



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica R.G. N. 29352/2010 (Rif. foglietto n. 117/2012)

Rel. n. 116

Roma, 14 giugno 2012

Oggetto - GIURISDIZIONE CIVILE - STRANIERO (GIURISDIZIONE SULLO) - IN GENERE - Stato straniero - Azioni delle forze armate tedesche durante il secondo conflitto mondiale - Torture di prigionieri - Successiva uccisione nell'eccidio delle Fosse Ardeatine - Norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato straniero per le attività "jure imperii" - Portata non assoluta - Crimini contro l'umanità - Primato dei valori fondamentali di libertà e dignità umana - Sussistenza - Sentenza della Corte internazionale di giustizia dell'Aja - Condanna dello Stato italiano per violazione della norma sull'immunità degli Stati - Conseguenze.

SOMMARIO:

- 1.- La questione all'esame delle Sezioni Unite.
- 2.- Il principio di sovranità e la nozione di "immunità" degli Stati
 - 2.1.- L'evoluzione degli orientamenti in sede internazionale. La teoria funzionale.
 - 2.2.- Le fonti del diritto internazionali. Lo *jus cogens*.
 - 2.3.- Le norme istitutive di obblighi *erga omnes*.
 - 2.4.- Gli effetti della violazione delle norme imperative di diritto internazionale: l'incidenza sull'immunità degli Stati esteri. La *Normative hierarchy theory*.
- 3.- L'orientamento della Suprema Corte di Cassazione in tema di giurisdizione nei confronti di Stati stranieri: dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 5044 del 2004 alla sentenza n. 11193 del 2011.
- 4.- Le decisioni della Corte internazionale di giustizia dell'Aja sul contenzioso tra Italia e Germania.

- 4.1.- La declaratoria di inammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'Italia.
- 4.2.- La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.
- 4.3.- Profili problematici.
- 5.- Le conseguenze per lo Stato Italiano e per l'esercizio della giurisdizione.
 - 5.1.- L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia.
 - 5.2.- La rilevanza sui giudizi pendenti (e futuri) dei principi affermati dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia.
- 6.- Considerazioni finali.

1.- La questione all'esame delle Sezioni Unite.

La questione sottoposta all'Ufficio del Massimario può essere enucleata nei seguenti termini:

“se sussista o meno la giurisdizione dello Stato Italiano nei confronti della Repubblica Federale di Germania (e, comunque, di Stati nazionali stranieri) per le attività “jure imperii” lesive dei valori fondamentali della libertà e dignità umana o integrative di crimini contro l'umanità dopo la sentenza della Corte internazionale di giustizia dell'Aja del 3 febbraio 2012”.

La situazione in fatto in base alla quale è stato incardinato il giudizio rientra, senza alcuna contestazione, tra i crimini di guerra gravemente lesivi dei valori fondamentali umani.

Si tratta, infatti, di un episodio avvenuto durante la seconda guerra mondiale: il padre dell'attuale ricorrente veniva prima fermato dalle forze di occupazione tedesche, poi (tra il 27 gennaio e il 24 marzo 1944) detenuto e torturato presso i locali di via Tasso n. 145 in Roma e, infine, il 24 marzo 1944, ucciso nell'eccidio delle Fosse Ardeatine.

Per tali fatti il ricorrente ha evocato in giudizio il sig. Erich Priebke (già riconosciuto responsabile con sentenza penale definitiva) e la Repubblica Federale di Germania per ottenere il risarcimento dei danni sull'assunto, in particolare, che l'uccisione del padre, per il contesto e le modalità in cui era avvenuta, costituiva un crimine contro l'umanità, soggetto alla giurisdizione universale senza che potesse opporsi l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale.

Invocava, sul punto, la reiterata e consolidata giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione.

Per quanto qui rileva, occorre precisare che la Germania, nel costituirsi, eccepiva il difetto assoluto di giurisdizione del giudice italiano stante l'esistenza di una norma consuetudinaria di diritto internazionale (operante nel sistema in virtù del disposto recato dall'art. 10 Cost.) in base alla quale gli Stati debbono astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri. Nel giudizio di merito, inoltre, chiedeva la chiamata in causa dello Stato italiano per essere manlevato da ogni pretesa.

Proposto regolamento di giurisdizione, nelle more del giudizio interveniva la sentenza della Corte internazionale di giustizia che, con riferimento a precedenti

decisioni della Suprema Corte su fattispecie analoghe (in particolare: deportazione di civili sottoposti a lavoro forzato; eccidio di Civitella in Italia; *exequatur* di sentenze di giudici greci relativi ad eccidi di civili (caso *Distomo*) perpetrati dalle forze armate naziste; azioni esecutive su beni dello Stato tedesco), condannava lo Stato italiano per violazione della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati.

2.- Il principio di sovranità e la nozione di “immunità” degli Stati.

2.1.- L'evoluzione degli orientamenti in sede internazionale. La teoria funzionale.

Per poter meglio cogliere la portata (e il carattere innovativo) dell'invocato (e contestato) orientamento della Corte di cassazione appare opportuno ripercorrere, innanzitutto, l'evoluzione dell'ordinamento internazionale in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, delineando le differenti posizioni teoriche succedutesi nel tempo e le implicazioni conseguenti alle stesse.

Le immunità giurisdizionali degli Stati stranieri traggono origine – e, anzi, ne costituiscono un aspetto fondamentale¹ – dal principio di eguaglianza sovrana fra le comunità statali (e, prima ancora, dei sovrani stessi) e venivano tradizionalmente tradotta nella massima “*par in parem non habet jurisdictionem*” (o, meglio, “*judicium*”), la cui immediata cogenza nel nostro ordinamento deriva direttamente dal comma 1 dell'articolo 10 della Costituzione, che recita: “*L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*”.

Sulla scia della pandettistica, soprattutto francese, della fine del XIX, la dottrina dei Paesi *ex* socialisti da un lato e la giurisprudenza degli Stati Uniti e del Regno Unito dall'altro elaboravano e diffondevano la teoria dell'immunità assoluta degli Stati sovrani, secondo cui ogni Stato era tenuto a non esercitare la propria giurisdizione interna nei confronti di uno Stato straniero in base ai principi di uguaglianza, sovranità ed indipendenza. L'immunità, in questa prospettiva, assumeva valore di diritto di libertà (assoluto) degli Stati.

In tale concezione nessuna rilevanza era attribuita alla natura dell'atto oggetto della controversia, né alla sua finalità o alla sua funzione: la giurisdizione poteva essere esercitata soltanto in caso di rinuncia dello Stato straniero all'immunità.

In processo di tempo, dopo la fine della prima guerra mondiale, sotto l'influsso della giurisprudenza italo-belga, tale teoria ha conosciuto un progressivo declino, in parallelo con l'intensificarsi della presenza dello Stato nell'economia. Indice di questa tendenza, per quanto riguarda l'Italia, è il d.lgs. n. 1621 del 1925, convertito nella più ampia legge n. 1263 del 1926: con il primo gli Stati esteri erano stati esentati, sotto condizione di reciprocità, dalle sole misure cautelari ed esecutive; con il secondo provvedimento, inoltre, le misure erano state ulteriormente subordinate, sempre sotto condizione di reciprocità, all'autorizzazione del Ministro della Giustizia.

¹ MONACO – CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2009, 471 e ss. (Alf. 33).

Ad oggi la tesi dell'immunità assoluta sembra sostenuta (come emerge anche dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia dell'Aja qui in considerazione) solo da una parte minoritaria di Stati della comunità internazionale, tra cui Russia e Cina.

Tale processo ha condotto ad un progressivo capovolgimento del principio tradizionale dell'esenzione, per cui si è venuta ad affermare la “*teoria dell'immunità ristretta*” degli Stati dalla giurisdizione straniera, in base alla quale l'immunità costituisce l'eccezione e viene riconosciuta solo in relazione a determinati atti, rapporti o funzioni.

Tale principio, in particolare, non trova applicazione in tutti i casi in cui lo Stato straniero rinuncia a questa esplicitamente o implicitamente (ad esempio, qualora esso si sia costituito in giudizio, difendendosi nel merito senza sollevare l'eccezione di carenza di giurisdizione) oppure – e ciò costituisce il risultato più importante dell'evoluzione della nozione – lo Stato agisca mediante atti *jure gestionis* o *jure privatorum*, cioè attraverso atti di carattere privatistico, assimilabili a quelli compiuti dai privati nell'esercizio della loro autonomia, del tutto sganciati, quindi, dall'esercizio di poteri sovrani.

L'immunità viene, al contrario, garantita, nell'ipotesi in cui lo Stato eserciti attività di natura pubblicistica, espressione del potere sovrano di governo del paese, ponendo in essere atti *jure imperii*, tra cui, in linea di principio, dovrebbero rientrare anche le attività belliche (e, dunque, in quanto riconducibili alle stesse, anche le pratiche di deportazione e assoggettamento a lavoro forzato).

Si può ritenere, pertanto, che, allo stato attuale, sulla base delle prassi internazionali e del proliferare di strumenti legislativi a questa ricollegabili, il principio dell'immunità ristretta, incentrato sulla bipartizione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* (“*functional doctrine*”) appartenga al diritto consuetudinario internazionale², sebbene nella pratica si possa rivelare difficoltoso distinguere in modo puntuale e definito tra le attività rientranti nella sfera pubblicista e le attività rientranti in quella privatistica facenti capo ad un determinato Stato³.

Più precisamente, il profilo di maggiore incertezza riguarda i criteri di determinazione di un'attività pubblicistica, potendosene prospettare almeno due: uno fondato sulla “natura oggettiva” dell'atto; l'altro sulla “funzione” o sullo “scopo” che esso persegue⁴.

Il principio dell'immunità, invero, non dovrebbe avere riguardo alla finalità dell'azione statale, che è, o dovrebbe essere, sempre di carattere pubblico, quanto,

² MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 475; CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, 2011, parte 3, sez. 5, 327 e ss (AII. 21); FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale I*, 2008, 313-314 (AII. 26).

³ CANNIZZARO, *op. cit.*, 328

⁴ Parla di un interesse direttamente connesso alle finalità pubbliche perseguite dallo Stato SINAGRA - BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2009, 384, (AII. 42); FOCARELLI, *op. cit.*, 313, distingue l'approccio al problema tipico dei paesi di *common law*, orientato ad identificare i casi sottratti all'immunità, da quello degli altri sistemi, che, in via interpretativa, si riferiscono alle ipotesi che implicano l'esercizio di poteri sovrani; CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., 2010, 252 e ss (AII. 23), il quale, nel condividere le incertezze sulla distinzione tra *acta jure imperii* e *acta jure gestionis*, conclude nel senso che, in caso di dubbio, l'interprete (ossia il giudice) debba orientarsi a favore dell'immunità anziché a favore della sottoposizione dello Stato straniero alla giurisdizione, poiché quest'ultima condizione deve considerarsi eccezionale. GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, 2003, 665, (AII. 27) sottolinea come la tradizionale distinzione tra atti *jure imperii* e *jure gestionis* sia in parte artificiale e la qualificazione dipenda dalla scelta di focalizzare l'attenzione su un determinato elemento di fatto piuttosto che su un altro.

piuttosto, alla natura dell'azione. È chiaro, infatti, che atti, come l'acquisto di beni mobili od immobili mediante contratti di diritto privato, sono qualificabili come *jure gestionis* ove si operi sulla base del criterio della natura dell'atto di acquisto, mentre se si segue il criterio dello scopo dell'atto anche l'acquisto a titolo privatistico potrebbe risultare *jure imperii* nel caso in cui il bene risulti destinato ad una funzione pubblica.

L'applicazione del criterio, peraltro, pone svariate difficoltà, in ispecie per quelle attività, composite, alle quali concorrono in varia misura interventi di carattere pubblicista e interventi di carattere privatista, finendo con il lasciare, in concreto, un non indifferente margine di discrezionalità ai destinatari dell'ordinamento internazionale e segnatamente ai giudici nazionali.

Ciò può dare luogo a stridenti aporie nell'effettiva applicazione del principio *de quo*, come dimostra il diverso orientamento assunto, in fattispecie simili, dalla Corte Suprema degli Stati Uniti⁵ e dai giudici italiani⁶ nel caso dei prestiti obbligazionari emessi dall'Argentina e sottoscritti dai privati (*bonds*), qualificati dalla prima atti *jure gestionis* e dai secondi atti *jure imperii*, soluzione quest'ultima giustificata dalla considerazione che tali atti, nonostante il carattere privatistico, erano preordinati “*alle essenziali finalità di tutela dell'economia nazionale*”.

Giova rilevare, da ultimo, che questa distinzione è stata in una certa misura recepita (e codificata) anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati (non ancora operativa)⁷, che all'art. 5 enuncia il principio dell'immunità ristretta come regola generale, prevedendo una serie di eccezioni, sottoposte a loro volta a limiti.

Ai fini della distinzione tra le tipologie di atti, poi, la Convenzione (art. 10) attribuisce valore prioritario alla natura dell'atto, ma consente che si possa tenere conto anche del suo scopo (in particolare se le parti hanno così convenuto ovvero se lo scopo è rilevante nella prassi dello Stato del foro).

2.2.- Le fonti del diritto internazionali. Lo *jus cogens*.

Rispetto al quadro sopra delineato ha assunto una progressiva maggiore importanza, nell'ultimo mezzo secolo, l'emersione, a livello dottrinario, normativo e giurisprudenziale, del nuovo concetto dello *jus cogens*, ossia di un insieme di norme, inteso in chiave positivista, dotate di una forza superiore al diritto nascente dai trattati e alle “ordinarie” norme consuetudinarie.

I caratteri strutturali dell'ordinamento internazionale, fondato sul principio di sovranità dei suoi membri, e il ruolo preponderante che spetta alla volontà degli Stati nella produzione delle norme, non sono, invero, facilmente compatibili con l'esistenza di forme gerarchiche di organizzazione delle fonti, risultando non agevole prospettare

⁵ Così Corte Suprema degli Stati Uniti, 12 giugno 1992, Republic of Argentina c. Weltover inc. and Others, in Int. I Rep. 1995, vol. 100, 510 ss, per la cui analisi v. CANNIZZARO, *op. cit.*, 329.

⁶ Sez. U, Ordinanza n. 11225 del 27/05/2005 (Rv. 580912) (All. 3).

⁷ Va segnalato che in data 25 maggio 2012 il Governo Italiano ha comunicato di aver presentato il disegno di legge per la ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004.

l'esistenza di interessi e valori superiori tali da rendere invalide regole ordinarie con essi configgenti⁸.

In via ancora più generale, poi, appare difficile pensare un ordine gerarchico tra le fonti del diritto internazionale o addirittura l'esistenza di regole che fissino un qualche livello di gerarchia.

L'unica indicazione, indicata comunemente dalla dottrina⁹, è quella ricavabile dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (che pone al primo posto le convenzioni generali e speciali che stabiliscono regole comunemente riconosciute dagli Stati in lite, al secondo posto la consuetudine internazionale e, infine, i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili), ma, secondo l'opinione prevalente, la norma non introduce una gerarchia in senso tecnico ma solo un ordine logico delle fonti, il cui destinatario specifico è il giudice che deve utilizzarle.

L'unico ambito a cui, invece, viene generalmente riconosciuto un carattere di preminenza e di prevalenza sulle altre norme del diritto internazionale è quello del c.d. *jus cogens*¹⁰, ossia, secondo una diversa formulazione¹¹, dell'insieme dei principi – di ordine pubblico internazionale o costituzionali – che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale con valore imperativo ed hanno, per tali caratteristiche, un'efficacia superiore a quella delle norme consuetudinarie e pattizie. Le norme di *jus cogens*, in altri termini, prevalgono sulle (semplici) norme consuetudinarie ed invalidano o estinguono contrari accordi.

La nozione, oltre che nell'elaborazione dottrinale¹², ha trovato, invero, un riscontro positivo nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969¹³, secondo il quale una norma di *jus cogens* deve essere intesa “*come una norma ... accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga*”. Non solo: la norma prevede anche che “*un trattato è invalido se, al tempo della sua conclusione, risulta in conflitto con norme imperative del diritto internazionale generale*”, mentre l'art. 64 della medesima Convenzione cura di precisare che se un trattato confligge con una norma imperativa venuta in essere dopo la conclusione la conseguenza non è la nullità dell'accordo ma la sua estinzione.

Questi effetti conseguono, poi, alla mera esistenza di un conflitto senza che sia necessaria una violazione attuale della norma cogente, che, dunque, esprime un interesse della comunità internazionale a non tollerare una norma avente un contenuto che imponga comportamenti contrari ai valori fondamentali

⁸ CANNIZZARO, *op. cit.*, 233

⁹ MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 317; RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 2009, 174, (AII. 40); LEANZA - CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli stati e diritto per gli individui*, 2008, 169 e ss. (AII. 31).

¹⁰ A questa nozione viene associato anche il concetto di obblighi *erga omnes*, rispetto ai quali, peraltro, va operata una più articolata distinzione: v. *infra*.

¹¹ Ad esempio MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 318.

