

# Corte costituzionale e obblighi internazionali: qualcosa di nuovo e molto di vecchio?

di Maria Elena Gennusa

## 1. I PROBLEMI APERTI DALLA SENT. N. 238/2014

La giurisprudenza costituzionale in materia di obblighi internazionali vive forse uno dei suoi momenti più critici con la sent. n. 238/2014, ~~con cui~~ <sup>Im essa,</sup> la Corte dichiara l'inesistenza, nell'ordinamento interno, della regola sull'immunità degli Stati nella parte in cui copre anche i crimini di guerra e contro l'umanità, ~~oltre che~~ <sup>nell'</sup> l'incostituzionalità degli artt. 3 della l. n. 5/2013 <sup>e dell'art.</sup> e della l. n. 848/1957, che impongono l'adeguamento interno alle sentenze della CIG, ~~ma quest'ultimo esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano a conformarsi alla sent. *Germania c. Italia*<sup>1</sup>~~ <sup>X</sup>

La sentenza in esame riguarda uno dei problemi più delicati e simbolici del nostro recente passato, quello del risarcimento alle vittime dei crimini perpetrati dalla Germania nazista nell'ultimo scorcio del secondo conflitto mondiale; applica per la prima volta, in modo diretto ed esplicito, i famosi «controlimiti», e li applica, per di più, contro una delle più tradizionali e consolidate consuetudini internazionali; e si ~~si~~ <sup>si</sup> contrappone, ~~quindi,~~ <sup>quindi,</sup> al diritto internazionale e alla sua Corte (e, in effetti, alla stessa Germania che dell'immunità continua a ritenersi autorizzata ad avvalersi, forte della sentenza della CIG che ha confermato che ha il diritto di farlo) con una nettezza che è arduo ravvisare in precedenti pronunce. Sebbene taluni vedano al suo interno un intento più collaborativo che conflittuale (Girelli 2015, 95-96), è difficile negare che la prima impressione sia quella di assistere a uno scontro frontale col diritto internazionale e col suo più autorevole interprete – qualcuno ha parlato di «a sort of murder of international law through municipal law» (Kolb 2014, 11) – visto che la norma sull'immunità è addirittura dichiarata, sia pur solo in <sup>Y</sup>

<sup>1</sup> Corte internazionale di giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 3 febbraio 2012.

parte, inesistente nell'ordinamento italiano. Naturale, quindi, che essa abbia suscitato un certo interesse e che, coinvolgendo aspetti di diritto costituzionale sostanziale, di giustizia costituzionale e di diritto internazionale, abbia attirato l'attenzione tanto dei costituzionalisti quanto degli internazionalisti, che l'hanno scandagliata in tutte le sue criticità, mettendone in luce i pregi, ma anche i numerosi problemi che essa solleva.

Anche a volersi limitare, per ora, a considerazioni di natura costituzionale soltanto, davvero tanti sono i tratti problematici che la sentenza presenta, in particolare in rapporto alla prima questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Firenze, quella che riguarda più direttamente la consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati (o meglio, la «norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, c. 1 Cost.» di tale consuetudine): e si tratta di questioni delicate che attengono sia all'individuazione dell'oggetto dello scrutinio di costituzionalità sia alla coerenza della pronuncia rispetto ai precedenti della Corte medesima sia, ancora, al tipo di dispositivo adottato.

Innanzitutto, attraverso un'ardita interpretazione dell'art. 134 Cost., secondo cui esso consentirebbe di sottoporre al sindacato del giudice costituzionale «tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali [...] siano venute ad esistenza' per vie diverse dal procedimento legislativo»<sup>2</sup>, la Corte estende il suo potere di controllo anche alle consuetudini internazionali, pur trattandosi di norme senza disposizione e, per di più, esterne all'ordinamento italiano. Sembra indubbio, infatti, che sia esterna la norma che la Corte controlla, visto che – almeno nella parte che riguarda i crimini di guerra e contro l'umanità – essa si vede addirittura precluso l'ingresso nel sistema costituzionale italiano. La Corte trascura del tutto il problema, formale, della fonte in cui la norma sindacata si radica e quello, comunque cruciale, della sua provenienza, esterna o interna, e si preoccupa, solo, del dato sostanziale relativo alla sua efficacia: che sia quella, cioè, «delle leggi formali, ordinarie e costituzionali». E se è vero che questa mossa si inserisce perfettamente nella recente tendenza della Corte di ridurre il più possibile le «zone franche» del controllo di costituzionalità<sup>3</sup>, è anche vero che una tale estensione non può non lasciare perplessi, dato che, come è stato osservato, in primo luogo, la garanzia del rispetto della Costituzione «deve comunque essere assicurata[a] con le tecniche, con gli strumenti e nei limiti che la stessa Costituzione ha fissato» (Luciani 2015, 87) e l'art. 134 Cost. include testualmente soltanto le leggi e gli atti aventi forza di legge e che, in secondo luogo, non è ben chiaro come si possa ragionare di un rango (nella fattispecie,

<sup>2</sup> Sent. n. 238/2014, p.to 2.1 in diritto

<sup>3</sup> Cfr. ad es. la sent. n. 1/2014 (ora però, cfr. la più recente sent. n. 110/2015).

costituzionale) nell'ordinamento interno di una norma che in esso, almeno in parte, nemmeno può esistere.

