

Carlo Focarelli

---

# Il caso *Marković* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo



*Estratto dalla Rivista*

Studi sull'integrazione europea – numero 1 2007 | 2

Carlo Focarelli

## Il caso *Marković* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione della “giurisdizione” ai sensi dell’art. 1 della Convenzione europea. – 3. La questione dell’applicabilità dell’art. 6, par. 1, della Convenzione europea. – 4. La questione del rispetto dell’art. 6, par. 1. – 5. I principi della giurisprudenza della Corte europea relativa al diritto di accesso al giudice. – 6. Osservazioni critiche sull’insindacabilità giurisdizionale degli atti di governo. – 7. Conclusione.

1. Il 14 dicembre 2006 la Corte europea dei diritti umani, nella composizione di Grande Camera<sup>1</sup>, ha emesso la sentenza nel caso *Marković e altri c. Italia*<sup>2</sup>. Il caso è correlato al caso *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*<sup>3</sup>, vertendo sugli stessi fatti, anche se le questioni giuridiche nei due casi differiscono in ragione delle diverse vie giudiziarie seguite.

Nel caso *Banković* infatti le vittime avevano tentato di ottenere dalla Corte europea dei diritti umani la condanna di tutti gli Stati membri della NATO (e parti contraenti della Convenzione europea) per il bombardamento di un edificio della stazione televisiva pubblica RTS a Belgrado il 23 aprile 1999. Come è noto, la Corte europea aveva respinto il ricorso escludendo che il bombardamento fosse avvenuto “entro la giurisdizione” degli Stati accusati, come richiesto dall’art. 1 della Convenzione europea, ed evitando così di entrare nel merito della questione e verificare in particolare se fosse stato violato il diritto alla vita sancito dall’art. 2 della Convenzione<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> La declinatoria di competenza alla Grande Camera era stata disposta il 28 aprile 2005 da una Camera della Prima Sezione senza incontrare obiezioni delle parti ai sensi dell’art. 30 della Convenzione europea (cfr. par. 4 della sentenza del 14 dicembre 2006 qui commentata).

<sup>2</sup> Reperibile *on line* sul sito [cmiskp.echr.coe.int](http://cmiskp.echr.coe.int).

<sup>3</sup> Reperibile *ivi* sia in inglese che in francese.

<sup>4</sup> In dottrina v. P. PUSTORINO, *Responsabilità degli Stati della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per il bombardamento NATO alla radio-televisione serba*, in *CI*, 2001, pp. 695-704; G. COHEN-JONATHAN, *La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *RTDH*, 2002, pp. 1069-1082; D. I. GARCÍA SAN JOSÉ, *Cuestiones relacionadas con la jurisdicción de los Estados partes en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales a propósito de actos extraterritoriales*, in *ADE*, 2002, pp. 177-200; G. RESS, *Problems of Extraterritorial Human Rights Violations – The Jurisdiction of the*

Nel caso *Marković* altri parenti delle vittime del medesimo incidente avevano invece adito i tribunali italiani per ottenere la condanna al risarcimento dei danni da parte dello Stato italiano ai sensi dell'art. 2043 c.c., e di altre norme sia italiane che internazionali, per il fatto di aver indirettamente partecipato al bombardamento – quindi con il suo consenso e supporto – fornendo la base da cui era decollato l'aereo da cui era partito il missile che aveva colpito la stazione RTS. Il Tribunale di Roma aveva quindi chiesto il regolamento di giurisdizione alla Corte di Cassazione, la quale, a sezioni unite, con ordinanza dell'8 febbraio 2002 n. 8157 aveva negato la giurisdizione sulla base della natura "politica" dell'atto contestato all'Italia, in quanto "atto di guerra", e sostenendo che le norme internazionali applicabili nella specie regolavano rapporti soltanto "tra Stati" e non erano direttamente invocabili da individui<sup>5</sup>.

È solo dopo la sentenza della Corte di Cassazione italiana che nel caso *Marković* i congiunti delle vittime avevano presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti umani per ottenere la condanna dello Stato italiano per violazione, tra l'altro, del diritto di accesso al giudice sancito implicitamente, secondo una giurisprudenza costante della Corte europea risalente alla sentenza *Golder c. Regno Unito* del 21 febbraio 1975<sup>6</sup>, dall'art. 6, par. 1, della Convenzione.

*European Court of Human Rights*, in *IYIL*, 2002, pp. 51-67; *Id.*, *State Responsibility for Extraterritorial Human Rights Violations*, in *ZES*, 2003, pp. 73-89; B. SCHÄFER, *Der Fall Banković oder Wie eine Lücke geschaffen wird*, in *Menschen Rechts Magazin*, 2002, pp. 149-163; S. WILLIAMS, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, in *EHRLR*, 2002, pp. 775-781; K. ALTIPARMAK, *Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, pp. 213-251; H.-J. HEINTZE, *Las Palmeras v. Bamaca-Velasquez und Banković v. Loizidou?*, in *Humanitäres Völkerrecht*, 2005, pp. 177-182; E. ROXSTROM, *The NATO Bombing Case (Banković et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, 2005, pp. 55-136; J. WILLIAMS, *Al Skeini: A Flawed Interpretation of Banković*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2005, pp. 687-729; G. LOUKAIDES, *Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention*, in *EHRLR*, 2006, pp. 391-407.

