UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
DI MODENA E REGGIO EMILIA

Dottorato di ricerca in Diritto Internazionale
Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche
La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni
Ciclo XXVII

L'IMMUNITÀ DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE DI UNO STATO ESTERO: ALLA RICERCA DI UN BILANCIAMENTO TRA LA SOVRANITÀ STATUALE E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'INDIVIDUO

Relatori:
Chiar.mo Prof. Marco Gestri
Chiar.mo Prof. Luigi Foffani

Candidata:
dott.ssa Giorgia Berrino

Direttore della Scuola di Dottorato:
Chiar.mo Prof. Aljs Vignudelli

Coordinatore della Scuola di Dottorato:
Chiar.mo Prof. Alberto Tampieri

Anno Accademico 2015-2016

No man is an Iland, intire of itselfe; every man is a peece of the Continent, a part of the maine; if a Clod bee washed away by the Sea, Europe is the lesse, as well as if a Promontorie were, as well as if a Manor of thy friends or of thine owne were; any mans death diminishes me, because I am involved in Mankinde;
And therefore never send to know for whom the bell tolls; It tolls for thee.

JOHN DONNE

Meditation XVII
Devotions upon Emergent Occasions,
And Several Steps in My Sickness
Worshipful Company of Stationers,
London,1624

INDICE

Introduzione……...pag. 5

CAPITOLO I
L'IMMUNITÁ DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE DI COGNIZIONE DEI PAESI STRANIERI

1.1 La tutela dell'ordine interstatale globale: la formazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità…….……...pag. 9
1.2 L'evoluzione del contenuto della norma immunitaria: brevi cenni……..pag. 17
1.3 Una legislazione *ad hoc* in materia immunitaria: Il *Foreign Sovereign Immunities Act* ed i suoi emendamenti……..pag. 26
1.4 La Convenzione europea sull'immunità degli Stati…….....pag. 45
1.5 La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni…….....pag. 53

CAPITOLO II
IL RAPPORTO TRA NORME SULL'IMMUNITÀ DEGLI STATI ESTERI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE E NORME SULLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

2.1 I termini del problema e il metodo di indagine……..pag. 83
2.2 Norme sull'immunità e diritto di accesso alla giustizia per l'individuo……...pag. 94
2.3 Norme sull'immunità e norme di *ius cogens*……...pag. 110
2.4 Una divisione sistematica: le macrocategorie……..….pag. 137

CAPITOLO III

LA MACROCATEGORIA DELLE ECCEZIONI CONSOLIDATE IN MATERIA IMMUNITARIA

3.1 La teoria dell'immunità ristretta……..pag. 142
3.2 La teoria della rinuncia implicita…….pag. 155
3.3 La teoria della *territorial tort exception*…….pag. 191

CAPITOLO IV

LA MACROCATEGORIA DELLA *HUMAN RIGHT EXCEPTION*

4.1 La *Normative Hierarchy Theory*……...…….pag. 225
4.2 La giurisdizione universale applicata agli Stati……..…....pag. 281

CAPITOLO V

LA MACROCATEGORIA DEGLI ISTITUTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE NON SPECIFICAMENTE ATTINENTI ALLA MATERIA IMMUNITARIA

5.1 La teoria della contromisura……..……..pag. 302
5.2 La teoria della protezione diplomatica…….……...….pag. 332

CAPITOLO VI

LA MACROCATEGORIA DELL'ETEROGENEITÁ STRUTTURALE TRA NORME

6.1 La costruzione teorica……....….pag. 367
6.2 La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012……..pag. 378

Conclusioni……...…..pag. 425
Indice Bigliografico degli autori……..…….pag. 448

Introduzione

La Comunità internazionale è una comunità di coordinamento, prevalentemente formata da Stati sovrani ed indipendenti, che – proprio in virtù di tali caratteristiche – partecipano in maniera paritaria alla vita di relazione internazionale.

Al fine ultimo di mantenere un equilibrio tra i membri della Comunità, così da scongiurare eventuali violazioni dell'ordine interstatale globale, si è formata anticamente una regola che non solo ha rappresentato uno dei pilastri strutturali sulla base dei quali lo stesso ordinamento internazionale è sorto e si è sviluppato, ma tuttora si pone come uno dei principi cardine di tale ordinamento: non è consentito agli Stati esercitare la giurisdizione nei confronti di un Paese estero.

