costituzione italiana⁹. «La parte della norma sull’immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali» – dice la Corte – «non è entrata nell’ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto»¹⁰. I principi supremi – e perciò inderogabili – dell’ordinamento giuridico italiano vietano l’ingresso nell’ordinamento stesso a

⁸ Il nome che, come è noto, affibbiò Tomaso Perassi al meccanismo dell’adattamento automatico al diritto internazionale generalmente riconosciuto, regolato dalla scarna ma pregnante disposizione di cui all’art. 10, comma primo, della Carta Costituzionale, il cui testo definitivo («L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute») fu redatto proprio dal Perassi. Sul trasformatore permanente, su di una concisa storia dello stesso, e sulle novità del suo funzionamento a seguito della (anche sotto questo profilo) innovativa sentenza 238/2014, si veda R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* dell’11 gennaio 2016 (lo scritto costituisce la relazione dell’Autore al XX Convegno SIDI, tenutosi a Macerata, nei giorni 5 e 6 giugno del 2015). Bin scrive che «il testo definitivo fu il frutto di un emendamento “trasversale” [...] Fu Perassi a sostenerlo “per ragioni di pura tecnica giuridica”, sostituendo l’obsoleta formula “diritto delle genti”, ma soprattutto impiegando per la prima volta la formula del “trasformatore permanente” per chiarire la natura giuridica del rinvio al diritto internazionale generale».

⁹ Cfr. Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.5. La Corte – quantomeno formalmente – non “tocca” la norma *internazionale*, non la reinterpreta, non la rimodella: essa prende atto che si tratta di una norma esterna all’ordinamento giuridico italiano, già interpretata dalla Corte internazionale di Giustizia, la quale è specificamente competente a interpretare le norme del diritto internazionale pubblico. La Corte, allora, si limita a dire che *quella* norma, *come interpretata dalla CIG nella sentenza 3 febbraio 2012*, non può entrare nell’ordinamento giuridico italiano. Va qui detto, in ogni caso – per ragioni di completezza –, che, come ricorda P. PUSTORINO, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale: limiti e prospettive nell’ottica della giurisprudenza italiana*, in *DUDI*, vol. 9, 2015, n. 1, p. 52, nota 4, «secondo un’opinione [...] espressa in dottrina, la Consulta avrebbe dovuto, nel quadro della sentenza n. 238, ricostruire il contenuto della norma consuetudinaria sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione, ben potendo, quindi, pervenire a risultati diversi da quelli ai quali è pervenuta la Corte internazionale di giustizia». In questo senso v., ad esempio, G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell’estoppel?*, in *Consulta Online-Studi* del 4 dicembre 2014, disponibile su www.giurcost.org/studi, p. 11 ss.

¹⁰ *Ibidem*.

tutte quelle norme esterne ad esso (tra le quali vi sono anche le norme del diritto internazionale generale) che si pongono in insanabile contrasto con detti principi. È la c.d. “teoria dei controlimiti”¹¹. La consuetudine internazionale sull’immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, perciò, non può, nella particolare e specifica interpretazione che ne ha dato la CIG nella sentenza 3 febbraio 2012, entrare nell’ordinamento italiano. A tale specifica norma, in altri termini, l’ordinamento italiano non può adattarsi (se vi si adattasse, infatti, scon-

¹¹ Sulla teoria dei controlimiti e sui problemi che essa solleva e stimola, la letteratura è ovviamente sterminata. Questo studio ha ad oggetto i possibili effetti della sentenza 238/2014 sulla norma *internazionale* sull’immunità dello Stato dalla giurisdizione civile nei casi di crimini internazionali. L’applicazione, da parte della 238, della teoria dei controlimiti al diritto internazionale generale – che pure è novità di enorme rilievo e meritevole, perciò, di studi autonomi – è stata quindi considerata, in questo studio, alla stregua di un mero strumento (un potentissimo utensile giuridico – verrebbe da dire) di cui la Corte costituzionale si è avvalsa per manifestare la propria posizione sul problema dell’immunità nei casi di *delicta imperii*. La vasta letteratura, specialmente costituzionalistica, che ha affrontato il problema dei controlimiti con specifico riferimento alla sentenza 238, si è quindi studiata sempre e solamente dalla prospettiva meramente internazionalistica della “caccia” agli elementi che consentono di suffragare la tesi di una nuova incipiente *pratique étatique* in tema di “immunità e crimini internazionali” (v. *infra*, nel prosieguo del testo). Con la sentenza qui in commento, la Corte costituzionale si è servita dei controlimiti per salvaguardare i massimi valori dell’ordinamento interno, ma non solo. Se ne è servita, indirettamente, *anche* per *proporre* alla Comunità internazionale una nuova interpretazione della portata dell’immunità dello Stato dalla giurisdizione, dovendosi tenere nel debito conto che *anche* nell’ordinamento internazionale vi sono dei valori (già propri, appunto, del diritto internazionale!) che “contro-limitano” la sovranità *des États*. Sui controlimiti nella sentenza 238, in un’analisi che si sviluppa da un’angolazione attinente al rapporto tra controlimiti e (tutela della?) sovranità, si veda soprattutto M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, pp. 84 – 93. La sentenza 238/2014, in quanto sentenza della Corte costituzionale che applica la teoria dei controlimiti al diritto internazionale generale, era stata “profetizzata”, in uno studio sull’esecuzione in Italia della sentenza 3 febbraio 2012, da G. CATALDI, *L’esecuzione nell’ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti fondamentali?*, in *DUDI*, vol. 7, 2013, n. 1, p. 144, ove si diceva infatti che «la teoria dei controlimiti sembra senz’altro applicabile nel caso di specie, ossia in una ipotesi in cui, a fronte di una richiesta di risarcimento del danno causato da crimini odiosi, il rischio è che non ci sia nessun giudice a pronunciarsi. Non il giudice tedesco, che [...] ha rifiutato di pronunciarsi in merito, non il giudice italiano se si consentisse alla norma sull’immunità dalla giurisdizione civile, come interpretata dalla CIG, di operare. La conseguenza sarebbe la violazione dell’art. 24 della Costituzione italiana, norma che esprime un principio, veramente fondamentale, che sancisce il diritto ad un giudice».

volgerebbe la propria «identità costituzionale»; vi sarebbe, in altri termini, una «rottura della Costituzione», un tradimento di quei valori che costituiscono le colonne portanti dell'architettura complessiva del Patto fondativo dello Stato italiano)¹². Conseguentemente, non si può produrre alcuna norma interna di adattamento alla consuetudine internazionale in virtù del meccanismo di cui all'art. 10, primo comma, Cost. La norma interna che, secondo la c.d. teoria nomogenetica¹³, dovrebbe prodursi in base al meccanismo dell'adattamento automatico al diritto internazionale generale – e che si risolve, normalmente, in una copia pura e semplice, ma di diritto interno, della consuetudine internazio-

¹² Cfr. F. GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, p. 98, ove si leggono interessanti riflessioni sul parallelismo tra l'impossibilità interna ed esterna di modificare i principi supremi del Patto fondativo, valori fondanti di *questa* Costituzione, di *questo* ordine, che, allora, verrebbe inevitabilmente "fratturato", se quei principi fossero traditi. L'impossibilità interna deriva dai noti limiti al processo di revisione costituzionale. L'impossibilità esterna, invece, è l'effetto dei controllimiti: essi impediscono a qualsivoglia norma esterna al nostro ordinamento di insinuarsi in esso, allorché si ponga in insanabile contrasto con i suoi massimi valori e principi. «Il punto vero è che i limiti fissati all'applicazione (indiscriminata) della regola consuetudinaria internazionale sono gli stessi limiti che l'ordinamento giuridico italiano ha dato a se stesso: alla nostra massima manifestazione di sovranità, ossia il potere di revisione costituzionale, non è consentito vulnerare i diritti inviolabili e i principi supremi. Un impatto, che dall'esterno colpisse questa dimensione, sarebbe intollerabile per il sistema, in quanto la dimensione ascrivibile ai diritti inviolabili e ai principi supremi, rappresenta la condizione minima di esistenza dell'ordinamento costituzionale, così come lo conosciamo».

¹³ V. L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in *SIDIBlog* del 10 novembre 2014, ove si legge che il dispositivo incardinato nell'art. 10, comma primo, della Costituzione svolgerebbe, volendo seguire una tale teoria, «una doppia funzione: da un lato innesca la cognizione della norma esterna (*richiamo*); dall'altro produce le norme necessarie ad adeguare il diritto interno alla consuetudine internazionale (*produzione*). Il *connubio richiamo-produzione* [qui il nostro corsivo sostituisce, per ragioni meramente stilistiche, il grassetto dell'Autore] costituisce il nucleo della teoria nomogenetica...». Su tale teoria si veda poi, tra i costituzionalisti, A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 49; tra gli internazionalisti, G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, Padova, Cedam, 1967, pp. 96 – 97, ove l'Autore scrive che l'articolo 10, primo comma, della Carta costituzionale è una «norma sulla produzione giuridica, la quale contempla come fatti idonei a creare, modificare o estinguere norme giuridiche nell'ordinamento [interno] quegli stessi fatti (p. es., consuetudine internazionale) a cui l'ordinamento internazionale attribuisce l'idoneità a creare, modificare o estinguere norme internazionali di quella data categoria».

nale recepita –, in questo caso non si produce. La ragione di ciò risiede nel fatto che la norma internazionale, qui, nemmeno è entrata nell'ordinamento italiano, scontrandosi con i controlimiti. È in questo senso, allora, che la questione è dichiarata non fondata («nei sensi» – appunto – «di cui in motivazione»)¹⁴. Non vi è, infatti, una norma interna – ché non si è prodotta¹⁵! – che costituisca l'oggetto del sindacato di costituzionalità. La partita si è svolta prima: quando alla norma internazionale è stato semplicemente negato l'accesso all'ordinamento giuridico dello Stato italiano (sulla base di una lettura non nomogenetica¹⁶ del meccanismo di cui all'art. 10, primo comma, della Costituzione)¹⁷.

¹⁴ Sulla motivazione della sentenza 238 si spenderanno non poche parole – costituendo essa il fulcro del presente scritto - nel prosieguo del testo.

¹⁵ Il trasformatore permanente, qui, non ha operato alcuna “trasformazione” della norma internazionale in una corrispondente norma interna. Una tale trasformazione, infatti, avrebbe contraddetto (alcuni tra) i principi più *essenziali* del nostro ordinamento. La stessa, perciò, è categoricamente interdetta dai controlimiti, baluardo della sovranità e dell'identità costituzionale. Sull'idea, peraltro, di una vera e propria «eterogenesi dei fini» nell'utilizzo della teoria dei controlimiti nella sentenza 238, v. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., ove vi sostiene la tesi, invero interessante, che in questo caso i controlimiti siano stati – forse - un mezzo per erodere, non per rafforzare, la sovranità, avendo di fatto indebolito la norma internazionale sull'immunità dello Stato, che da secoli funge da “usbergo della sovranità”. Alla idolatria della sovranità subentra così il culto della «sacralità dell'umanità», dei diritti dell'uomo, della persona umana. Un controlimite, questa volta, al servizio della persona umana, che si auto-proclama vassallo di un diritto internazionale che voglia essere quello dei diritti umani, e che, in questo senso, consente a tutte quelle limitazioni della sovranità che siano strumentali ad una migliore tutela dei diritti dell'uomo.

¹⁶ Cfr. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, cit., ove si saluta con gaudio l'accoglimento di una tale teoria da parte della Corte costituzionale, che avrebbe così – secondo l'Autore – abbandonato la «fallace» «teoria nomogenetica non selettiva», già abbracciata dalla celebre sentenza *Ruszel* (n. 48 del 1979) e dalla giurisprudenza successiva. L'aspetto essenziale della teoria «non nomogenetica» – conosciuta anche come “tesi del rinvio mobile” – è che essa «non comporta la produzione di norme di adattamento: la norma internazionale è applicata esclusivamente in virtù del richiamo operato dall'art. 10, 1° comma, Cost., ma è applicata in quanto tale, senza bisogno che il “trasformatore permanente” ne riproduca il contenuto nell'involucro di norme interne. Che cosa accade in caso di conflitto tra consuetudine internazionale e principi fondamentali? Il rinvio, semplicemente, non opera: *la norma internazionale incompatibile si ritiene non richiamata dall'art. 10, 1° comma, Cost.* In questo senso la tesi non nomogenetica è *selettiva*, e lo è necessariamente». Tra i costituzionalisti, tale modello è accolto ad esempio da L. MEZZETTI, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè,

Come già è emerso da questa breve e sommaria analisi del *decisum* della sentenza 238, la stessa si rivela quindi una pronuncia di grande complessità, dagli innumerevoli profili problematici, relativi alle questioni più varie, tra le quali figurano – *exempli gratia* – quella concernente la competenza della Corte¹⁸, quella del con-

2014, p. 166; tra gli internazionalisti, v. ad esempio l'opera di F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, Cedam, 2013, p. 400.

¹⁷ Ma allora – si potrebbe opinare (e si è opinato in più parti in dottrina) –, non essendoci una norma che possa costituire l'oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte costituzionale non doveva forse dichiarare la questione *inammissibile* (per essere coerente con le note categorie processuali del giudizio di costituzionalità)? Su questi profili, si veda l'aspra critica di A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di una norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consulta online*, disponibile on line alla pagina www.giurcost.it. Sotto questo aspetto, che è meramente processual-formalistico, la sentenza in commento è criticatissima. Tuttavia, sembrano a chi scrive sagge le parole di F. RIMOLI, *Il diritto, la storia, la memoria. La Corte costituzionale e i crimini nazisti come paradigma dell'irredimibile*, in *Osservatorio costituzionale*, luglio 2015, pp. 1 – 2 (nota 2), ove l'Autore, disapprovando la summenzionata critica di Antonio Ruggeri, afferma che: «benché le perplessità espresse dall'Autore [*id est* il Ruggeri] circa le modalità di decisione della Corte siano in sé plausibili, un approccio quasi esclusivamente processualistico appare però sottilmente incongruo rispetto alla portata reale della decisione [...] Peraltro, assumere che la prima questione doveva essere dichiarata inammissibile per l'inesistenza, nell'ordinamento interno, della norma prodotta ex art. 10, comma 1, Cost. oggetto del giudizio, così rimettendo "la verifica della costituzionalità delle norme internazionali in parola ai giudici comuni" era forse proprio ciò che la Corte non voleva, sia perché ciò infine contrasterebbe con il principio di esclusività della giurisdizione costituzionale (punto 3.2 del c.i.d.), sia perché il dato reale della pressione politica esterna sulla vicenda avrebbe quasi certamente impedito a qualsivoglia giudice meno eminente di quello costituzionale di decidere nel senso fatto proprio dalla sentenza n. 238/2014; qui, realismo e prospettiva si impongono anche al giurista». «Dunque», conclude Rimoli, «tutto si risolve in un problema essenzialmente formale». Gli stessi detrattori della sentenza 238 (*rectius*: parte di essi, tra i quali comunque figura anche il Ruggeri) per ragioni di «tecnica processuale», ne salvano in ogni caso il contenuto ed il messaggio, essendo qui di fronte – l'hanno negato in pochi, almeno nella dottrina costituzionalistica e internazionalistica del nostro Paese – ad una sentenza che "racchiude" (*e pubblicizza*) una importantissima «lezione di civiltà» (v. *infra*).

¹⁸ Sul problema della competenza (secondo molti dubbia) della Corte a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una norma che «non è entrata nell'ordinamento italiano» (v. *supra*) e che non è stata recepita, dunque, da alcuna fonte-atto interna (il che, secondo parte della dottrina costituzionalistica, sarebbe invece essenziale ai fini di legittimare concretamente, ex art 134 Cost., l'esercizio del potere di sindacare la conformità costituzionale di una norma – discendente necessariamente, appunto, da una disposizione o da un atto), v., tra gli altri, LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 86, il quale afferma che «oggetto della *quaestio de legitimitate* (e della decisione che chiude il giudizio) è una nor-

troverso oggetto del giudizio di costituzionalità (si allude, ovviamente, alla norma di cui al primo quesito di legittimità costituzionale, non certo alle disposizioni di cui agli artt. 3 della legge n. 5/2013 e 1 della legge 848/1957)¹⁹, quella

ma, ma la qualità della fonte che l'introduce nel nostro ordinamento non è indifferente, dovendosi trattare di una fonte-atto», e GIRELLI, *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, cit., pp. 96 – 97. Si veda inoltre la «singolar tenzone» – che peraltro bene svela la portata più ampia e generale della polemica su questo profilo, che ha letteralmente “diviso in due” la dottrina italiana – tra Antonio Ruggeri e Lorenzo Gradoni (L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *SIDIBlog*, disponibile sul sito www.sidi-isil.org; ID., *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, cit.; A. RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, in *Consulta Online*, 2015, fasc. I (estratto); ID., *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di una norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, cit.): il primo tutto concentrato nello sforzo di mostrare l'impossibilità tecnica e formale per la Corte di pronunciarsi siccome ha fatto sulla prima questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze; il secondo, per converso, tutto proteso a uno sforzo completamente contrario, quello di salvare logicamente e giuridicamente la competenza della Corte, che si potrebbe forse essere una competenza nuova, «del quinto tipo», ma che discende in maniera logica e coerente, seppur indiretta, dalle disposizioni della Carta costituzionale, non essendo ammissibile un'esclusione della competenza (con conseguente remissione di dette questioni ai giudici comuni) per quei conflitti normativi che coinvolgono, da un lato, i principi supremi della Costituzione, e dall'altro le norme più importanti del diritto internazionale, cioè le norme consuetudinarie. «Se solo si considera l'altezza “siderale” alla quale si svolge, in casi come questo, l'antagonismo tra norme – da un lato vi sono i principi-cardine del nostro ordinamento, in particolare quelli che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo, dall'altro l'importantissimo principio di apertura al diritto internazionale generale, iscritto nell'art. 10, 1° Cost., nonché le norme da esso richiamate, le quali in linea teorica rispecchiano valori largamente condivisi nell'ambito della comunità internazionale – diventa francamente difficile contestare la conclusione della Corte. Il giudice delle leggi non può non essere anche giudice – il solo giudice – di *conflitti normativi più rari e drammatici di quelli che la Costituzione affida espressamente alle sue cure*. Se, dunque, [...] la Corte non è competente a esprimersi mercé l'art. 134 Cost., essa lo è però in virtù di *una norma costituzionale inespressa* [...] che la felice “invenzione” dei controlimiti ha finito per portare in superficie» (tratto da *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, cit.; abbiamo riportato in corsivo, per ragioni stilistiche, ciò che l'Autore ha scritto in grassetto). Su una tale norma costituzionale inespressa, che avrebbe perciò un'importanza invero fondamentale in tutti i casi simili a quello di cui si è dovuta occupare la Corte – ove vi siano, cioè, insanabili dissidi tra principi supremi della Costituzione e norme del diritto internazionale generale –, v. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 418 – 419.

¹⁹ Su tale profilo, intimamente connesso a quello concernente la competenza, si vedano i contributi citati alla nota precedente – i quali infatti discorrono *anche* di ciò.

sull'uso di categorie processuali giudicate incongrue²⁰, quella sulla nuova lettura del meccanismo di adattamento al diritto internazionale generale di cui al "trasformatore permanente", ormai affidato – pare – ai virtuosismi interpretativi della c.d. teoria non nomogenetica²¹. E poi ancora: quella sui possibili seguiti interni della pronuncia, ove ci si chiede se i giudici comuni siano (o meno) obbligati a conformarsi ad essa²²; quella del c.d. bilanciamento, essendo la dottrina

²⁰ Per tutti, RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di una norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, cit.

²¹ GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, cit.; M. LONGOBARDO, "Il non-essere non è e non può essere": brevi note a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario, in *SIDIBlog* del 10 novembre 2014, ove per illustrare il ragionamento della Corte, secondo la quale – lo si ripete – la norma internazionale sull'immunità dello Stato così come interpretata dalla CIG nella sentenza 3 febbraio 2012 non è entrata nel nostro ordinamento, si richiama addirittura (con grande efficacia) Parmenide. Longobardo scrive – il linguaggio è chiarissimo – che *quella* specifica norma internazionale (quella norma, cioè, frutto dell'«accertamento» della CIG nella sentenza 3 febbraio 2012) «appare inesistente nel nostro ordinamento e pertanto non può porsi in contrasto con il diritto di accesso alla giustizia». «Il non essere non è e non può essere», diceva il filosofo di Elea. Sulla possibilità di leggere il meccanismo *de quo* in una differente e più efficace – ai fini della vincolatività della decisione per i giudici comuni (si veda, però, la nota successiva) – maniera, v. P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in *SIDIBlog*, disponibile sul sito www.sidi-isil.org.

