

RIVISTA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Anno LXXXV Fasc. 3 - 2002

Francesca De Vittor

**IMMUNITÀ DEGLI STATI DALLA
GIURISDIZIONE E TUTELA DEI DIRITTI
UMANI FONDAMENTALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

IMMUNITÀ DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE E TUTELA DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano dell'indagine. — 2. Esposizione e valutazione critica delle tesi sinora proposte a sostegno di un regime di deroga all'immunità degli Stati, in caso di violazione di diritti umani fondamentali: a) la tesi della rinuncia implicita all'immunità in caso di violazione di norme di *jus cogens*. Critica alla luce dei casi *Prinz* e *Siderman*. — 3. *Segue: b)* la tesi della rinuncia all'immunità attraverso l'adesione ad un trattato in materia di diritti umani: i casi *Von Dardel* e *Frolova* contro l'Unione sovietica. — 4. *Segue: c)* la tesi della perdita dell'immunità fondata sulla superiorità gerarchica dei diritti umani costituenti *jus cogens*, indipendentemente da una rinuncia implicita o esplicita: sua applicazione da parte della Corte suprema greca. — 5. *Segue: d)* la negazione dell'immunità fondata sul principio della giurisdizione universale: la vicenda *Pinochet* e la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Congo c. Belgio*. — 6. *Segue: e)* la negazione dell'immunità sulla base del diritto individuale di accesso al giudice. Critica alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, il caso *Al-Adani c. Regno Unito*). — 7. *Segue: f)* la tesi secondo cui la negazione dell'immunità nei casi *Letelier, Von Dardel* e *Amerinda Hess* (sentenza d'appello) può essere considerata una forma di contromisura. — 8. Considerazioni in merito all'opportunità di configurare in termini di deroga all'immunità giurisdizionale la soluzione al problema della tutela dell'individuo in caso di violazione dei diritti umani fondamentali. — 9. La funzione della protezione diplomatica a garanzia dei diritti fondamentali. — 10. L'affievolirsi della necessità del legame di nazionalità in caso di azione in protezione diplomatica a tutela di diritti umani fondamentali. Una diversa lettura della vicenda *Letelier*. — 11. La riduzione della discrezionalità dello Stato quando l'azione in protezione diplomatica è conseguenza di una violazione di diritti umani fondamentali. Brevi note a margine della vicenda *Prinz*.

1. Nel corso degli ultimi anni le giurisdizioni civili di alcuni Paesi, in particolar modo quelle statunitensi, sono state adite da individui che chiedevano la condanna di Stati stranieri al risarcimento del danno da loro subito in seguito a gravi violazioni dei diritti umani. Tuttavia, i suddetti ricorsi sono stati quasi sempre respinti in base alla regola consuetudinaria che impone di riconoscere agli Stati l'immunità dalla giurisdizione relativamente agli atti *jure imperii*⁽¹⁾, e ciò no-

(1) In generale, sull'immunità dello Stato dalla giurisdizione, ed in particolare sulla distinzione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis*, si vedano SICHANLIKUL, *Immunities of Foreign States before National Authorities*, in *Revue des cours*, 1976-I,

nonostante l'enorme importanza che i diritti umani hanno assunto nel diritto internazionale contemporaneo⁽²⁾.

Poiché l'azione giudiziaria dinanzi ai tribunali interni è spesso l'unico strumento per mezzo del quale l'individuo ha un'effettiva possibilità di ottenere un risarcimento, la limitazione del diritto alla tutela giurisdizionale nell'eventualità di violazione di norme poste a garanzia di diritti umani fondamentali è considerata inaccettabile da una parte della dottrina⁽³⁾. Nel tentativo di dare una soluzione al problema, sono state proposte diverse costruzioni teoriche, tutte accomunate dallo sforzo di configurare l'esistenza di un regime di derogata — specifico per i casi di violazione dei diritti umani — alla re-

p. 87 ss.; PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, Bruxelles, 1997; COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Paris, 1996. Un esempio particolarmente indicativo di come la distinzione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* non sia idonea a fornire tutela giurisdizionale nel caso di violazioni dei diritti umani è il caso *Nelson v. Saudi Arabia*. Scott Nelson, cittadino statunitense, era stato ingaggiato negli Stati Uniti dall'Arabia Saudita come ingegnere elettronico. Nello svolgere tale attività presso un ospedale di Riyadh, scopri irregolarità nel sistema di sicurezza e ne fece rapporto ad una commissione investigativa del Governo saudita. A causa di ciò fu arrestato e torturato da agenti dello stesso Governo. Rientrato negli Stati Uniti citò in giudizio l'Arabia Saudita per ottenere il risarcimento del danno subito. Diversamente dalla District Court, che aveva dichiarato il ricorso non ricevibile per difetto di giurisdizione, la Court of Appeals applicò la « commercial tort exception » (par. 1605(a)(2) del *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976), negando l'immunità dell'Arabia Saudita in ragione della stretta relazione tra la tortura subita dal Nelson e il contratto di lavoro concluso con lo Stato in causa (*Nelson v. Saudi Arabia*, sent. 21 febbraio 1991, in *Int. Law Reports*, vol. 88, pp. 189-198). Si trattava evidentemente di una forzatura che la Corte suprema cassò affermando che nel caso di specie l'azione aveva all'origine il fatto illecito commesso dall'Arabia Saudita nel proprio territorio, non l'attività commerciale; di conseguenza la tortura subita dal Nelson, per quanto deprecabile, ateneva all'esercizio di funzioni pubbliche da parte dello Stato arabo al quale doveva essere garantita l'immunità (*Saudi Arabia v. Nelson*, sent. 23 marzo 1993, in *American Journal of Int. Law*, 1993, p. 442).

(2) Secondo MORIN, *L'Etat de droit: émergence d'un principe de droit international*, in *Recherches des cours*, vol. 254, 1995, p. 35 s., l'immunità giurisdizionale dello Stato, analogamente a quella delle organizzazioni internazionali, non sarebbe compatibile con i progressi che il concetto di Stato di diritto ha avuto nella società internazionale. Si ricordi, inoltre, che l'idea di un'antinomia tra le regole di diritto consuetudinario in materia di immunità e i diritti dell'uomo era già stata sviluppata negli anni cinquanta da LAUTERBACH, *The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States*, in *British Year Book of Int. Law*, 1951, p. 220 ss.

(3) Oltre agli scritti citati nella nota 2, si vedano le considerazioni di REMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on Pinar v. Federal Republic of Germany*, in *Michigan Journal of Int. Law*, 1995, p. 404; ROSS, *The Changing Relationship Between State Immunity and Human Rights*, in *The Birth of European Human Rights Law - L'évolution du Droit européen des Droits de l'Homme. Liber Amicorum Carl Aage Nørgaard*, Baden-Baden, 1998, p. 175 ss.; FLAUSS, *Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme*, in *Revue suisse de droit int. et européen*, 2000, pp. 300-304, nonché di altri autori le cui tesi sono esposte nel presente lavoro.

gola generale dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione. Questo regime risulta, il più delle volte, ricostruito come eccezione alla norma primaria sull'immunità (c.d. *human rights exception*); tale eccezione viene dedotta da quelle già accolte dalla prassi internazionale in materia di immunità oppure aggiunta ad esse, ispirandosi ad altre regole e principi di diritto consuetudinario, quali la superiorità ed inderogabilità delle norme imperative o il dovere di collaborazione degli Stati al fine di promuovere il rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. In altri casi, invece, il mancato riconoscimento dell'immunità di uno Stato è considerato una forma di contromisura o di garanzia privata.

Si avrà modo di notare, tuttavia, come le varie teorie proposte tendano a rivelarsi carenti sia dal punto di vista della coerenza interna della costruzione logico-giuridica, sia per quanto concerne il loro fondamento nella prassi internazionale. Proprio questa considerazione indurrà a tentare una diversa lettura della prassi medesima, onde proporre una soluzione differente al problema del contrasto, reale o apparente, tra l'immunità degli Stati e la necessità di fornire una tutela efficace ai diritti dell'uomo.

Ciò premesso, sembra opportuno chiarire il percorso che si intende seguire a tal fine, nonché anticipare sia pure brevemente le conclusioni cui si perverrà.

Per quanto si è già detto, è evidente che l'indagine non può che prendere le mosse da un'approfondita valutazione delle opinioni cui si è appena fatto cenno. Tale esame verrà svolto con costante riferimento alle vicende giurisprudenziali in relazione alle quali le suddette teorie sono venute via via maturando. Una volta escluso che queste ultime siano idonee a fornire spiegazioni realmente convincenti del fenomeno in esame *de jure condito*, si procederà ad una valutazione delle soluzioni da esse proposte anche *de jure condendo*. Una simile valutazione, per quanto sintetica, appare, in una certa misura, necessaria ove si consideri che, benché tali teorie siano tutte costruite in una prospettiva di sviluppo del diritto piuttosto che di interpretazione delle norme esistenti, la questione dell'opportunità di introdurre una deroga all'immunità nella materia in esame è sempre stata trattata in modo piuttosto superficiale. La conclusione cui si perverrà è che, anche *de jure condendo*, l'attribuzione ai giudici interni della competenza a giudicare della violazione dei diritti umani da parte di Stati stranieri — e, di conseguenza, a decidere sul risarcimento dovuto — risulta meno appropriata di quanto appaia a prima vista.

Su queste basi, attraverso una diversa lettura dei casi citati, si perversà infine all'individuazione di un'ipotesi ricostruttiva che, pur restando aderente alla prassi internazionale, permetta di garantire una maggiore tutela ai diritti dell'uomo in questo campo. Più esattamente, la scelta metodologica di considerare le vicende rilevanti nel loro complesso, e non limitatamente al momento della decisione giudiziaria, ci indurrà a leggere tale prassi come un adattamento al tema in esame del tradizionale istituto della protezione diplomatica.

2. Le prime tesi sulla c.d. *human rights exception* sono state proposte dalla dottrina statunitense: ciò si spiega con la considerazione che è davanti alle corti americane che si è decisa la maggior parte delle controversie nell'ambito delle quali siffatta eccezione era stata invocata. Le suddette tesi, proprio per il contesto nell'ambito del quale si sono sviluppate, hanno tutte alla base il *Foreign Sovereign Immunity Act* (FSIA) del 1976⁽⁴⁾. Ciononostante, poiché il FSIA riprende in larga misura le norme di diritto internazionale consuetudinario in materia di immunità relativa, tali opinioni dottrinali possono essere lette anche in una prospettiva internazionalistica che va ben oltre la legislazione statunitense.

Il FSIA, come tutte le codificazioni interne ed internazionali in materia di immunità dello Stato⁽⁵⁾, afferma l'immunità come regola generale, ma prevede una serie di eccezioni in base alle quali i tribunali possono esercitare la propria giurisdizione. Una di queste è rappresentata dal caso in cui lo Stato in causa rinunci, esplicitamente o implicitamente, all'immunità⁽⁶⁾.

Fu in sede di commento alla sentenza della Corte suprema nel caso *Amerada Hess*⁽⁷⁾ che la tesi della rinuncia implicita all'immu-

(4) Public Law 94-583, 94th Congress, *Foreign Sovereign Immunity Act of 1976*, pubblicato anche in *Int. Law Reports*, vol. 63, p. 655 ss.

(5) Si veda, ad esempio, lo *State Immunity Act* britannico del 1978 (*Int. Law Reports*, vol. 64, p. 718 ss.), e in generale da tutti gli atti legislativi con i quali nei paesi di *common law*, si è voluto codificare il regime giuridico dell'immunità, nonché la Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972.

(6) FSIA, cit., par. 1605(a)(1). La rinuncia da parte dello Stato chiamato in causa è una delle ipotesi classiche di perdita dell'immunità, tanto che ANZILOTTI pose tale concetto a fondamento di tutti i casi in cui, al tempo in cui scriveva, i tribunali interni potevano esercitare la propria giurisdizione su uno Stato straniero (*L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione*, in *Rivista*, 1910, p. 477 ss., ora in *Opere*, Padova, 1957, vol. II, t. 2, p. 119 ss.).

(7) *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping*, sent. 23 gennaio 1989, in *Int. Law Reports*, vol. 81, p. 658 ss. I fatti all'origine della controversia sono noti. La petroliera *Hercules*, di cui la società liberiana *Amerada Hess* era «time-charterer»,

nità per violazione di norme imperative di diritto internazionale venne inizialmente avanzata⁽⁸⁾. Si ritene, infatti, che, sebbene la Corte avesse correttamente affermato che il FSIA era l'unico atto normativo in base al quale si doveva stabilire la giurisdizione dei tribunali statunitensi nei confronti di uno Stato straniero, essa avrebbe tuttavia errato nel non analizzare la possibilità che la violazione di norme imperative del diritto internazionale rientrasse tra le eccezioni previste dallo stesso FSIA, ed in particolare in quella della rinuncia da parte dello Stato chiamato in causa.

Presupposto fondamentale dell'opinione in esame è che, costituendo lo *ius cogens* una sorta di ordine pubblico internazionale, esso debba ricevere protezione assoluta e quindi essere applicato a qualsiasi atto dello Stato che, se contrario a tali valori fondamentali, sarebbe illecito indipendentemente dalla sua natura. L'esistenza di un sistema di regole inderogabili comporterebbe che un atto compiuto dallo Stato in violazione di tali norme non possa essere tutelato come un atto sovrano, con la conseguenza che lo Stato che abbia commesso una tale violazione non potrebbe invocare l'immunità per il detto comportamento⁽⁹⁾. Riconoscendo l'esistenza di un gruppo di norme imperative, quindi, gli Stati avrebbero implicita-

era stata attaccata e gravemente danneggiata dall'aviazione argentina mentre navigava in mare internazionale non lontano dalla zona di guerra delle isole Falkland-Malvinas. Poiché i tentativi, sia giurisdizionali sia diplomatici, di ottenere un risarcimento dall'Argentina non avevano sortito alcun effetto, le società *Amerada Hess* e *United Carriers*, quest'ultima proprietaria della petroliera ed anch'essa liberiana, adirono congiuntamente la District Court del Southern District of New York, dove era stato concluso il contratto di noleggio, al fine di ottenere dall'Argentina il risarcimento dei danni subiti. La District Court dichiarò l'azione irricevibile in applicazione del FSIA (sent. 5 maggio 1986, in *Int. Law Reports*, vol. 79, pp. 3-7). Viceversa, la Court of Appeals (sent. 11 settembre 1987, in *Int. Law Reports*, vol. 79, pp. 8-17), conformemente a quanto precedentemente deciso nel caso *Filartiga v. Peña-Irala* (sent. 30 giugno 1980, in *Int. Legal Materials*, 1980, p. 966 ss.), affermò che l'*Alien Tort Claims Act* costituiva autonomo fondamento della giurisdizione americana in caso di violazione del diritto internazionale e accolse la domanda. La Corte suprema riformò la decisione affermando che il solo fondamento della giurisdizione dei tribunali americani nei confronti degli Stati stranieri era il FSIA (p. 663) e che, poiché il caso di specie non rientrava in alcuna delle eccezioni da esso previste, l'Argentina doveva essere dichiarata immune. Si tratta di una sentenza di grande importanza in quanto prova, almeno per quanto concerne l'ordinamento statunitense, l'inesistenza di un'eccezione generale all'immunità in caso di violazione del diritto internazionale, inesistenza che, come si vedrà nel prosieguo, è stata confermata in tutte le pronunce successive, anche con riferimento alla violazione di norme di diritto internazionale imperativo.

(8) *BRISKY, MERVA e ROHT-ARAZA, Implied Waiver Under the FSIA: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law*, in *California Law Review*, vol. 77, 1989, p. 365 ss.

(9) *Ibid.*, p. 377.

mente consentito a rinunciare alla loro immunità rispetto alla violazione di una di tali norme⁽¹⁰⁾.

Il coordinamento di questa tesi con il FSIA risulta apparentemente semplice. Benché i tribunali abbiano sempre ritenuto che la rinuncia all'immunità debba essere chiaramente manifestata⁽¹¹⁾, questa affermazione dovrebbe valere solo qualora sia in questione il rispetto di norme che lo Stato sia libero di accettare o meno. Viceversa, lo *jus cogens* non dipende dal consenso del singolo Stato, bensì è vincolante per sua stessa natura. Ne conseguirebbe che, così come non è richiesto il consenso per la sua accettazione, altrettanto implicita sarebbe la perdita dell'immunità in caso di sua violazione. Il considerare dunque la violazione di norme di *jus cogens* come compresa nell'eccezione relativa alla rinuncia implicita all'immunità risulterebbe dall'applicazione della dottrina dell'incorporazione del diritto internazionale nel diritto interno, ovvero dall'interpretazione del diritto interno conformemente all'evoluzione del diritto internazionale⁽¹²⁾.

