

***Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali.
Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014****

***Andrea Guazzarotti**
(5 novembre 2014)***

La Cassazione nel 2004 ha tentato di avvalorare una consuetudine internazionale per cui i diritti inviolabili dell'uomo devono poter ottenere una garanzia giurisdizionale in caso di violazioni gravi, quali quelle rappresentate dai crimini contro l'umanità. Il precipitato di tale principio sarebbe quello di derogare alla regola, anch'essa consuetudinaria, dell'immunità civile degli Stati dalla giurisdizione domestica di un altro Stato per gli atti *jure imperii*, laddove tali atti consistano, appunto, in crimini di contro l'umanità perpetrati sul territorio dello Stato del foro (Cass. SS.UU. civ., n. 5044/2004 e n. 14202 del 2008).

Nella ricognizione dei materiali rilevanti sul piano internazionale, la Corte Internazionale di Giustizia (CIG) ha negato che una simile consuetudine internazionale si sia formata (*Jurisdictional Immunities of the State, Germany v. Italy*, sent. 3 febbraio 2012 § 101). La Corte costituzionale, nella sent. n. 238/2014, ha preso atto di ciò, cercando però una sua peculiare via per continuare ad avvalorare, implicitamente, quella consuetudine. O almeno cercando di lasciare un forte segno per il futuro, gettando un sasso o un sassolino affinché un domani qualcun altro possa continuare a portare avanti simile costruzione del diritto internazionale consuetudinario (per un possibile stimolo a che la CIG riveda la sua posizione, nell'eventualità che essa venga nuovamente chiamata a pronunciarsi sul caso, cfr. P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, 30 ottobre 2014, <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1108>). Quello che è chiaro, però, è che la CIG, col suo giudizio negativo, ha determinato una "gelata" per un tempo indeterminato sulla formazione di una tale consuetudine. Nell'immediato, la CIG ha paralizzato ogni eventuale sforzo interpretativo in senso aperturista della Corte EDU, la quale, in un contesto invero differente da quello italiano, si è limitata a riconoscere in materia l'ultima parola alla CIG nella ricognizione delle consuetudini internazionali (caso *Jones e altri c. Regno Unito*, del 14 gennaio 2014, §198; nel precedente caso *Al Adsani c. Regno Unito*, del 21 novembre 2001, la Corte EDU, pur rigettando il ricorso, aveva affermato che la propria decisione non avrebbe dovuto precludere una possibile evoluzione del diritto internazionale consuetudinario sul punto; *Al Adsani*, tuttavia, è stato utilizzato dalla CIG, nel caso *Germania c. Italia*, cit., per confortare la propria posizione sull'inesistenza di un'evoluzione della norma consuetudinaria sull'immunità).

Qui sta il paradosso: alla formazione di una consuetudine internazionale concorrono anche i materiali normativi provenienti dalle giurisprudenze nazionali. Dunque, il coraggio e/o la lungimiranza di singole corti nazionali sono elementi fondamentali nel costruire le norme consuetudinarie internazionali, specie quelle sui diritti umani (vedi il noto caso

* Scritto sottoposto a *referee*.

Pinochet (3), deciso dalla House of Lords nel 1999). Sono le Corti nazionali a fornire, in tal senso, un prezioso aiuto – sebbene non l'unico – all'opera ricostruttrice della CIG. Se però la CIG è chiamata a intervenire in una fase ancora "embrionale" della formazione di una consuetudine internazionale, un suo giudizio negativo ha la capacità di stendere una coltre di ghiaccio il cui disgelo è difficile da prevedere nel futuro (nel ratificare la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, Norvegia, Svezia e Svizzera hanno dichiarato che l'assenza, in tale Convenzione, dell'eccezione della violazione dei diritti umani non pregiudica future evoluzioni dell'ordinamento internazionale favorevoli alla protezione dei diritti umani). L'opera della CIG, in altre parole, è assai più incisiva di una mera "ricognizione": essa condiziona il futuro formarsi di una consuetudine internazionale sul punto.