La regola, che si è limitata a trasporre in diritto positivo il principio *par in parem non habet iudicium*, inizialmente non conosceva eccezioni. Qualora fosse stata, infatti, promossa un'azione nei confronti di un Paese estero davanti ai giudici di un altro Stato, questi ultimi non avrebbero potuto in nessun caso giudicare le condotte del Paese convenuto, dovendo dichiarare il proprio difetto di giurisdizione.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà del IXX secolo, si è assistito ad una progressiva "erosione" della norma immunitaria, che – per ragioni precipuamente economiche – ha condotto ad una modifica della conformazione della regola: l'immunità da assoluta è divenuta relativa.

Si è, dunque, riconosciuto che uno Stato non è più sempre e comunque chiamato a concedere l'esenzione dalla propria giurisdizione ad un Paese straniero, ma che l'obbligo di riconoscere l'immunità sussista solo qualora gli atti dello Stato estero, sui quali si fonda l'azione promossa, rappresentino estrinsecazione dei poteri sovrani di quest'ultimo. Di conseguenza, nell'ipotesi, invece, in cui uno Stato sia convenuto davanti alle autorità giurisdizionali di un Paese estero per i danni cagionati nell'esercizio di attività di tipo privatistico – attività che pone in essere al pari di un qualsiasi operatore privato – l'esenzione dalla giurisdizione straniera non potrà più essere concessa.

Se per lungo tempo non vi è stato alcun dubbio sul fatto che l'avvenuta "trasformazione" dell'immunità da assoluta a ristretta costituisse una risposta soddisfacente

alle esigenze proprie dell'ordinamento internazionale, oggi la situazione non può che considerarsi mutata.

Recentemente, infatti, sono stati evidenziati i limiti della norma immunitaria nella sua – ormai tradizionale – accezione relativa, a fronte della crescente esigenza, all'interno dell'ordinamento internazionale, di garantire il rispetto dei diritti umani fondamentali e di apprestare, nel caso di violazioni di questi ultimi, dei rimedi per le vittime.

La sempre maggiore importanza attribuita alla tutela dei diritti umani fondamentali ha, infatti, posto in luce l'esistenza di un conflitto – sia esso, come vedremo, presunto o reale – tra le norme in materia immunitaria e le norme che proteggono i diritti fondamentali del singolo da gravi violazioni, tra cui in particolare "spiccano" le norme di *ius cogens*, ovvero quelle norme che sono rivolte a tutelare i valori percepiti come fondamentali ed irrinunciabili da parte dell'intera *societas* dei consociati.

Nei casi in cui, infatti, gli individui vedano lesi i propri diritti fondamentali, essi hanno la facoltà di rivolgersi allo Stato autore delle violazioni per ottenere il risarcimento dei danni patiti. Tuttavia – come spesso attestato dalla prassi – dubbia è l'efficacia della tutela, sia giudiziale sia extragiudiziale, offerta dai Paesi ritenuti responsabili: è frequente, infatti, che gli Stati che hanno posto in essere le violazioni siano poco propensi a soddisfare le richieste presentate dagli individui, lasciando di fatto tali soggetti privi di una riparazione per quanto sofferto.

A fronte dell'eventuale mancata garanzia dei propri diritti da parte dello Stato straniero che li ha lesi, gli individui dovrebbero avere, dunque, in subordine, la possibilità di rivolgersi alle proprie corti nazionali per ottenere il risarcimento del danno, convenendo in giudizio lo Stato straniero autore delle violazioni.

Ecco, allora, profilarsi quel conflitto a cui poc'anzi accennavamo.

Nella maggior parte delle ipotesi, infatti, in cui sono poste in essere gravi violazioni dei diritti fondamentali dei singoli, gli Stati agiscono *iure imperii*. Si pensi, a titolo paradigmatico, alla commissione, nel corso di un conflitto armato, da parte degli individui-organi di uno Stato di crimini di guerra: per quanto possano concretarsi in illeciti, le attività delle forze armate rappresentano indubbiamente estrinsecazione di quei poteri sovrani facenti capo allo Stato.

Di conseguenza, qualora i giudici del Paese in cui viene promossa la domanda risarcitoria nei confronti di uno Stato estero riscontrino che gli atti a fondamento dell'azione siano *iure imperii*, applicando pedissequamente la tradizionale tesi dell'immunità ristretta, dovrebbero necessariamente dichiarare il difetto di giurisdizione.

La preclusione che, di fatto, è operata dalla teoria dell'immunità relativa alla protezione in sede giudiziaria dei diritti fondamentali dell'individuo, ha spinto dottrina e giurisprudenza ad interrogarsi circa la possibilità – sia questa *de iure condito* o *de iure condendo* – di riscontrare un'ulteriore compressione della norma immunitaria, compressione che si concreterebbe nel disconoscimento da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato dell'immunità nei confronti di un Paese estero in tutte le ipotesi in cui quest'ultimo abbia posto in essere delle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, a prescindere dal fatto che le violazioni anzidette siano state perpetrate nell'esercizio di *acta iure imperii* o *iure gestionis*.

