ISSN 2037-6677

Il baluardo dell'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile come limite all'affermazione dell'international constitutionalism: isolamento o consapevolezza della Corte costituzionale italiana?

di Graziella Romeo

1. – Sul terreno del diritto comparato, la sentenza della Corte costituzionale, n. 238 del 2014 rappresenta un interessante esercizio intellettuale. Per un verso, si presta ad essere analizzata sotto il profilo del rapporto tra il diritto internazionale e il diritto costituzionale, per l'altro si offre a riflessioni che attengono più immediatamente al profilo del riconoscimento, sul piano del diritto domestico, di quella specifica norma di diritto internazionale consuetudinario che è rappresentata dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile anche nell'ipotesi di violazione grave dei diritti umani.

Una parte della dottrina americana si è affrettata ad avvicinare la pronuncia della Consulta alla giurisprudenza della Corte Suprema, rivendicando addirittura la diretta influenza di quest'ultima sull'indirizzo giurisprudenziale della prima[1]. Dal canto suo, la dottrina domestica sembra isolare la prospettiva del giudice costituzionale da quella degli omologhi di altri Paesi, almeno nell'ambito della cd. *Western Legal*

[1] E. Kontorowich, *Italy adopts Supreme Court's view of ICJ authority*, in *The Washington Post*, 28 Oct. 2014, disponibile all'indirizzo Internet http://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2014/10/28/italy-adopts-supreme-courts-view-of-icj-authority/.

Tradition e con l'ovvia – dalla prospettiva europea generalmente più sensibile al dato internazionale – eccezione degli Stati Uniti, tradizionalmente restii ad accettare la prevalenza delle norme del diritto internazionale su quelle di diritto interno.

La dottrina americana, peraltro, si spinge sino ad affermare che perfino uno Stato europeo, con approccio sostanzialmente monista al diritto internazionale, riconosce finalmente la sovranità statuale nel dare seguito alle pronunce della Corte internazionale di giustizia, quasi che la sent. 238/2014 possa essere interpretata quale segnale rivelatore di una tendenza emergente nel senso del ridimensionamento della capacità del diritto internazionale di penetrare nell'ordinamento domestico[2].

Più in generale, la dottrina internazionalistica collega alla pronuncia in commento questo genere di effetto demolitorio delle potenzialità del trasformatore automatico contenuto nell'art. 10, Cost.

A questa prospettiva di analisi, che pone al centro dell'attenzione gli effetti per così dire sistemici e fattuali della decisione della Consulta[3] più ancora che il percorso argomentativo della sentenza, se ne aggiunge una ulteriore – generalmente lasciata sullo sfondo – che attiene alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile. In questo specifico ambito, la dottrina internazionalistica segnala la singolarità della ricostruzione del giudice delle leggi, rimarcandone l'incoerenza rispetto all'impianto generale delle relazioni che caratterizzano il diritto internazionale.

Proprio quest'ultimo è, invece, il piano di analisi su cui intendono muoversi queste riflessioni, le quali mirano essenzialmente a collocare la pronuncia della Corte nell'ambito della giurisprudenza e della dottrina europee e americane in materia di immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile. E per questa via provare a comprendere il portato della sentenza della Corte costituzionale.

La ragione per la quale si ritiene opportuno affrontare il tema da questa prospettiva di analisi è riconducibile alla necessità di riportare l'attenzione sul piano della questione sostanziale che è posta alla base della pronuncia, evidenziando, da

---

[2] Kantorowich sostiene infatti «it may be part of what internationalist commentators like the most – a "global judicial dialogue," in which Europe is beginning to listen to America».

[3] Sul punto v. A. Tanzi, *Sulla sentenza Cost. 238/2014:* cui prodest?, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014 e F. Fontanelli, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, disponibile all'indirizzo *Internet* www.diritticomparati.it/2014/10/i-know-its-wrong-but-i-just-cant-do-it-right-first-impressions-on-judgment-no-238-of-2014-of-the-italianconstitutional.html.

questo punto di vista, lo stretto legame che essa sembra voler innestare tra il diritto costituzionale e il diritto internazionale nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali (e in specie dei diritti umani).

Queste riflessioni, in altri termini, lasciano volutamente sullo sfondo il problema del rapporto tra ordinamenti, argomento oggetto di molte e approfondite analisi[4], pur nella consapevolezza che tale prospettiva di studio è per molti versi la più adeguata a cogliere i riflessi della pronuncia tanto sul versante domestico quanto su quello internazionale. Al contempo, però, la visuale di chi studia il rapporto tra ordinamenti è focalizzata sulla riconduzione della sentenza agli schemi dei meccanismi di interazione tra il diritto interno e quello internazionale più che sul dato della decisione sostanziale assunta dalla Corte costituzionale. Il profilo sostanziale però appare essenziale per comprendere la decisione n. 238/2014 e il problematico rapporto che essa sembra voler intrattenere con il diritto consuetudinario internazionale.

Allo stesso modo, neppure si indagheranno – sotto il profilo comparato – gli altri profili di sostanza e di metodo che emergono dalla pronuncia e che sono stati compiutamente analizzati, in chiave domestica, dalla dottrina italiana[5]: il sindacato su norme consuetudinarie preesistenti alla Costituzione, la dichiarazione di inesistenza di una norma come conseguenza della violazione di principi costituzionali fondamentali, l'utilizzo di una tecnica decisoria che produce effetti sistemici in luogo di una diversa che avrebbe contenuto tali effetti e, in particolare, evitato di produrre l' annullamento di una norma contenuta nella legge che ratifica lo Statuto delle Nazioni Unite.

