

Immunità degli Stati

L'immunità degli Stati e i diritti delle vittime: quale equilibrio?

Corte internazionale di giustizia, sentenza 3 febbraio 2012, pres. Owada, Germania c. Italia - Grecia interveniente

Violano l'immunità della Germania le decisioni con le quali la Corte di cassazione italiana ha accertato le violazioni del diritto umanitario e del diritto di guerra commesse dalla forze armate naziste in Italia e in Grecia, ha condannato la Germania alla riparazione dei danni nei confronti delle vittime e ha dato esecuzione in Italia ad analoghe decisioni della Corte suprema greca, in quanto, ferma restando la responsabilità della Germania per simili violazioni, siffatta immunità, che ha carattere eminentemente procedurale, non ammette, secondo il diritto internazionale consuetudinario, deroghe fondate sul fatto che tali violazioni siano commesse sul territorio dello Stato delle vittime, rappresentino gravi violazioni del diritto internazionale o non possano essere altrimenti riparate.

ORIENTAMENTI

Giurisprudenza	Corte int. giust., sentenza 20 febbraio 1969, <i>Piattaforma continentale del Mare del Nord (Germania c. Danimarca)</i> ; Corte int. giust., sentenza 3 giugno 1985, <i>Piattaforma continentale (Libia c. Malta)</i> ; Corte int. giust., sentenza 14 febbraio 2002, <i>Mandato di arresto (Repubblica democratica del Congo c. Belgio)</i> ; Corte int. giust., sentenza 3 febbraio 2006, <i>Attività armate sul territorio del Congo (RDC c. Ruanda)</i>
Dottrina	N. Ronzitti, G. Venturini, <i>Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali</i> , Wolters Kluwer Italia, 2008; C. Focarelli, <i>Diniogo dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale</i> , in <i>Riv. dir. int.</i> , n. 3/08, 738 ss.; M. Kloth, <i>Immunities and the right of access to court under Article 6 of the European Convention on Human Rights</i> , 2010; J. Thompson, <i>Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice</i> , Cambridge, Blackwell, 2002

Omissis.

Il commento di Marco Pacini

Con questa sentenza, la Corte internazionale di giustizia rinviene la disciplina dell'immunità degli Stati nel diritto consuetudinario, fonda la ricognizione di quest'ultimo sulla prassi degli organi statali, qualifica l'immunità come istituto procedurale, vi identifica il punto di equilibrio tra i principi di eguale sovranità e sovranità territoriale degli Stati, rinvia la soluzione delle questioni riparatorie alla negoziazione interstatuale. In questo modo, tuttavia, essa omette di verificare se l'immunità sia ancora compatibile con alcuni principi (costituzionali) universalmente riconosciuti; non dà ascolto alla voce dei soggetti sub-internazionali direttamente interessati; trascura di considerarne gli effetti (estintivi) sostanziali sui diritti dei privati; accetta il rischio concreto che i diritti delle vittime cedano al buon funzionamento delle relazioni internazionali. Resta da interrogarsi se non siano maturi i tempi per subordinare l'istituto dell'immunità alla condizione che lo Stato responsabile assicuri una tutela delle vittime almeno equivalente a quella prevista dal diritto internazionale dei diritti umani.

Premessa

Con la sentenza che si commenta, la Corte interna-

zionale di giustizia è chiamata a pronunciarsi sulle seguenti questioni, sollevate dalle parti con riguar-

do all'istituto della immunità degli Stati dalla giurisdizione (1): è ammissibile che le vittime di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario chiamino a risponderne lo Stato responsabile avanti i giudici del proprio Stato? In questi casi, trova comunque applicazione l'istituto dell'immunità dalla giurisdizione? Simile istituto ha carattere assoluto o relativo? Sostanziale o procedurale? Sono ammissibili limiti o deroghe fondate sul luogo di commissione delle violazioni, sulla gravità di queste ultime, sulla carenza di forme alternative di riparazione delle vittime? In ultima analisi, è ancora compatibile con il diritto internazionale che le vittime di gravi violazioni dei diritti umani e del diritto umanitario possano nei fatti non ottenere alcuna riparazione? L'istituto dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione ha costituito oggetto di numerose pronunce da parte di vari giudici, tra cui i) la stessa Corte internazionale di giustizia, che ne ha costantemente confermato (e rafforzato) la derivazione dal diritto internazionale consuetudinario, con riferimento agli atti cd. *iure imperii* (2), ii) la Corte europea dei diritti dell'uomo, che, proprio in ragione di questa derivazione, ne ha sempre, più o meno esplicitamente, ammesso la prevalenza sulla protezione dei diritti Cedu (3), iii) i giudici nazionali, i quali, perlomeno rifacendosi (quando acriticamente o opportunisticamente, quando invece rassegnatamente) alla giurisprudenza ultranazionale, vi hanno quasi unanimemente scorto un limite insormontabile alla propria giurisdizione (4).

In questi termini, la controversia si colloca al crocevia di alcune tendenze di sviluppo del diritto internazionale nel contesto del più generale avanzamento del diritto globale. Innanzitutto, essa si incentra sull'ammissibilità di deroghe all'istituto dell'immunità dalla giurisdizione fondate sulla necessità di tutelare (taluni) diritti fondamentali. Consente, quindi, di saggiare il grado di apertura del diritto internazionale "verso l'alto": se e in che misura, quindi, tale diritto venga a comporsi, oltre che di trattati e consuetudini (anche nella foggia del diritto internazionale generale), anche di principi supremi o *lato sensu* costituzionali. Inoltre, essa prende le mosse da ricorsi proposti dai cittadini di uno Stato contro un altro Stato. Permette, quindi, di misurare il grado di apertura del diritto internazionale anche "verso il basso": se e in quale misura, cioè, simile diritto venga a regolare, oltre che i rapporti tra Stati (-persona) anche i rapporti tra Stati (-governo) e privati (attraverso i giudici). Infine, la controversia in esame ha come legittimati formali soltanto gli Stati ma come parti sostanziali i soggetti privati.

Offre, quindi, l'opportunità di valutare il grado di apertura della Corte internazionale alle pretese individuali: se e in che misura, quindi, essa si spinga a contemperare, oltre che i contrapposti interessi dei diversi Stati, anche quelli degli Stati e dei privati. In definitiva, in che misura il diritto internazionale e la sua Corte tengono il passo con le crescenti acquisizioni del diritto globale?

I fatti e la decisione

Escludendo di poter avere giustizia in Germania - la quale, dopo i trattati di pace del 1947 (5), aveva comminato ammende all'Italia (nel 1961) (6) e introdotto forme di riparazione alle vittime del nazional-socialismo (nel 1953) (7) e

Note:

(1) Sul tema e sulle relative problematiche, nella prospettiva del diritto internazionale, F. Francioni, M. Gestri, N. Ronzitti, T. Scovazzi, a cura di, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008; N. Ronzitti, G. Venturini, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, 2008.