Analogo risalto merita l'abbandono, da parte della Corte costituzionale, del precedente posto dalla sent. n. 48/1979 che, in materia d'immunità dei rappresentanti diplomatici, sembrava aver tracciato una distinzione fra consuetudini internazionali già esistenti al momento dell'entrata in vigore della Costituzione e consuetudini formatesi in seguito, introducendo solo per queste ultime il limite invalicabile del rispetto dei principi inviolabili della Costituzione italiana<sup>4</sup>: una distinzione che trovava la sua ragion d'essere nella presunzione che i Costituenti non avrebbero formulato in tal modo l'art. 10, c. 1 Cost., se non dopo una verifica che nessuna delle consuetudini allora vigenti fosse lesiva dei principi inviolabili. Nella sent. n. 238 questa distinzione scompare. Essa, infatti, facendo leva sulla sent. n. 1/1956, giudica irrilevante il momento in cui la norma si crea, qualora il vizio attenga al suo contenuto<sup>5</sup>. È stato però rilevato che, mentre «l'assunzione della Costituzione a paradigma delle leggi anteriori non era ostacolata da un qualsivoglia "recepimento" delle fonti primarie anteriori da parte della Costituzione» (Luciani 2015, 88), assai diverso è il caso delle consuetudini internazionali, cui l'ordinamento italiano si conforma per espressa disposizione dell'art. 10.

Infine, anche il dispositivo adottato solleva interrogativi pesanti: perché proprio un'interpretativa di rigetto per esprimere una così forte contrarietà verso un'immunità che copre anche i più gravi delitti? Perché, invece, non una dichiarazione di incostituzionalità della parte della norma sull'immunità che copre i delitti più gravi? O forse questo sarebbe valso a porre un problema di «costituzionalità» dello stesso art. 10, per il fatto che esso non solo ha consentito l'ingresso di norme esterne già vigenti al momento della sua formulazione così radicalmente contrarie ai principi essenziali della Costituzione italiana, ma ha anche loro assegnato un rango pari a quello della Costituzione medesima?

Invero la Corte sembra rifiutare questa eventualità, ritenendo piuttosto che sia proprio l'art. 10 a imporle «di accertare se la norma [...] possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali». In tale ultima ipotesi, infatti, sarebbe lo stesso art. 10 a escludere l'operatività del rinvio alla norma internazionale<sup>6</sup>, senza che abbia rilevanza il momento della sua formazione. E poiché precisamente questo è quanto accade nel caso di specie, l'art. 10 consente che la regola sull'immunità possa fare ingresso in Italia solo amputata della parte che riguarda i crimini più

<sup>4</sup> Sent. n. 48/1979, p.to 3 in diritto.

<sup>5</sup> Sent. n. 238, p.to 2.1 in diritto.

<sup>6</sup> Sent. 238, p.to 3.4 in diritto.

↳ riguarda tali

odiosi. In ciò sta la ragione della dichiarazione d'infondatezza della questione: la parte della norma sull'immunità che è entrata nel sistema italiano è conforme a Costituzione; il resto, semplicemente, non è. Ciononostante la scelta per l'infondatezza, sia pur nei sensi di cui in motivazione, continua a non convincere appieno: non solo perché, a questa stregua, essa diventa la soluzione obbligata di qualunque questione abbia ad oggetto norme internazionali consuetudinarie, visto che possono entrare e avere effetti nell'ordinamento italiano solo nella misura in cui siano compatibili con i principi costituzionali inviolabili (Senese 2015, 56), ma anche, e forse soprattutto, perché l'inammissibilità dovrebbe essere la soluzione naturale di una questione che verte su una norma che, non potendo entrare nell'ordinamento italiano, al suo interno non esiste nemmeno (Ruggeri 2014, 2; Luciani 2015, 88-89).

In molti hanno cercato di individuare le ragioni di tale scelta: consolidare il carattere accentrato del controllo di costituzionalità (Leone 2014)? Consentire alla Corte una migliore opportunità di argomentare nel merito (Lieto 2014, 4)? Attenuare lo scontro con la CIG, evitando di imporre a tutti i giudici di dichiarare la propria giurisdizione in cause del genere (Girelli 2015, 97)? Probabilmente non è un caso che, accogliendo in parte le critiche, nella successiva ord. n. 30/2015, la Corte – pur in composizione in parte diversa<sup>7</sup> – abbia dichiarato manifestamente inammissibili le stesse questioni, affermando che «anche la residua (prima) questione di legittimità costituzionale della norma che il rimettente *presuppone* “prodotta mediante il recepimento, ai sensi dell’art. 10, c. 1 Cost., della consuetudine internazionale accertata dalla CIG [...]” è, a sua volta, manifestamente inammissibile *per inesistenza (ab origine) del suo oggetto*».

