

Paolo Veronesi

COLPE DI STATO

I crimini di guerra e contro l'umanità
davanti alla Corte costituzionale

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

FrancoAngeli

COLLANA DIRETTA DA
GUSTAVO ZAGREBELSKY
MARILISA D'AMICO

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



Coordinamento editoriale: Francesca Biondi (Università di Milano), Valeria Marcenò (Università di Torino)

Redazione: Benedetta Liberali (Università di Milano), Costanza Nardocci (Università di Milano), Francesco Pallante (Università di Torino), Mia Caielli (Università di Torino).

Comitato scientifico: Gaetano Azzariti (Università di Roma La Sapienza), Bianca Beccalli (Università di Milano), Mauro Barberis (Università di Trieste), Giuditta Brunelli (Università di Ferrara), Eva Cantarella (Università di Milano), Emilio Dolcini (Università di Milano), Yasmine Ergas (Columbia University), Alessandra Facchi (Università degli Studi di Milano), Luigi Ferrajoli (Università Roma Tre), Marcello Flores d'Arcais (Università di Siena), Maurizio Fioravanti (Università di Firenze), Enrico Grosso (Università di Torino), Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano), Andrea Pugiotto (Università di Ferrara), Marco Ruotolo (Università degli Studi Roma Tre), Francesca Zajczyk (Università di Milano-Bicocca).

I diritti umani non sono astratte prove di sentimentalismo umanitario. Hanno, dalla loro parte, grandi visioni del mondo e concezioni filosofiche. Ma queste non sarebbero che esercitazioni o elucubrazioni teoriche se non si fossero incarnate in potenti movimenti sociali di rivendicazione di libertà e giustizia.

Si è trattato d'una storia plurisecolare della libertà come liberazione. I suoi protagonisti concreti sono state le forze di coloro che stavano al basso della piramide sociale, non avendo, quelli che stavano in alto, bisogno di diritti, poiché a loro bastavano i poteri. Si è trattato anche della storia dell'uguaglianza. Senza uguaglianza, infatti, i diritti cambiano natura: per coloro che stanno in alto, diventano privilegi e, per quelli che stanno in basso, carità; ciò che è giustizia per i primi è ingiustizia per i secondi; la solidarietà si trasforma in invidia sociale; le istituzioni, da luoghi di protezione e integrazione, diventano strumenti di oppressione e divisione. Senza uguaglianza, il regime dei diritti – la democrazia – diventa oligarchia: i diritti di partecipazione politica diventano armi nelle mani di gruppi potere, e i diritti sociali diventano concessioni condizionate al beneplacito di chi è nelle condizioni di poterne fare meno. Di questa funzione emancipatrice dei diritti umani si è in gran parte persa la consapevolezza. E ciò è potuto accadere proprio in conseguenza della loro diffusione, che ha messo in secondo piano il loro diverso significato, e ne ha fatto perdere la forza contestatrice delle situazioni e delle istituzioni della disuguaglianza. Oggi, però, di fronte al riapparire di profonde divisioni e di gravi discriminazioni nelle compagini umane, derivanti da cause complesse, occorre riprendere i discorsi sui diritti rimettendo in primo piano il loro significato originario.

Questa è la prospettiva della Collana di studi che si propone: un approfondimento dello studio dei diritti umani nelle situazioni della vita in cui singoli individui e gruppi sociali (detenuti, ammalati, portatori di handicap, emigrati, minoranze d'ogni genere) soffrono discriminazioni a causa delle loro particolarità individuali e della loro posizione nella organizzazione sociale.

La Collana comprende distinti contributi scientifici suddivisi in tre sezioni: atti di seminari e convegni (ATTI), raccolte di materiali e commenti all'ordinamento e alle novità legislative (FATTI) e studi monografici (SAGGI).

Tutti i volumi pubblicati saranno sottoposti a un processo di peer review che ne attesta la validità scientifica.

Paolo Veronesi

COLPE DI STATO

I crimini di guerra e contro l'umanità
davanti alla Corte costituzionale

IDN
I DIRITTI
NEGATI

RICERCHE

Collana diretta da
Gustavo Zagrebelsky
e Marilisa D'Amico

FrancoAngeli

La pubblicazione di questo libro è stata possibile grazie ai fondi del Bando per il finanziamento della ricerca scientifica “Fondo per l’Incentivazione alla Ricerca (FIR), anno 2016”, dell’Università degli Studi di Ferrara, ottenuti per il progetto dal titolo “*La responsabilità civile degli Stati per crimini di guerra e contro l’umanità compiuti da loro funzionari dopo la sentenza costituzionale n. 238/2014*”.

Copyright © 2017 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L’opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d’autore. L’Utente nel momento in cui effettua il download dell’opera accetta tutte le condizioni della licenza d’uso dell’opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

*a Ferruccio, Alma, Giorgio,
Maria e alle loro struggenti
"storie ferraresi"*

*"Il dono di riattizzare nel passato la scintilla della
speranza è presente solo in quello storico che è
compenetrato dall'idea che neppure i morti saranno
al sicuro dal nemico, se vince. E questo nemico non
ha smesso di vincere"*

Walter Benjamin, *Sul concetto di storia*, Einaudi,
Torino 1997, p. 27.