A conferma di quanto appena riportato, vengono poi citati i casi *Letelier v. Chile*⁽¹³⁾ e *Liu v. China*⁽¹⁴⁾, sostenendosi che in tali ipotesi l'immunità era stata negata perché l'azione compiuta dallo Stato, essendo contraria al diritto interno ed internazionale, non poteva essere considerata un atto sovrano.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, p. 394.

⁽¹¹⁾ Si veda la sent. 11 maggio 1985 della Court of Appeals per il settimo circuito, *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, in *Int. Law Reports*, vol. 85, pp. 236-247 (in part. p. 245), e i precedenti ivi citati.

⁽¹²⁾ BEISKY, MERVIN e ROHT-ARUKAZA, *Implied Waiver* cit., p. 398 s.

⁽¹³⁾ Sent. 11 marzo 1980 della District Court per il District of Columbia, *Letelier v. Chile*, in *Int. Law Reports*, vol. 63, pp. 378-390. Origine della controversia fu l'attentato, organizzato dal Centro Nazionale d'Intelligenza cileño e avvenuto in territorio statunitense nel 1976, nel quale persero la vita Orlando Letelier (già ambasciatore e Ministro degli esteri del Governo Allende) e Ronni Moffit (direttore dell'Istituto per le relazioni internazionali di Washington). I parenti delle vittime ricorsero alla District Court per ottenere dal Cile il risarcimento del danno subito.

⁽¹⁴⁾ Sent. 29 dicembre 1989 della Court of Appeals per il nono circuito, *Liu v. Republic of China*, in *Int. Law Reports*, vol. 101, pp. 519-535. Nel 1985, il Liu, giornalista residente negli Stati Uniti, fu assassinato in California da due cecchini che agivano agli ordini di Wong, direttore del Servizio di difesa della Repubblica cinese. Un processo a Taiwan provò che Wong aveva ordinato l'omicidio perché Liu stava danneggiando gli interessi di Taiwan con le sue pubblicazioni, ma che Wong non aveva ricevuto nessun ordine ufficiale dal Governo. La vedova di Liu intentò un'azione davanti alla District Court contro la Repubblica cinese, per ottenere il risarcimento del danno causato dalla morte del marito. La District Court respinse l'azione, ma la Court of Appeals accolse l'appello e affermò la giurisdizione statunitense con una sentenza analoga a quella resa dalla District Court nel caso *Letelier*.

Gli esempi proposti, però, non sono pertinenti. Se si prende per buona l'interpretazione appena ricordata, si finisce, infatti, con il considerare esclusa l'immunità in tutti i casi di atti considerati illeciti dal diritto interno ed internazionale (lo stesso assassinio politico, per quanto certamente illecito, non costituisce violazione di una norma di *jus cogens*). Inoltre, analizzando più approfonditamente le sentenze in parola, si nota che, in entrambi i casi, l'atto in questione era un assassinio commesso nel territorio degli Stati Uniti e di conseguenza rientrava nella « non-commercial tort exception », espressamente prevista dal par. 1605(a)(5) del FSIA⁽¹⁵⁾. Il riferimento all'impossibilità di considerare l'azione come atto sovrano, o meglio come atto discrezionale dello Stato, fu operato dai tribunali solo per non applicare l'ulteriore eccezione secondo cui l'immunità è comunque garantita se il danno è provocato nell'esercizio di una « discretionary function » (par. 1605(a)(5)(A)), nonché per escludere la dottrina dell'« Act of State »⁽¹⁶⁾.

Per meglio comprendere e valutare criticamente la teoria in esame, pare utile, inoltre, analizzarla alla luce delle sentenze rese dalla District Court e dalla Court of Appeals nel caso *Prinz*, in occasione del quale le giurisdizioni statunitensi furono chiamate a decidere sul diritto della Germania all'immunità in relazione ai crimini commessi nei confronti degli ebrei durante la seconda guerra mondiale⁽¹⁷⁾.

Nel primo grado del giudizio, la District Court negò l'immunità della Germania con una decisione che sembrerebbe confermare la

⁽¹⁵⁾ *Letelier v. Chile*, cit., p. 387, e *Liu v. Republic of China*, cit., p. 526.

⁽¹⁶⁾ *Letelier v. Chile*, cit., p. 388 s.; *Liu v. Republic of China*, cit., p. 532 s. Con riferimento al caso *Letelier*, inoltre, va sin da ora rilevato che, mentre nell'ortica dell'interpretazione del diritto interno può essere sufficiente limitarsi all'analisi del precedente giurisprudenziale, qualora da tale precedente si voglia trarre un esempio di prassi internazionale è necessario valutare la vicenda nel suo complesso. Si ricorderà quindi che la decisione della District Court fu all'origine di una controversia internazionale che oppose gli Stati Uniti al Cile e nella quale quest'ultimo reclamava il proprio diritto all'immunità. Tale controversia si concluse con l'accettazione da parte del Governo cileno di versare ai parenti di Letelier e Moffit un indennizzo *ex gratia* (il cui ammontare sarebbe stato determinato da una commissione arbitrale) e non con un riconoscimento della perdita dell'immunità giurisdizionale del Cile. In merito all'accordo tra Stati Uniti e Cile e alla successiva sentenza arbitrale (entrambi in *Int. Legal Materials*, 1992, pp. 1-31), si vedano i paragrafi 7 e 10.

⁽¹⁷⁾ Hugo Prinz, cittadino statunitense, era un ebreo sopravvissuto all'olocausto. Dopo aver visto respinta dalla Germania la sua richiesta di pensione o altra forma di risarcimento, egli agì in giudizio negli Stati Uniti. La tesi principale della difesa di Prinz era che il Governo del Terzo Reich, violando lo *jus cogens* internazionale, avesse implicitamente rinunciato alla propria immunità e che quindi si dovesse applicare l'eccezione prevista dal par. 1605(a)(1) del FSIA.

validità della tesi in esame⁽¹⁸⁾. Tuttavia, è necessario sottolineare che la Corte non accolse l'argomento secondo cui il Governo tedesco avrebbe implicitamente rinunciato all'immunità. Al contrario, essa negò *tout court* l'applicazione del FSIA in base alla considerazione che uno Stato che commette violazioni efferate dei fondamentali diritti umani si colloca al di fuori del diritto e non può di conseguenza invocare il diritto stesso a garanzia della propria immunità⁽¹⁹⁾. La sentenza quindi, sebbene sembri aprire la via alla protezione dei diritti dell'uomo da parte dei tribunali statunitensi, si fonda sul concetto di *perdita* dell'immunità piuttosto che sul presupposto della *rinuncia* alla stessa⁽²⁰⁾.

Più interessante in questa sede è la sentenza d'appello⁽²¹⁾. Diversamente dalla District Court, infatti, la Court of Appeals applicò il FSIA; di conseguenza essa si pronunciò sulla questione della rinuncia implicita all'immunità da parte della Germania, respingendo però l'argomento⁽²²⁾. La Corte, infatti, in linea con quanto precedentemente statuito dalla Court of Appeals del nono circuito nel caso *Siderman de Blake*⁽²³⁾, affermò l'incomparibilità della teoria

della rinuncia implicita con il requisito di intenzionalità sottinteso al concetto stesso di rinuncia⁽²⁴⁾. In effetti, questa è la principale critica che, da un punto di vista logico giuridico, può essere mossa alla tesi che ci occupa: la rinuncia in quanto tale è una manifestazione di volontà, volontà che può dedursi da fatti concludenti quali la partecipazione al giudizio, ma dalla quale non si può prescindere⁽²⁵⁾.

In altri termini, se la rinuncia all'immunità è uno dei modi per consentire di essere sottomessi alla giurisdizione del foro, non ha senso costruire un tale consenso laddove esso non esiste. Tanto più che nella prassi in materia l'unica manifestazione di volontà dello Stato è la pretesa di vedere garantito il proprio diritto all'immunità ed è proprio in ragione di siffatta pretesa che sorge la controversia⁽²⁶⁾.

3. Affine alla tesi appena considerata è quella secondo la quale la ratifica di un trattato in materia di diritti umani comporta un'implicita rinuncia all'immunità in caso di violazione dei diritti garantiti dal trattato stesso.

Nell'ambito di questa corrente dottrinale è stato sostenuto che una rinuncia implicita all'immunità sia configurabile non solo qualora lo Stato in causa abbia acconsentito, ratificando il trattato, ad essere giudicato da altri relativamente alle materie oggetto del trattato stesso, ma già per il solo fatto di aver accettato di essere vincolato da norme giuridiche, regole o obblighi stabiliti nel trattato⁽²⁷⁾. Seguendo questo ragionamento, la semplice esistenza di un vincolo patrizio in materia di diritti umani comporterebbe la perdita del di-

(18) *Hugo Prince v. Federal Republic of Germany*, sent. 23 dicembre 1992, in *Int. Law Reports*, vol. 103, pp. 598-603.

(19) Nelle parole della Corte: «the FSIA has no role to play where the claims alleged involve undisputed acts of barbarism committed by a onetime outlaw nation which demonstrated callous disrespect for the humanity of an American citizen, simply because he was Jewish» (p. 601); i corsivi sono aggiunti.

(20) Sulla tesi della perdita dell'immunità per violazione di norme di *jus cogens*, indipendentemente da una rinuncia implicita o esplicita, si rinvia al par. 4.

(21) *Federal Republic of Germany v. Hugo Prince*, sent. 1° luglio 1994, in *Int. Law Reports*, vol. 103, pp. 604-621.

(22) Si noti che amici curiae avevano citato, a sostegno del loro argomento, proprio lo scritto di Beliski, Merritt e Rohr-Arriaza.

(23) *Siderman de Blake and others v. Republic of Argentina*, sent. 22 maggio 1992, in *Int. Law Reports*, vol. 103, pp. 454-479. La notte del colpo di stato militare del 1976 in Argentina, José Siderman fu imprigionato e torturato perché ebreo. Appena liberato, Siderman, la moglie e il figlio scapparono negli Stati Uniti dove raggiunsero la figlia, cittadina statunitense, e ottennero la cittadinanza. Prima di partire avevano organizzato la vendita di parte dei loro beni. Durante il loro volontario esilio, in Argentina fu istituito un processo penale nel quale si accusavano i Siderman di aver venduto beni di cui non erano proprietari. Nel corso del processo il Governo argentino chiese con lettera rogatoria alla Superior Court di Los Angeles l'invio di una serie di documenti; la richiesta fu accolta. Nel 1982 la famiglia Siderman adì la District Court, nei confronti dell'Argentina, chiedendo il risarcimento del danno per la tortura subita e per l'espropriazione illegittima dei loro beni. Poiché la District Court aveva dichiarato l'azione irricevibile, i Siderman ricorsero in appello. Per quanto concerne le allegazioni relative alle torture subite da José Siderman la Court of Appeals affermò: «The fact that there has been a violation of *jus cogens* does not confer jurisdiction under the FSIA» (p. 475). La Corte accolse, invece, un ulteriore argomento proposto dai Siderman: la rogatoria proposta dal Governo argentino era strettamente

colligata all'azione dei Siderman; ricorrendo essa stessa alle corti statunitensi, l'Argentina avrebbe rinunciato alla propria immunità (p. 478). L'immunità fu quindi negata, ma non applicando la *human rights exception*.

(24) Nelle parole della Corte: «the amici's *jus cogens* theory of implied waiver is incompatible with the intentionality requirement implicit in para. 1605(a)(1)»; e ancora: «an implied waiver depends upon the foreign government's having at some point indicated its amenability to suit» (cit., p. 610).

(25) La tesi della rinuncia implicita è stata nuovamente respinta, anche recentemente, dai tribunali statunitensi; si vedano, ad esempio, la sent. 26 novembre 1996 della Court of Appeals per il secondo circuito, *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, in *Int. Law Reports*, vol. 113, pp. 534-542, e la sent. 8 aprile 1997 della District Court per il Southern District of New York, *Hirsch v. State of Israel and State of Germany*, in *Int. Law Reports*, vol. 113, pp. 542-551.

(26) Per analoghi rilievi, cfr. BROTHNER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, The Hague, 1997, p. 191.

(27) PAUST, *Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the FSIA*, in *Houston Journal of Int. Law*, 1985, p. 65 ss.

ritro all'immunità indipendentemente dal fatto che il trattato conferisca un diritto di azione all'individuo, e ciò in ragione del fatto che gli Stati non potrebbero pretendere l'immunità per la violazione di obblighi da essi stessi stabiliti⁽²⁸⁾.

Tale teoria, però, pare fondarsi su una interpretazione estremamente estensiva degli obblighi patrizi, interpretazione che mal si giustifica sul piano del diritto dei trattati⁽²⁹⁾. Inoltre, se la suddetta interpretazione estensiva fosse ammissibile nei termini in cui è proposta, essa dovrebbe valere per tutti i trattati e non solo per quelli in materia di diritti umani. Dovrebbe quindi giungersi alla conclusione che lo Stato perderebbe l'immunità dalla giurisdizione in tutti i casi di violazione di obblighi derivanti da norme convenzionali. Un'eventuale limitazione della competenza dei tribunali interni — peraltro del tutto indipendente dalla questione dell'immunità giurisdizionale dello Stato — sarebbe determinata solo dalla circostanza che in genere i trattati non danno origine a diritti azionabili in giudizio da parti di privati.

Un caso importante di applicazione della tesi in esame è la decisione della District Court per il District of Columbia nella causa *Von Dardel v. USSR*⁽³⁰⁾. La Corte, infatti, stabilì che, aderendo alla

(28) RANDALL, *Federal Courts and the International Human Rights Paradigm*, Durham, 1990, p. 96 s.

(29) FRAISS, *Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme*, in *Revue suisse de droit int. et européen*, 2000, p. 309, definisce la tesi come « une interprétation par trop restrictive de la volonté de l'Etat ».

(30) *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, sent. 15 ottobre 1985, in *Int. Law Reports*, vol. 77, pp. 258-275. Durante la seconda guerra mondiale Raul Wallenberg, segretario della legazione svedese a Budapest, aveva collaborato con il Governo degli Stati Uniti per salvare ungheresi di religione ebraica dallo sterminio. Nel 1945, quando l'Ungheria fu liberata dall'esercito sovietico Wallenberg fu arrestato. Nel 1957, l'Unione sovietica ammise che Wallenberg era stato arrestato, ma aggiunse che egli era morto in carcere per cause naturali nel 1947. Nel 1984, il fratello e il tutore legale di Wallenberg, Guy Von Dardel e Sven Hagsstromer, entrambi cittadini svedesi, adirono la District Court sostenendo che nel 1981 Wallenberg era ancora vivo, e chiesero il suo rilascio, se ancora possibile, ed il risarcimento dei danni. La Corte si dichiarò competente e negò l'immunità giurisdizionale dell'Unione sovietica in base a quattro argomentazioni. In primo luogo constatò che l'Unione sovietica non aveva invocato la propria immunità giurisdizionale in giudizio, ma solo con una comunicazione inviata all'ambasciata statunitense a Mosca, e ciò benché fosse stata avvisata che l'unico competente in materia era il potere giudiziario; secondo la Corte, con siffatto comportamento l'Unione sovietica aveva deliberatamente rinunciato a qualsiasi forma di immunità le potesse essere eventualmente riconosciuta in applicazione del FSIA (p. 265). In secondo luogo la Corte sostenne che il FSIA doveva essere letto in conformità con il diritto internazionale e che quindi l'immunità da esso garantita non poteva essere estesa ai casi di « violations of universally recognized principles of international law » quali quelli in materia di immunità diplomatiche (pp. 265-266). In terzo luogo, la Corte interpretò la norma di cui al § 1604 FSIA (che subordina la

Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e alla Convenzione di New York sulla prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette del 1973, l'Unione sovietica aveva implicitamente rinunciato alla propria immunità relativamente alla violazione delle norme contenute in tali convenzioni⁽³¹⁾. L'esempio risulta particolarmente interessante, soprattutto ove si consideri che né i ricorrenti né la vittima erano cittadini americani⁽³²⁾ e che i fatti in causa erano avvenuti tutti al di fuori del territorio statunitense.

Riteniamo, tuttavia, che questa decisione non possa essere considerata un elemento significativo nella prassi internazionale. Invece che limitarsi al testo della sentenza, infatti, è necessario prendere in considerazione il comportamento complessivo degli Stati coinvolti nella vicenda. In primo luogo, non deve essere sottovalutato l'atteggiamento dell'Unione sovietica che, invece di rivendicare la propria immunità dinanzi alla Corte, si limitò ad inviare una comunicazione ufficiale all'ambasciata degli Stati Uniti a Mosca con la quale ricordeva di avere diritto all'immunità⁽³³⁾. Questo comportamento è una manifestazione evidente della volontà del Governo sovietico di non riconoscere alcuna legittimità all'azione giudiziaria e di considerare la sede diplomatica come unica deputata alla soluzione della controversia⁽³⁴⁾. Il fatto poi che la decisione sia restata lettera morta prova che nemmeno il Governo statunitense ritenne opportuno sostenere l'attività dei giudici.