In ogni caso, non mi sembra del tutto condivisibile affermare che il principale obiettivo dell'interpretativa di rigetto sia stato quello di attenuare il conflitto con il diritto internazionale e con la CIG. È probabilmente vero che, di per sé, la sent. n. 238 non vincola tutti i giudici a disattendere l'autorità della CIG, ma soltanto il giudice *a quo*; e inoltre la Corte non ha dichiarato viziato da illegittimità consequenziale l'art. 39 della Convenzione europea per il regolamento pacifico delle controversie – non oggetto di censure da parte del giudice *a quo* – che prevede analoga conformazione obbligatoria alle decisioni della CIG in tutte le controversie in cui lo Stato sia parte (Lamarque 2015, 82). Tuttavia, da un lato, quest'ultimo rilievo pare oggi aver perso gran parte della sua consistenza, visto che è notizia recente che il Tribunale di Firenze, nelle prime sentenze di merito che rendono conclamato l'illecito internazionale autorizzato dalla sent. n. 238 condannando di nuovo la Ger-

<sup>7</sup> Forse non è del tutto irrilevante sottolineare che proprio il Presidente nonché Redattore della sent. 238 aveva nel frattempo lasciato la Corte.

mania al risarcimento dei danni<sup>8</sup>, ha espressamente escluso di dover sollevare questione di legittimità su tale norma, ritenendo la sua soluzione già implicita in quella delle tre questioni precedentemente proposte<sup>9</sup>. Dall'altro, la critica contenuta nella sent. n. 238 all'interpretazione fornita dalla CIG – sebbene articolata sul piano esclusivamente costituzionale interno<sup>10</sup> – è a tratti talmente dura e puntuale<sup>11</sup> che non mi pare possa dare l'impressione di voler mitigare lo scontro con la Corte internazionale.

Ed è qui che s'innesta il secondo ordine di problemi che la sent. 238 solleva e che attengono proprio al diritto internazionale. Certamente essa disconosce l'autorità della CIG, avallando una disobbedienza a obblighi internazionali di sicura cogenza in base a considerazioni di diritto puramente interno (Arcari 2014, 2). In tal modo, però, la sent. n. 238 mina sia la credibilità dell'Italia come partner affidabile sulla scena internazionale sia i fondamenti del diritto internazionale, la cui riuscita non può che dipendere dalla leale obbedienza di tutte le parti nei confronti degli obblighi che hanno deciso di assumersi, delegittimando la CIG (Tanzi 2014, 1) proprio su una convenzione di portata secolare su cui nemmeno la Corte europea ha mai sollevato obiezioni<sup>12</sup>; e inoltre compromette, potenzialmente, le relazioni diplomatiche fra Italia e Germania. Per questo, secondo alcuni, sarebbe stato più saggio bilanciare davvero tutti gli interessi che erano in gioco, esplorando forme di protezione alternative alla tutela giurisdizionale per le vittime dei crimini nazisti (Palchetti 2014, 43-44), piuttosto che contrapporsi frontalmente all'immunità, sia pur solo nel caso dei più gravi delitti. È vero che, nella fattispecie concreta, l'utilità di un ennesimo richiamo all'Esecutivo e alle sue responsabilità di tutela sarebbe stata quanto meno opinabile: l'inerzia di entrambi i governi – quello italiano e quello tedesco – nel riaprire un negoziato sul tema, nonostante le sollecitazioni della Corte mondiale, è ben nota; così come è ben noto l'espresso rifiuto del governo italiano di accordare protezione diplomatica quando proprio Ferrini ne aveva fatto richiesta (Salerno 2015, 37-38). Però sono in molti – Corte internazionale compresa – a ritenere che siano proprio i risarcimenti forfettari

<sup>8</sup> Tribunale ordinario di Firenze, sez. II civile sentt. nn. 2468 (n.r.g. 14049/2011) e 2469 (n.r.g. 8879/2011) del 6 luglio 2015 (est. Minniti).

<sup>9</sup> È vero che il Tribunale di Firenze, in quanto giudice *a quo*, era giuridicamente vincolato alla soluzione della questione relativa alla consuetudine sull'immunità; però è probabile che anche altri giudici, in cause analoghe, finiscano per seguire lo stesso percorso argomentativo.

<sup>10</sup> Sent. n. 238, p.to. 3 in diritto.

<sup>11</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 238, p.to 3.4 in diritto.

<sup>12</sup> La stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di immunità sembra – sia pur non senza dissensi interni di non poco rilievo – improntata a una decisa obbedienza, ritenendo in sostanza l'immunità una sorte di limite connaturato – e giustificato – al diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 6 CEDU. Cfr. da ultimo sent. *Jones and Others v. The United Kingdom*, 14 gennaio 2014, Appl. n. 34356/06 e 40528/06, par. 189.

disposti mediante negoziati fra Stati a costituire i rimedi più efficaci per garantire ristoro alle vittime in casi come quello in questione.