¹² Ormai prevalente anche se permangono alcuni approcci negazionisti che contestano l'esistenza di norme di *jus cogens* perché tale categoria presupporrebbe un'autorità sovraordinata ed enti subordinati che nel diritto internazionale non esistono: v. sul punto GLENNON, *De l'absurdité du droit impératif (jus cogens)*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, 529-536 (AII. 28); sembra vicino a questa impostazione anche MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 2 2011, 270, (AII. 32), che contesta l'idoneità delle regole di *jus cogens* a prevalere su altre norme di diritto consuetudinario, potendosi ammettere un qualche effetto solo sulle norme convenzionali.

¹³ Ratificata in Italia con la legge n. 112 del 12 febbraio 1974.

dell'ordinamento, indipendentemente dalla circostanza che tale norma sia stata eseguita e che si sia prodotta una violazione effettiva di tali valori¹⁴.

Una parte della dottrina ha poi ricavato ulteriori caratteri del diritto cogente: in particolare, con riguardo alle norme pattizie, si è dedotto che il diritto cogente può rilevare nell'ambito di attività interpretative e può determinare una interpretazione conforme o, comunque, orientata rispetto al principio di ordine superiore¹⁵.

Le questioni di maggiore rilievo, peraltro, riguardano l'individuazione dei contenuti e degli effetti dello *jus cogens*.

In via generale sono rilevabili diversi approcci¹⁶.

Alcuni¹⁷ identificano le norme con l'ordine pubblico internazionale ovvero come un insieme di norme materiali di natura costituzionale che esprimono i valori fondamentali della comunità internazionale e, sul piano giuridico, sono caratterizzate dall'inderogabilità, che ne garantisce l'integrità. In tal senso, la funzione dello *jus cogens* travalica il campo dell'invalidità dei trattati per svolgere anche un ruolo in tema di responsabilità internazionale dei soggetti internazionali.

Rientrano in questo ambito anche le teorie¹⁸ che identificano lo *jus cogens* in un principio di gerarchia materiale (e non meramente formale), nell'insieme delle norme la cui applicazione prevale rispetto ad altre regole consolidate, ovvero che corrisponda ad un "minimo esistenziale" per garantire la sopravvivenza stessa dell'ordinamento internazionale (e dunque, *in primis*, una tutela dei diritti fondamentali per gli Stati e/o gli individui).

Secondo altri¹⁹, invece, non vengono in rilievo tanto le norme che tutelano i valori fondamentali della comunità internazionale ma, piuttosto, incorporano i principi strutturali del diritto internazionale (ossia le norme sulla produzione giuridica o sulla soggettività internazionale o sulla responsabilità). In questa prospettiva, più limitativa, pertanto, le norme di *jus cogens* operano solo sul piano della validità degli atti giuridici internazionali.

Un'ulteriore impostazione²⁰, ampiamente rappresentata nella dottrina e più ancorata alla prassi internazionale, ritiene che le norme dello *jus cogens* abbiano una duplice funzione, in quanto, per un verso, tutelano i principi strutturali nelle relazioni tra soggetti internazionali e, per altro verso, salvaguardano i valori essenziali della comunità internazionale. In questa prospettiva le norme imperative, a seconda della funzione spiegata, producono un effetto di invalidità degli accordi e degli atti con essi

¹⁴ CANNIZZARO, *op. cit.*, 235

¹⁵ CANNIZZARO, *op. cit.*, 236 ed ivi anche l'analisi della sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa all'affare delle piattaforme petrolifere (*Iran c. Stati Uniti*) del 2003, che, seppure in termini impliciti, ha interpretato le clausole dell'accordo bilaterale tra i paesi contendenti alla luce delle regole internazionali che disciplinano l'uso della forza, affermando che il trattato non poteva conferire alle parti il potere di impiegare la forza in maniera incompatibile con le regole di diritto internazionale.

¹⁶ NIGRO, *Lo jus cogens nella prassi internazionale*, in *In.Law Journal*, 2007, 23 e ss. ed ivi per un'ampia disamina delle diverse teorizzazioni (All. 34); CANNIZZARO, *op. cit.*, 116-117.

¹⁷ NIGRO, *op. cit.*, 24

¹⁸ NIGRO, *op. cit.*, 25

¹⁹ NIGRO, *op. cit.*, 25

²⁰ MONACÒ – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 116-117; NIGRO, *op. cit.*, 26; PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, par. 2, (All. 38); CONFORTI, *op. cit.*, 178 e ss.

contrastanti ovvero un effetto di illiceità dei comportamenti assunti in loro violazione ovvero, anche, entrambi gli effetti.

Ciò detto, peraltro, non vi sono specifiche indicazioni su quali siano le norme imperative e lo stesso art. 53 sopra citato è ritenuto dalla gran parte della dottrina²¹ meramente tautologico perché non indica alcun specifico contenuto ed anche la Corte internazionale di giustizia ha per lungo tempo evitato di pronunciarsi su di esso.²²

Solo con la sentenza relativa alle *Attività armate sul territorio del Congo*, tra Repubblica democratica del Congo e Ruanda del 2006, infatti, la Corte ha ammesso l'esistenza di una norma di *jus cogens* con riguardo al divieto di genocidio e la possibilità di poterne avere contezza a questo titolo ove ne ricorressero le condizioni (escluse in concreto).²³

Lo sforzo interpretativo si è quindi orientato nel tentativo di identificare le ipotesi che sono riconducibili a questa categoria, giungendo ad annoverare le situazioni di crimini internazionali (atti di terrorismo, genocidio, atti di pirateria), di lesioni di diritti fondamentali della persona (torture, riduzione in schiavitù), di crimini di guerra, ossia di ipotesi che integrano i valori ritenuti materialmente superiori della Comunità internazionale.²⁴

Questo risultato ha pure trovato un indiretto riscontro nelle analisi ed elaborazioni relative alla legislazione internazionale e agli interventi degli Stati nelle situazioni di emergenza internazionale, tali, cioè, da giustificare l'adozione di misure straordinarie anche suscettibili di comprimere i diritti (fondamentali) e le posizioni di interesse ritenute intangibili, che ha portato a sostenere – conclusione suffragata dalle norme della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, del Patto della Convenzione interamericana, della Carta araba e delle Convenzioni di Ginevra - che le norme relative alla tutela dei diritti inderogabili si applicano sicuramente nelle situazioni emergenza e fungono da limite anche rispetto ad eventuali previsioni convenzionali discordanti.²⁵

Il punto più controverso, peraltro, riguarda l'individuazione di eventuali *ulteriori* effetti operativi della violazione di una norma di *jus cogens*.

2.3.- Le norme istitutive di obblighi *erga omnes*.

Prima di procedere all'analisi del profilo da ultimo accennato, appare necessario considerare un'altra nozione di significativo rilievo per la dinamica normativa internazionale.

L'evoluzione della comunità internazionale, infatti, ha portato all'emersione di nuovi valori che l'ordinamento internazionale considera meritevoli di tutela e alla

²¹ MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 114; PICONE, *op. cit.*, par. 1.

²² Per una analisi della “cautela” della Corte internazionale di giustizia con riguardo all'applicazione e all'invocazione dello *jus cogens* v. BIANCHI, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, 502, che individua le ragioni dell'atteggiamento della Corte internazionale di giustizia nei confronti dello *jus cogens* nella rigidità della categoria concettuale rispetto alla struttura delle relazioni internazionali e, soprattutto, rispetto al fondamento della propria competenza, che si fonda solo sul consenso delle parti (**Aff. 20**).

²³ Per una disamina della decisione si veda MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 114 e, ancora più diffusamente, NIGRO, *op. cit.*, 29-30.

²⁴ Per una (parziale) identificazione delle norme cogenti v. CANNIZZARO, *op. cit.*, 236-239; una ulteriore analisi in LEANZA - CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli stati e diritto per gli individui*, 2008, pagg. 177 e ss

²⁵ EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, 2010, pagg. 221-233, (**Aff. 25**); CONFORTI, *op. cit.*, 390-391

conseguente rilevazione di norme che presidiano la Comunità internazionale nel suo insieme, che, per tale ragione, sono istitutive di obblighi *erga omnes*.

La rilevazione di queste norme si deve alla Corte internazionale di giustizia che, nella decisione del 1970 nel caso *Barcelona Traction*, ha indicato, in contrapposizione agli obblighi meramente reciproci degli Stati, le obbligazioni degli Stati nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme, che riguardano tutti gli Stati e che tutti gli Stati possono essere considerati come aventi un interesse giuridico a che tali diritti siano protetti²⁶.

Agli obblighi *erga omnes* si riferisce, inoltre, l'art. 19 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati (relatore Ago) ed adottato dalla Commissione di diritto internazionale nel 1976.

Discussa è l'identificazione delle norme *erga omnes* e il loro rapporto con lo *jus cogens*.

Da un lato, infatti, vi è una tendenziale sovrapposizione tra le due categorie (tant'è che spesso si identificano²⁷ come norme *erga omnes* ipotesi che sono ricondotte allo *jus cogens*, quali il divieto di aggressione, di genocidio, gli obblighi derivanti dai principi e regole concernenti i diritti umani e i diritti fondamentali della persona, come il divieto di schiavitù e di discriminazione razziale ovvero il principio di autodeterminazione dei popoli), mentre dall'altro si afferma che la struttura e l'ambito di applicazione è differente e più ampio atteso che, le prime, a differenza delle seconde, non hanno solo la funzione di tutelare i valori assoluti e supremi della Comunità internazionale ma anche di rendere possibile, attraverso una azione collettiva degli Stati, beni e valori che, altrimenti, sarebbero insuscettibili di tutela.²⁸

Tale dicotomia trova un chiarimento ove si valuti che le norme che prevedono gli obblighi *erga omnes* operano in tre categorie diverse: a) quelle per la tutela di valori *interni* ad un determinato Stato (protezione dei diritti dell'uomo o dell'ambiente); b) quelle per la tutela di valori *esterni* alle singole giurisdizioni nazionali (ad es. grave inquinamento in alto mare); c) quelle per la tutela *di beni o valori assoluti di tale importanza* (es. aggressione) da giustificare che lo Stato leso sia sostenuto nella reazione da Stati terzi.²⁹

Nei primi due casi manca uno Stato leso, per cui solo se si ritenga l'esigibilità del valore e/o del bene da parte della generalità dei componenti della Comunità internazionale è possibile il conseguimento dell'obiettivo desiderato.

In questa prospettiva viene individuato il rapporto tra *jus cogens* e obblighi *erga omnes*: i primi hanno un valore prescrittivo e sono *inderogabili*; i secondi, invece, hanno una valenza principalmente procedurale e, pur non essendo necessariamente inderogabili, la loro violazione è *esigibile* da parte di tutti (gli Stati). Non vi è, dunque, sovrapposizione tra le due categorie che riguardano ambiti diversi, potendovi invece essere, eventualmente, una formale reciproca esclusione.³⁰

²⁶ MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 120; PICONE, *op. cit.*, par. 3 e 4.

²⁷ MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 121.

²⁸ PICONE, *op. cit.*, par. 5; RONZITTI, *Introduzione*, *op. cit.*, 2009, 175 e 176.

²⁹ PICONE, *op. cit.*, par. 6

³⁰ PICONE, *op. cit.*, par. 11; per RONZITTI, *Introduzione*, *op. cit.*, 177, invece, tutte le norme di *jus cogens* sono istitutive di obblighi *erga omnes*.

Si riconosce, peraltro, che le due caratteristiche possono anche coincidere nello stesso precetto (un valore fondamentale è tutelato da una norma inderogabile, la cui violazione è esigibile da qualunque Stato) anche se questa non è necessariamente la regola: non tutte le norme di *jus cogens* pongono obblighi *erga omnes* e non tutti gli obblighi *erga omnes* sono anche inderogabili. Ove ciò si realizzi, la norma istitutiva di obblighi *erga omnes*, in quanto dotata di effetti maggiori (data l'esigibilità della medesima da parte di tutti e il suo riferirsi come destinatario materiale alla Comunità internazionale) finisce per ricomprendere e sostituire formalmente quella di *jus cogens*, solo apparentemente autonoma, dotata, potenzialmente, di effetti minori.³¹

2.4.- Gli effetti della violazione delle norme imperative di diritto internazionale: l'incidenza sull'immunità degli Stati esteri. *La Normative hierarchy theory*.

Se ormai sembra esservi un generale consenso al riconoscimento delle norme di *jus cogens* nella materia dei diritti fondamentali, norme che, anzi, secondo una prospettiva largamente diffusa, sono considerate produttive anche di obblighi *erga omnes*, maggiormente controversa è l'individuazione degli effetti che discendono da questa categoria e, in particolare, in caso di violazioni del diritto cogente.

Le norme internazionali si rivolgono, innanzitutto, ai soggetti della Comunità internazionale, ossia agli Stati. In questo senso, dunque, tutti gli Stati sono "tenuti ad osservare" i precetti di natura cogente e imperativa e, inoltre, il rispetto di queste regole fondamentali è "esigibile" da parte di tutti gli Stati.

In una ottica tradizionale dei rapporti interni alla Comunità internazionale, tale indicazione comporta, da un lato, che nessuno Stato può, legittimamente, adottare comportamenti (che si traducano in provvedimenti singoli ovvero in atti di legislazione primaria di carattere generale) che siano in contrasto con questi dettami (ad es. norme che autorizzino la tortura), nonché, dall'altro lato, che ogni Stato terzo (e non solo quello eventualmente leso in concreto) può porre in essere le condotte conseguenti alla violazione (es. ritorsione, contromisure) od esigere, nel limite dell'interesse, le azioni per il ripristino della legalità violata (risarcimenti, restituzioni, ...).

Non solo: a tali effetti si aggiungono, come sopra evidenziato, le conseguenze sul diritto dei trattati. I trattati che si pongano in contrasto con le norme di *jus cogens* sono da considerarsi estinti e non produttivi di ulteriori conseguenze giuridiche, mentre i nuovi accordi che si pongano in contrasto con le disposizioni imperative debbano considerarsi viziati e nulli e, dunque, insuscettibili di produrre alcun effetto giuridico tra le parti. Gli stessi trattati (o le eventuali clausole interessate), inoltre, sono suscettibili – secondo un modello già applicato nel diritto interno rispetto ai precetti costituzionali – di una interpretazione orientata, per cui la disposizione può

³¹ SINAGRA - BARGIACCHI, *op. cit.*, 172; PICONE, *op. cit.*, par. 11 e 12; LEANZA - CARACCILOLO, *op. cit.*, 180 fa coincidere le norme di *jus cogens* ed obblighi *erga omnes* a contenuto negativo in quanto la particolare forza passiva delle norme cogenti comporta che gli obblighi dalle stesse imposti incombono su tutti gli Stati nei confronti dell'intera Comunità internazionale; RONZITTI, *Introduzione*, *op. cit.*, 177, ritiene che tutte le norme di *jus cogens* siano istitutive di obblighi *erga omnes* anche se non è sempre vero il contrario

conservare valore ed efficacia solo in quanto interpretata in termini compatibili e coerenti con le disposizioni di diritto cogente.

Il punto critico – frutto degli sviluppi degli ultimi vent'anni – riguarda, invece, l'estensibilità della rilevanza della violazione dello *jus cogens* da parte degli Stati rispetto alla tutela dell'individuo, ossia se esista un diritto dell'individuo, le cui prerogative fondamentali siano state gravemente lese, ad ottenere un risarcimento e, in mancanza, ad agire in sede civile interna evocando in giudizio lo Stato straniero e come si atteggi, in tale ambito, la regola dell'immunità dello Stato per gli atti *jure imperii*. La questione ha un'incidenza di ordine generale atteso che finisce con l'investire il grado di effettività della stessa nozione di norme imperative.

Il panorama dottrinario, in costante e veloce evoluzione, evidenzia una varietà di orientamenti.

Secondo una prima impostazione³² “una norma sul diniego dell'immunità non esiste”, dovendosi considerare le affermazioni della giurisprudenza nazionale fondate solo su giudizi di valore e non su una norma giuridica, che non può essere estratta “da un generico valore e addirittura elevata ad un rango superiore capace di mettere fuori gioco ogni altra norma vigente e riscontrabile nella prassi”. Allo stato esisterebbe, invece, un processo di assestamento del diritto internazionale – alla cui formazione sicuramente contribuisce la giurisprudenza nazionale – diretto a far venire meno, in certe condizioni, le esigenze sovrane tradizionali degli Stati a favore dei valori più strettamente individuali, ma ciò non corrisponde ancora alla prassi internazionale.

Anche altri autori³³, invero, pur condividendo la rilevanza e l'importanza dello *jus cogens*, si pongono in termini problematici alla luce delle prassi generalizzate degli Stati, che non sembrano – salvo per opinioni di minoranza di componenti di Corti internazionali o Corti supreme e salva la posizione della Corte di cassazione italiana – far discendere dalla violazione dello *jus cogens* il disconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione. In altri termini, il fatto di considerare cogente una norma internazionale non sembra aver comportato, nella prassi, l'effetto dell'automatico disconoscimento dell'immunità, con l'ulteriore corollario che, in concreto, resta preclusa la possibilità di pronunciare sul merito e di stabilire se, sul piano internazionale sorga una responsabilità dello Stato.