Inoltre, anche come precedente giurisprudenziale, la sentenza *Von Dardel* è una pronuncia isolata, mentre non mancano decisioni in senso contrario. La teoria della rinuncia implicita, infatti, fu invocata, con riferimento agli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni

garanzia dell'immunità agli « existing international agreements to which the United States is a party » nel senso che qualora l'applicazione della legge inclassesse l'applicazione di un accordo internazionale (nel caso di specie, la Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e la Convenzione di New York sulla prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette del 1973), fosse quest'ultimo a prevalere (p. 266 s.). In merito al quarto argomento, relativo alla rinuncia all'immunità, si dice nel testo.

(31) Sent. cit., p. 268: « By explicitly agreeing to be bound by the terms of those agreements, the USSR has implicitly waived in this section alleging their breach ».

(32) In riconoscimento della sua meritoria azione, Wallenberg fu nominato dal Congresso cittadino onorario degli Stati Uniti nel 1981, ma la sua cittadinanza dominiante restò quella svedese.

(33) V. nota 30.

(34) Non si trattava peraltro di un comportamento isolato e limitato al caso di specie. Anche il caso *Frolow* cit., infatti, fu deciso in assenza dell'Unione sovietica.

Unire, anche nei casi *Siderman de Blake v. Argentina* (35) e *Froloua v. USSR* (36), ma in entrambe le occasioni le corti non accolsero l'argomentazione proposta. Nel caso *Froloua*, in particolare, la Court of Appeals, dopo aver ricordato la necessità di una «convincing evidence that a treaty was intended to waive sovereign immunity before holding that a foreign state may be sued in this country», stabilì che, sebbene gli articoli 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite impongano agli Stati un dovere di collaborazione al fine di favorire il rispetto universale ed effettivo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, essi non attribuiscono al singolo il diritto di agire in giudizio contro uno Stato straniero che non rispetti detto obbligo (37).

D'altro canto, è stato giustamente notato che i trattati sui diritti umani prevedono sempre più spesso un diritto di ricorso individuale, ma che essi non hanno esplicitamente adottato la soluzione secondo la quale le violazioni di uno Stato membro possano essere giudicate dai tribunali delle altre parti contraenti (38).

Analogamente da respingere sarebbe, infine, l'opinione secondo la quale l'immunità verrebbe meno per effetto di quelle norme, spesso presenti nei trattati per la tutela dei diritti dell'uomo, che prevedono l'obbligo degli Stati di predisporre forme di tutela e risarcimento effettive per coloro che siano stati vittime della violazione dei diritti convenzionalmente garantiti (39). Va, infatti, rilevato che queste disposizioni sono intrinsecamente limitate, da un lato perché normalmente l'obbligo in parola si riferisce alle violazioni avvenute sul territorio dello Stato contraente, e in secondo luogo perché allo Stato è lasciata un'ampia discrezionalità nella scelta di quale mezzo adottare, con la conseguenza che tale mezzo non deve necessariamente risolversi in una possibilità di ricorso in giudizio (40).

(35) *Siderman de Blake and others v. Republic of Argentina*, cit., in particolare pp. 475 e 476.

(36) *Froloua v. Union of Soviet Socialist Republics*, cit..

(37) *Ibid.*, p. 245. Si noti che già nel caso *Amerinda Hers*, cit., la Supreme Court aveva affermato di non vedere come «a foreign state can waive its immunity under 1605(a)(1) by signing an international agreement that contains no mention of a waiver of immunity to suit in United States courts or even the availability of a cause of action in the United States» (p. 668).

(38) GJERGEN, *Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act*, in *Virginia Journal of Int. Law*, 1996, p. 781.

(39) Cf. si riferisce a norme quali l'art. 2, par. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

(40) KARAĞANNAKIS, *State Immunity and Fundamental Human Rights*, in *Leiden Journal of Int. Law*, 1998, pp. 17 e 21. Con riferimento a norme, quali gli articoli 13 e 6 della Convenzione europea dei

4. Le pronunce nei casi *Princa* e *Siderman de Blake* hanno posto la dottrina americana di fronte all'impossibilità di utilizzare il FSIA per negare l'immunità in caso di violazione di diritti umani fondamentali o, in generale, di obblighi posti da norme di *jus cogens*. Si trattava quindi di percorrere altre strade, prima fra tutte quella di affermare l'esistenza della *human rights exception* nel diritto internazionale generale affinché il Congresso approvasse un emendamento integrativo del FSIA (41).

In un commento al caso *Princa* si è affermata l'esigenza che il Congresso approvi il detto emendamento sulla base della considerazione che a livello internazionale le norme sul nucleo fondamentale dei diritti umani sarebbero superiori alla norma sull'immunità degli Stati perché solo le prime e non la seconda costituirebbero *jus cogens*, mentre nel diritto interno federale esse hanno lo stesso valore, anzi le corti danno prevalenza alle regole sull'immunità codificate nel FSIA (42). Ciò che in questa sede interessa è proprio il ragionamento mediante il quale si giunge alla conclusione che la negazione dell'immunità in simili casi non sarebbe contraria al diritto internazionale.

Pur fondandosi anche su considerazioni di opportunità politica (43), la tesi muove da un presupposto giuridico ben preciso, e cioè che l'immunità degli Stati è oggetto di una norma di diritto internazionale consuetudinario il cui contenuto non è fisso, ma al contrario è costantemente soggetto a sviluppi e modifiche, con è dimo-

strati del uomo, che prevedono esplicitamente la garanzia del diritto d'accesso al giudice si veda il par. 6.

(41) Va ricordato, in effetti, che già all'epoca dei casi citati, il Congresso stava discutendo di un emendamento ai sensi del quale «[i]mmunity would be denied in actions in which money damages are sought against a foreign state for the personal injury or death of a United State citizen occurring in such foreign state and caused by the torture or extrajudicial killing of that citizen, or by an act of genocide of such foreign state against that citizen, by such foreign state or by any official or employee of such foreign state while acting within the scope of his or her office or employment» (H.R. 93-4, 103d Cong., 1st Sess. I (1994)). In questi termini l'emendamento non fu mai approvato; per quanto concerne invece il testo approvato definitivamente nel 1997, si vedano le considerazioni svolte nel par. 8.

(42) REIMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity* cit., p. 407.

(43) REIMANN sostiene, in particolare, che la concessione dell'immunità allo Stato che abbia violato fondamentali diritti umani comporta una sorta di tolleranza nei confronti di tali violazioni. Viceversa garantire alla vittima una possibilità di ricorso è un modo per rendere effettivo il diritto stesso, tanto più che l'esercizio della giurisdizione non incide sulla possibilità degli organi politici di agire in campo internazionale per la tutela dello stesso diritto (*ibid.*, p. 423 ss.). Per ulteriori considerazioni in merito all'opportunità di introdurre la *human rights exception* nell'ordinamento giuridico internazionale si rinvia al prossimo par. 8.

strato dal passaggio dall'immunità assoluta a quella ristretta⁽⁴⁴⁾. A partire da tale presupposto ci si sofferma, al fine di confutarne il valore in caso di violazione di diritti umani fondamentali, sui due principi di diritto che sembrerebbero opporsi alla negazione dell'immunità: il principio di non ingerenza negli affari interni di uno Stato e il principio dell'eguaglianza sovrana tra Stati.

Per quanto concerne il primo principio, si sottolinea come l'immunità sia tradizionalmente garantita al fine di impedire che i tribunali di uno Stato possano interferire negli affari di un altro. Secondo la tesi in esame, tuttavia, il principio di non ingerenza non troverebbe applicazione nel caso di violazione di diritti umani garantiti dallo *jus cogens*; la questione, infatti, costituirebbe materia di interesse dell'intera comunità internazionale e non potrebbe essere considerata di rilevanza puramente interna⁽⁴⁵⁾.

Per quanto riguarda il principio dell'eguaglianza sovrana tra Stati (*par in parem non habet jurisdictionem*), si ritiene che un tale principio non debba essere applicato nei confronti di uno Stato che, violando lo *jus cogens*, si pone al di fuori della comunità internazionale mostrando di non volerne far parte⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ *Ibid.*, p. 420.

Si ricordi che la tesi dell'inderminatazza delle regole relative all'immunità è stata sostenuta da CRAWFORD, *International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions*, in *British Year Book of Int. Law*, 1983, p. 75. Partendo da siffatta inderminatazza si è anche sostenuto che può essere errato considerare lo Stato sempre e comunque immune in tutti i casi in cui non vi sia un'eccezione chiaramente confermata dalla prassi internazionale; dato questo presupposto diventa molto più facile affermare la licità della negazione dell'immunità in caso di violazione di diritti umani (cfr. BIANCHI, *Denying State Immunity to Violators of Human Rights*, in *Austrian Journal of Public Int. Law*, 1994, p. 195 ss.). Si tratta però di testi che non sembrano conformi alla prassi internazionale, ove si consideri che sia nelle convenzioni internazionali sull'immunità degli Stati, sia nelle legislazioni dei Paesi che hanno codificato la materia, sia nelle decisioni delle corti interne, il regime di immunità è considerato regola generale alla quale sono poste determinate e tassative eccezioni.

⁽⁴⁵⁾ REHMANN, *A Human Rights Exception to Sovereign Immunity* cit., p. 422. Con riferimento all'ordinamento statunitense, inoltre, la sottolineo che il coinvolgimento diretto degli Stati Uniti nella vicenda sarebbe garantito dal fatto che l'elemento proposto prevede l'eccezione all'immunità solo nel caso in cui l'attore che ha subito la violazione sia cittadino americano (v. nota 41).

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, p. 423.

Un approfondimento ulteriore della tesi che qui ci occupa è stato proposto da KOKOTT, *Mißbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei geltenden Völkerrechtsvorsätzen*, in BEYERLIN, *Recht zwischen Umbuch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin/Heidelberg/New York, 1995, pp. 135-151, la quale considera la perdita dell'immunità come effetto dell'abuso dei diritti. La perdita dell'immunità (che fa parte del novero dei diritti sovranamente disponibili) sarebbe in questo caso conseguenza dell'abuso di sovranità costituito dalla violazione di diritti fondamentali.

Ciò premesso, va rilevato che, con la teoria in esame, si illustrano le ragioni per cui un'evoluzione del diritto consuetudinario nel senso di una restrizione dell'immunità non sarebbe incompatibile con il principio di non ingerenza e con il principio di uguaglianza sovrana, ma non si danno elementi a conferma del fatto che una tale evoluzione sia avvenuta. In effetti, sebbene sia corretta la considerazione secondo cui la consuetudine internazionale è soggetta a continua evoluzione, tale evoluzione è determinata dalla prassi degli Stati e non da argomenti di logica giuridica. Quindi, una volta affermato che, così come si è passati dall'immunità assoluta a quella ristretta, è anche possibile che il diritto internazionale si evolva ammettendo un'ulteriore restrizione all'immunità in materia di diritti umani, è necessario procedere all'analisi della prassi al fine di valutare se la nuova norma consuetudinaria si sia formata.

Volendo procedere ad un esame di tale prassi, si noterà che nella gran parte dei casi in cui i tribunali interni si sono pronunciati sulla questione, essi hanno affermato che la violazione di obblighi posti da norme di *jus cogens* non comportava la perdita dell'immunità da parte dello Stato⁽⁴⁷⁾. L'unica decisione a noi nota che parrebbe confermare la tesi in esame è quella resa dalla Corte suprema greca il 4 maggio 2000⁽⁴⁸⁾. In tale decisione, si è fatto ricorso al con-

La costruzione, sebbene teoricamente più sottile, è in sostanza assimilabile a quella di cui si tratta nel testo e riteniamo sia possibile delle stesse critiche, in particolare per quanto concerne il suo fondamento nella prassi; per tale ragione pare superflua un'analisi separata.

⁽⁴⁷⁾ Nella giurisprudenza statunitense i concetti di perdita dell'immunità e rinuncia alla stessa si confondono; si possono di conseguenza ricordare le già citate sentenze d'appello nei casi *Prince e Sideman*, nonché le decisioni *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya* e *Hirsch v. State of Israel and State of Germany*, citate nella nota 25. Per una conferma, anche nella giurisprudenza non statunitense, della prassi tendente a mantenere l'immunità dello Stato anche in caso di violazione di norme di *jus cogens*, si veda la sent. 12 marzo 1996 della Court of Appeal inglese nella causa *Al-Aidawi v. Government of Kuwait*, in *Int. Law Reports* vol. 107, pp. 536-551 (v. par. 6). Per quanto concerne la sentenza nel caso *Von Dardel*, cit. (unico precedente al quale, *multis mutandis*, Reimann avrebbe potuto fare riferimento), va detto che l'affermazione secondo cui l'immunità non poteva essere estesa ai casi di «violations of universally recognized principles of international law» (p. 265) è scarsamente motivata dal punto di vista del diritto internazionale; inoltre, come ampiamente illustrato nel paragrafo precedente, il rifiuto degli Stati coinvolti di riconoscere legittimità alla sentenza impedisce di considerarla un precedente valido ai fini della formazione di una consuetudine internazionale.

⁽⁴⁸⁾ *Prefecture of Voioita v. Federal Republic of Germany*, n. 11/2000, pubblicata, in estratto, con nota di GAVOUNELI e BANTREKAS, in *American Journal of Int. Law*, 2001, pp. 198-204; per un commento della sentenza di merito, resa dal Tribunale di Levadia il 30 ottobre 1997, cfr. GAVOUNELI, *War Reparation Claims and State Immunity*, in *Revue hellénique de droit int.*, 1997, pp. 595-608. Sulla vicenda si vedano an-

certo di rinuncia implicita o perdita dell'immunità, per violazione di obblighi posti da norme di *jus cogens*, al fine di negare l'immunità della Germania relativamente alla richiesta di risarcimento del danno per i crimini commessi in Grecia dalle truppe d'occupazione tedesche. Infatti, poiché le azioni delle truppe tedesche erano contrarie alle norme imperative di diritto di guerra e di diritto internazionale umanitario ricavabili dalle convenzioni dell'Aja del 1907, la Corte ha ritenuto che violando scientemente tali norme la Germania avesse perso il privilegio dell'immunità⁽⁴⁹⁾.

Tuttavia, nemmeno tale vicenda pare sufficiente ad affermare l'esistenza di una prassi tendente a negare l'immunità in caso di violazione di diritti umani fondamentali o di norme di *jus cogens*. Va rilevato, infatti, che la Germania è intervenuta nel procedimento solo per sostenere il proprio diritto all'immunità, mostrando di non riconoscere alcuna legittimità al giudizio. Coerentemente, essa ha poi rifiutato di dare volontariamente esecuzione alla sentenza; tale rifiuto, combinato con la mancata autorizzazione da parte del Ministro della Giustizia greco a procedere all'esecuzione forzata sui beni dello Stato tedesco presenti nel territorio, ha, fino ad ora, reso impossibile l'effettivo risarcimento dei vincitori della causa⁽⁵⁰⁾.

che le considerazioni di BRANCKI, *Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo*, in *Ragion Pratica*, n. 18, 2002, p. 27 ss.

(49) Più precisamente, va detto che la Corte suprema ha negato l'immunità della Germania in base all'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972 (considerato corrispondente al diritto consuetudinario). Nell'interpretazione data dalla Corte, infatti, tale norma comporterebbe un'eccezione all'immunità in tutti i casi di fatti illeciti commessi nel territorio dello Stato del foro, indipendentemente dal fatto che lo Stato chiamato in causa abbia agito *jure imperii* o *jure gestionis*. Il ricorso al concetto di rinuncia implicita o perdita dell'immunità per violazione di obblighi posti da norme di *jus cogens* serve alla Corte al fine di escludere l'applicazione del principio per cui l'immunità deve essere in ogni caso garantita qualora le vicende all'origine della controversia siano avvenute in una situazione di conflitto armato (art. 31 della Convenzione europea del 1972, anch'esso considerato dalla Corte espressione di una norma di carattere consuetudinario). La struttura della motivazione, quindi, è molto simile a quella delle decisioni rese dalle corti statunitensi nelle controversie *Letelier v. Chile* e *Liu v. Republic of China*: non vi è stata applicazione diretta della *human rights exception* poiché la condotta e il danno ebbero luogo nel territorio dello Stato del foro, con la conseguenza che la fattispecie rientrava in un'altra eccezione all'immunità già diffusa nella prassi internazionale e convenzionale: mentre riconosciuta, il ricorso al concetto di perdita dell'immunità per violazione di obblighi posti da norme di *jus cogens* avviene solo in un secondo momento, al fine di aggirare un'ulteriore eccezione (nel caso, quella relativa ai conflitti armati).