Insomma, già da questi pochi rilievi, sembra di poter dire che, comunque la si giudichi, l'aggettivo rivoluzionaria, nel bene e nel male, è quello che, a prima vista, più si addice alla sent. n. 238. Essa rimette in discussione rapporti fra diritto interno e diritto internazionale che sembravano ben assestati, smontando in parte il meccanismo costituzionale di adeguamento agli obblighi internazionali consuetudinari; colpisce un istituto storico del diritto internazionale, minando l'autorità della CIG; mette in dubbio la lealtà internazionale dello Stato italiano, senza però affrontare il problema dell'illecito internazionale che l'Italia, dando seguito alla sent. n. 238, si trova a commettere; scardina alcuni capisaldi del nostro sistema di giustizia costituzionale.

Un fulmine a ciel sereno si potrebbe, quasi, definirla.

## 2. LA PUNTA DELL'ICEBERG: LA SUPERIORITÀ DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

Probabilmente la sent. *Jurisdictional Immunities of the State* della CIG era stata troppo eclatante perché la Corte costituzionale si limitasse a prenderne atto, rassegnandosi al silenzio, in nome della necessità di assicurare piena osservanza agli obblighi internazionali cui l'Italia è soggetta, qualunque conseguenza essi abbiano sulle posizioni individuali dei singoli. Se è vero, infatti, che, in materia di consuetudini, alla CIG spetta innanzi tutto individuare *opinio juris* e prassi statali per verificarne la perdurante vigenza, nella sent. *Germania c. Italia* stupisce non soltanto la rigidità con cui essa effettua una ricognizione siffatta, ma anche, e soprattutto, la superficialità con cui liquida la questione delle implicazioni dell'immunità sui diritti dei singoli. Certamente il rapporto fra immunità e diritti, sostanziali, tutelati dal c.d. *jus cogens* è ben lungi dall'essere chiaro; ma forse una maggiore attenzione agli effetti – paralizzanti – che l'immunità produce su rivendicazioni individuali del tutto legittime (com'erano quelle delle vittime nei casi di specie) sarebbe stata dovuta, in particolare in ipotesi in cui i rimedi politici alternativi alla giurisdizione erano stati (e continuano ad essere, nonostante le sollecitazioni espresse in tal senso dalla stessa CIG) del tutto carenti.

Una reazione della Corte costituzionale era, quindi, molto probabile. Resta, però, da capire, da un lato, se quella contenuta nella sent. n. 238 costituisca una reazione adeguata, specie in vista degli obiettivi che la decisione espresamente persegue, ossia preservare la garanzia dei diritti nell'ordinamento interno in via generale e nel caso specifico – fornendo alle vittime delle stragi naziste uno strumento per ottenere il risarcimento dei danni – e contribuire a un'evoluzione del diritto internazionale verso una dimensione più attenta alla tutela dei suddetti diritti (Gradoni 2014, 905-906); e da valutare, dall'altro, se essa rappresenti una risposta che si distacca dalla sua tradizionale giurisprudenza in materia di obblighi internazionali.

Non è qui possibile esaminare in dettaglio l'approccio che a tal fine ha seguito la Corte. Conta soltanto sottolineare che, a differenza della Corte di cassazione che, nella nota sent. *Ferrini*<sup>13</sup> e nelle sue successive decisioni in materia, aveva negato l'immunità ponendosi dal punto di vista del diritto internazionale, ravvisando, cioè, una presunta evoluzione al suo interno – sia pure, ancora, a uno stadio latente – nella direzione di escludere l'immunità in casi del genere<sup>14</sup>, la Corte costituzionale sceglie, invece, di concentrare la sua analisi sul piano esclusivamente interno. Certamente non si può trascurare la circostanza che, nel frattempo, fosse intervenuta la sentenza con cui la CIG aveva letteralmente affondato le conclusioni della Corte di cassazione. Però, la Corte costituzionale neppure tenta di ribattere alle argomentazioni della CIG sul piano internazionale. Anzi, essa espressamente esclude di poter sindacare la lettura offerta dalla CIG, che del diritto internazionale è il più vero a autorevole interprete<sup>15</sup>, per concentrarsi, invece, sull'esame delle condizioni per cui il diritto internazionale può avere effetti nel nostro sistema.

In questo senso, può dirsi che è il dualismo l'approccio cui, in ultima analisi, si ispira la Corte costituzionale: ordinamento internazionale e ordinamento interno sono *due* ordinamenti giuridici, tanto che una norma del primo, in teoria vincolante per il secondo, può anche non esistere – e quindi non produrre effetti – all'interno di questo. È però, senza dubbio, uno speciale dualismo – o, come è stato definito, un «neodualismo» (Salerno 2015, 40 ss.) – quello che muove la Corte, non paragonabile completamente a quello seguito dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Kadi I*<sup>16</sup> – cui pure si fa rinvio nella sent. n. 238 come esempio di una proficua ribellione di una giurisdizione «domestica» alle lacune del diritto internazionale in nome di valori costituzionali interni – e neppure, a ben vedere, a quello che impronta la stessa ordinanza di rimessione sollevata dal giudice *a quo* che, postulando una netta separazione fra i due sistemi, ammettevano che solo la norma interna di recepimento fosse sindacabile dalla giurisdizione domestica. E lo fosse alla luce dei soli parametri di diritto interno.