Non si tratta di un fenomeno isolato. Qualcosa di affine troviamo nell'ambito del diritto dell'UE, per ciò che riguarda le c.d. "tradizioni costituzionali comuni", o nell'ambito del diritto CEDU, per ciò che riguarda l'interpretazione evolutiva della CEDU condotta alla stregua del c.d. "Common standard". In tali casi, invero, una pronuncia negativa delle Corti europee ha esiti meno paralizzanti. L'aver la Corte EDU negato che esista, nel Consiglio d'Europa, uno standard comune circa il diritto di accedere alla procreazione assistita di tipo eterologo (*S. H. e altri c. Austria*, GC, sent. 3 novembre 2011), non ha impedito alla Corte costituzionale italiana di effettuare un autonomo giudizio e affermare un diritto (quello, appunto, alla procreazione assistita eterologa) che per ora rileva nel solo ordinamento costituzionale interno ma che potrà un domani contribuire a costituire quello standard comune che oggi non esiste ancora (sent. n. 162/2014). Potrà, in altre parole, contribuire a far mutare di segno l'orientamento della Corte EDU in casi analoghi. Più ambiguo e complicato il discorso per la Corte di Giustizia e l'ordinamento dell'UE. La codificazione dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza ha contribuito, infatti, a rendere non più "meramente ricognitiva" l'interpretazione della Corte di Giustizia delle c.d. "tradizioni costituzionali comuni". Queste tradizioni costituzionali, oggi più di ieri, non sono che dei materiali tra gli altri cui la Corte di Giustizia può attingere per decidere della concreta portata di uno dei diritti consacrati nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Le tradizioni costituzionali comuni, fra l'altro, rischiano di rimanere sempre più confinate nel passato. Per le nuove e controverse dimensioni dei diritti fondamentali (che si modellano e rimodellano continuamente in relazione all'evolversi della società, delle discipline di settore, ecc.), il rischio è quello che la nuova centralità assunta dalla Corte di Giustizia nell'ambito dei diritti fondamentali precluda il formarsi di "nuove tradizioni costituzionali" originate da contesti nazionali. Tramite il rinvio pregiudiziale, cui teoricamente anche le Corti costituzionali sono chiamate, le questioni sulle nuove dimensioni dei diritti fondamentali possono-devono giungere alla Corte di Giustizia ben prima che una tradizione costituzionale nasca o si consolidi. La Corte di Giustizia avrà modo di "arrivare prima" delle Corti costituzionali nazionali nel rispondere alle questioni formulate dai giudici comuni, oppure sarà la stessa Corte costituzionale nazionale a subordinare la propria interpretazione del diritto fondamentale in questione a quella della Corte di Giustizia, sollevando una questione

pregiudiziale sulla Carta di Nizza (caso *Melloni*, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11). Non è casuale che il dibattito parlamentare sulla famosa “questione prioritaria di costituzionalità” francese abbia fatto ricorso anche all’argomento della necessità di ridare centralità al diritto costituzionale nazionale nell’affrontare e risolvere i casi sui diritti fondamentali. Dinanzi al rischio che ciò possa causare una violazione del diritto UE, la risposta del Conseil constitutionnel è stata assai conciliante (Dec 2010-605 DC, del 10 maggio 2010), e la Corte di Giustizia ha avuto buon gioco nell’escludere qualsiasi tentativo di ostacolare o ritardare il potere-dovere dei giudici comuni di sottoporle questioni pregiudiziali (caso *Melki e Abdeli*, sent. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, cui *adde* il recente caso *A c. B e altri*, sent. 11 settembre 2014, C-112/13). Interessante, quanto discutibile, la presa di posizione della Corte costituzionale austriaca, secondo cui la Carta di Nizza – in alcune sue parti – vive delle tradizioni costituzionali nazionali comuni e della CEDU, e come tale può essere interpretata direttamente dal giudice costituzionale nazionale, senza bisogno di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (Decisione U 466/11-18 e U 1836/11-13, del 14 marzo 2012, §45s.).