²² RUGGERI, *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in *Consulta Online*, 2015, fasc. I (estratto), cit.; DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, cit., ove l'Autore riflette sull'aspetto seguente: se la Corte avesse voluto vincolare *stricto iure* i giudici comuni, essa avrebbe dovuto emettere una sentenza interpretativa di accoglimento, e dunque giudicare fondata la prima questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice rimettente, dichiarando la norma illegittima «così come ricostruita dal giudice di Firenze», «vale a dire, in quanto *norma (di adattamento alla norma internazionale) implicante l'immunità dalla giurisdizione italiana di uno Stato straniero (anche) in relazione a una domanda di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali*». Per fare ciò, tuttavia, avrebbe dovuto intraprendere un percorso ermeneutico molto diverso da quello prescelto: avrebbe dovuto ritenere, cioè, sulla base di una teoria nomogenetica e non selettiva, che alla norma internazionale fosse stato dato pieno ingresso nell'ordinamento; che il meccanismo di cui all'art. 10, 1° comma, Cost. avesse conseguentemente prodotto una norma interna in tutto e per tutto uguale a quella internazionale recepita; che, infine, una tale norma interna, incompatibile con i principi supremi dell'ordinamento, fosse illegittima costitu-

italiana letteralmente “spaccata” su tale profilo, taluni ritenendo che la Corte abbia bilanciato interessi e principi, talaltri imputando alla stessa un mancato bi-

zionalmente; la avrebbe potuta espungere, *dulcis in fundo*, dall’ordinamento italiano, avvalendosi di una classica sentenza di annullamento della norma interna non conforme a Costituzione. In tal modo, allora, la sentenza di accoglimento di *quella* questione (cioè di annullamento di *quella* norma) avrebbe invero vincolato tutti i giudici comuni, esplicando essa – per sua natura – effetti *erga omnes*. Tuttavia, il *modus procedendi* della Corte non è stato questo. Ci si potrebbe allora porre un importante interrogativo *a posteriori* della *diversa* scelta della Corte (che ha optato, come s’è visto, per un approccio selettivo e non nomogenetico): e se la Corte avesse *voluta* – in maniera più o (forse) meno inconscia – lasciare spazio ai giudici comuni? Sorge quantomeno il dubbio, in altri termini, che la Corte abbia voluto lasciare ai giudici comuni la responsabilità della complessa partita in gioco, permettendo ad essi di scegliere (in quanto non strettamente vincolati al rispetto di una sentenza che, infatti, è solo *interpretativa di rigetto*) quale pronuncia “tradire” e quale invece “abbracciare”, tra quella della Consulta e quella della Corte internazionale di Giustizia. In tal modo, la Corte avrebbe inoltre consentito alla materia di evolvere in modo naturale – in ciò rispettando lo spirito dell’art. 10, primo comma, Cost. – ; ed avrebbe altresì consentito ai giudici ordinari di seguire in modo naturale, spontaneo, non forzoso la *pratique étatique* espressa dalla 238 (ovvero di “bocciarla” in modo altrettanto libero e naturale). Il tema è molto complesso e non può essere qui affrontato compiutamente, non essendo questa la *sedes materiae*. È tuttavia opportuno – ci sembra – ricordare le seguenti riflessioni. «Se si ritiene [...] (come io stesso ritengo) [è sempre De Sena che parla], che anche in relazione al contrasto fra norme internazionali generali e principi fondamentali sia opportuno lasciare spazio al giudice comune [...] l’impostazione scelta da tale decisione [*i.e.* la 238] appare preferibile». Sulla prima questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze, infatti, la Corte si pronuncia chiaramente con una *sentenza interpretativa di rigetto*, la quale costituisce una tipologia di decisione che «nell’ambito dei giudizi comuni diversi da quello *a quo*» ha un’«efficacia meramente persuasiva e non obbligatoria», v. F.M. PALOMBINO, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *RDI*, 2015, n. 1, pp. 151 – 154, ove si manifesta un’idea in tutto e per tutto simile a quella, summenzionata, del De Sena: «escludendo [...] la possibilità di rendere una sentenza di accoglimento, come tale dotata di efficacia *erga omnes*, il giudice delle leggi impedisce la *crystallizzazione* del contenuto del diritto internazionale generale, aderendo in pieno, in questo modo, alla logica ispiratrice dell’art. 10 Cost. Detto articolo, infatti, quale espressione di un procedimento speciale di adattamento, si limita ad ordinare l’osservanza delle norme consuetudinarie “così come vigono e finché vigono nell’ordinamento internazionale. Il centro d’applicazione della norma internazionale si sposta dal legislatore [...] all’interprete, [il quale] potrà sbagliare nella sua ricostruzione, ma l’errore avrà valore *solo per il singolo caso concreto*” [Palombino cita, qui, le parole di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 336] [...] Nella prospettiva indicata, la tecnica della sentenza interpretativa di rigetto, lasciando aperta la strada a ricostruzioni di segno diverso, si rivela senz’altro quella preferibile». I corsivi nelle citazioni di Pasquale De Sena sostituiscono, per ragioni stilistiche, i grassetto dell’originale.

lanciamento²³; quella sui controlimiti e sulla valenza degli stessi anche per le consuetudini internazionali sorte prima del 1948, costituendo questa decisione

²³ Su questo profilo si sono pronunciati invero tutti (è un'iperbole, ovviamente) in dottrina, chi a titolo principale (dedicandovi un saggio *ad hoc*), chi alla stregua di *obiter dicta* in lavori aventi ad oggetto soprattutto altro. Tra i primi merita di essere citato lo scritto di C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*, in *QIL – Questions of International Law, Zoom out II* (2014), pp. 33 – 41, ove l'Autore ritiene, dopo un'ampia dissertazione sul punto, che la Corte non abbia provveduto a bilanciare alcunché: la sentenza 238, infatti, accoglie quella dottrina (già sostenuta – come si vedrà *infra*, nel prosieguo del testo – da Cançado Trindade nella sua *dissenting opinion* alla sentenza 3 febbraio 2012) secondo la quale i crimini internazionali non rientrano nella categoria degli atti *iure imperii*, ai quali ultimi – e solo ai quali ultimi – è applicata la regola dell'immunità dalla giurisdizione; perciò, laddove si escluda che gli atti del Reich ricadano nella categoria del *iure imperii*, è già *di per sé esclusa l'applicazione* della norma internazionale sull'immunità dello Stato. Al fine di escluderne l'applicazione al caso concreto, in altri termini, non serve bilanciare una tale norma con i principi e le norme in materia di tutela dei diritti fondamentali della persona umana (e di matrice interna e internazionale: questo argomento valendo anche – pare – per il “bilanciamento internazionale”; quel bilanciamento, cioè, cui avrebbe dovuto provvedere la CIG, v. *infra*). L'applicazione della norma è già di per sé esclusa, indipendentemente dalla “chiamata in causa” di altre norme ed altri principi: la norma, infatti, semplicemente *non comprende* – se si segue l'opinione della Corte – *i crimini internazionali* tra gli atti che formano la categoria di quelli cui essa, con la sua portata applicativa, intende fornire tutela. Anche secondo P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in *SIDIBlog* del 30 ottobre 2014, la Corte non avrebbe adottato «lo schema del bilanciamento». Secondo l'Autore, tuttavia, anche qualora lo avesse adottato, la conclusione sul merito non sarebbe cambiata, «e ciò, non solo in considerazione del rilievo attribuibile al diritto di accesso alla giustizia nel nostro ordinamento costituzionale, ma anche in ragione dell'assenza di strumenti alternativi di compensazione, in grado di offrire una protezione equivalente ai ricorrenti, nell'ordinamento tedesco». Un discorso molto complesso e affascinante sul profilo del bilanciamento, poi, è fatto da GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit., che cita Ronald Dworkin e Robert Alexy e le loro teorie volte a distinguere nettamente, nell'universo giuridico, tra *regole* e *principi*: le prime verrebbero applicate attraverso un'operazione logica di *sussunzione* (di un caso di specie in una fattispecie astratta); con i secondi, per converso, la soluzione al caso di specie andrebbe ricercata sempre e necessariamente attraverso un'operazione di *bilanciamento*. La Corte costituzionale, in questa chiave, avrebbe sì bilanciato, e lo avrebbe fatto tenendo conto, da un lato, dei principi sanciti negli artt. 2 e 24 Cost., dall'altro del principio internazionale sull'immunità dello Stato, oltre che dei principi (interni) di apertura dell'ordinamento interno all'ordinamento internazionale (contemplati, come è noto, dagli artt. 10, 11, 177 Cost.). La Consulta, perciò, avrebbe usato correttamente lo schema/strumento del bilanciamento, ove ad essere bilanciati sono appunto i principi, non le norme. La Corte internazionale di Giustizia, invece, avrebbe omesso qualsivoglia bilanciamento tra principi nella sentenza 3 febbraio 2012; e ciò in quanto avrebbe ritenuto, non senza manifestare in questo una certa sicumera, che vi fosse una norma specifica, chiara, ben delineata nei suoi confini, che potesse regolare di

un possibile *revirement* della tesi sostenuta dalla giurisprudenza *Russel*, ove si era ritenuto che i principi supremi dell'ordinamento interno non impedissero l'adattamento al diritto internazionale generale anteriore all'entrata in vigore della Costituzione ed eventualmente in contrasto con gli stessi²⁴; quella, infine – di stampo meramente teorico –, inerente al c.d. approccio dualistico al complesso problema dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello internazionale, che sembra chiaramente essere stato condiviso e seguito nella sentenza in commento, sollevando – anch'esso – un polverio di (spesso sterili) critiche, specie nella dottrina straniera²⁵.

per sé il caso sottoposte. Una tale norma, conseguentemente, sarebbe stata semplicemente e meccanicamente applicata, utilizzando lo schema della sussunzione. Tuttavia – fa giustamente notare Gradoni –, una tale norma è il frutto di «un accertamento del diritto non scritto svolto in modo perlomeno opinabile», ove molti dati metterebbero chiaramente in luce che è anche possibile che una tale norma «non esista» *tout court*. E laddove una norma specifica che disciplina la fattispecie non esista, la strada da intraprendere per regolare il caso concreto è quella...del bilanciamento (!) tra quei generalissimi principi che astrattamente “toccano” la fattispecie concreta, e che vanno puntualmente contemperati tra di loro «nel fango della lite» (l'espressione è di F. GENTILE, in *Filosofia del diritto*, Napoli, Esi, 2017, p. 230). Infine, un'importante osservazione sul c.d. bilanciamento è fatta – in un saggio che si occupa di vari profili tra loro eterogenei – da E. CANNIZZARO, *Jurisdictional Immunities and Judicial Protection: the Decision of the Italian Constitutional Court No. 238 of 2014*, in *RDI*, 2015, n. 1, p. 129, ove l'Autore sostiene che un vero bilanciamento non sia stato operato dalla Corte, in quanto «a balance among heterogeneous interests could hardly be made in the abstract», e la Corte, appunto, avrebbe preteso di intraprendere una tale via *in astratto*, considerando l'accesso alla giustizia un principio *sempre* sovraordinato rispetto a quello dell'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale, senza tenere in debita considerazione che le particolarità dell'*affaire* potrebbero far propendere, in certi casi, per una conclusione opposta. Sono nostri, come al solito, i corsivi nella citazione di De Sena, avendo preferito, per ragioni stilistiche, sostituire in tale guisa i grassetti dell'Autore.

²⁴ Sui controlimiti, v. *supra*, note 11, 12, 15. Sul *revirement* rispetto alla nota sentenza *Russel*, v. soprattutto GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, cit., il quale mette in luce con grande chiarezza espositiva il cambiamento di metodo, prima ancora che di esiti, della 238.

²⁵ Per tutti, 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 – Questions of International Law, Zoom out* del 16 dicembre 2014, ove si legge un'aspra critica della sentenza 238 e del suo approccio dualistico, considerandosi tale pronuncia «a high peak of a new form of robust dualism», ed interpretandone la portata alla stregua, addirittura, di «a sort of judicial putsch», ove «the requirements of internal law shall 'eternally' [...] prevail over those of international law». Sull'infondatezza di una tale – pure autorevo-

Di questo ed altro²⁶, tuttavia, nel presente scritto non ci si occuperà. Le concise parole che già si sono spese bastano ad illustrare che la problematicità di questa decisione, sotto disparati profili – molti dei quali meramente costituzionalistici –, è massima. Solo uno studio autonomo, allora, specificamente dedicato alla pronuncia *de qua*, potrebbe prenderli in considerazione tutti (o quasi)²⁷. Il presente lavoro, invece, ha ad oggetto non già la sentenza 238 in sé e per sé considerata, ma gli effetti *internazionalistici* che la stessa potrebbe “sprigionare”, ove *at stake* vi è una possibile e secondo noi necessaria evoluzione della *norma internazionale* sull’immunità dello Stato dalla giurisdizione civile nei casi di crimini internazionali. Si è deciso, in altri termini, di analizzare la 238 da una prospettiva affatto particolare e specifica: quella concernente gli effetti che essa potrebbe esplicare sul diritto internazionale e, più specificamente, sulla norma internazionale qui in oggetto; quella, detto altrimenti, relativa alla possibilità – che la più

lissima – opinione, si discorrerà più avanti in questo scritto (*infra*, pp. 38 – 40). Sul medesimo profilo (*i.e.* quello del dualismo), v. anche GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell'estoppel?*, cit., specialmente paragrafi 4 e 6; GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, cit., secondo il quale «la Corte costituzionale sembra voler tracciare [...] una radicale spartizione dello spazio giuridico» fra diritto internazionale e Costituzione italiana; F. SALERNO, *Il neo-dualismo della Corte costituzionale nei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno*, in *RDI*, 2006, p. 340 ss., il quale, in un saggio dalla valenza più generale – non inerente, cioè, specificamente alla 238 (essendo tra l’altro stato scritto otto anni prima di questa pronuncia) –, profetizza una teoria c.d. neo-dualista sul rinvio mobile, impregnata in realtà di elementi filomonistici, che secondo lo stesso Autore sarebbe stata poi accolta dalla sentenza in commento (ID., *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell’applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, p. 42 ss.).

²⁶ I profili problematici della sentenza 238 che si sono brevemente menzionati nel testo – come detto – non costituiscono di certo un *numerus clausus*: sono stati riportati, infatti, alla stregua di meri esempi, essendo qui perfettamente consapevoli che ancora ve ne sarebbero di *altri*, e che solo uno studio specificamente dedicato a questa pronuncia potrebbe avere la pretesa (forse) di considerarli (svelandoli) tutti.

²⁷ Un tale studio, peraltro, sarebbe inevitabilmente “orizzontale”, nel senso che dovrebbe occuparsi dell’analisi di problemi non affatto intersecabili gli uni con gli altri, concernendo, infatti, addirittura discipline diverse (il diritto internazionale, il diritto costituzionale, il diritto processuale civile, e fors’anche materie ulteriori).

attenta dottrina già si prefigura, e già s'era prefigurata leggendo in questa stessa chiave la *Ferrini*²⁸ – che questa giurisprudenza continui, insieme ad altre importanti pronunce²⁹, a sostenere internazionalmente la tesi (ancora minoritaria) della *necessità* che si formi una nuova eccezione, concernente i crimini internazionali, alla regola sull'immunità dello Stato – o, il che è sostanzialmente lo stesso, che l'attuale regola consuetudinaria internazionale sull'immunità evolva in modo tale da non ricomprendere più, nella sua rinnovata portata, i crimini internazionali. È stata già la Corte stessa, infatti – in un passo dal quale il presente lavoro ha tratto ispirazione³⁰ –, a *proporsi*, attraverso questa sua giurisprudenza-*pratique étatique*³¹, quale *contributo* per «concorrere», insieme ad altra giurisprudenza e a

²⁸ «The decisions of the Italian courts, as well as the *Distomo* decision in Greece, may be viewed as part of a broader evolutionary process, in the context of judicial decisions by domestic courts, which has given rise to a number of exceptions to the jurisdictional immunity of States, such as the tort exception...», *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 3 February 2012, *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, par. 44. Il giudice Yusuf fu molto attento, nella sua opinione dissidente, a questo importantissimo profilo *internazionalistico* e *storico-evolutivo* della sentenza *Ferrini*.

²⁹ Tra le quali come è noto “spiccano”, per la loro *decisività* nel processo di coraggioso *avvio* di una *pratique étatique nuova* in tema di (*non*) immunità per i crimini internazionali, la sentenza *Ferrini* della Corte di Cassazione italiana e la sentenza *Distomo* dell'*Areios Pagos* ellenico.

³⁰ Si tratta del par. 3.3 del *considerato in diritto* della sentenza in commento.

³¹ Non vi sono dubbi che la giurisprudenza (e specialmente quella delle corti supreme o costituzionali) contribuisca a manifestare la *pratique étatique* internazionalmente rilevante dello Stato. Secondo la dottrina più autorevole (Cfr. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 44, 56 – 57), anzi, essa costituirebbe la manifestazione più importante, quantomeno ai fini della ricognizione delle norme consuetudinarie e della loro possibile modificazione, di detta *pratique étatique*. «Le corti supreme – magari procedendo alla difesa di valori tutelati formalmente dai soli ordinamenti interni ma suscettibili di essere recepiti, per la loro diffusione nella generalità dei Paesi, anche a livello internazionale – possono avere un'influenza decisiva nella creazione del diritto consuetudinario; ed è loro compito, di fronte a consuetudini antiche che contrastino con fondamentali e diffusi valori costituzionali, promuoverne, sia pure con cautela, la revisione», ID, *Op. cit.*, p. 44. Sul ruolo delle corti supreme nell'*opus* di costruzione del diritto internazionale consuetudinario, si veda inoltre A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in www.forumcostituzionale.it, del 5 novembre 2014.

molti altri elementi emergenti e dalla prassi e dai principi³², «ad un'auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale»³³. Una tale affermazione, poi, è stata commentata non senza entusiasmo da vari autori della migliore dottrina internazionalistica, che hanno appunto letto questa pronuncia nella specifica prospettiva – prettamente internazionalistica – del processo di modificazione ed evoluzione della norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dello Stato nel caso di crimini internazionali; un processo evolutivo che sembra essere *in atto* e di cui la sentenza 238 sembra aver costituito, insieme alle sentenze *Distomo* e *Ferrini*, un coraggioso ed autorevole avvio³⁴. Di

³² Sui principi del diritto internazionale, che sono parte (una parte *fondamentale*) di esso e non possono essere omessi da una corretta (quantomeno *metodologicamente*) indagine su qualunque problema cui lo stesso voglia rispondere, né quindi, più specificamente, da una corretta indagine sul problema dell'immunità nei casi di crimini internazionali, si vedano le riflessioni del giudice Yusuf, che richiama, nella *Dissenting Opinion* cit., i «general principles underlying human rights and humanitarian law» (par. 30), e ricorda come i principi fondamentali del diritto internazionale dei diritti umani includano quelli proclamati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre del 2005, giorno in cui fu approvata l'importante Risoluzione 60/147, recante *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*. Sull'altra giurisprudenza con la quale la 238 intende «concorrere» all'ambizioso *opus* dell'evoluzione della norma internazionale, oltre alle sentenze *Distomo* e *Ferrini*, si ricorda anche (e.g.) il noto caso *La Réunion aérienne c. Jamahiriva arabe libyenne*, del 9 marzo 2011, ove la Corte di Cassazione francese aveva ammesso che, «in linea astratta», una norma di *jus cogens* potesse costituire una restrizione legittima all'immunità dello Stato – salvo concludere tuttavia che i fatti della specie, in quel caso, non giustificavano una tale restrizione.

³³ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.3.