INDICE

Introduzione	pag. 11
---------------------	---------

PARTE PRIMA CONTESTI

I. Dal “nulla” a “il più possibile”. Il caso della giustizia penale internazionale (ovvero: come cambia il concetto di sovranità statale)	» 23
1. Premessa	» 23
2. La globalizzazione, naturalmente...	» 24
3. Le progressive limitazioni alla sovranità degli Stati e il fenomeno della giurisdizione penale internazionale: quale legame con la sentenza n. 238/2014?	» 29
4. La rilettura critica degli istituti immunitari interni come (ulteriore) esempio di “crisi” e “mutazione” della sovranità	» 33
5. (Segue). Le analogie tra la progressiva restrizione delle immunità interne e il graduale imporsi dei Tribunali penali internazionali: coincidenze o concordanze?	» 38
6. (Segue). L’istituzione (“esterna”) della Corte Penale Internazionale e il suo concreto “incrocio” con il tema (“interno”) delle immunità	» 39
7. La Corte Internazionale di Giustizia e i tribunali penali interni di fronte all’immunità degli organi statali criminali: la forza dell’abitudine e della tradizione	» 43
8. Un progetto che parte da lontano: sulle prime (abortite) esperienze di giustizia penale internazionale (e sul loro significato “costituzionale”)	» 47
9. (Segue). <i>Prima</i> dell’istituzione della Corte Penale Internazionale	» 50
10. I Tribunali di Norimberga e Tokio: un passo in avanti	» 54
11. (Segue). I tanti dubbi su Norimberga e su Tokyo	» 56

12. Tra Norimberga e la Corte Penale Internazionale. L'esperienza (intermedia) dei Tribunali penali internazionali per la ex-Jugoslavia e il Ruanda: la necessità di compiere altri balzi in avanti	pag. 63
13. Nasce la Corte Penale Internazionale: un approdo certo importante ma ancora <i>in fieri</i>	» 67
14. (Segue). L'indubbia originalità della Corte Penale Internazionale sul fronte della "responsabilità individuale" dei crimini di Stato	» 69
15. La Corte Penale Internazionale e la sua "riconoscibilità" all'interno dei singoli Stati: molti dubbi e altrettanti problemi	» 73
II. "In vista" della sentenza costituzionale n. 238/2014: tra (pochi) alti e (molti) bassi	» 79
1. Introduzione: l'importanza di una "prima volta" e le ragioni dello "scandalo"	» 79
2. Un "passo indietro": il problema della costituzione di parte civile delle vittime (e dei loro eredi) nella giurisprudenza costituzionale sul processo militare	» 84
3. Prima della "sentenza Ferrini": come vive e vegeta un tabù giuridico	» 87
4. La "pietra dello scandalo": il caso della "sentenza Ferrini"	» 91
5. Dopo la "sentenza Ferrini": la "svolta" <i>in action</i>	» 100
6. Come una "doccia fredda": la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia 3 febbraio 2012 e l'Italia messa "all'angolo"	» 105
7. Le tante critiche all'impostazione adottata dalla Corte Internazionale di Giustizia	» 109
8. "Frenate riluttanti": le pronunce italiane adottate dopo la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia	» 114
III. Verso un cambio di paradigma? Le tappe di avvicinamento alla sentenza costituzionale n. 238/2014	» 118
1. I fatti e il loro strascico	» 118
2. Gli accordi italo-tedeschi e il controverso tema dei risarcimenti dovuti alle vittime italiane del Terzo Reich (con una doverosa digressione sulla vicenda degli Internati Militari Italiani)	» 120
3. La reazione del Tribunale di Firenze (e le sue quattro ordinanze "gemelle")	» 127
4. (Segue). Il Tribunale di Firenze e la ricerca di una <i>exit strategy</i> costituzionale dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia	» 129
5. (Segue). Interpretazione e "ruolo" dell'art. 10 Cost.	» 133
6. (Segue). Dunque, quale "adattamento" per il rimettente?	» 135
7. Le altre (meno problematiche) questioni di legittimità promosse su norme positive interne	» 138