(2) Corte int. giust., sentenza 20 febbraio 1969, *Piattaforma continentale del Mare del Nord (Germania c. Danimarca)*; Corte int. giust., sentenza 3 giugno 1985, *Piattaforma continentale (Libia c. Malta)*; Corte int. giust., sentenza 14 febbraio 2002, *Mandato di arresto (Repubblica democratica del Congo c. Belgio)*.

(3) Corte eur. dir. uomo, 21 novembre 2001, ricorso n. 31253/96, *McElhinney c. Irlanda*; Corte eur. dir. uomo, 21 novembre 2001, ricorso n. 35763/97, *Al-Adsani c. Regno Unito*, riguardante la richiesta, avanti il giudice inglese avverso lo Stato del Kuwait, di riparazione delle torture subite da un militare inglese per mano di ufficiali kuwaitiani; Corte eur. dir. uomo, 21 novembre 2001, ricorso n. 37112/97, *Fogarty c. Regno Unito*; Corte eur. dir. uomo, 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*; Corte eur. dir. uomo, 29 giugno 2011, ricorso n. 34869/05, *Sabeh El Leil c. Francia*. Su questa giurisprudenza, L. Radicati di Brozolo, *Immunità degli stati e ragion di stato nella sentenza Al-Adsani della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Int'l Lis*, n. 2/2002, 91 s.; F. De Vittor, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali*, in *Riv. dir. int.*, n. 3/2002, 573 ss. Più di recente, estesamente, la monografia di M. Kloth, *Immunities and the right of access to court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2010.

(4) In proposito, si rinvia alla ricca giurisprudenza richiamata nelle motivazioni della sentenza.

(5) Al termine della seconda mondiale l'Italia rinunciava, nei trattati di pace con le potenze alleate del 1947, a qualsivoglia pretesa verso la Germania per i fatti compiuti tra il 1939 e il 1945.

(6) Nel 1961, Italia e Germania stipulavano due accordi volti a risolvere il contenzioso, in forza dei quali, tra l'altro, la seconda pagava alla prima 40 milioni di marchi in favore delle vittime del nazional-socialismo, la prima si dichiarava soddisfatta ogni pretesa relativa ai fatti compiuti tra il 1939 e il 1945 e prometteva di indennizzare la seconda per ogni eventuale contenzioso relativo a dette pretese.

(7) Richiamandosi alla legge federale sulla riparazione delle vittime delle persecuzioni nazional-socialiste, approvata nel 1953 e modificata nel 1965, molti italiani avanzavano pretese risarcitorie avanti i giudici tedeschi, che, tuttavia, le rigettavano, a moti-
(segue)

nel 2000 (8)) - e a Strasburgo (9), alcuni italiani, costretti ai lavori forzati durante la seconda guerra mondiale, agivano contro la Germania avanti il Tribunale di Arezzo. Quest'ultimo, con decisione confermata dalla Corte di appello di Firenze, rigettava il ricorso, in ragione dell'immunità della Germania dalla giurisdizione italiana. I ricorrenti si rivolgevano, allora, alla Corte di cassazione, che accoglieva il ricorso, a motivo che l'immunità dalla giurisdizione non copre i crimini internazionali. In sede di rinvio, la Corte di appello di Firenze (10) condannava, quindi, la Germania al risarcimento dei danni (11). Parallelamente, alcuni cittadini greci parenti delle vittime dell'eccidio di Distomo intentavano giudizio avanti il Tribunale di Livadia, il quale, con decisione confermata dalla Corte suprema greca, condannava la Germania al risarcimento dei danni. Stante il rifiuto del Ministro della Giustizia di dare esecuzione alla sentenza (12), i ricorrenti si rivolgevano, quindi, alla Corte di appello di Firenze, la quale, con decisione confermata in Cassazione, dichiarava la sentenza greca eseguibile in Italia (13). La Germania si rivolgeva, pertanto, alla Corte internazionale di giustizia, asserendo una violazione della propria immunità dalla giurisdizione. La Corte internazionale accoglie il ricorso della Germania. Innanzitutto, il giudizio ha a oggetto soltanto i procedimenti giudiziari intentati contro la Germania avanti i giudici italiani: fuoriescono, pertanto, dalla sfera di cognizione della Corte gli atti compiuti dalle forze armate tedesche durante la seconda guerra mondiale che di simili procedimenti costituiscono, a loro volta, l'oggetto. In secondo luogo, alla controversia trova applicazione il regime internazionale della immunità degli Stati dalla giurisdizione e dalla esecuzione di giudici di altri Stati, come disciplinato dal solo diritto internazionale consuetudinario. Inoltre, l'immunità degli Stati non può trovare un limite né i) nella circostanza che gli atti contestati abbiano provocato la morte, lesioni personali o danni patrimoniali sul territorio dello Stato in cui si svolge il giudizio, né ii) nella circostanza che gli atti contestati rappresentino gravi violazioni del diritto umanitario, anche in contrasto con il diritto internazionale cogente, né, infine, iii) nel fatto che le vittime degli atti contestati non abbiano potuto ottenere riparazione in altro modo. La Corte internazionale conclude, pertanto, che l'Italia ha violato l'obbligo di rispettare l'immunità della Germania dalla giurisdizione ed è, quindi, tenuta ad assicurare, mediante l'adozione di una appropriata normativa o con altre modalità a propria scelta, che le sentenze e le altre decisioni giudiziarie

adottate dalle autorità italiane in violazione di simile immunità cessino di avere effetto.

Giurisdizione sull'atto o giurisdizione sul rapporto internazionale?

La decisione, pur nell'esigenza di conservare certezza nelle relazioni internazionali (14), solleva, non-

Note:

(segue nota 7)

vo che i ricorrenti non avevano residenza o domicilio in Germania, non erano formalmente vittime di persecuzioni, non avevano acquisito lo *status* di rifugiato.

(8) Richiamandosi alla legge federale istitutiva della Fondazione per la memoria, la responsabilità e il futuro, approvata nel 2000, che prevedeva indennizzi in favore delle vittime costrette ai lavori forzati che non avessero avuto lo *status* di prigionieri di guerra, moltissimi italiani vittime dei lavori forzati si rivolgevano ai giudici tedeschi; questi ultimi, tuttavia, con pronunce confermate dal Tribunale costituzionale, rigettavano le pretese delle vittime, a motivo che, sebbene il Reich avesse loro negato lo *status* di prigionieri di guerra, i ricorrenti avevano nondimeno assunto codesto *status* già prima delle deportazioni, che il diniego del Reich non aveva avuto l'effetto di revocare.

(9) I ricorrenti si rivolgevano, allora, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in Corte eur. dir. uomo, 4 settembre 2007, ricorso n. 45563/04, *Associazione Nazionale reduci e altri 275 c. Germania*, dichiarava, tuttavia, il ricorso irricevibile *ratione materiae*.