³⁴ La sentenza 238, in questa prospettiva, va letta *congiuntamente* a quelle pronunce, delle quali costituisce una *conferma* e insieme alle quali – si sostiene qui (v. *infra*) – costituisce un *avvio* del processo d'evoluzione della norma. Un'evoluzione che, se era già iniziata, la Corte internazionale di Giustizia aveva però tentato di “arrestare”; un'evoluzione che ora, invece, grazie all’“irriverenza” della Consulta, può riprendere liberamente il suo corso. La sentenza in commento appare di così precipua importanza, infatti, *anche* per il fatto che è successiva alla sentenza 3 febbraio. Al tentativo della CIG di «fissare» (ma può davvero usarsi questo verbo – il *feststellen* che sta per ‘bloccare’, ‘arrestare’, e che è radice del sostantivo *Feststellung*, ‘fissazione’, ‘accertamento’, ‘accertamento incontrovertibile’ – allorché ciò che si pretende di accertare e fissare è una norma consuetudinaria che per definizione *cangia* a seconda di come viene interpretata dagli Stati, destinatari ed al contempo «produttori» di essa?) il contenuto della norma in base ad un accertamento in tutto e per tutto opinabile ed *in-certo* della prassi, ha infatti «risposto» la sentenza 238, ri-esprimendo

questa dottrina, qui, si sono considerati *soprattutto* due importanti studi³⁵, autografi da Riccardo Pisillo Mazzeschi e Pasquale De Sena. Essi guardano alla sentenza 238 dalla medesima angolazione dalla quale si intende ammirarla qui – quella dei suoi possibili effetti sul *futuro* della norma internazionale *de qua* –; essi, perciò, sono stati fondamentali nella ricostruzione del pensiero che in questo studio si manifesta e sostiene, tutto volto all’attribuzione di un *ruolo internazionalmente storico* alla sentenza, simile al ruolo, parimenti storico, che ebbero (per e nel diritto internazionale) quelle pronunce belghe e italiane dei primi lustri del ’900, le quali – come noto – consentirono alla norma consuetudinaria qui in oggetto di iniziare un percorso evolutivo che poi sfociò nell’affermazione indiscussa della portata c.d. relativa dell’immunità. Dello studio di R. Pisillo Mazzeschi, inoltre, si è qui mutuata anche la struttura: l’Autore, infatti, analizza la sentenza 238 scomponendola³⁶ nei tre macro-argomenti giuridici che costituiscono

la dinamicità delle istanze di ammodernamento della norma che la prassi degli ultimi anni aveva manifestato. La Consulta, allora, osa – in ciò facendosi latrice di una *opinio* che è la più moderna (e, secondo l’indirizzo che seguiamo, la più *giusta*) in seno alla Comunità internazionale – «sfidare» la Corte dell’Aja, nonché proporre alla stessa (ma in realtà all’intera Comunità internazionale, v. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, cit.) una nuova possibile “pista” per interpretare la norma *de qua* in modo *internazionalmente* più *legittimo*. La norma che la Corte dell’Aja avrebbe preteso «fissare», infatti, è una norma che, *in quella portata*, contraddice – e, quindi, tradisce – i principi fondamentali e fondanti del diritto internazionale contemporaneo. Sul significato processualcivile del termine *Feststellung*, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, G. Giappichelli editore, 2010, volume I, p. 167, che lo cita esaminando il concetto di cosa giudicata, traducendolo con l’espressione – riportata da noi *supra* – «accertamento incontrovertibile».

³⁵ R. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, in *DUDI*, vol. 9, 2015, n. 1, pp. 23 – 40; P. DE SENA, *The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law*, in *QIL – Questions of International Law, Zoom out II* (2014), disponibile su www.qil-qdi.org.

³⁶ Analizzare è «scomporre». Si vuole qui ricordare l’etimologia del sostantivo ‘analisi’ (da cui il verbo ‘analizzare’ proviene), ai fini di un miglior intendimento del metodo che si seguirà nelle pagine seguenti del nostro studio. Secondo M. CORTELAZZO, P. ZOLLI, *Dizionario etimologico della lingua italiana*, Bologna, Zanichelli, 1979, pp. 51 – 52, alla voce

L'orditura principale della sua *motivazione*³⁷, siccome verrà fatto qui, ove appunto si “prende in prestito”, nella suddivisione delle pagine seguenti in paragrafi, lo schema di Pisillo Mazzeschi. Egli sostiene – e ci sembra una tesi invero brillante – che con tali argomenti la Corte, che di essi si avvale *in via principale* ai fini (intrinsecamente propri) del sindacato di costituzionalità, implicitamente suggerisce anche tre argomenti che potrebbero essere usati anche per risolvere il possibile conflitto, *a livello di diritto internazionale*, fra la norma sull'immunità degli Stati [...] da una parte, e, dall'altra parte, le norme sui diritti umani fondamentali, sul divieto di crimini internazionali, sull'accesso alla giustizia e sul diritto alla riparazione.³⁸

E poi aggiunge che questi argomenti non sono nuovi, perché sono già stati formulati nella dottrina e nella prassi internazionale; ma ci sembra interessante il fatto che argomenti assai simili possano essere usati per scopi diversi: da una

analisi, il termine deriverebbe dal greco *análysis*, der. di *analyein* ‘sciogliere’; gli stessi Autori ricordano la definizione che di esso diede G. Vico nel 1711, ovvero sia un «metodo di studio consistente nello scomporre un tutto nelle sue componenti per esaminarle una per una traendone le debite conclusioni». Anche il giurista (linguista per passione e profonda cultura) O. PIANIGIANI, nel suo celebre *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, disponibile on line (www.etimo.it), ricalca – alla voce *analisi* – l'etimologia suggerita dai linguisti citati *supra*, e definisce l'analisi una «scomposizione di un tutto in elementi semplici» (che queste parole provengano da un giurista, abituato a maneggiare leggi e sentenze, è ancora più pregnante ai nostri fini). Ecco dunque che l'etimologia fa luce sul percorso che nelle prossime pagine si seguirà: si procederà a scomporre, a “sciogliere” la sentenza in oggetto; ed in questo senso ad analizzarla, nelle sue singole e autonome parti (gli «elementi semplici»). Una volta approfondite queste ultime, si potrà poi ritornare all'insieme, e leggere nella sua globalità una pronuncia così complessa. Attraverso questo metodo – fondato sullo scomporre, cioè, un puzzle molto complicato...per poi ricomporlo, ammirandolo così nell'interezza armonica delle sue *species* –, forse, si riuscirà ad illustrare con minore imperfezione (giacché quest'ultima può solo essere attenuata) il portato internazionalistico della sentenza 238/2014.

³⁷ Ecco che allora, finalmente e per questa via, ci occuperemo della *motivazione* della sentenza, che è ciò che più rileva, di essa, ai fini del presente lavoro. È dalla motivazione, infatti, che si può ricostruire l'*opinio* della Corte a proposito della consuetudine *de qua*; è dalla stessa, allora, che si può definire la nuova *pratique étatique* italiana sull'immunità degli Stati nei casi di crimini internazionali.

³⁸ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 29.

parte, per la difesa di principi e valori costituzionali e, dall'altra parte, per la difesa di principi e valori del diritto internazionale contemporaneo.³⁹

Come non leggere, allora, già sulla base di queste parole introduttive, un chiaro riferimento al pensiero dei giudici Yusuf e Cançado Trindade – come espresso nelle rispettive *opinioni dissidenti*, nell'ambito del caso *Germania c. Italia* – ed una evidente continuità tra lo stesso e la pronuncia della Consulta? Il tempo delle introduzioni è tuttavia tramontato.

Vediamo allora, *in medias res*, quali sono i tre macro-argomenti della Corte e come possano assumere un ruolo decisivo nel rafforzare la tesi della *necessità* di una lettura della norma internazionale *diversa* da quella della Corte internazionale di Giustizia.

II. PRIMO ARGOMENTO: ACCESSO ALLA GIUSTIZIA COME PRINCIPIO FONDAMENTALE E LEGAME FUNZIONALE FRA DIRITTO SOSTANZIALE E RIMEDIO PROCESSUALE.

«Il diritto alla tutela dei diritti»⁴⁰ – il diritto, cioè, alla tutela *giurisdizionale effettiva* dei diritti –, che la Costituzione contempla all'articolo 24, comma 1°, costituisce il fulcro dell'intera *motivazione* della sentenza 238. Leggiamo le parole della Corte:

...fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale vi è il diritto di agire e di resistere in giudizio a difesa dei propri diritti riconosciuto dall'art. 24 Cost., in breve il diritto al giudice. A maggior ragione, poi, ciò vale quando il diritto in questione è fatto valere a tutela dei diritti fondamentali della persona.

Nella specie, il giudice rimettente ha non casualmente indicato congiuntamente gli artt. 2 e 24 Cost., inestricabilmente connessi nella valutazione di legittimità co-

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *ritenuto in fatto*, par. 1.2.

stituzionale chiesta a questa Corte. Il primo è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità. Il secondo è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile.⁴¹

E poi, icasticamente:

Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela.⁴²

Già la sentenza 26/1999 della Corte stessa – prontamente citata dalla 238 – aveva chiaramente affermato che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale». «Né è contestabile» – aggiunge ora la sentenza in commento – «che il diritto al giudice ed a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo»⁴³. Come emerge dalle parole della Corte, allora, il *diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti* è indubbiamente un principio fondamentale (e «supremo») del nostro ordinamento costituzionale: non può esistere un vero *diritto* sostanziale allorquando manchi la possibilità di azionare lo stesso dinanzi a un giudice. Un tale *indissolubile legame tra il diritto sostanziale e il rimedio processuale* diventa poi ancora più pregnante e significativo nei casi in cui il diritto sostanziale in causa costituisca uno di quei diritti

⁴¹ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.4.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

fondamentali, essenziali, inviolabili che l'art. 2 della Costituzione fa obbligo alla Repubblica di *riconoscere e garantire*. Come riconoscere e garantire un diritto, per giunta fondamentale, laddove si escluda *a priori* la possibilità di farlo valere davanti a un giudice? È attraverso questo *iter* argomentativo⁴⁴ – da noi brevemente compendiato –, allora, che la sentenza in commento giunge alle conclusioni di cui al dispositivo⁴⁵: due delle tre norme censurate sono costituzionalmente illegittime, imponendo esse ai giudici italiani di negare la tutela giurisdizionale ai diritti fondamentali delle vittime dei gravi crimini internazionali commessi dal Reich tedesco sul territorio italiano tra il 1943 e il 1945, diritti di cui tali vittime sono titolari già in virtù di una norma del diritto internazionale⁴⁶, e che le stesse

⁴⁴ *Rectius*: «innanzitutto e forse *soprattutto*» attraverso questo *iter* argomentativo. Questo primo macro-argomento, infatti, costituisce la «base» del secondo, che sarà analizzato nel paragrafo successivo. Il terzo, poi, costituisce, almeno secondo qualcuno, un mero complemento dei primi due: un argomento, perciò – ad onta della sua importanza essenziale in una prospettiva *de iure condendo* sulla norma internazionale –, sostanzialmente superfluo, potendo la Corte giungere alle medesime conclusioni anche solo sulla base dei primi due. Per una tale opinione, v. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit. Secondo altri Autori, invece, il terzo sarebbe l'argomento *par excellence* della sentenza 238, ed il suo profilo più straordinariamente innovativo. V. *infra*, paragrafo 3.

⁴⁵ *Supra*, pp. 2 – 4.

⁴⁶ Un'interpretazione moderna e sempre più accreditata dell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja del 1907 (articolo che funge da «manifesto scritto» di una norma che è considerata – dai più – a tutti gli effetti consuetudinaria) conduce a ritenere che *già* in virtù di questa disposizione il diritto alle c.d. *compensations* spetterebbe *immediatamente* (senza, cioè, «mediazioni» di sorta; e quindi – più esplicitamente – senza alcuna mediazione da parte dello Stato di appartenenza della vittima) in capo ai singoli individui danneggiati. Tra gli altri, anche Cançado Trindade ripercorre, nella sua ben nota opinione dissidente nell'ambito del caso *Germania c. Italia*, un simile argomento, suffragandolo con l'ausilio di plurime e concordi voci dottrinali, e non senza l'apporto decisivo dei *travaux préparatoires* della Convenzione, dai quali emergerebbe, tra l'altro, che l'articolo 3 summenzionato è stato scritto «on the basis of a German proposal». Cfr. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 3 February 2012, *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, paragrafi 67 – 68, ove si legge infatti che «the *travaux préparatoires* of this provision (originated in a proposal by the German delegate) supported the view that the indemnization was due to the individual persons who were victims of the aforementioned violations». Ed ancora: «thanks to the reassuring German proposal, Article 3 of the Fourth Hague Convention of 1907 clarified that it was intended to confer rights directly upon individuals, human beings, rather than States». Nelle stesse pagine dell'opinione, inoltre, si trova esplicitata l'idea sempre più maggioritaria secondo la quale

non possono far accertare da alcun'altra autorità giurisdizionale (se non – cioè – dalla magistratura italiana), avendo la magistratura tedesca già respinto in via definitiva le loro domande; la terza norma, invece, semplicemente «non entra» nell'ordinamento italiano, e ciò per le ragioni anzidette (*supra*, pp. 3 – 6), comunque sempre inerenti alla preminenza del principio supremo di cui all'art. 24 della Costituzione, che funge – qui – da «controlimita»⁴⁷.

Ora, come può un tale argomento, di cui la Corte si avvale al precipuo fine di espungere dall'ordinamento italiano (o di non farvi entrare) le norme che contrastano con il principio supremo della «tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali»⁴⁸, «essere trasportato dal livello costituzionale a quello internazionale»⁴⁹? Appare innanzitutto evidente la corrispondenza tra un siffatto argomento, come appena compendiato, e la «trafila argomentativa» del giudice Cançado Trindade – si allude ovviamente alla ben nota opinione dissidente nell'ambito del caso *Germania c. Italia* –, tutta imperniata sulla *centralità del diritto di accesso alla giustizia* nell'ordinamento internazionale, ma in realtà *in qualunque ordinamento giuridico*, in quanto «where there is no right of access to justice, there is no legal system at all»⁵⁰. Nel diritto internazionale – scrive Pisillo Mazzeschi –, «il diritto di

l'art. 3 *de quo* sarebbe ricognitivo – oggi – di una vera e propria norma consuetudinaria internazionale. Su queste stesse posizioni si vedano anche, tra gli altri, E. DAVID, *The Direct Effect of Article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the Laws and Customs of War on Land*, in *War and the Rights of Individuals. Renaissance of Individual Compensation* (H. Fujita, I. Suzuki, K. Nagano), Tokyo, Nippon Hyoron-sha Co. Publishing, 1999, pp. 50 - 53; F. KALSHOVEN, *Article 3 of the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land, Signed at The Hague, 18 October 1907*, in *War and the Rights of Individuals. Renaissance of Individual Compensation*, cit.; D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, seconda edizione, London, Oxford University Press, 2006, p. 400.

⁴⁷ *Supra*, pp. 3 – 6, e in special modo note 11, 12, 15.

⁴⁸ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 4.1.

⁴⁹ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 31.

⁵⁰ *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., par. 219. Si confronti questa affermazione con *quella*, citata *supra* (p. 15), ove la Corte costituzionale si esprime nel senso che «sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela»: difficile sostenere, allora, che

accesso alla giustizia per le vittime di violazioni di diritti umani, o quantomeno di diritti umani fondamentali, è contemplato oggi da una *norma internazionale consuetudinaria*⁵¹ – come ormai sostenuto «da gran parte della dottrina nonché dalla prassi convenzionale e dalla giurisprudenza e la prassi delle corti e degli altri organi internazionali di controllo sui diritti umani...»⁵². «Si deve ritenere», inoltre,

che la norma consuetudinaria sul diritto di accesso alla giustizia, quantomeno quando è collegata alla violazione di diritti umani fondamentali, in particolare alla commissione di un crimine internazionale, sia una norma di *ius cogens*. Questa conclusione mi sembra inevitabile [la voce è sempre quella del Prof. Pisillo Mazzeschi], anche solo da un punto di vista logico. Se il divieto di crimini internazionali è stabilito da una norma di *ius cogens*, ne discende logicamente che anche la norma sull'accesso alla giustizia per la violazione di tale divieto sia di *ius cogens*, perché funzionalmente e necessariamente collegata alla prima.⁵³

Ora, il ragionamento da farsi – ci sembra – è il seguente. Esiste *una norma del diritto internazionale cogente che vieta la commissione di crimini internazionali* (solo un'opinione invero irragionevole potrebbe escludere ciò; di una tale opinione, infatti, non vi è alcuna traccia nella più nota dottrina internazionalistica mondiale). Uno Stato che eventualmente violasse tale norma sarebbe tenuto, per quan-

Cançado Trindade e la Consulta non parlino esattamente la stessa lingua. La continuità è chiarissima.

⁵¹ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 32. I corsivi sono nostri.

⁵² *Ibidem*. Si veda, ad es., l'ordinanza del 15 aprile 2010 del Presidente del Tribunale speciale per il Libano A. Cassese nel caso *El-Sayed*, paragrafi 20 – 36, disponibile su www.stl-tsl.org. In dottrina, si veda, tra i tanti, sempre R. PISILLO MAZZESCHI, *Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 333, 2008, pp. 345 – 365 e 414 – 422.

⁵³ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 32.

to concerne gli effetti civili dei crimini, a risarcire i danni cagionati alle vittime. Le stesse, infatti, sono titolari di un *diritto sostanziale al risarcimento dei danni* loro cagionati nell'ambito dei c.d. *crimina iuris gentium*⁵⁴, e ciò già in base al diritto internazionale, e più esattamente in base ad *un'altra norma internazionale consuetudinaria*, che discende logicamente da quella sul divieto dei crimini⁵⁵. Un tale diritto (sostanziale), poi, non potrebbe essere un vero diritto – come insegnano la Consulta e il giudice Cançado Trindade – se non fosse assistito da quel «diritto alla tutela dei diritti» che è co-essenziale all'esistenza stessa di una situazione giuridica sostanziale attiva che voglia essere chiamata...*diritto*. Vi è, allora, *anche nell'ordinamento internazionale*, «un *collegamento funzionale necessario* fra diritti sostanziali e diritto al giudice»⁵⁶. È questa, così «trasposta» nel diritto internazionale, la prima grande *lectio* – fondamentale! – che attingiamo dalla sentenza della Consulta. *Il diritto di accesso alla giustizia per le vittime di violazioni di diritti umani*, allora, è *necessariamente* contemplato dall'attuale sistema di diritto internazionale, e più specificamente da *una terza norma internazionale consuetudinaria*, senza la quale, infatti, la seconda (*i.e.* quella che costituisce la fonte del diritto sostanziale delle

⁵⁴ «Individuals [...] victimized by [...] State atrocities, are the *titulaires* (with their *ayants-droits*) of the corresponding right to reparation», *Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., par. 246. V. anche lo studio del *Comité international* della Croce Rossa, ICRC, *Customary International Humanitarian Law* (eds. J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck), Vol. I: Rules, Geneva / Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 541, ove si dice che vi è «an increasing trend in favour of enabling individual victims of violations of international humanitarian law to seek reparation directly from the responsible State», alludendo quindi, in filigrana, al diritto sostanziale di cui stiamo discorrendo. Non si capirebbe infatti come potrebbe esserci un «trend» in favore dell'ammissibilità delle vittime all'*azione* diretta nei confronti dello Stato responsabile, senza l'esistenza, al contempo, di una *situazione giuridica soggettiva sostanziale* che viene *in tale modo* – appunto - *azionata*.

⁵⁵ *Supra*, p. 15 e nota 46. Tale norma, come già si è ricordato, è stata «codificata» nell'art. 3 della IV Convenzione dell'Aja del 1907.

⁵⁶ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 33.

vittime) sarebbe del tutto ineffettiva ed incoercibile, *ergo* «non giuridica», *ergo* sostanzialmente «inutile»⁵⁷.