PARTE SECONDA
ANATOMIA

IV. Quando cambia un paradigma. “Anatomia” della sentenza costituzionale n. 238/2014	pag. 143
1. L’“anomalia” di una sentenza interpretativa di rigetto (n. 238/2014): introduzione	» 143
2. Come funziona il “blocco all’ingresso” della norma consuetudinaria incostituzionale: il richiamo al “principio di conformità”	» 144
3. (Segue). Le consuetudini internazionali e i “controlimiti”: dal “trasformatore permanente” allo “stop al confine”	» 148
4. (Segue). Il “rinvio mobile” e la “teoria nomogenetica selettiva”	» 152
5. L’oggetto del sindacato di costituzionalità (nel caso in cui si discuta di norme internazionali generali)	» 156
6. (Segue). C’è concetto e concetto di “forza di legge”...	» 159
7. (Segue). Perché la Corte sostiene che la consuetudine internazionale è sottoponibile al sindacato di costituzionalità?	» 161
8. (Segue). Quante deviazioni dal “modello”: un giudizio su fonti-fatto, su norme prive di disposizione, su fonti che non sono né dello Stato, né delle Regioni ed inevitabilmente destinato a concludersi con un rigetto	» 163
9. (Segue). Un’“interpretativa” in luogo di una più corretta “inammissibilità”?	» 169
10. (Segue). Altri rilievi <i>contra</i> l’adozione di una sentenza interpretativa di rigetto	» 171
11. La Corte “accentra” il sindacato sulle consuetudini internazionali illegittime: una scelta ragionevole e in linea con i precedenti?	» 176
12. La sentenza n. 238/2014 interpretata alla luce della teoria del diritto vivente: la norma <i>sub iudice</i> c’è o non c’è?	» 182
13. (Segue). La sentenza n. 238/2014: per un diverso “diritto vivente sovranazionale”	» 186
14. Norme senza atto né disposizioni: la “devastante” ipotesi d’impugnare l’art. 10, comma 1, Cost.	» 188
15. (Segue). <i>Contra</i> la sentenza costituzionale n. 48/1979?	» 189
16. Quale rango “italiano” per le norme consuetudinarie internazionali?	» 194
17. Il grande tema dei “controlimiti”: quali sono, come operano e perché chiamare in causa la dignità (con una digressione sul “caso Kadi”)	» 197
18. I principi supremi sono bilanciabili?	» 204
19. La fisionomia della consuetudine internazionale sull’immunità degli Stati vigente in Italia: estensione e confini	» 207

20. (Segue). Quasi un nuovo “nesso funzionale”: un “messaggio” che supera i nostri confini	pag. 210
21. Le dichiarazioni d’illegittimità contenute nella sentenza n. 238/2014: <i>nulla quaestio</i>	» 215
22. Conclusioni (in tutto e per tutto parziali)	» 217

PARTE TERZA
SEGUITO

V. Il seguito della sentenza n. 238/2014: i giudici all’opera	» 223
1. Mai dire mai: un fantasioso tentativo di conciliazione	» 223
2. Eseguire le condanne?	» 226
3. Le ultime puntate (fino alle prossime)	» 228
4. Un’altra norma impone all’Italia di adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia?	» 230
5. Gli effetti delle decisioni della Corte Internazionale di Giustizia secondo i giudici: mutano gli accenti?	» 231
6. L’eterna questione del decorso del tempo (e appunti su un’audace richiesta di rimessione in termini)	» 233
7. Un altro valico da superare: il contenuto dei trattati di pace	» 235
8. La liquidazione del danno dovuto alle vittime	» 236
9. “L’ultimo valzer” delle sezioni unite della Cassazione...	» 238
10. ...e dei giudici di merito: il “caso Cavallina”	» 239
Conclusioni. “Fai quel che devi, accada quel che può”	» 245
Bibliografia	» 261

INTRODUZIONE

Sempre ci sono state e sempre ci saranno sentenze che fanno discutere e “colpiscono l’immaginario”; pronunce che esigono dai giuristi di riporre in soffitta le loro più assodate convinzioni, pretendendo altresì che essi mutino rapidamente abitudini, scelte interpretative o “stili di comportamento”. Simili evoluzioni possono inoltre imporsi del tutto a prescindere dalla natura o dal grado del giudice che compie il primo passo; esse possono inoltre rivelare parentele con (e produrre tangibili conseguenze su) vicende, concetti e istituti che – all’apparenza – poco hanno a che fare con il loro specifico tema.

La pronuncia n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana appartiene – senz’alcun dubbio – a questa peculiare “famiglia” di decisioni. Essa è anzi una delle più importanti sentenze adottate dalla Corte costituzionale nell’ultimo turno di anni; per questo ha suscitato tanto interesse e provocato discussioni anche al di là dei nostri confini. Un simile giudizio non potrà mutare di segno neppure nel caso in cui tale pronuncia dovesse infine raccogliere – come forse accadrà – molto meno di quanto non semini: la Corte appare infatti consapevole di non disporre degli strumenti necessari per procedere tanto più in là del nostro steccato.

Comunque vada, è insomma certo che la sentenza costituzionale n. 238/2014 ha davvero “lasciato il segno”: proprio per questo vale quindi la pena di analizzarla nel dettaglio, valorizzandone adeguatamente il “testo” e ragionando dei “contesti” entro i quali è andata a collocarsi. Senza ovviamente dimenticare il “seguito” che essa ha sin qui generato.

Già l’oggetto e le vicende che hanno stimolato questa decisione evocano non poche suggestioni. Essa si esprime infatti – “cassandola” – sulla consuetudine internazionale che da lungo tempo esclude ogni forma di responsabilità civile degli Stati per i danni generati dai crimini di guerra e contro l’umanità compiuti da loro “emissari” nell’esercizio di funzioni pubbliche sovrane (ossia mediante i cosiddetti *acta iure imperii*). In ultima analisi, il suo intento è dunque quello di “giuridificare” la storia, favorendo, cioè, l’«attrazione nella sfera