La prospettiva di elezione è specificamente quella dei diritti, nel tentativo di portare alla luce il significato della sentenza nel senso della valorizzazione della

---

[4] V. P. Faraguna, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali, 2014.*

[5] V. A. Ruggeri, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014 e Id., *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali possibili "seguiti" della 238 del 2014?*, in *Consulta on line*, 2015, disponibile all'indirizzo *Internet* www.giurcost.org/studi/ruggeri45.pdf e M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, scritto destinato agli *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. V. inoltre P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, disponibile all'indirizzo *Internet* www.diritticomparati.it/2014/10/una-sentenza-auspicabilmente-storica-la-corte-limita-l'immunit%C3%A0-degli-stati-esteri-dalla-giurisdizion.html.

dimensione costituzionale del diritto internazionale, nel senso cioè dell'*international constitutionalism*[6]. Queste riflessioni, dunque, guardano alla tecnica di limitazione del potere statuale più che alla vocazione (nel senso di apertura) internazionale del diritto costituzionale.

2. – Se si volge lo sguardo alle altre esperienze nazionali di ambito europeo, è facile constatare come la norma che afferma l'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile sia generalmente interpretata come operativa anche nelle ipotesi di violazione grave dei diritti umani. Al contempo, emergono tuttavia almeno due tendenze: per un verso, quella di circoscrivere puntualmente le ipotesi di ricorso allo strumento dell'immunità giurisdizionale; per l'altro, quella di evidenziare l'esistenza di una accresciuta sensibilità della comunità internazionale al tema dei diritti umani e, in particolare, della loro giustiziabilità.

2.1 – In questa prospettiva, per esempio, ragiona il *Bundesverfassungsgericht*[7] che riconosce l'immunità dalla giurisdizione per tutte le condotte *iure imperii*, quand'anche esse consistano in violazioni dei diritti umani commesse dal regime dal *Reich*. In una pronuncia del 2006, infatti, il Tribunale costituzionale federale ha affermato che il riconoscimento della *State immunity* non solleva problemi di compatibilità con la Legge Fondamentale dal momento che l'art. 135a, c. 1, n. 1 deve essere interpretato nel senso che l'obbligazione risarcitoria debba essere esaminata sulla base del diritto vigente al momento in cui i fatti lesivi sono stati compiuti. In altri termini, come il Tribunale aveva già avuto modo di rilevare[8], l'evoluzione del diritto internazionale e, in particolare, dei diritti umani con il conseguente riconoscimento della soggettività internazionale del singolo non possono determinare un mutamento di prospettiva e dettare una conclusione diversa. D'altra parte, l'art. 3 della IV Convenzione de L'Aja, che statuisce la responsabilità risarcitoria della parte belligerante che violi le norme convenzionali, non costituisce una norma *self-executing* e dunque non attribuisce al singolo un diritto soggettivo azionabile in giudizio.

In altri termini, le azioni di risarcimento del danno devono essere indirizzate dai cittadini stranieri al loro Stato di appartenenza, il quale potrebbe regolare le

[6] V. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, in 47 *Harvard Int'l L.J.*, 223 (2006).
[7] Cfr. 2 BvR 1476/03, del 15 febbraio 2006.
[8] Cfr. 2 BvL 33/96, del 13 maggio 1996.

responsabilità storiche sulla base di trattati bilaterali. Peraltro, secondo i giudici costituzionali ciò non si pone in violazione dell'art. 25 della Legge Fondamentale, che colloca le regole generali del diritto internazionale in cima alla gerarchia delle fonti primarie del diritto, dal momento che non è ritenuta esistente una norma generalmente riconosciuta nel diritto internazionale che obbliga gli Stati ad assicurare parità di trattamento tra cittadini e non cittadini.

La tesi è poi ribadita con riferimento alla responsabilità della Repubblica federale di Germania per l'omicidio e la violazione dell'integrità fisica di civili durante la guerra del Kosovo[9]. I giudici costituzionali affermano che non esiste, nel diritto internazionale, una norma generalmente riconosciuta che ammetta l'azione individuale di risarcimento del danno per violazione del diritto internazionale umanitario avverso allo Stato responsabile. Al contrario, è lo Stato di appartenenza del singolo che può agire contro lo Stato ritenuto colpevole della violazione[10].

La giurisprudenza della Corte di cassazione francese[11], invece, si concentra più specificamente sulla necessità di circoscrivere le nozioni di *acta iure imperii* e di *acta iure gestionis*. In particolare, in una pronuncia del 2003, la Corte ha individuato i primi ricorrendo al criterio della partecipazione dell'atto all'esercizio della sovranità statale, così chiarendo che l'invocazione dell'immunità deve essere ricollegata al compimento di un atto che esprime la dimensione sovrana, cioè le prerogative di potere pubblico dello Stato. Ne consegue che lo scudo immunitario non possa essere fatto valere di fronte ai casi in cui lo Stato agisce come soggetto privato[12].