<sup>5</sup> Per la precisione la Corte di Cassazione aveva ritenuto che "la scelta di una modalità di conduzione delle ostilità rientra tra gli atti di Governo", atti per i quali non può configurarsi "una situazione di interesse protetto" a che assumano un determinato contenuto e che sono quindi sottratti al sindacato giurisdizionale. Secondo la Corte, i trattati che disciplinano la condotta delle ostilità, in particolare il I Protocollo di Ginevra dell'8 giugno 1977 sui conflitti armati internazionali e la Convenzione europea sui diritti umani, proteggono bensì i civili in caso di attacchi, ma "in quanto norme di diritto internazionale regolano rapporti tra Stati" prevedendo essi stessi i procedimenti per accertare le violazioni e indicando al riguardo le corti internazionali competenti, mentre le norme interne che le hanno rese esecutive non consentono "alle persone offese di chiedere allo Stato riparazione dei danni loro derivati dalla violazione delle norme internazionali". La sentenza può leggersi in *RDI*, 2002, pp. 800-803. In dottrina v. N. RONZITTI, *Compensation for Violations of the Law of War and Individual Claims*, in *IYIL*, 2002, pp. 39-50; *Id.*, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, in *RDI*, 2002, pp. 682-690; M. FRULLI, *When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The Marković Case*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 406-427; G. C. BRUNO, *Nota a Corte di Cassazione (Sez. I civile)*, 5 June 2002, No. 8157, *order Marković*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2002, pp. 553-555 (dello stesso autore v. il commento pubblicato in *IYIL*, 2002, pp. 292-296).

<sup>6</sup> Cfr. par. 36 della sentenza. Cfr. la sentenza *Marković*, par. 92.

Si noterà che mentre nel caso *Banković* la questione riguardava proprio l'atto del bombardamento e la conseguente asserita violazione (tra l'altro) del diritto alla vita sancito dall'art. 2 della Convenzione, nel caso *Marković* la questione riguardava la sentenza definitiva di diniego della giurisdizione – in ordine al risarcimento dei danni provocati dal bombardamento – emessa dalla Corte di Cassazione italiana. In una decisione del 12 giugno 2003 infatti la Prima Sezione della Corte europea aveva dichiarato il ricorso nel caso *Marković* parzialmente irricevibile nella parte in cui si lamentava la violazione degli articoli 2, 10 e 17 della Convenzione<sup>7</sup>.

2. Nella parte della sentenza relativa alla ricevibilità, se si trascura il punto (di scarso rilievo ai nostri fini) in cui la Corte ha respinto l'obiezione del Governo italiano secondo cui i rimedi interni non sarebbero stati esauriti<sup>8</sup>, è da segnalare la parte in cui la Corte affronta il problema della "giurisdizione" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione<sup>9</sup>.

Il Governo italiano aveva invitato la Corte ad applicare la giurisprudenza *Banković* e concludere che una persona che non si trova entro la giurisdizione dello Stato accusato, come appunto affermato nella sentenza *Banković* rispetto al bombardamento della stazione RTS, non ha un diritto di accesso al giudice ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione. Inoltre, secondo il Governo italiano, il bombardamento avrebbe dovuto considerarsi compiuto dalla NATO, né sarebbero esistiti elementi per sostenere una complicità dell'Italia, la quale non avrebbe partecipato alle decisioni concrete sugli obiettivi da colpire con i *raids* aerei. A ciò il Governo italiano aggiungeva che un diritto di carattere sostanziale al risarcimento non sussisteva nell'ordinamento italiano e che doveva quindi considerarsi assurdo pensare che lo Stato italiano fosse tenuto a garantire un diritto di carattere processuale, come quello di accesso al giudice, al fine di far valere un diritto sostanziale inesistente<sup>10</sup>. Secondo i ricorrenti invece la sentenza della Corte di Cassazione ricadeva indiscutibilmente nella giurisdizione dello Stato italiano<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Il testo francese è reperibile *on line* sul sito *cmiskp.echr.coe.int*. I ricorrenti avevano tentato di differenziare il loro caso da *Banković* sostenendo, anzitutto, che il reato (ossia l'omicidio derivante dal bombardamento) doveva intendersi commesso in Italia ai sensi dell'art. 6 c.p. italiano, ciò che avrebbe ricondotto il bombardamento alla "giurisdizione" italiana ai sensi dell'art. 1 della Convenzione europea; e, in secondo luogo, che lo stesso Stato italiano si era difeso nel caso *Banković* sostenendo che non erano stati esauriti i ricorsi interni, con ciò ammettendo la sussistenza di principio della giurisdizione italiana, ricorsi che al contrario nel caso *Marković*, dopo la sentenza definitiva della Corte di Cassazione, risultavano chiaramente esauriti. La Corte aveva risposto che gli argomenti dei ricorrenti non permettevano di evitare la giurisprudenza *Banković*, affermando la ricevibilità del ricorso soltanto per la violazione degli articoli 6, par. 1, e 13 e ritenendo il secondo, nella misura in cui concerneva il diritto di accesso al giudice e in linea con una consolidata giurisprudenza, assorbito dal primo.

<sup>8</sup> Cfr. paragrafi 32-36 della sentenza.

<sup>9</sup> Cfr. paragrafi 37-56 della sentenza.

<sup>10</sup> Cfr. paragrafi 37-41 della sentenza.

<sup>11</sup> Cfr. paragrafi 42-43 della sentenza.

