

GIOVANNI CANZIO*

Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative

ENGLISH TITLE

The Dialogue between the Courts and the Coordination Best Practices

ABSTRACT

In order to face the phenomenon of judicial globalization and the internationalization of human rights and to bring the plurality of jurisdictional remedies back to a tendency to unity, the jurisprudential scenario is characterized by the cooperation between internal and supranational jurisdictions, in the forms of «dialogue between the Courts». The use of coordination practices to prevent any hermeneutic antinomies becomes central. Through the contamination of best practices, behavioral models, registers of language, techniques of argumentation and style of decisions, they are forming in the community of jurists, through authoritative «precedents», a European *nomofilachia* and *ius commune*.

The essay also analyzes a case of failure of the «dialogue between the Courts» (the Italian Supreme Court and Constitutional Court *vs* the International Court of Justice), about limits to the functional immunity of the State for war crimes and against humanity.

KEYWORDS

Dialogue between the Courts – European “Nomofilachia” – *Ius Commune* – Functional Immunity – Crimes against humanity.

1. DOPO LA CADUTA DEL «MURO»

Nel corso dell’ultimo ventennio, dopo la caduta del Muro di Berlino e la complessa opera di riunificazione delle due Germanie, l’Europa è stata sconvolta da una serie di eventi drammatici: gli imponenti movimenti migratori di grandi masse di popolazione dall’Asia e dall’Africa conseguenti al mutamento climatico, alla destabilizzazione politico-militare e all’impoverimento del tessuto connettivo di quelle aree; la crisi finanziaria, seguita da una grave crisi

* Primo Presidente Emerito della Corte di Cassazione.

economica dell'eurozona; l'esplosione della minaccia terroristica di matrice jihadista; l'esito del referendum britannico a favore di *Brexit*. Le istituzioni dell'Unione europea non si sono dimostrate capaci di offrire soluzioni forti e condivise a siffatti problemi di portata epocale. Le scarse e frammentarie risposte date sia in materia economico-finanziaria che in tema di gestione dei flussi migratori non sono state in grado di soddisfare le legittime aspettative dei cittadini. Si è così alimentato un diffuso sentimento di paura e d'incertezza che ha favorito l'insorgere di movimenti di opinione intrisi di populismo e nazionalismo, anche d'impronta sovranista, e l'adozione unilaterale da parte di alcuni Stati membri di politiche restrittive in materia di sicurezza e giustizia, non sempre e non tutte compatibili con lo spazio giuridico delle libertà e dei diritti individuali e collettivi.

Il progetto europeo, che vide la luce circa sessant'anni fa, fondato sui valori della pace, della tolleranza, della libertà, dell'apertura verso il mondo, e sui principi dello Stato di diritto, è andato perdendo il suo fascino e molte persone non si sono più riconosciute in esso. Tuttavia, chi crede davvero nello spirito iniziale dell'Unione europea, nella validità e bontà di un ideale e di un programma che hanno assicurato pace e benessere ai cittadini (circostanza di cui forse ci si dimentica oggi troppo facilmente) non si rassegna al fatto che tutto ciò debba svanire e intende perciò riaffermare che l'Europa non è il problema, ma la soluzione dei problemi, pur avvertendosi diffusamente la necessità di un più solido processo di ricostruzione e rafforzamento del modello originario.

2. I DIRITTI DELLA PERSONA, IL RUOLO DELLE GIURISDIZIONI E IL «DIALOGO FRA LE CORTI»

In tale contesto storico, quale contributo hanno offerto e quale ruolo hanno svolto le giurisdizioni nazionali e sovranazionali, ai fini della tenuta e del consolidamento del modello europeo di *Rule of Law* e di democrazia?

Con il crescente emergere dei valori della dignità e dei diritti fondamentali della persona negli ordinamenti costituzionali postbellici, mentre è venuto assumendo una dimensione straordinaria il *multilevel constitutionalism*, uno dei tratti distintivi del panorama giurisdizionale dell'ultimo ventennio è rappresentato dal fenomeno della *judicial globalization* e della *internazionalizzazione dei diritti umani*. S'intende fare riferimento a un sistema plurale e integrato di rimedi giurisdizionali a tutela dei diritti fondamentali, ispirato al bilanciamento dei valori e ai criteri di uguaglianza, ragionevolezza, proporzionalità, che si è sviluppato a un triplice livello: – internazionale, con la Corte europea dei diritti dell'uomo (Cedu); – sovranazionale, con la Corte di giustizia dell'Unione europea (Cgue), anche tramite i richiami alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue); – nazionale, con le Corti costitu-

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

zionali e i giudici ordinari e amministrativi, e fra questi, in modo particolare, la Suprema Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, organi di vertice delle rispettive giurisdizioni.