È, invece, direttamente la consuetudine internazionale, da assumersi nell'interpretazione dell'ordinamento di origine<sup>17</sup>, a costituire il consapevole oggetto dello scrutinio della Corte costituzionale nella sent. n. 238. Tuttavia, tale scrutinio è ugualmente condotto in base a parametri di diritto costituzionale interno soltanto: è la stessa Corte, infatti, a sottolineare che l'applicazione del diritto internazionale nell'ordinamento statale può avvenire solo

<sup>13</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, sent. 6 novembre 2003-11 marzo 2004, n. 5044.

<sup>14</sup> Corte di cassazione, ord. n. 14201/2008, par. 11.

<sup>15</sup> Sent. n. 238, p.to 3.1 in diritto.

<sup>16</sup> Cfr. Corte di giustizia, causa C-402/05 P, sent. 3 settembre 2008.

<sup>17</sup> Sent. n. 238, p.to 3.1. in diritto.

a condizione che non ne sia posto in pericolo il nucleo costituzionale essenziale<sup>18</sup>, che qui è rappresentato dagli artt. 2 e 24 Cost., che la Corte configura quale parte irrinunciabile dell'identità dello Stato italiano.

In tal modo la Corte, pur postulando una pluralità di ordinamenti giuridici, dimostra di ritenere che i loro rapporti vivano anche di momenti di integrazione e compenetrazione, più che di autonomia e non interferenza reciproca. Non a caso essa ammette che, pur trattandosi di norme – quella che garantisce l'immunità degli Stati e quella che garantisce il diritto al giudice – appartenenti a ordinamenti diversi, esse possano comunque divenire oggetto di bilanciamento specifico<sup>19</sup>. Però tale bilanciamento può avvenire soltanto a patto che si «garantisca l'intangibilità di principi fondamentali dell'ordinamento interno ovvero [se] *ne riduca al minimo il sacrificio*»<sup>20</sup>. Per questo si è detto che, nella sent. n. 238, la Corte sembra accedere a una «concezione non assolutistica dei controllimiti» (Faraguna 2014, 900), visto che pare anche disposta ad ammettere un sacrificio dei valori supremi in considerazione di interessi pubblici di particolare rilievo, purché tale sacrificio non sia «del tutto sproporzionato»<sup>21</sup>. Ma poiché, nel caso di specie, l'immunità viene a proteggere «comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti [...] illegittimi, in quanto lesivi di diritti»<sup>22</sup>, essa deve cedere il passo: qui, infatti, «il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale» che all'immunità necessariamente consegue assume certamente un peso «del tutto sproporzionato» allo scopo.

Questo approccio costituisce, dunque, una risposta adeguata a realizzare gli obiettivi che la Corte si pone?

In effetti, il fine di preservare l'identità costituzionale italiana da contaminazioni esterne ritenute nocive parrebbe, in astratto, pienamente raggiunto: il diritto al giudice, in Italia, rimane garantito, stante l'inesistenza nel nostro ordinamento della regola sull'immunità delineata dalla CIG e la conseguente sussistenza della giurisdizione delle corti italiane nei casi analoghi a quello di specie. Alla stessa conclusione si può però giungere anche in concreto? Affermare in astratto la giurisdizione delle corti italiane significa davvero garantire alle vittime i loro diritti? Significa realmente garantire loro, almeno in ipotesi eclatanti, l'effettività del risarcimento che da sempre richiedono? Purtroppo non sembra molto probabile. E una prima conferma pare venire dall'atteggiamento della stessa Germania che, continuando a negare la giurisdizione delle corti italiane, sembra ben decisa a non piegarsi alle loro condanne, rifiutando

<sup>18</sup> Sent. n. 238, p.to 3.1. in diritto.

<sup>19</sup> Sent. n. 238, p.to 3.1. in diritto. Cfr. però le perplessità di Pinelli (2014, 38-39).

<sup>20</sup> Sent. n. 238/2014, p.to 3.1 in diritto.

<sup>21</sup> Sent. n. 238/2014, p.to 3.4 in diritto.

<sup>22</sup> Sent. n. 238/2014, p.to 3.4 in diritto.

persino di partecipare ai relativi processi. In che modo le corti italiane potranno costringere «unilateralmente» lo Stato tedesco a pagare, quando esso ha dalla sua una sentenza internazionale che gli conferma che è legittimato a non farlo? Sarà sufficiente porre nuove ipoteche, tanto più che, in effetti, il problema dell'immunità dall'esecuzione nemmeno è oggetto della sent. n. 238?

Analoghi dubbi nascono in relazione all'altro obiettivo che la Corte costituzionale si pone: quello, rivolto all'esterno, di «concorrere [...] ad un'auspicabile, e da più parti auspicata, evoluzione dello stesso diritto internazionale». Come già detto, la Corte non tenta nemmeno di ridiscutere, *dal punto di vista del diritto internazionale*, l'opportunità di mantenere l'immunità anche nei delitti più gravi (i c.d. *delicta imperii*, per riecheggiare le note considerazioni del giudice Cançado Trindade, autore della più corposa opinione dissenziente alla sent. *Jurisdictional Immunities of the State*)<sup>23</sup>, per limitarsi, invece, a valutarne la mera compatibilità col sistema costituzionale domestico. Ma può un'evoluzione dell'intera Comunità degli Stati essere indotta e condotta in nome di una Costituzione nazionale soltanto?