L'argomentazione svolta dalla *Court de cassation* resiste anche nelle ipotesi in cui i ricorrenti lamentino la violazione delle convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani[13]. La non applicazione dell'immunità può discendere semmai dall'esistenza di un trattato bilaterale che escluda il ricorso all'immunità da parte del Paese responsabile della violazione produttiva di un danno risarcibile[14]. La posizione della Corte, del resto, non muta neppure quando in questione vi sia una condotta di

---

[9] 2 BvR 2660/06/2 BvR 487/07, del 13 agosto 2013.

[10] La tesi è peraltro costantemente seguita dalla giurisprudenza di merito di tutti i gradi: cfr. Corte distrettuale di Bonn, I 0358/95, del 23 giugno 1997; Corte d'Appello di Colonia, III ZR 245/98 dell'8 agosto 1998.

[11] Cfr. Cour de cassation, Ch.. mixtes, sent. n. 00-45.630 del 20 giugno 2003.

[12] Cfr. Cour de cassation, Ch. mixtes, sent. n. 20 giugno 2003, cit.

[13] Cour de cassation, 1°Ch. civile, sent. n. 03-41851 del 2 giugno 2004.

[14] Cour de cassation, 1° Ch. civile, sent. n. 02-45961 del 16 dicembre 2003 e 1° sez. civile, n. 04-47504 del 3 gennaio 2006.

stampo terroristico. Così, nell'azione di risarcimento del danno intentato dagli aventi causa delle vittime dell'attentato del settembre 1989 al volo in servizio da Brazaville-Parigi, i giudici francesi hanno riconosciuto l'immunità giurisdizionale della Libia, ritenuta alla stregua di una norma consuetudinaria di radicata applicazione nel diritto internazionale non eludibile dalla natura di *ius cogens* della norma violata[15].

L'orientamento della Corte di cassazione francese è spiegato da alcuni autori[16] sulla base della tendenza del giudice di legittimità a inquadrare il tema dell'immunità degli Stati attraverso l'impiego del criterio oggettivo o formalista ovvero del criterio finalista. Nel primo caso, la condotta sarebbe classificabile sulla base della natura intrinseca dell'atto impugnato e della procedura relativa alla sua formazione. Nel secondo caso, invece, la riconduzione alla categoria degli atti iure imperii, coperti da immunità, dipende dall'accertamento dell'obiettivo perseguito dall'autore dell'atto, il quale deve qualificarsi come compiuto nell'interesse del servizio pubblico. La commissione di un atto terroristico, così come di atti in aperta violazione dei diritti umani è difficilmente inquadrabile nelle categorie menzionate e, secondo parte della dottrina, tale circostanza spinge la Corte di cassazione ad assumere decisioni ambigue in cui il conflitto tra due norme del diritto internazionale, l'una di *ius cogens* e l'altra di diritto consuetudinario, è risolto con un'affermazione generica delle prerogative della sovranità statale.

2.2 – Se con riferimento alle immunità dall'esercizio della giurisdizione penale il Regno Unito ha affermato che gli atti di tortura, al pari degli altri atti consistenti nella commissione di crimini internazionali, non possano essere inquadrati nella categoria degli atti coperti da immunità funzionale del Capo dello Stato[17], il tema

---

[15] Cour de cassation, 1° Ch. civile, n. 09-14.743 del 9 marzo 2011. Invero, allo Stato Libico non era imputata la commissione dell'atto, quanto la sua facilitazione, determinata dalla circostanza per cui esso aveva rinunciato ad accertare e perseguire le responsabilità.

[16] Sul p.to v. in particolare O. Bachelet, *Droit d'accès au juge (art. 6 §1 CEDH): immunité de juridiction civile des Etats et terrorisme*, in *La Revue des Droits de l'Homme, CREDOF-Paris Ouest Nanterre-La Défense*, 2011, disponibile all'indirizzo *Internet http://revdh.org/2011/03/19/droit-dacces-au-juge-art-6-§-1-cedh-immunite-de-juridiction-civile-des-etats-et-terrorisme/*. Secondo l'A., la posizione della Corte si pone «à contre-courant de l'évolution récente du droit international public». Inoltre, la soluzione patrocinata deve essere censurata in ragione della contraddizione insita nell'affermare contestualmente da un lato, che lo Stato libico non poteva essere ritenuto responsabile per la commissione di un illecito e, dall'altro, che esso ne aveva però consapevolmente agevolato la commissione.

[17] Cfr. le sentenze relative al caso Pinochet: *House of Lords: Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (Pinochet I)*, 3 W.L.R. 1456 (H.L. 1998), del 25 novembre 1998; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex Parte Pinochet Ugarte (Pinochet II)*, 2 W.L.R. 272 (H.L. 1999), del 15 gennaio 1999; *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the*

delle immunità dall'esercizio della giurisdizione civile sembra caratterizzarsi assai diversamente. L'argomentazione della House of Lords nel noto caso *Jones*[18] si muove lungo binari affini a quelli della Corte di cassazione francese. Sebbene riconoscano la natura di *ius cogens* delle norme relative alle violazioni in contestazione (divieto di tortura e di atti inumani e degradanti), i *Law Lords* ritengono che la *State immunity* rappresenti un ostacolo procedurale insuperabile all'azionabilità in giudizio, nel foro dello Stato estero, della responsabilità civile per risarcimento del danno derivante dalla violazione del diritto umano. Tali violazioni, dunque, devono trovare forme di compensazioni in sedi diverse da quella giudiziale[19].