(50) L'art. 923 del codice di procedura civile greco prevede la necessità di tale autorizzazione in caso di esecuzione forzata di una decisione resa nei confronti di uno Stato straniero. Data l'impossibilità di vedere eseguita la sentenza, i vincitori della causa hanno presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro Grecia e Germania lamentando la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione

L'unico modo per ovviare al problema della mancanza di prassi a conferma dell'opinione in esame sarebbe affermare che la norma di *jus cogens* che impone il rispetto dei diritti umani fondamentali prevale sulla regola dell'immunità in virtù del suo grado superiore⁽⁵¹⁾. Tuttavia, affinché una norma di *jus cogens* prevalga su un'altra norma è necessario che le due norme abbiano lo stesso oggetto, o almeno siano sostanzialmente comparabili. Nello specifico, riteniamo che una norma di *jus cogens* idonea a prevalere sulla norma generale sull'immunità dalla giurisdizione sarebbe solo quella che prevedesse che lo Stato che commetta gravi violazioni di diritti umani fondamentali possa essere convenuto dinanzi ai tribunali interni di un altro Stato. Viceversa la norma di carattere cogente in questione si limita a vietare il comportamento lesivo, ma nulla stabilisce relativamente alla perseguibilità dello Stato che non la rispetti⁽⁵²⁾.

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi in esame è quello secondo cui, in mancanza di altri mezzi di ricorso, garantire l'immunità dello Stato anche in caso di violazione di norme di *jus cogens* significherebbe di fatto esentare lo stesso dal rispetto delle norme

e dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 (*Kalogeropoulos et autres c. Grèce et Allemagne*, ricorso n. 59021/00); il ricorso è stato comunicato ai Governi, ma la Corte ancora non si è pronunciata.

(51) E questa la tesi maggiormente condivisa dagli autori favorevoli alla *human rights exception*, e dallo stesso REIMANN, op. cit. Cfr. anche KARAGIANNAKIS, *State Immunity and Fundamental Human Rights* cit., p. 17.

(52) La stessa obiezione alla tesi in esame è stata mossa, anche se sulla base di un ragionamento leggermente diverso, da ZIMMERMANN, *Sovereign Immunity and Violation of International Jus Cogens. Some Critical Remarks*, in *Michigan Journal of Int. Law*, 1995, p. 454. L'a., infatti, sostiene che la gerarchia tra norme di diritto internazionale consuetudinario, posta a presupposto della tesi in esame, andrebbe al di là del concetto tradizionale di *jus cogens* enunciato nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati; infatti, nel corso dei lavori preparatori della Convenzione di Vienna, non fu fatto alcun tentativo di estendere gli effetti dello *jus cogens* fino a rendere nulla anche le norme di diritto consuetudinario con esso in conflitto (*ibid.*, p. 457 s.). Ne conseguirebbe che, facendo parte lo *jus cogens* del diritto consuetudinario, la norma imperativa in questione (ad esempio, il divieto di tortura e trattamenti disumani e degradanti) potrebbe invalidare l'altra norma di diritto internazionale generale (concernente l'immunità dello Stato) solo se le due norme avessero lo stesso oggetto. Ora, benché sia fuor di dubbio che il divieto di tortura sia posto da norme di *jus cogens*, sarebbe errato affermare che ciò comporti necessariamente l'esistenza di una diversa norma di *jus cogens* che permetta ai giudici nazionali di negare l'immunità allo Stato che violi il detto divieto (*ibid.*, p. 438, sul punto cfr. anche BROTHNER, *State Immunity* cit., p. 197). Senza addentrarci, in questa sede, nella discussione in merito al valore ed agli effetti dello *jus cogens*, il ragionamento proposto ci sembra, in ogni caso, da condividere nella parte in cui si sostiene che per affermare la prevalenza di una norma su un'altra è necessaria una sostanziale uniformità del loro oggetto.

più fondamentali⁽⁷³⁾. Va rilevato, però, che l'immunità dalla giurisdizione non elimina affatto la responsabilità dello Stato, che può essere fatta valere con i mezzi diplomatici sicuramente ammessi dal diritto internazionale consuetudinario⁽⁷⁴⁾.

5. Un'altra delle ipotesi prospettate è quella di fondare la *human rights exception* sul principio della giurisdizione universale, definita come la facoltà dello Stato di reprimere fattispecie criminosi riconosciute di interesse universale dalla comunità internazionale indipendentemente da dove abbiano avuto luogo⁽⁷⁵⁾.

Va però rilevato che il principio della giurisdizione universale ha valore di diritto internazionale positivo solo con riferimento alla giurisdizione penale nei confronti di *individui* che siano imputati di *crimina juris gentium*. Di conseguenza, la possibilità di una sua applicazione anche in materia di giurisdizione civile nei confronti di Stati che abbiano commesso lo stesso tipo di crimine dovrebbe essere dimostrata⁽⁷⁶⁾.

Con il caso *Pinochet*⁽⁷⁷⁾, si può dire confermata la tendenza della prassi contemporanea ad applicare il principio della giurisdizione universale, negando la tradizionale immunità, anche nei confronti dei capi di Stato e di governo che abbiano commesso, nell'esercizio delle loro funzioni, gravi violazioni di diritti umani fondamentali. A margine di questo caso, è stata rilevata l'incoerenza di

⁽⁷³⁾ BIANCHI, *Denying State Immunity to Violators of Human Rights* cit., 1994, p. 200.

⁽⁷⁴⁾ Cf. KARAGIANNAKIS, *State Immunity and Fundamental Human Rights* cit., p. 22. Il richiamo all'utilità dei mezzi diplomatici per far valere la responsabilità dello Stato che abbia violato un obbligo posto dal diritto cogente è esplicito anche nella giurisprudenza. Nel caso *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, cit., ad esempio, la Court of Appeals per il secondo circuito, nel negare che la violazione dell'obbligo posto dalla norma di *ius cogens* che vieta di sostenere il terrorismo internazionale costituisca una rinuncia all'immunità ai sensi del par. 1605(a)(1) F.S.I.A., afferma, infatti, che «Congress might well have expected the response to such violations to come from the political branches of the Government, which are not powers to penalize a foreign state for international terrorism» (p. 579; il corsivo è aggiunto).

⁽⁷⁵⁾ GERGEN, *Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act* cit., p. 792.

⁽⁷⁶⁾ Si noti che la GERGEN, *op. loc. cit.*, si limita ad affermare che «states may have reached consensual agreement upon the principle of universal jurisdiction for violation of *ius cogens* norms», senza peraltro indagare sull'esistenza di un tale consenso anche qualora parte in causa sia uno Stato.

⁽⁷⁷⁾ In particolare, ci si riferisce alle due decisioni della House of Lords, 25 novembre 1998 e 24 marzo 1999, in *Int. Legal Materials*, 1998, p. 1302 ss. e 1999, p. 581 ss.

una sistema che nega l'immunità del capo di Stato dalla giurisdizione penale, e riconosce quella dello Stato in materia civile per lo stesso tipo di atti⁽⁷⁸⁾. Si sostiene, infatti, che, se una delle ragioni per garantire l'immunità dell'organo era di non vedere aggirata la regola dell'immunità dello Stato⁽⁷⁹⁾, l'aver affermato la perseguibilità in giudizio del capo dello Stato per violazioni gravi del diritto internazionale non può non avere effetti anche in materia di immunità dello Stato⁽⁸⁰⁾.

La tesi in questione, dunque, si fonderebbe sul presupposto di una stretta correlazione — si direbbe una sorta di analogia — tra immunità dell'organo e immunità dello Stato. A ben vedere, però, la profonda differenza che intercorre tra esercizio della giurisdizione penale su individui ed esercizio della giurisdizione civile nei confronti dello Stato non sembra venire meno qualora l'individuo in questione sia un organo o finanche il capo dello Stato. Il processo penale contro l'individuo imputato di *crimina juris gentium* corrisponde, in primo luogo, ad una esigenza pubblica, condivisa dall'intera comunità internazionale, di punire il criminale e quindi di realizzare le funzioni tanto preventiva quanto repressiva della pena⁽⁸¹⁾. Viceversa la funzione principale del processo civile è quella di dare una riparazione al singolo individuo che abbia subito danni per l'effetto del fatto illecito. Non ci sembra quindi divisibile la scelta, operata dai fautori della tesi in esame, di prestare attenzione molto più al legame tra Stato ed organo piuttosto che alla differenza tra giurisdizione civile e giurisdizione penale, differenza che invece era stata sottolineata dagli stessi giudici della House of Lords⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁸⁾ BIANCHI, *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of Int. Law*, 1999, p. 264; Id., *Sovranità dello Stato straniero* cit., p. 42.

⁽⁷⁹⁾ Nella motivazione della sentenza della Queen's Bench Division, Divisional Court, del 28 ottobre 1998 (in *Int. Legal Materials*, 1999, p. 68), Lord Chief Justice Bingham aveva fatto riferimento al caso *Al-Adawi* al fine di affermare l'immunità del generale; egli aveva infatti sostenuto che «if the Government there could claim sovereign immunity in relation to alleged acts of torture, it would not seem surprising if the same immunity could be claimed by a defendant who had at the relevant time been the ruler of that country» (p. 85).

⁽⁸⁰⁾ BIANCHI, *Immunity versus Human Rights* cit., p. 265 s. L'a. utilizza, a sostegno della sua tesi, anche le teorie che si fondano sulla superiorità delle norme di *ius cogens*, e rispetto alle quali si rinvia alle critiche già svolte nei paragrafi precedenti.

⁽⁸¹⁾ Evidentemente, con funzione preventiva ci si riferisce all'effetto dissuasivo che può avere per i capi di Stato la consapevolezza di poter essere sottoposti a giudizio anche in altri paesi per gli atti criminali commessi nell'esercizio delle loro funzioni.

⁽⁸²⁾ BIANCHI, *op. loc. cit.*, sembra ritenere che i Lords abbiano sottolineato tale differenza solo per giustificare formalmente la mancata applicazione dei principi sta-

Inoltre, pur ammettendo che si possa rilevare un parallelismo tra i due diversi tipi di giurisdizione, un secondo elemento assume importanza qualora si voglia estendere alla materia dell'immunità dello Stato i principi affermati in materia di giurisdizione universale nei confronti di individui organici. Fino ad oggi l'esercizio della giurisdizione universale da parte dei tribunali penali interni è sempre avvenuto nei confronti di persone che non rivestivano più la carica ufficiale (sebbene per atti commessi nell'esercizio di tale carica), mentre l'immunità è stata riconosciuta qualora l'organo incriminato fosse ancora in carica⁽⁶³⁾. Che tale prassi corrisponda ad un obbligo internazionale è stato confermato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza resa nella controversia tra Congo e Belgio, relativa al *Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000*. La Corte ha, infatti, statuito che l'emissione e la diffusione, da parte della giurisdizione belga, di un mandato d'arresto contro il Ministro degli esteri congolese per crimini contro l'umanità costituisce violazione dell'immunità dalla giurisdizione penale e dell'inviolabilità di cui il Ministro *in carica* godeva in virtù del diritto internazionale⁽⁶⁴⁾. Secondo la Corte,

biliti nel caso *Al-Adani*; a noi sembra invece che le opinioni dei giudici mostrino con chiarezza le diverse ragioni ed esigenze che sottendono i due tipi di giurisdizione (cfr. le opinioni di Lord Hutton, in *Int. Legal Materials*, 1999, p. 630 ss., e Lord Phillips of Worth Matravers, *ivi*, p. 638 ss.).

⁽⁶³⁾ Un esempio recente è dato dalla sentenza della Cour de cassation francese del 13 marzo 2001, nel caso *Gheddafi*. Cassando la decisione della Cour d'appel di Parigi, che aveva negato l'immunità del capo di Stato libico per atti di terrorismo, la Corte afferma che « la cour internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger » (il corsivo è aggiunto).

D'altro canto, è stato opportunamente osservato che anche le opinioni dei Lords nell'ultima sentenza sul caso *Pinochet* paiono indicare che i capi di Stato *in carica* godono della stessa immunità *ratione personae* dei capi di missione diplomatica, applicabile anche in caso di crimini contro l'umanità, e ciò con riferimento non solo allo *State Immunity Act*, ma anche al diritto internazionale generale (Rouley, *Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violation of Human Rights: the Pinochet Case in Perspective*, in *Nordic Journal of Int. Law*, 2000, p. 21).

Per ulteriori esempi ed un'analisi più approfondita si rinvia a DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, 1996, p. 221 ss.

⁽⁶⁴⁾ *Case concerning the arrest warrant of 11 April 2000*, sent. 14 febbraio 2002, riprodotta *supra*, p. 376 ss. Si ricordi che la distinzione tra Ministro degli esteri in carica e *ex-Ministro* era già stata fatta dalla Corte in occasione dell'ordinanza in materia di misure cautelari emanata l'8 dicembre 2000 (in *Rivista*, 2001, p. 455 ss.); se è vero infatti che la Corte aveva rifiutato di imporre la sospensione del mandato internazionale d'arresto, tale rifiuto si giustificava con il fatto che, dal 20 novembre 2000, « Mr. Yerodia Ndombasi ceased to exercise the functions of Minister for Foreign Affairs and was charged with those of Minister of Education, involving less frequent foreign travel », e questa affermazione lasciava intendere che se Ndombasi

la ragione di tale immunità assoluta starebbe nel fatto che un Ministro degli esteri deve continuamente recarsi all'estero per adempiere alle proprie funzioni e, di conseguenza, deve essere protetto contro qualsiasi atto da parte di un altro Stato che sia d'ostacolo all'esercizio di tali funzioni⁽⁶⁵⁾. Dalla pronuncia si evince quindi che, qualora l'esercizio della giurisdizione universale vada ad incidere sul diritto dello Stato di svolgere le proprie funzioni sovrane attraverso l'azione degli organi a ciò preposti, l'esigenza per lo Stato di agire libero da ingerenze da parte di altri Stati prevale su quella di punire l'individuo, sia pure colpevole di *crimina juris gentium*. Se così è, pare logico dedurre che anche l'immunità dello Stato in quanto tale per atti che costituiscono esercizio di potere di governo risulta sempre garantita. Infatti, se la *ratio* della norma che impone di garantire l'immunità dell'individuo organico fintantoché egli conservi tale qualità è quella di garantire allo Stato piena libertà nell'espletamento delle sue funzioni, e tale finalità permane anche in caso di crimini contro l'umanità, la stessa ragione impone di garantire l'immunità dalla giurisdizione dello Stato nel suo complesso. Seguendo quest'ordine di ragionamento appare evidente che non vi è alcuna incompatibilità o contraddittorietà tra le decisioni che garantiscono l'immunità dello Stato e quelle che negano quella dell'*ex organo* in caso di violazioni gravi dei diritti umani.

Alla stessa conclusione si giunge se si tiene in debita considerazione un'ulteriore caratteristica dei precedenti giurisprudenziali relativi all'esercizio della giurisdizione nei confronti di individui che avevano esercitato funzioni di governo. Se si eccettua il caso *Pinochet*, nel quale però l'immunità è stata negata sulla base della Convenzione sulla prevenzione della tortura⁽⁶⁶⁾, i casi in cui l'esercizio della giurisdizione nei confronti degli individui autori di gravi violazioni dei diritti umani ha avuto luogo concernono attività non direttamente identificabili come attività degli Stati di appartenenza, con la conseguenza che l'accertamento della responsabilità individuale non implicava l'esercizio di un sindacato giurisdizionale su tale attività⁽⁶⁷⁾. Sulla base di questa considerazione pare logica la conclusione che non solo l'estensione dei precedenti in parola alla materia

fosse stato ancora Ministro degli esteri la misura cautelare richiesta sarebbe stata concessa.

⁽⁶⁵⁾ Si vedano in particolare i paragrafi da 53 a 55 della sentenza.

⁽⁶⁶⁾ L'adesione a tale Convenzione da parte del Cile è stata, infatti, considerata una rinuncia all'immunità; cfr. ancora ROULEY, *Breaking the Cycle of Impunity* cit., p. 22.

⁽⁶⁷⁾ DE SENA, *Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di*

dell'immunità degli Stati non sarebbe corretta, ma è se mai il principio dell'immunità degli Stati a costituire un limite rispetto al sindacato giurisdizionale nei confronti degli individui⁽⁶⁸⁾.

Infine, non sembra inutile osservare che le stesse leggi interne in materia di giurisdizione universale limitano il proprio campo di applicazione agli individui. Persino la legge belga del 1999 non menziona mai lo Stato ed è evidentemente volta solo all'accertamento della responsabilità penale dell'individuo. Ci sembra questo un ulteriore dato in base al quale affermare che la stessa prassi internazionale impedisce di estendere all'immunità dello Stato il principio della giurisdizione universale, quale esso si è affermato in materia di responsabilità dell'individuo.

6. Un discorso diverso da quelli svolti fino ad ora con riferimento ai diritti dell'uomo in generale può essere proposto relativamente ad un diritto particolare: il diritto di accesso al giudice. In effetti, il fatto di garantire l'immunità allo Stato straniero si risolve in una limitazione di tale diritto che può costituire un diniego di giustizia. Va rilevato però che, poiché il diritto di accesso al giudice non fa parte del novero dei diritti umani inderogabili⁽⁶⁹⁾, questa tesi è stata prospettata solo nell'ambito di sistemi regionali come quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, della quale vengono qui in rilievo gli articoli 6 e 13.