Invero, la Corte, proprio in questo caso, avrebbe avuto una straordinaria opportunità di collocare la Costituzione italiana in un contesto più ampio: in fondo, il diritto al giudice, su cui la Corte impernia l'intera sentenza, non è certo un diritto soltanto italiano. Esso, infatti, è ormai riconosciuto in tutti i cataloghi internazionali: dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (art. 14), al Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici (art. 14), alla stessa Convenzione europea (art. 6), come pure la difesa degli attori nel processo principale non aveva mancato di mettere in luce<sup>24</sup>. La Corte, invece, riconosce soltanto una volta che «il diritto al giudice e a una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti inviolabili è sicuramente tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo»<sup>25</sup>. In tutti gli altri punti della sentenza sembra configurarlo come un principio caratterizzante l'«identità costituzionale» italiana soltanto<sup>26</sup>. In tal modo, però, «the ICC essentially gave up trying to change the state of injustice registered at the international level, and limited itself to preserve the domestic order from the effects of this injustice» (Fontanelli 2014, 7).

Insomma, alla luce dei risultati probabilmente piuttosto modesti su entrambi i fronti su cui la sentenza aveva l'ambizione di incidere, è lecito

<sup>23</sup> *Can war crimes be considered as acts jure – I repeat, jure – imperii?*, CIG, Udienza pubblica, venerdì 16 settembre 2011, ore 14.30, Resoconto integrale, 54, reperibile al link [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org).

<sup>24</sup> Sent. n. 238, p.to 3.1. in fatto. Tuttavia, bisogna sottolineare che il fine della parte privata era estendere il *thema decidendum* invocando ulteriori parametri costituzionali (in particolare, l'art. 117, c. 1 Cost.): un fine che la Corte ha dichiarato inammissibile (sent. n. 238, p.to 2.3. in diritto)

<sup>25</sup> Sent. n. 238, p.to 3.4. in diritto.

<sup>26</sup> Cfr. ad es. sent. n. 238, p.ti 3.1. e 3.4.

chiedersi se valesse la pena di intraprendere una strada siffatta: se tale strada, cioè, fosse ragionevole, specie se commisurata agli indubbi problemi che la sentenza, per altri versi, solleva.

Certamente, la sent. *Germania c. Italia* della CIG meritava una qualche risposta: il rapporto fra immunità e diritti costituisce un problema reale e che la risposta sarebbe stata di «disobbedienza», seppur «funzionale» («o disobbedienza “buona”»), cioè finalizzata a indurre un ripensamento di soluzioni esterne ritenute non adeguate perché in contrasto con valori percepiti come inviolabili (Martinico 2015, 2), era, in effetti, assai prevedibile. Ma era proprio necessario che fosse anche così radicale? Che dichiarasse inesistente *in via generale* la consuetudine nella parte in cui copre i crimini internazionali e che, ancor di più, dichiarasse l'illegittimità *in toto* dell'art. 3 della legge n. 5/2013? È evidente, infatti, che, se è vero che un tale articolo costituisce la risposta di un legislatore insolitamente solerte per «evitare situazioni incresciose come quelle createsi con il contenzioso dinanzi alla Corte dell'Aja»<sup>27</sup>, la sua portata è assai generale, riguardando *tutte* le decisioni della CIG che negano la giurisdizione delle corti italiane e non soltanto quelle in cui sono in questione crimini di guerra e contro l'umanità (Lupo 2015, 68-69). Forse, sarebbe stato allora più equilibrato e potenzialmente in grado di produrre lo stesso risultato tangibile, limitandone però i danni collaterali, circoscrivere la ribellione, ancorandola alle specificità del caso concreto. La Corte, cioè, avrebbe potuto spiegare che, pur nella consapevolezza dell'illecito internazionale di cui si sarebbe macchiata l'Italia, la dichiarazione di inesistenza della norma sull'immunità era l'unica alternativa praticabile, *quando tutti gli altri rimedi per garantire soddisfazione alle vittime avessero già dato prova di essere stati inutilmente esperiti*. In questo modo, la Corte avrebbe potuto dimostrare la stessa attenzione per i diritti del singolo – poiché, in effetti, solo quando le richieste di questo non hanno trovato altrimenti soddisfazione, il diritto a un giudice viene davvero in rilievo – al contempo mitigando lo scontro col diritto internazionale e con la Corte dell'Aja, facendo capire che non è l'immunità in sé ad essere posta in questione, ma solo i suoi effetti pregiudizievoli su pretese legittime, in assenza di altri meccanismi che ne garantiscano comunque una soddisfazione effettiva.

Perché, invece, la Corte ha scelto una strada diversa, radicalizzando maggiormente il conflitto in nome di valori supremi della Costituzione domestica?