(10) ... riformando la sentenza del Tribunale di Arezzo che dichiarava l'avvenuta prescrizione. Sulla vicenda, con particolare riguardo alla sentenza della Corte di Cassazione, A. Gianella, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati della giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *Riv. dir. int.*, 2004, 3, 643 ss.; P. De Sena, F. De Vittor, *Immunità degli Stati della giurisdizione e violazioni di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini*, in *Giur. it.*, 2005, 2, 255 ss.; P. Simone, *Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazioni in margine al caso Ferrini*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 2, 527 ss. F. Battaglia, *L'immunità degli Stati dalla giurisdizione: l'interpretazione innovativa della Corte di cassazione*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2010, 12, 128 ss.

(11) Contestualmente, il Tribunale militare di La Spezia, con sentenza annullata dalla Corte militare di appello di Roma ma confermata dalla Corte di Cassazione, condannava *in absentia* un ufficiale nazional-socialista all'ergastolo e, in solido con la Germania, al risarcimento dei danni in favore dei familiari delle vittime degli eccidi di Civitella in Val di Chiana, Cornia e San Pancrazio.

(12) I ricorrenti si rivolgevano dapprima alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, in Corte eur. dir. uomo, decisione 12 dicembre 2002, ricorso n. 59021/00, *Kalogeropoulou c. Grecia*, dichiarava il ricorso irricevibile in rapporto all'immunità degli Stati dalla giurisdizione; quindi ai giudici tedeschi, i quali, con pronunce confermate dal Tribunale costituzionale, rigettavano le pretese ancora in ragione dell'immunità dalla giurisdizione.

(13) Essi si rivolgevano, altresì, all'Agenzia del Territorio, che iscriveva ipoteca giudiziale su Villa Vigoni, di proprietà della Germania.

(14) Qualora, infatti, non operasse l'immunità degli Stati dalla giurisdizione, ogni Stato potrebbe essere chiamato in causa dai cittadini di altri Stati avanti i giudici di questi ultimi. Per effetto di ciò, da un lato, l'azione extranazionale di ogni Stato, oggi largamente affidata alle relazioni internazionali, sarebbe soggetta in

(segue)

dimeno, vari spunti di riflessione critica. Innanzitutto, la Corte internazionale limita l'oggetto della controversia ai soli procedimenti avanti i giudici italiani, senza attribuire rilevanza agli atti compiuti dalle forze armate tedesche in danno di cittadini italiani e greci nel corso del secondo conflitto mondiale (15). Pur accettabile sul piano formale (e comprensibile su quello sostanziale), un simile approccio presta, nondimeno, il fianco ad alcune osservazioni. Esso potrebbe, infatti, condurre a conclusioni illogiche o contraddittorie qualora, a differenza del caso in esame, la giurisdizione della Corte internazionale coprisse temporalmente una parte soltanto dei procedimenti avanti i giudici dello Stato responsabile (16). Inoltre, su un piano più generale, esso induce la Corte internazionale a concentrare la propria attenzione soltanto *sugli atti* giuridici che hanno chiuso la vicenda storica e non anche *sul rapporto* (complessivamente inteso) che ha sostanzialmente la vicenda. Ne deriva, quindi che a essere giudicata è soltanto la *legittimità* del procedimento giudiziario avanti i giudici italiani, e non anche la sua *liceità* alla luce della complessa trama di atti e comportamenti pregressi che vi hanno dato adito. Infine, un simile approccio sembra condizionare nelle premesse, e portare a contraddizione negli esiti, il successivo ragionamento della Corte internazionale: pur essendo estromessi in punto di "verifica sulla giurisdizione", infatti, gli atti compiuti dalle forze armate tedesche sono riammessi in punto di "interpretazione del diritto", per rigettare le argomentazioni sollevate in giudizio in ordine all'ammissibilità di deroghe all'istituto dell'immunità (17).

Di solo diritto consuetudinario o anche di principi generali?

Sotto altro profilo, la Corte internazionale verifica la legittimità dei procedimenti giudiziari avanti i giudici italiani rispetto al solo diritto internazionale consuetudinario, ed esclude che simile diritto preveda deroghe all'immunità dalla giurisdizione. Questo atteggiamento, pur conforme al tradizionale orientamento della Corte internazionale, solleva almeno due perplessità. Da un lato, la Corte internazionale si astiene dal ricercare la disciplina applicabile alla controversia anche in fonti del diritto globale ulteriori rispetto al diritto consuetudinario, come i principi generali. A questi ultimi, infatti, avrebbe forse potuto attingere, non tanto e non solo richiamandosi ai "principi generali del diritto riconosciuti dalle Nazioni civilizzate" (18), quanto,

soprattutto, rifacendosi alla crescente giurisprudenza di numerosi tribunali specializzati operanti nello spazio giuridico globale, in seno alle Nazioni unite, all'Omc, alla Banca mondiale (19). Ciò che avreb-

Note:

(segue nota 14)

misura assai più rilevante a controllo giurisdizionale; dall'altro lato, il controllo giurisdizionale sull'attività extranazionale di ogni Stato sarebbe potenzialmente soggetto a tanti diritti quanto sono gli Stati dei giudici avanti a cui è giudicato.

(15) La Corte internazionale non avrebbe giurisdizione su tali atti, in quanto compiuti, tra l'altro, prima dell'entrata in vigore tra le parti (nel 1961) della Convenzione europea per la soluzione pacifica delle controversie, che rappresenta la fonte di giurisdizione della stessa Corte internazionale nella controversia tra Italia e Germania.

(16) Ad esempio, se la Convenzione europea sulla soluzione pacifica delle controversie fosse entrata in vigore prima della sentenza della Corte di cassazione ma dopo le sentenze del Tribunale della Corte di appello si sarebbe dovuto conoscere solo di quella o anche di queste?

(17) Lungo una linea meno formalistica, invece, si sarebbe potuto osservare come i procedimenti avanti i giudici italiani rappresentino, più che un'azione di iniziativa dell'Italia contro la Germania, piuttosto una reazione dell'Italia a una precedente azione di iniziativa della Germania. In quest'ottica, i procedimenti avanti i giudici italiani andrebbero inquadrati nel contesto di una più ampia sequenza di atti e comportamenti dei due Stati, iniziati con l'occupazione tedesca durante il secondo conflitto mondiale, attraverso i ricorsi intentati dalle vittime italiane e greche avanti i giudici tedeschi e alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e conclusi con i procedimenti avanti i giudici italiani. Con la conseguenza, quindi, che i confini della controversia andrebbero estesi al complesso di detti atti e comportamenti, determinandone una sostanziale ri-perimetrazione dell'oggetto.