Il funzionamento del sistema è affidato ai diversi giudici comuni, mediante l'operazione ermeneutica che è ad essi propria nel crogiuolo delle varie esperienze processuali. Sicché, per assolvere il non facile compito di evitare il corto circuito applicativo e ricondurre a unità la complessità e la pluralità del sistema delle garanzie e dei rimedi giurisdizionali, lo scenario giurisprudenziale europeo degli ultimi decenni è stato caratterizzato dalla rete di relazioni intessuta nelle forme del «dialogo fra le Corti»: in particolare, fra le alte Corti, nazionali e sovranazionali, cui l'ordinamento affida il precipuo compito di coerenziazione e completezza dell'ordinamento giuridico. Un confronto dialettico, questo, condotto soprattutto attraverso la elaborazione di «precedenti» autorevoli in casi paradigmatici, che si va rivelando proficuo e, seppure faticosamente e progressivamente, foriero di una virtuosa circolazione, all'interno della comunità interpretativa dei giuristi, dei più elevati standard di tutela dei diritti della persona. Sicché questi, nel loro nucleo centrale, sono divenuti il reale fulcro dell'armonizzazione dei diversi ordinamenti nazionali e della formazione di una nomofilachia e di un diritto vivente europei.

3. IL PRINCIPIUM COOPERATIONIS FRA DISAPPLICAZIONE, INTERPRETAZIONE CONFORME E RINVIO PREGIUDIZIALE

In un sistema giuridico nazionale, in quanto tuttavia compatibile con i principi fissati dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e dall'ordinamento euro-unitario, il giudice comune è chiamato dunque a confrontarsi anche con la legislazione e la giurisprudenza sovranazionali, che è tenuto a conoscere e ad applicare, dovendo, di volta in volta, selezionare la regola prevalente e dare soluzione alle eventuali antinomie che possono insorgere.

Il primato del diritto comunitario, oggetto di una parziale rinunzia degli Stati alla propria sovranità, era stato rimarcato nelle sentenze pronunciate nella seconda metà del secolo scorso dalla Corte di Lussemburgo nelle cause *Costa/Enel*¹, *Van Gend en Loos*², *Simmenthal*³, secondo le quali la supremazia del diritto comunitario postula direttamente il conseguente obbligo di disapplicazione della norma interna incompatibile da parte del giudice nazionale: «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che

1. Causa 6/64.
2. Causa 26/62.
3. Causa 106/77.

questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria». E però, con il progressivo emergere dell'insufficienza delle originarie formule della primazia e della disapplicazione (ispirate invero a una rigida concezione gerarchica delle fonti del diritto), laddove le relazioni fra le diverse discipline si presentano più complesse, talora addirittura antinomiche, e implicano la necessità di un coordinamento onde evitare conflitti, si è andato imponendo un più ampio sforzo ermeneutico in capo al giudice comune, per pervenire a soluzioni che, nel tutelare i diritti dei singoli, contemperino le diverse interpretazioni possibili del diritto interno e di quello sovranazionale.

Nel solco delle diretrici della cosiddetta interpretazione conforme o adeguatrice, l'utilizzazione in chiave ellittica del sintagma induce ad una precisazione sul peculiare atteggiarsi delle diverse forme dell'ordinamento integrato. E cioè, interpretazione conforme: alla Costituzione e alle sentenze della Corte costituzionale; alla Carta dei diritti fondamentali e al diritto dell'Unione europea, oltre che alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che presentano, ciascuna, una propria autonomia concettuale a fronte dell'esigenza di unità, coerenza e completezza dell'ordinamento.

È possibile, ad esempio, che la violazione di un diritto fondamentale infranga allo stesso tempo, seppure per differenti profili, la Costituzione italiana e la Carta dell'Unione. Ne risulta investito in tal caso il delicato ruolo del giudice nei rapporti fra gli ordinamenti comunitario e costituzionale, con le conseguenti problematiche del concorso di rimedi giurisdizionali e del riparto del sindacato di compatibilità, rispetto ai parametri interni ed europei di massima salvaguardia dei diritti a livello sistematico, da interpretare comunque «in armonia con le tradizioni costituzionali comuni»⁴.

La più recente giurisprudenza della Cgve evidenzia come intorno ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario i punti di attrito si stiano riducendo, in una prospettiva sovranazionale, in virtù dell'impegno dei giudici comuni verso l'interpretazione conforme o adeguatrice, ovvero mediante l'attivazione del rinvio pregiudiziale della questione ai sensi dell'art. 267 Tfue. Le giurisdizioni nazionali, se di merito, sono abilitate a formulare quesiti pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo; se di ultima istanza, sono obbligate a sottoporre la questione alla medesima Corte ove la soluzione di essa appaia necessaria per risolvere la controversia innanzi ad esse pendente.