A questo punto, peraltro, dobbiamo rilevare che vi è un *conflitto, astratto e potenziale, tra due norme del diritto internazionale consuetudinario*: da un lato, quella che con-

⁵⁷ Sul carattere «non giuridico» di una norma del tutto incoercibile e ineffettiva, conviene qui ripercorrere – a mo' di breve e semplice menzione di *qualche* opinione e di *qualche* Autore (non è certamente questa la *sedes materiae* per approfondimenti sul tema!) - la teoria generale. In tanto tra diritto e morale si può tracciare una distinzione, in quanto il primo e *solo il primo* è assistito (*rectius*: le norme *solo del primo* sono assistite) dalla c.d. *coattività*. All'elaborazione di una tale, fondamentale, linea di demarcazione tra diritto e morale contribuì in maniera assai decisiva uno dei Padri fondatori (proprio!) del diritto internazionale, Samuel Pufendorf. Ci accontentiamo qui di menzionare come l'*Enciclopedia Treccani* (disponibile on line) ricordi, alla voce *Samuel Pufendorf*, che proprio nell'opera del grande giusnaturalista è con precisione «circostrita la sfera del diritto dalla morale: nella prima è elemento essenziale la coattività connessa con la sanzione in rapporto alla non osservanza della norma giuridica; nella morale invece non vi è coazione, e il rispetto della norma è rimesso alla coscienza». A distanza di secoli, e sempre restando nell'alveo della nostra disciplina, R. QUADRI, nel suo *Diritto internazionale pubblico* (quinta edizione, Napoli, Liguori Editore, 1968), esprime esattamente lo stesso ordine di idee: «le norme positive (giuridiche) si distinguono da quelle morali per la garanzia coattiva esterna che solo le prime, e non anche le seconde, presentano» (p. 37). Anche la migliore dottrina di altre branche dell'universo giuridico si esprime in termini del tutto analoghi: cfr. ad es. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, quarta edizione, Torino, Utet, 1993, pp. 1 – 2. In A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, diciottesima edizione, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 9 – 10, la distinzione è tracciata sulla base dei concetti, alla «coattività» sostanzialmente equivalenti, di *autorità ed eteronomia*: solo la norma giuridica è «imposta da altri, dall'ordinamento nel suo complesso»; la norma morale, per converso, è «autonoma», nel senso che essa «funge da imperativo solo in quanto la coscienza del singolo spontaneamente ne accetti il comando». Viene allora da dire, in conclusione, che laddove si postuli l'esistenza di una norma «senza sanzione» (di più: «senza sanzione *giurisdizionale*» - 238 *docet!*), si rischia di evadere o – non sembra una forzatura affermarlo - *tout court* si evade... dal mondo del diritto. È affermazione che pare discendere *logicamente* dagli enunciati più consolidati della teoria generale. Sull'*inutilità* della seconda norma internazionale consuetudinaria qualora essa non sia assistita da una terza norma che la renda coercibile attraverso l'astratta possibilità di essere accertata dinanzi ad un giudice, basti qui rammentare che una norma siffatta attribuirebbe un *diritto* al risarcimento solamente *simbolico* per la vittima, un "diritto" non suscettibile – nemmeno astrattamente – di tramutarsi in un effettivo indennizzo (se non nei casi in cui lo Stato-danneggiante adempisse spontaneamente all'obbligazione). Ma dei simboli – pare – la vittima non saprebbe che farsene: alla ineffettività di una siffatta norma, allora, e alla autentica «non giuridicità» della stessa, si accompagnerebbe la sua completa inutilità. Ecco dunque che il *diritto di accesso alla giustizia* diventa invero *essenziale*: «it is a true *droit au Droit*, a right to a legal order which effectively [corsivo nostro] protects the fundamental rights of the human person», *Dissenting opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., par. 217.

ferisce l'immunità dalla giurisdizione allo Stato per tutti gli atti *iure imperii*⁵⁸; dall'altro, quella che conferisce un diritto di accesso alla giustizia alle vittime dei crimini internazionali, di cui le stesse non possono essere private pena «l'annichilimento giuridico» di quella posizione giuridica soggettiva sostanziale alla quale, invece, deve essere preservata la propria natura giuridica, e che è nientedimeno che il loro diritto sostanziale al risarcimento dei danni subiti a cagione di gravi crimini contro l'Umanità. Un tale conflitto diventa *concreto e attuale* quando la vittima *non ha altri rimedi giurisdizionali* a sua disposizione per far accertare e tutelare la situazione giuridica soggettiva sostanziale della quale è titolare⁵⁹. *Se vi sono altri rimedi giurisdizionali*, infatti, *nulla quaestio*: il conflitto tra le norme non si realizza, e l'immunità deve allora essere riconosciuta allo Stato. La stessa, infatti, non può e non deve essere negata dal giudice allo Stato straniero, in quanto la vittima può ancora far valere i suoi diritti *in altro modo*, in un modo, cioè, che consentirebbe di salvaguardare sia le ragioni dello Stato sia quelle della vittima, senza alcuna necessità di limitare la tutela di uno dei due interessi in gioco, e cioè quello dello Stato al rispetto della sua indipendenza-dignità⁶⁰. *Se, invece, non*

⁵⁸ Stiamo ragionando, qui, in una prospettiva *de iure condito*: la norma sull'immunità, in questa prospettiva - ci sembra assai difficile sostenere che questo non sia *l'esito interpretativo* della sentenza 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di Giustizia -, «abbraccia» anche i c.d. *delicta imperii*. Nel prosieguo del testo si vedrà, tuttavia, che *anche in una tale prospettiva* - che è quella, realistica, del presente - *si poteva e doveva* giungere a una conclusione *diversa* rispetto a quella cui è pervenuta la CIG.

⁵⁹ Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 33, ove peraltro si dice, in una forma non scevra di possibili ambiguità, che «il conflitto *in concreto* si realizza quando la vittima non ha rimedi alternativi». E ancora: «se la vittima di un crimine internazionale non ha alcuna possibilità concreta di adire la giustizia *o di ottenere in qualche modo la riparazione* [corsivo nostro], si verifica una situazione di vero e proprio diniego di giustizia». È necessario tagliare il nodo gordiano di tali ambiguità, concernenti la natura dei succitati rimedi alternativi: il *rimedio alternativo* deve *comunque* avere, secondo noi - che mutuiamo sul punto l'opinione di Cançado Trindade e (estendiamo al diritto internazionale il messaggio essenziale) della sentenza 238 -, *natura giurisdizionale*.

⁶⁰ Sull'indipendenza-dignità, la cui tutela costituirebbe una delle molteplici «dimensioni» della *ratio* della norma sull'immunità dello Stato, eloquente è la giurisprudenza del celebre caso - «seen for a long time as the main authority on state immunity» (T. HILLIER, *Source-*

vi sono altri rimedi giurisdizionali, il conflitto come detto si realizza: da astratto e potenziale diventa concreto e attuale. La domanda è, a questo punto: come «risolverlo»? Pisillo Mazzeschi – giunti a questo stadio finale del ragionamento – risponde così:

...una volta accertata l'esistenza effettiva di un vero e proprio conflitto, non resta che concludere che le norme internazionali di ius cogens sul diritto al giudice e sul divieto di crimini internazionali prevalgono sulle norme internazionali sulle immunità, che hanno invece solo carattere dispositivo.⁶¹

Prevale, allora – in questa chiave di lettura –, la norma sull'accesso alla giustizia. La ragione è presto detta: codesta norma, insieme a quella che fonda l'esistenza del diritto sostanziale alla riparazione, ha natura di *ius cogens*; la norma sull'immunità, invece, tale natura non ha. Ecco che allora, nella gerarchia delle

book on Public International Law, Londra, Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 290) – *The Parlement Belge*: «as a consequence of the absolute independence of every sovereign authority, and of the international comity which induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other sovereign state, each and every one declines to exercise by means of its courts any of its territorial jurisdiction over the person of any sovereign...» (J. M. SWEENEY, *The International Law of Sovereign Immunity*, Washington, U.S. Dept. of State Publication, 1963, pp. 20 – 21, ove si riportano e commentano queste pregnanti parole della Court of Appeal inglese che giudicò il caso nel lontano 1880). Lo sfregio all'indipendenza che la violazione della norma sull'immunità importa, quindi, sarebbe anche e forse *soprattutto* - non incidendo, nella più parte dei casi, sull'indipendenza effettiva - uno sfregio alla *dignità* dello Stato. Pare dunque che la tutela dell'indipendenza dello Stato – che è, come si sa, il fondamento della norma sull'immunità – possa declinarsi anche, e forse *soprattutto*, nella tutela della sua dignità. L'indipendenza effettiva dello Stato non sembra essere *direttamente* in pericolo: una eventuale sentenza di condanna dello stesso, ove si tratti di atti *iure imperii*, costituirebbe più che altro una messa in pericolo (ed anzi, indefettibilmente, una lesione) della sua dignità. Ciò non toglie che l'indipendenza in sé (da cui la dignità discende) sia sempre il centro della norma *de qua*: una serie di processi ove l'immunità, per gli atti *iure imperii*, venisse negata, potrebbe infatti incidere alla lunga sulla stessa indipendenza effettiva dello Stato, indebolendone la dignità, e dunque lo *status*, all'interno della Comunità internazionale.

⁶¹ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 33.

norme del sistema del diritto internazionale, a prevalere è senza dubbio la prima. Una tale tesi, sostenuta dall'Autore da ultimo citato, era già stata avanzata, in maniera del tutto simile, dalla sentenza *Ferrini*⁶², la quale però non considerava – quantomeno in maniera esplicita – l'importanza essenziale del collegamento funzionale necessario che vi è tra il diritto sostanziale e il rimedio processuale, che costituisce la *lectio* per antonomasia della sentenza 238. La risoluzione del conflitto, quindi, sia nella *Ferrini* sia in Pisillo Mazzeschi, è legata alla natura di *jus cogens* di alcune norme del diritto internazionale, tra le quali sicuramente non v'è la norma sull'immunità dello Stato⁶³. La conclusione cui si è pervenuti, tutta-

⁶² Corte di Cass., Sez. Un., sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044. La Suprema Corte riscontrò «un'antinomia tra norme imperative in tema di tutela dei diritti fondamentali e norme sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione» (A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *RDI*, 2004, n. 3, p. 644); antinomia che poi risolse - come noto - facendo prevalere, in quanto di *jus cogens*, la norma che impone di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo.

⁶³ A prova del fatto che per l'immunità non si tratta, né possa trattarsi, di *jus cogens*, si pensi già solo al folto numero di eccezioni che contornano la regola (l'*exceptio* per le azioni immobiliari, quella per gli atti *iure gestionis*, ecc.). Una norma di *jus cogens* non può, per la sua stessa natura, sopportare eccezioni di sorta. Per definizione, lo *jus cogens* è *inderogabile*. Per converso, un'attenta analisi storica dell'immunità conduce a ritenere che essa, da sempre, sia...*derogabile*. Si pensi alle eccezioni che fin dal principio costellarono il contenuto della norma, ad es. impedendo che gli Stati potessero invocarne l'applicazione nei casi di azioni immobiliari («la sola eccezione a queste regole [le regole sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera] può essere fatta se lo Stato straniero possedesse beni immobili nel nostro territorio. Non potrebbero in tale ipotesi essere limitati i diritti giurisdizionali della sovranità territoriale, per le azioni immobiliari e reali su detti beni...»), così già P. FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, seconda edizione, Torino, Unione tipografica – editrice, 1879, p. 291, che peraltro riteneva che quella delle azioni immobiliari fosse la sola eccezione ammessa; più recentemente, v. ad es. J. M. SWEENEY, *The International Law of Sovereign Immunity*, cit., p. 20: «until about 1900, the immunity of a state from the judicial process of another [...] was broad, but not without limitations. It was not granted when the litigation involved ownership or other interests in immovables in the territory...»). Una via arguta per escludere con certezza l'appartenenza della norma *de qua* allo *jus cogens* si rinviene poi in M. MARESCA, *Atti stranieri di sovranità nel foro e rinuncia all'immunità dalla giurisdizione*, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 7, 1993, n. 4, pp. 805 – 806, ove si evince detta esclusione dalla *ratio* della norma (il che, a parer nostro, è degno di lode, il giurista dovendo sempre *ragionare* a partire dalla *ragion d'essere* delle norme; ove ci si allontani da questa strada, infatti, v'è poi il rischio concreto di travisare completamente il significato di una disposizione normativa), e cioè dal fatto che la stessa esiste per proteggere un interesse particolare, *id est* la sovranità e indipenden-

via, necessità di un passaggio logico non scevro di problematicità: quello, cioè, della natura di diritto cogente non solo della norma consuetudinaria che vieta i crimini internazionali (sin qui tutti d'accordo), ma anche delle altre due norme consuetudinarie che da essa discendono logicamente, e cioè della norma che attribuisce alle vittime un diritto sostanziale alla riparazione e di quella che conferisce loro un rimedio giurisdizionale per far valere un tale diritto. Benché siamo convinti della giustezza della tesi di Pisillo Mazzeschi, che deduce questa natura «logicamente», v'è da dire che una tale tesi potrebbe fondatamente dare adito a una *vexata quaestio*, ed essere così dibattuta – magari “ferocemente” e *sine die* – da taluni, e negata *tout court* da talaltri. Trattandosi di una tesi, allora, fortemente soggetta agli spietati “dardi della critica”, va cercata *anche* una soluzione alterna-

za dello Stato eventualmente convenuto in giudizio per un suo atto *iure imperii*, non già universale, non già dell'intera Comunità internazionale. È in questo modo, fra l'altro, che l'Autore deduce coerentemente e logicamente la rinunciabilità al beneficio dell'immunità: tutelando detto beneficio un interesse particolare, infatti, esso è liberamente rinunciabile dal soggetto a favore del quale è - in astratto - concesso. Riteniamo utile citare per esteso il passo dell'Autore, essendo importante in questa sede escludere senza dubbi di sorta la natura di *jus cogens* della norma *de qua*: «...considerando che il principio della immunità dalla giurisdizione costituisce una delle tecniche rivolte a garantire agli Stati una sfera esclusiva di esercizio della loro sovranità relativamente a rapporti *iure imperii*, non pare dubbio che esso dia luogo ad una situazione giuridica soggettiva a favore unicamente di tali Stati (convenuti in giudizio relativamente ad atti c.d. *iure imperii*) dovendosi così preliminarmente escludere che possa trattarsi di norma inderogabile (o di *jus cogens*) imposta dal diritto internazionale. Con la conseguenza che lo Stato che è titolare di tale situazione è pur sempre libero di rinunciare – in tutto o in parte – alla relativa prerogativa, sicché in tal caso potrà legittimamente essere esercitata la giurisdizione nei suoi confronti...». *A contrario*, allora – è spunto che si trae dall'Autore -, potrebbe anche dirsi che la ormai consolidata regola della rinunciabilità dell'immunità importa *necessariamente* la impossibilità di considerare alla stregua di una norma di *jus cogens* detta immunità. Lo *jus cogens* è inderogabile, è «categorico». Ad esso non può rinunziarsi per definizione (essendo la sua *natura giuridica definita* dall'inderogabilità). Sempre a proposito della “non intersecabilità” tra la norma *de qua* e la categoria dello *jus cogens* - alla quale la prima non può appartenere -, particolarmente chiare sono infine sembrate le parole di GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, cit., p. 644, nota 3, ove si dice che «la norma sull'immunità è stata anch'essa, a volte, ricondotta ad una regola imperativa, il principio dell'uguaglianza degli Stati. Non sembra tuttavia che i qualificativi che a volte accompagnano questo principio (costituzionale, fondamentale) altro facciano se non descrivere un dato della struttura della società internazionale, e non una norma inderogabile nel senso assunto dall'espressione diritto cogente».

tiva. La tesi della prevalenza della norma di *jus cogens* non include bensì esclude il bilanciamento: non vi sono norme da bilanciare laddove una di esse debba prevalere in virtù della propria natura. Ecco che invece, avvalendoci del secondo macro-argomento della Consulta, provvederemo ora a recuperare il ruolo che il bilanciamento tra i principi esplica in ogni ordinamento giuridico, anche nell'ordinamento internazionale. La prima grande lezione della Consulta, tuttavia, anche ai fini della disanima del secondo macro-argomento, non va dimenticata: un diritto non assistito dal «diritto alla tutela dei diritti» non è un diritto. Vi è un collegamento funzionale *necessario* tra il diritto sostanziale e il diritto al giudice. È questa una conclusione generale, valida *anche nell'ordinamento internazionale*.

III. SECONDO ARGOMENTO: BILANCIAMENTO DEI VALORI.

Si è già detto⁶⁴ della “faglia” che sembra dividere la dottrina italiana, in modo invero radicale, sul tema del bilanciamento nella sentenza 238. Tra le due schiere, l'una agli antipodi dell'altra, noi “ci arruoliamo” – in ciò assumendo la responsabilità della scelta – in quella che ritiene che un bilanciamento, seppur in principio non manifesto, sia stato infine operato dalla Corte (quantomeno *sostanzialmente*⁶⁵). La stessa, infatti, oltre a parlare a chiare lettere di un bilanciamento che rientra tra le operazioni ordinarie di sua competenza e che si renderebbe ancor più necessario nei casi, quali quello *de quo*, ove la «verifica di compa-

⁶⁴ *Supra*, p. 9.

⁶⁵ A tale schiera appartengono, fra gli altri, GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit.; SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, cit., p. 52 ss.; PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., pp. 34 – 36. Sul fatto che il bilanciamento (che pure potrebbe essere escluso laddove si legga la sentenza in commento con le sole lenti delle categorie formali e formalistiche) sia stato operato *quantomeno nella sostanza*, v. *infra*, nota successiva.

tibilità» avviene «tra norme [...] entrambe di rango costituzionale»⁶⁶, non esita a *praticarlo*, come emerge (secondo noi nitidamente) dai passi seguenti. Discorren-

⁶⁶ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.1. La norma ricavabile dall'interpretazione del combinato disposto degli artt. 2 e 24 della Costituzione ha, ovviamente, rango costituzionale. L'altra norma - cui si allude nel passo citato - di rango costituzionale sarebbe invece quella internazionale consuetudinaria sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, così come interpretata dalla CIG nella sentenza 3 febbraio 2012: le norme consuetudinarie internazionali, infatti, avrebbero nel nostro ordinamento, una volta immesse in esso tramite il meccanismo di cui all'art. 10, 1° comma, Cost., l'astratto rango di norme costituzionali. È questa l'opinione, sul punto, della «dottrina prevalente», cfr. N. RONZITTI, *L'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme imperative del diritto internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, vol. I, p. 636. A un siffatto orientamento dottrinale appartengono, tra gli altri, E. CANNIZZARO, *Trattati internazionali e giudizio di costituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 280 ss., e G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, vol. XII, Torino, Utet, 1997, p. 396. Il punto meriterebbe, per la sua importanza «sistemica», un ampio approfondimento, che qui tuttavia non può farsi, avendo il presente lavoro ad oggetto altro. Si può solo ricordare - incidentalmente - come un altro filone dottrinale negli *tout court* che alle norme internazionali (ma in generale a tutte le norme esterne al nostro ordinamento) possa essere assegnato un «rango», tale concetto essendo pertinente solo per le norme appartenenti ad un medesimo ordinamento giuridico, e potendo essere eventualmente utilizzato, allora, solo per le norme interne di adattamento al diritto internazionale, non già per le norme internazionali propriamente dette. Il rango, infatti, servirebbe per «strutturare» una gerarchia tra le norme appartenenti ad un medesimo ordine giuridico. V., ad es., LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., p. 87, ove si dice, sempre a proposito delle norme internazionali richiamate dal meccanismo di cui all'art. 10, 1° comma, Cost., che «solo impropriamente si parla - appunto - di un "rango" di tali norme, per la ragione semplicissima che questo presupporrebbe il loro pieno inserimento nella gerarchia delle fonti del nostro ordinamento, il che però non è, trattandosi di norme di *altro* e ben diverso ordinamento». Una parte della dottrina, poi, non senza avere ragione da un punto di vista meramente formale, sostiene che la Corte non abbia, nella sentenza 238, operato alcun bilanciamento tra le norme in conflitto *proprio perché* - secondo l'impostazione prescelta dal medesimo consesso di giudici - *le norme internazionali non sarebbero nemmeno entrate nell'ordinamento italiano, e non avrebbero potuto assumere, così, alcun rango*: l'aver optato per la teoria c.d. selettiva non nomogenetica avrebbe perciò precluso alla Corte di bilanciare le norme costituzionali con quelle internazionali; e ciò in quanto le norme internazionali, nel caso di specie, restano tali, non si trasformano - in altri termini - in norme interne (a ciò ostando i controlimiti); *ergo* non si potrebbe, in un'ottica meramente formale (e secondo noi formalistica) operare alcun vero bilanciamento tra norme appartenenti a ordini giuridici diversi. Le norme internazionali, allora, solo se «filtrate» nell'ordinamento interno assumerebbero un rango costituzionale e potrebbero, così, essere bilanciate con le norme interne. È questa, tuttavia, una tesi fondata su elementi meramente formali e formalistici. Secondo l'opinione che seguiamo, invece, il bilanciamento è «ammirato» *nella sua veste sostanziale*, contenutistica; e si scorge chiaramente, secondo noi, che un siffatto bilanciamento - tutto volto a ponderare le *rationes* delle due norme *concretamente* in conflitto: quella internazionale e quella interna

do del principio supremo della tutela giurisdizionale dei diritti, infatti, la Corte non nega che esso possa, in talune circostanze eccezionali, essere limitato. Tuttavia,

il limite deve essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale (sentenza n. 18 del 1982); inoltre la norma che stabilisce il limite deve garantire una rigorosa valutazione di tale interesse alla stregua delle esigenze del caso concreto (sentenza n. 329 del 1992).