Tale interrogativo si è posto, in particolare, a fronte della comparsa a fianco delle norme immunitarie, all'interno dell'ordinamento internazionale, delle norme di *ius cogens*, norme alle quali parte della dottrina attribuisce effetti speciali che potrebbero essere in grado di incidere anche sull'immunità degli Stati.

Il presente lavoro si pone, dunque, l'obiettivo di accertare quale sia il volto attuale della norma immunitaria, ovvero, in particolare, se essa subisca effettivamente un'eccezione qualora gli Stati abbiano posto in essere gravi violazioni dei diritti fondamentali dei singoli.

Per fare ciò occorrerà, anzitutto, stabilire se effettivamente possa o meno dirsi esistente un conflitto tra le due categorie di norme da noi richiamate, ed, eventualmente in via secondaria, individuare come il predetto conflitto vada risolto: se a favore della norma sull'immunità o delle norme sui diritti umani fondamentali.

Una precisazione.

Il potenziale conflitto tra norme può porsi tanto sul piano internazionale quanto sul piano nazionale. È agevole constatare, infatti, come l'eventuale soccombenza delle norme sui diritti umani che si realizzi ad un livello sovranazionale riproponga, in seno agli organi giudicanti dei singoli Paesi, un potenziale conflitto tra gli obblighi di necessario adeguamento al diritto internazionale, da un lato, e le esigenze di tutela dei diritti individuali, dall'altro. Un conflitto, lo si vede, tra norme e princìpi entrambi dotati di rilevanza costituzionale primaria.

Da ciò è possibile comprendere, dunque, le ragioni per cui il fuoco del presente lavoro sarà tutto orientato a individuare soluzioni di natura interpretativa e sistematica – anticipando fin da ora l'opzione prescelta dalla scrivente – idonee a comporre il richiamato conflitto a monte, già a livello internazionale, a favore dei diritti umani fondamentali, e, pertanto, della configurabilità di una nuova deroga all'immunità. In questo modo, i giudici nazionali si limiterebbero ad applicare una normativa già di per sé composta e non conflittuale a livello internazionale, l'unica – ad opinione della scrivente – effettivamente compatibile con le previsioni costituzionali proprie dei singoli Paesi poste a tutela dei diritti fondamentali dei singoli, con ciò sollevandoli da qualsiasi "tentazione" o necessità di azionamento dei controlimiti.

Dopo averne anticipato le conclusioni, si veda, schematicamente quale sarà l'evoluzione del nostro percorso.

In primo luogo, verrà esaminata la natura, anche in chiave evolutiva, della norma immunitaria, quanto ad origine ed estensione.

Parallelamente, si analizzerà il contenuto delle, potenzialmente, contrapposte norme a tutela dei diritti fondamentali del singolo, evidenziandone, quando sussistente, la natura cogente, al fine di comprendere quali effetti derivino dall'affermata imperatività delle medesime.

Volta impostato il lavoro attraverso l'evidenziazione del plausibile conflitto, si sistematizzerà il problema, individuando, per macrocategorie, le soluzioni avanzate da dottrina e giurisprudenza per comporre – vedremo in favore di chi – l'antinomia in questione.

Solo apparentemente, chiuderemo il presente lavoro con l'esposizione della teoria interpretativa autorevolmente proposta dalla Corte internazionale di giustizia. Una teoria che, seppur in chiave conservatrice e negando la stessa configurabilità di un conflitto fra norme eterogenee, si sarebbe dovuta imporre quale interpretazione definitiva, finalizzata a pronunciare, una volta per tutte, la parola fine al decennale dibattito che ha caratterizzato – e tuttora caratterizza – la materia oggetto di studio.

Smarcate le presentazioni, si proceda dritti al cuore del lavoro.

CAPITOLO I
L'IMMUNITÁ DEGLI STATI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE DI COGNIZIONE DEI PAESI STRANIERI

SOMMARIO: 1.1 La tutela dell'ordine interstatale globale: la formazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità; 1.2 L'evoluzione del contenuto della norma immunitaria: brevi cenni; 1.3 Una legislazione *ad hoc* in materia immunitaria: Il *Foreign Sovereign Immunities Act* ed i suoi emendamenti; 1.4 La Convenzione europea sull'immunità degli Stati; 1.5 La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni.