del diritto di una serie di vicende e controversie un tempo rimesse [soltanto] alla potestà regolatoria della politica»¹. I processi dai quali è sorta la *quaestio* giunta alla Corte costituzionale riguardavano, in particolare, una serie di efferati crimini nazisti, commessi (o iniziati) sul suolo italiano durante l'ultimo scorcio del secondo conflitto mondiale²: veri e propri massacri di civili inermi, senza escludere vecchi, donne e bambini³. Le vittime o i relativi eredi chiedevano (e continuano dunque a chiedere) alla Germania di risarcire adeguatamente i danni in tal modo prodotti nei loro confronti: ciò ha tuttavia sempre cozzato *contra* la già richiamata consuetudine internazionale che recisamente esclude una simile eventualità (e che la stessa Germania non manca di rivendicare in ogni sede). È proprio sulla norma in tal modo generata che la Corte è stata quindi costretta a pronunciarsi, stabilendo altresì per quali vie sia possibile un suo sindacato rivolto a previsioni apparentemente estranee al nostro ordinamento⁴.

Bastano questi pochi cenni per comprendere l'originalità, il rilievo e la funzione di vera "rottura" svolta dalla sentenza in discorso, la quale s'iscrive in un dibattito che sembrava ormai definitivamente chiuso. Così si credeva dopo l'intervento di un'importante decisione della Corte Internazionale di Giustizia, pronunciata proprio contro l'Italia e a seguito di un ricorso tedesco⁵.

La sentenza n. 238/2014 riapre dunque i giochi su questo tema assai importante. Che quanto in essa sancito non costituisca un mero "fuoco fatuo" trae poi ulteriore conferma da ciò che è accaduto, il 28 settembre scorso, sotto il cielo degli Stati Uniti.

In quella data il Senato americano si è infatti espresso – praticamente all'unanimità – nel senso di superare il veto del Presidente Obama⁶ su una

1. G. Resta - V. Zeno-Zencovich, *La storia "giuridificata"*, in G. Resta - V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli 2012, p. 13, per i quali questo sarebbe «uno dei fenomeni maggiormente rilevanti per lo sviluppo delle società contemporanee».

2. Si tratta di crimini che, in realtà, dovrebbero essere più correttamente definiti "nazifascisti": «nazismo e fascismo non furono fenomeni separati» bensì «integrati nella caccia all'ebreo, condotta con "sistematicità tedesca e... ausilio italiano"..., e nella lotta al partigiano, da portare avanti "con tutti i mezzi... e la massima severità"», anche colpendo popolazioni inermi, considerate (del tutto astrattamente) fiancheggiatrici. Si v. S. Buzzelli, *Giudicare senza necessariamente punire*, in S. Buzzelli - M. De Paolis - A. Speranzoni, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Torino 2012, p. 3 ss. Le frasi citate tra virgolette sono recuperate da Cass. pen., sez. V, 8 gennaio 2010, n. 10449. L'opportunità storiografica di distinguere stragi di stampo nazista, nazifascista e (solo) fascista, emerge con chiarezza dalla consultazione dell'*Atlante delle Stragi Naziste e Fasciste in Italia* (al sito www.straginazifasciste.it): un progetto finanziato, peraltro, dallo stesso Governo della Repubblica Federale di Germania.

3. Per un tragico affresco (anche giurisprudenziale) di quelle vicende cfr. A. Speranzoni, *Le stragi della vergogna. Aprile 1944. I processi ai crimini nazifascisti in Italia*, Roma 2014.

4. Se ne tratterà diffusamente lungo l'intero Capitolo IV.

5. V. *infra* Cap. II, § 6.

6. *Veto message from the President* - S.2040, in www.whitehouse.gov, opposto in data 23 settembre 2016.

legge dal contenuto assai interessante ai nostri fini⁷. A ruota, anche la Camera dei rappresentanti ha deliberato nel medesimo modo e con un'analogha ampiezza di consensi⁸. Si è così stabilito che «i familiari delle vittime dell'11 settembre potranno trascinare davanti a un tribunale americano l'Arabia Saudita, per complicità e sostegno ai terroristi di Al Qaeda, chiedendo [il risarcimento dei] danni alla monarchia più ricca del mondo»; gli effetti del provvedimento sono tuttavia destinati a ripercuotersi anche su altre vicende, acquisendo una portata ben più generale⁹. Una vera e propria «disfatta» per l'allora Presidente Obama; una «svolta clamorosa» che pone termine a un dibattito che si trascinava da almeno quindici anni. Insomma, un altro sonoro «schiaffo» alla consuetudine internazionale che costituisce oggetto anche della sentenza costituzionale italiana e che «potrà... avere ricadute sugli equilibri geostrategici in Medio Oriente. E forse anche sui mercati finanziari». Non a caso, l'Arabia Saudita ha già annunciato che si libererà progressivamente di tutti i suoi *assets* statunitensi al fine di ridurre al minimo l'impatto dei possibili pignoramenti¹⁰.

Una così «potente» presa di posizione potrebbe fungere da volano per decisioni d'analogo contenuto adottate in altre parti del mondo, riuscendo probabilmente anche là dove la sentenza n. 238 – da sola – non sarebbe mai giunta: ma se anche ciò non accadesse, quel che è di recente avvenuto negli Stati Uniti lascia comunque supporre che qualcosa di assai rilevante si stia agitando sul frastagliato fronte entro il quale si colloca anche la decisione italiana¹¹. Il tema non esclude, insomma, ulteriori evoluzioni e altrettanti colpi di scena.