Nella specie, la norma consuetudinaria internazionale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, con la portata definita dalla CIG [...] determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle suddette vittime: il che è peraltro riconosciuto dalla stessa CIG, che rinvia la soluzione della questione, sul piano internazionale, ad eventuali nuovi negoziati, individuando nella sede diplomatica l'unica sede utile [...] Né si ravvisa, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, un interesse pubblico tale da risultare preminente al punto da giustificare il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali (artt. 2 e 24 Cost.), lesi da condotte riconosciute quali crimini gravi.⁶⁷

(che è un *principio* supremo *interno*; ma anche *internazionale!*, v. *infra*, nel prosieguo del paragrafo) – è stato operato dalla Corte. Due norme giuridiche, ancorché appartenenti ad ordini giuridici diversi, possono *sostanzialmente e concretamente* porsi in conflitto tra loro: in tal caso, se non vi è una norma che debba prevalere in virtù della propria natura, la soluzione va ricercata contemperando le *rationes* delle due norme, in altre parole *bilanciandole*, manifestandosi proprio in tale sforzo di ricerca di un *giusto equilibrio* tra interessi in conflitto la più antica e nobile funzione della *juris-prudentia*.

⁶⁷ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.4. I corsivi sono nostri: con essi abbiamo voluto evidenziare le "proposizioni chiave" ai fini del bilanciamento; le proposizioni, cioè, dalle quali emerge con chiarezza – secondo la posizione che abbracciamo – che la Corte ha operato, quantomeno nella sostanza, un vero e proprio bilanciamento dei valori.

E poi, svelando in maniera ancora più esplicita lo schema metodologico adoperato, *id est* lo schema del bilanciamento, la Consulta continua a rimarcare che

...in un contesto istituzionale contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo, esaltati dall'apertura dell'ordinamento costituzionale alle fonti esterne (sentenza n. 349 del 2007), la circostanza che per la tutela dei diritti fondamentali delle vittime dei crimini di cui si tratta, ormai risalenti, sia preclusa la verifica giurisdizionale rende del tutto sproporzionato il sacrificio di due principi supremi consegnati nella Costituzione rispetto all'obiettivo di non incidere sull'esercizio della potestà di governo dello Stato, allorquando quest'ultima si sia espressa, come nella specie, con comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo.⁶⁸

Ed infine:

Nella specie, l'insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice, rilevata, come detto, dalla CIG e confermata, dinanzi alla predetta, dalla RFG, rende manifesto il denunciato contrasto della norma internazionale, come definita dalla predetta CIG, con gli artt. 2 e 24 Cost.⁶⁹

Sembra, allora – lo si evince, secondo noi nitidamente, da un'attenta lettura dei passi citati –, che la Corte abbia effettivamente adottato lo schema del bilancia-

⁶⁸ *Ibidem*. Anche qui i corsivi sono nostri. La ragione di essi è sempre la medesima, v. *supra*, nota precedente.

⁶⁹ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.5. Anche qui, per le medesime ragioni anzidette (*supra*, nota 67), i corsivi sono nostri.

mento *anche* in questa pronuncia⁷⁰. Si è trattato di un bilanciamento *sostanziale* tra principi appartenenti a ordini giuridici diversi: da una parte il principio internazionale sull'immunità dello Stato⁷¹, così come interpretato dalla CIG nella sen-

⁷⁰ È schema, come noto, di cui la Corte si avvale regolarmente e ordinariamente per espletare i compiti che le sono stati attribuiti dalla Carta costituzionale. In ogni caso le voci contrarie, anche qui, non mancano, v., *exempli gratia*, BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, cit., ove l'Autore dice che «le operazioni di “bilanciamento” (tra principi, tra diritti, tra interessi...) non sono di competenza della Corte costituzionale, ma del legislatore». E poi continua: «al legislatore spetta di scegliere quale bilanciamento operare tra gli interessi, alla Corte controllare che esso non “trasmodi” in irragionevolezza [...] La legge sottoposta alla Corte costituzionale incorpora un “bilanciamento” tra principi e lo traduce in una *regola*; la Corte valuta che questa regola non sia troppo squilibrata, non privilegi un unico interesse a danno di ogni altro, lasci un minimo vitale di protezione all'interesse soccombente, ecc.». L'opinione è autorevole. Tuttavia, l'autorevolezza dell'Autore non muta la natura della stessa: si tratta pur sempre, appunto, di un'opinione. Un'opinione, del resto, avversata da molti: vi è infatti un'altra opinione (sempre di *doxa* si tratta, non certo di *aletheia*; ché infatti, nonostante qui la si accolga, non pretendiamo affatto di cambiarne il nome), in tutto e per tutto di segno opposto, in base alla quale la Corte opererebbe *ordinariamente* attraverso lo strumento metodologico del bilanciamento tra principi, interessi, beni giuridici, ecc. Leggendo attentamente le parole di Bin, del resto, non sembra potersi escludere – ma sarebbe necessario uno studio autonomo, avente ad oggetto specificamente il bilanciamento nella giurisprudenza costituzionale, per dirlo con certezza – una c.d. “truffa delle etichette”: quando infatti la Corte valuta che la regola «non sia troppo squilibrata, non privilegi un unico interesse a danno di ogni altro, lasci un minimo vitale di protezione all'interesse soccombente, ecc.», che operazione compirebbe? Come si chiamerebbe questa (apparentemente) diversa operazione? Non si tratta, forse, pur sempre di un *bilanciamento*, cui però vuole affibbiarsi un nome diverso? Siamo convinti, con *altra* autorevole dottrina (v., ad es., quella citata *supra*, p. 9, nota 23, la quale, discorrendo sul problema del bilanciamento *nella sentenza 238*, implicitamente riconosce che si tratta di uno schema sovente seguito dalla Corte; ed anche quella citata a p. 22, nota 65, che propende per la tesi secondo la quale la Corte avrebbe seguito lo schema in parola *anche* nella sentenza 238), che la Corte bilanci «per sua natura»; che essa, quindi, debba sempre «cercare» (di vera e propria caccia al tesoro, a volte, si tratta) un *equilibrio tra gli interessi, tra i valori, tra i beni giuridici*, e ciò soprattutto laddove si tratti di risolvere – in qualche modo – un contrasto tra principi tutti di rango costituzionale, tutti contemplati dalla Costituzione, e tra i quali, perciò, va necessariamente ricercata una giusta armonia. Un'armonia, dunque, che si fondi sul *necessario sacrificio, ma mai sproporzionato*, di uno degli interessi in gioco. In questa chiave, allora, il sacrificio appare sì necessario, ma solo *nella misura* in cui *l'altro interesse*, senza questo *parziale* sacrificio, verrebbe irrimediabilmente compromesso.

⁷¹ Sinora abbiamo sempre parlato di una *norma* – internazionale consuetudinaria – sull'immunità dello Stato. Che si tratti di un *principio*, e non già di una norma, è rilevante, secondo parte della dottrina, proprio affinché possa correttamente applicarsi lo strumento del bilanciamento (v. GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit., che cita Ronald Dworkin e Robert Alexy

tenza 3 febbraio 2012; dall'altra parte il principio supremo dell'ordinamento italiano di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 24 Cost., *id est* il principio della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali. Il linguaggio della Corte, secondo noi (*rectius*: secondo l'opinione che riteniamo preferibile), è manifestamente chiaro in questo senso. Le proposizioni dei passi citati che abbiamo voluto sottolineare in corsivo, infatti, sono "indicative" della strada seguita: la strada, appunto, del bilanciamento. Come interpretare, altrimenti, il riferimento esplicito al carattere radicalmente «sproporzionato» del «sacrificio» (appunto, «totale») di uno dei principi supremi dell'ordinamento rispetto alla necessità di tutelare un altro interesse, che tuttavia non è – appunto – quell'«interesse pubblico» a tal punto «preminente» da poter determinare il consentito, benché eccezionale, «sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale di diritti fondamentali»? Come interpretare, poi, il passaggio in cui si dice che è «l'insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice» a determinare le – note⁷² – conclusioni della Corte, se non come un altro sintomo di un esito che è stato il frutto soprattutto di un bilanciamento dei valori⁷³? Come interpretare, infine, il riferimento alla necessità che si vagli «alla stregua delle esigenze

e le loro celebri teorie sulla distinzione tra la sussunzione e il bilanciamento: la prima operante allorché ci sia una norma, il secondo allorché una norma manchi, e vi siano solamente dei principi, i quali appunto devono essere bilanciati tra loro per la corretta risoluzione di un caso ove la fattispecie concreta sia "orfana" di specifiche norme ad essa applicabili). Nel nostro caso, tuttavia, la differenza tra la norma e il principio sfuma, e si tratta, perciò, di un "falso problema". La ragione è presto detta: i *principi del diritto internazionale* non sono altro che *norme consuetudinarie*, seppur *sui generis*, dello stesso. I due termini, allora, possono comodamente essere interscambiati *ad libitum*, valendo la più solida proprietà commutativa. Si veda, *exempli gratia*, CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 51. Il punto è esplicito bene anche in J. FINKE, *Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?*, in *European Journal of International Law, Oxford Journals*, Vol. 21, Issue 4, pp. 853 – 881, punto 8, ove si dice che «the current literature and jurisprudence often refer to sovereign immunity as a principle of international law. But, with a few exceptions, the term is obviously used as a synonym for a rule and not as a distinct category...».

⁷² V. *supra*, pp. 1 – 2, ove si è citato il dispositivo della Corte.

⁷³ V. *infra*, nell'immediato prosieguo del testo, ove si spiega in che cosa sia consistito, nella specie, quel bilanciamento.

del caso concreto» l'ammissibilità del limite al principio supremo, se non nella stessa chiave, ove appunto il bilanciamento deve essere svolto calandosi nel concreto del problema della specie? Sembra che il ragionamento della Corte, allora, sia stato essenzialmente questo (e che in questo consista il secondo macro-argomento che ha condotto al suo dispositivo): l'interesse tutelato dal principio internazionale sull'immunità dello Stato, *come interpretato dalla CIG nella sentenza 3 febbraio 2012*, non costituisce quell'*interesse pubblico a tal punto preminente da poter determinare un sacrificio totale del principio della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*; se il sacrificio a detto principio fosse solo *parziale*, potrebbe attribuirsi un valore preminente al principio internazionale *de quo*, anche come interpretato dalla Corte internazionale di Giustizia (un principio, cioè, che pretende di garantire l'immunità allo Stato anche per i casi di crimini internazionali); il sacrificio, tuttavia, è nel caso concreto *totale* – perché le vittime non dispongono di alcun rimedio alternativo di natura giurisdizionale –; *ergo*, non potendo un principio supremo essere «annichilito» in forma totale, è *all'altro principio – quello internazionale – che si chiede di essere parzialmente limitato*, e ciò nel solo caso concreto in cui *l'insussistenza della possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali mediante un giudice sia, per le vittime, assoluta*. Un tale *modus operandi* – qui sommamente compendiato – mette chiaramente in luce che l'esito cui si è pervenuti è il portato di un vero e proprio bilanciamento dei valori. Su questo aspetto, peraltro – lo si è già detto⁷⁴ –, inerente allo studio del bilanciamento nella sentenza 238, la letteratura è ricchissima e potrebbe dedicarsi, perciò, uno studio specifico. Questo lavoro ha ad oggetto *altro*: accontentiamoci qui di accogliere, quindi, *sic et simpliciter*, la tesi secondo la quale la sentenza 238 ha adottato lo schema del bilanciamento⁷⁵, e vediamo come una tale tesi possa essere d'ausilio per il *nostro problema*,

⁷⁴ *Supra*, p. 9.

⁷⁵ Tesi che *comunque* non è affatto minoritaria, essendo sostenuta da una buona metà della dottrina italiana che si è occupata del problema. V. *supra*, pp. 9 e 21.

che è quello, prettamente internazionalistico, delle sorti della norma internazionale sull'immunità dello Stato nei casi di crimini internazionali a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale qui in commento. Come può – sempre avvalendoci dello schema tracciato da Pisillo Mazzeschi – «essere trasportato dal livello costituzionale a quello internazionale» il secondo macro-argomento della Corte? Ecco una brillante risposta, cui aderiamo *in toto*:

...l'argomento della Corte costituzionale fondato sul metodo del bilanciamento dei valori si presta bene [...] ad essere utilizzato a livello di diritto internazionale, per risolvere il problema del conflitto fra le norme consuetudinarie sulle immunità internazionali, da un parte, e le norme consuetudinarie sui diritti umani fondamentali, sui crimini internazionali e sull'accesso alla giustizia, dall'altra parte. In effetti, esistono già tendenze in questo senso sia nella dottrina che nella giurisprudenza internazionale, che riguardano le immunità degli Stati esteri [...] Si possono ricordare [...] l'opinione dissidente del giudice Yusuf nella sentenza della CIG nel caso Immunità giurisdizionali dello Stato...⁷⁶

Il punto, allora, è invero centrale ai nostri fini. La seconda grande *lectio* della sentenza 238 – *i.e.* quella, appena commentata, sul bilanciamento dei valori –, se opportunamente combinata con la prima, può essere davvero *risolutiva* del problema di diritto internazionale di cui ci si occupa qui. Abbiamo detto, infatti, riflettendo sul primo macro-argomento della Corte – ed opportunamente collegandolo all'opinione dissidente di Cançado Trindade –, che il diritto di accesso alla giustizia per le gravi violazioni dei diritti dell'uomo (*rectius*: per accertare e rendere effettivo il diritto alla riparazione che spetta alle vittime a seguito di dette violazioni) è un diritto contemplato già, necessariamente, dal diritto interna-

⁷⁶ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., p. 36.

zionale. Ora, non sembra possibile affermare, in seguito a un'attenta analisi, che il problema *internazionalistico* dell'immunità nei casi di crimini internazionali è in tutto e per tutto simile a quello, meramente *interno* e concernente il rapporto tra un principio fondamentale dell'ordinamento nazionale e un principio "estero", di cui si è dovuta occupare la Corte? In altri termini: *anche nell'ordinamento internazionale* – pare – *vige un principio supremo sulla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali* (deducibile dal combinato disposto di due delle tre norme consuetudinarie citate *supra*, pp. 17 – 18: e cioè quella che fa sorgere un diritto sostanziale in capo alle vittime dei crimini internazionali, e quella che contempla il diritto di accesso alla giustizia per esercitare un tale diritto); *anche nell'ordinamento internazionale questo principio confligge con l'altro principio in causa, quello sull'immunità dello Stato; anche nel diritto internazionale, allora, lo schema del bilanciamento si rende necessario per dirimere un tale conflitto*, e ciò soprattutto laddove si ritenga non affatto certo che uno dei due principi prevalga in virtù della propria natura di *jus cogens*, sulla quale infatti residuano dubbi (v. *supra*, p. 21); e si veda chiaramente, perciò, come solo *il bilanciamento dei valori* possa stabilire *quale dei due principi debba prevalere nel caso concreto*, e quale – invece – debba essere *parzialmente* limitato nelle medesime circostanze particolari. Una tale idea, ora da noi brevemente compendiata, non è certo nuova: essa è stata già autorevolmente sostenuta da varî Autori⁷⁷, tra i quali v'è an-

⁷⁷ *Ibidem*. Pisillo Mazzeschi ricorda, nel prosieguo del passo riportato *supra*, p. 26, che una tale posizione è stata sostenuta, tra l'altro, anche dai giudici Higgins, Kooijmans e Buerenthal nella loro opinione separata congiunta nell'ambito della sentenza della CIG nel caso del *Mandato d'arresto*. Inoltre, la posizione *de qua* è stata sostenuta, tra gli altri, da P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *European Journal of International Law* 2005, p. 89 ss.; L. GRADONI, A. TANZI, *Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012*, in *La Comunità Internazionale* 2012, p. 209 ss.; A. CASSESE, *When May Senior Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, in *European Journal of International Law* 2002, p. 870 ss.; D. AKANDE, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in *American Journal of International Law* 2004, pp. 414 – 415; M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di*

che – *exempli gratia* – il giudice Yusuf, la cui *dissenting opinion* nell’ambito del caso *Germania c. Italia* è letteralmente incentrata sul bilanciamento dei principi nel (e del) sistema del diritto internazionale⁷⁸. È interessante, allora, rimarcare nuovamente la continuità, a nostro avviso patente, tra le opinioni dissidenti alla sentenza 3 febbraio 2012 e la posizione della Consulta: il primo macro-argomento della 238 appare limpidamente connesso all’opinione del giudice Cançado Trindade; il secondo all’opinione del giudice Yusuf. Ma, è ora lecito e necessario chiedersi, a quale esito dovrebbe condurre la “strada del bilanciamento”, qualora venisse percorsa – e ce lo auguriamo – *nell’ambito del diritto internazionale*⁷⁹? La risposta, anche qui, sembra potersi fondare su un *chiaro parallelismo* che ai nostri occhi intercorrerebbe tra l’esito cui è giunta la Consulta *ai fini dell’ordinamento in-*

gravi crimini internazionali, Torino, 2007, p. 313 ss.; T. RENSMANN, *Impact on the Immunity of States and Their Officials*, in *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, M.T. Kamminga, M. Scheinin (eds), London, Oxford University Press, 2009, pp. 167 – 169. Questi Autori hanno sostenuto la tesi della necessità di un autentico bilanciamento dei valori *anche nell’ordinamento internazionale* allorquando tra i principi in materia di immunità e quelli in materia di diritti umani si concretizzi un vero e proprio contrasto. V’è da dire, tuttavia, che solo alcuni di tali Autori hanno preso in considerazione lo specifico caso dell’immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, altri Autori occupandosi esclusivamente (o comunque in via principale) delle *altre* immunità internazionali (ad es. quelle dei diplomatici, degli organi, ecc.). È precisazione, peraltro, che ai nostri fini cambia ben poco. Quello che conta, infatti, è che autorevolissima dottrina ritiene auspicabile e necessario che il *metodo del bilanciamento* venga adottato anche *nel diritto internazionale e per il diritto internazionale*, visto quest’ultimo alla stregua di vero *sistema* (ove appunto non mancano, come in ogni sistema, i principi, e di essi *si deve tenere conto*: e qual è il metodo *per decidere sulla base dei principi, se non quello del loro bilanciamento?*). In questa chiave, allora, che il metodo *de quo* sia stato ritenuto necessario per risolvere il contrasto tra le immunità, ad es., degli agenti diplomatici e i principi umanitari fondamentali, non può che essere un elemento molto significativo anche ai nostri fini; un elemento, cioè, capace di riverberare la propria decisiva importanza – il diritto internazionale essendo un sistema ed ogni sistema dovendo essere anzitutto coerente – *anche nella analoga materia dell’immunità degli Stati*.

⁷⁸ *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, cit., *passim*, e in modo particolare parr. 28 – 31. V. inoltre *supra*, nota 32.