Il termine *jus cogens*, pertanto, assumerebbe valore, prevalentemente, in funzione strumentale all'identificazione dei valori ritenuti o che si dovrebbero ritenere fondamentali nella Comunità internazionale e solo in una prospettiva futura di diffusione del concetto potrebbero contribuire alla determinazione dei valori condivisi e degli effetti per i vari ambiti di applicazione.

Un risultato solo in parte analogo viene raggiunto attraverso un diverso approccio.³⁴

Si rileva, infatti, che la sfera dei rapporti legata alla cessazione di un conflitto e alle sue conseguenze (come, in particolare, nella fattispecie qui in considerazione) è una di

³² FOCARELLI, *op. cit.*, 316-317

³³ NIGRO, *op. cit.*, 31-33 e 42-43; CONFORTI, *op. cit.*, 256, che ritiene che, allo stato, vi sia solo un *trend* favorevole al superamento dell'immunità, che, tuttavia va incoraggiato.

³⁴ GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, 2003, 653 e ss.

quelle dove più chiaramente lo Stato ricopre e svolge funzioni sovrane di esclusiva pertinenza del diritto internazionale.

Da ciò la tendenziale esclusività della composizione internazionale delle questioni riguardanti le riparazioni di guerra tra gli Stati interessati, che mira a soddisfare esigenze di certezza del diritto, suscettibili di essere garantita solo con una soluzione definitiva. Inoltre, nel conflitto tra un superiore interesse della collettività e gli interessi degli individui, solo lo Stato potrebbe farsi interprete della soluzione.

Pure rispetto a questo ambito e a queste ragioni, peraltro, il diritto cogente costituisce un limite all'operare degli Stati, che non possono rinunciare, ai danni degli individui, a fare valere pretese per i danni causati da gravi violazioni di norme fondamentali di diritto umanitario. Ciò, tuttavia, non comporta – secondo questa concezione - il riconoscimento di un diritto individuale al risarcimento sul piano interno perché ciò comporterebbe riconoscere un diritto all'azione civile come parte integrante di ogni norma di *jus cogens*.

Secondo tale impostazione, tuttavia, le conseguenze sul piano internazionale – ossia l'invalidità dell'accordo per contrarietà allo *jus cogens* (a cui va equiparata, a maggior ragione, l'ipotesi di assenza di un accordo) – toglierebbero pregnanza alle ragioni che portano ad escludere la giurisdizione interna e le azioni individuali varrebbero, in ogni caso, quale mezzo di pressione per condurre gli Stati interessati a raggiungere una definitiva soluzione conforme al diritto internazionale.³⁵

Questo approccio, al di là delle conclusioni raggiunte, pone il problema del rapporto tra le norme: la norma sull'immunità dalla giurisdizione interna troverebbe quale suo effettivo contraltare (e termine di comparazione per valutarne l'operatività) l'esistenza (o meno) di un diritto a poter esercitare, sul piano interno, l'azione civile.

In termini più favorevoli al superamento dell'immunità sembrano altre posizioni.

In tal senso, si è sottolineato che la supremazia formale delle norme di *jus cogens* comporta la loro prevalenza su eventuali norme in contrasto che non abbiano la stessa natura, dovendosi riconoscere una supremazia sostanziale in virtù dei valori protetti dalle norme di diritto cogente³⁶. Gli argomenti propugnati da tali autori a favore della tesi secondo la quale l'immunità dello Stato dalla giurisdizione non può essere

³⁵ Il modello descritto dall'autore si è realizzato con riguardo alla decisione della Corte distrettuale della Colombia del 1994, *Princz c. Repubblica Federale di Germania* – quasi il *leading case* della problematica - che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento al cittadino statunitense ebreo Princz, il quale aveva intentato un'azione civile contro la Repubblica Federale Tedesca per il danno subito a seguito dell'internamento (e della sottoposizione a lavoro forzato) tra il 1942 e il 1945 nei campi di concentramento di Auschwitz e di Dachau. Questi non aveva potuto usufruire dei programmi di indennizzi e solo a seguito ad una norma tedesca intervenuta nel 1965 aveva potuto presentare domanda di risarcimento, dalla quale tuttavia era decaduto atteso il decorso del tempo. La decisione era stata poi cassata dalla Corte d'appello del distretto di Colombia che aveva riconosciuto l'immunità alla Germania. Tuttavia questa vicenda, al di là della soluzione in diritto, aveva creato un diffuso malumore negli ambienti statunitensi e avevano portato alla proposta di una modifica normativa della legislazione degli Stati Uniti per privare la Repubblica Federale Tedesca dell'immunità dalla giurisdizione per azioni civili relative ad atti di genocidio. In esito a tutto ciò nel 1995 la Germania aveva concluso, con gli Stati Uniti, un nuovo accordo per riconoscere un indennizzo al sig. Princz e alle altre persone che si trovavano nella stessa condizione: v. sulla vicenda GATTINI, *op. cit.*, 258-260. In termini analoghi, ma con diverso esito, sembra porsi anche la decisione del 2000 della Corte di cassazione greca sul caso *Distomo*.

³⁶ DE SENA - DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in <http://docenti.unimc.it/>, par. 5 e ss (All. 24); RONZITTI, in *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*, 2008, 47 e ss. (All. 39)

invocata quando siano violate norme imperative di diritto internazionale sono, essenzialmente, di natura logico giuridica.³⁷

Innanzitutto si è rilevato che le norme imperative sono, nella gerarchia delle fonti internazionali, superiori alle semplici norme consuetudinarie: in caso di contrasto, quindi, le prime debbono prevalere sulle seconde; tale ragionamento, del resto viene seguito nelle ipotesi in cui siano gli individui ad essere accusati di gravi violazioni dei diritti umani che non possono invocare di aver agito in qualità di organi statuali, beneficiando della cosiddetta immunità funzionale.³⁸

Un secondo argomento trae fondamento dalla tesi secondo la quale ove lo Stato commetta una violazione di una norma imperativa del diritto internazionale va comminata una contromisura, identificata nel disconoscimento dell'immunità. Tale indicazione, peraltro, pare poco compatibile con i sistemi di *civil law* poiché mentre le contromisure sono tipicamente di competenza degli organi esecutivi dello Stato, il disconoscimento dell'immunità spetterebbe al giudice.

Un ultimo argomento, infine, si fonda sul principio secondo il quale lo Stato ha il dovere di non riconoscere le conseguenze della violazione di una norma cogente, con la conseguenza che lo Stato che ha commesso la violazione non potrebbe, a propria tutela, avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione.

Questi ultimi ragionamenti, in particolare, sono stati sviluppati in riferimento, da un lato, al carattere *erga omnes* (nella materia dei diritti fondamentali) delle norme di *jus cogens* e, dall'altro, facendo ricorso alla nozione di abuso di diritto.³⁹

L'autorità giudiziaria dello Stato adito, infatti, non potrebbe negare al privato l'esercizio del diritto di azione affermando che l'attività è stata posta in essere *jure imperii* poiché, in tal caso, verrebbe meno "al rispetto di quella scala di valori che il diritto internazionale impone *erga omnes*, investendo tutti gli organi di uno Stato". L'invocazione dell'immunità dalla giurisdizione, in tale evenienza, costituirebbe una forma di abuso di diritto, direttamente rilevabile dal giudice, che dovrebbe operare per la completa reintegrazione degli effetti ordinatori richiesti dal diritto nazionale.⁴⁰

Un ulteriore approccio⁴¹, pragmatico, parte dalla constatazione che, dalla prassi, non sembra emergere una soluzione certa a tutti i problemi tra immunità e violazioni gravi del diritto internazionale e, comunque, appare difficile rinvenire una soluzione di carattere generale i quanto i due regimi – l'immunità dalla giurisdizione e violazioni dello *jus cogens* – hanno origini e finalità del tutto eterogenee e ispirati a logiche differenti.

Il regime dell'immunità, infatti, riflette il carattere paritario dell'ordinamento internazionale (e, dunque, tutela il principio di sovranità, valore anch'esso

³⁷ RONZITTI, in *Accesso alla giustizia*, *op. cit.*, 49-50

³⁸ MONACO – CURTI GIALDINO, *op. cit.*, 479 e 483 che richiama la vicenda dell'extradizione in Spagna concessa nei confronti di Augusto Pinochet, ex presidente del Cile, dalla *House of Lords* inglese in applicazione sia dei principi di *jus cogens*, sia, in termini più specifici, della convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura.

³⁹ SALERNO, *Diritto internazionale, principi e norme*, 2011, 466-470, (**All. 41**), il quale, pur prendendo atto di una disomogeneità sul piano delle soluzioni adottate dalle corti nazionali, conclude nel senso che, in caso di gravi violazioni, la coerenza ordinatoria del diritto internazionale imporrebbe di ammettere le azioni risarcitorie avanzate dal privato fino a ritenere abusiva l'eccezione dell'immunità dello Stato.

⁴⁰ SALERNO, *op. cit.*, 469

⁴¹ CANNIZZARO, *op. cit.*, 337-343

fondamentale), mentre l'affermazione di regole inderogabili (e di crimini internazionali) riflette la tensione dell'ordinamento verso la formazione di interessi di carattere collettivo, ponendo in risalto la dimensione comunitaria dello stesso.⁴²

I due regimi, peraltro, pur avendo un ambito differente, possono entrare in interferenza in quanto l'applicazione delle immunità può avere l'effetto di rendere particolarmente difficile l'accertamento e la repressione delle violazioni ed incontra il proprio limite di operatività quando faccia venire meno l'effettività delle regole sui crimini. Da ciò la necessità, in assenza di una regola generale, di un bilanciamento – compito che spetta al giudice - fra le esigenze coinvolte e gli effetti dell'applicazione (integrale) di uno dei due regimi rispetto all'effettività dell'altro.⁴³

La gran parte di queste posizioni si avvicinano – con le necessarie distinzioni – ad una più ampia impostazione sviluppatasi nell'ultimo decennio, che trova il suo riferimento concettuale nella teoria della “*normative hierarchy theory*” (N.H.T.), che fonda i propri assunti sul presupposto, già prima evidenziato, secondo il quale le norme a tutela dei diritti umani fondamentali hanno assunto carattere di *jus cogens* e, dunque, sono gerarchicamente superiori alle norme di diritto internazionale consuetudinario che riconoscono l'immunità per gli Stati dalla giurisdizione civile: i comportamenti posti in essere dagli Stati in violazione di norme imperative, quale logica conseguenza, non potrebbero godere dell'immunità, anche qualora adottati nell'esercizio di poteri sovrani.

Nell'ambito di questa concezione, inoltre, viene presa in considerazione anche la tradizionale distinzione tra *acta jure imperii* e *jure gestionis*, e il valore dell'immunità attribuita agli Stati (in specie, nell'attuale concezione dell'immunità ristretta).⁴⁴

Si rileva, in particolare, che lo scopo dell'immunità non è quello di tutelare ogni attività dello Stato posta in essere utilizzando le proprie risorse ovvero nell'obiettivo di perseguire le proprie scelte politiche ma ricomprende solo una ristretta categoria di atti inerenti l'autorità sovrana di uno Stato. In altri termini, la categoria degli *acta jure imperii* rilevante a tal fine non può che avere un oggetto più delimitato, coinvolgendo solo i rapporti tra Stati che siano diretti a disciplinare il corretto svolgimento delle funzioni e delle attività di reciproco interesse e funzionali al regolare funzionamento della Comunità internazionale, mentre non potrebbe spiegare effetti rispetto all'applicazione delle norme internazionali di *jus cogens*.

Giova osservare, sul punto, che la recente sentenza della Suprema Corte n. 11163 del 2011 (su cui *amplius* cap. 3) si accosta in maniera esplicita e consapevole a questa teorizzazione e sembra risolvere il problema del conflitto tra norme (immunità e *jus cogens*), oltre che alla luce della preminenza e priorità delle norme imperative, proprio delimitando l'ambito di applicazione dell'istituto.

⁴² CANNIZZARO, *op. cit.*, 341

⁴³ CANNIZZARO, *op. cit.*, 343

⁴⁴ Da ultimo, in particolare, v. ORAKHELASHVILI, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah*, in *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, 850-855, (AII. 36).

3.- L'orientamento della Suprema Corte di Cassazione in tema di giurisdizione nei confronti di Stati stranieri: dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 5044 del 2004 alla sentenza n. 11163 del 2011.

L'indirizzo della Suprema Corte prende le mosse dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 5044 dell'11 marzo 2004 (nel caso *Ferrini*)⁴⁵, dove, per la prima volta, è stata esclusa l'illimitatezza dell'immunità dalla giurisdizione (civile) degli Stati (esteri) quando operino nell'esercizio della loro sovranità, ove le condotte integrino crimini contro l'umanità.

La fattispecie sottoposta all'esame dei giudici riguardava l'ipotesi di cittadini italiani che, deportati in Germania dopo l'8 settembre 1943, erano stati costretti al lavoro forzato al servizio dell'industria bellica tedesca.

Il ragionamento seguito all'epoca dalla Corte si era articolato, con una ampia e diffusa analisi degli orientamenti della giurisprudenza internazionale, secondo le seguenti sequenze:

- nelle decisioni delle corti supreme internazionali è ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali “*minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale*” trattandosi di violazioni particolarmente gravi, per intensità e sistematicità, dei diritti fondamentali della persona umana;

- la tutela dei diritti fondamentali “*è affidata a norme, inderogabili, al vertice dell'ordinamento internazionale, che prevalgono su ogni altra disposizione, anche di carattere consuetudinario*”; per tale ragione è sancita l'imprescrittibilità di questi diritti ed è affermata l'universalità della giurisdizione, che non può non valere anche per i processi civili che traggono origine da tali reati;

- il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati, in siffatte ipotesi, pertanto, si pone in contrasto con le norme a tutela dei diritti fondamentali, la cui protezione è “*essenziale per la Comunità internazionale, tanto da imporre, nei casi più gravi, forme di reazione obbligatoria*”;

- l'antinomia, peraltro, non può che comporsi “*dando prevalenza alle norme di rango più elevato*”, escludendosi che lo Stato possa avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera;

- è irrilevante l'assenza di una espressa deroga al principio dell'immunità: il valore, ormai riconosciuto, di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale al rispetto dei diritti inviolabili della persona umana ha degli inevitabili riflessi sugli altri principi ivi operanti, tra cui quello del riconoscimento della immunità statale dalla giurisdizione civile straniera, secondo i principi generali dell'interpretazione delle norme, che non vanno considerate separatamente ma in quanto facenti parti del medesimo sistema, completandosi ed integrandosi a vicenda.

La Corte, pertanto, riteneva che nell'ordinamento internazionale dovesse ritenersi vigente un principio, sovraordinato agli altri, di preminenza dei valori fondamentali della libertà e della dignità della persona, la cui lesione non è consentita neppure agli Stati nell'esercizio della loro sovranità.

⁴⁵ Sez. U, Sentenza n. 5044 del 11/03/2004 (Rv. 571034) (All. 2).

Nel 2008, con un gruppo di 13 ordinanze aventi lo stesso oggetto (ancorché solo due siano state oggetto di massimazione⁴⁶) ed una sentenza⁴⁷, le Sezioni Unite davano continuità (e, per quanto riguarda l'ordinamento interno, consolidavano) all'orientamento introdotto quattro anni prima, arricchendo il ragionamento seguito in quell'occasione con alcune significative precisazioni.

Va sottolineato, sul punto, che la sentenza n. 5044 del 2004, pur accolta con favore da parte della dottrina⁴⁸, era stata oggetto di rilievi da parte di successive decisioni di altre Corti Supreme.

La *House of Lords*⁴⁹, in particolare, aveva negato che si potesse disconoscere – per difetto di una norma consuetudinaria internazionale - l'immunità dalla giurisdizione per gli Stati esteri accusati di aver compiuto atti di tortura all'estero e si era espressa in termini fortemente critici verso la giurisprudenza italiana.

Le Sezioni Unite con i provvedimenti del 2008 sottolineavano che le decisioni delle Corti supreme, nazionali ed europee, spesso declinatorie della giurisdizione ma accompagnate (ove emerga perché previsto dal rispettivo ordinamento) da una posizione di minoranza che riconosce la prevalenza dei valori fondamentali della persona, non costituiscono un reale indicatore né dell'inesistenza, allo stato, di una sicura ed esplicita consuetudine internazionale, secondo la quale il principio dell'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile potesse ritenersi derogato a fronte di atti *jure imperii* di gravità tale da configurarsi come crimini di guerra, né, in senso contrario – tenuto anche conto delle peculiarità delle fattispecie esaminate e dei particolari contesti in cui le decisioni erano state adottate - dell'esistenza di una simile consuetudine.

Secondo la Corte, in realtà, i due principi convivono nell'ordinamento internazionale: da un lato il principio dell'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile per gli atti posti in essere nell'esercizio della sovranità; dall'altro, quello, di pari portata generale, del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona umana.