È chiaro che mentre il Governo italiano riferiva la questione della “giurisdizione” ai sensi dell’art. 1 della Convenzione al bombardamento, nei termini in cui la stessa si era posta nel caso *Banković*, i ricorrenti la riferivano piuttosto alla sentenza della Corte di Cassazione. E in effetti la questione posta alla Corte europea nel caso *Marković*, dopo la dichiarazione di irricevibilità per le altre questioni<sup>12</sup>, non riguardava affatto il bombardamento in sé – e la sua eventuale violazione di diritti sanciti dalla Convenzione, come il diritto alla vita –, bensì proprio e soltanto la sentenza della Corte di Cassazione nella misura in cui questa aveva escluso la giurisdizione italiana e così violato, secondo i ricorrenti, il diritto di accesso al giudice sancito dall’art. 6, par. 1, della Convenzione<sup>13</sup>.

La Corte ha anzitutto richiamato e confermato la sentenza *Banković*, così come del resto aveva già fatto con la decisione di parziale irricevibilità emessa con riguardo agli articoli 2, 10 e 17 della Convenzione<sup>14</sup>. Con riguardo invece alla doglianza relativa all’art. 6, par. 1, la Corte ha precisato che il Governo italiano aveva ammesso, nel caso *Banković*, che erano disponibili ricorsi dinanzi ai giudici italiani e che proprio per tale ragione non risultavano esaurite in quel caso le vie giudiziarie interne e il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato irricevibile<sup>15</sup>. La Corte ha poi respinto l’obiezione italiana e britannica secondo la quale l’inizio del procedimento giudiziario in Italia successivamente al bombardamento non avrebbe comportato per lo Stato italiano alcun obbligo, ben potendo invece, secondo la Corte, tale obbligo sussistere, alla stregua di qualsiasi altro procedimento giudiziario nazionale, qualora l’ordinamento giuridico dello Stato accusato riconosca un diritto di azione e il diritto (sostanziale) invocato nel procedimento soddisfi *prima facie* i requisiti dell’art. 6 della Convenzione<sup>16</sup>. La Corte ha quindi affermato che se un procedimento civile viene attivato dinanzi ai giudici di uno Stato contraente, quest’ultimo ha, ai sensi dell’art. 1 della Convenzione, l’obbligo di rispettare i diritti sanciti dalla Convenzione stessa poiché in tal caso indiscutibilmente esiste, a prescindere dall’esito del procedimento, un *jurisdictional link* ai fini dell’art. 1<sup>17</sup>. La conclu-

<sup>12</sup> Cfr. *supra*, nota 7.

<sup>13</sup> Un analogo equivoco si desume anche dalla posizione del Regno Unito e della Serbia e Montenegro, intervenuti nel procedimento ai sensi dell’art. 36 della Convenzione europea. Il Regno Unito aveva ribadito la sentenza *Banković*, nonché la decisione di inammissibilità sul caso *Marković* (*supra*, nota 7), affermando che se il bombardamento era fuori della “giurisdizione” dello Stato italiano, l’Italia non aveva alcun obbligo di rispettare l’art. 6, par. 1. Il fatto poi che i congiunti delle vittime fossero entrati in territorio (e quindi anche entro la “giurisdizione”) italiana non sarebbe stato sufficiente per far sorgere la giurisdizione retroattivamente ad un evento passato (paragrafi 45-48). Anche la Serbia e Montenegro, pur opponendosi alla posizione italiana e britannica, aveva insistito sul fatto che l’aereo autore del bombardamento era decollato dal territorio italiano e che quindi, diversamente dal caso *Banković*, esistesse un *jurisdictional link* tra il bombardamento e lo Stato, nonostante le conseguenze si fossero verificate esclusivamente in Serbia, tale da imporre una conclusione diversa da quella accolta nel caso *Banković* (par. 44).

<sup>14</sup> Cfr. paragrafi 49-51 della sentenza.

<sup>15</sup> Cfr. par. 52 della sentenza.

<sup>16</sup> Cfr. par. 53 della sentenza.

<sup>17</sup> Cfr. par. 54 della sentenza.

sione della Corte è dunque che esisteva un “nesso giurisdizionale” ex art. 1 della Convenzione tra lo Stato italiano e i ricorrenti proprio in quanto essi avevano adito i tribunali civili italiani<sup>18</sup>.

In sostanza, la Corte europea ha correttamente identificato la questione, nella misura in cui ad essere lamentata era la violazione del diritto di accesso al giudice, chiedendosi se la sentenza della Corte di Cassazione – la quale aveva impedito, secondo i ricorrenti, il diritto di accesso al giudice per la valutazione del merito – e non il bombardamento in sé ricadesse nella “giurisdizione” italiana ai sensi dell’art. 1 della Convenzione, ed ha, altrettanto correttamente, risposto in modo affermativo.

3. La Corte è quindi passata ad esaminare se l’art. 6, par. 1, fosse applicabile. Come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte europea affinché l’art. 6, par. 1, sia applicabile è necessario che esista una “controversia genuina e seria” su un “diritto” del ricorrente che sia “difendibile” (*arguable/défendable*) alla stregua dell’ordinamento del foro e che risulti “di carattere civile”<sup>19</sup>.