Forse, semplicemente, è la convinzione della *superiorità* della Costituzione interna – che sembra percorrere, come un *fil rouge*, il testo dell'intera sentenza – ad aver suggerito questa scelta alla Corte: i valori su cui essa si fonda, l'intima connessione fra democrazia e tutela dei diritti inviolabili che

<sup>27</sup> Atti Camera n. 5434, Commissione III Affari Esteri, seduta del 19 settembre 2012, in sent. n. 238, p.to 5 in diritto.

tutta la innerva, sono giudicati di una forza così inoppugnabile da essere in grado da soli – se opportunamente esportati – di influenzare anche l'ordine e il diritto internazionale. Per questo la Corte ritiene che, sebbene, nel breve periodo, l'effetto della sua pronuncia possa essere un «ridimensionamento della portata della [norma sull'immunità] *limitato al diritto interno*», esso sarà poi «tale da concorrere [...] ad un'auspicabile [...] evoluzione *dello stesso diritto internazionale*»<sup>28</sup>. In effetti, sembra quasi che qui i controlimiti cessino di svolgere una funzione meramente difensiva, quali limiti all'ingresso di norme esterne lesive di principi inviolabili, per assumerne anche una positiva e «promozionale». Essi, cioè, servono per indurre e promuovere il cambiamento su scala più vasta, sollecitando i sistemi esterni ad appropriarsi dei valori che i controlimiti propugnano, in nome, precisamente, della loro superiorità costituzionale.

Tuttavia – e qui si viene al secondo profilo d'indagine – è questa una vera novità della sent. n. 238?

In effetti, sembra proprio di no: è la stessa Corte a ricostruire, nella sent. n. 238, in questa luce tutta la sua giurisprudenza pregressa in materia di rapporti fra sistema interno e ordinamenti internazionale e sovranazionale. Non a caso, ad esempio, essa rivendica il proprio contributo, fornito con la sent. n. 232/1989, nell'indurre la Corte di giustizia dell'Unione europea a modificare la sua giurisprudenza, in modo più conforme a una tutela giurisdizionale effettiva<sup>29</sup>. Anche in quel caso, secondo la Corte, la minaccia dei controlimiti era valsa a far capire quale fosse, davvero, il significato costituzionale del diritto al giudice. Anche lì, i controlimiti avevano avuto una finalità «didascalica»: «insegnare» la Costituzione a un ordinamento, quello dell'Unione europea, che ancora totalmente costituzionale non era. E anche lì, i controlimiti erano stati manifestazione della superiorità della Costituzione italiana. Del resto che l'idea di una preminenza dei valori consacrati nel nostro testo costituzionale rappresenti il *leitmotiv* di una certa giurisprudenza costituzionale è confermato anche dalla sent. n. 49/2015, dove – sia pure in un contesto completamente diverso – la Corte parla, per la prima volta espressamente, di «*predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU*»<sup>30</sup> (Tega 2015, 400). E se un tale «predominio assiologico» è presupposto rispetto alla CEDU che proprio nella garanzia dei diritti vede la sua funzione esclusiva, si può immaginare di quanto la Costituzione sovrasti, assiologicamente, il diritto internazionale generale che, per i diritti, non ha mai dimostrato – come proprio il caso in questione nella sent. n. 238 ampiamente conferma – un'attenzione esemplare.

<sup>28</sup> Sent. n. 238, p.to 3.3. in diritto.

<sup>29</sup> Sent. n. 238, p.to 3.4. in diritto.

<sup>30</sup> Sent. n. 49/2015, p.to 4 in diritto.

In tal senso allora non è, forse, di un «fulmine a ciel sereno» che si dovrebbe parlare in relazione alla sent. n. 238. Piuttosto, essa non è che la punta di un iceberg.

Nulla, in sé, è del tutto nuovo nella sent. n. 238. Non è nuova l'idea della superiorità costituzionale sottesa ai controlimiti; non è nuovo un certo uso «offensivo» – o promozionale – dei controlimiti e neppure, a ben vedere, è nuova l'idea che i controlimiti vadano usati anche contro le consuetudini internazionali a prescindere dal momento della loro entrata in vigore. Già nella sent. n. 73/2001 la Corte – pur senza poi trarre da questa considerazione conseguenze specifiche – aveva espressamente affermato che «i “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale” e i “diritti inalienabili della persona” costituiscono infatti limite all'ingresso [...] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano “si conforma” secondo l'art. 10, c. 1 Cost.»<sup>31</sup>, senza distinguere fra consuetudini antecedenti e consuetudini successive all'entrata in vigore della Costituzione.

Quello che, invece, è nuovo nella sent. n. 238 è che, per la prima volta, da queste affermazioni di principio sino ad allora lasciate senza seguito alcuno, siano state fatte discendere precise conseguenze concrete: la patente ingiustizia della vicenda di fondo, il suo elevato valore simbolico per la recente storia italiana, una certa insofferenza per il potere politico, responsabile primo della situazione prodotta, hanno creato una miscela esplosiva che è deflagrata nella sent. 238 che alle parole ha fatto seguire i fatti, dando così l'impressione che la Corte costituzionale, dal niente, si fosse trasformata nel nemico principale del diritto internazionale. La punta di un iceberg, appunto.