1.1 La tutela dell'ordine interstatale globale attraverso una norma di diritto internazionale consuetudinario che sancisce l'immunità

Se è vero che all'interno di ciascun ordinamento ogni norma giuridica si fonda e persegue un determinato valore comune ai consociati, l'ordinamento internazionale non costituisce un'eccezione.

Il diritto internazionale, infatti, con il suo peculiare sistema normativo, intende proteggere i principali valori sui quali la *societas* internazionale si è costituita e continua a reggersi.

Tra i primi valori, secondo taluni il principale, che il diritto internazionale si propone di tutelare vi è senza dubbio l'ordine interstatale globale[1].

Con l'espressione "ordine interstatale" si intende, in particolare, la pacifica convivenza ed interazione tra gli Stati[2].

[1] Il diritto internazionale tende, infatti, a proteggere l'ordine interstatale globale prima di tutti gli altri valori; da ciò, tuttavia, non consegue automaticamente che, in caso di conflitto tra l'ordine interstatale globale e altri valori tutelati dall'ordinamento internazionale, il primo debba sempre e comunque prevalere rispetto ai secondi. In questo senso si veda H. BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York, 2002, p. 74 e ss.

[2] Tra le possibili definizioni di "ordine interstatale globale", ad avviso della scrivente, particolarmente incisiva risulta quella formulata da Focarelli, il quale utilizza l'espressione: «minimo disordine compatibile con

Come noto, infatti, la comunità internazionale, seppur formata da numerose entità, è principalmente costituita da Stati, dotati di sovranità e indipendenza. Tali Stati, in virtù dei predetti requisiti, operano sul piano internazionale – perlomeno potenzialmente – in modo paritario.

La struttura delle dinamiche relazionali tra gli Stati è, dunque, espressione del principio di eguaglianza[3]: principio fondamentale e strettamente connesso con l'ordine interstatale, in quanto rivolto alla sua tutela.

Sulla base del principio di eguaglianza, ogni Stato riconosce le altre entità statali come sue pari, tanto è vero che, proprio per questo motivo, la comunità internazionale è tradizionalmente definita una comunità di coordinamento, ovvero una comunità all'interno della quale vi è una suddivisione della potestà di governo tra i vari Stati: non esiste, infatti, un'autorità sovraordinata che si ponga al di sopra di essi[4].

---

le circostanze di sistema», rendendo, così, suggestivamente, l'idea di una realtà caotica, quale è quella delle relazioni tra Stati. Si veda C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, Utet giuridica, Torino, 2015, p. 823.

[3] Il principio della sovrana uguaglianza tra gli Stati parte della Comunità internazionale è sancito all'interno della Carta delle Nazioni Unite. L'art. 2, § 1, della Carta ONU afferma, infatti, che: «L'organizzazione ed i suoi Membri, nel perseguire i fini enunciati nell'articolo 1, devono agire in conformità ai seguenti principi: 1. L'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana uguaglianza di tutti i suoi Membri». Si veda, inoltre, quanto asserito nella *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*, *Resolution adopted by the General Assembly* 2625 (XXV), 24 *October* 1970, Doc. A/Res/25/2625, reperibile al link: http://www.un-documents.net/a25r2625.htm. Tra i principi dichiarati all'interno di tale dichiarazione, vi è anche il principio dell'eguaglianza sovrana degli Stati. Secondo, infatti, quanto espressamente statuito dalla Dichiarazione: «All States enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social, political or other nature. In particular, sovereign equality includes the following elements: a. States are judicially equal; b. Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c. Each State has the duty to respect the personality of other States; d. The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e. Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f. Each State has the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other State». Anche la Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati del 26 dicembre 1933, entrata in vigore il 26 dicembre del 1934, afferma all'art. 4: «States are juridically equal, enjoy the same rights, and have equal capacity in their exercise. The rights of each one do not depend upon the power which it possesses to assure its exercise, but upon the simple fact of its existence as a person under international law».

[4] Ronzitti, in particolare, sostiene che: «la Comunità internazionale non è una comunità di subordinazione, bensì di coordinamento. Tutti gli Stati, grandi e piccoli, potenti e meno potenti, vi partecipano paritariamente in conformità al principio di eguaglianza. […] Non esiste un'autorità sovraordinata, e sarebbe errato individuarla oggi nell'organizzazione delle Nazioni Unite o ieri nella Società delle Nazioni. Le Nazioni Unite, come del resto a suo tempo la Società delle Nazioni, non possono essere considerate come l'embrione di un governo mondiale (c.d. verticalizzazione del diritto internazionale). Del resto, la logica del superstato è la negazione stessa del diritto internazionale, poiché se fosse realizzato un governo mondiale gli attuali Stati sarebbero ridotte a mere province di uno Stato federale». Così N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 9.