Nel caso *Marković*, il Governo italiano aveva sostenuto che l’art. 6, par. 1, non era applicabile dal momento che la questione era “politica” e che nell’ordinamento italiano non esisteva il “diritto” di carattere civile invocato dai ricorrenti, cioè il diritto al risarcimento<sup>20</sup>, e ciò più precisamente per tre ragioni: anzitutto, perché il diritto al risarcimento per danni causati da un atto di guerra non era previsto né dal diritto italiano né dal diritto internazionale vincolante l’Italia; in secondo luogo, perché il bombardamento era imputabile alla NATO anziché allo Stato italiano; e, infine, perché la dottrina dell’“atto di Stato” precludeva ogni azione contro lo Stato<sup>21</sup>. I ricorrenti avevano obiettato che era stata proprio la Corte di Cassazione con la sentenza contestata ad averli privati del diritto di accesso ad un giudice che valutasse la questione del loro diritto al risarcimento, quest’ultimo diritto espressamente previsto in generale dall’art. 2043 c.c. e quindi in realtà perfettamente “difendibile” nell’ordinamento italiano<sup>22</sup>. Si noti che le parti erano d’accordo sul carattere “civile” del diritto al risarcimento, come del resto risulta da una giurisprudenza pacifica<sup>23</sup>, divergendo piuttosto sulla sua esistenza “difendibile” nell’ordinamento italiano.

La Corte, ritenendo che la questione non appariva manifestamente infondata e dichiarandola pertanto ricevibile, ha proceduto all’esame del merito<sup>24</sup> ed ha così affermato che sin dall’inizio esisteva una “controversia seria e genuina”

<sup>18</sup> Cfr. par. 55 della sentenza.

<sup>19</sup> Per questa giurisprudenza v. C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Contributo alla determinazione dell’ambito di applicazione dell’art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, p. 79 ss. Cfr. la sentenza *Marković*, par. 93.

<sup>20</sup> Cfr. paragrafi 57-58 della sentenza.

<sup>21</sup> Cfr. paragrafi 58-59, nonché paragrafi 67-70, della sentenza.

<sup>22</sup> Cfr. paragrafi 60-61, nonché paragrafi 71-78, della sentenza.

<sup>23</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 88-90.

<sup>24</sup> Cfr. par. 65 della sentenza.

sull'esistenza "difendibile" nell'ordinamento del foro del diritto al risarcimento invocato dai ricorrenti trattandosi di un diritto riconosciuto dall'art. 2043 c.c.<sup>25</sup>. La Corte ha quindi concluso che l'art. 6 era applicabile.

Nonostante il criterio della sussistenza di un "diritto difendibile" da far valere in giudizio nell'ordinamento dello Stato accusato si presti a diverse critiche<sup>26</sup>, ci sembra indiscutibile che i ricorrenti avessero il diritto di accedere ai giudici italiani, e cioè appunto che l'art. 6, par. 1, fosse applicabile. Non c'è dubbio infatti, in particolare per le ragioni che subito vedremo occupandoci del merito della questione, che la loro richiesta non fosse manifestamente priva di base normativa nell'ordinamento italiano.

4. Dopo aver affermato che l'art. 6 era applicabile la Corte è passata a verificare se tale disposizione fosse stata violata.

Da parte sua, il Governo italiano aveva negato che l'art. 6, anche a supporlo applicabile, fosse stato violato in quanto la restrizione al diritto di accesso al giudice stabilita dalla Corte di Cassazione con la sua statuizione del difetto di giurisdizione era perfettamente compatibile sia con il principio di legalità che con il principio della separazione dei poteri ed inoltre era proporzionata allo scopo legittimo da essa perseguito. Infatti, il diritto di accesso al giudice non sarebbe illimitato e potrebbe essere ristretto dallo Stato in virtù del suo margine di apprezzamento. Nella specie il difetto di giurisdizione non valeva per qualsiasi richiesta di risarcimento rivolta allo Stato in quanto tale o ad altre autorità pubbliche, ma soltanto per una categoria circoscritta di atti relativi all'esercizio del potere dello Stato, come lo stesso potere legislativo, operante al "più alto livello" e quindi agli atti "politici", concernenti lo Stato come entità unitaria di fronte ai quali i giudici non possono essere considerati come "terzi"<sup>27</sup>. Il fatto che atti politici, quali tipicamente gli atti di guerra, siano esclusi dal sindacato giurisdizionale deriverebbe anche dal principio di separazione dei poteri e dall'esigenza che i giudici, che "per definizione non hanno una legittimazione democratica", vengano coinvolti nel compito di identificare gli obiettivi di interesse generale o di sindacare sulla scelta dei mezzi da impiegare per raggiungere tali obiettivi, e in generale di decidere sulla politica nazionale<sup>28</sup>. La salvaguardia della separazione dei poteri avrebbe del resto, secondo il Governo italiano, manifestato lo scopo legittimo della restrizione, rispetto al quale la sentenza della Corte di Cassazione appariva proporzionata in quanto non precludeva l'accesso ai tribunali a qualsiasi azione civile, né conferiva un'immunità giurisdizionale ad ampi gruppi di persone, bensì la circoscriveva ad una categoria rigorosamente ristretta di azioni civili contro lo Stato. Né poteva dubitarsi, ancora secondo il Governo italiano, che lo scopo legittimo della restrizione non poteva essere realizzato che escludendo la giurisdizione<sup>29</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. par. 101 della sentenza.

<sup>6</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 293-299.

<sup>7</sup> Cfr. par. 80 della sentenza.

<sup>8</sup> Cfr. par. 81 della sentenza.