⁷⁹ Qualora venisse percorsa, si intende, da parte di una autorità *specificamente* competente ad accertare lo stesso e a decidere sulla base dello stesso.

terno e l'esito cui potrebbe (e sarebbe potuta⁸⁰) giungere la Corte internazionale di Giustizia *ai fini dell'ordinamento internazionale*. Anche nel *theatrum* internazionalistico, infatti, "lo spettacolo del conflitto" resterebbe sostanzialmente il medesimo: il principio dell'immunità dello Stato, anche qui, non potrebbe pretendere di assurgere a «interesse pubblico» «preminente» in via assoluta e assolutizzante; a ciò osterebbe il fatto che qualora detto principio prevalesse incondizionatamente, l'altro principio, *i.e.* quello sulla necessaria tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali sorti a seguito di crimini contro l'Umanità, subirebbe un «sacrificio totale», un sacrificio, perciò, inammissibile per un principio supremo; l'equilibrio, allora, si trova solo nel gioco delle parziali limitazioni del caso concreto; ciò che *in questo caso*⁸¹ andrebbe parzialmente limitato è il principio dell'immunità, al cui pieno riconoscimento osterebbe essenzialmente il fatto che i giudici dello Stato che invoca l'immunità hanno negato *tout court* il rimedio giu-

⁸⁰ Si allude, ovviamente, al controverso caso *Germania c. Italia*. La sentenza 3 febbraio 2012, come si sa, è stata fortemente criticata proprio dall'angolo visuale di un «mancato bilanciamento tra principi» (un tale bilanciamento, infatti, avrebbe con tutta probabilità determinato un esito radicalmente diverso dell'*affaire*). Tra le più autorevoli voci critiche si ricordano B. CONFORTI, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *The Italian Yearbook of International Law* 2011, p. 135 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il rapporto fra norme di jus cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *DUDI*, vol. 6, 2012, n. 2, p. 310 ss.; L. COSENZA, *Immunità dello Stato e ius cogens nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia*, *ivi*, p. 327 ss.

⁸¹ È il caso, ovviamente, *attraverso il quale* stiamo trattando la complessa problematica dell'immunità nei casi di crimini internazionali (un caso che abbraccia tutti gli elementi essenziali di detta problematica e che si rivela essere, perciò, *il caso emblematico* della problematica): *i.e.* l'*affaire* dei *ressortissants* italiani che furono vittime dei gravissimi crimini internazionali compiuti dal Reich tedesco tra il 1943 e il 1945. Quei crimini costituiscono la comune base fattuale delle sentenze *Ferrini*, 3 febbraio 2012, 238/2014. Il testimone è passato, allora, attraverso le mani di tre distinti ed autorevolissimi consessi di giudici; ma solo la Corte costituzionale – ed anche in questo risiede l'importanza della pronuncia in commento – ha adottato lo schema del bilanciamento dei valori nel tentativo di risolvere – ai fini, meramente interni e di sua competenza, del giudizio di costituzionalità, ma con importanti «riflessi esterni», dei quali si sta discorrendo nel testo –, in qualche modo, il problema *de quo*.

risdizionale alle vittime dei crimini⁸²; tali vittime, tuttavia, sulla base di un principio supremo del diritto internazionale, *devono potere adire la giustizia* per far valere i propri diritti internazionali fondamentali; l'immunità, perciò, deve essere *parzialmente limitata, in questi particolari casi*, per non «annichilire» – il che sarebbe inammissibile – un principio supremo del diritto internazionale quale quello della tutela giurisdizionale dei diritti delle vittime dei crimini contro l'Umanità (se l'immunità non venisse parzialmente limitata, infatti, le vittime non avrebbero *alcun* rimedio giurisdizionale a disposizione: si tradirebbe, quindi, in modo diretto e frontale, il principio internazionale *de quo*). Si tratta, sostanzialmente, dello stesso *iter* argomentativo del giudice Yusuf, con una sola, non irrilevante, differenza, la quale costituisce il portato forse più significativo della sentenza 238: il rimedio cui le vittime hanno diritto è necessariamente un rimedio di *natura giurisdizionale*. Ecco che allora, attraverso questo *iter* argomentativo fondato sul *bilanciamento dei valori internazionali*, abbiamo evidenziato come vi possa essere già *de iure condito*, nel sistema del diritto internazionale contemporaneo, *una* possibile soluzione al problema, intrinsecamente internazionalistico, dell'immunità dello Stato nei casi di crimini internazionali⁸³; e come la sentenza 238 della Corte costituzionale, che lo schema del bilanciamento «pratica», possa quindi assurgere – previa, ovviamente, *translatio iudicii* dalla giurisdizione interna a quella interna-

⁸² I giudici tedeschi, com'è noto, hanno negato il risarcimento alle vittime italiane che ad essi si erano in via preventiva rivolte; le stesse, allora, solo secondariamente e seguitamente hanno adito i tribunali italiani, non avendo più alcun'altra possibilità di far accertare attraverso un canale *giurisdizionale* i diritti di cui possiedono l'astratta (affinché possa dirsi *concreta* è necessario, infatti, proprio un *provvedimento giurisdizionale di accertamento*) titolarità.

⁸³ Diciamo *una* in quanto ovviamente non si ha qui alcuna pretesa di sostenere che quella prefigurata sia *la* soluzione all'invero intricatissimo problema del conflitto tra le norme *internazionali* sull'immunità dello Stato e le norme, sempre *internazionali*, sulla tutela giurisdizionale dei più essenziali (e in-violabili – ma non garantire *alcuna* via per il loro accertamento giudiziale, non è forse, tecnicamente e sostanzialmente, una «violazione»?) diritti dell'uomo. Ci sembra allora semplicemente che quella indicata costituisca «una» via *potenzialmente percorribile* - sulla base del diritto internazionale *vigente e vivente* - per dipanare, in qualche modo, l'avviluppata matassa della questione.

zionale – a *modello metodologico* per la risoluzione di *quel* problema. La “saggezza” dello «schema del bilanciamento» (*rectius*: dell’adozione dello stesso nella *fattispecie concreta* in oggetto) è dovuta a varî motivi: esso innanzitutto permetterebbe di risolvere il problema *de quo* senza richiamare dubbie teorie sulla natura di *jus cogens* di *alcune specifiche*⁸⁴ norme del diritto internazionale, le quali invece nella «metodologia del bilanciamento» vengono considerate norme internazionali *pure e semplici* – il che rende questa metodologia meno soggetta ai “dardi della critica” cui abbiamo fatto riferimento *supra*, p. 21 –; in secondo luogo, poi, permetterebbe di affrontare e risolvere il problema *de quo* sulla base di una valutazione dello stesso «alla stregua delle esigenze del caso concreto», il bilanciamento avvenendo per definizione tra i valori *concretamente* in gioco; infine, permetterebbe di ponderare e contemperare le *rationes* delle norme internazionali in conflitto, e di ricercare il miglior equilibrio possibile tra gli interessi dalle stesse protetti – il che, ci sembra, esprime l’istanza fondamentale della giustizia quale *ars boni et aequi*, arte della ricerca dell’equità attraverso il contemperamento degli interessi contrapposti «nel fango della lite»⁸⁵. Alla “saggezza” dell’utilizzo dello strumento del bilanciamento per ragioni di merito (del caso di specie), si accompagna poi la *correttezza* del medesimo utilizzo sotto l’angolo visuale della *metodologia*⁸⁶: laddove manchi una norma certa che possa regolare un caso internazionale, la naturale via per risolverlo appare infatti essere (proprio!) quella del bilanciamento tra i

⁸⁴ Alludiamo ovviamente alle due norme internazionali consuetudinarie che costituiscono un imprescindibile corollario della norma internazionale di *jus cogens* che vieta i crimini internazionali: e cioè alla norma che attribuisce un vero e proprio diritto sostanziale alla riparazione a tutti coloro che sono stati danneggiati dai crimini (individui compresi), e a quella che conferisce a costoro un diritto alla tutela giurisdizionale di tale diritto sostanziale. V. *supra*, pp. 17 – 18.

⁸⁵ V. nota 23.

⁸⁶ «Metodo deriva dal greco *metodos*, un composto di *meta*, preposizione che indica “tensione verso...”, con *odos*, che significa viaggio. Per traslato, *metodos* indica un viaggio intellettuale, propriamente un *procedimento che, fondato su certe regole e principi, consente di raggiungere uno scopo* [corsivo nostro]», U. VINCENTI, *Metodologia giuridica*, Padova, Cedam, 2008, p. 19.

principi, essi sì certi, dell'ordinamento giuridico internazionale. Il punto è complesso e meriterebbe un ampio approfondimento. Non essendo questa la *sedes materiae* per una tale specifica indagine, vogliamo solamente limitarci a ricordare come la norma internazionale consuetudinaria che la CIG ha preteso di «fissare», applicandola poi al caso concreto sottopostole (il caso *Germania c. Italia*), sia lungi dall'essere una norma certa; i suoi contorni, anzi, appaiono chiaramente incerti⁸⁷. Il *Vredespaleis*, allora, nella ricerca di una soluzione al problema, avrebbe potuto / dovuto valorizzare innanzitutto i dati certi: e quindi bilanciare quei principi, quei valori – essi sì certi nella loro esistenza e nei loro contorni – che contribuiscono a plasmare il volto essenziale del diritto internazionale contemporaneo. Ecco che in questa prospettiva bene si intende la sagace considerazione di Gradoni secondo cui la sentenza 238 della Corte costituzionale italiana si porrebbe in una dimensione non già di «scontro frontale» con la Corte internazionale di Giustizia della sentenza 3 febbraio 2012, bensì di mera «rotta di collisione» con la medesima⁸⁸. L'auspicio, cioè, è che la sentenza della Consulta pos-

⁸⁷ *Dissenting Opinion of Judge Yusuf*, cit., parr. 26 – «State immunity is, as a matter of fact, as full of holes as Swiss cheese. Thus, to the extent that customary norms of international law are to be found in the practice and *opinio juris* of States, such practice clearly attests to the fact that the scope and extent of State immunity, particularly in the area of violations of human rights and humanitarian law, which is currently characterized by conflicting decisions of national courts in its interpretation and application, remains an uncertain and unsettled area of international custom, whose contours are ill-defined» - e 27 - «These uncertainties cannot adequately be resolved, in my view, through a formalistic exercise of surveying conflicting judicial decisions of domestic courts [...] and counting those in favour of applying immunity and those against it». V. anche GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit. (si rimanda alla nota 23 del nostro studio, ove abbiamo riportato alcune tra le più significative parole dell'Autore, il quale è chiarissimo sia sulla limpida incertezza dell'esistenza della consuetudine internazionale - che la CIG, invece, ha preteso accertare e fissare non senza una certa sicumera, data la palese dinamicità che contraddistingue l'attuale *pratique des États* nella materia - sia sulla necessità che in questi casi la più giusta soluzione venga ricercata e, possibilmente, trovata attraverso lo schema del bilanciamento dei principi internazionali).

⁸⁸ GRADONI, *Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, cit.

sa costituire l'incipit di un fecondo *dialogo tra le due Corti*; e che perciò la CIG, qualora il contenzioso venisse riaperto all'Aja – il che, secondo molti, rappresenta uno scenario probabile, non essendo la Germania intenzionata «a rinunciare all'esercizio dei diritti che la sentenza del 3 febbraio 2012 le riconosce»⁸⁹ –, possa «compiere una manovra utile a evitare lo scontro»⁹⁰, e cioè adottare anch'essa (soprattutto essa!) lo schema del bilanciamento dei valori (in questo caso, tutti internazionali) per decidere in modo *metodologicamente più corretto* e *sostanzialmente più giusto* il problema dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile nei casi di crimini internazionali. Un tale bilanciamento condurrebbe necessariamente, secondo noi, a una decisione in tutto e per tutto simile, nel merito, a quella della Consulta. «L'odierno diritto internazionale non è forse anch'esso “contraddistinto dalla centralità dei diritti dell'uomo”?»⁹¹ – è la domanda retorica di Gradoni. Ecco che quindi, in un *diritto internazionale dei diritti umani*, non sarebbe punto accettabile che i massimi principi sulla tutela degli stessi non prevalsero, nel caso concreto dei *ressortissants* italiani lesi dalle gravissime condotte criminose del Reich, sull'antico ma non affatto sacro⁹² principio dell'immunità dello Stato. Detto in altri e più chiari termini – e senza tracciare nuovamente, qui, il rigoroso *iter* argomentativo esposto *supra* (pp. 27 – 28) –, *nel caso concreto*

⁸⁹ *Ibidem*. Si veda peraltro il dibattito suscitato (o forse sarebbe meglio dire “scatenato”, visto il numero assai copioso degli interventi e la loro eterogeneità) da questo articolo di Gradoni e reso di pubblico dominio in calce al medesimo, ove appunto si discute dell'eventualità di un nuovo giudizio all'Aja: le posizioni della migliore dottrina, anche in questo caso, non potevano che essere - è fisiologico e perciò importante che sia così - le più disparate.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Quantomeno – appunto – nell'Era dei diritti umani; l'Era, cioè, che si è aperta con la fine della tragedia della *Shoah* e con il comune accordo della Comunità internazionale di «edificare» un ordine mondiale nuovo, fondato sulla centralità della persona umana e dei diritti fondamentali che alla stessa appartengono *per natura*, e che anche la «Società anarchica degli Stati» (volendo usare la nota terminologia di H. BULL, *La società anarchica – L'ordine nella politica mondiale*, Milano, Vita e Pensiero, 2009), quindi, ha l'obbligo giuridico di riconoscere, non potendo misconoscere (né, tantomeno, annichilire) ciò che esiste *in rerum natura*.

delle vittime italiane dei crimini del Reich la metodologia del bilanciamento dovrebbe, secondo noi, condurre a una *parziale limitazione dell'immunità dello Stato*, in quanto in tale particolare caso l'ultima e l'unica via *giurisdizionale* che le parti hanno potuto adire per far valere il loro diritto sostanziale alla riparazione è stata – ed è – quella “italiana”⁹³: negare codesta via *tout court*, allora, significherebbe annichilire il principio fondamentale del diritto internazionale sulla tutela giurisdizionale di *quei diritti inviolabili dell'uomo violati da crimini contro l'Umanità*. La limitazione dell'immunità in questi casi particolari ove v'è il rischio di un assoluto diniego di Giustizia, avviene quindi *a prescindere* da qualsiasi riferimento a quella teoria, sulla quale diremo tra poco, volta a considerare i c.d. *delicta imperii* un *tertium genus* (non ricompreso, cioè, nel “*genus del iure imperii*”): anche considerando⁹⁴ i crimini internazionali – quando derivanti da atti o comportamenti di organi dello Stato nell'esercizio delle proprie potestà sovrane – una *species* degli atti *iure imperii*, l'immunità dello Stato per codesti atti non può non essere limitata nel caso concreto dei *ressortissants* italiani, e ciò in quanto vi sono già, *de iure condito*, dei principi fondamentali del diritto internazionale contemporaneo che necessariamente importano una limitazione di *quella*⁹⁵ immunità. In altri termini, il bilanciamento dei valori internazionali è già *di per sé* risolutivo del problema: affinché nel caso di specie possa operare il parziale limite all'immunità non appare necessario invocare, *de lege lata*, l'argomento di Cançado Trindade (e di altra intelligente dot-

⁹³ Quella, cioè, della magistratura italiana.

⁹⁴ Come purtroppo avviene attualmente nell'*opinio* prevalente in seno alla Comunità internazionale.

⁹⁵ L'immunità, cioè, della conformazione che qui si critica fortemente, e cioè quella che pretende di ergersi a scudo, nella sua sfera applicativa, *anche* dei crimini internazionali, considerando questi ultimi atti di esercizio della sovranità, *ergo* “meritevoli di tutela”. Anche *quella* immunità *iure imperii assoluta* (come chiamare, se non assoluta, una immunità che pretende di coprire *tutti* gli atti *iure imperii, crimini internazionali inclusi?*), infatti, necessariamente cade, nella logica del bilanciamento dei valori internazionali, dinanzi alla preminente esigenza di non frustrare i più importanti principi del diritto internazionale dei diritti umani, tra i quali v'è quello, ineludibile, del *rispetto* (che si *deve essere*) *assoluto della dignità della persona umana*.

trina⁹⁶) volto ad “espungere” dalla categoria degli atti *iure imperii* i crimini internazionali. Quell’argomento, tuttavia, riveste un’importanza decisiva *de lege ferenda*, ove si auspichi un’evoluzione della norma consuetudinaria sull’immunità che la renda coerente con i valori fondanti e fondamentali del diritto internazionale contemporaneo – che è o vuole essere il diritto internazionale dei diritti umani – ; ed è in tale prospettiva, tutta volta al futuro, al diritto che sarà e *dovrà essere*⁹⁷, che appare alquanto significativo che la Corte costituzionale italiana abbia accolto un tale argomento. Di ciò si dirà nel paragrafo che segue, ove si esaminerà il terzo macro-argomento della Corte, di grande importanza in una prospettiva *de iure condendo* sulla norma internazionale di cui si tratta.

Prima di passare a esaminare il terzo macro-argomento della Corte, valga qui un’ultima breve ma importante considerazione sul bilanciamento dei valori. La sentenza 238/2014, oltre a suggerire alla Corte internazionale di Giustizia – e,

⁹⁶ Viene in mente, qui, il nome di Giuseppe Tesaurò, il quale – come è noto – fu il redattore della sentenza 238/2014 nonché il Presidente della Corte costituzionale che emise questa storica pronuncia. Tesaurò ha accolto in quanto giudice (redattore della sentenza) della Consulta un’opinione dottrinale che fa sempre maggiori proseliti nella dottrina internazionalistica e della giustizia della quale, quindi, si può ritenere ch’egli stesso, nella sua qualità di esponente di spicco di detta dottrina, sia personalmente persuaso. Non è un mistero, infatti – e or ora, nel paragrafo seguente del testo, lo si analizzerà dettagliatamente –, che la sentenza 238/2014 abbia accolto *quella* opinione, *proprio* in questo accoglimento stando, nelle sue linee essenziali, il terzo macro-argomento della sua motivazione.

⁹⁷ Secondo noi, infatti, si tratta di una evoluzione necessaria; una evoluzione, cioè, senza la quale la norma *de qua* continuerebbe a *contraddire* i principi più essenziali del diritto internazionale dell’Era dei diritti umani. Ci sembrano significative, a questo proposito, le parole che la nostra Suprema Corte pronunciò in un’epoca anteriore a quella inaugurata dalla sentenza 238 della Consulta, quando appunto la Cassazione, nel confermare e promuovere la “*giurisprudenza Ferrini*”, affermò che essa «costituisce un indubbio progresso in tema di conformazione dell’immunità giurisdizionale al nuovo ordine internazionale» (Corte di Cass., sez. I civ., sentenza 11163 del 20 maggio 2011); la norma internazionale sulla tutela dei diritti umani fondamentali prevale sulla norma consuetudinaria sull’immunità in quanto «è norma di grado più elevato», «ha carattere sopraordinato» e «ha assunto, anche nell’ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore» (Corte di Cass., Sez. Un., sentenza 14199 del 28 maggio 2008). Entrambe le sentenze sono considerate in E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Questione Giustizia*, 1/2015, p. 78, da cui si sono attinti i passaggi citati.

più in generale, all'intera Comunità degli Stati – una possibile risoluzione dello *specifico* problema dell'immunità nei casi di crimini internazionali che si fondi su un saggio e prudente⁹⁸ bilanciamento dei valori internazionali, «potrebbe servire, sia pure in via indiretta», a uno scopo più ampio e ambizioso, e cioè «a rafforzare le tesi di chi sostiene che il metodo del bilanciamento dei valori, tipico del diritto costituzionale, possa essere utilizzato [alla stregua di uno strumento *ordinario e generale* di risoluzione dei problemi] anche nel diritto internazionale. E ciò anche sulla base di una teoria normativa moderna, che superi il rigido modello positivisticò delle 'regole' e dia più spazio ai diritti, ai principi ed ai valori»⁹⁹. Da questo punto di vista, allora, la sentenza 238 della Corte costituzionale italiana potrebbe essere letta alla stregua di una proposta – l'intenzione con tutta probabilità non voleva essere questa, ma l'effetto, come si sa, sovente diverge dall'intenzione – tesa a (contribuire a) rivoluzionare, almeno in parte, la metodologia giuridica della giurisprudenza internazionale, ove ancora è dominante, come un'analisi della sentenza 3 febbraio 2012 metterebbe chiaramente in luce, «il rigido modello positivisticò delle 'regole'», ed ove invece, anche grazie all'autorevolissimo messaggio della Consulta, potrebbe affermarsi in futuro un modello diverso, di stampo assiologico, incentrato sui valori, sui principi e sul fine di edificare, *sulla base di tali valori e principi*, l'architettura di una tanto celebre e celebrata *Civitas maxima gentium*¹⁰⁰. Considerazioni di questo genere si trovano,

⁹⁸ Si allude, ovviamente, a quella prudenza che deve, per natura, contraddistinguere la *juris-prudentia*.