A costo di apparire eccentrica, l’analisi della sent. n. 238/2014 qui prospettata mira ad accomunare il fenomeno della competizione tra Corti nazionali e sovranazionali già ampiamente sperimentato nel quadro europeo (dell’UE e della CEDU) con il conflitto tra la Corte costituzionale e la CIG sulla vicenda dell’immunità civile rispetto ai crimini di guerra. Dinanzi alla sempre crescente rilevanza sovranazionale dei diritti fondamentali le Corti costituzionali nazionali rischiano una marginalizzazione dal discorso sui diritti. Il caso dei crimini di guerra compiuti dalla Germania del Terzo Reich in Italia ha offerto un’occasione unica alla nostra Corte costituzionale per riaffermare il proprio ruolo nella costruzione sovranazionale dei diritti fondamentali.

Oggi la nostra Corte costituzionale si è posta, per qualcuno anacronisticamente, da sola contro la CIG (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*, in *Diritti Comparati*, 28 ottobre 2014). Il tentativo di dissimulare questo scontro è più che altro formalistico: la Corte afferma di non voler sindacare l’interpretazione che dell’ordinamento internazionale fa la CIG (punto 3.1), bensì di affermare i controlimiti costituzionali all’apertura dell’ordinamento italiano alle consuetudini internazionali (punti 3.2 e 3.4). Ma il lungo preambolo sul ruolo che le giurisprudenze nazionali, italiana e belga, hanno avuto un secolo fa nel rimodellare la norma consuetudinaria sull’immunità giurisdizionale degli Stati, costituisce un segnale chiaro sulla portata sostanziale della scelta della Corte (punto 3.3). Altrettanto dicasi per il riferimento della Corte al fatto che la stessa CIG abbia riconosciuto come illegittimi i comportamenti delle forze di occupazione del Terzo Reich e per l’assunto che i crimini di guerra e contro l’umanità siano, di per sé, estranei all’esercizio legittimo della potestà di governo di uno Stato (punto 3.4). Ne deriva che la Corte non si è limitata a prendere atto che la partita del diritto consuetudinario internazionale era persa, accontentandosi di affermare un discorso meramente “domestico” sui principi costituzionali supremi. Al contrario, la Corte ha voluto parlare *anche* alla Comunità internazionale, o

meglio, alle Corti costituzionali e supreme nazionali che a questa Comunità internazionale prendono a loro modo parte (punto 3.3, in fine: cfr. P. Passaglia, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile*, in *Diritti Comparati*, 28 ottobre 2014, §3). Il fine di tale presa di posizione, potenzialmente foriera di future complicazioni nei rapporti tra l'Italia e la Germania (e quelli con la CIG e le Nazioni Unite, ecc.), potrebbe essere appunto quello di contribuire a rendere più breve possibile la gelata causata dalla pronuncia della CIG nel caso *Germania c. Italia* del 2012 sulla formazione di una consuetudine internazionale atta a ridimensionare l'immunità civile degli Stati in presenza di crimini contro l'umanità. Come a suo tempo sostenuto per la sentenza della Corte di Giustizia UE nel noto caso *Kadi (1)* (sent. 3 settembre 2008, C-402/05 P e 415/05 P), la Corte costituzionale ha esercitato una forma di "disobbedienza civile" all'ordinamento delle NU che impone il rispetto delle sentenze della CIG: senza limitarsi a porre dinanzi l'interesse egoistico di far prevalere il proprio ordinamento su quello internazionale, la Corte ha consapevolmente violato una determinata regola dell'ordinamento delle NU al fine (altruistico) di sostenere un principio più ampio (quello della tutela dei diritti inviolabili della persona), connotante anch'esso l'ordinamento delle NU e quello internazionale *tout court* (N. TÜRKÜLER ISIKSEL, *Fundamental rights in the EU after Kadi and Al Barakaat*, in *European Law Journal* 2010, 563ss.).

** Associato di diritto costituzionale, Università degli Studi di Ferrara.