<sup>9</sup> Cfr. par. 82 della sentenza. La posizione italiana è stata difesa dal Regno Unito con argomentazioni in parte diverse. Secondo il Regno Unito la legislazione di uno Stato contraente che

I ricorrenti avevano replicato che avendo instaurato un giudizio per il risarcimento dei danni non patrimoniali causati da un "atto illecito", essi avevano indubbiamente un diritto nell'ordinamento italiano sul quale i giudici italiani dovevano pronunciarsi. Inoltre l'art. 6 c.p. italiano avrebbe ammesso la giurisdizione italiana anche se l'atto contestato fosse stato compiuto in Italia soltanto in parte, come risultava dal decollo in Italia dell'aereo che aveva bombardato la stazione RTS. In realtà, secondo i ricorrenti, il bombardamento non poteva qualificarsi come un atto di governo sottratto al controllo giurisdizionale, e né il diritto italiano (come avrebbero attestato una serie di sentenze della stessa Corte di Cassazione da essi richiamate) né il diritto internazionale vincolante l'Italia impedivano il diritto di accesso al giudice per il risarcimento di danni causati da un atto dell'autorità statale anche quando tale atto derivasse da una decisione politica<sup>30</sup>.

La Corte, dopo aver ripreso analiticamente la questione dell'applicabilità dell'art. 6, sia in termini generali che rispetto al caso specifico<sup>31</sup>, ha affermato che ai ricorrenti non era stato precluso in pratica di rivolgersi ai giudici nazionali<sup>32</sup> e che la Corte di Cassazione aveva ritenuto del tutto chiaro che la giurisdizione dei giudici italiani non sussistesse<sup>33</sup>. Secondo la Corte europea il ragionamento della Corte di Cassazione non sembrava viziato da errori interpretativi, sia riguardo al diritto italiano che al diritto internazionale invocato dai ricorrenti, in particolare con riferimento al carattere inter-statale delle disposizioni del I Protocollo di Ginevra dell'8 giugno 1977 sui conflitti armati internazionali e all'inapplicabilità nella specie dell'art. VIII, par. 5, della Convenzione di Londra, e appariva nei suoi effetti del tutto compatibile con la Convenzione europea<sup>34</sup>.

esclude il diritto al risarcimento nei confronti dello Stato non è contraria all'art. 6, par. 1, della Convenzione europea (par. 86), anche perché leggi del genere sono comuni tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa e in altri Stati (par. 87). In ogni caso, una norma nazionale che escludesse la giurisdizione in tali casi sarebbe una norma sostanziale, cioè una norma che esclude l'esistenza del diritto al risarcimento, non una norma processuale che preclude di rivolgersi ai giudici nonostante che il diritto al risarcimento sussista; altrimenti la Corte europea creerebbe nell'ordinamento del foro un diritto che in realtà non esiste, ciò che non può fare secondo la sua stessa giurisprudenza (par. 88). Analogamente all'Italia, il Regno Unito ha poi sostenuto che una norma che limiti la giurisdizione nei confronti dello Stato sarebbe ragionevole e proporzionata (par. 89) allo scopo legittimo di salvaguardare la separazione dei poteri in uno Stato democratico (par. 90). Al contrario la Serbia e Montenegro ha sostenuto che il principio del risarcimento dei danni è di carattere fondamentale e risale al principio romanistico *neminem ledere* riconosciuto come principio generale dai trattati internazionali delle nazioni civili (par. 83). Inoltre, la dottrina dell'"atto di governo", sottratto al sindacato giurisdizionale, corrisponderebbe al principio della "ragion di Stato" e renderebbe impossibile qualsiasi protezione dei diritti umani (par. 85). In quest'ultimo senso è nettamente formulata anche l'opinione dissidente del giudice italiano Zagrebelsky, condivisa dai giudici Zupančić, Jungwiert, Tsatsanikolovska, Ugrehelidze, Kovler e David Thór Björgvinsson.

<sup>30</sup> Cfr. par. 68 della sentenza.

<sup>31</sup> Cfr. paragrafi 93-102 della sentenza.

<sup>32</sup> Cfr. par. 105 della sentenza.

<sup>33</sup> Cfr. par. 106 della sentenza.

<sup>34</sup> Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza. Cfr. in dottrina N. RONZITTI, *Azioni belliche e risarcimento del danno*, cit., pp. 684 e 686-687.

Inoltre, il difetto di giurisdizione rilevato dalla Corte di Cassazione non equivaleva ad un'immunità giurisdizionale, rinunciabile dallo Stato, in quanto poteva essere sollevato d'ufficio dai giudici<sup>35</sup>. La conseguenza, secondo la Corte, è che il diritto (sostanziale) al risarcimento non poteva considerarsi esistente nel foro<sup>36</sup>. Del resto, ad avviso della Corte, quando la questione è "politica" accade che un diritto sostanziale altrimenti esistente cessa di esistere<sup>37</sup>. La Corte ha poi precisato che la dichiarazione del difetto di giurisdizione non ha fatto altro che delimitare i poteri di sindacato giurisdizionale degli atti di politica estera, quali gli atti di guerra, e cioè "the principles governing the substantive right of action in domestic law"<sup>38</sup>. La Corte ha concluso che i ricorrenti non erano stati privati del loro diritto ad una decisione nel merito delle loro pretese in quanto queste ultime erano state esaminate in modo ragionevolmente corretto dai giudici italiani alla luce dei principi giuridici del diritto italiano sulla responsabilità civile<sup>39</sup> e che quindi l'art. 6 non fosse stato violato<sup>40</sup>.