A fronte dell'effetto diretto che postula la supremazia del diritto comunitario, la finalità di armonizzazione perseguita con l'obbligo di interpretazione conforme ha assunto nel tempo un rilievo sorprendente. A sua volta, il meccanismo sinergico del rinvio pregiudiziale si è rivelato fondamentale per il

4. Sul tema della doppia pregiudizialità, cfr. Corte cost., sent n. 269 del 2017.

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

successo del processo di integrazione complessivamente considerato. Nell'uso alternativo delle tecniche della disapplicazione, dell'interpretazione conforme e del rinvio pregiudiziale, ogni qualvolta non sia possibile procedere *tout court* ad una interpretazione della norma interna compatibile con il diritto dell'Unione europea, la prima dovrà essere disapplicata o si dovrà far ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale per uscire dall'*impasse*.

A proposito dei meccanismi diretti di virtuosa cooperazione fra le giurisdizioni interne e quelle sovranazionali, va sottolineato come un'analogia ipotesi di rinvio pregiudiziale – facoltativo – alla Corte Edu è prevista, conformemente al principio di sussidiarietà, per le *alte giurisdizioni nazionali* – Corte di cassazione, Consiglio di Stato e Corte dei conti – dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (già operante, a partire dal 1º agosto 2018, nei tredici Stati che lo hanno ratificato, ma ancora in attesa di recepimento da parte dell'Italia). Nell'ambito di una causa pendente presso di essi, gli alti plessi giurisdizionali possono, nella loro autonomia decisionale e in chiave non conflittuale, chiedere alla Grande Camera un parere, non vincolante, su «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli» (art. 1). La Corte europea viene così chiamata a confrontarsi col giudice nazionale, in via diretta e preventiva – *ex ante*, nella fase ascendente prima del giudicato, non *ex post*, nella fase discendente dopo il giudicato –, nell'esercizio di una funzione consultiva mirata alla costruzione di una più larga e avanzata nomofilachia in dimensione europea, sul terreno delle effettive garanzie per i diritti e le libertà della persona umana⁵.

Si allarga pertanto la gamma degli strumenti istituzionali che, creati per mettere in collegamento i giudici nazionali e le Corti sovranazionali, s'iscrivono tutti nella cornice di un più generale *principium cooperationis* mirato all'armonica formazione di un comune formante giurisprudenziale di matrice europea.

4. LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

L'opera di interpretazione delle Corti nazionali e della Corte di giustizia dell'Unione europea, nonostante il silenzio dei Trattati sul tessuto dei diritti fondamentali della persona, è stata determinante per la formulazione dell'art. 6 del Trattato di Lisbona approvato il 1º dicembre 2009, secondo cui «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati».

5. R. Sabato, 2019; R. Conti, 2019; M. Luciani, 2019.

Sicché, nell'architettura dei pilastri della civiltà giuridica europea, ben può dirsi che la Carta di Nizza rappresenti la cartina di tornasole circa lo stato di salute dei diritti fondamentali negli ordinamenti interni in ogni area che in qualche misura presenti un punto di contatto con il diritto dell'Unione.

Permane, certo, il rilievo limitativo per cui, sebbene l'art. 6 abbia reso la Carta diritto primario attribuendole il medesimo valore dei Trattati, la sua operatività resta condizionata dalle disposizioni del par. 1 dell'art. 51, che ne postula un'efficacia limitata comunque all'attuazione del diritto dell'Unione, e del par. 5 dell'art. 52, secondo cui «le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere invocate dinanzi ad un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di tali atti». Di talché, ove la disciplina interna non sia espressione di diretta attuazione del diritto sovranazionale, si esula dal raggio di azione e, quindi, dall'efficacia diretta e immediata della Carta.

Tuttavia, grazie all'interpretazione estensiva offerta dalla Corte di giustizia (cfr., ad esempio, la sentenza *Ackeborg Fransson*⁶ in tema di divieto di *bis in idem*), va progressivamente affermandosi un orientamento più flessibile, secondo cui sarebbe sufficiente che la fattispecie ricada per qualche aspetto nel «cono d'ombra» del diritto dell'Unione, presenti cioè un qualche tangibile e concreto collegamento, pure indiretto, con quel sistema. Di talché, i diritti fondamentali assurgono effettivamente al rilievo di diritto primario dell'Unione di cui i giudici nazionali, insieme con quelli comunitari, concorrono a garantire l'osservanza.