L'assenza, tuttavia, di un'autorità che "governi" i diversi enti dotati di soggettività internazionale, pone il problema, apparentemente – e spesso, peraltro, anche concretamente – insormontabile, di garantire l'effettivo rispetto da parte di tutti i consociati della Comunità internazionale del principio di eguaglianza e, di conseguenza, dell'ordine interstatale.

Per fare fronte a tale insopprimibile necessità, occorreva adottare un complesso di norme che fossero specificamente rivolte a restringere la possibilità per uno Stato di esercitare, all'interno del proprio sistema nazionale, la sua autorità sulle attività compiute da un Paese straniero. Al fine di garantire, quindi, che gli Stati beneficiassero della sovrana uguaglianza nell'ordinamento internazionale, era necessario, per paradosso, limitare l'esercizio della loro sovranità all'interno degli ordinamenti nazionali[5].

È in questo contesto che è stato affermato il principio *par in parem non habet iurisdictionem*[6], che, volto a garantire il rispetto della pari dignità tra gli enti statali, prevede che tra pari non sia possibile giudicarsi.

Sulla base di tale principio, si è formata una norma di diritto internazionale consuetudinario che risponde ad un quesito fondamentale, ovvero se uno Stato possa o meno esercitare la propria giurisdizione nei confronti di uno Stato estero.

Utilizzando le parole di Conforti:

---

[5] Sul punto si veda quanto affermato da Focarelli: «La sovranità statale conosce dei "punti di rottura" esattamente nelle norme internazionali *comuni* che la limitano […] La sovranità statale coesiste sempre con le altre ed è proprio da questa convivenza inevitabile in un unico sistema mondiale che si spiega il diritto internazionale come un diritto comune agli Stati e ai loro popoli. Da sempre la sovranità è limitata, cioè "rotta", da norme internazionali per il semplice motivo che da sempre gli Stati, anche i più forti, hanno dovuto fare i conti (e creare ed osservare norme comuni) con tutti gli altri Stati, considerati singolarmente o in gruppi o nel loro insieme». Così C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte di fonda su valutazioni «qualitative»", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 363 e ss., spec. p. 386.

[6] Esistono diverse varianti del brocardo *par in parem non habet iurisdictionem*, come *par in parem non habet imperium* o *par in parem non habet iudicium*. Tale impostazione è stata accolta da numerose pronunce della giurisprudenza. Si veda, *ex multis*: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97, sentenza del 21 novembre 2001, ove, al § 56, i giudici di Strasburgo affermavano: «sovereign immunity is a concept of international law developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State». In letteratura si veda, ad esempio: H. KELSEN, *Principles of International Law*, Rinehart & Wiston, New York-Toronto-Holt, 1966, p. 358 e ss.; Y. Q. NAQVI, *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, T.-M.C. Asser Press, The Hague, 2010, p. 225 e ss. Per un recente contributo sul principio, con particolare riguardo alla controversia tra Germania e Italia instauratasi nel 2009 davanti alla Corte internazionale di giustizia nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*, si veda: M. NUNZIATA, "*Par in parem non habet iurisdictionem*? Ragguaglio sui limiti di un enunciato, in margine al recente conflitto tra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica italiana innanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Rassegna della Giustizia Militare*, 2009, p. 199 e ss.

«Può uno Stato essere convenuto in giudizio davanti alle Corti di un altro Stato, ad es. per inadempienza contrattuale o perché ha licenziato un impiegato assunto in servizio presso la propria rappresentanza diplomatica, o a proposito di una qualsiasi altra controversia tra uno Stato ed un privato?»[7].

La risposta è, come vedremo, generalmente negativa.

L'effetto restrittivo della sovranità statuale, dipeso dall'applicazione del principio di eguaglianza, si è concretizzato, infatti, nell'affermazione della sussistenza di un'immunità per gli Stati dalla giurisdizione civile di uno Paese straniero[8], a meno che non siano gli stessi Stati

[7] B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, p. 271.