Non solo: le paventate conseguenze della decisione del Congresso americano insegnano altresì che l'eventuale abbandono della consuetudine in di-

7. Si tratta del *Justice Against Sponsor of Terrorism Act*.

8. In seguito a ciò l'atto è divenuto la *Public Law* n. 114-222.

9. Nella sintesi pubblicata sul sito del Senato Americano si legge infatti che «*specifically, it authorizes federal court jurisdiction over a civil claim against a foreign state for physical injury to a person or property or death that occurs inside the United States as a result of: (1) an act of international terrorism, and (2) a tort committed anywhere by an official, agent, or employee of a foreign state acting within the scope of employment*». Gli emendamenti introdotti dal Congresso, nella versione definitiva dell'*Act*, hanno tuttavia indebolito l'iniziale «durezza» delle sue previsioni, escludendo la risarcibilità nel caso in cui gli Stati non abbiano direttamente partecipato all'atto terroristico e siano invece meramente complici o sostenitori di chi lo pone in essere, e stabilendo altresì la sospensione del procedimento giudiziario ove vengano avviati seri negoziati internazionali (ipotesi che verosimilmente consentiranno agli esecutivi di bloccare i giudizi più scomodi): v. N. Colacino, *La revoca dell'immunità giurisdizionale agli Stati sponsor del terrorismo*. Another brick off the wall?, in www.questionegiustizia.it (18 gennaio 2017).

10. Per un resoconto v. F. Rampini, *11/9, OK alle cause all'Arabia Saudita. Schiaffo a Obama*, in *la Repubblica* del 29 settembre 2016.

11. Come scrive N. Colacino, *La revoca dell'immunità giurisdizionale agli Stati sponsor del terrorismo*, cit., anche a seguito della legge americana «qualche piccola crepa nel muro dell'immunità inizia senz'altro a intravedersi».

scorso non sarà mai “a somma zero”, producendo invece tangibili conseguenze nei rapporti tra gli Stati e “danni” non indifferenti a molti di essi¹². È un profilo da tenere bene a mente, perché potrebbe essere decisivo – come meglio si dirà nelle *Conclusioni* – per il destino di quanto perseguito dalla stessa pronuncia italiana.

Mutatis mutandis, la sentenza costituzionale n. 238/2014 è dunque una lontana “parente” dell’*Act* appena richiamato, il quale ne ricalca sostanzialmente le orme, pur vertendo – *sia chiaro* – su vicende e su un oggetto ben diversi¹³.

Anche per questo non sorprende dunque che la nostra sentenza – rimbalzata oltre Oceano subito dopo la sua pubblicazione – «sia stata accolta con un certo favore da quegli ambienti della dottrina statunitense da sempre propensi a limitare al massimo l’impatto del diritto internazionale sull’ordinamento interno»¹⁴. Un atteggiamento che ha certo assunto un peso decisivo anche nella successiva scelta del Congresso americano.

Queste pur evidenti analogie italo-statunitensi non devono tuttavia essere fraintese: il quadro giuridico e politico che esse delineano è, insomma, assai più complicato di quanto non possa apparire *prima facie*. La pronuncia italiana e la decisione parlamentare americana mettono infatti a fuoco il medesimo principio di base; sembrano tuttavia vettorialmente diversi i loro scopi più autentici. La nostra sentenza appare infatti intenzionata a evocare e a imporre il rispetto dei principi costituzionali “interni” per indurre virtuosi cambi di rotta della stessa comunità internazionale¹⁵; il suo obiettivo è di richiamare quest’ultima all’estesa e coerente applicazione dei propri assunti, sollecitandone la compiuta “costituzionalizzazione” a tutela dei diritti fondamentali della persona¹⁶. La scelta americana punta invece ad altri scopi:

12. Al di là delle possibili questioni economiche, sin da subito la CIA ha paventato la possibile messa a rischio del personale diplomatico e militare statunitense operante all’estero.

13. Il tema della legge americana è infatti quello della lotta al terrorismo internazionale (e ai suoi complici); è inoltre del tutto discutibile che essa abbia ad oggetto veri e propri *acta iure imperii*.

14. P. Faraguna - P. Perini, *L’insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d’Appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlli*, in www.penalecontemporaneo.it (30 marzo 2016), p. 9, nota 33, e ivi riferimenti bibliografici.

15. Gli studiosi s’interrogano se quest’obiettivo emerga (o no) anche dall’uso dei controlli invocati dai giudici italiani per opporsi alla “sentenza Taricco” della Corte di giustizia UE (v. *infra* Cap. I, § 2 e nelle *Conclusioni*): cfr. le ricostruzioni di E. Cannizzaro, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlli costituzionali*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlli. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli 2016, p. 61 e di F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, ivi, p. 236 e p. 254, i quali rilevano tuttavia anche le “pulsioni nazionaliste” emergenti dalla vicenda.