Con lo spostamento giuridico dell'asse dell'Unione dalla dimensione prevalentemente economicistica e mercantile a quella solidaristica, col suggerito di una sorta di *Bill of rights* europeo a tutela dei diritti fondamentali della persona, il percorso ermeneutico raggiunge il suo acme, ponendo visibilmente al centro delle operazioni giurisprudenziali, insieme con i criteri di ragionevolezza, proporzionalità e uguaglianza, il principio di dignità della persona umana, come metavalore del diritto dell'Unione.

Determinante per lo sviluppo del sistema si è rivelato il ruolo sia della Corte di giustizia sia del giudice nazionale, come giudice comune del diritto dell'Unione europea, in un'opera costante di coerenziazione interpretativa nell'applicazione dei Trattati e degli atti che da essi traggono forza vincolante, diretta a evitare aporie inter-ordinamentali.

5. VERSO UN NUOVO *IUS COMMUNE EUROPEO*?

L'inesistenza di una gerarchia fra le fonti e la configurazione dei rapporti fra ordinamenti in termini di equi-ordinazione o di parità orizzontale pretende la costante ricerca delle ragionevoli compatibilità e giustifica la necessità del

6. Caso C-617/10.

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

dialogo fra le Corti, nel rispetto effettivo del principio di leale collaborazione e cooperazione e in vista del comune fine di concretizzazione dei diritti fondamentali e di garanzia della *Rule of Law*.

Diventa centrale, pertanto, il ricorso a prassi di collaborazione e coordinamento che, oltre la ricerca *ex post* di soluzioni virtuose, consentano di scongiurare *ex ante* le aporie del sistema e di prevedere gli eventuali contrasti ermeneutici. Nel nuovo ordine giuridico un innovativo modello d'integrazione è perciò suggerito dalle peculiari modalità del confronto fra giudici interni e sovranazionali, soprattutto fra le Corti supreme e le giurisdizioni sovranazionali, diretto a prevenire le antinomie e a salvaguardare, nel contempo, l'autonomia dei protagonisti dell'orizzonte interpretativo.

Nell'ambito di una straordinaria stagione d'incontri, seminari e colloqui, la Corte di cassazione italiana ha siglato nel 2015-2016 un Protocollo d'intesa e un *Memorandum* con la Corte di Strasburgo e nel 2017, nell'ambito della Rete giudiziaria dell'Unione europea, un *Protocollo di accordo sulla cooperazione* con la Corte di Lussemburgo, la cui precipua finalità è quella di individuare le linee generali di sviluppo delle rispettive giurisprudenze, interna ed europea, attraverso tecniche di formazione e informazione dei giudici e nel rispetto dell'indipendenza di ciascuna giurisdizione.

Un costante, sistematico e prioritario confronto interdisciplinare appare lo strumento più efficace per realizzare la cornice culturale e metodologica dentro la quale verificare l'effettività dell'applicazione giudiziale della Carta dei diritti fondamentali e approfondire, di volta in volta, le tematiche che, più di altre, hanno segnato il recente e concreto atteggiarsi dei rapporti fra le Corti (cons., da ultimo, il precariato scolastico, il mandato d'arresto europeo, la prescrizione dei reati, il divieto di *bis in idem*, il principio di non discriminazione, il diritto di asilo ecc.). La strada segnata dai Protocolli d'intesa rappresenta un punto di non ritorno e una straordinaria evoluzione di cui la comunità interpretativa dei giuristi non potrà fare a meno nel percorso di costruzione dell'ordinamento integrato.

Una speciale importanza viene attribuita all'approfondimento dei meccanismi di funzionamento *in action* delle giurisdizioni e delle *best practices* processuali, nonché all'analisi dei registri del linguaggio, del ragionamento giuridico e dello stile delle motivazioni nei più rilevanti arresti delle Corti, interne e sovranazionali. Prassi e stili in grado di veicolare, nella forma di *soft law*, codici comportamentali, linee guida e tecniche di argomentazione precise, ordinate e condivise intorno ai principi fondamentali di quello che va delineandosi come il nuovo *ius commune* europeo.

Nella ferma convinzione, infine, che solo una giurisdizione di qualità, coerente e prevedibile, è in grado d'incrementare il livello di protezione dei diritti fondamentali della persona e, con esso, la fiducia dei cittadini di ogni Paese nella *Rule of Law* e, più in generale, nel modello europeo di democrazia.

6. LA CONTAMINAZIONE DEI MODELLI PROCESSUALI NELLA GIUSTIZIA PENALE INTERNAZIONALE

Il sistema processuale della giustizia penale internazionale (il cui *corpus juris* è stato rielaborato in occasione dell'istituzione sia delle Corti *ad hoc*, come il Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia e il Tribunale penale internazionale per il Ruanda, sia della Corte penale internazionale), rifiuta di essere catalogato nelle categorie tradizionali di *common law/civil law*, accusatorio/inquisitorio, oralità/scrittura, prediligendo schemi applicativi misti, ispirati alla tecnica di combinazione dei modelli teorici.