5. Per comprendere il problema del rispetto del diritto di accesso al giudice è opportuno riassumere sinteticamente i principi che di tale diritto la Corte ha dato nella sua giurisprudenza, soprattutto con riguardo ai limiti.

Sin dalla sentenza *Golder*, il diritto di accesso al giudice è sempre stato considerato dalla Corte come suscettibile – entro il "margine di apprezzamento" riconosciuto agli Stati<sup>41</sup> – di restrizioni statali che perseguissero uno scopo legittimo e che fossero proporzionate a tale scopo<sup>42</sup>. In principio il diritto di accesso al giudice è inteso ad ottenere un'udienza e una decisione giudiziale, che può anche essere preclusiva dell'esame del merito, ad esempio per difetto di giurisdizione (proprio come nel caso *Marković*) o di una condizione di procedibilità o per incompetenza del giudice adito. La Corte ha sempre ribadito che deve trattarsi di un diritto "effettivo"<sup>43</sup>, traendone come conseguenza che tuteli anche il giudicato<sup>44</sup> e persino l'esecuzione delle decisioni giudiziali<sup>45</sup> e che implichi il riconoscimento dell'assistenza legale<sup>46</sup>. Il diritto di accesso al giudice va riconosciuto inoltre soltanto per far valere diritti sostanziali già esistenti nell'ordina-

<sup>35</sup> Cfr. paragrafi 110 e 113-114 della sentenza.

<sup>36</sup> Cfr. par. 111 della sentenza.

<sup>37</sup> Cfr. par. 112 della sentenza.

<sup>38</sup> Cfr. par. 114 della sentenza.

<sup>39</sup> Cfr. par. 115 della sentenza.

<sup>40</sup> Cfr. par. 116 della sentenza.

<sup>41</sup> Cfr. la sentenza del 28 maggio 1985 nel caso *Ashingdane c. Regno Unito*, par. 57.

<sup>42</sup> Cfr. la sentenza del 24 ottobre 1979 nel caso *Winterwerp c. Paesi Bassi*, par. 75; e la sentenza del 14 dicembre 1999 nel caso *Khalifaoui c. Francia*, par. 36.

<sup>43</sup> Cfr. la sentenza del 9 ottobre 1979 nel caso *Airey c. Irlanda*, par. 24.

<sup>44</sup> Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1999 nel caso *Brumarescu c. Romania*, par. 62.

<sup>45</sup> Cfr. la sentenza del 28 luglio 1999 nel caso *Immobiliare Saffi c. Italia*, par. 63; la sentenza del 14 dicembre 1999 nel caso *Antonakopoulos, Vortisela e Antonakopoulou c. Grecia*, par. 26; e la sentenza del 20 luglio 2000 nel caso *Antonetto c. Italia*, par. 29.

<sup>46</sup> Cfr. la sentenza nel caso *Airey*, paragrafi 24-26.

mento dello Stato accusato. Se è chiaro che soltanto per un diritto che esiste può essere garantita la possibilità di farlo valere in giudizio e se è chiaro che la Corte europea non può creare diritti sostanziali negli ordinamenti interni degli Stati contraenti, è però altrettanto chiaro che in diverse occasioni è difficile, se non impossibile, stabilire se un ostacolo (non importa se giuridico o di fatto) all'accesso ad un giudice costituisca una privazione del diritto sostanziale da far valere o uno sbarramento processuale ai giudici relativo ad un diritto che, sul piano sostanziale, continua ad esistere<sup>47</sup>.

Quanto ai limiti del diritto di accesso al giudice, il problema si è posto per l'immunità giurisdizionale prevista dal diritto interno a favore di agenti di polizia contro azioni risarcitorie per azioni condotte nell'esercizio delle loro funzioni<sup>48</sup>, o di ispettori incaricati di svolgere indagini amministrative sulla correttezza di operazioni finanziarie e commerciali<sup>49</sup>, o di membri del Parlamento<sup>50</sup>, ovvero per l'immunità giurisdizionale prevista dal diritto internazionale a favore di Organizzazioni internazionali<sup>51</sup> o di Stati stranieri<sup>52</sup> o di organi di Stati stranieri<sup>53</sup>. Altri limiti ammessi dalla Corte europea sono i termini di prescrizione per la proposizione di una domanda civile<sup>54</sup>, i depositi cauzionali imposti a garanzia di eventuali condanne al pagamento di somme di danaro dovute alla preclusività di una domanda giudiziale<sup>55</sup>, le incertezze esistenti nel sistema normativo dello Stato accusato relative alla competenza dei giudici ordinari o dei giudici amministrativi<sup>56</sup> e gli ostacoli o condizioni poste alle impugnazioni quali le autorizzazioni all'appello<sup>57</sup>, la *cautio iudicatum solvi*<sup>58</sup> e la costituzione in carcere di un latitante<sup>59</sup>.

6. Alla luce di quanto precede, la questione se l'art. 6, par. 1, fosse stato violato a nostro giudizio avrebbe dovuto essere risolta seguendo un ragionamento diverso e per arrivare alla conclusione opposta.

<sup>47</sup> Cfr. C. OVEY, R. WHITE, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2002, p. 153.

<sup>48</sup> Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1998 nel caso *Osman c. Regno Unito*, par. 147.

<sup>49</sup> Cfr. la sentenza del 21 settembre 1994 nel caso *Fayed*.

<sup>50</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 347, nota 239.