16. Sulla necessità di “espandere” questo processo anche al di fuori dello Stato nazionale v., ad esempio, G. Silvestri, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione. Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale dell’AIC, Napoli 2014, p. 149 e A. Sandulli, *All’estremo limite dei controlli*:

essa appare muscolarmente tesa a rafforzare gli argini frapposti dallo Stato alle pretese “ingerenze” del diritto internazionale, proteggendo il primo dalle invadenze del secondo. Dietro l’angolo s’intravede insomma la volontà americana di negare “ingresso” anche al più condiviso diritto internazionale di stampo “umanocentrico”, allorché esso non fosse conforme agli “umori” statunitensi del momento. In sostanza, si tratta dello stesso atteggiamento che gli Stati Uniti continuano a ostentare anche nei confronti della Corte Penale Internazionale¹⁷.

Le analogie tra le due vicende qui richiamate sono dunque – a ben vedere – solo apparenti: assai diverse appaiono infatti le ragioni che le hanno dettate, così come le loro mete. Non è tuttavia affatto escluso che – anche in virtù della presa di posizione americana – la stessa sentenza n. 238 non possa, prima o poi, reperire il “carburante” necessario per completare la propria “traiettoria” ideale. Il suo obiettivo – come chiariremo nel corso di questo volume – appare infatti assai ambizioso: tale pronuncia non sembra pertanto destinata a un troppo facile successo sul palcoscenico internazionale.

Lo scopo che ci si propone nelle pagine che seguono è di approntare quindi una precisa analisi della sentenza n. 238/2014, dei suoi più importanti obiettivi, dei problemi che essa suscita e delle numerose novità (sostanziali e processuali) incorporate nella sua trama. Prima ancora di ciò, si analizzerà inoltre l’*humus* dal quale essa sorge; da quali collegati “movimenti” giuridici anch’essa ha tratto dunque il suo “spirito” di fondo e l’energia per uscire allo scoperto.

La nostra pronuncia affronta infatti – di petto – questioni variamente ed estremamente delicate. Problemi che – non a caso – sono stati definiti “storici”, e non soltanto perché il terreno dal quale la sentenza è fiorita ospita le radici di un passato che ancora fa rabbrivire.

Nel decidere su ciò che verrà meglio illustrato, tale sentenza supera quindi, in un colpo solo, numerosissimi “approdi” del diritto costituzionale o internazionale; risultati che la dottrina e la giurisprudenza erano ormai orientate a ritenere indiscutibili. Da questo punto di vista, la sentenza n. 238 si atteggia dunque quale un vero e proprio “serbatoio” di casi, un “laboratorio” di fondamentali problemi giuridici. Se è pertanto certo che in essa soffia il respiro della giustizia più autentica, pare altresì indubbio che molte delle risposte contenute nella sua trama – specie con riguardo ai profili più squisitamente tecnici – continueranno ad alimentare riserve e scetticismo. Su ciascuna di queste soluzioni giuridiche occorrerà dunque soffermarsi nel

la Corte costituzionale e l’ordine legale internazionale, in *Foro it.* 2015, I, c. 1168, il quale sottolinea la «sempre più fragile capacità di tenuta del tradizionale assetto duale dell’ordinamento internazionale... L’ordine legale internazionale, cioè, rimasto legato alla elaborazione del diritto inter-statale, è ormai inadeguato a confrontarsi con l’odierna porosità e universalità del diritto».

17. V. *infra* Cap. I, § 13 e § 15 in fine.

dettaglio, evidenziandone pregi, dubbi, difetti ed eventuali alternative astrattamente praticabili.

Nel pronunciarsi sulla consuetudine di cui s'è detto e sul suo delicatissimo contenuto – da sempre ritenuto un ingrediente essenziale del concetto di sovranità – la Corte è stata inoltre costretta a stabilire, una volta per tutte, in quali modi debba funzionare il “meccanismo” di cui all'art. 10, comma 1, Cost. In tale norma è infatti forgiato – ma non precisato al millimetro – il “canale d'ingresso” praticando il quale le consuetudini internazionali valicano i nostri confini.

Questo è senz'altro un passaggio giuridico-costituzionale di fondamentale rilievo nell'economia della pronuncia.

La Consulta finisce in tal modo per abbandonare – senza troppe esitazioni – la tesi perassiana del “trasformatore permanente”, sposando invece un'idea dei rapporti tra consuetudine internazionale e ordinamento interno non certo nuovissima ma senz'altro (sin qui) minoritaria¹⁸. Se ne dovrà ovviamente discutere nel dettaglio, anche perché i dubbi che tale soluzione ha inevitabilmente suscitato negli interpreti non sono certo di poco conto, riflettendosi su passaggi davvero nevralgici dello stesso processo costituzionale.

Stante la specifica materia del contendere che ne costituisce oggetto, la sentenza chiama dunque (e inevitabilmente) in causa anche il grande tema dei rapporti tra gli Stati. Essa pretende insomma che si ponga adeguata attenzione a come si atteggi l'idea di sovranità in un mondo (quello occidentale) che riconosce i diritti fondamentali della persona, ma che appare sempre più turbato e posto in crisi da una rete di rapporti statali (e non statali) ormai irrimediabilmente globalizzata, ramificata e interdependente.