Le diverse anime della cultura giuridica occidentale si contaminano anche nelle regole processuali fondanti il funzionamento delle Corti, in vista di un comune obiettivo, che è quello di garantire «a fair and expeditious trial», un processo di parti che sia equo ed insieme rapido ed efficiente, instaurato davanti ad un giudice terzo e imparziale, condotto nel rispetto dei fondamentali diritti della difesa, ma anche secondo i canoni del bilanciamento dei valori in gioco, della ragionevolezza e della proporzionalità, sì da risultare caratterizzato da evidenti profili di pragmatismo e flessibilità delle soluzioni.

In particolare, lo Statuto della Corte penale internazionale, cui l'Italia ha dato esecuzione con la legge di ratifica del 12 luglio 1999, n. 232, e le relative *Rules of Procedure and Evidence*, approvate il 10 settembre 2002, esaltano il nucleo forte delle garanzie dell'imputato nel processo penale, che ruota attorno ai concetti chiave della presunzione d'innocenza, del contraddittorio, del regime della prova e dell'obbligo di motivazione, dichiaratamente mutuati dalla tradizionale articolazione dell'art. 6 Cedu e dell'art. 14 Pidcp, fino al canone di giudizio in caso di insufficienza o incertezza della prova d'accusa (*in dubio pro reo; beyond a reasonable doubt*). E però, l'ampio spettro delle garanzie dell'imputato è chiamato costantemente a confrontarsi con altri valori e interessi – ad esempio, quelli delle vittime o dei testimoni –, ritenuti di volta in volta meritevoli di tutela nel caso concreto, contro ogni interpretazione massimalistica o meramente formalistica degli istituti che possa favorire l'*abuse of process*.

Sono certamente numerose le buone ragioni della contaminazione e della logica di sintesi che giustificano la flessibilità e il pragmatismo delle regole di procedura. La natura degli interessi protetti, il trattamento riservato alle vittime dei più gravi crimini contro l'umanità, di guerra e di genocidio, il compromesso tra le diverse tradizioni culturali e giuridiche, le specifiche opportunità del contesto multilaterale di riconoscimento, l'autorevolezza e l'indiscussa imparzialità di giudici professionali condizionano e guidano la tecnica del bilanciamento dei valori in gioco in quel processo.

7. IL DIALOGO FALLITO: I CRIMINI DI GUERRA E CONTRO L'UMANITÀ

La Repubblica Federale di Germania è stata più volte citata in giudizio (non solo) innanzi ai giudici italiani dalle vittime – o dai loro parenti – dei crimini di guerra commessi dal Terzo Reich nel periodo dell'occupazione militare nazista (1943-1945), per rispondere civilmente, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., dei danni cagionati a cittadini italiani da condotte illecite o criminose eseguite dai suoi organi, quali uccisioni, lesioni, deportazione, internamento, riduzione in schiavitù, lavori forzati, tortura.

Orbene, costituisce principio di fonte internazionale consuetudinaria, recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale generale in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art. 10, 1° comma, Costituzione⁷, preesistente e prevalente su ogni altro criterio di collegamento, quello per cui sono sottratti alla giurisdizione civile o penale di uno Stato estero i fatti e gli atti materialmente eseguiti *iure imperii* dagli individui-organì di un altro Stato nell'esercizio dei compiti e delle funzioni pubbliche ad essi attribuiti.

Il principio consuetudinario della «immunità funzionale» dalla giurisdizione civile, pure nella nozione «ristretta», limitata cioè alle sole attività che, a differenza di quelle *iure gestionis*, sono espressione diretta e immediata della funzione sovrana degli Stati, tra le quali ontologicamente rientrano le attività eseguite nel corso di operazioni militari, ha trovato ampio riconoscimento sia nella dottrina che nella giurisprudenza, interna e internazionale.

Ogni Stato, indipendente e sovrano, è libero di stabilire la propria organizzazione interna e individuare le persone autorizzate ad agire per suo conto. Sicché le relative condotte esprimono l'esercizio di una funzione pubblica e sono imputabili allo Stato, comportandone, senza indebite interferenze da parte delle corti di un altro Stato, solo la responsabilità per l'eventuale illecito internazionale da far valere nei rapporti fra Stati nel rispetto delle reciproche sovranità: «par in parem non habet imperium vel iurisdictionem»⁸.