L'art. 13 della Convenzione garantisce ad ogni individuo, vittima della violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione stessa, la possibilità di un ricorso effettivo davanti ad un'autorità nazionale al fine di ottenere la riparazione del danno subito, e ciò indipendentemente dal fatto che la violazione in questione sia stata perpetrata dall'organo di uno Stato nell'esercizio di pubbliche funzioni. È stato rilevato che un procedimento giurisdizionale che si arresti al momento delle eccezioni preliminari per l'immunità di cui gode la parte

fortuna: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso *Pinochet*, in *Revista*, 1999, p. 972.

⁽⁶⁸⁾ Cf. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* cit., p. 221 ss. Una conferma di questa affermazione può essere riscontrata, nell'ambito della giurisdizione civile, nella decisione, emanata il 17 giugno 1993, dalla Ontario Court of Appeals nella controversia *Jaffe v. Miller* (in *Int. Law Reports*, vol. 95, pp. 446-467). Il giudice Finlayson afferma infatti che «the acts that the personal responding parties performed were within the scope of their duties as functionaries of the State of Florida, and they are entitled to State immunity if immunity is available to the State of Florida» (p. 459).

⁽⁶⁹⁾ FLAUSSE, *Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme* cit., p. 310.

convenuta non potrebbe essere considerato un ricorso effettivo ai sensi di tale norma⁽⁷⁰⁾.

Presupposto fondamentale della tesi in esame è che, nonostante l'art. 13 possa essere invocato solo in relazione ad un altro diritto sostanziale garantito dalla Convenzione, il diritto ad un ricorso effettivo costituirebbe pur sempre un diritto autonomo, che potrebbe essere violato indipendentemente dalla violazione dell'altra norma convenzionale, purché sussista un diritto «difendibile» in base a quest'ultima norma⁽⁷¹⁾. Ne conseguirebbe l'obbligo, per tutti gli Stati parti della Convenzione stessa, di prevedere un ricorso anche per le violazioni commesse da altri Stati, in tutti i casi in cui vi sia tra lo Stato del foro e la violazione stessa un legame tale da giustificare la competenza giurisdizionale⁽⁷²⁾.

Siffatta conclusione troverebbe conferma in due ordini di considerazioni. Innanzitutto, si sostiene che la norma destinata a permettere allo Stato autore della violazione di riparare il danno è l'art. 35⁽⁷³⁾ della Convenzione stessa, che prevede il previo esaurimento dei ricorsi interni. Se l'obbligo imposto dall'art. 13 fosse limitato allo Stato autore della violazione, le due norme non avrebbero un contenuto autonomo l'una dall'altra.

In secondo luogo, si afferma che lo scopo dell'art. 13 sia quello di rendere possibile una riparazione, in ambito nazionale, rispetto alle violazioni degli obblighi posti dalla Convenzione, affinché l'effettività dei diritti sia garantita ad uno stadio anteriore rispetto a quello costituito dal ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Benché lo Stato più idoneo a fornire una riparazione e a ristabilire l'ordine giuridico violato sia l'autore stesso della violazione o quello in cui la violazione abbia avuto luogo, anche gli organi giurisdizionali delle altre parti contraenti potrebbero accordare un risarcimento del danno, che costituirebbe una forma di riparazione effettiva nel quadro della Convenzione, come prova l'art. 41⁽⁷⁴⁾. Date queste considerazioni, una corretta interpretazione teleologica dell'art. 13 imporrebbe la sua estensione anche a Stati estranei alla violazione dell'obbligo posto dalla norma sostanziale⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁰⁾ BRÖNNER, *State Immunity and the Violation of Human Rights* cit., p. 173.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, p. 174.

⁽⁷²⁾ *Ibid.*, p. 177.

⁽⁷³⁾ Art. 26 nel testo dell'a., che scriveva prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11.

⁽⁷⁴⁾ Art. 50 nel testo precedentemente vigente.

⁽⁷⁵⁾ BRÖNNER, *State Immunity* cit., p. 176 s.

Nessuna delle due argomentazioni proposte ci sembra condivisibile. Riteniamo che il destinatario dell'art. 13 sia solo lo Stato autore della violazione, o meglio quello nell'ambito della cui giurisdizione⁽⁷⁶⁾ la violazione abbia avuto luogo. Innanzitutto, l'argomento tratto dall'art. 35 non può essere condiviso perché il previo esaurimento dei ricorsi interni è una condizione di ricevibilità dell'azione per la Corte europea; si tratta quindi di una garanzia per lo Stato, non di un obbligo che gli venga imposto. Pare evidente, di conseguenza, che le due norme si pongono su piani completamente distinti e che il campo di applicazione dell'art. 13 non possa in nessun modo essere condizionato dall'art. 35.

Nemmeno ci sembra condivisibile l'affermazione secondo la quale l'adesione alla Convenzione comporterebbe un obbligo per tutti gli Stati membri di prevedere un ricorso che consenta alla vittima di ottenere un risarcimento dei danni commessi da altri Stati. La ragione della limitazione ad un solo Stato dell'art. 13 non risiede, infatti, nella circostanza che questo sia in grado di fornire una riparazione, ma bensì è data dal fatto che a tale Stato sia imputabile (o nell'ambito della sua giurisdizione sia avvenuta) la violazione stessa.

Questa interpretazione dell'art. 13 è d'altronde stata recentemente confermata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Al-Adsani c. Regno Unito*⁽⁷⁷⁾. Nel respingere l'allegazione di violazione dell'art. 13 in combinato disposto con l'art. 3 della Convenzione, la Corte ha esplicitamente statuito che l'obbligo di cui all'art. 13 « ne vaut toutefois que pour les mauvais traitements

dont il est prétendu qu'ils ont été commis dans la juridiction de l'Etat »⁽⁷⁸⁾.

Una volta chiarito che l'art. 13 non impone agli Stati di istituire ricorsi rispetto a violazioni avvenute al di fuori della rispettiva giurisdizione, resta da stabilire se il fatto di garantire l'immunità dalla giurisdizione allo Stato estero possa costituire una violazione dei diritti di ogni individuo a che le controversie in materia di diritti ed obbligazioni di carattere civile di cui sia parte siano decise da un tribunale indipendente ed imparziale (art. 6, par. 1, della Convenzione)⁽⁷⁹⁾.

La questione deve essere analizzata seguendo due passaggi successivi: innanzitutto bisogna appurare se l'art. 6 trovi applicazione nella materia in esame; in secondo luogo, ed in caso di risposta affermativa alla prima domanda, bisogna valutare se l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione sia o meno compatibile con la detta norma.

Riguardo alla prima questione, non vi è dubbio che ad essa debba essere data risposta affermativa. Da tempo, infatti, tanto la Commissione quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno attribuito al concetto di « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » un significato autonomo, proprio del sistema giuridico istituito dalla Convenzione, comprendente « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »⁽⁸⁰⁾, anche qualora la controparte sia l'organo di uno Stato che agisca nell'esercizio di pubbliche funzioni⁽⁸¹⁾. Non pare dubbio, quindi, che in quest'ambito rientrino le cause proposte da un individuo al fine di ottenere il risarcimento di un danno causato da uno Stato. Infine, il fatto che l'immunità giurisdizionale dello

⁽⁷⁶⁾ Usiamo qui il termine « giurisdizione » come traduzione dell'inglese *jurisdiction* di cui all'art. 1 della Convenzione.

⁽⁷⁷⁾ Sent. 21 novembre 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, riprodotta *supra*, p. 403 ss. Sembra opportuno ricordare, in questa sede, i fatti all'origine della controversia e lo svolgimento del procedimento davanti alle corti britanniche. Sulaiman Al-Adsani, cittadino kuwaitiano, rientro in Kuwait, ai tempi della guerra del Golfo, per combattere accanto ai propri concittadini. In questo Paese, egli fu illegamente detenuto e torturato ad opera dello sciccio Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah e di altri due individui. Una volta rientrato in Gran Bretagna decise di adire la High Court contro i tre individui e contro il Governo kuwaitiano al fine di ottenere riparazione. La Corte accolse il ricorso contro gli individui ma, in applicazione dello *State Immunity Act* del 1978, respinse quello contro il Kuwait. Anche la Court of Appeal, rifacendosi alle decisioni statunitensi da noi citate in precedenza, giunse alla conclusione che non sussiste in diritto internazionale una eccezione generale all'immunità per violazione del divieto di tortura o di altre norme imperative di diritto internazionale; essa confermò di conseguenza il divieto di giurisdizione nei confronti del Governo kuwaitiano (sent. 12 marzo 1996, in *Int. Law Reports*, vol. 107, pp. 536-551).

⁽⁷⁸⁾ Sent. cit., par. 38; in conseguenza di tale affermazione la Corte precisa, al par. 40 della sentenza: « Le requérant ne prétend pas que les actes de torture qu'il aurait subis aient été perpétrés dans la juridiction du Royaume-Uni ou que les autorités britanniques aient un lien de causalité avec eux. Dans ces conditions, on ne saurait dire que la Haute Partie contractante était tenue de lui offrir une voie de recours civile pour les tortures que les autorités koweïtiennes lui auraient infligées ».

⁽⁷⁹⁾ Si ricordi che, benché l'art. 6 faccia esplicitamente riferimento solo allo svolgimento del processo, il diritto di accesso al giudice è inerente alle garanzie consacrate dalla norma: infatti « les garanties procédurales énoncées à l'art. 6 concernant l'équité, la publicité et la célérité seraient dépourvues de sens si le préalable à la jouissance de ces garanties, à savoir l'accès à un tribunal, n'était pas protégé » (sent. 21 febbraio 1975, *Goldier c. Royaume-Uni, Publications*, série A, n. 18, p. 17, par. 35).

⁽⁸⁰⁾ Sent. 16 luglio 1971, *Ringeisen c. Autriche, Publications*, série A, n. 13, p. 39, par. 94.

⁽⁸¹⁾ Sent. 28 giugno 1978, *König c. République fédérale d'Allemagne, Publications*, série A, n. 27, p. 30, par. 90.

Stato costituisca un ostracolo procedurale e non una limitazione del contenuto del diritto sostanziale (ulteriore condizione per l'applicazione della norma) è confermato dalla semplice circostanza che, se lo Stato decidesse di non avvalersi dell'immunità, i giudici renderebbero una decisione sul merito. È questa la tesi accolta anche dalla Corte europea nei casi *Al-Adsani* e *McElhinney* (82).

Per quanto concerne la seconda questione, si tratta, invece, di valutare se l'ostracolo processuale costituito dall'immunità giurisdizionale dello Stato determini una violazione dell'obbligo posto dall'art. 6. La tesi secondo cui l'immunità dello Stato dalla giurisdizione sarebbe incompatibile con il sistema dell'equo processo istituito dalla Convenzione si fonda sulla constatazione che l'art. 6 non contiene alcuna limitazione relativa alla qualità delle parti in causa (83). Secondo questa costruzione, la circostanza che il difetto di giurisdizione del tribunale adito dovuto alla garanzia dell'immunità possa essere compensato dalla possibilità di intentare una causa davanti ai tribunali dello Stato chiamato in giudizio non avrebbe alcun valore rispetto alla violazione dell'art. 6. Infatti, il diritto attribuito allo Stato straniero di essere giudicato dai propri tribunali lo porrebbe in una posizione di vantaggio, a discapito dell'individuo. Tale posizione sarebbe del tutto incompatibile con il principio del «fair trial» che è parte integrante del «due process» garantito dalla norma (84). Recentemente si è sostenuto che, in mancanza di una clausola limitativa, l'immunità potrebbe costituire una limitazione legittima del diritto di accesso al giudice solo se fosse necessaria alla realizzazione degli scopi ed obiettivi dichiarati nel preambolo della Convenzione. Ma, poiché il privilegio dell'immunità non sarebbe necessario né a promuovere il rispetto dei diritti umani, né a garantire un regime politico effettivamente democratico, tale pri-

vilégio non dovrebbe trovar spazio nell'ambito di applicazione della Convenzione (85).

Questa tesi è stata smentita dalla giurisprudenza successiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, che dapprima — con le sentenze *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan* (86) — ha indicato che l'immunità delle organizzazioni internazionali dalla giurisdizione civile può costituire una limitazione del diritto di accesso al giudice compatibile con l'art. 6, ed in seguito — con le decisioni *Al-Adsani*, *McElhinney* e *Fogarty* (87) — ha confermato e chiarito la propria posizione anche con riferimento all'immunità degli Stati.

In effetti, la tesi in esame si fonda sul presupposto dell'immissibilità di tutte le limitazioni all'art. 6 che non siano oggetto di un'esplicita eccezione. Tuttavia, se è vero che l'art. 6 non contiene una clausola limitativa quale quella prevista dal par. 2 degli articoli 8, 9, 10 e 11 della Convenzione, va pur sempre osservato che il diritto di accesso al giudice comporta necessariamente limitazioni poiché, per sua stessa natura, necessita di una regolamentazione da parte dello Stato. Dato questo punto di partenza, saranno conformi alla Convenzione tutte quelle limitazioni che non siano tali da investire il diritto di accesso al giudice nella sua sostanza, che siano finalizzate al perseguimento di uno scopo legittimo, e che siano proporzionate alla realizzazione del detto scopo (88).

(82) BROHMER, *State Immunity*, cit., p. 186 s.

(83) Sent. 18 febbraio 1999, *Waite et Kennedy c. Allemagne*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, pp. 429-464; sent. 18 febbraio 1999, *Beer et Regan c. Allemagne*, non pubblicata ma reperibile presso il sito web della Corte all'indirizzo <http://www.echr.coe.int>. Per un commento delle due decisioni cfr. PUSTORINO, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi Waite et Kennedy e Beer et Regan*, in *Rivista*, 2000, pp. 152-150; si segnala inoltre, per la particolare attenzione posta al problema del rapporto tra immunità in generale e diritto di accesso al giudice, la nota di TIGROUDJA, *L'immunité de juridiction des organisations internationales et le droit d'accès à un tribunal*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000, p. 83 ss.

(84) Sent. 21 novembre 2001, *Fogarty v. United Kingdom*, riprodotta *supra*, p. 419 ss.

(85) Nelle parole della Corte, «le droit d'accès aux tribunaux, reconnu par l'article 6, par. 1, n'est pas absolu: il se prête à des limitations implicites admises car il commande de par sa nature même une réglementation par l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6, par. 1, que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (sent. *Waite et Kennedy c. Allemagne*, cit., par. 59). Cfr. anche sent. 28 ottobre 1998, *Osmar c. Royaume-Uni*, in

(82) Sent. *Al-Adsani v. United Kingdom*, cit., par. 48; sent. 21 novembre 2000, *McElhinney c. Irlanda* (non ancora pubblicata ma reperibile presso il sito web della Corte all'indirizzo <http://www.echr.coe.int>), par. 25: «Il faut considérer l'octrroi de l'immunité non pas comme un tempérament à un droit matériel, mais comme un obstacle procédural à la compétence des cours et tribunaux nationaux pour statuer sur ce droit». Per una analisi più approfondita delle questioni qui accennate, si rinvia a BROHMER, *State Immunity* cit., pp. 178-186, di cui si condivide la parte relativa all'estensione del campo di applicazione dell'art. 6, ferma restando la diversa conclusione a cui si perverrà nel testo in merito alla violazione dell'obbligo posto dalla norma.

(83) PVAR, *Die Staatenimmunität und Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Problemes des Droits de l'Homme et de l'unification européenne. Mélanges offerts à Polys Molinos*, Paris, 1968, p. 223.

(84) *Ibid.*, p. 231.

Nelle sentenze *Al-Adsani* e *McElhinney*, la Corte ha affermato che, in via generale, il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati terzi persegue lo scopo legittimo di rispettare il diritto internazionale al fine di favorire le relazioni internazionali grazie al rispetto reciproco della sovranità⁽⁸⁹⁾. Definita in questi termini la legittimità dello scopo, il requisito di proporzionalità risulta soddisfatto ogniquale volta la limitazione del diritto corrisponde a quanto imposto dal diritto internazionale consuetudinario.

Nel caso *Al-Adsani*, in seguito all'analisi della prassi in materia — con particolare attenzione alla giurisprudenza interna ma anche alla Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972 e al progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite — la Corte giunge alla conclusione che, nonostante il divieto di tortura sia senza dubbio una norma di *ius cogens*, non si può affermare che il diritto internazionale preveda la perdita dell'immunità per lo Stato che abbia violato tale divieto⁽⁹⁰⁾.