L'oggetto della pronuncia si concentra dunque – come si anticipava – su un attributo fondamentale della sovranità, riplasmandolo nel profondo al fine di ottenere un suo deciso adeguamento alla realtà delle cose. Un simile effetto deriva appunto dal modo in cui viene “aggredita” la consuetudine internazionale sull'immunità degli Stati: essa si reputava ormai scolpita nel marmo mentre invece la decisione della Corte italiana intende “sgretolarne” taluni spigoli, privandola di ingredienti sin qui ritenuti essenziali. Non certo per perseguire le già rammentate finalità “isolazioniste” sottese alla richiamata scelta americana, quanto per confermare invece che le società occidentali devono esigere uno scrupoloso rispetto dei diritti della persona anche sul piano del diritto internazionale, promuovendone – se necessario – l'oculata modifica.

Proprio per mettere meglio a fuoco tutti questi profili la Corte è dunque indotta ad applicare, nel caso, un'idea sin qui utilizzata con estrema “parsimonia”: essa è, insomma, chiamata a precisare e (soprattutto) a implemen-

18. D. Tega, *La dottrina come amica curiae*, in www.forumcostituzionale.it (10 luglio 2016). Sulla teoria di Tomaso Perassi si tornerà più diffusamente *infra* Cap. IV, § 3 e in altri passaggi del libro.

tare la cosiddetta “teoria dei controlimiti”. Quest’ultima è quindi messa in campo e declinata proprio per ridisegnare al meglio i rapporti tra il “dentro” e il “fuori” dello Stato italiano (e degli Stati in genere). Per riorganizzare, cioè, la “chiave di volta” dei legami che devono instaurarsi tra un ordinamento costituzionale autenticamente democratico e l’inevitabile dimensione internazionale della convivenza tra enti sovrani; per precisare come le norme del diritto internazionale generale debbano sempre andare a braccetto (e trarre alimento) dalle previsioni costituzionali più garantiste e di *ius cogens*; per ricordare, infine, che lo stesso concetto di controlimite dev’essere costantemente coltivato e messo a punto.

Anche da questa sua *mission* scaturisce – a ben vedere – il paradosso “virtuoso” della pronuncia italiana: essa invoca infatti i principi supremi “interni” – ossia la massima espressione dell’identità statale e costituzionale – per provocare tuttavia “sussulti” che fungano da stimolo alla stessa evoluzione “umanocentrica” del diritto internazionale globalizzato (producendo, cioè, effetti “positivamente democratici” anche in questa dimensione)¹⁹. Al “presentismo” demagogico o sovranista di recente denunciato da Zygmunt Bauman – e sempre più pericolosamente in voga entro gli stessi confini d’Europa – la nostra Corte oppone dunque un “pensiero lungo”, decisamente più complesso ma autenticamente democratico.

Così facendo, essa pertanto è indotta a meglio disegnare – in un contesto senz’altro originale – “cosa” siano e “come” possano concretamente funzionare i “principi supremi” di una Costituzione democratica allorché se ne denunci (e se ne riscontri) la violazione. Anche questo ingrediente rende quindi la sentenza n. 238 una decisione assai importante e forse addirittura un *unicum*. Né l’evocazione dei “controlimiti” appare qui svolgere una funzione “conservatrice” o di netta separazione tra Stati e comunità degli stessi: come già si ricordava, essa intende infatti raggiungere un risultato esattamente opposto, “retroverso” potremmo dire.

Si può quindi ben comprendere come i problemi derivanti dalla portata e dagli specifici contenuti della sentenza in commento non siano certo di poco conto. Né vanno sottaciuti i dubbi derivanti dal fatto che – come vedremo – il modello d’azione “inaugurato” dalla Consulta non sia stato da essa pienamente accolto in altri contesti che pur avrebbero implicato l’utilizzo dei medesimi “concetti filtro”: una circostanza che ha suscitato (e continua a fomentare) nutrite perplessità di coerenza sistematica.

Sono infatti davvero numerosi gli ingredienti del processo costituzionale coinvolti o (per qualcuno) “stravolti” dalla trama della decisione; ciascuno di essi si offre quindi a un dibattito che – sin da subito – è apparso denso, polifonico e per nulla scontato. Hanno infatti un indubbio spessore le critiche

19. A. Sandulli, *All’estremo limite dei controlimiti*, cit., c. 1167, dubita tuttavia che «per perseguire una causa giusta... la Corte [sia] stata indotta a prospettare una soluzione impraticabile nel quadro del sistema del diritto internazionale».

che talune soluzioni “formali” adottate dalla Consulta hanno suscitato negli interpreti: a ciascuna di queste dovrà dunque essere dedicato un adeguato risalto, tentando di evidenziarne le premesse, la portata e le conseguenze.

Tutto ciò nel mentre rimane ancora sostanzialmente “aperto” e “in divenire” il grande dilemma del “dopo”, ossia del “come” la sentenza abbia sin qui trovato (e magari troverà) applicazione presso la platea della nostra giurisdizione ordinaria, ancor prima di trasferirsi (eventualmente) “all'estero”. Se ne dovrà dunque dare un significativo saggio, perché è proprio sul “poi” che la pronuncia sostanzialmente punta il mirino. Non è neppure escluso che – come si avrà modo di vedere – l'applicazione a pieno regime di quanto sancito nella sentenza *de qua* non possa provocare ritorsioni contro l'Italia: anche noi abbiamo infatti molto di cui vergognarci²⁰. Se tale sentenza prenderà dunque piede e s'affermereà presso la comunità degli Stati, è scontato che da “giudicante”, e “promotore” di un simile cambio di passo, il nostro Paese – considerando il ruolo da esso rivestito nella peggior storia del Novecento – potrà infine assumere anche le vesti dell’“accusato”.