[8] Distefano evidenzia come il tema dell'immunità sia «intimamente legato alle caratteristiche dell'ordinamento giuridico internazionale», in considerazione del fatto che gli Stati si pongono tra loro in rapporti di eguaglianza ed indipendenza. Così M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", in A. LANCIOTTI, A. TANZI, *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-35 maggio 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 117 e ss., spec. pp. 117 e s. La letteratura in materia di immunità è particolarmente estesa. Senza alcuna pretesa di completezza si segnalano i contributi di: D. ANZILOTTI, "L'esenzione di Stati stranieri dalla giurisdizione", in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, p. 477 e ss.; G. M. BADR, *State Immunity: An Analytic and prognostic View*, Springer, The Hague-Boston-Lancaster, 1984; E. K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005; M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Pedone, Paris, 1996; A. DICKINSON, R. LINDSAY, J. P. LOOMAN, *State immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Pres, Oxford, 2004; H. FOX, P WEBB, *The Law of State Immunity*, cit.; G. HAFNER, M. G. KOHEN, S. BREAU (edited by), *State Practice Regarding State Immunities*, Brill, The Hague, 2006; J. F. LALIVE, "L'immunité de juridiction des États et des organizations internationales", *in Recuil des Cours de l'Académie de la Haye*, 1953, p. 298 e ss.; A. LANCIOTTI, A. TANZI, *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, cit.; R. LUZZATO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972; ID., "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", in *Comunicazioni e studi*, XXIII, 2007, p. 3 e ss.; R. LUZZATTO, I. QUEIROLO, "Sovranità territoriale, *Jurisdiction* e regole di immunità", in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 203 e ss.; G. MORELLI, "Limiti dell'ordinamento statuale e limiti della giurisdizione", in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961, p. 135 e ss.; M. MIELE, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Giuffrè, 1961; M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Jovene, Napoli, 1967; I. PINGEL-LENUZZA, *Droits des immunités et exigences du procès équitable,* Pedone, Paris, 2005; ID., *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997; R. PROVINCIALI, *L'immunità degli Stati stranieri*, Cedam, Padova, 1933; R. QUADRI, *La giurisdizione sugli stati stranieri*, Giuffrè, Milano, 1941; N. RONZITTI, G. VENTURINI, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 2008; T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La cd. 'Immunity Review'*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; I. SINCLAIR, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de l'Haye*, 1980, p. 113 e ss.; G. SPERDUTI, "L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione e il principio di buona fede", in *Foro italiano*, 1952, p. 796 e ss.; S. SUCHARITKUL, "Immunities of Foreign States before National Authorities", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, p. 87 e ss.; M. L. TUFANO, "L'immunità degli Stati: vecchi problemi e nuove prospettive", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 681 e ss.; J. VERHOEVEN, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Larcier, Bruxelles, 2004; X. YANG, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

convenuti a rinunciare alla loro immunità e sottoporsi volontariamente alla giurisdizione del Paese estero.

Ogni Stato, infatti, riconoscendo come suoi pari le altre entità statali, e garantendogli una serie di immunità, non interferisce nell'esercizio della loro sovranità, assicurandosi, in questo modo, che anche gli altri Stati, a loro volta, non si intromettano nella sfera riservata ad esso e continuino, così, a ritenerlo membro paritario della Comunità internazionale[9].

Si assiste, dunque, all'applicazione di una logica fondata su un principio di *"do ut des"*[10], volta a mantenere l'uguaglianza tra gli Stati e, conseguentemente, l'ordine interstatale, limitando la sovranità di ciascuno Stato nei rapporti con gli Stati stranieri.

Come anticipato, ad oggi, il riconoscimento da parte di uno Stato, in favore di un Paese straniero, dell'esenzione dalla giurisdizione civile dei propri tribunali si caratterizza per essere considerata un vero e proprio obbligo giuridico internazionalmente previsto.

Tuttavia, appare opportuno sottolineare come, in passato, tale conclusione non potesse certo dirsi incontrastata.

---

[9] Come affermato da Cannizzaro: «Le regole sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione si fondano sul presupposto che le controversie che riguardano uno Stato debbono essere risolte sul piano del diritto internazionale e non nell'ambito dell'ordinamento interno di un diverso Stato. Esse, quindi, sono tese a prevenire interferenze derivanti dalla doppia personalità, interna ed internazionale, degli Stati. […] L'immunità risponde soprattutto all'esigenza di assicurare la libertà di azione degli organi supremi dello Stato e di mantenere aperti i canali diplomatici». Così E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 335 e s.