Dall'altra parte dell'Oceano, la categoria degli atti coperti dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, pur coincidendo in via generale con quella elaborata dalle Corti europee, si presta a sviluppi in parte diversi, in buona parte determinati dall'espresso riconoscimento della dimensione politica delle decisioni in questo ambito del diritto. Così, in Canada lo *State Immunity Act*[20] consente la non applicazione della regola sull'immunità dello Stato straniero responsabile di azioni od omissioni che abbiano determinato danni personali o materiali, nel caso in cui tali danni si siano prodotti in territorio canadese[21]. L'interpretazione di questa norma è stata al centro della decisione *Estate of the Late Zahra Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al.*[22]. Il caso concerne la vicenda di una giornalista e fotografa di cittadinanza canadese arrestata e torturata in Iran dagli agenti di pubblica sicurezza che la trattenevano in custodia. Il figlio adisce una corte canadese per ottenere la condanna al risarcimento del danno delle autorità iraniane responsabili delle violenze e, in ultimo, della morte della madre. La *Court of Appeal* dell'Ontario esclude la non applicazione della regola sull'immunità sulla base della circostanza per cui gli eventi

---

Metropolis and Other, Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others, Ex Parte Pinochet (Pinochet III), 2 W.L.R. 827 (H.L. 1999), del 24 marzo 1999.

[18] *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and another (Secretary of State for Constitutional Affairs and others); Mitchell and others v. Al-Dali and others*, [2006] UKHL 26, del 14 giugno 2006.

[19] Del resto, anche dal diritto vivente emergeva tale orientamento. Infatti, le corti di merito (v. *Queen's Bench Div., Sulaiman Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others (No. 2)*, [1995] 103 ILR 420 del 3 maggio 1995 e Court of Appeal, Civ. Div., *Al-Adsani v. Government of Kuwait and Others (No. 2)* [1996] 107 ILR 536 del 29 marzo 1996) avevano interpretato lo *State Immunity Act 1978* nel senso di non prevedere l'esclusione dell'immunità statale nelle ipotesi di violazione di norme di *ius cogens*.

[20] R.S.C. 1985, c. S-18.

[21] Cfr. art. 6.1 *State Immunity Act*, 1985.

[22] V. 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 del 10 ottobre 2014.

lesivi si sono prodotti al di fuori dai confini canadesi[23]. Al contrario, la *Superior Court of Quebec*[24], con una pronuncia poi confermata dalla *Court of Appeal of Quebec*[25], accoglie il ricorso del figlio per il fatto che i danni morali a suo carico si sono prodotti in Canada, ove egli risiedeva al momento della morte della madre.

La Corte Suprema accoglie la tesi della Court of Appeal ed esclude che la norma sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile per gli atti *iure imperi* possa essere disapplicata nell'ipotesi di violazione del divieto di tortura. Il ragionamento della Corte si articola su due livelli. Il primo attiene al riconoscimento del carattere di *ius cogens* del divieto di tortura, che ripugna all'ordinamento internazionale e a quello nazionale, come testimoniato dal tenore della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* e dall'adesione canadese alla Convenzione delle Nazioni unite contro la tortura. Il secondo invece attiene all'operatività di questo divieto posta la coesistenza, nell'ordinamento giuridico internazionale, di norme che consentano agli Stati di avvalersi di "procedural bar " rispetto all'esercizio della giurisdizione e, soprattutto, in ragione dell'espressa scelta politica contenuta nello *State Immunity Act*. In modo non dissimile dai *Law Lords*, infatti, i giudici supremi canadesi insistono sul tenore letterale della legge e concludono nel senso che il legislatore non abbia inteso riconoscere l'eccezione alla regola sull'immunità nel caso di violazione dei diritti umani. Al contrario, il libero apprezzamento del Parlamento si è orientato nel senso di consentire l'attivazione del blocco procedurale delle azioni di risarcimento del danno intentate contro uno Stato straniero anche per ragioni legate alle scelte di politica estera dello Stato[26]. Il Collegio rispetta tale scelta pur nel riconoscimento da un lato della natura di *ius cogens* delle violazioni in contestazione e, dall'altro, dell'impegno canadese ad affermare i valori sottesi al divieto di tortura[27]. In altri termini, spetta al legislatore chiarire se la tortura possa essere qualificata come "unofficial act" che consente l'attivazione di una giurisdizione universale, dai potenziali ed evidenti effetti sulle relazioni internazionali del Canada[28].