7. Corte cost., sent. n. 48 del 1979.

8. L'immunità, quale regola generale nei procedimenti civili, è inoltre enunciata sia nella Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 16 maggio 1972, sia nella Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 2 dicembre 2004, redatte secondo il metodo della "lista" delle *commercial exceptions* con riguardo ad attività di tipo privatistico. Restano comunque escluse dalla cosiddetta *tort exception*, e perciò dalla sfera di applicazione convenzionale, le azioni o le omissioni produttive di lesioni personali e danni, imputabili alle forze armate di uno Stato straniero stanziate sul territorio di altro Stato, ancor più in situazioni di conflitto armato, che continuano ad essere regolate da "the rules of customary international law" (art. 12 della Convenzione di New York).

GIOVANNI CANZIO

Pur dandosi atto della prevalenza della tesi che al più ammette deroghe di fonte convenzionale, come per il genocidio o la tortura, alla dottrina dell'immunità dello Stato, «as the current rule of public international law», in alcune decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo⁹ si è avvertito, tuttavia, che ciò «does not preclude a development in customary international law in the future».

Ed invero, alla stregua delle lucide argomentazioni sviluppate negli anni 2004-2011 dalle Sezioni unite civili della Suprema Corte di cassazione, a partire dalla nota sentenza *Ferrini*¹⁰, condivise dalla giurisprudenza penale di legittimità formatasi negli stessi anni circa la posizione dello Stato tedesco, citato in giudizio in qualità di responsabile civile nei processi per crimini di guerra nazisti (caso *Milde*¹¹), si è inaugurata una tendenza evolutiva, diretta a contrastare l'assoluzza della regola consuetudinaria sull'immunità dello Stato estero, relativamente alla responsabilità civile derivante dall'attività illecita compiuta *iure imperii* da un suo organo, oltre che sull'immunità dalla giurisdizione penale dell'individuo-organo autore del medesimo illecito. Di essa se ne è, infatti, prospettata la cedevolezza, laddove gli atti siano stati eseguiti in violazione di norme di diritto internazionale cogente, come in tema di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, per essersi l'individuo-organo reso colpevole di «crimini internazionali», a garanzia di valori fondanti la comunità internazionale nel suo insieme.

Si è pertanto ritenuta «in via di formazione» una consuetudine internazionale la quale, in considerazione del carattere cogente e imperativo delle norme di diritto internazionale umanitario («peremptory norms of general international law», nella dizione dell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati), che impongono il rispetto dei diritti umani fondamentali, e della concreta lesività di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, è diretta a limitare l'immunità dalla responsabilità civile dello Stato estero, il cui organo, pur nell'esercizio di un'attività *iure imperii*, come in situazioni belliche, si sia tuttavia reso autore di atti di gravità tale da minare le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli, configurabili perciò come crimini internazionali.

9. Cedu, sentenze 21/11/2001, *Al Adsani*; 12/12/2002, *Kalogeropoulou*; 14/1/2014, *Jones*.

10. Cass., sez. un. civ., n. 5044 del 2004; Sez. un. civ., nn. 14199 e 14201 del 2008; Sez. I civ., n. 11163 del 2011.

11. Cass., sez. I pen., 21/10/2008 n. 1072/09, *Milde*. La Corte militare d'appello aveva pronunciato sentenza definitiva di condanna dell'imputato alla pena dell'ergastolo per il reato di cui all'art. 185 c.p.m.g., per avere lo stesso partecipato, in qualità di sergente della Divisione paracadutisti corazzata *Hermann Göring*, al rastrellamento e al massacro di 244 civili, fra cui donne, bambini e anziani, perpetrati il 29 giugno 1944 nei comuni di Civitella, Cornia e San Pancrazio in Val di Chiana, a titolo di rappresaglia per l'uccisione di tre soldati tedeschi da parte di partigiani operanti nella zona.

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

Dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, consegue, come logico corollario, che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *ius cogens*.

Riveste quindi primario rilievo la garanzia che non restano impuniti i più gravi crimini lesivi dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana, per il suo contenuto assiologico di metavalore nella comunità internazionale, rispetto agli interessi degli Stati all'uguaglianza sovrana e alla non interferenza, rappresentando la violazione di quei diritti fondamentali «il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità», in altre parole l'abuso di sovranità dello Stato¹².

D'altra parte, sul diverso piano del regime della responsabilità penale individuale per talune fattispecie di crimini contro l'umanità, crimini di guerra o atti di genocidio commessi dall'individuo-organo di uno Stato estero, pure nell'esercizio di funzioni ufficiali, la Corte di cassazione italiana, in armonia con le decisioni pronunziate nei confronti di criminali nazisti dai Tribunali militari internazionali di Norimberga e Tokyo, dalla Corte suprema israeliana il 29 maggio 1962 nel caso *Eichmann* e da altre Corti supreme nazionali, ha affermato l'imprescrittibilità dei reati e, in considerazione del criterio di collegamento della nazionalità delle vittime o del luogo di commissione del delitto ovvero in forza della universalità della giurisdizione ex art. 7 n. 5 cod. pen., ha ritenuto pacificamente sussistente la giurisdizione passiva o per taluni versi universale.