[10] Ciò risulta particolarmente evidente – per quanto criticato in dottrina e superato dalle più recenti pronunce della Corte internazionale di giustizia – dalle legislazioni di taluni Paesi di impronta socialista, esplicitamente ispirate al principio di reciprocità. Si veda, ad esempio, l'art. 61 dei *Fundamentals of Civil Procedure of the USSR* secondo cui: «When a foreign State does not accord to the Soviet State its representatives or its property the same judicial immunities which, in accordance with the present Article, is accorded to foreign States, their representatives and their property in the USSR […], the USSR […] may impose retaliatory measures in regard of that State its representatives and that property in the USSR». Previsioni analoghe si riscontrano anche nell'art. 3 della *Chinese Law of Judicial Immunity* del 2005. Tale articolo afferma: «Where a foreign country grants no immunity to the property of the central bank of the People's Republic of China or to the property of the financial administration institutions of the special administrative regions of the People's Republic of China, or the immunity granted covers less items than what are provided for in this Law, the People's Republic of China shall apply the principle of reciprocity». Su questo punto si veda L. ZHU, "State Immunity from Measures of Constraint for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective", in *Chinese Journal of International Law*, 2007, p. 67 e ss., spec. p. 80. In particolare l'Autore sostiene che l'attaccamento della legislazione cinese al rispetto del principio di reciprocità, in luogo di quello di eguaglianza, è facilmente comprensibile laddove si tenga presente che: «l'uguaglianza degli Stati sovrani non è circostanza scontata. La Cina ha impiegato più di un secolo di sforzi per abolire in via definitiva i trattati "ineguali" imposti dalle Potenze occidentali». Per un'analisi critica delle legislazioni dei due Paesi poc'anzi menzionati, v. H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 14 e s., secondo le quali la garanzia di immunità fondata sul principio di reciprocità non si concilia con la natura assoluta dell'obbligo di concedere l'immunità gravante sullo Stato del foro.

La dottrina – anche sulla scorta delle pronunce rese dalla giurisprudenza nel corso degli anni – si è, infatti, a lungo interrogata circa la natura, giuridicamente vincolante o meno, dell'immunità, così come sulla possibilità stessa di catalogarla quale vera e propria regola[11].

[11] Tale dibattito è esaurientemente ricostruito da J. FINKE, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", in *European Journal of International Law*, 2010, p. 853 e ss.

Non è mancato chi abbia giustificato la scelta di concedere l'immunità agli Stati esteri meramente a titolo di *cortesia* fra pari[12], così come chi abbia rifiutato, nel ricostruire il fondamento dell'immunità, l'alternativa secca fra *regola di diritto internazionale* e mera *cortesia*[13].

[12] La qualificazione dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri non come un vero e proprio obbligo giuridico, ma come mera cortesia internazionale che gli Stati si riconoscono vicendevolmente è stata operata soprattutto in passato. Proprio su questa linea si è mossa la Corte Suprema degli Stati Uniti nello storico caso *The Schooner Exchange c. McFaddon*, 11 US 116 (1812). Tale tesi è stata, poi, confermata, pochi anni fa, proprio da quest'ultima Corte nella pronuncia *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 US 468, 479 (2003), e in *Republic of Austria v. Altmann*, US Supreme Court Ct 327 F 3d 1246 (2004). La Corte Suprema, nell'ultimo caso citato, aderiva alle considerazioni del Chief Justice Marshall nella sentenza del 1812 *Schooner Exchange* v. *McFaddon*, secondo cui: «[…] jurisdiction of the United States over persons and property within its territory "is susceptible of no limitation not imposed by itself" and thus foreign sovereigns have no right to immunity in our courts», tuttavia, proseguiva l'opinione citata: «[…] as a matter of comity, members of the international community had implicitly agreed to waive the exercise of jurisdiction over other sovereigns in certain classes of cases, such as those involving foreign ministers or the person of the sovereign». La Corte Suprema, dunque, così ricostruiva il fondamento dell'immunità statale: «[…] foreign sovereign immunity is a matter of grace and comity rather than a constitutional requirement […]». Cfr. sul punto C. H. BROWER II, "*Republic of Austria v. Altmann*", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 236 e ss.; M. J. CHORAZAK "Clarity and Confusion: Did *Republique of Austria v. Altmann* Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?", in *Duke Law Journal*, 2005, p. 273 e ss.; C. M. VAZQUEZ, "*Altmann v. Austria* and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act", in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 207 e ss. Riepiloga, inoltre, e commenta le pronunce predete, sotto il particolare angolo visuale della *comity*: J. FINKE, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", cit., p. 869 e s. Le sentenze citate, per quanto autorevolmente pronunciate, non costituiscono, tuttavia, espressione dell'approccio giurisprudenziale in Paesi differenti dagli Stati Uniti: cfr. H. FOX, "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 399 e ss., spec. p. 403 e ss.

In dottrina la tesi della *comity* è stata sostenuta da diversi Autori: Si veda sul punto, *ex multis*: L. M. CAPLAN, "State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", in *American Journal of International Law*, 2003, p. 741 e ss., il quale, a p. 755, afferma: «immunity is nothing more than a privilege granted by the forum State to foreign States», definendo l'immunità come «the forum State's waiver of adjucatory jurisdiction over a foreign State with the aim of promoting beneficial interstate relations». Si veda inoltre: H. LAUTERPACHT, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", in *British Yearbook of International Law*, 1951, p. 220 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and International Public Order Revisited", in *German Yearbook of International Law*, 2006, p. 342; S. EL SAWAH, "Les Immunités des Ètats et des Organizations Internationales", in *Immunités et procès équitable*, Bruxelles, 2012, p. 101 e ss.