(18) ... ricorrendo ai quali, peraltro, la stessa Corte di giustizia aveva già in passato identificato come principi generali alcune norme del diritto umanitario, come in Corte just., 9 aprile 1949, *Stretto di Corfu*, in cui si riferiva a «principi generali ben riconosciuti, quali considerazioni elementari di umanità»; Corte just., 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*, dove ci si appellava a taluni «principi generali di diritto umanitario»; nonché, in senso analogo, il Tribunale internazionale del diritto del mare, in ITLOS, 1° luglio 1999, *Saiga no. 2*, secondo cui «considerazioni di umanità si devono applicare al diritto del mare come si applicano in altri settori del diritto internazionale». Sulla formazione e la diffusione dei principi generali nel diritto internazionale, il classico studio di G.G. Fitzmaurice, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, in *Recueil des Cours*, 1957-II; più di recente, B. Cheng, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge, 1994, che richiama la giurisprudenza degli organi arbitrali e delle corti internazionali. Sulla formazione e la diffusione dei principi generali nei regimi giuridici globali, G. della Cananea, *Al di là dei confini statuali: principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, nonché, Id., *The Genesis and Structure of General Principles of Global Public Law*, in E. Chiti, B.G. Mattarella, a cura di, *Global Administrative Law and EU Administrative Law*, 2011, 89 ss..

(19) Sulla casistica dei tribunali specializzati internazionali, estesamente, S. Cassese et. al., a cura di, *Global Administrative Law. Cases, Materials, Issues*, 2008, disponibile sul sito www.irpa.eu, in corso di revisione e integrazione. Sul progressivo rafforzamento degli *standard* globali attraverso il dialogo tra le corti, S. Cassese, *Un giusto procedimento globale?*, in Id., *Oltre lo Stato*, 2006, 174 ss.

be potuto portarla a chiedersi se l'attuale disciplina dell'immunità, pur cristallizzata nel diritto consuetudinario, sia pienamente compatibile con alcuni principi materialmente costituzionali, come il diritto di accesso a un giudice, la responsabilità degli Stati o il diritto a un rimedio effettivo (20). Dall'altro lato, poi, essa passa a verificare se il compimento di atti contrari a taluni principi generali - come il divieto di commettere crimini di guerra - siano previsti dallo stesso diritto consuetudinario come limiti all'immunità giurisdizionale (21). Ma questo equivale a squalificare doppiamente tali principi, identificandoli, sul piano normativo, come mere norme di diritto consuetudinario, sul piano prescrittivo, come semplici (e ipotetiche) cause di deroga all'istituto, principale, della immunità (22). Per questa via, in sostanza, è come se la Corte internazionale avesse escluso la violazione di un diritto in quanto non previsto dalla stessa legge che lo viola!

Cui prodest il diritto internazionale consuetudinario?

La Corte internazionale fonda, poi, la ricognizione del diritto internazionale consuetudinario soltanto sulla prassi amministrativa e giudiziaria degli Stati (23). Anche questa impostazione, tracciata nel solco del diritto internazionale tradizionale, dà adito ad alcuni dubbi. La Corte internazionale non attribuisce, infatti, il minimo rilievo, ai fini della ricognizione del diritto consuetudinario, anche alle pratiche di altri attori, quando non veri e propri soggetti, del diritto internazionale. Questo avrebbe consentito di evidenziare come, a fronte del principio di immunità degli Stati dalla giurisdizione, si stia progressivamente affermando anche un canone della responsabilità delle autorità pubbliche infrastatali per i danni cagionati ai privati. È quanto risulta, ad esempio, dalle sempre più frequenti ammissioni pubbliche da parte degli Stati aggressori, dalla costituzione di organismi e programmi di risarcimento delle vittime di altri Stati, dalle chiamate in responsabilità da parte di Ngo sempre più rappresentative. La Corte internazionale, inoltre, evita di tematizzare la traiettoria di sviluppo dello stesso diritto consuetudinario (24). Diversamente, essa avrebbe potuto porre in rilievo come l'edificio del diritto consuetudinario - che viene a costruirsi per

Note:

(20) Sulla configurabilità di alcuni "diritti costituzionali internazionali", S. Gardbaum, *Human Rights as International Constitutio-*

nal Rights, in *Eur. J. Comp. Law*, 2008, 4, 749 ss., che scorge nel diritto internazionale dei diritti umani un nuovo e unico contributo allo sviluppo del costituzionalismo. Sulla distinzione tra universalizzazione e internazionalizzazione dei diritti dell'uomo, L. Henkin, *The Internationalization of Human Rights*, in *Human Rights, A Symposium*, citato da A. Leroy Bennet, J.K. Oliver, *International Organizations. Principles and Issues*, 2002, secondo il quale la "costituzionalizzazione" farebbe riferimento all'accettazione universale dei principi da parte della maggior parte degli Stati, la "internazionalizzazione" al recepimento dei medesimi in convenzioni e atti internazionali.

(21) Ciò, evidentemente, in ossequio a quanto affermato dalla Commissione del diritto internazionale, secondo cui «non vi è, nell'ordinamento giuridico internazionale, alcuna fonte di diritto speciale per la creazione di principi "costituzionali" o "fondamentali"». I principi che vengono in mente quando si usano questi termini sono essi stessi regole consuetudinarie, regole contenute in trattati o anche regole emananti da organismi o da procedimenti a loro volta istituiti da trattati». Sulla efficacia vincolante dell'obbligo di promozione e rispetto dei diritti umani contenuto nella Carta delle Nazioni unite, H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, New York, 1950, 147 ss. Sulla identificazione della disciplina ultranazionale dei diritti umani come parte del diritto internazionale consuetudinario, L. Henkin, *The Age of Rights*, New York, 1990, nonché, più di recente, A. Bianchi, *Human Rights and the Magic of Jus Cogens*, in *EJIL*, n. 3/2008, 491 ss. Con particolare riguardo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, H. Hannum, *The Status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995-1996, 287 ss. Sulla qualificazione di simile disciplina come parte dei principi generali del diritto internazionale, B. Simma, P. Alston, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles*, in *AYIL*, 1988-1989, 82 ss. Sui rapporti tra le diverse fonti del diritto dei diritti umani, I.D. Seiderman, *Hierarchy in International Law*, 2001.

(22) In questo modo, tuttavia, oltre ad approdare a esiti in parte contraddittori, la Corte internazionale viene aggirando il vero nodo problematico della controversia, che è non tanto se il diritto consuetudinario ammetta limiti all'istituto della immunità degli Stati, quanto, piuttosto, se l'inammissibilità di tali limiti sia ancora compatibile con il diritto internazionale contemporaneo, come è venuto progressivamente evolvendo e mutando nello spazio giuridico globale. Sulla collocazione del diritto internazionale dei diritti nel quadro delle fonti del diritto internazionale, con particolare riguardo ai rapporti con il diritto consuetudinario, A. D'Amato, *Human Rights as Norms of Customary International Law*, in *Id.*, a cura di, *International Law: Prospect and Process*, 1987, ripubblicato in M. Koskeniemi, a cura di, *Sources of International Law*, Ashgate, 2000, che mette in evidenza il carattere *erga omnes* e la giustiziabilità internazionale dei diritti umani riconducibili nella sfera del diritto internazionale generale; B. Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, 153 ss.; F. Francioni, *Customary International Law and the European Convention on Human Rights*, in *IYL*, 1999, 11 ss..