Una volta affermato che la Convenzione non impone agli Stati parti di negare l'immunità giurisdizionale allo Stato straniero, resta ancora da interrogarsi in merito alla questione se l'adesione alla Convenzione comporti invece una rinuncia all'immunità nei rapporti reciproci tra gli Stati parti nelle cause che abbiano all'origine la violazione di obblighi posti da una delle norme sostanziali della Convenzione stessa. Riteniamo che la Convenzione europea non si distingua, in questo caso, dagli altri trattati in materia di diritti umani,

e che quindi, in assenza di una disposizione chiara sul punto, nessuna forma di perdita dell'immunità sia ipotizzabile⁽⁹¹⁾.

7. Diversa dalle tesi fino ad ora esposte è quella che, basandosi su alcuni elementi della prassi statunitense, considera il non riconoscimento dell'immunità come una forma di compromissione in risposta a violazioni gravi del diritto internazionale⁽⁹²⁾. Questa tesi non può essere considerata una delle teorie giustificative di una *human rights exception* in quanto non afferma la legittimità in sé della negazione dell'immunità, cioè l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario, analoga a quella relativa agli *arti iure gestiois*, che preveda la legittimità dell'esercizio della giurisdizione contro lo Stato accusato della violazione di diritti umani fondamentali. Al contrario, si ritiene che la negazione dell'immunità da parte dei giudici di merito statunitensi⁽⁹³⁾ costituisca « un comportamento in sé illecito, attribuibile agli Stati Uniti, adottato in risposta ad illeciti (particolarmente gravi) altrui, ossia una *reazione in sé illecita ad un illecito* » e quindi, appunto, una contromisura⁽⁹⁴⁾. È proprio in ragione di questa diversità che la tesi in esame risulta particolarmente degna di nota; essa, infatti, propone una via per la protezione giurisdizionale dei diritti umani diversa da quelle precedentemente citate e quindi non soggetta ai rilievi critici fino ad ora sollevati. Nonostante ciò, tale opinione pare anch'essa criticabile, sia dal punto di vista della sua costruzione formale, sia perché corrispondente ad una lettura a nostro parere erronea, o quantomeno parziale, della prassi in materia.

Dal punto di vista formale la tesi rischia di originare un circolo vizioso. Il processo volto a stabilire se vi sia stata una violazione del diritto internazionale viene, infatti, considerato una risposta alla vio-

⁽⁹¹⁾ Per la ricostruzione e critica della tesi della rinuncia implicita all'immunità tramite adesione ad un trattato in materia di diritti umani si veda *supra*, par. 3.

⁽⁹²⁾ FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, 1994, p. 123 ss. Precedentemente si veda anche LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, in part. p. 400 ss., che considera la negazione dell'immunità come forma di garanzia privata. Si vedano anche le considerazioni di CARILLA, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, Napoli, 1985, p. 169 ss., che però presta più attenzione alla negazione dell'immunità dell'individuo-organo piuttosto che a quella dello Stato.

⁽⁹³⁾ FOCARELLI *op. cit.*, cita le seguenti decisioni: sent. 11 marzo 1980 della District Court per il District of Columbia, *Letelier v. Chile*, *cit.*; sent. 15 ottobre 1985 della stessa Corte, *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, *cit.*; sent. 11 settembre 1987 della Court of Appeals per il secondo circuito, *Amerada Hess Ship-ping v. Argentine Republic*, *cit.*

⁽⁹⁴⁾ FOCARELLI, *Le contromisure*, *cit.*, p. 124.

Recueil des arrêts et décisions, 1998, VIII, p. 3169, par. 147; sent. *Beer et Regan c. Al-Iemagne*, *cit.*, par. 49; sent. *McElhinney c. Irlanda*, *cit.*, par. 34; sent. *Al-Adsani v. United Kingdom*, *cit.*, par. 53). Sembra utile notare che una limitazione del diritto di accesso al giudice è imposta dallo stesso principio della separazione dei poteri, in base al quale si spiega la diversa formulazione degli articoli 6 e 13 della Convenzione; in effetti, l'art. 13, mentre precisa di valere « alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles », considerata sufficiente qualsiasi « recours effectif devant une instance nationale », senza imporre che la causa sia « entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial », come invece vuole l'art. 6.

⁽⁸⁹⁾ Sent. *Al-Adsani v. United Kingdom*, *cit.*, par. 54; sent. *McElhinney c. Irlanda*, *cit.*, par. 35.

⁽⁹⁰⁾ Sent. *Al-Adsani v. United Kingdom*, *cit.*, paragrafi 57-67. Pare interessante notare che, diversamente da quanto fatto con riferimento all'immunità delle organizzazioni internazionali nei casi *Watt et Kennedy* e *Beer et Regan*, nel caso *Al-Adsani* la Corte non fa alcun riferimento alla possibilità dell'individuo di ricevere una protezione equivalente o comunque adeguata attraverso un'altra forma di ricorso.

lazione stessa. La cui esistenza sarà però accertata solo alla fine del giudizio⁽⁹⁵⁾. Delle due l'una: o si ritiene che l'imputabilità allo Stato della violazione dei diritti umani sia un dato di fatto accertato in un momento pregiudiziale e che al giudice spetti solo determinare l'ammontare del risarcimento; oppure si ammette che il giudizio potrebbe, in teoria, concludersi a favore dello Stato, con la conseguenza che quella che inizialmente era stata presentata come contro-misura diventi un semplice illecito internazionale. L'argomento, seppure di ordine logico, non è privo di rilievo. Infatti, se si sceglie la prima ipotesi si è costretti a negare l'applicazione di quei principi fondamentali del processo che caratterizzano lo Stato di diritto. Viceversa, optando per la seconda soluzione, si giunge a rivedere completamente il concetto di contro-misura, dovendosi considerare tale anche la reazione *al sospetto* di un illecito internazionale⁽⁹⁶⁾.

Anche dal punto di vista del suo fondamento sulla prassi internazionale, la tesi in esame pare criticabile. Va rilevato, infatti, che i tre casi che sembrerebbero confermarla⁽⁹⁷⁾ provengono tutti dalla giurisprudenza di merito statunitense, e che quindi si tratta di pochi esempi provenienti da un solo Paese: essi paiono insufficienti per ricavare una consuetudine internazionale seppure in via di formazione.

Se poi non ci si vuole fermare al dato meramente quantitativo, si noterà che dalla lettura delle tre decisioni traspare che ai giudici non è attribuibile l'intento di commettere un atto internazionalmente illecito giustificato dal suo carattere di contro-misura. Al contrario, la negazione dell'innanziità viene sempre presentata come *di per sé* lecita nei casi di specie. Particolarmente significativa, da questo punto di vista, è la motivazione della decisione nel caso *Von Dardel v. USSR*, nella quale i giudici ricorrono all'istituto della rinuncia implicita considerando quindi la negazione dell'innanziità un fatto perfettamente lecito, anzi, addirittura « autorizzato » dallo Stato in causa: il che mostra una precisa volontà della Corte di restare nel

(95) Per un breve riferimento a questo « circular argument », cfr. BRÖHNER, *State Immunity*, cit., p. 193.

(96) Lo stesso FOCARELLI, op. cit., non ignora il problema: egli infatti afferma che « il diniego dell'innanziità giurisdizionale degli Stati costituisce in sé un comportamento internazionalmente illecito per il solo fatto che un processo contro lo Stato viene condotto, e quindi a prescindere dal contenuto della sentenza eventualmente emanata (che potrebbe anche essere favorevole allo Stato convenuto in giudizio) » (p. 124). L'a. sembra quindi optare per la seconda delle ipotesi da noi prospettate, senza però trarne le conclusioni e quindi lasciando la questione insoluta.

(97) V. nota 93.

campo dei comportamenti leciti e di non violare le norme generalmente riconosciute in materia di innanziità⁽⁹⁸⁾.

Infine, laddove si volesse sostenere che si trattava *di fatto* di atti di rappresaglia, indipendentemente dall'intento dichiarato dei giudici, un'analisi più approfondita del caso *Amerada Hess* (l'unico dei tre ad essere giunto fino alla Corte suprema) ci induce ad escludere anche questa ipotesi. L'unica decisione citata, infatti, è quella della Court of Appeals che aveva affermato che l'Argentina non poteva considerarsi immune dalla giurisdizione in quanto aveva commesso gravi violazioni del diritto internazionale; viceversa la sentenza della Supreme Court che riconobbe l'innanziità non viene presa in considerazione⁽⁹⁹⁾. Questa scelta sarebbe giustificata dalla considerazione secondo cui « il diniego dell'innanziità giurisdizionale costituisce di per sé un comportamento internazionalmente illecito (...) a prescindere (...) dal fatto che l'innanziità sia stata poi riconosciuta da un giudice di diverso grado »⁽¹⁰⁰⁾.

A nostro parere, al contrario, il fatto che la Corte suprema abbia accolto il ricorso dell'Argentina garantendole l'innanziità giurisdizionale non è una circostanza dalla quale si possa prescindere. In effetti, la sentenza della Corte suprema è la prova che la volontà dello Stato era quella di far prevalere le norme sull'innanziità, e non di commettere un fatto internazionalmente illecito, né a titolo di rappresaglia, né a qualsiasi altro titolo. Date le suddette considerazioni sembra difficile imputare allo Stato quale « reazione in sé illecita ad un illecito » un comportamento che è stato rinnegato dallo Stato stesso, prima che potesse investire veramente la sfera delle relazioni internazionali⁽¹⁰¹⁾.

Tra le vicende citate, l'unica che può essere ricondotta all'istituto della contro-misura resta quella originata dall'assassino di Orlando Letelier. Come già detto nei paragrafi precedenti, la District Court affermò la propria giurisdizione nonostante l'azione degli agenti cileni fosse evidentemente un atto *jure imperii*. Più che la mo-

(98) Si rinvia, sulla questione, al par. 3, ed. in particolare, alla nota 31. A riprova di quanto detto nel testo, non sembra fuori luogo ricordare ancora una volta che, di fronte al rifiuto dell'Unione sovietica di eseguire la sentenza — che essa considerava illegittima —, nessuna pressione è stata fatta da parte degli Stati Uniti.

(99) Sent. *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping*, cit.; per un riepilogo dell'intera vicenda si veda la nota 7.

(100) FOCARELLI, *Le contro-misure*, cit., p. 124.

(101) In nessun caso la Corte suprema statunitense ha confermato sentenze delle corti di merito che avevano dato interpretazioni estensive delle eccezioni alla regola dell'innanziità giurisdizionale degli Stati. Si ricordi, per esempio, il già citato caso *Saudi Arabia v. Nelson* (v. nota 1).

rivazione della decisione, ciò che qui interessa è il seguito della vicenda, che lasciò presto il campo giurisdizionale interno per passare a quello delle relazioni internazionali in senso stretto. La questione, infatti, trovò la propria soluzione in un accordo, concluso tra Stati Uniti e Cile, con il quale quest'ultimo Paese accettava di versare al Governo statunitense una somma *ex gratia* (da determinarsi con un arbitrato), purché fosse riconosciuta l'illegittimità della sentenza che gli aveva negato l'immunità giurisdizionale⁽¹⁰²⁾; la negazione dell'immunità quindi fu considerata una reazione illecita. Ciò premesso, sembra opportuno rilevare che il fatto che la questione sia stata immediatamente riportata da entrambi gli Stati alla sfera delle loro relazioni diplomatiche mostra la volontà degli Stati stessi di sottrarre questioni di questo tipo al potere giudiziario e di lasciarle gestire piuttosto dall'esecutivo, libero di trattarle discrezionalmente e secondo calcoli anche di opportunità, esattamente come avviene nella protezione diplomatica classica.

8. Se le tesi secondo le quali sussisterebbe, nell'ordinamento internazionale, un regime di deroga all'immunità in caso di violazione di diritti umani fondamentali paiono contestabili da un punto di vista giuridico, in quanto non corrispondenti alla prassi internazionale e deboli dal punto di vista della costruzione teorica, una diversa prospettiva potrebbe essere adottata *de jure condendo*. Si tratta di vedere se l'introduzione di un siffatto regime di deroga sia possibile o necessaria, e quali ne sarebbero le conseguenze⁽¹⁰³⁾.

In effetti, con riferimento alla situazione dell'individuo ricorrente, la negazione dell'immunità dello Stato sembra essere la migliore delle soluzioni in quanto essa garantisce alla vittima una tutela effettiva, davanti ad un tribunale che si presume imparziale, e di conseguenza la possibilità di un risarcimento che non sempre gli strumenti internazionali e diplomatici forniscono.

Inoltre, al di là dell'interesse del singolo al risarcimento, si può sostenere la generale funzione deterrente di detta eccezione in

(102) *Agreement between the United States and Chile with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt* (Washington, 11 gennaio 1992), riprodotto all'inizio della decisione della commissione arbitrale, in *Int. Legal Materials*, 1992, p. 3 s.

(103) Per valutazioni in parte diverse, con riferimento all'opportunità o meno di un'eccezione all'immunità dello Stato in caso di tortura si veda anche GARRETT, *The Defence of State Immunity for Acts of Torture*, in *Australian Yearbook of Int. Law*, 1997, p. 123 ss.

quanto la possibilità di essere condannati al risarcimento del danno potrebbe indurre gli Stati ad un maggiore rispetto dei diritti umani.

Tuttavia, vi sono ragioni che portano a non ritenere appropriata una *human rights exception*⁽¹⁰⁴⁾ come regola generale. Innanzitutto, già da un esame superficiale della prassi, si nota che tutte le controverse sulle quali i giudici si sono pronunciati erano caratterizzate da una rilevante natura politica, e gli effetti delle decisioni sulle relazioni diplomatiche tra lo Stato del foro e lo Stato chiamato in giudizio si sono rivelate di difficile gestione. La circostanza appena rilevata appare evidente soprattutto laddove si consideri il prosieguo extragiudiziario delle vicende: la soluzione, quando si è raggiunta, è sempre stata l'effetto di un accordo internazionale tra gli Stati, concluso quindi dagli organi del potere esecutivo, dotati della discrezionalità necessaria per gestire le relazioni internazionali⁽¹⁰⁵⁾.

Il fatto che la gestione di tali vicende sia stata di tipo diplomatico non è necessariamente negativo. In effetti, nonostante ciò possa avvenire a detrimento dell'interesse del singolo individuo, spesso interessi superiori impongono scelte che non possono essere lasciate al giudice. È stato giustamente notato, ad esempio, che sarebbe stato economicamente impossibile per la Repubblica federale tedesca pagare a tutte le vittime dell'olocausto un risarcimento pari a quello chiesto in via giurisdizionale da Prinz⁽¹⁰⁶⁾. Tale dato di fatto, che può essere tenuto in debita considerazione nel corso di negoziati intergovernativi, esula evidentemente dalle basi di un giudizio⁽¹⁰⁷⁾. Per

(104) Ci riferiamo alla *human rights exception* in quanto è in termini di eccezione alla norma primaria che un regime di deroga all'immunità è stato il più delle volte prospettato. Ciononostante, tutte le considerazioni proposte nel presente paragrafo valgono anche in rapporto a quelle resi che considerano la negazione dell'immunità come una forma di contromisura o di garanzia privata (v. par. 7); anch'esse, infatti, sebbene in base ad una diversa logica, giungono allo stesso risultato, cioè ad attribuire ai tribunali interni il compito di giudicare sulla violazione dei diritti umani da parte di Stati stranieri.

(105) Particolarmente significative sono le vicende *Letelier e Prinz* (entrambe risoltesi grazie ad accordi internazionali), in merito alle quali si rinviava alle considerazioni proposte nel seguito della presente indagine.

(106) ZAMMERMANN, *Sovereign Immunity and Violations of International Jus Cogens*, cit., p. 436.

(107) L'esempio del caso greco ci sembra particolarmente significativo: cinquant'anni dopo la guerra si chiede alla Germania di risarcire i danni causati dalle truppe di occupazione naziste; il rischio evidente è di dare origine ad una serie infinita di domande giudiziarie per eventi analoghi, il cui risultato saranno sentenze alle quali lo Stato convenuto non potrà che rifiutarsi di dare esecuzione. Casi simili sono, a nostro parere, molto meglio risolvibili attraverso negoziati e accordi che permettano un risarcimento che possa essere equamente suddiviso tra le vittime ed il cui ammontare sia sostenibile da parte dello Stato autore dell'illecito.

contro, non deve essere sottovalutato il fatto che mentre la decisione giudiziaria garantisce il risarcimento solo ad un singolo individuo, attraverso i negoziati internazionali si può giungere alla conclusione di accordi che comportino il versamento di una somma a titolo di risarcimento da distribuire tra tutte le persone lese, quest'ultima soluzione pare preferibile perché maggiormente equa⁽¹⁰⁸⁾.