Da tale affermazione le Sezioni Unite hanno fatto derivare una particolare conseguenza: nel rispetto della gerarchia dei valori il secondo dei principi finisce per conformare necessariamente il secondo, dovendosi assegnare “*prevalenza alla norma di rango più elevato, ossia quella che ha assunto, anche nell'ordinamento internazionale, il ruolo di principio fondamentale, per il suo contenuto assiologico di meta-valore*”.

⁴⁶ In particolare Sez. U, Ordinanza n. 14201 del 29/05/2008 (Rv. 603273) (**All. 6**), Sez. U, Ordinanza n. 14202 del 29/05/2008 (Rv. 603146) (**All. 7**).

⁴⁷ Sez. U, Sentenza n. 14199 del 29/05/2008 (Rv. 603272) (**All. 4**), con la quale si statuiva la non contrarietà all'ordine pubblico (e, quindi, la liceità del riconoscimento ai fini dell'esecuzione in Italia) di una decisione della Corte di cassazione della Grecia di condanna della Repubblica Federale di Germania relativa ad un indennizzo a favore degli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche durante la seconda guerra mondiale; tale decisione, poi, è stata uno dei principali oggetti del ricorso innanzi alla Corte internazionale di giustizia dell'Aja.

⁴⁸ Si veda, ad esempio, DE SENA - DE VITTOR, *op. cit.*, par. 1 e ss.

⁴⁹ *House of Lords*, 14 giugno 2006 (*Jones c. Arabia Saudita*) (**All. 14**); con riguardo ad una vicenda di “torture governative”, la corte suprema inglese aveva statuito l'impossibilità di affermare la giurisdizione e di derogare all'immunità degli Stati per la mancanza di una norma consuetudinaria che lo consentisse. Analogamente la sentenza del 4 settembre 2007 della Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che, al momento dell'entrata in vigore della Convenzione, non esistevano norme internazionali che consentissero ai deportati italiani del *Reich* tedesco di agire per il risarcimento dei danni subiti a seguito della deportazione.

La conclusione di questo percorso logico è che nell'ordinamento internazionale esiste – in quanto desumibile da una pluralità di fonti giurisdizionali e normative – una regola consuetudinaria che si pone come limite all'esercizio della sovranità e riconosce, fuori da ogni tipo di immunità, la persistenza della giurisdizione civile nei confronti degli Stati per quelle condotte illecite disumane che segnano “*il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità*” nazionale.

L'operato della Corte di cassazione – afferma la sentenza – ha semplicemente la funzione di “*contribuire all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello Stato estero*”, “*comunque già insita nel sistema dell'ordinamento internazionale*”.

La Corte di cassazione ha recentemente avuto di nuovo occasione di pronunciarsi sulla questione con la sentenza (Sezione I) n. 11163 del 20 maggio 2011⁵⁰, avente ad oggetto la problematica, affine, dell'esecuzione di una pronuncia emessa da uno Stato estero di condanna della Germania a risarcire le vittime di crimini di guerra.

Con questa decisione, la Suprema Corte, nel riesaminare le diverse notazioni critiche all'orientamento sopra delineato, sembra porre un ulteriore tassello, di carattere sistematico, all'indirizzo seguito, con una disamina, articolata, delle decisioni di varie corti internazionali – intese a limitare e ridurre l'ambito dell'immunità degli Stati - e le diverse concezioni che si contrappongono in tema di immunità degli Stati nazionali.

Nella motivazione si sottolinea che le teorie che “*fondano l'immunità sul principio di eguaglianza degli Stati sono portate a configurare un diritto assoluto all'immunità che non è, in realtà, mai esistito*”, trattandosi, piuttosto, di “*una visione astratta dello spazio internazionale, inteso come spazio vuoto piuttosto che come spazio di cooperazione*” a cui si contrappone una progressiva dilatazione della “*normazione sovranazionale intesa al rispetto e alla tutela dei diritti umani*”

La constatazione del diffuso estendersi dell'esercizio della giurisdizione civile nei confronti di altri Stati, per atti che fuoriescono dalla categoria degli atti *jure gestionis* determina la necessità di verificare “*quale sia stata l'accoglienza, nella dottrina internazionalistica, delle teorie che limitano l'immunità degli Stati di fronte all'esigenza di tutela dei diritti umani*”, che assume rilevanza per la verifica dell'*opinio juris* “*che attribuisce l'elemento della consapevolezza alla prassi*” e integra l'elemento soggettivo del diritto consuetudinario (accanto alla prassi che ne costituisce l'elemento oggettivo).

La sentenza si sofferma ampiamente su questo profilo evidenziando che “*la teoria gerarchica, o quella che, più correntemente, si indica come Normative Hierarchy Doctrine (N.H.T) costituisce senza dubbio il retroterra dogmatico più importante sia della giurisprudenza Ferrini che della giurisprudenza greca che interessa il presente giudizio. Questa teoria, sintetizzata da un nostro autorevole autore nell'affermazione per cui “le norme di jus cogens che proteggono valori fondamentali per la Comunità internazionale nel suo insieme, debbono ritenersi prevalenti rispetto a norme che tutelano interessi tradizionali degli Stati, come le norme in materia di immunità dalla giurisdizione”, ha avuto un largo consenso negli ultimi decenni fra gli studiosi del diritto internazionale tanto da far affermare, nel 2008, sull'European Journal of International Law, che “non è più possibile, se mai lo è stato, ritenere che il punto di vista della primazia dello jus cogens è una tendenza isolata di una piccola minoranza di studiosi a fronte della lettura tradizionale o ortodossa del concetto di immunità*

⁵⁰ Sez. 1, Sentenza n. 11163 del 20/05/2011 (Rv. 618107) (All. 9).

degli Stati che godrebbe invece del supporto dalla maggioranza degli autori” ... Al di là di queste considerazioni deve rilevarsi che la teoria della prevalenza gerarchica dello jus cogens si basa su solide elaborazioni da entrambe le sponde dell’Atlantico e ha avuto un impatto universalmente rilevante nel dibattito sul diritto internazionale contemporaneo. Nondimeno tale teoria ha ricevuto critiche, non solo da parte degli autori legati a una visione tradizionale dell’immunità, ma anche da parte di chi ha visto negli schemi rigidi che essa propone un ostacolo alla migliore soluzione del problema della tutela dei diritti umani dagli atti lesivi posti in essere dagli Stati.”

Specificamente con riguardo all’impatto e all’elaborazione in sede europea, la sentenza osserva che è condiviso “*il postulato del rapporto gerarchico fra jus cogens e norme o consuetudini che assicurano agli Stati l’immunità dalla giurisdizione*” ma, in ragione del “*diverso scenario giurisdizionale e normativo in cui viene ad operare nel contesto europeo continentale, caratterizzato dall’assenza di normative statali in tema di immunità degli Stati e dalla presenza (specificamente nel nostro Paese e in Grecia) di norme costituzionali che impongono l’adeguamento dell’ordinamento interno a quello internazionale*” resta “*più rigida la formulazione della N.H.T.*” restando in capo all’attività interpretativa “*delle Corti l’adempimento del compito conformativo al diritto internazionale*”, rilievo che, se spinge la dottrina europea a valorizzare al massimo la origine consuetudinaria del principio di immunità, crea, tuttavia, problemi dommatici non indifferenti per l’interprete “*che si trova a dover decidere sulla richiesta di tutela dalle violazioni di diritti inviolabili della persona nei confronti di atti compiuti dagli Stati e che si rivelano in aperto contrasto con lo jus cogens internazionale. La strada è infatti quella della rielaborazione del concetto di atti iure imperii o quella dell’adozione dell’ipotesi di una rinuncia alla immunità da parte dello Stato che pone in essere la violazione*”, “*soluzioni impervie per il compito definitorio che sottende alla prima e per l’estraneità al contesto europeo dell’ipotesi della rinuncia implicita all’immunità da parte degli Stati*”.

La conclusione che ne viene tratta, pertanto, è che questa dicotomia – e, dunque, il rapporto di gerarchia tra le norme internazionali di *jus cogens* – non viene più ad avere rilievo ove resti superata la distinzione fra atti *iure imperii* e *iure gestionis* come criterio per valutare l’applicazione o meno dell’immunità dalla giurisdizione.

Si tratta, del resto, di una distinzione che, “*nata in un clima di intensificazione dei rapporti commerciali e al fine di non ostacolare il loro libero esercizio nel contesto internazionale, non può evidentemente spiegare effetti anche nella esclusione dell’applicazione di norme internazionali di jus cogens che sono di per sé vincolanti nei confronti degli Stati, e sarebbe assurdo che non lo fossero nel caso della commissione di crimini internazionali lesivi dei valori fondamentali dell’ordinamento internazionale. La distinzione potrà invece continuare ad avere un suo specifico significato nell’applicazione di quelle prassi adottate dagli Stati per assicurare lo svolgimento di funzioni e attività che perseguono il loro interesse reciproco e quello della Comunità internazionale.*”

La Corte rileva, inoltre, una rispondenza di questa conclusione rispetto all’evoluzione dello scenario del diritto internazionale, che ha visto la creazione di un organismo sovranazionale a tendenza universale (l’ONU), il quale ha inciso significativamente nella materia dei diritti umani e dei crimini internazionali, e della stessa Corte europea dei diritti dell’uomo che esercita la sua giurisdizione su ricorso dei cittadini europei vittime delle violazioni dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione, nonché della stessa Comunità Europea.

In questo modo, pertanto, la Corte di cassazione, con una visione sistematica di ampio respiro, ha delineato (avvicinandosi molto, come prima rilevato, alle posizioni rappresentate nella *normative hierarchy doctrine*) un concetto, nel quale confluisce l'orientamento ripetutamente affermato: è in fase di emersione una norma consuetudinaria internazionale (processo a cui la Corte stessa partecipa attivamente) che riconosce l'esistenza di uno *jus cogens*, che si concretizza nella responsabilità anche degli Stati per la commissione di crimini internazionali lesivi dei diritti fondamentali, e che si pone al di là e al di fuori della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati per il compimento di atti *jure imperi*, la cui rilevanza attiene ad un differente ambito e, specificamente, a quello delle regole funzionali ad assicurare il buon funzionamento delle relazioni interstatuali.

Tale soluzione troverebbe conforto, sul piano soggettivo, nell'*opinio iuris*, desumibile più che dalle convinzioni e dalle affermazioni dei soggetti della Comunità internazionale (Stati e Corti internazionali), per i quali l'iter formativo è ancora in atto, dalle posizioni e dai riconoscimenti della prevalente dottrina internazionale.

Il percorso seguito nell'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione italiana si coglie nella sua complessità e linearità ove si consideri la diversa impostazione accolta da altre Corti Supreme (in ispecie, da quella della Grecia) che, pur giungendo al medesimo esito, seguono un iter argomentativo differente.

La Corte di cassazione della Grecia⁵¹, infatti, ha fondato la soluzione positiva facendo ricorso a due argomenti, tra loro collegati.

Ha ritenuto, in primo luogo, di trarre una giustificazione dall'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972 che consente di evocare in giudizio uno Stato straniero per una pretesa risarcitoria relativa ad un illecito commesso nel territorio soggetto alla sua sovranità, ritenendo la regola espressione di un principio di natura consuetudinaria.

Il limite di applicabilità della Convenzione stessa – destinata a non operare nelle situazioni relative ai conflitti armati – veniva superato, in secondo luogo, con un ulteriore argomento, di portata generale: ove lo Stato ponga in essere delle condotte in violazione di norme imperative poste a tutela dei diritti fondamentali della persona umana, infatti, tale situazione comporterebbe una fuoriuscita dal consesso internazionale e una rinuncia ai benefici accordati dall'ordinamento internazionale, e, quindi, *anche una rinuncia implicita all'immunità*.

Queste argomentazioni, che pure riflettono alcune delle ragioni poste a sostegno della prevalenza dello *jus cogens* rispetto alla regola dell'immunità, appaiono problematiche. Evocano, infatti, risultati che dovrebbero essere imputabili alla volontà concreta di componenti della Comunità internazionale e, pertanto, non sembrano sottrarsi alle perplessità – concettuali e di sistema – evidenziate anche dalla stessa recente sentenza n. 11163 del 2011 della Corte di cassazione.

⁵¹ Corte di cassazione greca, sentenza 4 maggio 2000, n. 11, Prefettura di Vojotia c. Germania; in termini in parte analoghi anche la decisione della Corte distrettuale della Colombia del 1994, Princz c. Repubblica Federale di Germania prima citata.

4.- Le decisioni della Corte internazionale di giustizia dell'Aja sul contenzioso tra Italia e Germania.

Nel dicembre del 2008 la Germania, a seguito delle ripetute prese di posizione della Corte di Cassazione italiana, del progressivo consolidamento (oltre che affinamento) della tesi che disconosceva l'immunità degli Stati per le violazioni dello *jus cogens* e dell'adozione di misure coercitive nei confronti di beni tedeschi (l'ipoteca su Villa Vigoni), avviava un procedimento contro l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia, alla quale chiedeva *di accertare* che la condotta dell'Italia costituiva illecito internazionale per avere i suoi giudici: negato alla Germania l'immunità giurisdizionale rispetto alle azioni di cittadini italiani che chiedevano il risarcimento dei danni per i crimini di guerra commessi dalle forze naziste tra il 1943 e il 1945; concesso *l'exequatur* alla sentenza greca di condanna della Germania per l'eccidio di Distomo; iscritto, in relazione alla medesima sentenza, ipoteca giudiziale su Villa Vigoni.

La Germania, inoltre, chiedeva *la condanna* dell'Italia a porre nel nulla tutte le decisioni assunte nei suoi confronti e ad impedire, per il futuro, ai giudici italiani di occuparsi di queste controversie.

L'Italia, invero, non restava inerte: si costituiva e presentava domanda riconvenzionale con la quale chiedeva, oltre al rigetto della domanda di parte attrice per aver l'Italia correttamente applicato il diritto internazionale, di *accertare* l'illecito commesso dalla Germania nel rifiutare i risarcimenti alle vittime dei crimini nazisti e di *condannare* la Germania alla cessazione della condotta illecita e a pagare i risarcimenti dovuti.

4.1.- La declaratoria di inammissibilità della domanda riconvenzionale proposta dall'Italia.

La Corte internazionale, con ordinanza del 6 aprile 2010, dichiarava inammissibile la domanda riconvenzionale affermando di non avere giurisdizione sulla stessa. Questo l'iter motivazionale e le argomentazioni del provvedimento:

- la Corte, innanzitutto, individuava l'oggetto della domanda italiana: l'Italia non ha chiesto l'accertamento dei crimini nazisti – la cui natura ed esistenza è pacifica e pienamente riconosciuta dalla Germania⁵² – ma solo dell'obbligo della Germania di risarcire le vittime di tale crimini;

- l'Italia, peraltro, con il Trattato di Pace del 1947 (art. 77) ha rinunciato a far valere le pretese proprie e dei propri cittadini nei confronti della Germania;

- tale rinuncia, inoltre, era intervenuta in epoca precedente all'entrata in vigore della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (18 aprile 1961), e questo profilo è rilevante poiché la domanda riconvenzionale è stata proposta in base alla clausola compromissoria contenuta nell'art. 27 della Convenzione Europea, che limita i suoi effetti ai fatti che siano successivi all'entrata in vigore della citata Convenzione;

⁵² Corte internazionale di giustizia, ordinanza 10 aprile 2010 (All. 15), v. par. 22: “*les Parties ne sont pas divisées sur le fait que des ressortissants italiens ont été victimes de violations sérieuses du droit International humanitaire commises par l'Allemagne nazie entre 1943 et 1945*”.

- ne consegue – conclude l’ordinanza - che non può esservi giurisdizione della Corte internazionale in quanto l’obbligo di risarcire si è estinto per effetto di un atto (la rinuncia dell’Italia) posto in essere in epoca anteriore al sorgere della giurisdizione stessa.

- sotto altro profilo, poi, la Corte internazionale escludeva ogni rilevanza alla legge tedesca del 2000 istitutiva della Fondazione “Memoria, responsabilità e futuro” (che ha lo scopo di accordare risarcimenti ad alcune categorie di vittime dei crimini nazisti) perché non adottata in esecuzione di un obbligo internazionale ma mero atto di liberalità⁵³.

- escludeva parimenti ogni rilievo agli accordi del 1961 tra Italia e Germania, che non prendono in considerazione la posizione giuridica dei cittadini ma sono stati funzionali solo a regolare i rapporti tra gli Stati.

4.2.- La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.

Il 3 febbraio 2012 la Corte dell’Aja, con dodici voti contro tre, ha accolto il ricorso proposto dalla Germania contro l’Italia poiché quest’ultima “*ha mancato di riconoscere l’immunità, riconosciuta dal diritto internazionale, ad un altro stato sovrano come la Germania*” per aver accolto “*in sede civile le pretese vantate nei confronti della Germania per violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal Reich tedesco tra il 1943 ed il 1945*”.

In termini analoghi, ha pure dichiarato l’illegittimità dei provvedimenti giudiziari con cui si era dichiarata l’esecutività di sentenze straniere e si erano disposte misure coercitive-esecutive nei confronti della Germania.