E ciò sull'assorbente rilievo che l'esecuzione di un barbaro eccidio di persone inermi, in violazione del diritto bellico e dei più elementari principi umanitari dello *ius gentium*, nel pur inadeguato quadro di riferimento vigente all'epoca dei fatti (Convenzioni dell'Aja del 1899 e del 1907 sulle leggi e gli usi di guerra terrestre e marittima), anteriore al regime delle regole del diritto umanitario bellico di cui alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai due Protocolli addizionali del 1977, reca ontologicamente le stimmate della riconoscibile contrarietà ai più elementari principi di umanità e della clamorosa criminosità dello sterminio di massa¹³.

E però, la Corte internazionale di giustizia dell'Aja (con 12 voti contro 3), chiamata a dirimere la controversia fra Germania e Italia originata dal menzio-

12. Cfr., in termini, Cass., sez. I pen., n. 31171 del 2008, *P.G. in proc. Lozano*, che ha tuttavia ritenuto *ex adverso* il difetto di giurisdizione penale dello Stato italiano per l'uccisione e il ferimento di cittadini italiani da parte di personale militare statunitense partecipante alla Forza Multinazionale in Iraq, essendo stata esclusa nel caso concreto la configurabilità di un crimine contro l'umanità o di un crimine di guerra.

13. Cass., sez. I pen., n. 12595 del 1998, *Priebke e Hass*, e n. 4060 del 2008, *Sommer e altri*, rispettivamente per le stragi delle Fosse Ardeatine e di Sant'Anna di Stazzema.

nato orientamento evolutivo dei giudici italiani, ha ritenuto con sentenza del 3 febbraio 2012 che l'Italia, attraverso le suddette pronunce, avesse violato il principio di diritto internazionale consuetudinario della immunità funzionale dalla giurisdizione civile degli Stati esteri, così smentendo l'opposto indirizzo giurisprudenziale inaugurato nel 2004 dalla sentenza *Ferrini* delle Sezioni unite civili.

Di talché, la Corte di cassazione, preso atto della sentenza della Cig, non recepiva ulteriori applicazioni della tesi che non era stata convalidata in sede di giustizia internazionale, dichiarando conseguentemente il difetto di giurisdizione del giudice italiano relativamente ad analoghe pretese risarcitorie avanzate nei confronti della Repubblica Federale di Germania, sia in sede civile¹⁴ che penale¹⁵.

E poiché la Cig, con la richiamata sentenza, ammoniva 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», il Parlamento italiano, al fine di garantire il rispetto di tale sentenza, emanava la legge 14 gennaio 2013, n. 5, recante l'adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno. Questa stabilisce, al primo comma dell'art. 3, che

Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudi-

14. Cass., sez. un. civ., n. 4284 del 2013, nella causa di risarcimento dei danni conseguenti alla detenzione ed alle torture subite dal padre dell'attore nel carcere di via Tasso in Roma, tra il 27 gennaio e il 24 marzo 1944, ed alla successiva uccisione avvenuta alle Fosse Ardeatine il 24 marzo; sez. un. civ., n. 1136 del 2014, nella causa promossa da un cittadino italiano che lamentava di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista e deportato in Germania.

15. Cass., sez. I pen., n. 32139 del 2012, ricorrente la Repubblica Federale di Germania, in qualità di responsabile civile, in proc. *Albers, Bauman e altri*. Gli imputati, ex combattenti della XVI Panzergrenadier Division Reichsführer SS sotto il comando del maggiore Walter Reder, erano stati ritenuti dal giudice di merito responsabili dell'eccidio di 350 civili inermi (la strage di San Terenzo-Vinca), avvenuta tra il 19 ed il 27 agosto 1944 nel territorio del comune di Fivizzano in Lunigiana. La Corte militare d'appello, con sentenza irrevocabile dell'aprile 2011, aveva confermato per alcuni di essi la condanna alla pena dell'ergastolo pronunciata dal Tribunale militare di Roma il 26/6/2009, mentre per altri aveva dichiarato l'estinzione del reato per la sopravvenuta morte degli imputati.

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

ce davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo;

e, al secondo comma del medesimo art. 3, che

Le sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della CIG di cui al comma 1, anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c., anche per difetto di giurisdizione civile e in tale caso non si applica l'art. 396 del citato c.p.c..