(23) Essa ricorda, pertanto, in termini generali, che la sostanza del diritto internazionale consuetudinario deve essere ricercato prioritariamente nella pratica concreta e nella *opinio juris* degli Stati, anche se le convenzioni multilaterali possono avere un importante ruolo da giocare nel cristallizzare o definire norme derivanti dalla consuetudine, o anche nello svilupparle (in tal senso, Corte int. giust., sentenza *Piattaforma continentale - Libyan Arab Jamahiriya/Malta*).

(24) Sull'impatto delle modalità di sviluppo del diritto consuetudinario sulle "dinamiche del diritto internazionale", C. Focarelli, *Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2008, 3, 738 ss.

effetto della stratificazione di atti legislativi, amministrativi e giudiziari statali e ultrastatali (25) che (spesso acriticamente) rinviano gli uni agli altri, sotto la guida indiretta di organismi internazionali, tra cui soprattutto la stessa Corte internazionale - venga sempre più a consolidare la sovranità degli Stati-persona in rapporto agli altri attori del diritto internazionale (26).

In definitiva, limitando la ricognizione delle fonti del diritto consuetudinario soltanto alla legislazione, prassi e giurisprudenza degli Stati, la Corte internazionale trascura la varietà di vita giuridica e sociale che pullula al di sotto del diritto e delle relazioni internazionali (e che costituisce oggetto di nuove e feconde aree di studio (27)). Dimostra, inoltre, di essere (ancora) sorda alla voce sempre più forte ed estesa che proviene dalla società globale, destinataria indiretta degli effetti delle decisioni internazionali alle quali spesso non può prendere parte (28). Ancora, per questa via, essa blinda l'istituto della immunità degli Stati dalla giurisdizione, innescando un gorgo normativo per cui le autorità legislative, amministrative e giudiziarie degli Stati non potranno ignorare la posizione della Corte internazionale; la quale, a sua volta, non potrà che veder confermato il principio di immunità nelle rinnovate consuetudini degli Stati. In ultima analisi, essa orienta lo sviluppo del diritto consuetudinario nel senso di rafforzare (i governi de) gli Stati nei confronti dei privati, che si trovano dinanzi a un muro giuridico sempre più difficilmente scalfibile (anche dai giudici nazionali). Così ingenerando il duplice paradosso per cui il diritto internazionale, classico diritto *tra* Stati, si chiude sempre più in diritto *per soli* Stati, mentre la Corte internazionale, giudice delle controversie tra Stati, diviene il più forte giudice degli Stati nei rapporti con(tro) i privati (29).

L'immunità degli Stati ha natura solo procedurale?

Ancora, la Corte internazionale configura la disciplina dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione come avente carattere esclusivamente procedurale, traendone la conseguenza che essa non può confliggere con il diritto internazionale cogente, che ha, invece, carattere eminentemente sostanziale (30). Una simile impostazione, però, pur rifacendosi alla tradizionale distinzione formale tra diritto sostanziale e diritto procedurale, appare censurabile, per almeno due motivi. Da un lato, sul piano concettuale, la Corte internazionale non si preoccupa di giu-

Note:

(25) ... cui ha sinora contribuito anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, soprattutto in ragione del carattere particolare e derivato del diritto Cedu rispetto al diritto internazionale generale. Quest'ultima ha, in proposito, affermato, a partire da Corte eur. dir. uomo, sentenza *Al-Adsani*, cit., che la Cedu dovrebbe essere interpretata, per quanto possibile, in armonia con altre norme di diritto internazionale del quale forma parte, incluse quelle relative all'immunità degli Stati. Così come il diritto di accesso a un giudice è connotato al diritto a un processo equo, analogamente sono ad esso connotate anche le limitazioni generalmente accettate dalla comunità delle nazionali come parte della dottrina dell'immunità dello Stato. Sulla rilevanza del diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte europea, G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 2008, 529 ss., nonché L. Caflich, *L'applicazione del diritto internazionale generale per la Corte europea dei diritti de l'homme*, in I. Buffard et al. (a cura di), *International Law between universalism and fragmentation: Festschrift in honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Brill, 2008, 627 ss. In termini critici su questa giurisprudenza, più di recente, A. Cassese, *L'esperienza del male*, Bologna, 2011, 92 ss.

(26) ... oggetto di una sorta di analisi economica del diritto consuetudinario da parte di B.L. Benson, *The Enterprise of Law: Justice without the State*, 1990. In tema, anche E.A. Posner, *Erga Omnes Norms, Institutionalization and Constitutionalism in International Law*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2009, 5 ss, il quale vede la formazione degli organismi ultranazionali come una forma di istituzionalizzazione volta a favorire la adozione di comportamenti cooperativi tra gli Stati attraverso l'interpretazione unitaria delle disposizioni stesse, e identifica nella facoltà riconosciuta ai privati di adire direttamente gli organismi ultranazionali una forma di costituzionalismo idonea a rafforzare l'azione di questi ultimi attraverso il contributo di *whistle-blowers* degli stessi privati.

(27) ... come il cd. *Global Administrative Law*, che si pone come obiettivo programmatico quello di studiare, al di là delle relazioni tra Stati, i rapporti tra autorità pubbliche e tra autorità pubbliche e soggetti privati di diversi Stati (in senso, quindi, transnazionale) e di diversi ordinamenti e regimi nazionali e ultranazionali (in senso quindi, ultranazionale).

(28) Le forme e i limiti della partecipazione democratica nell'ordine globale sono studiate da S. Cassese nei saggi dello stesso raccolti in Id., *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Global Law Press, Siviglia, 2012, nonché da G. Sgueo, *Esperimenti di democrazia globale*, 2011.

(29) In una logica di teoria dei giochi, ad esempio, se il giudizio dello Stato responsabile avanti i giudici dello Stato delle vittime non fosse replicabile, lo Stato delle vittime sarebbe incentivato a chiedere una deroga all'immunità dello Stato responsabile, che gli consentirebbe di ottenere una riparazione. Un simile gioco è, però, replicabile, in quanto lo Stato delle vittime di oggi, che invoca deroghe all'immunità, potrebbe essere lo Stato responsabile di domani, nel qual caso invocherebbe il rispetto della immunità. In queste circostanze, nessuno Stato è, pertanto, autenticamente incentivato a chiedere deroghe all'immunità, così perpetuando l'operatività dell'istituto. Sull'applicazione degli strumenti dell'analisi economica, compresa la teoria dei giochi, al diritto pubblico, più di recente, G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economia del diritto pubblico*, Bologna, 2009.