Una soluzione intermedia, volta a fornire tutela giurisdizionale all'individuo ma al tempo stesso a garantire lo Stato in situazioni quali quella appena indicata, è stata proposta da BROHMER (*State Immunity*, cit., p. 196 ss.). L'a. considera l'immunità dello Stato come mezzo di tutela della sovranità e distingue tra atti per i quali lo Stato è immune e atti per i quali non lo è in base ai concetti di « option » (nel senso della facoltà dello Stato di scegliere se e come agire) e « risk calculability » (nel senso di possibilità per lo Stato di calcolare in anticipo i rischi connessi ad una determinata attività). Mentre nel caso delle attività economiche lo Stato è libero di scegliere se agire o no, e la scelta è lecita, nel contesto dei diritti umani fondamentali l'opzione non è legale ma di fatto; lo Stato è infatti obbligato dal diritto internazionale al rispetto di tali diritti (p. 199). Anche il requisito della « risk calculability » può essere soddisfatto: infatti benché sia impossibile calcolare esattamente in via preventiva il risarcimento al quale lo Stato potrebbe essere condannato, è possibile, nel caso di violazioni individuali, un calcolo approssimativo (p. 201 s.). Seguendo questa ipotesi ricostruttiva l'a. propone di comprendere nei casi di non-immunità le violazioni individuali, mentre mantiene nell'ambito delle manifestazioni di sovranità — per le quali lo Stato è immune — le violazioni « di massa » o comunque quelle per le quali i risarcimenti sarebbero incalcolabili e tanto ingenti da ridurre lo Stato condannato in condizioni di non poter più adempiere alle funzioni di uno Stato sovrano (p. 205). Un ulteriore criterio permette di escludere le violazioni di massa, quali quelle perpetrate nel quadro di aggressioni armate o guerre civili, dal giudizio dei tribunali interni: in questi casi la violazione non è diretta contro un singolo ed individuato essere umano, ma piuttosto il danno subito dal singolo è il riflesso di una violazione generale, e la sede per risolvere quest'ultima è quella delle relazioni multilaterali tra Stati (p. 207). La proposta di Brohmer, sebbene interessante nella parte in cui offre una soluzione all'inconveniente evidenziato nel testo lasciando alla sede diplomatica quei casi in cui le implicazioni politiche della vicenda sono più evidenti, non pare condivisibile. Infatti, se si pensa alla vicenda del passaggio dall'immunità assoluta a quella ristretta è facile rilevare come nessuno dei due criteri proposti sia stato tenuto in considerazione dai giudici: non è in base alla possibilità di scelta o alla calcolabilità del rischio che i giudici hanno negato l'immunità degli Stati per atti *in re gestio*, ma piuttosto per far fronte alla novità costituita da Stati che esercitavano funzioni precedentemente svolte esclusivamente da privati e lo facevano secondo le regole privatistiche. Va rilevato inoltre che il criterio della « option » non è utilizzabile nemmeno da un punto di vista teorico poiché non discrimina realmente tra attività per le quali vi è immunità e attività per le quali la stessa è negata; se è vero, infatti, che lo Stato può decidere se esercitare attività economiche o meno, va comunque notato che esso gode della stessa discriminazione per quanto concerne l'esercizio di moltissime funzioni sovrane in relazione alle quali l'immunità dalla giurisdizione è tradizionalmente garantita. Infine, la tesi di Brohmer è contraddetta dalla prassi, che tende a garantire l'immunità anche per i casi di tortura individuale (si pensi alle vicende Nelson e AlAdami).

(108) In effetti è con queste modalità che si è conclusa la vicenda *Prinz*. In seguito alla decisione della Court of Appeals che garantiva alla Germania l'immunità dalla giurisdizione, furono messi in atto una serie di negoziati che portarono ad un accordo tra Germania e Stati Uniti in base al quale la Germania accettò di pagare agli

Dare queste considerazioni, si spiegano le ragioni per cui né nella Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972, né nei lavori svolti dalla Commissione del diritto internazionale al fine di predisporre un progetto di articoli sulla stessa materia sia stata prevista alcuna forma di *human rights exception*⁽¹⁰⁹⁾.

La stretta correlazione tra la gestione della politica estera e le scelte legislative in materia di esercizio della giurisdizione nei confronti dello Stato straniero è tra l'altro dimostrata dall'unico atto legislativo che stabilisce una sorta di *human rights exception*: l'emendamento al FSIA approvato nel 1996-1997⁽¹¹⁰⁾. Tale legge prevede un'eccezione all'immunità dello Stato in caso di alcune gravi violazioni dei diritti umani, ma solo qualora l'azione sia proposta da un cittadino statunitense contro uno degli Stati che il Dipartimento di Stato americano considera « sponsor of terrorism ». Questo tipo di discriminazione tra Stati mostra chiaramente che l'intento della legge non è tanto quello di offrire protezione agli individui che hanno visto violati i loro diritti fondamentali o di colpire in maniera imparziale e generalizzata i Paesi che adottano pratiche contrarie al comune sentimento di umanità; al contrario, la negazione dell'immunità costituisce la messa in atto di una politica estera consistente nell'adozione di comportamenti volti a sanzionare Paesi che gli Stati Uniti considerano pericolosi per la loro sicurezza. La tesi da noi sostenuta per cui non esiste al momento una *human rights exception* in diritto internazionale consuetudinario ci porta a ritenere che l'applicazione della legge da parte dei giudici americani costituisca di per sé un fatto internazionalmente illecito⁽¹¹¹⁾. Ma non è questo che a

Stati Uniti tre milioni di marchi tedeschi; tale somma doveva essere ripartita tra tutti i cittadini statunitensi vittime dell'olocausto che non avevano ottenuto altre forme di risarcimento (*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution*, Bonn, 19 settembre 1995, in *Int. Legal Materials*, 1996, p. 193 ss.).

(109) Si veda tuttora il doc. A/54/10, pp. 414-416. Sui lavori della Commissione del diritto internazionale, cfr. KESSELIAN e SCHREIBER, *Le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les immunités des Etats*, in *Revue générale de droit int. public*, 1992, p. 299 ss.; MARTINO, *Recenti sviluppi della codificazione del regime dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero*, in *Co-immunità int.*, 1996, p. 229 ss., e la dottrina da questi citata.

(110) *United States: Amendments to the Foreign Sovereign Immunities Act concerning Jurisdiction for Lawsuits against Terrorist States, Including Technical Correction*, in *Int. Legal Materials*, 1997, p. 759.

(111) La normativa, che ha effetto retroattivo, è stata applicata per la prima volta nella sent. 17 dicembre 1997 della District Court per il Southern District of Florida nella causa *Alejandro v. Republic of Cuba*. Cfr. in proposito SCHNABER, *International Decisions*, in *American Journal of Int. Law*, 1998, p. 768. La District Court

noi importa rilevare; vorremmo piuttosto sottolineare come la legge americana sia esemplificativa del pericolo che la *human rights exception*, invece che come strumento di tutela generalizzata dei diritti umani, sia utilizzata per giustificare ingerenze le cui motivazioni profonde sono altre⁽¹¹²⁾.

9. Nei paragrafi precedenti si è rilevato che allo stato attuale del diritto internazionale non si può affermare né l'esistenza di un regime di deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati in caso di violazione di diritti umani fondamentali, né una tendenza alla formazione di una consuetudine in tal senso. Sono state poi illustrate le ragioni per cui l'attribuzione ai giudici interni della competenza a giudicare sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati stranieri risulterebbe inappropriata. Si tratta ora di vedere se da una diversa lettura della prassi internazionale e delle sue tendenze evolutive sia possibile ricavare un altro strumento di tutela.

Già nel valutare le diverse teorie proposte in materia di immunità, abbiamo avuto modo di sottolineare come la dottrina si sia li-

ha condannato il Governo cubano ad un risarcimento di 187 milioni di dollari, per aver abbattuto un aereo privato statunitense provocando la morte di quattro membri dell'equipaggio. Anche in questo caso, il processo si è svolto *in absentia* poiché il Governo cubano si è limitato ad inviare una nota di protesta al Dipartimento di Stato affermando che la District Court non aveva giurisdizione sulla controversia. Relativamente ad atti di terrorismo, l'immunità è stata negata anche nella sent. 26 febbraio 1998 della District Court per l'Eastern District of New York, *Rein v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, in *Int. Legal Materials*, 1998, p. 644, confermata dalla sent. 15 dicembre 1998 della Court of Appeals per il secondo circuito, in *Int. Legal Materials*, 1999, p. 447 ss. Va detto però che tutte queste decisioni hanno dato luogo a seri problemi in sede di esecuzione (v. MURPHY, *Satisfaction of U.S. Judgments Against State Sponsors of Terrorism*, in *American Journal of Int. Law*, 2000, p. 117, il quale cita anche le controversie *Flatow v. Islamic Republic of Iran*, 999 F.Supp. 1 (D.D.C. 1998) e *Cicippio v. Islamic Republic of Iran*, 18 F.Supp. 2d 62 (D.D.C. 1998)).

(112) Particolarmente esemplificativa dei rischi di abuso del potere giurisdizionale da parte dei tribunali interni è l'affermazione contenuta nell'opinione individuale del presidente della Corte internazionale di giustizia, Guillaume, nella causa *Congo c. Belgio*, cit., secondo cui «à aucun moment il n'a été envisagé de donner compétence aux tribunaux de tous les États du monde pour poursuivre de tels crimes [i crimini contro l'umanità], quels qu'en soient les auteurs et les victimes quel que soit le lieu où se trouve le délinquant. Procéder de la sorte risquerait d'alleurs de créer le chaos juridique nel plus total. Ce serait aussi promouvoir l'arbitraire au profit des puissants, censés agir au nom d'une "communauté internationale" aux contours indéterminés. Contrairement à ce que préconise une partie de la doctrine, une telle évolution marquerait non une progression, mais une régression du droit». Nel caso di specie si voleva negare la possibilità di esercizio della giurisdizione penale universale *in absentia*, ma riteniamo che all'affermazione possa essere dato un significato più generale nel senso che i rischi preconcizzati dal presidente Guillaume sussistano anche con riferimento ad un uso abusivo di una *human rights exception*.

mitata alla lettura delle sole pronunce giudiziarie e delle affermazioni ivi contenute, senza tenere conto dell'evoluzione delle relative controversie, tanto in rapporto ai diversi gradi del giudizio quanto in relazione alla loro eventuale soluzione extragiudiziale. Riteniamo invece che, se da tali pronunce si vuole ricavare la tendenza della prassi internazionale in materia, non possono essere soltanto le sentenze in sé ad avere valore, ma piuttosto lo sviluppo complessivo delle vicende. In altri termini, deve essere valutata la reazione d'insieme degli Stati coinvolti nella controversia, tanto dello Stato del quale i giudici sono organo, quanto di quello convenuto.

Se la prassi sino ad ora citata viene letta nel modo appena indicato, la circostanza che le sentenze siano spesso rimaste non eseguite e che i giudici di ultima istanza abbiano pressoché costantemente annullato le pronunce che tendevano a negare l'immunità assume il giusto rilievo. Analogamente, sarà possibile tenere conto della circostanza che gli Stati convenuti abbiano sempre affermato la propria immunità, rifiutando, in alcuni casi, di partecipare al giudizio⁽¹¹³⁾. Entrambi questi dati indicano che, ai vertici delle organizzazioni statali, permane la convinzione dell'obbligatorietà della regola che garantisce l'immunità dalla giurisdizione.

D'altro canto, il metodo d'analisi da noi proposto permette di considerare adeguatamente anche il comportamento extragiudiziale di detti Stati. Assumono così un rilievo particolare le controversie che hanno trovato la loro soluzione in accordi internazionali grazie ai quali le vittime sono state risarcite, pur non avendo ottenuto soddisfazione in giudizio.

La scelta di considerare i casi rilevanti nel loro complesso e di prestare attenzione ai loro sviluppi extragiudiziali ci induce a leggerli nell'ottica della protezione diplomatica⁽¹¹⁴⁾. Questa soluzione, oltre a

(113) Si ricordi, ad esempio, il comportamento dell'Unione sovietica nelle controversie *Von Draitel e Frolova*, nonché quello del Cile nella vicenda *Letelier*, e ancora l'atteggiamento della Germania nel primo grado del caso greco.

(114) Non è questa la sede per una compiuta analisi di un istituto classico e ampiamente trattato del diritto internazionale; basti rilevare che utilizziamo qui il concetto di protezione diplomatica in senso generico intendendo l'azione dello Stato che, secondo la tecnica dell'*endossement*, fa propria la causa dell'individuo portandola nella sfera del diritto internazionale alla quale quest'ultimo non avrebbe altrimenti accesso (COSNARD, *Sur Droit international public*, Paris, 2001, p. 533). In quest'ottica, la difesa dell'individuo da parte dello Stato può essere messa in atto con tutti i mezzi di cui quest'ultimo ha la disponibilità: proteste, proposte di arbitratto, contromisure o ricorso ad eventuali giurisdizioni internazionali alle quali l'individuo non abbia accesso. Per alcune interessanti considerazioni relative al rapporto tra immunità dello Stato e protezione diplomatica, vedi COSNARD, *La soumission* cit., p. 220 ss.

sembrare maggiormente conforme alla prassi, risulta preferibile anche per ragioni di opportunità. Essa, infatti, non si espone alle perplessità che suscitano — per quanto si è già visto — le soluzioni volte ad affermare un regime di deroga all'immunità degli Stati dalla giurisdizione. E ciò perché l'azione in protezione diplomatica non solo permette di lasciare agli Stati un ampio margine di scelta nella soluzione della vicenda, ma può anche condurre ad un accordo che soddisfi equamente tutte le vittime della violazione, nel caso in cui essa presenti un carattere di massa. Peraltro, già nei casi tradizionali nel l'ambito dei quali l'Istituto della protezione diplomatica ha trovato applicazione, ovvero quelli relativi alla tutela della proprietà in relazione ad espropriazioni e nazionalizzazioni, i tribunali interni avevano operato un'autolimitazione in favore della competenza dell'esecutivo⁽¹¹⁵⁾, favorendo così la conclusione di accordi di indennizzo globale⁽¹¹⁶⁾.

Come si è avuto modo di rilevare nel corso del paragrafo precedente, l'accordo tra Stati Uniti e Germania, conclusivo della vicenda *Prinz*, pare rispondere alle esigenze di una tutela generalizzata dei diritti umani meglio di quanto avrebbe fatto una decisione giurisprudenziale in favore del singolo cittadino⁽¹¹⁷⁾. Ciò che, in questa sede, sembra importante mettere in luce è la similitudine tra quell'accordo ed i tradizionali *limp-sum agreements*, con la conseguenza che tutta la vicenda pare facilmente interpretabile secondo lo schema classico della protezione diplomatica.

(115) Si ricordi, a titolo di esempio, la sentenza resa il 23 marzo 1964 dalla Corte suprema statunitense nella controversia *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398 (1964)). La Corte, per giustificare l'applicazione dell'«Act of State doctrine», affermò che una pronuncia giudiziaria nel caso di specie avrebbe costituito un'ingerenza del tutto inopportuna nelle attività del potere esecutivo in quanto «[F]ollowing an expropriation of any significance, the Executive engages in diplomacy aimed to assure that United States citizens who are harmed are compensated fairly. Representing all claimants of this country, it will often be able, either by bilateral or multilateral talks, by submission to the United Nations, or by the employment of economic and political sanctions, to achieve some degree of general redress. Judicial determinations of invalidity of title can, on the other hand, have only an occasional impact, since they depend on the fortuitous circumstance of the property in question being brought into this country».

(116) In generale sulle nazionalizzazioni cfr. TSANUKO, *Nazionalizzazioni e diritto internazionale*, Napoli, 1976; PABELLETTI, *Nazionalizzazioni nel diritto internazionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995, p. 110 ss., nonché la dottrina ivi citata; in particolare sugli accordi di indennizzo globale, cfr. LILICH, *Limp Sum Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III, Amsterdam, 1997, p. 268 ss.

(117) V. nota 108 e relativo testo.

La maggiore idoneità di tale scelta interpretativa a spiegare la prassi rilevante sembra confermata dalla controversia *Letelier v. Chile*. Anche in questo caso, infatti, nonostante l'azione giudiziaria dei parenti di Orlando Letelier e Ronni Moffit non abbia avuto successo, gli Stati Uniti hanno fatto propria la causa degli individui sul piano internazionale mettendo in atto una serie di negoziati che si sono conclusi con la nomina di una commissione arbitrata incaricata di determinare l'ammontare del risarcimento che il Cile aveva accettato di pagare al Governo statunitense⁽¹¹⁸⁾.

L'Istituto della protezione diplomatica, quindi, anche se apparentemente meno accessibile agli individui di quanto sia un ricorso giurisdizionale, appare più conforme alla realtà attuale dei rapporti internazionali.

Una significativa indicazione in questo senso ci pare emergere, del resto, dai lavori della Commissione di diritto internazionale per la codificazione della protezione diplomatica. Infatti, tanto nel primo rapporto presentato da Benouna nel 1998 quanto in quello del 2000 di Dugard è data una grandissima importanza all'individuo come soggetto di diritto e all'utilizzo dell'Istituto in questione come strumento di tutela dei diritti umani fondamentali.