Ma non era stato ancora scritto l'ultimo capitolo della vicenda riguardante l'immunità dello Stato estero nei giudizi risarcitori per i danni subiti dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost., del citato art. 3 l. n. 5 del 2013 e dell'art. 1 l. n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta dell'Onu, nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Cig del 3/2/2012, che gli impone di negare la giurisdizione («senza che sia prevista alcuna forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati»), in riferimento agli atti commessi *iure imperii* da uno Stato straniero sul territorio italiano, qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità. Questi, eseguiti nell'esercizio illegittimo della potestà di governo, si configurano come lesione della dignità e dei diritti inviolabili della persona, i quali, siccome metavalori di primario rilievo costituzionale, si frappongono da «*controlimiti*» al rinvio di cui all'art. 10 Cost. quanto all'ingresso nell'ordinamento interno delle norme internazionali consuetudinarie generalmente riconosciute.

Il radicale cambiamento del quadro normativo determinato dall'intervento demolitorio della Corte costituzionale ha imposto una rivalutazione della questione di giurisdizione da parte delle sezioni unite civili della Corte di cassazione. Nel senso che l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri per atti *iure imperii* costituisce una prerogativa (e non un diritto) riconosciuta da norme consuetudinarie internazionali, la cui operatività è preclusa nel nostro ordinamento, a seguito della sentenza della Corte cost. n. 238 del 2014, per i *delicta imperii*, per quei crimini, cioè, compiuti in violazione di norme internazionali di *jus cogens*, in quanto tali lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali¹⁶.

16. Cass., sez. un. civ., nn. 21946/2015, 15812/2016 e 762/2017.

Con la sentenza n. 762 del 2017 la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la giurisdizione italiana in relazione alla domanda risarcitoria promossa, nei confronti della Repubblica Federale di Germania, da un cittadino italiano che lamentava di essere stato catturato a seguito dell'occupazione nazista durante la seconda guerra mondiale e deportato in Germania per essere utilizzato quale mano d'opera non volontaria al servizio di imprese tedesche, atteso che sia la deportazione che l'assoggettamento ai lavori forzati devono essere annoverati tra i crimini di guerra di diritto internazionale. La Corte di legittimità ha ribadito che la norma consuetudinaria di diritto internazionale generalmente riconosciuta, che impone agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri per gli atti *iure imperii*, non ha carattere incondizionato, ma, quando venga in contrapposizione con il parallelo principio del primato assoluto dei valori fondamentali della libertà e dignità della persona, ne rimane conformata. Con la conseguenza che allo Stato straniero non è accordata un'immunità totale dalla giurisdizione civile dello Stato territoriale, in presenza di comportamenti di tale gravità da configurarsi quali crimini contro l'umanità, che, in quanto lesivi di quei valori universali di rispetto della libertà e della dignità della persona che trascendono gli interessi delle singole comunità statali, segnano «il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità».

Principio di diritto, questo, che la più recente giurisprudenza civile di legittimità ritiene applicabile con riguardo tanto alla sede propria del giudizio di cognizione o di delibazione della sentenza straniera, quanto alla sede dell'esecuzione forzata fondata su questa¹⁷.

Il nuovo orientamento, che ha trovato puntuale conferma anche fra i giudici di merito¹⁸, si riporta, in sostanza confermandolo, al precedente indirizzo ermeneutico, inaugurato dalla sentenza *Ferrini* del 2004 ed espresso in analoghe fattispecie prima della sentenza della Cig del 2012 e della riforma legislativa di cui all'art. 3 l. n. 5 del 2013, secondo il quale il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana assume, anche nell'ordinamento internazionale, il valore di principio fondamentale, tale da ridurre la portata e l'ambito di altri principi cui lo stesso ordinamento si è tradizionalmente ispirato, quale quello del rispetto delle reciproche sovranità e del riconoscimento dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera.

17. Cass. civ., sez. III, nn. 21995 e 21996 del 2019.

18. Da ultimo, Trib. Sulmona, ord. 2 novembre 2017, in relazione all'eccidio di Limmari, commesso fra il 16 e il 21 novembre 1943 da soldati appartenenti alla I Divisione paracadutisti del LXXVI Corpo d'armata tedesco di stanza sulla linea Gustav, ai danni di 128 abitanti – per la maggior parte anziani, donne e bambini – della frazione Pietransieri nel comune di Roccaraso.

IL DIALOGO FRA LE CORTI E LE PRASSI APPLICATIVE

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- CONTI Roberto, 2019, «Sulla ratifica del Protocollo 16». *Sistema Penale*, in www.sistemapenale.it/it/opinioni/conti-chi-ha-paura-del-procollo-16.
- LUCIANI Massimo, 2019, «Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU». *Sistema Penale*, novembre, in www.sistemapenale.it/it/documenti/massimo-luciani-audizione-su-autorizzazione ALLA ratifica protocollo 15 e protocollo 16 cedu.
- SABATO Raffaele, 2019, «Riflessioni sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU». *Sistema Penale*, dicembre, online.