(30) In proposito, essa afferma, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, che la disciplina dell'immunità regola l'esercizio della giurisdizione in relazione a particolari condotte, ed è, pertanto, totalmente distinta dalla disciplina sostanziale in base alla quale determinare se quella condotta sia o meno legittima (par. 58, 93 - 94, 95).

stificare la natura procedurale dell'immunità: nella grande varietà di ricostruzioni giurisprudenziali e dottrinarie, è stato, infatti, sostenuto che simile immunità sarebbe configurabile come una causa di esclusione della pena, o causa di non punibilità, come tale avente, quindi, carattere tipicamente sostanziale (31). Dall'altro lato, sul piano materiale, la Corte internazionale tralascia di considerare che l'immunità, pur avendo carattere procedurale, determina nondimeno effetti a carattere sostanziale: non potendo, infatti, agire avanti i giudici del proprio Stato, alle vittime non rimane che agire avanti quelli dello Stato responsabile, ma secondo il diritto di quest'ultimo (che può essere legislativamente modificato), o chiedere al proprio Stato di agire sul piano internazionale (giudiziario o negoziale) nei confronti dello Stato responsabile, e quindi subordinatamente alla "volontà politica" dei due Stati (che non sono tenuti ad adottare una decisione finale). In sostanza, qualificando l'immunità come istituto esclusivamente procedurale, e limitando la sfera di azione del diritto cogente alle sole controversie di diritto sostanziale, la Corte internazionale si è sottratta dalla complessa questione della compatibilità di detto istituto rispetto a simile diritto. Ma, in questo modo, essa sembra essersi esposta al rischio che gli Stati possano più agevolmente sottrarsi alla giurisdizione, ad esempio ammantando di "statualità" atti in realtà riferibili a singole persone (32), oppure introducendo nei trattati clausole di limitazione della giurisdizione della Corte internazionale, che, in quanto a carattere procedurale, non potrebbero soggiacere alle norme di diritto cogente (33).

Tra pari dignità e sovranità degli Stati, quale spazio ai diritti delle persone?

Sotto il profilo assiologico, inoltre, la Corte internazionale individua i termini della controversia nel conflitto tra i soli due principi della "pari dignità" degli Stati sovrani e della "sovranità giurisdizionale" degli Stati sul proprio territorio (34). Ma anche questa impostazione, perfettamente consona alla concezione tradizionale del diritto internazionale come diritto tra Stati, suscita alcuni interrogativi. Da un lato, la Corte internazionale non identifica come termine della controversia anche l'obbligo degli Stati di assicurare la protezione dei diritti umani delle persone ricadenti sotto la propria giurisdizione: in questo senso, si potrebbe, infatti, ammettere che l'immunità dalla giurisdizione, nel realizzare il principio di eguale sovranità degli Stati,

possa pregiudicare, oltre che il principio di sovranità territoriale, anche e soprattutto i diritti umani delle vittime di atti dello Stato responsabile. E questo soprattutto ove i mezzi di rimedio da quest'ultimo previsti non siano effettivi (35). Dall'altro lato, e conseguentemente, la Corte internazionale si astiene dal riconoscere rilievo alla discrasia temporale e materiale, dietro lo schermo dello Stato responsabile, tra gli autori degli atti e i soggetti chiamati a risponderne. Diversamente essa avrebbe potuto osservare come, per converso, le deroghe all'immunità dalla giurisdizione, nel realizzare il principio di sovranità territoriale e nell'offrire una maggiore garanzia dei diritti umani delle vittime, possa pregiudicare, attraverso la fiscalità, gli interessi patrimoniali di persone cui gli atti illeciti non sono neppure indirettamente imputabili. In definitiva, restringendo i termini della questione la Corte internazionale ha lasciato in ombra la parte forse più pregnante della controversia, che è: fino a che punto i cittadini di oggi possono essere chiamati a pagare i torti dei governi di ieri (36)?

Note:

(31) Sul tema, ancorché con riferimento alle immunità delle persone, tra gli altri, F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 1992, in part. 823, secondo il quale «la categoria dogmatica più idonea ad esprimere la moderna "essenza opportunistica" delle immunità è quella delle cause di esclusione della pena per un fatto che è, e deve essere ... considerato reato».

(32) ... ferma restando la responsabilità individuale per i crimini internazionali, oggetto del diritto penale internazionale, sul quale, estesamente, A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2008.

(33) ... come in Corte int. giust., sentenza 3 febbraio 2006, *Attività armate sul territorio del Congo (RDC c. Ruanda)*.

(34) In proposito, essa ritiene che la regola dell'immunità giurisdizionale deriva dal principio di eguaglianza sovrana degli Stati, e deve essere esaminato insieme al principio per cui ogni Stato detiene una sovranità sul proprio territorio. Le eccezioni all'immunità dello Stato rappresentano una digressione dal principio dell'eguaglianza sovrana; mentre la stessa immunità può rappresentare una digressione dal principio di sovranità territoriale e dalla giurisdizione che dallo stesso deriva. Per una rivisitazione della tradizionale nozione di sovranità nel diritto internazionale, J.H. Jackson, *Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept*, in *American Journal of International Law*, 2003, 782 ss.

(35) Sui mezzi nazionali e ultrastatali di rimedio avverso le violazioni dei diritti umani, estesamente, D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, 2005, che prende analiticamente in esame, in chiave comparata, la natura e l'efficacia dei mezzi di rimedio adottati a livello nazionale ultranazionale.

(36) È il tema affrontato, in termini di responsabilità inter-generazionale, da J. Thompson, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Injustice*, Cambridge, 2002, nonché Id., *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an Intergenerational Polity*, New York, 2009, che inquadra la questione nella più ampia riflessione, di stampo anche filosofico e sociologico, su una teoria della giustizia nel contesto inter-generazionale.

Quanto diritto e quanta politica nelle relazioni internazionali?

La Corte internazionale rinvia, poi, la soluzione delle questioni relative ai fatti contestati alla Germania alla negoziazione intergovernativa (par. 104) (37). Siffatta impostazione, profondamente radicata nella cultura del diritto internazionale, risponde, senza dubbio, all'esigenza di assicurare il buon funzionamento delle relazioni internazionali tra Stati. Ricorrendo ad essa, tuttavia, la Corte internazionale non sembra attribuire rilievo alla circostanza che la negoziazione intergovernativa può determinare, di fatto (qualora non sia raggiunto alcun accordo) o di diritto (qualora sia raggiunto un accordo bonario non soddisfacente delle pretese avanzate), una sostanziale obliterazione dei diritti delle vittime alla riparazione delle violazioni. Sviluppando questa osservazione, ci si potrebbe, allora, domandare se una simile negoziazione (con esito parzialmente estintivo) non sia, a sua volta, suscettibile di interferire con i diritti fondamentali delle persone (in particolare alla vita, al rispetto dei beni, a un processo equo e a un rimedio effettivo). E, in caso affermativo, se essa non debba perseguire un fine pubblico legittimo ed essere ragionevolmente proporzionata a tale fine. Nonché, in caso di inosservanza di questo criterio, se non sia configurabile una responsabilità degli Stati per "illegittima negoziazione internazionale" su diritti fondamentali. Un simile controllo sulla negoziazione internazionale, in ogni caso, sarebbe difficilmente attivabile: da un lato, infatti, i soggetti privati non possono adire direttamente la Corte internazionale, dall'altro lato, il cd. "potere estero" degli Stati è spesso sottratto al controllo dei giudici nazionali in ragione della insindacabilità degli "atti politici" (che si vogliono soggetti ad una forma imperfetta di controllo politico indiretto) (38).