Costituisce altresì oggetto di un ulteriore *rebus* ipotizzare come reagiranno gli altri Paesi (e non solo la Germania) a fronte del tentativo italiano di promuovere un'ampia rivisitazione della consuetudine internazionale coinvolta nel caso, puntando così a modificarla – in futuro – per tutti. Perché questa – come già ricordato – costituisce la sua pretesa veramente “storica”. Ma cosa accadrà se davvero il tentativo della giustizia italiana prenderà piede o avrà addirittura successo? Cosa potrà scatenare tutto questo, considerando che nessuno Stato è davvero senza colpe? Siamo davvero certi che le conseguenze saranno soltanto positive o gli effetti di tutto ciò, sul piano internazionale, rischiano di divenire addirittura devastanti? Aveva dunque ragione l'ormai ex Presidente Obama allorché ha affermato che la già ricordata decisione del Congresso americano produrrà un “disastro”? La CIG cambierà la propria giurisprudenza o l'Italia è comunque destinata a subire altre condanne?

Il complesso di tutte queste domande, ragioni e perplessità – qui soltanto accennate – lasciano senz'altro prevedere che la sentenza n. 238/2014 continuerà a far discutere a lungo: prima o poi i suoi contenuti sono insomma destinati a tornare sugli scudi. Per questo vale dunque la pena di “fermare il tempo” e affrontarne lo spessore, rimanendo in opportuna attesa che il suo precipitato possa meglio sedimentare.

Con l'occhio rivolto verso quest'obiettivo si procederà dunque secondo la ragionata scansione dei capitoli che seguono.

Si muoverà analizzando i modi con i quali la pronuncia s'è insinuata – nella sua indiscutibile specificità – nel ben più risalente dibattito che ha portato all'istituzione dei tribunali penali internazionali, nonché – infine – a dar vita alla stessa Corte Penale dell'Aja. Un percorso non certo compiuto e soggetto, anzi, a brusche battute d'arresto, come testimoniano le recenti mosse

20. V. *infra* nelle *Conclusioni*.

polemiche di alcuni Paesi africani²¹: segno anche questo del fatto che non ci si può sedere sugli allori e che molta strada dev'essere ancora percorsa.

È utile partire da questo tema (apparentemente “lontano” dall’oggetto della pronuncia italiana) proprio perché la sentenza n. 238/2014 non solo ha tratto senz’altro stimolo da queste realtà giurisdizionali, ma anche perché essa traccia una modalità complementare d’attacco ai medesimi comportamenti criminali imputabili all’azione statale. Tale pronuncia evidenzia dunque quanto sia indispensabile, su questo terreno, forgiare molteplici, variegati e sempre più aggiornati strumenti di adeguata “reazione”. “Tattiche legali d’aggressione” ai comportamenti degli Stati criminali che procedano, cioè, seguendo ordini di ragionamento variabili e ben diversi approcci, per colpire però – in una vera e propria manovra “a tenaglia” – i medesimi fenomeni violenti. Essa lascia cioè (sapientemente) intendere che solo avendo a disposizione una pluralità di strumenti giuridici di tal genere sarà concretamente possibile reagire alla molteplicità dei casi che chiedono riconoscimento e adeguato ristoro, incrementando, di conseguenza, le concrete possibilità che ciò effettivamente accada. Più si amplia infatti la dimensione della “rete” tesa a “catturare” simili episodi, più aumentano le *chances* che in essa incappino anche le vicende più “saettanti” (e che le vittime trovino corrispondentemente pace).

A tale tema – e solo a mo’ di complemento e d’introduzione – è quindi (sommariamente) dedicato il primo capitolo: al grande problema, cioè, del diritto penale internazionale e dei “suoi” giudici. Successivamente si analizzeranno invece le avvisaglie e la specifica portata della sentenza n. 238/2014. Se ne illustrerà poi il senso più profondo, studiando altresì le “tecniche” che essa ha messo in campo, i dubbi che ha sollecitato e le possibili implicazioni a venire. Al termine di questo *excursus* ci si soffermerà invece sul suo seguito, mettendone in luce le prime applicazioni concrete: nella solenne certezza che non saranno affatto le ultime.

21. Il Burundi, il Gambia e il Sud Africa, hanno infatti denunciato la circostanza per la quale il maggior numero di inchieste della Corte riguarderebbe proprio i Paesi africani, come se vi fosse, cioè, un’attenzione particolare verso quest’area geografica e un occhio di favore riservato, invece, a realtà nazionali diversamente dislocate: da qui la rivendicazione dell’immunità dei loro capi di Stato e il preannunciato intento di denunciare il trattato istitutivo della Corte: cfr. V. Zagrebelsky, *Il difficile compito della Corte dell’Aja*, in *La Stampa* del 29 ottobre 2016.