---

[23] Bouzari et al. V. Islamic Republic of Iran, del 30 giugno 2004.
[24] Kazemi v. Islamic Republicof Iran, del 25 gennaio 2011.
[25] *Islamic Republic of Iran v. Hashemi*, del 15 agosto 2012.
[26] V. p.to 46 della sent. citata nel testo: «Canada has made a choice to uphold state immunity as the oil that allows for the smooth functioning of the machinery of international relations».
[27] Cfr. p.ti 46-53 della sent. citata nel testo.
[28] Nelle parole del giudice redattore Le Bel: «Parliament has given no indication whatsoever that Canadian courts are to deem torture an "unofficial act" and that a universal civil jurisdiction has been created allowing foreign officials to be sued in our courts. Creating this kind of jurisdiction

Le corti di merito statunitensi mostrano un approccio più articolato[29]. Infatti, accanto ai casi di riconoscimento del risarcimento del danno, reso esecutivo da un apposito *order* presidenziale[30], coesiste un orientamento giurisprudenziale incline a riconoscere l'operatività della *State Immunity*[31]. Nondimeno, siffatto riconoscimento dipende quasi sempre dall'esistenza di un provvedimento legislativo che disponga il risarcimento del danno per violazione dei diritti umani[32] ovvero dalla conclusione di un accordo internazionale di esclusione della giurisdizione domestica[33]. In altri termini, l'applicazione della norma relativa all'immunità degli Stati è tendenzialmente oggetto di una valutazione articolata che prende in esame l'esistenza di rimedi alternativi a disposizione delle vittime di violazioni dei diritti umani.

La Corte Suprema, dal canto suo, ha precisamente delimitato l'ambito di applicazione del *Foreign Sovereign Immunities Act*[34], la legge che disciplina l'immunità degli Stati stranieri. Nella decisione nel caso *Samantar v. Yousuf*[35], infatti, il Collegio ha chiarito che una lettura teleologicamente orientata del provvedimento legislativo esclude che possa attribuirsi al legislatore la volontà di estendere l'applicazione dell'immunità giurisdizionale dallo Stato ai suoi ufficiali ed agenti. Nel silenzio della legge, occorre dunque fare riferimento ai principi del *common law* che governano i casi in cui la contestazione delle vittime di violazioni dei diritti umani siano dirette ad individui, che hanno ricoperto posizioni apicali in governi stranieri, residenti negli Stati Uniti. In altri termini, i giudici supremi istituiscono un regime binario in cui l'immunità degli Stati è regolata compiutamente dalla legge, mentre l'immunità degli individui trova le sue fonti di regolamentazione nel *corpus* del *common law*. Peraltro, la

---

would have potentially considerable impact on Canada's international relations. This decision is to be made by Parliament, not the courts».

[29] Forse anche in ragione dell'influenza della dottrina dei cd. *Constitutional Torts*, su cui v. K. Cooper Stephenson, *Theoretical Underpinning for Reparations. A Constitutional Tort Perspective*, in 22 *Windsor Y. B. Access Justice*, 3 (2003).

[30] V. Court of Appeal for the District of Columbia, *Hill v. Republic of Iraq*, 175 F. Supp. 2d 36 (D.D.C. 2001).

[31] V. Court of Appeal for the District of Columbia *Acree v. Republic of Iraq*, 370 F.3d 41 (D.C.C. 2004). La Corte applica l'immunità giurisdizionale al governo iracheno, escludendone il ricorso per i soli dipendenti, ufficiali ed agenti del governo straniero.

[32] V. District Court for the District of Columbia, *Flatow v. Iran*, 999 F. Supp. 1 (D.D.C. 1998). In dettaglio, si tratta *Victims of Trafficking Violence Protection Act 2000*, Publ. L. 106-386.

[33] V. Court of Appeal for the District of Columbia, *Roeder v. Islamic Republic of Iran*, 333 F.3d 228 (D.D.C. 2003).

[34] 28 U.S.C. Part IV, Ch. 97, § 1602-1611.

[35] 130 S. Ct. 2278 (2010). Su cui v. M. Gutman, *Foreign Sovereign Immunity: Is the FSIA Ineffective, or is It Politics as Usual?* , in 23 *Fla. J. Int'l L.* 125 (2011).

Corte non è andata oltre, rimandando interamente al giudice di Distretto l'apprezzamento circa l'esistenza di un principio di *common law* che escluda la giurisdizione anche rispetto alla posizione del convenuto-persona privata.

La pronuncia è stata interpretata da parte della dottrina come la manifestazione d'esordio di una teoria articolata dell'immunità degli Stati che tenderebbe a non proteggere dall'esercizio del potere giurisdizionale coloro che abbiano perpetrato serie violazioni dei diritti umani, eccetto che nei casi in cui tale esercizio interferisca pericolosamente con gli indirizzi o gli obiettivi di politica estera dell'esecutivo[36]. Altra parte della dottrina[37] si mostra invece meno ottimista e ritiene che la pronuncia possa solo generare l'effetto di lasciare le corti di merito nell'incertezza sui principi di diritto applicabili e, soprattutto, di consentire il richiamo selettivo all'interno del *common law* di quei principi che ammettono la protezione immunitaria anche dei singoli rispetto all'esercizio della giurisdizione civile e penale.

L'ambiguità della soluzione, in effetti, emerge dall'assenza di una disamina dei principi di *common law* in materia di immunità, in assenza della quale le corti inferiori potrebbero sviluppare soluzioni contradditorie in un ambito del diritto statunitense tradizionalmente costellato di indirizzi incoerenti. La ragione risiede, con ogni probabilità, nella consapevolezza che la Corte mostra di possedere circa la natura ineludibilmente politica del tema della *State Immunity*[38]. Esiste, in altri termini, un evidente legame tra l'invocazione dell'esclusione della giurisdizione civile da parte di uno Stato straniero e l'opportunità politica – il cui apprezzamento resta prerogativa del potere esecutivo, rispetto al quale le corti non possono che mostrare *deference* – del suo riconoscimento. Tale connessione spiega, al contempo, l'atteggiamento ondivago delle corti di merito e la cautela mostrata dalla Corte Suprema.