La Corte internazionale, infine, ha dichiarato (con quattordici voti a favore contro uno) che “*la Repubblica italiana, promulgando l’opportuna legislazione o facendo ricorso ad altro metodo a sua scelta, dovrà fare in modo che le decisioni dei suoi giudici e quelle di altre autorità giudiziarie che violano l’immunità riconosciuta alla Repubblica Federale di Germania dal diritto internazionale siano rese inefficaci*”.

La decisione esamina le argomentazioni proposte dall’Italia a sostegno della legittimità delle pronunce dei giudici italiani.

Viene presa in considerazione, in primo luogo, la tesi che escluderebbe il diritto all’immunità rispetto ad atti che cagionano morte, lesioni personali o danni ai beni quando siano stati commessi sul territorio dello Stato del foro dalle forze armate di uno Stato straniero ovvero da altri organi dello Stato che collaboravano con tali forze armate, nel corso di un conflitto armato.

La Corte respinge la tesi, osservando che da nessuna norma – della Convenzione Europea o delle Nazioni Unite – emerge una esplicita limitazione dell’immunità di uno Stato in queste situazioni, né una simile indicazione emerge dalla legislazione nazionale di numerosi Stati (e, specificamente, quelli indicati dalle Parti), mentre dalla

⁵³ Corte internazionale di giustizia, ordinanza 10 aprile 2010, par. 29: “*Considérant que, entre 1953 et 2000, l’Allemagne a adopté une législation relative à l’indemnisation de certaines catégories de victimes de violations sérieuses du droit humanitaire commises par le IIIe Reich ; que, selon la Cour, ni cette législation, dont fait partie la loi de 2000 portant création de la fondation «Mémoire, responsabilité et avenir», ni le fait que certaines victimes italiennes n’ont pas reçu d’indemnisation au titre de cette législation ne sauraient être considérés comme constituant des «situations nouvelles» par rapport à toute obligation de l’Allemagne, en vertu du droit international, de verser des indemnités aux ressortissants italiens*”.

giurisprudenza nazionale risultano numerosi esempi in senso opposto, ossia per il riconoscimento dell'immunità per atti delle forze armate straniere classificati come *jure imperii*.

Rileva, inoltre, che l'unico Stato in cui esiste una pratica giudiziaria (a parte l'Italia) in senso favorevole è la Grecia che, con la sentenza della propria Corte Suprema del 2000 nel caso *Distomo*, afferma il "principio della territorialità per illecito commesso", ma tale ragionamento è stato disatteso nel 2002 dalla Corte Suprema Speciale greca (caso *Margellos c. Repubblica Federale di Germania*) e tale impostazione è stata poi seguita dalla giurisprudenza di merito greca. Anche tale prassi, pertanto, non avvalorava la tesi sostenuta dall'Italia.

Un più articolato esame viene compiuto, invece, con riguardo alla seconda, più generale, argomentazione dell'Italia.

Come è stato sopra evidenziato, il principio affermato dalla Corte di cassazione italiana postula che, in presenza di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo, ossia, nel caso di conflitti armati, di crimini di guerra e di crimini contro l'umanità, non può essere concessa l'immunità allo Stato straniero autore di tali condotte perché le norme di diritto internazionale violate sono norme imperative inderogabili (*jus cogens*) e, nel conflitto con la norma consuetudinaria che riconosce l'immunità allo Stato, prevalgono.

Nella concreta difesa svolta dall'Italia si era anche rilevato che l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici italiani era altresì necessario, come ultima istanza, poiché le parti attrici si erano viste rifiutare ogni forma di risarcimento.

La Corte analizza i singoli elementi dell'argomentazione italiana e giunge ad una conclusione negativa – che non muta neppure alla luce di una valutazione combinata delle diverse componenti - evidenziando che:

a) l'esame della prassi internazionali, della giurisprudenza delle Corti internazionali e Supreme, nonché dei comportamenti degli Stati non porta a ritenere che, allo stato attuale, esista una consuetudine internazionale secondo la quale il diritto all'immunità dipenda dalla gravità dell'atto di cui lo Stato è accusato o dal carattere imperativo della norma che avrebbe violato;

b) non può essere invocato, come precedente, la decisione della *House of Lords* sul caso *Pinochet*: la vicenda riguardava l'immunità di un Capo di Stato e non di uno Stato e veniva in considerazione un procedimento penale e non un procedimento civile, i quali – si afferma – presentano differenze fondamentali;

c) non esiste alcun conflitto tra la norma consuetudinaria internazionale che riconosce agli Stati l'immunità dalla giurisdizione e le norme di *jus cogens*. Secondo la Corte internazionale queste due categorie di norme si ricollegano a questioni diverse⁵⁴: "quelle che regolano l'immunità dello Stato sono di natura procedurale e si limitano a stabilire se i giudici di uno Stato sono legittimati ad esercitare la loro giurisdizione verso un altro. Esse non influiscono sulla circostanza relativa alla conoscenza dell'eventuale liceità del comportamento rispetto al quale le azioni sono intentate ... il fatto di riconoscere l'immunità di uno Stato estero ... non porta a giudicare lecita una situazione creata dalla violazione di una norma di *jus cogens*, né a prestare aiuto o assistenza al mantenimento di questa situazione e non potrebbe dunque contravvenire

⁵⁴ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012 (All. 17), v. par. 93.

al principio enunciato all'articolo 41 delle disposizioni della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità dello Stato". E ancora⁵⁵: “una norma dello *jus cogens* è una norma che non subisce alcuna deroga, ma le norme che determinano la portata e l'estensione della giurisdizione, così come le condizioni nelle quali tale giurisdizione può essere esercitata, non contravvengono alle norme di natura materiale con valore di *jus cogens*, e non vi è nulla di intrinseco alla nozione di *jus cogens* che imporrebbe di modificare tali norme o di scartarne l'applicazione”;

d) va pur escluso, infine, che la prassi seguita dagli Stati permetta di affermare che il diritto internazionale faccia dipendere il diritto di uno Stato all'immunità all'esistenza di altri rimedi efficaci in grado di far ottenere il risarcimento.

Con riguardo a quest'ultima questione, peraltro, la Corte internazionale nella sua motivazione non può non sottolineare – con un disagio manifesto – la particolarità delle vicende in diritto che avevano accompagnato le richieste di risarcimento dei soggetti interessati.

La Germania, infatti, ha adottato misure significative per consentire alle vittime italiane di crimini di guerra e contro l'umanità di beneficiare di risarcimenti, decidendo, tuttavia, di escludere dal campo di applicazione della propria disciplina nazionale sul risarcimento la maggior parte degli internati militari italiani perché, in quanto prigionieri di guerra, non potevano pretendere un risarcimento per essere stati costretti al lavoro forzato.

La grandissima parte dei militari italiani internati, peraltro, si erano visti negare lo *status* di prigioniero di guerra dalle autorità naziste. Nel 2001, tuttavia, con la legge istitutiva della Fondazione, il Governo tedesco decideva, ugualmente, di negare ogni risarcimento perché questi militari avrebbero potuto pretendere di diritto lo *status* di prigionieri di guerra, che non poteva essere soppresso dalle autorità naziste.

In conclusione, tutti questi soggetti sono rimasti esclusi da ogni risarcimento: prima perché non erano considerati prigionieri di guerra, poi perché questo *status* non avrebbe potuto essere loro disconosciuto e le nuove norme non attribuivano alcun diritto a coloro che ne beneficiavano⁵⁶. La Corte si dichiara consapevole che la propria decisione può “*impedire ai cittadini italiani interessati di ottenere un risarcimento in sede giudiziari*” ma ritiene che tali questioni “*potrebbero costituire l'oggetto di nuove trattative riguardanti i due Stati al fine di giungere ad una soluzione*”⁵⁷.

Queste considerazioni della Corte internazionale, invero, attestano chiaramente, ove ve ne fosse bisogno, che nonostante il decorso di oltre sessant'anni dai fatti e l'esistenza di accordi internazionali diretti a regolare i danni e le sofferenze di guerra, vi sono rilevanti questioni tuttora irrisolte, mai affrontate in termini ragionevolmente soddisfacenti, che paiono rendere anacronistiche le tradizionali e storiche modalità

⁵⁵ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012, par. 95.

⁵⁶ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012, par. 26 e 99: la Corte rileva che “*è sorprendente – e spiacevole – che la Germania abbia rifiutato di accordare il risarcimento ad un gruppo di vittime in base al fatto che esse avrebbero avuto diritto ad uno status che, nel periodo interessato essa ha rifiutato di riconoscere loro, in particolare perché tali vittime si sono viste, così, private della tutela giuridica alla quale detto status dava loro diritto*”; per una analisi dell'atteggiamento ostruzionistico della magistratura tedesco-federale con riguardo alle istanze di risarcimento – che finivano per richiedere la sussistenza di condizioni neppure implicitamente previste dai trattati e dalle discipline applicabili - e della rigidità della stessa disciplina normativa nazionale tedesca, che esigeva che l'istante risultasse domiciliato o residente in Germania per poter accedere al risarcimento, v. GATTINI, *op. cit.*, 260-269.

⁵⁷ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012, par. 104.

internazionali di composizione delle conseguenze dei conflitti. Non sembra porsi, in altri termini, il problema di non riaprire dei capitoli di un conflitto doloroso, quanto, piuttosto, quello di riuscire finalmente a chiuderli.

Quanto alle ulteriori contestate violazioni, la Corte internazionale raggiunge analoghe conclusioni confermando la piena operatività dell'immunità degli Stati in sede esecutiva, mentre, con riguardo al riconoscimento dell'*exequatur* precisa che, nel dichiarare l'esecutività in Italia di una decisione straniera, il giudice deve chiedersi se, ove fosse stato adito nel merito per una questione identica a quella decisa, avrebbe o meno dovuto accordare l'immunità e, quindi, pronunciarsi di conseguenza alla stregua degli stessi principi sopra enunciati.

4.3.- Profili problematici.

L'analisi delle decisioni della Corte internazionale di giustizia impone riflessioni su diversi livelli. In particolare:

a) *l'ordinanza del 10 aprile 2010*

La Corte internazionale, come prima rilevato, ha ritenuto di essere carente di giurisdizione sulla domanda riconvenzionale dell'Italia in quanto:

- ha qualificato la richiesta come di accertamento della sussistenza dell'obbligo di riparazione in capo alla Germania a favore delle vittime dei crimini nazisti;
- ha ritenuto, conseguentemente, che, essendosi l'obbligo estinto per effetto di un atto posto in essere in epoca anteriore al 18 aprile 1961 (momento di entrata in vigore della Convenzione Europea), mancava la giurisdizione della Corte.

Occorre tuttavia osservare che la domanda dell'Italia, come risulta anche dal testo riprodotto nella sentenza, non era di mero accertamento ma era formulata *per ottenere la condanna* della Germania per aver disatteso le richieste di risarcimento delle vittime. La richiesta di accertamento dell'illecito, in altri termini, aveva carattere preliminare ed incidentale rispetto all'oggetto dell'effettiva pretesa.

Secondo i principi generali, applicati dalla giurisprudenza italiana ma riconosciuti anche in sede internazionale⁵⁸, la giurisdizione deve essere accertata sulla base della prospettazione dei fatti e delle richieste formulate da chi propone la domanda.

Ciò comporta, in relazione alla domanda effettivamente proposta, che, ai fini della determinazione della giurisdizione, sembra assumere rilievo non tanto il momento il cui è asseritamente sorto l'obbligo ma quello in cui la domanda risarcitoria è stata disattesa. Ne consegue che, considerato che le richieste risarcitorie risalgono ad anni relativamente recenti, ai fini della collocazione temporale il momento rilevante è sicuramente successivo al 1961.

In altri termini, il diritto al risarcimento assunto come violato dall'Italia sarebbe sorto prima del 1961 ma la sua negazione verrebbe ad essere successiva a tale data: ciò, dunque, avrebbe dovuto essere sufficiente ad affermare la giurisdizione della Corte internazionale.⁵⁹

⁵⁸ ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 2 2011, 282-283 ed ivi con richiami dei precedenti della stessa Corte internazionale di giustizia (All. 19).

⁵⁹ ATTERITANO, *op. cit.*, 284

In secondo luogo, la valutazione sull'asserita estinzione dell'obbligo per effetto della disposizione del Trattato di Pace del 1947 non pare integrare un profilo attinente alla questione di giurisdizione ma, eventualmente, sembra costituire ragione per il rigetto nel merito della pretesa: ove la Corte internazionale avesse rilevato la pienezza e la validità della rinuncia, infatti, avrebbe dovuto concludere per l'insussistenza dell'illecito contestato alla Germania.

Una tale diversa impostazione, peraltro, avrebbe comportato i seguenti passaggi⁶⁰:

1) innanzitutto l'art. 77 del Trattato di Pace del 1947 in quanto norma contenuta in un trattato avrebbe potuto/dovuto essere sottoposto ad una verifica di resistenza rispetto all'art. 64 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati: la domanda di risarcimento, infatti, prende titolo dalla violazione di una norma di *jus cogens* sopravvenuta;

2) ciò avrebbe determinato, in particolare, una valutazione anche sulla natura delle norme invocate, ossia se, effettivamente, le norme poste a tutela dei diritti fondamentali della persona siano – come sembra riconosciuto dalla generalità degli orientamenti - norme imperative non suscettibili di deroga;

3) in conformità alla disciplina sui trattati, pertanto, il percorso argomentativo e motivazionale avrebbe necessariamente preso in considerazione la validità ed esistenza attuale della rinuncia dell'Italia (in relazione a pretese ancorate a norme di *jus cogens* sopravvenute) ovvero, in ogni caso, se l'art. 77 del Trattato di Pace (di cui sarebbe stato necessario definire l'effettiva portata⁶¹) doveva essere interpretato in conformità alle norme imperative, ossia nel senso di comprendere o meno le domande di risarcimento fondate sulla violazione di queste ultime;

4) quale mero corollario, infine, veniva in rilievo l'individuazione – in presenza di norme imperative - dei limiti entro i quali lo Stato italiano poteva rinunciare ai diritti dei suoi cittadini.

b) la sentenza del 3 febbraio 2012

Appare invero centrale, nell'analisi compiuta dalla Corte internazionale sui singoli elementi della difesa italiana, la valutazione operata sullo *jus cogens*: la sentenza afferma, infatti, che non vi è nessun conflitto tra le norme imperative di diritto internazionale e la norma consuetudinaria che concede l'immunità allo Stato perché le stesse operano su due livelli diversi. Le prime sono di natura sostanziale e servono ad attribuire un valore alle azioni dello Stato; la seconda ha carattere procedurale e regola il processo. Tra le due categorie non vi è alcuna interferenza, né l'una può influire sull'altra.

In altri termini, la Corte dice che il fatto che il processo non si possa fare non significa che la condotta dello Stato in violazione dei diritti umani sia lecita.

Tale affermazione è sicuramente inappuntabile in via generale; suscita, tuttavia, qualche perplessità in relazione ai principi generali in materia di interpretazione delle norme.

⁶⁰ ATTERITANO, *op. cit.*, 285-286

⁶¹ Si veda per una analisi sul punto la Dissenting opinion del giudice CANÇADO TRINDADE con riguardo all'ordinanza del 10 aprile 2010, par. 138, che, tra l'altro, conclude nel senso di ritenere che gli accordi del 1961 avevano sostituito il trattato del 1947, non più applicabile in relazione alla natura delle richieste risarcitorie legate alle attività persecutorie naziste (**All. 16**).

Occorre premettere che questo argomento era già stato esplicitamente utilizzato nella decisione della *House of Lords* del 2006 (nel caso *Jones c/ Arabia Saudita*, relativo a torture di Stato), che, nel prendere le distanze dalle decisioni delle Sezioni Unite, richiamava la teorizzazione di Hazel Fox del 2002 e precisava⁶² che, affinché una norma di *jus cogens* possa produrre un conflitto con quella che prevede l'immunità degli Stati, il divieto di tortura dovrebbe aver creato una norma secondaria, di natura procedurale, che consentisse questo risultato.^{63 64}

Questa impostazione, invero, era stata oggetto di severe critiche da parte di alcuni autori⁶⁵, che avevano rilevato, in primo luogo, che una distinzione diretta tra norme "sostanziali" e norme "procedurali" non appartiene al diritto internazionale: tutte le norme internazionali, infatti, nascono dall'accordo tra gli Stati ovvero dall'accettazione da parte della comunità internazionale nel suo insieme. Anche se l'immunità interviene a livello procedurale nell'ambito della legislazione nazionale, nel sistema del diritto internazionale costituisce una norma come tutte le altre e, dunque, può entrare in conflitto con le norme imperative⁶⁶.

In secondo luogo, inoltre, la categoria dello *jus cogens* non ha una portata solo sostanziale ma comprende, nella sua sfera di operatività, proprio le conseguenze giuridiche che derivano dalla violazione delle norme imperative: in tal senso, del resto, operano gli articoli 53 e 71 della Convenzione di Vienna che regolano, perentoriamente, proprio le conseguenze che derivano dalla violazione di una norma imperativa⁶⁷.

In ogni caso, si rileva da ultimo, la distinzione tra norme "sostanziali" e "procedurali" determina, necessariamente, l'impunità: l'argomento teorico che distingue le due categorie e i rispettivi effetti (e conserva inalterata la qualificazione di illiceità delle condotte) si scontra con la realtà dei fatti, restando preclusa, per le persone interessate, ogni altra possibilità di rivendicare i propri diritti⁶⁸.