Perché non subordinare l'immunità all'esistenza di garanzie procedurali equivalenti?

Infine, la Corte internazionale verifica l'ammissibilità di limiti all'immunità degli Stati soltanto in quanto fondati su elementi sostanziali o di merito, quali il luogo di commissione, la gravità o la riparabilità dei fatti oggetto dei procedimenti nazionali (39). Essa non prende, invece, in considerazione, quali possibili cause di deroga all'immunità, elementi a carattere latamente procedurale, come il grado di protezione giurisdizionale dei diritti umani offerto dal diritto nazionale dello Stato responsabi-

le. Ciò che le avrebbe consentito di valutare la percorribilità di alcuni sentieri giurisprudenziali inaugurati dai giudici costituzionali di taluni Stati e poi fatti propri, con i dovuti aggiustamenti, anche da taluni giudici sovranazionali, come il principio di "equivalenza". Richiamandosi a questo principio, in effetti, si potrebbe immaginare un meccanismo secondo il quale l'immunità (dello Stato responsabile) dalla giurisdizione (dello Stato delle vittime) potrebbe trovare una deroga nei casi in cui lo Stato responsabile non offrisse un sistema di protezione dei diritti umani - inclusi, quindi, i diritti delle vittime - almeno *equivalente* a quello (o comunque adeguato a quanto) richiesto dal diritto internazionale dei diritti umani (tra cui la Cedu). In questo caso, la verifica di equivalenza potrebbe essere condotta dai giudici nazionali dello Stato delle vittime sulla base delle risultanze delle attività di controllo esercitate dagli organi sovranazionali dei diritti umani competenti (tra cui la Corte europea dei diritti dell'uomo o i vari comitati delle Nazioni unite), tanto in sede giurisdizionale che amministrativa, fermo restando il controllo di ultima istanza della Corte internazionale (40). Un meccanismo di questa specie consentirebbe, forse, alla Corte internazionale di conseguire un giusto equilibrio tra le

Note:

(37) La Corte riconosce, in particolare, che la Germania è pienamente responsabile dai fatti commessi durante la seconda guerra mondiale (parr. 52, 94, 102). Pone, nondimeno, in evidenza come, se l'immunità giurisdizionale trovasse un limite nell'esistenza di mezzi alternativi per assicurare la riparazione delle vittime, ciò potrebbe ostacolare la ricerca di soluzioni bonarie, *extra-giudiziali* e *inter-governative* delle controversie della specie, nella misura una simile ricerca potrebbe essere bruscamente interrotta dall'avvio o dalla conclusione di un procedimento giudiziario avente lo stesso oggetto (par. 102).

(38) ... senza, peraltro, che una simile causa di esclusione della giurisdizione sia stata considerata in contrasto con i diritti umani. In tal senso, Corte eur. dir. uomo, sentenza 14 dicembre 2006, ricorso n. 1398/03, *Markovic e altri c. Italia*. In tema, M. Pacini, *Il diritto a un processo equo*, in *questa Rivista*, 2006, 3, 601 ss.

(39) In proposito, essa osserva come subordinare l'immunità alla gravità degli atti contestati e oggetto dei procedimenti giudiziari presenta un problema logico, in quanto essa non è solo e non tanto immunità da una condanna, ma anche e soprattutto immunità da un processo.

(40) In forza di un simile meccanismo, pertanto, i giudici dello Stato delle vittime sarebbero legittimati a giudicare sui ricorsi delle vittime avverso lo Stato responsabile soltanto se risultasse dalle risultanze dell'attività di controllo degli organismi sovranazionali sui diritti umani che quest'ultimo non offre una protezione dei diritti umani, in particolare di quelli delle vittime, almeno equivalente a quello richiesto dal diritto internazionale; nel qual caso, a fronte di eventuali condanne dello Stato responsabile, quest'ultimo potrebbe rivolgersi alla stessa Corte internazionale di giustizia, che verrebbe a pronunciarsi in ultima istanza sulla legittimità dei giudizi.

esigenze *lato sensu* procedurali connesse alla giurisdizione internazionale e quelle *stricto sensu* sostanziali relative alla protezione delle vittime; consolidando, peraltro, il proprio “controllo” sulla materia dei diritti umani, con i relativi effetti anche in termini di legittimazione internazionale (41).

Conclusioni

Ricapitolando, con la decisione in esame la Corte internazionale limita la propria sfera di cognizione ai soli procedimenti giudiziari italiani, rinviene la disciplina applicabile all'immunità nel solo diritto consuetudinario, riconduce implicitamente a quest'ultimo alcuni principi generali, fonda la ricognizione del diritto consuetudinario sulla prassi dei soli organi statali, ravvisa nell'attuale disciplina dell'immunità un punto di equilibrio tra eguale sovranità e sovranità territoriale degli Stati, rinvia infine il soddisfacimento delle pretese delle vittime alla negoziazione degli Stati. In questo modo, però, oltre a svuotare dall'interno la controversia del suo contenuto di senso (storico), la Corte internazionale si sottrae alla questione centrale del se l'immunità sia ancora compatibile con principi (costituzionali) universalmente riconosciuti; nonché, più in particolare, se simile immunità, unitamente alla negligenza degli Stati nei confronti delle vittime, non rappresenti una plateale violazione dei diritti umani. La Corte internazionale, inoltre, chiude lo sviluppo del diritto internazionale alla pratica dei soggetti sub-internazionali direttamente interessati, e accetta il rischio concreto che i diritti delle vittime siano (in tutto o in parte) sacrificati sull'altare del buon funzionamento delle relazioni internazionali. Infine, qualificando l'immunità come istituto esclusivamente procedurale, essa ne maschera gli effetti (estintivi) prettamente sostanziali sui diritti dei privati. Viene, allora, da domandarsi se, nell'asserita connotazione procedurale dell'immunità, una migliore composizione degli interessi in gioco non potesse trovarsi proprio in un *escamotage* di tipo procedurale, condizionando l'ammissibilità di deroghe all'immunità al caso in cui lo Stato responsabile non predisponga una tutela dei diritti fondamentali lesi almeno equivalente a quella prevista dalla Cedu.