3. – Resta da chiedersi come si inquadri, nel contesto del diritto comparato, la sentenza della Corte costituzionale con cui è resa inoperativa nell'ordinamento

---

[36] S.B. Shinerock *Samantar v. Yousuf: Recent Developments in the Laws Governing Civil Torture Claims in U.S. Courts*, in 17 *Buff. Hum. Rts. L. Rev.* 155 (2011) e, sulla stessa linea di pensiero, v. inoltre A. Edmonds, *No More Free Passes: Yousuf v. Samantar and the Foreign Sovereign Immunities Act*, in 88 *N.C. L. Rev.* 1448 (2009-2010).

[37] T.E. Donahue, *Samantar v. Yousuf: A False Summit in American Human Rights Civil Litigation*, in 34 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 29 (2011) e S. Knuchel, *Samantar v Yousuf: Narrowing the Prospects for Human Rights Litigation against Foreign Officials?*, in 11 *Hum. Rts. L. Rev.* 152 (2011).

[38] Sul punto v. L. Manns, *An Unusual Separation of Power Episode: Samantar v. Yousuf and the Need for the Executive Branch to Assert Control over Foreign Official Sovereign Immunity Determinations*, in 20 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 956 (2011-2012).

italiano la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile nelle ipotesi di violazioni dei diritti dell'uomo. La pronuncia non si segnala solo per l'originalità del risultato, ovvero il ribaltamento delle conclusioni che le altre Corti europee traggono dall'analisi del diritto internazionale. Essa esprime soprattutto "l'ambizione" di contribuire al mutamento del diritto internazionale consuetudinario nella convinzione che la norma che riconosce l'immunità degli Stati – e che beneficia di un'accezione ampia della nozione di *acta iure imperii* – manifesti una visione parziale e superata dell'ordinamento internazionale[39].

Ora, questo profilo non è affatto secondario per almeno due ragioni. In primo luogo, tale "ambizione" intercetta una diffusa consapevolezza della giurisprudenza di rilevanza costituzionale europea e nordamericana[40] circa le conseguenze che la codificazione dei diritti umani[41] e, soprattutto, la loro giustiziabilità presso i fori internazionali specializzati dovrebbe produrre sull'ordinamento internazionale nel suo complesso, non solo nel senso dei suoi radicati sistemi di funzionamento, ma più ancora sui meccanismi di rilevazione del diritto internazionale applicabile. In secondo luogo, essa coglie e valorizza le aperture della giurisprudenza della Corte EDU che, pur confermando l'applicazione della *State Immunity*, aveva interpretato la norma consuetudinaria come materia particolarmente sensibile e soggetta a costante evoluzione[42].

---

[39] Cfr. Corte Cost. sent. 238/2014, cons. dir. 3.3: «La norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati, in origine assoluta in quanto comprensiva di tutti i comportamenti degli Stati, in tempi meno remoti, ossia nella prima parte del secolo scorso, è stata oggetto di un'evoluzione progressiva dovuta alla giurisprudenza nazionale della maggior parte degli Stati, fino alla individuazione di un limite negli acta iure gestionis, formula di immediata comprensione». Sull'interpretazione della norma sull'immunità degli Stati nel periodo che precede la seconda guerra mondiale v. H. Lauterpacht, *Règles générales du droit de paix*, in *Recueil de cours de l'Académie de droit international*, IV, vol. 62, 95 ss. e A. Verdross, *Forbidden Treaties in International Law*, in 31 *Am. J. Int'l L.*, 571 (1937).

[40] Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvR 1476/03, cit. *supra* nt. 7; Corte suprema canadese, *Estate of the Late Zahra Kazemi, et al. v. Islamic Republic of Iran, et al*, cit. *supra* nt. 22.; House of Lords, *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, cit. *supra* nt. 18. A cui si aggiungono naturalmente le sentenze delle corti italiane, tra le quali devono essere menzionate: Corte cass., Sez. unite, sent. n. 50444 dell'11 marzo 2004, *Ferrini*; Sez. unite, sent. n. 14201 del 19 maggio 2008, *Mantelli*. Cfr. inoltre Corte cass., sent. n. 14199 del 29 maggio 2008, *Repubblica Federale di Germania c. Amministrazione regionale della Vojota*, con la quale la Suprema Corte dichiara l'efficacia della sentenza della Corte di cassazione greca che aveva condanna la Germania al pagamento delle spese processuali in relazione alla domanda di indennizzo proposta dagli eredi delle vittime di un eccidio di civili compiuto dalle forze armate tedesche nel territorio greco durante la seconda guerra mondiale,

[41] V. su questo aspetto: C. Whytock, *Foreign State Immunity*, in 93 *Boston Univ. L. Rev.*, 2033 (2013).

[42] Cfr. *Jones e al. v. UK*, App. n. 34356/06 e 40528/06, del 14 gennaio 2014.

La posizione della Corte costituzionale, dunque, è isolata ma non "chiusa" o non dialogante rispetto alle altre istanze, nazionali e sovranazionali. L'isolamento nasce soprattutto dalla scelta di far seguire alla constatazione della non generalizzata accettazione della norma sull'immunità assoluta degli Stati la declaratoria di incostituzionalità della norma che rispecchia la consuetudine internazionale.