<sup>51</sup> Cfr. le sentenze del 18 febbraio 1999 nel caso *Waite e Kennedy c. Germania*, paragrafi 63 e 67-68, e nel caso *Beer e Regan c. Germania*, paragrafi 53 e 57-58.

<sup>52</sup> Cfr. la sentenza del 21 novembre 2001 nel caso *Al-Adsani*, paragrafi 66-67.

<sup>53</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 347, nota 239.

<sup>54</sup> Cfr. la sentenza del 22 ottobre 1996 nel caso *Stubbings c. Regno Unito*, par. 51 ss.

<sup>55</sup> Cfr. la sentenza del 28 ottobre 1998 nel caso *Ait-Mouhoub c. Francia*, paragrafi 54-58.

<sup>56</sup> Cfr. la sentenza del 30 ottobre 1998 nel caso *F.E. c. Francia*, par. 47 ss.; e in precedenza le sentenze del 4 dicembre 1995 nel caso *Bellet c. Francia*, par. 37, e del 16 dicembre 1992 nel caso *De Geouffre de la Pradelle c. Francia*, par. 33.

<sup>57</sup> Cfr. la sentenza del 2 marzo 1987 nel caso *Monnell e Morris c. Regno Unito*, par. 55 ss.

<sup>58</sup> Cfr. la sentenza del 13 luglio 1995 nel caso *Tolstoy Miloslavsky c. Regno Unito*, par. 65.

<sup>59</sup> Cfr. la sentenza del 29 luglio 1998 nel caso *Omar c. Francia*, par. 40 ss.; e la sentenza nel caso *Guérin c. Francia*, par. 43 ss.

La critica di fondo concerne la questione dell'insindacabilità degli atti di governo<sup>60</sup>. Posto che l'art. 6 nel caso *Marković* si applichi, come la Corte ha stabilito e come anche noi riteniamo, il problema consiste nel chiedersi se tale insindacabilità comporti una limitazione al diritto di accesso al giudice che non persegua uno scopo legittimo o che, pur perseguendo uno scopo legittimo, sia sproporzionata. Non c'è dubbio che la valutazione se la restrizione soddisfi o meno i requisiti dello scopo legittimo e della proporzionalità, che vanno intesi – come la Corte ha sempre ribadito – in senso restrittivo, spetti alla Corte europea. Non si può infatti ritenere che così facendo la Corte europea, nella misura in cui esamina la “correttezza” di una sentenza nazionale, operi come giudice di ultima istanza. È compito infatti della Corte europea accertare se la Convenzione sia stata violata, se del caso attraverso una sentenza dello Stato accusato. Del resto la Corte ha esaminato la sentenza della Corte di Cassazione nel caso *Marković* ritenendo che non fosse irragionevole<sup>61</sup>. Nel caso in cui la Corte europea accerti che la sentenza interna non è “corretta” – cioè non soddisfa i requisiti per la limitazione al diritto di accesso al giudice – la Corte stessa non può evidentemente riformarla o cassarla, ma può, e anzi deve, affermare che tale sentenza non rispetta la Convenzione europea e impegna così la responsabilità dello Stato accusato. Ora, se può ammettersi che in generale lo scopo perseguito dall'insindacabilità degli atti politici sia legittimo, il punto è che nella specie la sentenza della Corte di Cassazione non perseguiva *incontestabilmente* tale scopo e ciò nella misura in cui ha precluso la giurisdizione nei confronti di un atto di guerra che secondo i ricorrenti era *contrario al diritto internazionale*. In altre parole, lo scopo della tutela dell'indirizzo politico dello Stato e del principio della separazione dei poteri è legittimo se viene perseguito con atti con i quali si effettua una scelta tra condotte tutte indiscutibilmente lecite, come la stipulazione o meno di un trattato o la stipulazione di un trattato piuttosto che di un altro o il ricorso ad un atto di guerra lecito piuttosto che ad un altro altrettanto lecito<sup>62</sup>, ma se ad essere contestata è una condotta *illecita* allora l'Esecutivo non può difendersi sostenendo che l'atto è “politico”, cioè non giudicabile secondo parametri oggettivi di carattere giuridico ovvero attinente agli “interessi supremi” della collettività, dal momento che l'atto è *sic et simpliciter* illecito e *non deve* essere compiuto. Benché il compimento di un atto internazionalmente illecito non comporti *automaticamente* anche il diritto delle vittime di chiedere il risarcimento dei danni che ha provocato, trattandosi anzitutto di una questione di

<sup>60</sup> Sul problema v. per tutti B. CONFORTI, *Cours général de droit international public*, RCADI, 1988-V, vol. 212, pp. 32-34; I. BROWNLEE, *Principles of International Law*, Oxford, 2003, VI ed., pp. 49-50; M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2003, V ed., pp. 162-172.

<sup>61</sup> Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza.