Due elementi, tuttavia, paiono distinguere la protezione diplomatica classica da quella che sembra delinarsi in caso di violazione di diritti umani fondamentali: in primo luogo, sembra ridursi l'esigenza del legame di nazionalità; in secondo luogo, la discrezionalità degli Stati potrebbe non essere più assoluta. Siffatti elementi portano a ritenere ipotizzabile una sorta di protezione diplomatica «aggravata» a tutela dei diritti umani fondamentali.

Premesso fin da ora che tali aspetti ci sembrano indicativi di una linea di tendenza, piuttosto che di una prassi consuetudinaria già consolidata, è necessario procedere ad esaminarli analiticamente.

10. Già in precedenza abbiamo parlato del caso *Letelier* per affermare che esso non è un precedente valido per sostenere l'esistenza di una *human rights exception* alla regola dell'immunità in quanto la soluzione diplomatica conclusiva mostra che la via giudiziaria, oltre a non essere accettata dal Cile, era di fatto osteggiata dallo stesso Governo statunitense⁽¹¹⁹⁾. Né maggiormente condivisibile è sembrata la proposta di chi considera la negazione dell'immunità, in tal caso, come

(118) *Agreement between the United States and Chile with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffit*, cit.

(119) V. nota 16.

una forma di contromisura o di garanzia⁽¹²⁰⁾. Anche tale lettura manca, infatti, di completezza, poiché si limita alla decisione giudiziaria senza tenere sufficientemente in conto gli sviluppi diplomatici del caso. Viceversa, se si valuta la vicenda nel suo complesso, dando il giusto rilievo a tali sviluppi, emerge chiaramente l'opportunità di far ricorso allo schema della protezione diplomatica.

In quest'ottica, la decisione della District Court del District of Columbia — che in quanto pronuncia giudiziaria sarebbe rimasta lettera morta per il rifiuto del Cile di dare esecuzione ad una sentenza lesiva della sua immunità giurisdizionale⁽¹²¹⁾ — può esser vista, infatti, come l'inizio di un'azione ufficiale degli Stati Uniti contro il Cile a tutela delle vittime di un suo comportamento internazionalmente illecito. Al riguardo è interessante notare che il Cile non contestò il diritto degli Stati Uniti di intraprendere un'azione a tutela di cittadini cileni, ma solo la sede e la forma di quell'azione. Ed infatti, una volta riportata la controversia sul piano delle trattative tra i due Stati e riaffermato il principio dell'immunità, il Cile, pur continuando a negare formalmente un obbligo di risarcimento, accettò di versare al Governo statunitense — per conto dei parenti di Orlando Letelier e Ronni Moffitt — una somma *ex gratia* il cui ammontare sarebbe stato equivalente a quanto dovuto se la responsabilità di tale Paese fosse stata accertata⁽¹²²⁾. Indipendentemente dalla negazione di responsabilità da parte del Cile (il cui valore pare solo formale dato che di fatto vi è stato il risarcimento del danno), ci sembra poi di grande importanza la circostanza che nessuna distinzione fu operata, né nell'accordo, né nella decisione arbitrale, tra cittadini cileni e cittadini statunitensi⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo*, cit.; FOCARELLI, *Le contromisure*, cit.; CARELLA, *La responsabilità*, cit.; nonché le considerazioni svolte al par. 7 del presente lavoro.

⁽¹²¹⁾ Come in effetti accadde in seguito nel caso *Von Dandel v. USSR*, dove di fronte al rifiuto dell'Unione sovietica di partecipare in qualsiasi modo al giudizio e di eseguire la sentenza questa restò lettera morta.

⁽¹²²⁾ *Agreement between the United States and Chile*, cit.. La parte finale del par. 3 dell'accordo recita: « Without admitting liability, the Government of Chile, in order to facilitate the normalization of relations, is willing to make an *ex gratia* payment, subject to the provisions of paragraph 5, to the Government of the United States of America, to be received on behalf of the families of the victims ». Il par. 4, inoltre, stabilisce: « The Governments of the United States and Chile agree that the amount of the *ex gratia* payment should be equal to that which would be due if the liability were established, and should be determined by the Commission established by the 1914 Treaty, in accordance with the Compromise which constitutes the annex to this Agreement ».

⁽¹²³⁾ Particolarmente significativo è il par. 22 della sentenza arbitrale: « The

Questa vicenda, inquadrabile nell'istituto della protezione diplomatica⁽¹²⁴⁾, evidenzia le particolari caratteristiche del modo di operare di tale istituto con riferimento ad un caso come quello di specie. Ciò che distingue tale caso dalle situazioni in cui tradizionalmente si verifica un'azione in protezione diplomatica è proprio il fatto che Orlando Letelier non era cittadino statunitense e quindi mancava quell'elemento fondamentale che è il legame di nazionalità. La circostanza che il Cile non abbia opposto alcun'obiezione all'azione statunitense in favore di un cittadino cileno dimostra, a nostro parere, che qualora l'azione in protezione diplomatica sia conseguenza di violazioni gravi dei diritti umani il legame di cittadinanza sia destinato a perdere la qualità di elemento necessario ed essenziale che un tempo lo caratterizzava. È questo uno degli aspetti tipici di quella che noi abbiamo definito « protezione diplomatica aggravata » a tutela dei diritti umani fondamentali.

A tale conclusione potrebbe tuttavia obiettarsi che, nel caso *Letelier*, l'azione della polizia cilena aveva avuto luogo in territorio statunitense e quindi essa costituiva un illecito internazionale nei confronti degli Stati Uniti; illecito per il quale essi potevano reclamare una riparazione, indipendentemente da qualsiasi forma di azione diplomatica. Si tratta di un rilievo che non manca di valore ed interresse in quanto pone in risalto che il quadro degli eventi era diverso da quello in cui tradizionalmente si esercita la protezione diplomatica, sottolineando altresì che l'azione statunitense era legittimata e *fortiori* dall'esercizio non autorizzato di funzioni di governo commesso dalla polizia cilena. Nonostante ciò, è agevole osservare che nel resto dell'accordo l'attenzione è volta esclusivamente alle vittime dell'attentato e al relativo risarcimento, mentre non vi è nessun riferimento al danno subito direttamente dagli Stati Uniti per la violazione della sovranità territoriale⁽¹²⁵⁾. Di conseguenza si può ragione-

Commission has also kept in mind the need to apply the same rules to the members of the families of Orlando Letelier and of Ronni Moffitt, with no differentiation whatever by reason of their nationality ». Cfr. *Int. Legal Materials*, 1992, p. 9.

⁽¹²⁴⁾ La vicenda, infatti, è inquadrabile nello schema tipico della protezione diplomatica: gli Stati Uniti hanno fatto propria la causa di Letelier mettendo in atto i mezzi diplomatici a loro disposizione al fine di ottenere la riparazione del danno da questi subito; per parte sua, il Cile ha riconosciuto il diritto degli Stati Uniti ad agire ed ha accettato di pagare il risarcimento.

⁽¹²⁵⁾ La prima parte del già citato par. 3 dell'accordo definisce lo scopo e i limiti dell'azione statunitense: « The United States has sought compensation from Chile on behalf of the families of Letelier and Moffitt, on the ground that the United States considers the State of Chile is legally responsible under international law for

volmente concludere che l'azione statunitense fosse volta esclusivamente alla tutela delle vittime⁽¹²⁶⁾.

Una conferma della possibilità teorica di vincolare la protezione diplomatica dal rapporto di nazionalità si può desumere anche dalla proposta di Dugard di permettere l'esercizio allo Stato di residenza abituale e legale di apolidi e rifugiati⁽¹²⁷⁾. Tale proposta, che corrisponde a un tentativo di sviluppo progressivo del diritto molto più che alla sua codificazione, è stata accolta favorevolmente dalla Commissione di diritto internazionale, a riprova del fatto che essa corrisponde all'esigenza di colmare una lacuna del diritto in materia di protezione di individui che altrimenti resterebbero privi di tutela⁽¹²⁸⁾. Il caso degli apolidi e dei rifugiati è particolare e non si può certo trarne una tendenza verso una generica ed indifferenziata protezione diplomatica dei non cittadini. Inoltre la regola di « non retroattività » prevista nella seconda parte della norma tende a tutelare proprio lo Stato dal quale il rifugiato è fuggito⁽¹²⁹⁾, Stato che presumibilmente è quello che nei suoi confronti ha compiuto le violazioni più gravi di diritti fondamentali.

Ciò nonostante non può negarsi che la ragione di fondo di tale norma sia proprio la necessità di proteggere l'individuo in quanto tale indipendentemente dalla sua nazionalità. Entro questi limiti essa appare dunque perfettamente coerente con l'idea di un uso della

the deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt and the personal injuries to Michael Moffitt ».

⁽¹²⁶⁾ Relativamente alla considerazione che, oltre a Orlando Letelier, era deceduto Ronni Moffitt, cittadino statunitense, è facile rilevare che questo nulla toglie al fatto che gli Stati Uniti abbiano chiesto un risarcimento anche e soprattutto per l'illecito subito dal cittadino cileno.

⁽¹²⁷⁾ Art. 8: « A State may exercise diplomatic protection in respect of an injured person who is stateless and/or a refugee when that person is ordinarily a legal resident of the claimant State and has an effective link with that State? »; provided the injury occurred after that person became a legal resident of the claimant State » (DUGARD, *First report on diplomatic protection*, doc. A/CN.4/506, p. 57).

⁽¹²⁸⁾ Dugard ricorda l'affermazione del tribunale arbitrale nel caso *Dickson Car Wheel Company v. United Mexican States* (*Report of International Arbitral Awards*, vol. IV, p. 669, in part. p. 678) secondo la quale: « A State does not commit an international delinquency in inflicting an injury upon an individual lacking nationality, and consequently, no State is empowered to intervene or complain on his behalf either before or after the injury ».

⁽¹²⁹⁾ V. il testo della clausola alla nota 140, nonché i paragrafi 183 e 184 del rapporto di Dugard, cit., p. 60. Nel progetto di art. 7 approvato in prima lettura dalla Commissione di diritto internazionale si è ritenuto opportuno specificare che l'azione in protezione diplomatica non può essere esercitata « in respect of an injury caused by an international wrongful act of the State of nationality of the refugees » (doc. A/57/10).

protezione diplomatica come strumento di tutela dei diritti umani da estendersi anche ai *non* cittadini⁽¹³⁰⁾.

11. Anche la vicenda *Princz*, se analizzata nel suo complesso, può essere meglio compresa nell'ottica della protezione diplomatica. In precedenza, sono state ampiamente illustrate le ragioni per cui la sentenza della District Court annullata dalla Court of Appeals non può essere considerata un precedente valido per affermare una tendenza del diritto consuetudinario verso la negazione dell'immunità in caso di violazione di diritti umani fondamentali. Si tratta ora di valutare quale rilievo assumano, in rapporto all'evolversi della prassi internazionale, i negoziati che, in seguito alla decisione della Court of Appeals, vennero intrapresi fra Stati Uniti e Germania e che, come già accennato, si conclusero con l'accettazione da parte della Germania di versare agli Stati Uniti un risarcimento complessivo da distribuirsi tra tutti i cittadini statunitensi che non avessero ricevuto alcuna altro indennizzo⁽¹³¹⁾.

In questo caso, ancor più che nella vicenda *Letelier*, l'azione statunitense riveste i caratteri tipici della protezione diplomatica, ove si consideri che gli Stati Uniti hanno fatto propria la causa di un loro cittadino vittima di una violazione del diritto internazionale in territorio straniero, ottenendo un risarcimento del danno da questi subito. Poiché Princz, diversamente da Letelier, era cittadino statunitense, il diritto dello Stato ad agire era garantito dalle regole consuetudinarie classiche in materia di protezione diplomatica. Tuttavia, dall'analisi del rapporto tra la decisione della District Court e l'azione statunitense sul piano internazionale si ricava un elemento interessante, indicativo della tendenza degli Stati a proteggere in modo particolare i cittadini che abbiano subito violazioni gravi dei diritti umani. In effetti, tre eventi si sono susseguiti nel tempo: in un primo

⁽¹³⁰⁾ Di estremo interesse in quest'ambito è la proposta di Dugard, non accolta dalla Commissione, nel senso di configurare un « right of a State of which an injured person is not a national to exercise diplomatic protection on behalf of a person if a breach of a *jus cogens* norm has caused the injury and the State of nationality has refused to exercise protection » (*First report* cit., p. 60). Probabilmente una norma di questo tipo è prematura anche relativamente allo sviluppo progressivo del diritto, ma riteniamo sia appunto questa la tendenza che ci sembra di poter intravedere nella — ancora insufficiente — prassi fino ad ora analizzata.

⁽¹³¹⁾ *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany concerning Final Benefits to Certain United States Nationals Who Were Victims of National Socialist Measures of Persecution*, cit. Si ricordi che di fatto fu Hugo Princz a sfruttare maggiormente della somma di denaro concessa.

momento, la District Court ha affermato il diritto costituzionale di un cittadino statunitense vittima dell'olocausto a ricorrere ai tribunali del suo Paese (132); in seguito la Court of Appeals ha, a sua volta, affermato la prevalenza su questo diritto del diritto dello Stato straniero all'immunità dalla giurisdizione; infine, grazie all'azione diplomatica degli Stati Uniti, Princez ha ottenuto, sostanzialmente, quel risarcimento per il quale aveva adito la District Court. Ponendo questi elementi in relazione tra loro, se ne ricava l'impressione che, a fronte di una norma internazionale che impone di garantire l'immunità dalla giurisdizione, si profila, nell'ordinamento interno, una norma che impone allo Stato di agire, nei modi che il diritto internazionale gli accorda, a tutela di un proprio cittadino vittima di una grave violazione dei diritti umani fondamentali. In altri termini, sembra che, per sopperire alla necessità di rispettare la regola dell'immunità, sorga, nell'ordinamento interno, un *diritto* dell'individuo alla protezione diplomatica.

Il caso *Princez* è senza dubbio un caso isolato, dunque di per sé insufficiente ad indicare con esattezza l'evoluzione del diritto interno statunitense e dello stesso diritto internazionale nel senso di un obbligo dello Stato di agire in protezione diplomatica dinanzi alla violazione di diritti umani fondamentali di propri cittadini. Ciononostante, esso assume un rilievo del tutto particolare se viene letto alla luce della proposta recentemente avanzata dal relatore speciale in seno alla Commissione di diritto internazionale di rendere obbligatoria, a determinare condizioni, l'azione dello Stato a tutela di cittadini nei confronti dei quali siano state violate norme di *jus cogens* (133). Tale proposta, come ammesso dal medesimo relatore speciale, ap-

(132) Nelle parole della Corte: « a United States citizen, who was a victim of the Holocaust, has a constitutional right to proceed in a United States Court » (sent. cit., p. 602).

(133) L'art. 4 del progetto di Dugard, cit., recitava:

« 1. Unless the injured person is able to bring a claim for such injury before a competent international court or tribunal, the State of his/her nationality has a legal duty to exercise diplomatic protection on behalf of the injured person upon request, if the injury results from a grave breach of a *jus cogens* norm attributable to another State.

2. The State of nationality is relieved of this obligation if: (a) The exercise of diplomatic protection would seriously endanger the overriding interests of the State and/or its people; (b) Another State exercises diplomatic protection on behalf of the injured person; (c) The injured person does not have the effective and dominant nationality of the State.

3. States are obliged to provide in their municipal law for the enforcement of this right before a competent domestic court or other independent national authority.»

partiene più allo sviluppo progressivo del diritto che alla sua codificazione; e comunque essa è stata respinta dalla Commissione di diritto internazionale.

Malgrado ciò, sembra tuttavia opportuno sottolineare la comune linea di tendenza ricavabile sia dalla vicenda *Princez* sia dalla proposta di Dugard.

Siffatto parallelismo risulta ancora più interessante se si tiene conto del fatto che esso si colloca perfettamente in un quadro più generale che investe da un lato la prassi internazionale nel suo complesso e dall'altro i lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale. Così come nella prassi si coglie la tendenza ad affermare l'immunità dello Stato anche in caso violazione dei diritti umani, ma nel contempo a tutelare comunque la vittima attraverso un'azione in protezione diplomatica, altrettanto avviene in seno alla Commissione di diritto internazionale. Infatti, mentre dai lavori di codificazione dell'immunità degli Stati non emerge la negazione dell'immunità come strumento per la promozione dei diritti umani, in materia di protezione diplomatica la tutela dell'individuo è il filo conduttore della discussione. Riteniamo che ciò sia dovuto al fatto che l'idea di una « protezione diplomatica aggravata » a tutela dei diritti umani fondamentali è più facilmente accettabile da parte degli Stati di quanto non sia la perdita dell'immunità giurisdizionale; e ciò perché l'azione diplomatica lascia un ampio margine di scelta allo Stato che agisce ed un altrettanto ampio margine di possibilità negoziale a quello che subisce l'azione, mentre la stessa cosa non può dirsi per un processo dinanzi ad un giudice interno.

FRANCESCA DE VITTOR