Questa prospettiva trova un riscontro nella Dissenting opinion del giudice della Corte internazionale Cançado Trindade. Quest'ultimo, infatti, contesta aspramente la

⁶² *House of Lords*, 2006, *Jones c. Arabia Saudita*, par. 44: "State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a jus cogens norm but merely diverts any breach of it to a different method of settlement. Arguably, then, there is no substantive content in the procedural plea of state immunity upon which a jus cogens mandate can bite".

⁶³ *House of Lords*, 2006, *Jones c. Arabia Saudita*, par. 45: "To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated an ancillary procedural rule which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged".

⁶⁴ Concorda con questa argomentazione MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie op. cit.*, pag. 244, che ritiene che l'immunità non abbia carattere preclusivo per l'esercizio del diritto, "potendo evidentemente questo essere esercitato, ove riconosciuto sussistente, innanzi agli organi dello Stato al quale viene imputata la violazione". Ma su questo aspetto si vedano le considerazioni della stessa Corte internazionale di giustizia riportate nel paragrafo precedente.

⁶⁵ In particolare ORAKHELASHVILI, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, in *The European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 5, 955-970, (All. 35).

⁶⁶ ORAKHELASHVILI, *State Immunity op. cit.*, 968 che precisa "There is no need to search for the additional specific procedural peremptory rule requiring domestic judicial accountability of the perpetrators of torture, because the peremptory prohibition of torture and the existence of jurisdiction in the particular case already imply that there is an obligation incumbent on the forum to enforce that prohibition"

⁶⁷ ORAKHELASHVILI, *State Immunity op. cit.*, 969

⁶⁸ ORAKHELASHVILI, *State Immunity op. cit.*, 969-970, dove conclude che "the perception of immunities as 'procedural' norms unaffected by substantive peremptory norms is based on an inarticulate and inconsistent thesis", non potendosi attribuire a condotte degli Stati tanto gravi e lesive dei diritti umani una qualificazione come atti *jura imperii* o promananti dalla sovranità dello Stato

tesi della maggioranza della Corte, che, a suo avviso, si fonda sul presupposto che non esiste, e non può esistere, alcun conflitto tra le norme di *ius cogens* (che impongono, in particolare, il divieto “di assassinio di civili nei territori occupati, la deportazione degli abitanti civili alla schiavitù, e la deportazione dei prigionieri di guerra alla schiavitù”) e le regole procedurali di immunità dello Stato, presupposto che egli definisce sbagliato e tautologico, evidenziando, anzi, che il conflitto esiste ed è effettivo e materiale⁶⁹. La gravità dei fatti, pacificamente riconosciuti nel giudizio come lesivi dei fondamentali diritti dell’uomo e crimini contro l’umanità, comporta, poi, che gli stessi non siano neppure qualificabili come *acta jure imperii* e, dunque, non sia comunque opponibile l’immunità degli Stati dalla giurisdizione⁷⁰.

Al di là di questi profili, peraltro, merita di essere considerato un ulteriore aspetto.

La considerazione dello *jus cogens* nel diritto internazionale, che, come sopra rilevato, accomuna la generalità delle varie tesi dottrinarie e i riscontri positivi ricavabili dalla disciplina dei trattati, evoca un complesso di norme collocate al vertice dell’ordinamento internazionale, la cui struttura confluisce in concetti variamente articolati (dall’insieme dei principi costituzionali dell’ordinamento internazionale fino ad una nozione di ordine pubblico internazionale), ma, in ogni caso, qualificati da un carattere di preminenza.

Sul piano logico giuridico l’apprezzamento delle norme che individuano e definiscono i valori che si assumono fondanti di un sistema giuridico non sembra suscettibile, in termini perentori e univoci, nella distinzione tra norme procedurali e norme sostanziali, né, ove venga in considerazione la relazione tra una norma di siffatto genere e una norma regolatrice del processo, l’interpretazione pare incontrare limiti ulteriori e diversi dalla pertinenza e rilevanza.

Sul piano dell’ordinamento interno, del resto, la valutazione e l’applicazione del principio di uguaglianza – che, indubbiamente, è principio di natura sostanziale – incide in misura anche importante sul processo e sul complesso delle regole processuali.⁷¹

In questa prospettiva, in realtà, sembrerebbe addirittura poco proponibile un raffronto tra la norma affermativa di un principio fondamentale e la norma ordinaria, che sia essa processuale o sostanziale, e, dunque, rapportando il ragionamento all’ordinamento internazionale, tra la norma di *jus cogens* e la norma consuetudinaria ordinaria sull’immunità dalla giurisdizione: quest’ultima, infatti, dovrebbe semplicemente “cedere” rispetto alla prima, restando altresì esclusa anche l’indiretta possibilità di precluderne la produzione di effetti.

⁶⁹ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012 – Dissenting opinion del giudice CANÇADO TRINDADE, par. 296 e poi 315 dove rileva che la concessione dell’immunità in questi casi costituisce un mero privilegio non giustificato (Art. 18).

⁷⁰ Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012 – Dissenting opinion del giudice CANÇADO TRINDADE, par. 290 e poi 306: “*They are not acta jure imperii, as the Court repeatedly characterizes them; they are unlawful acts, delicta imperii, atrocities, international crimes of the utmost gravity, engaging the responsibility of the State and of the individuals that perpetrated them. The traditional distinction between acts jure imperii and jure gestionis, as I have already indicated, is immaterial here, in a case of the gravity of the present one*”.

⁷¹ ATTERITANO, *op. cit.*, 293, il quale, sotto altro profilo, rileva anche che le immunità interne (parlamentari) svolgono i loro effetti pure sul piano del diritto sostanziale posto che comprimono il diritto di accesso alla giustizia dell’individuo, diritto che, essendo logicamente precedente all’inizio del processo, non può essere considerato di natura meramente processuale.

Occorre considerare, peraltro, che le norme ordinarie possono rappresentare la concreta manifestazione di uno o più principi generali e, dunque, quando si ponga un possibile contrasto tra la norma ordinaria e un principio fondamentale, può essere necessario verificare se anche rispetto alla prima si debba o possa risalire ad una norma fondamentale.

In questo caso, infatti, la relazione non è solo bilaterale (norma ordinaria-norma fondamentale) ma vede anche un ulteriore soggetto, ossia il diverso principio fondamentale che costituisce la ragione e la giustificazione della norma ordinaria.

Anzi, in questa evenienza occorre valutare prioritariamente proprio la relazione tra le norme fondamentali⁷², rispetto alle quali, ove sia rilevabile una antinomia, non sono applicabili le usuali tecniche di risoluzione del conflitto (legge speciale deroga alla legge generale, legge posteriore deroga alla legge anteriore, legge superiore deroga alla legge inferiore) ma è necessario procedere ad un bilanciamento ovvero ad un contemperamento di principi, che può avvenire secondo più modalità.

Da un lato si può istituire una gerarchia di valori e, dunque, effettuata la scelta del valore prevalente, l'altro viene semplicemente accantonato. La norma ordinaria se è la concretizzazione del valore risultato preminente resterà intangibile anche se è in contrasto con un diverso principio fondamentale.

Diversamente, peraltro, si può ipotizzare una gerarchia mobile, ossia una relazione di valore mutevole, da applicare caso per caso, con risultati differenti (ed un contemperamento tra i principi) in relazione alla concreta vicenda in esame, valutando il possibile impatto della loro applicazione al caso concreto. In questa ipotesi, la norma ordinaria resterà conformata anche dal diverso principio di cui non costituisce diretta promanazione.

Mutuando queste considerazioni nell'ambito dell'ordinamento internazionale, la norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati costituisce – come già evidenziato - l'espressione, normativa, del principio fondamentale di eguaglianza sovrana degli Stati.

Il conflitto – e il raffronto di valori – si pone, dunque, tra questo principio e lo *jus cogens*, mentre la norma consuetudinaria sull'immunità finisce per costituire, eventualmente, solo lo specifico ambito di composizione del conflitto stesso.

Questo approccio metodologico sembra togliere rilievo ad alcune distinzioni individuate sia dalla dottrina che nella sentenza della Corte internazionale: non è necessario distinguere tra norma sostanziali e norme procedurali; né si pone l'esigenza di ritenere necessaria la formazione, a livello consuetudinario, di nuove norme procedurali che, in quanto promanazione dello *jus cogens*, si contrappongano a quella sull'immunità, limitandola.

Si pone, invece, la necessità di effettuare una comparazione di valore e di stabilire i criteri per la risoluzione del conflitto tra principi fondamentali, per la cui determinazione soccorre solo in parte una ricognizione delle giurisprudenze delle

⁷² Sulla questione v. GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm. CICU-MESSINEO – 02*, 2011, cap. VI, 202 e ss., (Al. 30), il quale, tra l'altro, rileva che “altro è *bilanciare* i due principi, “soppesarli”, per decidere quale dei due – avendo maggiore peso o valore – debba essere applicato e quale invece – avendo minor peso o valore – debba essere accantonato, altro è *contemperare* i due principi, ossia “mescolarli nelle giuste proporzioni”, così da trovare una sorta di macro-principio che, conciliandoli, li contenga entrambi”.

Corti supreme nazionali od internazionali ovvero delle specifiche legislazioni statali, dovendosi far riferimento anche all'assetto di valori individuabile nell'intera comunità internazionale.

Questa angolazione del problema, infine, sembra permettere di inquadrare in termini più sistematici anche la diversa soluzione, più rappresentata nel panorama internazionale, raggiunta nei casi di responsabilità penale individuale, anche di capi di Stato, per condotte gravemente lesive di diritti fondamentali.

La Corte internazionale ha ritenuto non pertinenti questi precedenti poiché – richiamando la posteriore sentenza della *House of Lords* del 2006 (*Jones c. Arabia Saudita*) – verrebbero in considerazione procedimenti penali e non civili; non ha, tuttavia, chiarito la ragione di tale differenza.⁷³

L'esistenza di un processo civile ovvero di un processo penale, in realtà, sotto il profilo dell'interpretazione delle norme appare significativamente indifferente, venendo pur sempre in considerazione norme di carattere processuale, mentre l'elemento che pare maggiormente caratterizzante – ma che afferisce ad un bilanciamento di valori - è la possibilità di individuare un individuo quale responsabile e, dunque, di un colpevole da punire di fronte ad atti gravemente criminali, connotazione che, invece, non può essere estesa agli Stati, che possono essere responsabili ma non colpevoli in senso penalistico.

Rispetto agli Stati, tuttavia, mantiene rilevanza (e resterebbe applicabile), come per gli individui, la categoria della “responsabilità civile” o, più in generale (tenendo conto dell'evoluzione sui profili, qui sicuramente pertinenti, della responsabilità per danni non patrimoniali) dell'imputazione, per le condotte illecite, di una *responsabilità riparatoria* e non meramente risarcitoria.

Su questi aspetti, dunque, si colloca la profonda differenza tra l'orientamento delle Sezioni Unite e quello della Corte internazionale.

Secondo le Sezioni Unite, in una ottica di bilanciamento dei valori che appartengono all'ordinamento internazionale, la sovranità non “copre” le condotte che siano lesive dei diritti fondamentali dell'uomo o che integrino crimini contro l'umanità perché le norme di *jus cogens* sono preminenti. Di conseguenza la norma sull'immunità dalla giurisdizione – che ha carattere strumentale ed è diretta ad assicurare la libertà degli Stati - non può operare. L'individuo leso, di conseguenza, può agire direttamente per la rimozione delle conseguenze dannose e per il risarcimento dei danni.

Secondo la Corte internazionale, invece, la sovranità ha comunque carattere preminente ed esclude che si possano far valere autonomamente le violazioni delle norme imperative.

L'unico spazio riconosciuto resta nell'alveo del principio fondamentale posto a salvaguardia degli Stati ed è individuabile nell'esigenza che vengano attivati gli strumenti propri dell'ordinamento internazionale – trattati, accordi e altri meccanismi

⁷³ CONFORTI, op. cit., 246-247 nel rilevare che l'immunità dalla giurisdizione (nella specie, penale) copre qualsiasi atto, ivi compresi eventuali i crimini internazionali commessi dall'individuo al quale spettano le immunità diplomatiche, precisa che tale immunità permane solo fino a che dura la funzione in quanto “sarebbe assurdo negare che possa essere punito l'agente diplomatico o altro individuo (capo di Stato, Primo Ministro, Ministro degli esteri) al quale spettano le immunità diplomatiche, una volta cessata la funzione”, rilevando che la prassi è orientata in tal senso; ivi per riferimenti di giurisprudenza internazionale.

di tutela che non richiedano l'uso della forza – per la risoluzione dei conflitti tra gli Stati.

L'individuo, in quanto titolare di un diritto ad una riparazione per la lesione dei suoi diritti fondamentali per la violazione di una norma imperativa, in questo caso può, probabilmente, vantare nei confronti del proprio Stato un affidamento per ottenere che questo si attivi perché venga ripristinata la situazione compromessa ma appare poco verosimile che tale pretesa generi anche una obbligazione coercibile od azionabile nei confronti dello Stato di appartenenza; può, inoltre, agire innanzi al giudice dello Stato autore dell'illecito (se all'interno dello Stato lo svolgimento di attività pubbliche sia giudicabile e se sia suscettibile di risarcimento) ma tale strada – come documenta la vicenda in questione che coinvolge uno Stato che, oggi, è indubitabilmente una democrazia avanzata – sembra difficilmente foriera di risultati positivi.

5.- Le conseguenze per lo Stato Italiano e per l'esercizio della giurisdizione.

La sentenza della Corte internazionale ha affermato la responsabilità internazionale dell'Italia per l'attività dei propri giudici (di merito e di legittimità, ivi comprese le Sezioni Unite della Corte di cassazione) che, nei giudizi civili sopra considerati, non hanno concesso l'immunità giurisdizionale alla Germania e, anzi, hanno anche autorizzato l'esecuzione in Italia di provvedimenti di condanna stranieri (relativi alla medesima questione) ovvero hanno consentito l'adozione di misure coercitive.

Per l'effetto, la Corte ha statuito che l'Italia deve, a titolo di riparazione, ripristinare la situazione che esisteva prima che l'atto illecito fosse commesso, non essendovi i presupposti per ritenere che ciò sia materialmente impossibile od eccessivamente oneroso per lo Stato, e, dunque, tutte le decisioni e i provvedimenti contrari alle immunità giurisdizionali della Germania tuttora in vigore debbono cessare di produrre effetti, mentre quelli già prodotti debbono essere rimossi, senza che, a tal fine assuma alcun rilievo che talune decisioni siano passate in giudicato.

La decisione, invero, individua gli obblighi imposti all'Italia, ma lascia a quest'ultima la determinazione delle modalità. In realtà la Corte, nella consapevolezza che, in assenza di un adempimento spontaneo, difficilmente la condanna sarebbe suscettibile di essere eseguita coercitivamente (esecuzione che, del resto, comporterebbe, nel caso in questione, una seria intromissione nell'esercizio della sovranità interna dello Stato)⁷⁴, afferma perentoriamente che *“la parte resistente ha il diritto di scegliere i mezzi che le sembrano più opportuni al fine di raggiungere il risultato perseguito”*, anche se poi precisa che ciò si può ottenere *“promulgando una legislazione appropriata o ricorrendo ad ogni altro metodo a sua scelta in grado di produrre quest'effetto”*.

⁷⁴ L'art. 94, comma 1 dello Statuto delle Nazioni Unite prevede che *“Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte”*, mentre il comma 2, con una valenza chiaramente volta a rafforzare la forza della pronuncia, sancisce che *“Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione”*.

È stata invece disattesa l'ulteriore richiesta della Germania di ordinare all'Italia di adottare tutte le misure necessarie per evitare che i giudici si astengano, in futuro, dal conoscere e giudicare le azioni intentate nei suoi confronti per le violazioni del diritto internazionale umanitario commesse dal *Reich* tedesco tra il 1943 ed il 1945.

La Corte, infatti, ha ritenuto che non vi fosse motivo per supporre che l'Italia, dopo la condanna, avrebbe ripetuto le medesime condotte: solo la presenza di circostanze speciali – che comprovino la carenza di buona fede dello Stato responsabile dell'atto illecito (nella specie ritenute assenti) – avrebbero consentito l'emissione di un siffatto ordine o anche l'adozione di misure specifiche idonee ad escludere la reiterazione del comportamento.

Le conseguenze vincolanti che derivano per l'Italia dalla sentenza della Corte de l'Aja, pertanto, riguardano, essenzialmente, il solo passato (ossia, i provvedimenti già emessi).

Con riguardo alle future condotte (e, specificamente, alle decisioni sulla giurisdizione da parte delle Sezioni Unite nei procedimenti in corso) manca, invece, una esplicita pronuncia.

Ciò non toglie che la decisione della Corte di giustizia assuma, per l'Italia, un valore sicuramente superiore a quello del mero precedente emesso da una corte internazionale perché il provvedimento contiene esplicite direttive e indicazioni rivolte al nostro Stato.