⁹⁹ PISILLO MAZZESCHI, *La sentenza n. 238 del 2014 della Corte costituzionale ed i suoi possibili effetti sul diritto internazionale*, cit., pp. 36 – 37.

¹⁰⁰ È, questa, un'espressione che usa sovente il giudice della CIG A. A. Cançado Trindade; v., ad es., *Advisory Opinion of the International Court of Justice on Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, 22 July 2010 – *Separate Opinion of Judge Cançado Trindade*, parr. 73 – 74. Va rilevato che già il Fiore, in un'epoca ormai lontana, discorreva con ottimismo e speranza dell'avvento futuro (un futuro che con tutta probabilità, stando alla drammaticità dei conflitti che stanno dilaniando *le monde actuel*, è molto lontano) di una *Civitas magna*, una «Società mondiale» (per usare un'altra terminologia frequente in BULL, *Op. cit.*) *unita nella multiculturalità*,

oramai¹⁰¹, nella migliore dottrina internazionalistica¹⁰² ed anche in quella che, pur meno nota, è forse l'espressione di alcune tra le tendenze più innovative in seno al pensiero internazionalistico contemporaneo¹⁰³; siffatte considerazioni,

ove i Popoli possano convivere all'insegna della concordia, della comunicazione interculturale, del mutuo scambio delle idee, della consapevolezza che v'è «un'unità superiore» che non può essere misconosciuta se non con l'effetto di gravi e insanabili pregiudizi all'intera Società internazionale (si pensi all'attualità di queste riflessioni in un mondo nel quale, ad es., la questione ambientale è - parliamo del nostro presente - più che mai prioritaria, le sorti del pianeta e dunque del genere umano dipendendo *essenzialmente* dal riconoscimento, da parte degli Stati - e soprattutto di quelli con maggior peso politico -, dell'unità superiore che lega i destini di *tutti noi*). Ecco come il Fiore, dopo aver discusso delle pur immense differenze culturali e politiche che «distanziano» tra loro gli Stati, esprime icasticamente ciò che andiamo dicendo: «...si compie un movimento di ravvicinamento; il commercio unisce gli interessi; la stampa allarga la comunanza delle idee e dei sentimenti; l'elettrico e il vapore approssimano le distanze. Tutto fa credere che si vada a poco a poco preparando un'unità superiore, la *Civitas magna*, e che anche i popoli debbano ubbidire alla legge che governa tutti gli ordini della natura, la diversità ridotta ad unità». FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, cit., p. 1.

¹⁰¹ L'avverbio si intende facilmente laddove non si voglia dimenticare che, sino a tempi invero assai recenti, la quasi totalità della dottrina internazionalistica più autorevole propendeva per un approccio *strettamente* giuspositivistico e *meramente* stato-centrico alla nostra materia. La tendenza a *valorizzare* (il *jeu de mots* è volontario) *i valori*, allora, rappresenta l'approdo più recente cui è giunta la più "illuminata" - almeno secondo noi - dottrina internazionalistica.

¹⁰² V., *exempli gratia*, R. PISILLO MAZZESCHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *DUDI*, vol. 8, 2014, n. 2, pp. 311 - 312; 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*, cit., che parla spesso, in questo saggio, di argomenti interpretativi di natura essenzialmente *assiologica*.

¹⁰³ V., anche qui *exempli gratia* - ché gli apporti in questo senso soprattutto della dottrina più giovane e dinamica sono invero copiosi -, P. DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, Cedam, 1994, pp. 26 - 28, 134 - 138 («perché il diritto internazionale possa compiere questo salto di qualità verso la elaborazione di norme idonee a rendere possibile il controllo e la gestione in forma non dispotica dell'interdipendenza globale, è necessario che anche questa branca del diritto sia oggetto di un approccio teorico e scientifico orientato a individuare, elaborare ed enunciare giuridicamente, in disposizioni vincolanti tutta la comunità internazionale e aventi dignità di fonti supreme, *i valori universali (transculturali)* che possono consentire il governo dell'interdipendenza complessa», p. 136 - i corsivi sono interpolazione nostra). Le tendenze più innovative sono, secondo il filone dottrinale che seguiamo, quelle che intendono recuperare lo spirito più autenticamente cosmopolitico che permeava le concezioni del c.d. *droit de gens* delle origini, ove non v'era *quell'oblio della persona umana* (e dei suoi diritti fondamentali) che poi invece divenne *centrale* nell'ordinamento internazionale *decentrato dall'uomo* - quello c.d. stato-centrico della strumentalizzazione politico-ideologica dell'hegelismo e, prima ancora, del pensiero

tuttavia, trascendono chiaramente l'oggetto ed il fine del presente lavoro. Nel tentativo peraltro di proporre una via che possa contribuire alla risoluzione del problema del conflitto tra le norme sull'immunità dello Stato e le norme sulla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali, si sostiene con convinzione la necessità di un'evoluzione nel regime di quell'immunità e, ciò facendo, si lambisce – in forma incidentale – il tema della necessità di leggere la *specifica* norma consuetudinaria *de qua* in una dimensione che tenga conto dei valori e dei principi che plasmano il volto dell'odierno ordinamento internazionale e che sia, allora, una dimensione (non solo, ma) *anche assiologica*¹⁰⁴.

giusfilosofico di Emer de Vattel. Cfr. *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., parr. 172 – 173 (ove viene fatto riferimento anche all'opera, su questo tema già classica, di E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Parigi, Pedone, 1998).

¹⁰⁴ ID., *Op. cit.*, ove De Stefani parla di una concezione c.d. *assiologica* del diritto internazionale, *id est* di una concezione che si fondi e si centri anche (e soprattutto) sui *valori*, sui principi comuni all'intera *Civitas maxima gentium*; e non solamente sulle regole, le quali trovano la propria *legittimazione*, in una *Weltanschauung* strettamente positivista, nel mero *consensus* degli Stati e possono essere, perciò, facilmente contrarie ai principi della giustizia, il consenso degli Stati tutto potendo, anche legittimare – producendole - norme sostanzialmente ingiuste. Ecco come si esprime De Stefani – illustrando magistralmente il punto - alla p. 9 del lavoro citato: «Fin dalle origini della disciplina del diritto internazionale, dottrine di impianto giusnaturalistico si sono contrapposte a quelle di ispirazione giuspositivista: seguire l'uno o l'altro filone spinge a concepire in maniera molto diversa la struttura e le funzioni di questa branca del diritto. In via molto sommaria si può notare che l'approccio giusnaturalista tende a rafforzare il collegamento tra diritto e valori (morali, religiosi, "razionali") e a favorire una concezione *assiologica* del diritto, mentre la concezione positivista lega il diritto internazionale al concreto evolversi delle relazioni internazionali, interpretate secondo il paradigma del realismo politico (*power politics*)...». Pur essendo convinti che il diritto internazionale contemporaneo debba *in qualche forma* "reincontrarsi" con *il mondo dei valori* e dei principi (che dai valori discendono) – magari secondo lo schema che il Prof. Pierre-Marie Dupuy, nell'*Avant-propos* all'opera di C. LE BRIS, *L'Humanité saisie par le droit international public*, ha definito «*positivisme bien temperé*», non possiamo tuttavia non ricordare, qui, il monito di uno dei più grandi Maestri del '900, che scriveva che «il problema della giustizia in quanto problema collegato ai valori, sta al di fuori di una teoria giuridica che si limiti ad un'analisi del diritto positivo, inteso come realtà del diritto», H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, p. VIII; trad. it.: *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 8. Non è certo questa la *sedes materiae* per approfondire profili così complessi di teoria generale; limitandoci ad offrire qualche spunto di riflessione, lasciamo al lettore la responsabilità della riflessione ulteriore.

IV. TERZO ARGOMENTO: I CRIMINI INTERNAZIONALI NON ATTENDONO ALL'ESERCIZIO TIPICO DELLA POTESTÀ DI GOVERNO.

Il terzo macro-argomento della sentenza 238 costituisce una *ri-proposizione* – importantissima: ai fini sia dell'ordinamento interno sia dell'evoluzione del diritto internazionale¹⁰⁵ – di quella tesi, sempre più in voga nella migliore dottrina e tuttavia purtroppo ancora minoritaria¹⁰⁶, che ritiene ormai *anacronistica* la bipartizione degli atti dello Stato in atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, in quanto tale bipartizione non potrebbe ragionevolmente «abbracciare» i crimini internazionali, i quali infatti solo irragionevolmente potrebbero essere considerati, nell'*attuale* diritto internazionale¹⁰⁷, atti di esercizio delle funzioni sovrane, e i quali, allora, necessariamente dovrebbero essere «incasellati» in *una categoria terza e autonoma*, quella dei *delicta imperii*, che con le prime due non si interseca. Una tale tesi, che comporta un abbandono della classica bipartizione e dà vita, invece, a una *nuova tripartizione degli atti dello Stato*, è già stata sostenuta con vigore da Cançado Trindade nella sua opinione dissidente alla sentenza 3 febbraio 2012, ove icastica è l'affermazione secondo cui

war crimes and crimes against humanity are not to be considered acta jure gestionis, or else "private acts"; they are crimes. They are not to be considered acta jure imperii either; they are grave delicta, crimes. The distinction between acts jure imperii and acts jure gestionis, between sovereign or official acts of a

¹⁰⁵ V. *infra*.

¹⁰⁶ Basti ricordare, qui, la solitudine del giudice Cançado Trindade nell'ambito della Corte internazionale di Giustizia della sentenza 3 febbraio 2012, ove gli altri quattordici membri di quella *World Court* assunsero chiaramente, sul punto, una posizione *avversa* a quella – secondo noi certamente «più giusta» – dell'internazionalista brasiliano.

¹⁰⁷ Che è, o vuole essere, un diritto internazionale dei diritti umani.

*State and acts of a private nature, is a remnant of traditional doctrines which are wholly inadequate to the examination of the present case.*¹⁰⁸

Ecco come la Corte ripropone, accogliendola *in toto*, quella tesi:

*L'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati, se ha un senso, logico prima ancora che giuridico, comunque tale da giustificare, sul piano costituzionale, il sacrificio del principio della tutela giurisdizionale dei diritti inviolabili garantito dalla Costituzione, deve collegarsi – nella sostanza e non solo nella forma – con la funzione sovrana dello Stato straniero, con l'esercizio tipico della sua potestà di governo.*¹⁰⁹

*L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano consentita dagli artt. 2 e 24 Cost. protegge la funzione, non anche comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili, come riconosciuto, nel caso in esame, dalla stessa CIG e, dinanzi ad essa, dalla RFG...*¹¹⁰

...il totale sacrificio che si richiede ad uno dei principi supremi dell'ordinamento italiano, quale senza dubbio è il diritto al giudice a tutela di diritti inviolabili, sancito dalla combinazione degli artt. 2 e 24 della Costituzione repubblicana, riconoscendo l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione italiana, non

¹⁰⁸ *Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade*, cit., par. 178.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.4. Il corsivo è nostro: con esso abbiamo voluto evidenziare meglio – ma forse non ve n'era bisogno, vista la chiarezza magistrale del linguaggio della Corte – la sostanza del terzo macro-argomento della sentenza in commento.

¹¹⁰ *Ibidem*. Anche qui il corsivo è nostro. La ragione di esso è la medesima già esplicitata alla nota precedente.

può giustificarsi ed essere tollerato quando ciò che si protegge è l'esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero, quale è in particolare quello espresso attraverso atti ritenuti crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona.¹¹¹

Ritorna sempre, come si vede, il riferimento all'«esercizio tipico della potestà di governo», il quale solo legittima l'applicazione della norma internazionale sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, nata per proteggere la *funzione sostanzialmente* – e non solo formalmente – *sovrana* degli Stati, la quale non può e non potrà mai manifestarsi (se non in un diritto internazionale «fondato sul crimine») attraverso «comportamenti qualificabili e qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona, [e] in quanto tali estranei all'esercizio legittimo della potestà di governo»¹¹². Solo un esercizio

¹¹¹ Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 5.1. Anche qui il corsivo è nostro. La ragione di esso è sempre la medesima, v. *supra*, nota 109.

¹¹² Corte cost., sentenza del 22 ottobre 2014, n. 238, *considerato in diritto*, par. 3.4. Queste parole della Corte non possono non richiamare alla nostra mente – ché sembra infatti che la Corte, in certo qual modo, le abbia fatte proprie, sia pure reinterprelandole – le considerazioni che faceva, già quattro lustri fa, una dottrina a noi vicina, M. MARESCA, *Atti stranieri di sovranità nel foro e rinuncia all'immunità dalla giurisdizione*, in *Diritto del commercio internazionale*, vol. 7, 1993, n. 4, pp. 803 e 825, ove infatti, trattando della «non ingerenza nella sovranità di Stati stranieri ad opera dei giudici del foro relativamente a materie pubblicistiche (o *iure imperii*)», si dice che per il giudice è fatto «divieto di sindacare il diritto (o gli atti) che costituiscono *immediata* espressione della sovranità di Stati stranieri». Il corsivo è nostro, di esso ci avvaliamo per enfatizzare l'importanza del concetto che qui – mercé alla dottrina citata – si sta cercando di mettere in evidenza: «l'esercizio legittimo della potestà di governo» – *id est* quello «tipico», fisiologico – è quello che si esprime attraverso norme giuridiche (il «diritto» cui allude Maresca) o «atti» (categoria che *lato sensu* ricomprende i c.d. comportamenti dello Stato) che costituiscono immediata espressione della sovranità. È questo esercizio della potestà di governo – e solo questo – che obbliga il giudice del foro a non ingerirsi nella sovranità altrui; non certo, allora, l'esercizio (di detta potestà) che *pretenda* di esprimersi attraverso il compimento...*di crimini internazionali!* In questa chiave, allora, i *crimina iuris gentium* devono chiaramente essere interpretati come una espressione quantomeno *non immediata* della sovranità, per ciò già - quindi - «non meritevole di immunità»; di più, siamo persuasi che crimini sì gravi non possano nemmeno essere qualificati come espressioni sfumatamente *mediate* della sovranità; essi, allora, sono *crimini tout court*, atti/comportamenti del tutto agli antipodi – come ha messo in luce Ca-

tipico, fisiologico della sovranità – un esercizio del potere sovrano che sia, in altri termini, *internazionalmente legittimo*¹¹³ – legittima l'applicazione dell'immunità *de*

nçado Trindade nell'ambito di tutta la sua opinione dissidente - rispetto a qualunque categoria di atti "iure...". Il comportamento *anti-giuridico* per natura – quale necessariamente (anche agli occhi di chi non è avvezzo all'arte del diritto) è il crimine contro l'Umanità – non può essere trasformato, sulla base di qualche deprecabile finzione giuridica, in un comportamento *giuridico*. I *delicta imperii* non possono essere atti *iure imperii*. Per una semplice ragione: non lo sono.

¹¹³ In un diritto internazionale dei diritti umani, sembra non prevalere più (quantomeno) in via assoluta e categorica quella «concezione c.d. realista o efficientista» del potere sovrano (M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, terza edizione, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 95), secondo la quale «ogni Stato continua ad essere tale alla sola condizione di essere capace del governo della comunità territoriale cui è preposto», «la condizione unica ed essenziale dell'esistenza dello Stato deriva[ndo] dalla sua effettiva capacità di governo del territorio». La sovranità attraversa oggi una fase di rimodellamento, di «piena evoluzione», tale per cui è stato financo possibile affermare che «nelle finalità proprie di ciascuno Stato rientrano taluni compiti o *finalità necessarie ed ineliminabili*, come il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale» (ID., *Op. cit.*, p. 98); avendo dunque ciascuno Stato – per essere tale – delle ineliminabili e necessarie «funzioni internazionali», come «la difesa di valori essenziali della comunità internazionale ed in modo particolare dei diritti fondamentali degli individui nonché dei diritti umani riconosciuti ai cittadini e agli stranieri», ne consegue «l'*insufficienza attuale della mera sovranità statale sul popolo e sul territorio*, se disgiunta dall'accertamento delle condizioni democratiche» (ID., *Op. cit.*, p. 95), ad integrare la moderna nozione di statualità, e dunque di sovranità. Da ciò discenderebbe – ci sembra - che laddove la sovranità non si declini secondo i canoni del diritto internazionale contemporaneo, essa, se *di fatto comunque si impone, di diritto* nondimeno *si esprime(rebbe)* in maniera *internazionalmente illegittima*. Il discorso, in ogni caso, oltre che assai complesso è anche oltremodo articolato e "articolabile", e non è certo questa la sede per poterlo affrontare. Valga, qui, solo una breve considerazione su di un possibile *parallelismo* tra la *norma internazionale internazionalmente illegittima* e la *manifestazione della sovranità parimenti illegittima (internazionalmente)*. Il punto è il seguente. Se è vero che esiste un nucleo di norme internazionali affatto *inderogabili e cogenti* – il che non è ormai messo in discussione sostanzialmente da alcuno (v. A. MARESCA, *Profili storici delle istituzioni diplomatiche*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 510 – 511, che ricorda che persino «uno dei più alti esponenti della scienza positiva del diritto internazionale, Dionisio Anzilotti, ammetteva, sin dal lontano 1914, l'esistenza dello "jus cogens"», ciò risultando particolarmente significativo, in quanto «in una concezione rigorosamente ed esclusivamente *positivistica* del diritto internazionale» naturalmente insorgono gravi difficoltà nella ricostruzione teorica di questa categoria di norme internazionali) –, allora è anche vero che queste norme non possono essere trasgredite, oltre che da comportamenti e atti statali, *nepure* da *altre norme*, che cogenti non siano, del diritto internazionale. Ove la *norma internazionale non cogente* contrasti frontalmente con la *norma internazionale cogente*, la conseguenza – la si voglia poi chiamare come si preferisce – non sembra poter essere così diversa da questo: che in tali casi la norma internazionale non cogente è, nella sostanza, *una norma internazionale internazionalmente illegittima*. Ora, essendo le norme del diritto internazionali tutte (o pressoché tutte – non è il caso di aprire, qui, gli affascinanti capitoli

qua. Un esercizio *internazionalmente illegittimo* della stessa, per converso, non può essere tutelato da una norma che, *se ha un senso, logico prima ancora che giuridico*, deve appunto collegarsi *necessariamente ed unicamente* a quegli atti che esprimono in maniera internazionalmente legittima la sovranità, e non certo a quegli atti che *il diritto internazionale* considera *inderogabilmente* atti *contra legem*¹¹⁴, quali sono i «crimini di guerra e [quelli] contro l'umanità». Anche in virtù di questo argomento, allora, la Corte ritiene – giustamente – che nel caso di specie il principio supremo della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (di cui al combinato disposto degli artt. 2 e 24 Cost.) non possa non prevalere sul principio a tutela della sovranità (cioè l'immunità): la sovranità infatti, quando *pretende* di manifestarsi attraverso il compimento di torture, deportazioni, riduzioni in schiavitù, massacri, genocidi (in un crescendo drammaticamente inquietante di alcune delle più inumane atrocità commesse nel corso del XX secolo), tradisce indefettibilmente, nell'ordinamento internazionale contemporaneo, la propria natura; essa non merita, conseguentemente, alcuna protezione giuridica, in quanto neppure merita di appellarsi sovranità. La tesi della Consulta è intelligente, lineare, immediatamente afferrabile nella sua brillante semplicità: *i crimini internazionali non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo*¹¹⁵. Ora, come può questo ar-

sulle concezioni c.d. non volontaristiche del diritto internazionale, tra cui celebre, nei giorni nostri, è quella del giudice Cançado Trindade, il cui perenne monito è «*la raison plutôt que la volonté!*») ricollegate alla volontà creatrice degli Stati, questo nostro discorso sulle norme, forse, può essere traslato – con la dovuta prudenza - alle *pratiques des États*, che quelle norme incessantemente producono. Non è forse vero – ma ci limitiamo ad offrire lo spunto alle personali riflessioni del lettore – che se la norma prodotta è internazionalmente illegittima (in quanto contrastante con il diritto cogente), altrettanto illegittima (internazionalmente) dovrà essere anche la manifestazione della sovranità che è alla base di quella produzione?