Quando cioè si tratta di verificare la violazione dell'art. 24, Cost. la Corte argomenta assai sinteticamente il bilanciamento operato tra la compressione del diritto e gli altri interessi costituzionalmente rilevanti. Al contrario, interpreta l'applicazione della norma sull'immunità degli Stati come una negazione totale (potremmo dire un'inammissibile deroga) al diritto al ricorso giurisdizionale, senza menzionare possibili soluzioni alternative per garantire un'adeguata riparazione dei danni subiti in seguito alla violazione dei diritti umani.

Diversamente detto: la scelta sembra essere stata quella di non percorre la strada di contemperamento tra diritti fondamentali e interessi costituzionalmente rilevanti, tra i quali deve essere annoverato quello di preservare le buone relazioni internazionali dello Stato italiano[43], rivolgendo eventualmente un monito al Parlamento nel senso di adottare provvedimenti legislativi in grado di dare soddisfazione alla pretesa risarcitoria vantata dalle parti.

L'eccezionalità della decisione non risiede nell'evidenziare la contraddittorietà della norma sulla *State immunity* rispetto all'impianto complessivo del diritto internazionale del secondo dopoguerra, quello influenzato dal costituzionalismo e dal movimento dei diritti umani.

L'isolamento della Corte è semmai nella scelta di utilizzare l'arma dei "controlimiti", cioè di determinare ripercussioni sul piano dei rapporti tra ordinamenti e, allo stesso tempo, sul piano delle fonti, predicando l'inesistenza di una consuetudine internazionale che entra (o dovrebbe entrare) nell'ordinamento attraverso il trasformatore permanente contenuto nell'art. 10, Cost. Infatti, la decisione dei giudici costituzionali si radica nella violazione dell'art. 24, inammissibilmente sacrificato dall'operare della barriera procedurale dell'immunità, ma "dimentica" il legislatore[44] a cui spetterebbe il compito di assicurare, per altra

[43] Sul p.to v. l'intervento di V. Onida nell'ambito del volume A. Bardusco, M. Cartabia, M. Frulli, G.E. Vigevani, *Immunità costituzionali e crimini internazionali*, Milano, Giuffrè, 2008, 251.

[44] Su questo p.to v. M. Luciani, *Op. cit.*, 15, il quale rileva come la Corte sembri identificare l'effettività dei diritti con la loro giustiziabilità in concreto. Da questo punto di vista, la Consulta

via, la garanzia dell'effettività del diritto al risarcimento del danno vantato dalle vittime[45].

4. – L'intera vicenda dell'applicazione della norma sull'immunità degli Stati dall'esercizio della giurisdizione civile rivela la collisione tra due concezioni del diritto internazionale e, in particolare, della sua relazione con la *human rights theory*.

L'una incentrata sull'idea per cui il diritto internazionale si indirizza agli Stati e aspira a regolare i rapporti sovrani nell'ottica del mantenimento dell'ordine internazionale; l'altra incline a riconoscere la vigenza di norme superiori, espressione di valori condivisi nella comunità internazionale, capaci di determinare la disapplicazione anche delle consuetudini ad esse contrarie.

Quest'ultima concezione coincide con il cd. *International Constitutionalism*[46], espressione con la quale si intende sintetizzare la verticalizzazione del diritto internazionale[47] nel senso del riconoscimento, nella comunità internazionale, di elementi che consentono di predicare una gerarchizzazione delle norme che compongono questo ordinamento giuridico.

La teoria dei diritti umani produce, insomma, un mutamento nel diritto internazionale[48] in due diverse prospettive. Per un verso, modifica i meccanismi di rilevazione del diritto, ridimensionando il peso della prassi statuale nell'accertamento

---

pare aderire alla nozione di "diritto" propria della dottrina anglosassone: cfr. B. Celano, *I diritti nella* jurisprudence *anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, 2001, 1 ss.

[45] Come del resto è avvenuto rispetto ad altre violazioni sistematiche dei diritti umani, perpetrate dalle forze armate di Paesi stranieri durante il secondo conflitto mondiale, in particolare nel caso delle cd. "marocchinate", i crimini compiuti nel Lazio meridionale dalle forse franco-marocchine nel maggio del 1944: sul p.to v. G. Speciale, *Il risarcimento dei perseguitati politici e razziali: l'esperienza italiana*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, ES, 2012, 117. La riparazione dei danni morali e materiali subiti dai perseguitati da parte del regime fascista è stata affidata alla legislazione ordinaria e, in particolare, alla cd. legge Terracini (l. n. 96 del 10 marzo 1955). Sul punto v. S. Falconieri, *Riparare e ricordare la legislazione antiebraica: la reviviscenza dell'istituto della discriminazione (1944-1950)*, in G. Resta, V. Zeno-Zencovich, *Riparare, risarcire, ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, cit., 139 ss. Su questi aspetti sia consentito rinviare a G. Romeo, *Looking back in anger and forward in trust: the complicate patchwork of the damages regime for infringements of rights in Italy*, in E. Baginska (ed.), *The damages regimes for infringements of human rights*, Berlin, Springer, 2015, in corso di stampa.