Appare opportuno, quindi, considerare separatamente i due profili, tenuto anche conto che, ai fini qui in considerazione, il primo aspetto risulta poco incidente.

5.1.- L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia.

In tale ambito assumono rilievo, fondamentalmente, le decisioni rispetto alle quali si è già formato – quantomeno per il solo profilo della giurisdizione – un giudicato, ossia per tutti i procedimenti civili sui quali la Corte di cassazione ha riconosciuto la giurisdizione dei tribunali italiani in sede di regolamento preventivo di giurisdizione.

Si tratta, invero, di un giudicato con efficacia meramente interna, atteso che, come affermato dalla Suprema Corte⁷⁵, il giudicato sulla giurisdizione (nel caso di specie nei confronti dello straniero o dello Stato estero) non può spiegare effetto (esterno) in un successivo processo inerente al medesimo rapporto, ma coinvolgente effetti diversi rispetto a quelli fatti valere nel primo processo.

Non sembra possibile, invece, un riesame da parte della Corte all'interno del medesimo giudizio, possibilità che è stata espressamente esclusa (proprio con riferimento alla vicenda *Ferrini*) sul presupposto che la già adottata statuizione è ostativa alla riproposizione dello strumento del regolamento preventivo *ex art. 41 cod. proc. civ.*⁷⁶.

⁷⁵ Sez. U, Sentenza n. 19600 del 17/07/2008 (Rv. 604572) (All. 8).

⁷⁶ Sez. U, Ordinanza n. 14200 del 29/05/2008 in motivazione (non massimata) (All. 5)

Va dato atto, invero, che nella materia penale esiste un precedente – generato da una decisione della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁷⁷ – in una qualche misura prossimo alla situazione in esame.

A seguito della decisione della CEDU, infatti, la Sezione Sesta penale della Corte di cassazione⁷⁸, dopo aver ripercorso le indicazioni della Corte costituzionale enunciate con le sentenze n. 347 e n. 348 del 2007 – per cui è compito del giudice interpretare la norma interna in modo conforme alla Convenzione nei limiti in cui ciò sia permesso dai testi e, solo qualora il contrasto sia insuperabile, adire la Corte costituzionale per violazione della norma interposta – operava uno sforzo interpretativo innovativo e, applicando in via analogica la fattispecie del ricorso straordinario contro le sentenze della Corte di cassazione previsto dall’art. 625 bis cod. proc. pen. per i casi di errore materiale o di fatto, revocava la precedente sentenza, pronunciata nel 2004, limitatamente ai fatti che avevano ricevuto diversa qualificazione.

Una simile impostazione – diretta a consentire la riapertura dei processi interni – trova la sua giustificazione, peraltro, nella prospettiva fatta propria dalla stessa Corte costituzionale⁷⁹, che in una ottica di bilanciamento tra il valore costituzionale dell’autorità della cosa giudicata e il rispetto dei diritti fondamentali, è giunta, in tempi recentissimi, ad affermare che *“pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata, non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell’art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell’art. 111 Cost.”*

Si tratta, dunque, di esigenze *affatto differenti* rispetto a quelle che vengono qui in considerazione, dove, al contrario, i diritti fondamentali della persona restano pregiudicati per l’applicazione della regola dell’immunità dalla giurisdizione.

Occorre poi considerare⁸⁰ il carattere del processo civile, necessariamente bilaterale, e l’esigenza di tenere conto del legittimo affidamento delle parti ad una non estensione delle ragioni che consentono la revoca delle decisioni della Corte di cassazione in materia di giurisdizione, attualmente limitate all’art. 391-bis cod. proc. civ. – che considera solo l’errore materiale o di calcolo ai sensi dell’art. 287 cod. proc.

⁷⁷ La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nell’ambito di una vicenda penale (decisione 11/12/2007, *Drassich c. Italia*), nel valutare che la diversa qualificazione operata dalla Corte di cassazione dei fatti contestati avesse determinato, in relazione agli effetti (mancata decorrenza della prescrizione) e alla conoscenza della natura della contestazione, una lesione del diritto alla difesa e ad avere un equo processo da parte dell’interessato, ha ritenuto che in *“linea di principio il mezzo appropriato al ristoro di tali violazioni è costituito dallo svolgimento di un nuovo processo o dalla riapertura del processo già svolto”*.

⁷⁸ Sez. 6, Sentenza n. 45807 del 12/11/2008 Ud. (dep. 11/12/2008) Rv. 241753 (AII. 10).

⁷⁹ Corte cost., sentenza 7 aprile 2011, n.113, par. 8, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 530 cod. proc. pen. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo (AII. 13).

⁸⁰ In tal senso PADELLETTI, *L’esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita ?*, in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto internazionale* 2012, (AII. 37).

civ. – e all'errore di fatto *ex art.* 395, n. 4 cod. proc. civ., che hanno carattere tassativo e sembrano poco in linea con l'ipotesi in esame.

Del resto, in un contesto sicuramente più strutturato (quantomeno in confronto al complessivo ordinamento internazionale) qual è quello che fa capo al diritto comunitario e alle Corti europee (di giustizia delle comunità europee e dei diritti dell'uomo), se la prospettiva di un possibile cedimento del giudicato sembra incontrare delle aperture quando dalla decisione sovranazionale sopravvengano effetti retroattivi più favorevoli al soggetto privato rispetto a quelli conseguiti con la precedente decisione definitiva che sia stata emessa nei confronti di un organismo di diritto pubblico, in tutti gli altri casi il principio di intangibilità, come sembrano confermare gli stessi orientamenti della Corte di giustizia⁸¹, appare inalterato.

Non sembra, pertanto, che, allo stato, sia ricavabile dalla vigente normativa, neppure in via di interpretazione, una soluzione idonea a consentire l'immediata esecuzione di questo punto della decisione della Corte internazionale, dovendosi necessariamente attendere l'adozione di un provvedimento normativo.

Non va trascurato, del resto, che l'obbligo imposto dalla sentenza riguarda il risultato, restando rimessa alla discrezionalità dello Stato l'individuazione degli strumenti più idonei al suo perseguimento e che, dall'altro lato, l'ampiezza delle situazioni e posizioni irrisolte – rispetto alle quali la Corte internazionale ha auspicato l'avvio di nuove trattative tra gli Stati – potrebbe anche rappresentare un terreno unitario, su cui far convergere le soluzioni per la definizione delle diverse questioni.

Per quanto concerne, invece, le azioni esecutive avviate sul territorio italiano, già con il d.l. n. 63 del 28 aprile 2010, convertito con modifiche nella legge n. 98 del 23 giugno 2010, era stata prevista la sospensione dell'efficacia dei titoli esecutivi (e dei relativi procedimenti esecutivi) nei confronti di uno Stato estero che abbia presentato ricorso innanzi alla Corte di giustizia internazionale fino al 31 dicembre 2011 (termine poi prorogato fino al 31 dicembre 2012 dal d.l. n. 216 del 28 dicembre 2011, convertito nella legge n. 14 del 24 febbraio 2012), sospensione che, peraltro, è cessata con la pubblicazione della sentenza della Corte internazionale.

Occorre osservare, tuttavia, che, trattandosi di procedimenti nei quali non si pone un problema di definitività dell'accertamento sulla giurisdizione e che sono stati oggetto specifico della decisione della Corte internazionale di giustizia, la questione potrebbe, verosimilmente, essere rilevata o sollevata direttamente innanzi al giudice dell'esecuzione, salvo far valere le eventuali contestazioni con le forme proprie dell'opposizione all'esecuzione, nel cui ambito può assumere rilievo, secondo le regole ordinarie, la questione di giurisdizione (eventualmente anche investendo, ricorrendone i presupposti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione con lo strumento del regolamento di giurisdizione).

⁸¹ Per un'ampia disamina degli effetti delle sentenze internazionali sul giudicato interno v. CAPONI, *Giudicati civili nazionali e sentenze delle corti europee tra esigenze di certezza del diritto e gerarchia delle fonti*, relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal CSM "I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato" in data 3 febbraio 2010, (Al. 22), v. in particolare par. 18 e 19, ove cita ed analizza i casi *Kühne & Heitz*, *Olimpiclub* e *Asturcom* esaminati dalla Corte di giustizia CE.

5.2.- La rilevanza sui giudizi pendenti (e futuri) dei principi affermati dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia.

Più complessa appare la valutazione dell'incidenza sui giudizi pendenti (e su quelli futuri) dei principi affermati dalla Corte internazionale di giustizia, tanto più che, come rilevato, la Corte non afferma un obbligo dell'Italia di evitare pronunce nei confronti della Germania per i fatti della seconda guerra mondiale, ma, ugualmente, lo presuppone ove esclude, in pratica, il pericolo di una recidiva.

Astrattamente, invero, possono essere intrapresi due diversi percorsi.

Una prima soluzione è sicuramente di più piana realizzazione e si identifica nella constatazione che, allo stato attuale del diritto internazionale, non può ritenersi che le violazioni dello *jus cogens* siano suscettibili di incidere sul diritto che spetta agli Stati ed afferisce alla conservazione della loro sovranità, ossia sull'immunità dalla sottoposizione alla giurisdizione civile degli altri Stati in ordine al compimento di atti diversi da quelli riconducibili agli *acta jure gestionis*, non potendosi assegnare ad alcuna condotta il valore di “*punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità*” nazionale.

Tale opzione comporta una inevitabile inversione concettuale rispetto ai principi fino ad ora affermati dalla Suprema Corte e induce a valutare l'operato della stessa Corte – già inteso come un contributo “*all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello Stato estero*” – solo come uno sforzo innovatore e di civiltà giuridica, che, tuttavia, non è stato seguito dalla Comunità internazionale.

Permangono gli strumenti tradizionali dei trattati e delle convenzioni internazionali quali mezzi necessari per la soluzione dei conflitti e la definizione e composizione delle conseguenze. Resta singolare, peraltro, che lo *jus cogens* sia suscettibile – in forza della Convenzione di Vienna del 1969 - di porre nel nulla un trattato che regoli una situazione di questo genere in violazione delle norme imperative, ma, al contempo, non abbia alcun effetto sulla conseguente anomia che deriva dalla sua applicazione, in ispecie ove manchi una norma di diritto internazionale in grado di fornire una diversa regolamentazione positiva.

Tale percorso, invero, presenterebbe il pregio di evitare la necessità di un intervento legislativo per la regolamentazione di questo ambito, fermo restando, tuttavia, che una simile esigenza sembra restare comunque attuale per poter dare esecuzione alla decisione della Corte internazionale rispetto ai giudizi passati e ormai definiti con sentenza passata in giudicato.

È evidente, peraltro, che un intervento di ordine generale di tal fatta costituisce, in ogni caso, fonte (e rischio) di una possibile cristallizzazione della visione attuale, con irrigidimento della stessa dimensione internazionale (tenuto conto che la stessa Corte internazionale ha operato una preliminare analisi delle legislazioni statali per valutare la consistenza del diritto consuetudinario), per la cui modifica, di fronte ad un'eventuale futura evoluzione dell'ordinamento internazionale, probabilmente diverrebbe quasi inevitabile ricorrere alla Consulta.

Una via diversa e alternativa è costituita, invece, dalla riconferma dell'orientamento già maturato nella Corte di cassazione italiana, ammettendo la possibilità di disconoscere l'immunità per quegli atti che realizzino delle violazioni dei

principi fondamentali della persona umana, soluzione, tuttavia, che richiede un iter argomentativo che tenga necessariamente conto della decisione qui in considerazione.

Merita di essere sottolineato, sul punto, che il riconoscimento dell'immunità per atti o comportamenti lesivi di diritti fondamentali pone un problema di compatibilità con le norme della Costituzione italiana, ossia su un profilo che investe l'ordinamento interno prima ancora che l'ordinamento internazionale.

In tempi non recenti, la questione era già stata sottoposta all'esame della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 48 del 1979⁸², aveva stabilito che, in caso di contrasto tra norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano mediante l'art. 10, comma 1, Cost. e principi fondamentali dell'ordinamento italiano, fossero questi ultimi a prevalere, ma aveva limitato l'importanza dell'affermazione circoscrivendola alle consuetudini che si fossero formate successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, tra le quali non rientravano le norme sull'immunità.

La dottrina ha accolto criticamente l'indicazione di questo criterio meramente cronologico che finirebbe⁸³ per assegnare alle norme internazionali una efficacia pari a quella della costituzione, con la conseguenza che i conflitti tra le diverse categorie di norme andrebbero risolti impiegando, secondo i casi, il criterio di specialità (per le norme anteriori alla costituzione) o il criterio cronologico (per quelle successive), perché porterebbe a considerare il diritto internazionale consuetudinario subordinato ai soli principi supremi della costituzione.⁸⁴

Si è, infatti, osservato che il solo fatto che una fonte sia prevista dalla costituzione non è un argomento sufficiente per assegnare ad essa il rango di fonte costituzionale, potendosi anzi ritenere, argomentando dall'art. 138 Cost., che solo le leggi costituzionali (ed entro certi limiti) siano parificate alla Costituzione e possono modificarla o derogarla⁸⁵.

Secondo una diversa impostazione⁸⁶, invece, l'art. 10, comma 1, Cost., nel disporre che l'ordinamento interno si conforma al diritto internazionale generalmente riconosciuto richiede che ogni fonte interna sia non incompatibile con le norme consuetudinarie internazionali, con la conseguenza che la consuetudine internazionale assumerebbe valore di fonte primaria – e, dunque, resta subordinata alla Costituzione (e ad essa sola) – ma le relative norme assumerebbero la funzione di “norme interposte” nel giudizio di legittimità costituzionale, e le norme ordinarie sarebbe suscettibili di sindacato secondo il modello applicato con riferimento all'art. 117 Cost.

⁸² Corte cost., sentenza 18 giugno 1979, n. 48, che testualmente afferma “Occorre comunque affermare, più in generale, per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione” (All. 11). A tale impostazione aveva dato seguito la Corte di cassazione con la sentenza Sez. U, Sentenza n. 530 del 03/08/2000 (in motivazione) (All. 1).

⁸³ GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm. CICU-MESSINEO - 01*, 2010, cap. XXXVIII, 459, (All. 29).

⁸⁴ CONFORTI, *op. cit.*, 321, il quale ritiene che l'art. 10, comma 1, Cost. contenga una clausola implicita di salvaguardia dei valori fondamentali della Costituzione, che esclude la possibilità di una esecuzione del diritto consuetudinario all'interno dello Stato spinta fino al limite di rottura di tali valori; in tali condizioni la norma consuetudinaria resterà inoperante.

⁸⁵ GUASTINI, *Le fonti*, *op. cit.*, 459

⁸⁶ GUASTINI, *Le fonti*, *op. cit.*, 460; in termini analoghi anche SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto pubblico* a cura AMATO-BARBERA, 1986, 185-186, (All. 43).

Una evoluzione verso questo approccio da parte del giudice della legge può, forse, essere colta in una più recente sentenza⁸⁷, nella quale, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte ha rivendicato a sé il potere-dovere di verificare, sotto il profilo del rispetto dei “*diritti inalienabili della persona*”, la compatibilità costituzionale persino delle “*norme internazionali generalmente riconosciute, alle quali l’ordinamento giuridico italiano “si conforma” secondo l’articolo 10, primo comma, della Costituzione*”.

Va tuttavia sottolineato sul punto che i caratteri delle norme consuetudinarie, in sé non riconducibili sul piano formale ad atti aventi forza di legge *ex art. 134 Cost.*, sembrerebbero far propendere per l’esercizio di un controllo legittimità costituzionale in forma diffusa da parte dei giudici, ai quali spetterebbe, in relazione al caso concreto, la valutazione sull’applicabilità della norma. In tal senso, la considerazione dell’art. 24 Cost., che garantisce la tutela giurisdizionale dei diritti, quale principio fondamentale della Costituzione può condurre non tanto ad una declaratoria di illegittimità ma, piuttosto, alla non applicazione della norma consuetudinaria sull’immunità dalla giurisdizione.⁸⁸

In questa prospettiva, dunque, le norme di *jus cogens* – anch’esse pure recepite nel nostro ordinamento attraverso l’art. 10, comma 1, Cost. – troverebbero, sul versante processuale, le possibili tutele che sono assicurate dalla Carta costituzionale a tutela dei diritti fondamentali.

In altri termini, la ricostruzione operata dalla Corte internazionale di giustizia riconosce la rilevanza, sul piano internazionale, delle norme di *jus cogens*, ma non ammette che possa esservi un contrasto con le norme consuetudinarie sull’immunità in relazione al diverso carattere – sostanziale o processuale – delle diverse categorie di disposizioni, non esistendo (o non essendo ancora venuta ad esistenza), a livello dell’ordinamento internazionale, una norma consuetudinaria di carattere processuale che limiti, corrispondentemente, l’immunità degli Stati. Ciò non toglie – prosegue ancora la Corte internazionale – che la condotta lesiva continui a mantenere una qualificazione di illiceità.

A livello di ordinamento interno, peraltro, le norme di *jus cogens* poste a tutela dei diritti fondamentali della persona si saldano necessariamente con i diritti fondamentali della persona riconosciuti dalla Costituzione, venendo in rilievo i medesimi valori.