¹¹⁴ Vi è una norma del diritto internazionale *cogente* che *vieta* la commissione di crimini internazionali.

¹¹⁵ Sembra una conclusione *lapalissiana*. Purtroppo, tuttavia, lapalissiana non è: in una teoria di stampo rigorosamente giuspositivista il mero *consensus* degli Stati ha potuto (pretendere di) legittimare la conclusione opposta. Ecco che in questa chiave bene si intende la pretesa della Germania - di fronte alla Corte internazionale di Giustizia - di far rientrare i suoi crimini internazionali nella categoria degli atti *iure imperii*, degli atti, cioè, che do-

gomento della Corte, del quale essa si serve ai fini di sua competenza – quelli relativi al controllo di costituzionalità –, «essere trasportato dal livello costituzionale a quello internazionale»¹¹⁶? È presto detto: esso potrebbe contribuire, in una prospettiva *de iure condendo*, all'affermazione di una portata diversa della norma *internazionale de qua*, che finalmente escluda dall'ambito degli atti *iure imperii* i c.d. *delicta imperii*. La sentenza in commento, in altri termini, potrebbe fortemente contribuire al processo di *evoluzione* della norma consuetudinaria che qui si considera. Per la prima volta, infatti, la tesi è fatta propria da un consesso autorevolissimo di giudici. Essi hanno così dato veste ufficiale a un'opinione che prima d'ora era stata sostenuta solo da eminente letteratura internazionalistica, ma senza – appunto – “i sigilli di Stato”. Che una tale tesi sia invece stata accolta, oggi, da una Corte costituzionale, è invero assai significativo per le sorti della nostra norma. Ci sembra, infatti, che qualora l'orientamento della Consulta venisse in futuro accolto anche da altre ed altrettanto autorevoli corti, potrebbe forse davvero affermarsi, nel diritto internazionale, la “teoria del *tertium genus*”, della quale giustamente il giudice Cançado Trindade aveva rivendicato la giustizia¹¹⁷. La sentenza della Consulta, in questa chiave, sprigiona quindi tutta la forza di una vera e propria *pratique étatique dissidente* (che è chiaramente debitrice di un'autorevole opinione dissidente¹¹⁸, ma che supera la già notevole importanza

vrebbero essere l'espressione di una *potestà* di governo. Detto in altri e più espliciti termini: gli Stati, nell'inquietante scenario di un diritto internazionale strettamente volontaristico di stampo neovestaffaliano – frutto del rinnovato accoglimento, pieno e incondizionato, delle logiche del più rigoroso positivismo giuridico –, *potrebbero* anche commettere (anzi, “esercitare”; ché «commettere» già denota un'illiceità, ma la sussunzione nella categoria del *iure imperii* logicamente importa che l'illiceità è esclusa) crimini internazionali. Sostenere che l'immunità in questi casi *resiste in quanto* gli atti sono *iure imperii*, equivale ad attribuire piena logicità a questa invero aberrante conclusione.

¹¹⁶ Lo schema (di analisi della sentenza 238) è sempre quello di Pisillo Mazzeschi. V. *supra*, paragrafi I e II.

¹¹⁷ L'allitterazione è voluta: *giustamente* un *giudice* anela alla *giustizia*. Chi non lo fa, ci sembra, *tutto fa fuorché adempiere* alla propria *funzione giudicante*. Per la posizione, invero chiarissima, del giudice Cançado Trindade, v. *supra*, p. 35.

¹¹⁸ Sarebbe sin troppo ridondante, giunti a questo punto, dire quale.

della stessa, in quanto la *pratique étatique* dissidente può incidere in via diretta sull'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario, la *dissenting opinion* solo in via mediata o indiretta): costituisce, cioè, una vera e propria *proposta alla Società internazionale degli Stati*. Agli stessi incomberà allora la responsabilità di una *scelta politica di enorme rilievo etico*: continuare a mantenere una postura tradizionale-conservatrice sul punto, volta a difendere sino all'irragionevolezza la tesi della tutela assoluta e assolutistica della sovranità (financo, appunto, quand'essa pretenda di esprimersi attraverso il compimento di crimini internazionali); oppure «abbracciare» la posizione dissidente della Consulta (e dunque dello Stato italiano¹¹⁹), e propendere quindi per la tesi «*no state immunities for delicta imperii*». Con la possibile conseguenza che, come si sa bene, se e quando le *pratiques étatiques* dissidenti iniziano a moltiplicarsi, col trascorrere del tempo il diritto internazionale,

¹¹⁹ La sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana esprime la *posizione ufficiale dello Stato italiano* sul problema dell'immunità dello Stato nei casi di crimini internazionali. A nulla varrebbe, infatti, opporre che il Parlamento e il Governo avevano precedentemente sostenuto una posizione opposta (ma solo dopo la condanna all'Aja; durante il processo, infatti, la tesi ora difesa dalla Consulta fu difesa "a spada tratta" anche dall'esecutivo), dando pronta e acritica esecuzione alla sentenza 3 febbraio 2012. Il legittimo ed essenziale ruolo istituzionale della Corte costituzionale, infatti – ove essa ha la fondamentale funzione-potestà di controllare che tutta l'attività di Stato venga svolta senza tradire i valori che fondano l'esistenza stessa dello Stato italiano –, impone di concludere che dopo la sentenza 238 la posizione dello Stato italiano è *esattamente* quella che la Corte ha espresso in tale sentenza (è la posizione, inoltre – il punto è forse ancora più decisivo –, della *giurisprudenza italiana* a partire dalla fondamentale sentenza *Ferrini*). A proposito di questo profilo, e cioè della temporanea discrasia tra le posizioni di Parlamento e Governo da un lato, e Corte costituzionale dall'altro, sono chiarissime le parole di Pasquale De Sena, dal quale si è mutuata la riflessione contenuta in questa nota: «...the Constitutional Court (as the 'guardian of the Constitution') has the last word within the Italian legal system; its stance can be therefore legitimately deemed to be the current, official Italian position concerning the legal regime of state immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law», in 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*, cit.

contrariamente alla sempiterna immutabilità della vita leopardiana, «cangia stile»¹²⁰.

V. CONCLUSIONI.

Giunti al termine di questa *analisi tout court internazionalistica* della sentenza 238, ove di essa s'è infatti unicamente considerato l'aspetto rilevante ai fini del presente lavoro, *i.e.* quello relativo ai suoi possibili effetti sull'evoluzione della norma *internazionale* consuetudinaria sull'immunità dello Stato, non restano più molte cose da dire. Le conclusioni si sono già esplicitate qua e là nei tre paragrafi precedenti. Le riaffermiamo ora in brevi parole. La sentenza 238 gioca – a parer nostro – un *doppio ruolo* ai fini dell'immunità *de qua*. *In primis* propone alla Comunità internazionale (ma più specificamente alla CIG) una più corretta (metodologicamente) e più giusta (nel merito) soluzione al problema dell'immunità nei casi dei crimini internazionali. In questo senso si sono letti i primi due macroargomenti della Consulta, ove infatti il principio della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali – ricavabile dal nesso inestricabile che in ogni ordinamento *giuridico* lega il diritto sostanziale al rimedio processuale – e il metodo del bilanciamento dei valori appaiono, *de iure condito*, *le noyau dur* della possibile (e secondo noi immediatamente praticabile) soluzione al problema internazionalistico *de quo*. In secondo luogo, la sentenza in commento propone alla Comunità internazionale (ma, in questo caso, la missiva è diretta proprio alla «Società degli Stati») una *opinio iuris sive necessitatis* diversa da quella che ancora plasma, pur in un diritto internazionale che vorrebbe essere quello dei diritti umani, il contenuto della norma internazionale sull'immunità. In altre e più chiare parole: la sentenza

¹²⁰ Il riferimento, ovviamente, è *Alla Luna*, ove è dispiegato tutto il lamento del nostro poeta per la sua vita perennemente sofferente, immutabile nella costanza del dolore («...che travagliosa / era mia vita: ed è, né cangia stile...», versi 8 – 9).

238 propone agli *altri Stati* della Comunità internazionale di accogliere, per una ineludibile ragione di giustizia, l'argomento che *esclude* i crimini internazionali dagli atti *iure imperii*, e che *rifiuta*, perciò, che a detti crimini possa applicarsi un'immunità che mai è stata concepita per tutelare deportazioni, massacri, genocidi *et similia*. Questo secondo ruolo della sentenza *de qua* è giocato interamente su un piano *pro futuro*, in una prospettiva, cioè, chiaramente *de iure condendo*. La portata della norma internazionale *de qua*, infatti, non potrà cambiare *se non vi sarà* il *consensus* della più parte degli Stati (o, quantomeno, dei più «influenti» sulle dinamiche evolutive del diritto internazionale generale), essendo tale norma *consuetudinaria* e le consuetudini necessitando, per loro stessa natura, di essere sorrette da una *pratique des États* che sia sufficientemente conforme e nella materialità (nella c.d. *diuturnitas*) e nella convinzione dell'obbligatorietà giuridica della regola (nella c.d. *opinio*). Vedremo, allora, come risponderanno alla missiva della Corte – e sarà il libro della storia a svelarcelo (non si vogliono, qui, fare profezie) – i destinatari della medesima. Il nostro auspicio è chiaro, non abbisogna d'essere solennemente dichiarato.

Attendendo il responso della storia, tuttavia, il diritto internazionale non può certo restare inerte laddove una *sua* norma contraddica e quindi tradisca i *suoi* principi fondanti. Ecco che allora, come s'è detto più volte, va valorizzato, *de iure condito* – nell'ordinamento internazionale contemporaneo, secondo noi, la soluzione c'è già –, il metodo del *bilanciamento dei valori internazionali*: quella norma, con quella portata, pretendendo di legittimare sotto il profilo civilistico dei danni (appunto) irrisarcibili il compimento di crimini internazionali, contraddice – in modo invero frontale – i principi fondanti e fondamentali del diritto internazionale contemporaneo, quelli a tutela della dignità della persona umana; tali principi, allora, devono prevalere sull'«immunità per i *delicta imperii*», neutralizzando la stessa laddove le circostanze del caso di specie lo consentano (e quindi

lo impongano¹²¹). Trattando di codesti principi fondanti e fondamentali del diritto internazionale – tra i quali v'è appunto quello che prescrive di salvaguardare la dignità della persona umana –, peraltro, si esige qui un'ultima riflessione (legata ovviamente alla sentenza 238, ché è di essa che in questo lavoro si discorre). Il punto è questo: *i principi supremi dell'ordinamento italiano* che, in virtù della sentenza 238/2014, impongono di limitare l'applicazione dell'«immunità per i *delicta imperii*» nel nostro ordinamento nazionale, *non sono altro che i medesimi principi supremi dell'ordinamento internazionale*, i quali pure, allora, dovrebbero imporre, in quest'ultimo ordinamento, di limitare la portata applicativa dell'immunità *de qua*. Il punto, che a noi – ma ovviamente non solo a noi: or ora si citerà un'autorevole dottrina dalla quale si è attinta la riflessione – sembra chiaro, evidentemente non lo è per una non indifferente parte della dottrina internazionalistica straniera, la quale infatti imputa alla sentenza della Consulta la grave colpa di essere una delle più limpide manifestazioni di quelle *pericolose tendenze relativiste* in seno alla Comunità internazionale, le quali costituirebbero nientedimeno che la pretesa degli ordinamenti statali di far prevalere i *propri* principi fondamentali sui principi del diritto internazionale, e quindi di poter legittimamente disattendere un obbligo internazionale in ragione del suo eventuale contrasto con i più importanti principi del *proprio* diritto costituzionale. Una tale lettura della sentenza in commento si trova, *exempli gratia*, in un già ricordato lavoro di Robert

¹²¹ Si allude, ovviamente, alle circostanze in cui la via giurisdizionale adita dalla vittima dei crimini costituisca *l'ultimo e quindi l'unico rimedio giurisdizionale disponibile* per la stessa. Per converso, laddove la vittima abbia ancora la concreta disponibilità di adire i tribunali dello Stato che ha commesso i crimini, le *altre* magistrature nazionali, qualora venissero adite, dovrebbero escludere la propria giurisdizione, essendo ancora vigente la norma – seppur *contra legem* (essa contraddice, infatti, i principi fondanti del diritto internazionale contemporaneo) - dell'«immunità per i *delicta imperii*», e tale norma potendo (e dovendo: si tratta, in questi casi particolari, di un vero e proprio potere-dovere) essere neutralizzata solo allorché le circostanze del caso concreto impongano di garantire alla vittima dei crimini l'ultimo rimedio giurisdizionale rimastole. Si rimanda, in ogni caso, a quanto detto ampiamente *supra*, par. II.

Kolb¹²², ove l'Autore critica in maniera invero radicale (ma, secondo noi, *acriticamente*¹²³) la pronuncia della Consulta, affermando che essa ha preteso di far prevalere un massimo valore nazionale, «municipale», su un principio – invece – dell'intera Comunità internazionale (qual è l'immunità); e sostenendo, allora, che questa giurisprudenza, intesa quale manifesto di una tendenza giurisprudenziale relativizzante, potrebbe arrecare gravissimi danni all'ordine e alla certezza del diritto internazionale, costituendo una sorta di «judicial putsch» di tale ordine e tale certezza; un vero e proprio «colpo di mano», insomma, tale per cui potrebbe aprirsi, nel prossimo futuro, una fase nella quale a qualunque Paese sarebbe fatto lecito disapplicare a piacimento il diritto internazionale in tutti i casi in cui tale diritto contrasti con i valori fondamentali interni (che ovviamente sono diversi da Stato a Stato)¹²⁴. La preoccupazione fondamentale di questa posizione dottrinale è esposta con maestria, in un recente lavoro, da Giuseppe Cataldi, il quale chiarisce che questa dottrina – la quale, or ora lo si vedrà, diverge *in toto* dalla sua – in sostanza ritiene che la 238 comporti «il pericolo di legittimare derive relativiste»:

ogni ordinamento o gruppo di Stati like-minded potrebbe ritagliarsi una sua interpretazione à la carte del diritto consuetudinario. Quante volte, si rileva, la Comunità internazionale ha, ad esempio, contrastato le affermazioni di Stati a regime islamico fondamentalista relative al necessario condizionamento

¹²² KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, cit.

¹²³ V. *infra*, nell'immediato prosieguo del testo.

¹²⁴ Cfr. KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, cit.

*dell'applicazione interna del diritto internazionale al rispetto delle regole imposte dalla Sharia?*¹²⁵

Una siffatta preoccupazione, tuttavia, per quanto concerne la 238, ci sembra del tutto infondata. Nel caso *de quo*, infatti, il principio interno che viene fatto prevalere sulla norma internazionale non è affatto un “semplice” principio (supremo) interno; si tratta, qui, di un supremo principio nazionale *in tutto e per tutto coincidente con un supremo principio internazionale, id est* quello della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali della persona umana nei casi in cui questi diritti siano stati lesi dal compimento di crimini internazionali. Alla Corte costituzionale, allora, tutto si può imputare, ma non il fatto di aver agito sulla scorta di una prospettiva meramente «municipale» e relativizzante, avendo essa, al contrario, emesso una sentenza dalla valenza universalistica, *per l'Umanità*, volta a far prevalere incondizionatamente, su qualsiasi altra esigenza, il valore *par excellence* dell'intera Comunità internazionale e di ogni *societas* che voglia davvero appellarsi *umana: la dignità dell'essere umano*. Ecco come Cataldi, con parole chiarissime e invero pregnanti, sottolinea questo essenziale profilo:

Quando i principi fondamentali dell'ordinamento statale garantiti dal controllo delle Corti supreme nazionali corrispondono anche al 'comune sentire' della Comunità internazionale, queste Corti svolgono anche un ruolo al servizio dell'ordinamento internazionale. Sostanzialmente, in questo caso, le Corti nazionali difendono il diritto internazionale da...se stesso! Questa è la differenza, in termini di legittimità sul piano internazionale, tra le ipotesi di difesa di valori non generalmente condivisi (pensiamo all'esempio già indicato della difesa di

¹²⁵ G. CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, in *DUDI*, vol. 9, 2015, n. 1, 45.

*principi religiosi nazionali di stampo 'fondamentalista') e l'ipotesi che invece ci occupa, nella quale la Corte costituzionale si è fatta garante di un valore sicuramente proprio della Comunità internazionale, e cioè il diritto di accesso a un giudice per far valere il diritto al risarcimento del danno conseguente al compimento di crimini di guerra accertati. Dal punto di vista della ricostruzione teorica soccorre in tal caso la teoria, ben nota agli internazionalisti, del *dédoublement fonctionnel* di George Scelle. Le corti, nell'ambito dell'ordinamento giuridico nazionale, agirebbero, secondo questa teoria, anche come agenti dell'ordinamento giuridico internazionale, al servizio della *rule of law* della Comunità internazionale.¹²⁶*

La sentenza 238/2014, allora – il punto è essenziale –, oltre a difendere i valori supremi dell'ordinamento giuridico italiano (e con ciò la più profonda identità costituzionale del nostro Paese), ha anche, in sostanza, difeso «il diritto internazionale da...se stesso!», facendosi «garante di un valore sicuramente proprio della Comunità internazionale» e adempiendo, in ciò, alla propria funzione – che ovviamente non esercita in via esclusiva, ma insieme a tutte le Corti costituzionali e supreme di tutti gli Stati della Società internazionale – di garante *anche* della «*rule of law* della Comunità internazionale». Le Corti costituzionali e supreme – la non affatto anacronistica *lectio* di George Scelle non deve cadere nell'oblio¹²⁷ – agiscono «anche come agenti dell'ordinamento giuridico internazionale»: dello stesso devono garantire *l'effettività* nonché *la corretta interpretazione*; ad un tale compito esse non possono sottrarsi, essendo gli Stati gli unici *autentici* interpreti

¹²⁶ CATALDI, *La Corte costituzionale e il ricorso ai 'contro-limiti' nel rapporto tra consuetudini internazionali e diritti fondamentali: oportet ut scandala eveniant*, cit., p. 47.

¹²⁷ La celebre teoria del *dédoublement fonctionnel* è stata enunciata dall'Autore negli anni '30, v. G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique. Première partie*, Parigi, Sirey, 1932, p. 43 ss. La teoria, in tempi recenti, è stata rivalutata, v. A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoublement fonctionnel) in International Law*, in *European Journal of International Law* 1990, pp. 210 – 231.

delle norme del diritto internazionale – ché essi ne sono i produttori – ed essendo tali Corti la più eminente voce giuridica degli Stati stessi; bene ha fatto, allora, la Consulta a mettersi *al servizio della rule of law della Comunità internazionale*. André Nollkaemper, in un'importante opera sul *ruolo delle corti nazionali nell'ordinamento giuridico internazionale*, ha significativamente scritto che:

*[i]n all cases International Law should accept the power of national courts not to give effect to an international obligation that is incompatible with the international rule of law itself.*¹²⁸

Non dovrebbe poi destare tutto questo scalpore, allora, una pronuncia che ha semplicemente *privato d'effetti un'interpretazione di una norma internazionale consuetudinaria* – quella sull'immunità dello Stato, interpretata come valevole anche per i crimini internazionali¹²⁹ – *incompatibile con i principi fondanti e fondamentali dell'ordinamento giuridico internazionale contemporaneo*.

¹²⁸ A. NOLLKAEMPER, *National Courts and the International Rule of Law*, London, Oxford University Press, 2011, p. 84.

¹²⁹ Ovviamente si allude all'interpretazione data alla norma dalla Corte internazionale di Giustizia nella sentenza 3 febbraio 2012.