La Corte qualche giustificazione certamente l'aveva. Ma è il ricorso a un'idea di superiorità costituzionale il modo migliore per opporsi al diritto internazionale? «In realtà, l'intera pronuncia [...] si fa portatrice di un nazionalismo costituzionale esasperato, di un “patriottismo” costituzionale [...] dando ad intendere che ciò che solo conta è, sempre e soltanto, il *nostro* punto di vista, in vista dell'esclusivo appagamento delle istanze facenti capo alla *nostra* Carta costituzionale» (Ruggeri 2015, 7) è stato detto in relazione a un'altra sentenza del Giudice delle leggi italiano. Ma la stessa critica non si attaglia forse perfettamente anche alla sent. n. 238?

Non si nega che il diritto internazionale presenti ancora numerose e gravi lacune per la scarsa attenzione che, in molti casi, riserva alle esigenze di tutela di diritti inviolabili e che, dunque, pressioni affinché se ne occupi siano utili, o forse di più. Doverose. Tuttavia il diritto internazionale non è il diritto costituzionale: esso assume funzioni e priorità diverse e, quindi, inevitabilmente, risponde a criteri diversi, che qualunque spinta verso una «costituzionaliz-

<sup>31</sup> Sent. n. 73/2001, p.to 3.1. in diritto.

zazione» maggiore non può non mettere in conto, perché si realizzi in piena armonia con i caratteri che al diritto internazionale risultano propri. È quindi probabilmente attraverso il dialogo fra i diversi livelli – e non attraverso lo scontro, salvo che non sia circoscritto per far fronte all'emergenza del singolo caso – che si possono elaborare le soluzioni migliori e più rispondenti alle esigenze di tutti. In fondo, non è detto che, proprio in vicende analoghe a quelle che stanno alla base della sent. n. 238, il superamento dell'immunità costituisca il rimedio migliore e, neppure, una soluzione obbligata per evitare le patenti ingiustizie che nel caso di specie si erano, invece, oggettivamente prodotte, se a livello internazionale vengono approntati altri strumenti per garantire soddisfazione alle vittime, analogamente rispettosi dell'eguale sovranità degli Stati, purché siano diversi, e ben più cogenti, della mera sollecitazione ad aprire un negoziato fra Stati. Il problema, infatti, non sta, in sé, nel principio *Par in parem non habet iudicium*; sta piuttosto nel fatto che, se non gli si affiancano meccanismi idonei a tutelare in modo effettivo i diritti dei singoli, esso si risolve in totale impunità dello Stato, relegando le vittime in una posizione di totale irrilevanza giuridica. E forse la Corte costituzionale, nella sent. n. 238, avrebbe potuto far leva precisamente su questo – ben più circostanziato – elemento.

## BIBLIOGRAFIA

Arcari, M. (2014), *Colliding Legal Systems or Balancing of Values? International Customary law on State Immunity vs Fundamental Constitutional Principles in the Italian Constitutional Court Decision n. 238/2014*, in *QIL*, Zoom-out II, pp. 1 ss.

Faraguna, P. (2014), *La sentenza n. 238 del 2014: i controlimiti in azione*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 899 ss.

Fontanelli, F. (2014), *I Know It's Wrong but I just Can't Do Right: First Impressions on Judgment No. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, *Verfassungsblog.de*, <http://www.verfassungsblog.de/know-wrong-just-cant-right-first-impressions-judgment-238-2014.italian-constitutional-court/>.

Girelli, F. (2015), *Alla ricerca di un'applicazione condivisa dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 1, pp. 94 ss.

Gradoni, ~~222~~ (2014), *La sentenza n. 238 del 2014: Corte costituzionale italiana «controvento» sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 905 ss.

Kolb, R. (2014), *The Relationship between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision No. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *QIL*, Zoom out II, pp. 5 ss.

Lamarque, E. (2015), *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere anche mordere*, in *Questione giustizia*, 1, pp. 76 ss.

Leone, S. (2014), *La sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali*, in *Quaderni costituzionali*, 4, pp. 902 ss.

V,

No. (nessun scab)

L L.

Lieto, S. (2014), *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 6 novembre 2014.

Luciani, M. (2015), *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, 1, pp. 84 ss.

Lupo, E. (2015), *I controlimiti per la prima volta rivolti verso una sentenza della Corte internazionale di giustizia*, in *Questione giustizia*, 1, pp. 64 ss.

Martinico, G. (2015), *Corti costituzionali (o supreme) e «disobbedienza funzionale»*, in *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1 ss.

Palchetti, P. (2014), *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In Search of a Way Out*, in *QIL, Zoom out II*, pp. 44 ss.

Pinelli, C. (2014), *Decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court: No. (maiuscolo) Between Undue Fiction and Respect for Constitutional Principles*, in *QIL, Zoom out II*, pp. 33 ss.

Ruggeri, A. (2014), *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*.

Ruggeri, A. (2015), *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1 ss.

Salerno, F. (2015), *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 33 ss.

Senese, S. (2015), *Corte costituzionale e sovranità*, in *Questione giustizia*, 1, pp. 51 ss.

Tanzi, A. (2014), *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 26 novembre 2014.

Tega, D. (2015), *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: «il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»*, in *Quaderni costituzionali*, 2, pp. 400 ss.