[46] Sull'orinaria elaborazione di questa teoria v. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, cit., 223 e C. Tomuschat, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, in 281 *Recueil des Cours* 10, 25 (1999).

[47] In questo senso v. R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, 277.

[48] Cfr.B. Simma, *International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV.2, 1993, 155 ss.

delle consuetudini e valorizzando il dato della condivisione di valori e principi all'interno della comunità degli Stati. Per l'altro, la teoria dei diritti dell'uomo modifica le metodologie impiegate per lo studio del diritto internazionale, sia nel senso della teorizzazione del metodo del bilanciamento dei valori anche nella giurisprudenza delle corti internazionali, sia nel senso della concettualizzazione della gerarchia delle norme del diritto internazionale[49].

L'*International Constitutionalism*, insomma, impiega il linguaggio e le tecniche del diritto costituzionale per evidenziare tre elementi di "costituzionalizzazione" del diritto internazionale: a. il ricorso a norme condivise con la finalità essenziale di limitare il potere degli Stati; b. la definizione di un gruppo di norme e principi superiori; c. la compresenza del principio di sovranità (libera ed eguale) degli Stati e del principio di legittimazione del potere statuale[50].

La posizione espressa dalla Corte costituzionale sembra coerente con questa concezione del diritto internazionale, che assume la protezione dei diritti umani come finalità dell'ordinamento delle Nazioni. In altri termini, è congruente rispetto alle tesi di chi sostiene l'opportunità di risolvere le antinomie tra il diritto consuetudinario classico e il diritto dei diritti umani nel senso del non confinamento di questi ultimi nei sistemi normativi cd. *self-contained*, isolati e non comunicanti rispetto alle altre norme del diritto internazionale generale[51].

Soprattutto, essa sembra porsi in una linea di continuità con le tesi di Tomouchat e von Bogdandy che interpretano la codificazione internazionale dei diritti umani come un evento in grado di scuotere dalle fondamenta l'edificio del diritto internazionale classico, determinando la necessità di incardinare le norme prodotte all'interno di questo ordinamento giuridico nella *Grundnorm* costituita dai valori condivisi dalla comunità internazionale.

Tuttavia, questa teoria nell'applicazione di una Corte costituzionale finisce necessariamente per risolversi nello strumento dei controlimiti, nel rifiuto cioè per l'ingresso di una norma consuetudinaria che pretende di derogare alla garanzia

---

[49] Su questi aspetti v. più diffusamente: R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, cit., 275 ss.

[50] La tesi non è condivisa da ampia parte della dottrina internazionalistica: *ex multis* v. M. Koskenniemi, *International Law in Europe: Between Tradition and Renewal*, in 16 *Eur. J. Int'l. L.* 116, 121 (2005).

[51] V. R. Pisillo Mazzeschi, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica*, cit. 279 ss.

effettiva dei diritti. Non potendo evidentemente operare un raffronto tra la norma consuetudinaria e lo *ius cogens*, non potendo cioè risolvere l'antinomia tra due fonti esterne all'ordinamento interno in termini diversi da quelli impiegati dalla Corte internazionale di giustizia[52], la Consulta non può far altro che rifiutare l'ingresso della norma consuetudinaria alla luce dei principi costituzionali. Insomma, se la gerarchia all'interno delle norme del diritto internazionale non funziona, se cioè non funziona la tendenza delle corti internazionali ad articolare un sistema inter-costituzionale[53], le soluzioni domestiche rischiano di chiudere la porta al diritto internazionale nello stesso momento in cui tentano di evidenziarne la mancata piena realizzazione.

D'altra parte, sebbene i teorici dell'*International Constitutionalism* sottolineino l'importanza della dimensione costituzionale dei diritti umani, radichino cioè la costruzione di un diritto internazionale nuovo sulla pratica democratica degli Stati che compongono la comunità internazionale, il ruolo delle istituzioni internazionali resta, da questa prospettiva di ricerca, essenziale e non surrogabile dalle Corti domestiche[54].

Così, l'effetto propulsivo, nelle dinamiche di evoluzione del diritto internazionale, della sentenza della Consulta è dimezzato per un verso dalla diversa impostazione delle corti internazionali, tra cui soprattutto la Corte EDU, per l'altro per l'apertura di uno squarcio nei rapporti inter-ordinamentali, con effetti a cascata tendenzialmente imprevedibili.

Se il diritto comparato è in grado di suggerire qualcosa in un *hard case* come quello in commento è, dunque, che una soluzione pragmatica sarebbe stata, forse, più efficace.

---

[52] Com'è noto la Corte internazionale di giustizia risolve l'antinomia chiarendo che non può prodursi un contrasto tra una norma (quella di natura consuetudinaria sull'immunità degli Stati) di tipo procedurale e una di tipo sostanziale (quella di *ius cogens*), operando le due norme su terreni distinti. Cfr. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening),* Judgment, I.C.J. Reports 2012, 99 ss., p.to 93.

[53] V. A. Ruggeri, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *Rivistaaic*, 2013, reperibile all'indirizzo *Internet* http://www.rivistaaic.it/salvaguardia-dei-diritti-fondamentali-ed-equilibri-istituzionali-in-un-ordinamento-intercostituzionale.html.

[54] Cfr. A. von Bogdandy, *Constitutionalism in International Law*, cit., 229 ss.