L’illiceità della condotta sul piano delle norme internazionali significa anche, dunque, illiceità della condotta con riguardo ai valori e principi fondamentali assicurati dal nostro sistema costituzionale.

Ne consegue che assumono rilievo le salvaguardie per il rispetto di questi valori che la stessa Carta costituzionale predispone.

Non va del resto trascurato, sotto questo versante, che un diritto fondamentale è, nel nostro ordinamento, esso stesso azione, dovendosi concludere, altrimenti, per la sua inesistenza.

La mancanza a livello di ordinamento internazionale di una norma a carattere processuale che rafforzi, su questo versante degli effetti, la violazione delle norme di

⁸⁷ Corte cost., sentenza 22 marzo 2001, n. 73, par. 3.1. (All. 12).

⁸⁸ In questi termini v. CONFORTI, *op. cit.*, 322, il quale precisa che tale soluzione è possibile a condizione che l’art. 24 Cost., nel caso concreto, non sia soddisfatto per equivalenti, ossia accertando che non esistano, nello Stato straniero che beneficia dell’immunità, procedure di soluzione delle controversie azionabili da colui che è danneggiato.

jus cogens, verrebbe, dunque, colmata, a livello di ordinamento interno, dagli strumenti (in questo caso di compatibilità costituzionale, avuto riguardo alla concreta vicenda in esame) ivi predisposti.

In questa prospettiva, poi, sembra più sfumata la problematica in ordine al rispetto di un criterio cronologico tra norme consuetudinarie internazionali e norme costituzionali.

Non verrebbe in discussione, infatti, la cedevolezza della norma consuetudinaria rispetto ai principi costituzionali, quanto, invece, il rafforzamento (con le conseguenti tutele) delle altre norme consuetudinarie internazionali che sono rappresentate nello *jus cogens* in ragione della loro confluenza nei corrispondenti principi costituzionali

Né una tale soluzione appare inedita atteso che, come pure evidenziato dalla stessa Corte internazionale, la legislazione interna degli Stati ha, talvolta, codificato specifiche ipotesi che disattendevano la norma sull'immunità dalla giurisdizione (v. paragrafi 70 e 71); se per l'Italia ciò non è sicuramente possibile (e tantomeno con le forme della legislazione ordinaria giusta il disposto di cui all'art. 10, comma 1, Cost.), a diversa conclusione sembra potersi giungere con riguardo alle norme costituzionali, in specie con riferimento ai diritti fondamentali ed inalienabili della persona.

Occorre invece domandarsi se un simile approccio esponga l'Italia ad un nuovo ricorso (e, soprattutto, ad una nuova condanna) innanzi alla Corte internazionale di giustizia.

Sembra fuori discussione che tale soluzione sarebbe idonea ad attivare un nuovo contenzioso tra l'Italia e la Germania innanzi alla Corte internazionale di giustizia: l'art. 1 della Convenzione Europea per il regolamento pacifico delle controversie (in base al quale venne presentato il ricorso da parte della Germania) individua quale ambito della competenza dell'organo internazionale "b) ogni questione di diritto internazionale; c) la sussistenza di un fatto che, se accertato, costituirebbe la violazione di un obbligo internazionale", ipotesi che ricomprendono l'eventuale nuova declaratoria dei giudici italiani.

Quanto al merito, peraltro, la situazione appare più complessa.

Nel giudizio intervenuto le ragioni poste dall'Italia a fondamento della propria scelta si ancoravano esclusivamente al diritto internazionale e, in particolare, alla valenza imperativa e inderogabile delle norme di *jus cogens*, ambito nel quale la Corte internazionale di giustizia ha una competenza assoluta ed esclusiva, anche sotto il profilo dell'individuazione dei contenuti delle norme.

Nella diversa prospettiva sopra delineata, per contro, vengono in rilievo anche le norme costituzionali e fondamentali dello Stato, norme che attengono alla conformazione dello Stato e all'espressione prima della sua sovranità.

L'immunità, quindi, non trova limiti nell'ordinamento internazionale ma li può trovare nel sistema costituzionale dello Stato.

Senza, ovviamente, poter fornire alcun tipo di risposta, occorre tuttavia domandarsi se tale situazione sia suscettibile di essere valutata in termini di disvalore e di censura da parte della Corte internazionale di giustizia, tenuto conto che tali valutazioni rischierebbero di comprimere gli stessi valori posti a fondamento dello Stato.

Da ultimo, appare utile considerare, per completezza, l'eventualità dell'adozione di un provvedimento legislativo che, nel proposito di attuare la decisione della Corte internazionale di giustizia e di superare eventuali successive decisioni in senso difforme, dia veste positiva – in termini oggettivamente o soggettivamente più o meno ampi - ad una norma limitativa della giurisdizione nei confronti degli Stati stranieri.

È evidente che, in tale ipotesi, si dovrà valutare – ricorrendone le condizioni – la sussistenza dei presupposti per sottoporre la nuova disciplina al giudizio della Corte costituzionale onde accertare se, in tal modo, siano state introdotte nell'ordinamento norme incompatibili con la Costituzione.

6.- Considerazioni conclusive.

La sentenza della Corte internazionale di giustizia ha fornito un importante contributo nella ricognizione del diritto internazionale in tema di *jus cogens* e di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, rilevando che nel sistema del diritto internazionale non esiste (o non esiste ancora) una norma che limiti l'immunità degli Stati a fronte di una violazione grave dello *jus cogens*.

Pur avendo disatteso l'orientamento della Suprema Corte di cassazione, negando la possibilità di disconoscere l'immunità degli Stati in presenza di gravi violazioni di norme imperative e di condotte qualificabili come crimini internazionali e contro l'umanità, la Corte ha, infatti, ugualmente definito i caratteri e la portata di una norma imperativa di diritto internazionale e, se la domanda di risarcimento non è esercitabile perché non vi può essere – ad avviso del supremo organo di giustizia internazionale – un conflitto tra le diverse categorie di norme, *ciò non significa che la condotta tenuta sia qualificabile come lecita o che, in ogni caso, perda la notazione di illiceità*.

La stessa Corte di cassazione, invero, nell'enunciare una diversa soluzione alla questione aveva, in realtà, riconosciuto esplicitamente di stare semplicemente contribuendo all'emersione della nuova norma internazionale, escludendo che si potesse assegnare rilievo pregnante alle prassi e ai comportamenti degli organi giurisdizionali internazionali.

Occorre riconoscere, sul punto, che la posizione tenuta dalla Suprema Corte ha determinato un ampio e variegato dibattito dottrinale – che vede una divisione tra coloro che, nell'esprimere le proprie tesi, sono più aderenti alla prassi e coloro che, invece, sono più orientati a ricostruire in chiave logico-giuridica il sistema della Comunità internazionale – e un'attenta elaborazione giurisprudenziale, che, tuttavia, solo nelle posizioni di minoranza o dissenzienti si è espressa decisamente (seppure con motivazioni più ampie e diffuse rispetto al passato) a favore dell'opzione meno restrittiva.

Sul piano delle norme internazionali, dunque, appare difficile superare – anche nel caso in cui si reputi la non particolare persuasività delle argomentazioni utilizzate – i confini segnati con la sentenza della Corte internazionale di giustizia e ciò sia perché, nel caso concreto, la pronuncia è stata emessa nei confronti dell'Italia, sia per la valenza che va riconosciuta alla decisione di uno dei massimi organi di giustizia internazionale ai fini della ricognizione ed interpretazione delle norme internazionali.

Sotto altro profilo, poi, va considerato che il ricorso ai tradizionali strumenti del diritto internazionale - accordi, trattati, ... - pur suscettibile di assicurare una definizione degli aspetti sostanziali del contenzioso (e, in tal senso, l'opportunità di avviare nuove trattative è stata evocata anche nella decisione della Corte internazionale) non sembra, invero, sia stato in grado, fino ad ora, di ottenere risultati concretamente apprezzabili, al punto da far ritenere attuale la problematica nonostante vengano in rilievo eventi di quasi settant'anni fa. Si tratta di un ambito, del resto, che esula da una prospettiva giurisdizionale e, ancorché sia suscettibile di eliminare ogni tipo di controversia, mantiene, allo stato, una connotazione solo eventuale ed ipotetica.

Né migliori risultati ha dato la scelta di ricorrere alle vie giudiziarie interne dello Stato straniero, insoddisfazione che - come constatato dalla stessa Corte internazionale di giustizia con riguardo al caso di specie - trova le sue ragioni tanto nelle norme interne straniere create per la composizione delle questioni quanto nelle soluzioni interpretative adottate dalla giurisprudenza nel diverso ordinamento nazionale.

Merita allora di essere considerato anche un diverso approccio che, nel cogliere la relazione tra le norme di *jus cogens* - che non possono più essere considerate un assunto meramente teorico dell'ordinamento internazionale - e i principi costituzionali, in ispecie con i principi fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione, consenta di valutare quali ambiti di tutela, interni all'ordinamento, siano individuabili e se essi siano o meno irrinunciabili (ed, eventualmente, in quali limiti) a fronte di una lesione non altrimenti superabile.

Soccorre, in particolare, l'esigenza di assicurare che il diritto alla difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto al giusto processo di cui all'art. 111 Cost. non risultino definitivamente e completamente soppressi nel momento in cui è attuale ed effettiva - e non sia esperibile alcun ulteriore rimedio - la compromissione del diritto alla reintegrazione e al risarcimento dei danni conseguenti alla lesione di un diritto fondamentale della persona a causa di un crimine contro l'umanità.

Lungo questa direttrice sembrano ipotizzabili due diverse modalità di azione.

Da un lato, anche alla luce dei precedenti della Corte costituzionale, sembrerebbe possibile investire la Corte costituzionale perché possa essere esercitato il poterdovere di verificare, sotto il profilo del rispetto dei "*diritti inalienabili della persona*", la compatibilità costituzionale delle stesse norme consuetudinarie.

Non va trascurato, in questa ipotesi, che il criterio cronologico utilizzato, a suo tempo, per discernere i limiti della valutazione di compatibilità delle norme di diritto consuetudinario internazionale rispetto ai valori costituzionali può costituire un ostacolo.

Occorre valutare, peraltro, se il mutato e più complesso contesto ordinamentale e internazionale, che vede la presenza dello *jus cogens*, possa influire su tale profilo.

Dall'altro lato, invece, in considerazione della natura delle norme consuetudinarie internazionali, si può ritenere che spetti al giudice una valutazione sul bilanciamento dei valori, con decisioni che restano ancorate al caso concreto.

Non si pone, infatti, tanto (o solamente) una eventuale connotazione di disvalore della norma sull'immunità ma anche (e soprattutto) un rafforzamento delle norme di *jus cogens*, a cui viene fornita, per la congruenza dei valori protetti con quelli contenuti nella Costituzione, una tutela costituzionale e processuale.

Tale soluzione, del resto, appare in linea con il modello generale proprio dell'attività decisionale del giudice quando, nell'applicazione delle norme, modula l'interpretazione delle disposizioni e, dunque, la composizione degli interessi coinvolti secondo criteri di conformità e compatibilità costituzionale⁸⁹.

Non si assiste, dunque, ad una applicazione "meccanica" e gerarchica dei principi, con individuazione di quale sia la regola formale applicabile nel caso di conflitto, ma si tratta di procedere ad una integrazione del sistema che tenga conto del contesto e dei valori sottostanti, secondo le tecniche del bilanciamento di interessi.

(Red. Giuseppe Fuochi Tinarelli)

Il direttore aggiunto
(Ulpiano Morcavallo)

⁸⁹ BIANCHI, *op. cit.*, 504 che, sul punto, parla di "*systemic integration*" a cui si ispira anche la Commissione di diritto internazionale, organo sussidiario permanente delle Nazioni Unite, nel Rapporto sulla frammentazione del diritto internazionale.

INDICE

Riferimenti normativi

- art. 41 cod. proc. civ.
- art. 10 Cost.
- art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia (All. A)
- art. 94 dello Statuto delle Nazioni Unite (All. B)
- artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna sui trattati del 1969 (legge n. 112 del 12 febbraio 1974) (All. C)

Giurisprudenza di legittimità civile

- Sez. U, Sentenza n. 530 del 03/08/2000 (All. 1)
- Sez. U, Sentenza n. 5044 del 11/03/2004 (Rv. 571034) (All. 2 – massima e motivazione)
- Sez. U, Ordinanza n. 11225 del 27/05/2005 (Rv. 580912) (All. 3)
- Sez. U, Sentenza n. 14199 del 29/05/2008 (Rv. 603272) (All. 4)
- Sez. U, Ordinanza n. 14200 del 29/05/2008 (non massimata) (All. 5)
- Sez. U, Ordinanza n. 14201 del 29/05/2008 (Rv. 603273) (All. 6 – massima e motivazione)
- Sez. U, Ordinanza n. 14202 del 29/05/2008 (Rv. 603146) (All. 7)
- Sez. U, Sentenza n. 19600 del 17/07/2008 (Rv. 604572) (All. 8)
- Sez. 1, Sentenza n. 11163 del 20/05/2011 (Rv. 618107) (All. 9 – massima e motivazione)

Giurisprudenza di legittimità penale

- Sez. 6, Sentenza n. 45807 del 12/11/2008 Ud. (dep. 11/12/2008) Rv. 241753 (All. 10)

Giurisprudenza della Corte Costituzionale

- Corte cost., sentenza 18 giugno 1979, n. 48 (All. 11)
- Corte cost., sentenza 22 marzo 2001, n. 73 (All. 12)
- Corte cost., sentenza 7 aprile 2011, n.113 (All. 13)

Giurisprudenza internazionale e di Corti straniere

- *House of Lords*, 14 giugno 2006 (*Jones c. Arabia Saudita*) (All. 14)
- Corte internazionale di giustizia, Ordinanza 10 aprile 2010 (*Germania c. Italia*) (All. 15)
- Corte internazionale di giustizia, Ordinanza 10 aprile 2010 (*Germania c. Italia*) – Dissenting opinion giudice CANÇADO TRINDADE (All. 16)
- Corte internazionale di giustizia, Sentenza 3 febbraio 2012 (*Germania c. Italia*) (All. 17)
- Corte internazionale di giustizia, Sentenza 3 febbraio 2012 (*Germania c. Italia*) – Dissenting opinion giudice CANÇADO TRINDADE (All. 18)

Dottrina

- ATTERITANO, *Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 2 2011, pagg. 271-297 (All. 19)
- BIANCHI, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, *The European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, pagg. 491-508 (All. 20)
- CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, 2011 (All. 21)

- CAPONI, *Giudicati civili nazionali e sentenze delle corti europee tra esigenze di certezza del diritto e gerarchia delle fonti*, relazione tenuta all'incontro di studi organizzato dal CSM "I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato" in data 3 febbraio 2010 (All. 22)
- CONFORTI, *Diritto internazionale*, VII ed., 2010 (All. 23)
- DE SENA - DE VITTOR, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giurisprudenza Italiana* 2005, 250, nonché in <http://docenti.unimc.it/> (All. 24)
- EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, 2010 (All. 25)
- FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale I*, 2008 (All. 26)
- GATTINI, *Le riparazioni di guerra nel diritto internazionale*, 2003 (All. 27)
- GLENNON, *De l'absurdité du droit impératif (jus cogens)*, in *Revue générale de droit international public*, 2006, 529-536 (All. 28)
- GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm. CICU-MESSINEO - 01*, 2010, cap. XXXVIII, pagg. 453-460 (All. 29)
- GUASTINI, *Interpretare ed argomentare*, in *Tratt. Dir. Civ. Comm. CICU-MESSINEO - 02*, 2011, cap. VI, pagg. 197-211 (All. 30)
- LEANZA - CARACCILOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli stati e diritto per gli individui*, 2008 (All. 31)
- MARONGIU BUONAIUTI, *Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 5, n. 2 2011, pagg. 232-270 (All. 32)
- MONACO - CURTI GIALDINO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2009 (All. 33)
- NIGRO, *Lo jus cogens nella prassi internazionale*, in *In.Law Journal*, 2007, 23-43 (All. 34)
- ORAKHELASHVILI, *State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got It Wrong*, in *The European Journal of International Law*, 2007, vol. 18, n. 5, pagg. 955-970 (All. 35)
- ORAKHELASHVILI, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts: A Reply to Dapo Akande and Sangeeta Shah*, in *The European Journal of International Law*, 2011, vol. 22, pagg. 849-855 (All. 36)
- PADELLETTI, *L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso Germania c. Italia: una strada in salita ?*, in corso di pubblicazione su *Rivista di diritto internazionale* 2012 (All. 37)
- PICONE, *La distinzione tra norme internazionali di jus cogens e norme che producono obblighi erga omnes*, in *Riv. dir. int.*, 2008, pagg. 5-38 (All. 38)
- RONZITTI, in *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*, 2008, pagg. 45-66 (All. 39)
- RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, 2009 (All. 40)
- SALERNO, *Diritto internazionale, principi e norme*, 2011 (All. 41)
- SINAGRA - BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, 2009 (All. 42)
- SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, in *Manuale di diritto pubblico a cura AMATO-BARBERA*, 1986, 181-186 (All. 43)