<sup>62</sup> Per la giurisprudenza italiana, tendente in generale a sottrarre al sindacato giurisdizionale sia ordinario che amministrativo gli atti compiuti dallo Stato nel regolamento delle relazioni internazionali v. B. CONFORTI, P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*. Repertorio, Napoli, 1988, pp. 127-130, e P. PICONE (a cura di), *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale pubblico*. Vol. II-Repertorio 1987-1997, Napoli, 1997, pp. 175-180.

responsabilità internazionale, a noi sembra che un controllo giurisdizionale sull'eventuale illiceità internazionale dell'atto dell'Esecutivo sia necessario. È anche vero che per il giudice che esamina la questione l'atto potrebbe poi non risultare illecito, ma non si vede come si possa accertare la sua liceità o illiceità – che indirettamente si riflette sulla sua stessa discrezionalità – se i giudici si sottraggono *a priori* al suo controllo. Se l'atto risulta lecito, il problema dinanzi ai giudici potrebbe, quindi, effettivamente chiudersi per ingiustiziabilità e ritenersi che l'art. 6, par. 1, della Convenzione europea sia stato rispettato; ma se l'atto risulta illecito, allora non si è più di fronte ad una “scelta discrezionale” dell'Esecutivo, bensì ad un illecito e la giurisdizione nel merito deve poter essere esercitata; né si può allora escludere (anzi sembra del tutto ragionevole ammettere, alla luce dell'art. 2043 c.c. e dell'art. 24 Cost.) che la responsabilità dell'Esecutivo si estenda anche al risarcimento civile delle vittime<sup>63</sup>.

Tutto ciò non è stato preso in considerazione dalla Corte europea, che si è invece intrattenuta sull'analisi dell'esistenza del diritto “sostanziale” al risarcimento sia (nella misura in cui fosse “difendibile” nell'ordinamento italiano) nella parte relativa all'applicabilità dell'art. 6 che nella parte relativa al merito. A noi sembra che ai ricorrenti avrebbe dovuto essere riconosciuto il diritto di accesso ai giudici italiani almeno fino alla fase della valutazione della liceità o meno dell'atto di guerra italiano. La Corte europea avrebbe quindi dovuto chiedersi se il diniego di giurisdizione perseguiva uno scopo legittimo e, ammesso che lo perseguisse, se fosse proporzionale. Così facendo avrebbe dovuto concludere che lo scopo era astrattamente legittimo, in quanto diretto a salvaguardare la discrezionalità dell'Esecutivo nella scelta degli atti di guerra più opportuni in un conflitto, ma che il difetto di giurisdizione (in quanto escludeva il sindacato giurisdizionale sull'eventuale illiceità, non inverosimile *prima facie*, dell'atto di guerra contestato al Governo italiano) risultava invece sproporzionato allo scopo legittimo nella misura in cui si estendeva ingiustificatamente ad “atti di guerra” intesi in blocco, senza distinguere se fossero leciti o illeciti, dei quali cui si contestava, in modo “difendibile”, la liceità internazionale<sup>64</sup>. Va infatti oltre lo scopo di salvaguardare la discrezionalità dell'Esecutivo stabilire che i giudici non possano pronunciarsi nei casi in cui la liceità dell'atto dell'Esecutivo viene contestata con sufficiente plausibilità perché così facendo si sottrae al controllo giurisdizionale la verifica se nella specie rileva la sfera discrezionale o al contrario quella vincolata dell'Esecutivo. E ciò anche quando la pretesa violazione riguarda norme di diritto internazionale nella misura in cui facciano parte integrante dell'ordinamento giuridico italiano<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. paragrafi 109 e 112 della sentenza. Più in generale sul problema del risarcimento dei danni per violazione del diritto bellico v. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, 2006, III ed., pp. 222-226.

<sup>64</sup> La questione se il bombardamento della stazione RTS fosse un atto di guerra lecito è controversa: v. N. RONZITTI, *op. ult. cit.*, pp. 278-279.

<sup>65</sup> In tal senso depono, *mutatis mutandis*, la successiva e ben nota sentenza della Corte di Cassazione (S.U.) italiana nel caso *Ferrini* dell'11 marzo 2004 n. 5044 in una controversia relativa alla

7. In conclusione, la sentenza *Marković* è da condividere nella conclusione (del resto ovvia) che la sentenza della Corte di Cassazione italiana contestata ricadesse nella “giurisdizione” dello Stato italiano ai sensi dell’art. 1 della Convenzione. Non può essere invece condivisa nella parte restante, laddove ha escluso che il diritto di accesso al giudice, certamente applicabile nella specie, fosse stato violato e ciò perché in uno Stato di diritto i provvedimenti in principio discrezionali dell’Esecutivo che potrebbero essere illeciti e che incidono sfavorevolmente sui singoli devono poter essere controllati dai giudici.

richiesta da parte di un cittadino italiano del risarcimento dei danni nei confronti della Germania per crimini internazionali (deportazione e sottoposizione a lavoro forzato) commessi dalla Germania nazista durante la seconda guerra mondiale, laddove afferma che “l’insindacabilità delle modalità di svolgimento delle attività di suprema direzione della cosa pubblica non è di ostacolo all’accertamento degli eventuali reati commessi nel corso del loro esercizio e delle conseguenti responsabilità, sia sul piano penale che su quello civile” e che “in forza del principio di adattamento sancito dall’art. 10, comma 1, della nostra Carta costituzionale, le norme di diritto internazionale ‘generalmente riconosciute’ che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali e configurano come ‘crimini internazionali’ i comportamenti che più gravemente attentano all’integrità di tali valori, sono divenute ‘automaticamente’ parte integrante del nostro ordinamento e sono, pertanto, pienamente idonee ad assumere il ruolo di parametro dell’ingiustizia del danno causato da un ‘fatto’ doloso o colposo altrui”. La Corte ha così espressamente escluso che per tali motivi i principi dell’ordinanza *Marković* dell’8 febbraio 2002 venissero in considerazione nella specie (par. 7.1).