Nel giungere a queste conclusioni, la Corte internazionale si profila, invero, come supremo regolatore internazionale: dei rapporti tra Stati-persona e giurisdizioni infra-statali, della ripartizione di competenze tra diritto e relazioni internazionali, del grado di compartecipazione dei (singoli) giudici nazionali alla definizione del diritto internazionale. Nell'in-

terpretare questo ruolo, tuttavia, essa sembra assumere una posizione non del tutto neutrale, per vari motivi. Innanzitutto, essa pone un freno allo sviluppo del diritto internazionale (convogliato e arenato nelle secche in una sorta di “consuetudinarismo” normativo, per cui i giudici nazionali sono dissuasi dall'attaccare la prassi consolidata in diritto, che quindi si rafforza) (42). Essa, inoltre, sembra consolidare le prerogative dei governi rispetto alla cognizione dei giudici (che non possono conoscere del potere estero né dei propri governi, tutelato dalla dogmatica dell'atto politico, né dei governi stranieri, protetti dall'immunità), nonché le prerogative dei poteri pubblici rispetto ai soggetti privati (che non possono opporsi al potere estero dei governi né tramite i propri giudici né tramite la voce delle ONG, che non influenzano il diritto consuetudinario), rischiando, persino, di favorire gli Stati più forti su quelli più deboli (ai quali, non potendo contare su giudizi ispirati alla parità delle armi processuali, non resta che cimentarsi in negoziazioni politiche intrise di disparità tra poteri negoziali). La Corte internazionale, infine, soffoca nei più angusti spazi del diritto pattizio lo sviluppo del (ben più vitale) diritto internazionale dei diritti umani (che, lungi dall'essere presi sul serio (43), sono inglobati

Note:

(41) Il ricorso a un simile criterio avrebbe, in effetti, permesso alla Corte internazionale, ferma restando l'accoglimento del ricorso della Germania (che presenta, senza dubbio, un grado di protezione dei diritti umani complessivamente rispettoso della Cedu), i) di riconoscere maggiore enfasi alla protezione dei diritti umani, così attribuendo un volto meno severo al diritto internazionale e favorendo una più rapida sutura delle ferite storiche; ii) di regolare più efficacemente i rapporti transnazionali tra diritti e giudici dei vari Stati; iii) di spingere gli Stati che non assicurino una adeguata protezione dei diritti umani ad adeguarsi, per evitare deroghe alla loro immunità; iv) di rafforzare il grado di istituzionalizzazione della stessa immunità, rendendola più accettabile alle vittime di gravi violazioni; v) infine, e conseguentemente, di rafforzare la legittimazione della stessa Corte internazionale, la quale, da un lato, potrebbe veder aumentare il numero dei ricorsi, dall'altro, verrebbe più chiaramente percepita come giudice, non solo degli Stati, bensì di tutti i soggetti del diritto internazionali.

(42) ... anche in relazione alla prassi giudiziaria di molti giudici ultranazionali di deferire/recepire dai giudici naturalmente competenti la soluzione delle questioni di diritto rilevanti per le proprie decisioni, come avviene, ad esempio, nei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte europea di giustizia. Sul tema, approfonditamente, S. Cassese, *Quando gli ordinamenti giuridici si scontrano. Dal dialogo alla cooperazione tra le corti*, in *www.irpa.eu*, nonché E. D'Alterio, *La funzione di regolazione delle corti nello spazio amministrativo globale*, Milano, 2010. Da ultimo, G. Della Cananea, *La “lingua dei diritti” nel dialogo tra le corti nazionali ed europee: permanenze o discontinuità?*, in *Dir. amm.*, 2010, 1, 85 ss.

(43) ... secondo la fortunata formula di R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1977, trad. it., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

nel diritto consuetudinario, e lasciati, quindi, in balia degli Stati), autolimitando, peraltro, la propria sfera di azione giurisdizionale, nel rinunciare al contenzioso tra Stati e giudici nazionali in tema di giurisdizione.

In definitiva, salvaguardando l'immunità, la Corte internazionale ha (riproposto e) salvaguardato il classico modello westfaliano delle relazioni internazionali. Secondo questo modello, soggetti del diritto internazionale sono soltanto gli Stati, che regolano i reciproci rapporti in base a trattati e sono soggetti a un diritto consuetudinario maggioritariamente riconosciuto, sotto la giurisdizione esclusiva (volontaria) di una corte internazionale. I privati, invece, possono vantare diritti (umani) soltanto in quanto beneficiari di obblighi internazionali assunti reciprocamente dagli Stati, e farli valere avanti i giudici nazionali soltanto nei confronti del proprio Stato (44). La previsione di deroghe all'immunità avrebbe un impatto dirompente su questo assetto. Essa equivarrebbe, infatti, ad assoggettare a controllo giurisdizionale intere aree di azione extranazionale oggi lasciate alle relazioni internazionali, ad ammettere a pieno titolo nel novero dei soggetti del diritto internazionale anche i cittadini degli Stati (in quanto parti di giudizi relativi a controversie rette dal diritto internazionale), a configurare i giudici nazionali come "giudici comuni" del diritto internazionale (e lasciando alla Corte internazionale di giustizia la potestà di statuire in ultima istanza sulla sussistenza dei presupposti per la deroga all'immunità). Così perforando definitivamente il "velo degli Stati" e risolvendo il diritto internazionale

nel diritto globale (45). Con questa sentenza, la Corte internazionale ha, per il momento, rinviato questo passo. Resta da vedere se e fino a quando i giudici nazionali (e la Corte europea dei diritti dell'uomo) continueranno a ritenere accettabile la disciplina dell'immunità, considerandola ancora compatibile con i propri sistemi costituzionali (e con l'obbligo di rispetto dei diritti Cedu) soprattutto ove lo Stato responsabile delle violazioni non offra una protezione dei diritti umani almeno equivalente a quello Cedu.

Note:

(44) ... in tal modo ostacolando la configurabilità stessa di una forma di costituzionalismo nel diritto internazionale come quella ipotizzata da A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *HILJ*, 2006, 1, 223 ss., che si concentra, in particolare, sul contributo offerto al progetto del "costituzionalismo internazionale" da C. Tomuschat, il quale, in Id., *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law*, in *Recueil des Cours*, 281, 2001, intravede nel diritto internazionale la formazione di un ordine pubblico internazionale in grado di salvaguardare efficacemente i principi e i valori universali e di risolvere i problemi globali. Per una critica al progetto proveniente dalla stessa scienza giuridica tedesca, B. Simma, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *EJIL*, 2009, 2, 265 ss. Sulla tematica, più di recente, A. von Bogdandy, S. della Valle, *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*, *International Law and Justice Working Papers*, 2008, 3.

(45) ... e rendendo così configurabile una forma di costituzionalismo ormai globale, come preconizzato da S. Cassese, *Costituzionalismo nazionale e globale*, in Id., *Oltre lo Stato*, cit., 188, secondo cui gli elementi costitutivi di una sostanza costituzionale globale sarebbero rappresentati «dalla consacrazione di alcuni diritti fondamentali, dalla delineazione di una separazione di poteri o di funzioni, dall'istituzione di un sistema di garanzie». In particolare, dei tre elementi indicati, «[i] primi sono i diritti umani [...]».