Una critica all'impostazione che ricostruisce l'immunità in termini di mera cortesia fra Stati si ritrova, fra gli altri, in S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 36 e ss., spec. p. 47: «evidentemente, se l'opinione qui criticata fosse corretta non si porrebbe il problema di valutare la liceità, secondo il diritto internazionale, dell'esercizio della giurisdizione nei confronti di Stati stranieri – se non nei rari casi in cui l'esercizio del potere di *ius dicere* sia internazionalmente illecito perché fondato su un titolo di giurisdizione esorbitante». Sul concetto di "giurisdizione esorbitante" v. K. H. NADELMANN, "Jurisdictionally Improper Fora", in *Legal Essays in Honor of Hessel Yntema*, Leiden, 1961, p. 321 e ss.; F.A. MANN, "Conflict of Laws and Public Law", *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, 1971, p. 166 e ss.

[13] J. FINKE, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", cit., p. 857: «I therefore argue that sovereign immunity is best understood not as a specific rule or something based on the comity of the forum state, but as a legally binding principle of international law».

In particolare, Finke si è schierato a favore di una ricostruzione dell'immunità quale *principio vincolante di diritto internazionale*[14]. Tale conclusione, nell'opinione dell'autore, oltre ad essere più aderente all'analisi della prassi in materia, avrebbe il pregio di consentire agli Stati una maggiore flessibilità nella determinazione degli scopi perseguiti attraverso il riconoscimento dell'immunità, così consentendo loro un modellamento delle regole degli ordinamenti giuridici interni (esercitando la giurisdizione in casi d'*eccezione*), pur all'interno dei limiti imposti dalla cornice internazionale[15].

Sostenere, tuttavia, ad oggi, che l'immunità non sia una vera e propria regola, cioè una norma di diritto internazionale consuetudinario vincolante, risulta difficile, a fronte di quanto statuito espressamente dalla Corte internazionale di giustizia in una recente sentenza relativa al caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*[16]:

> «Although there has been much debate regarding the origins of State immunity and the identification of the principles underlying that immunity in the past, the International Law Commission concluded in 1980 that the rule of State immunity

[14] L'Autore (*ibidem*, p. 871 e ss.) ricostruisce il concetto di *principio di diritto internazionale* in contrapposizione al concetto di *regola di diritto internazionale*. Per spiegare la propria teoria, egli cita R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Harvard, 1977, pp. 22 e ss. e 71 e ss., secondo cui: « [P]rinciples […] conflict and interact with one another, so that each principle that is relevant to a particular legal problem provides a reason arguing in favor of, but does not stipulate, a particular solution. The man who must decide the problem is therefore required to assess all the competing and conflicting principles that bear upon it, and to make a resolution of these principles rather than identifying one among others as 'valid'». In definitiva, «a principle of a givel legal system is something which "officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another"». Ancora, citando R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 75, Finke conclude: «Principles can therefore be fulfilled gradually depending on what is legally and factually possible».

Nell'opinione di Finke (p. 873 e s.), sul piano internazionale, andando oltre la ricostruzione delle fonti operata dall'art. 38 (1) (c) dello Statuto della Corte di giustizia internazionale, ben potrebbero esistere princìpi che non traggano il proprio fondamento da trattati o da consuetudini. Fra questi, dovrebbe annoverarsi quello dell'immunità statale. Tale conclusione discenderebbe da un ragionamento induttivo. Sebbene tutti gli Stati (con pochissime eccezioni) accettino l'immunità come "qualcosa" di giuridicamente vincolante, l'estensione e la pratica dell'immunità stessa differisce sostanzialmente fra Stato e Stato, sì da non potersi considerare una vera e propria regola, immediatamente applicabile. Indizi in questo senso, emergerebbero anche avendo riferimento all'applicazione della *territorial tort exception* (su cui v. *infra*) con riferimento agli atti *iure imperii*: aderendo alla tesi di chi non considera tale eccezione (statutariamente prevista, seppur in maniera differenziata, da molti Paesi) ancora assurta al rango di norma consuetudinaria, dovrebbe concludersi, in maniera inaccettabile, che gli Stati che applicano la *territorial tort exception* lo farebbero in violazione di una regola di diritto internazionale.

[15] *Ibidem*, p. 857: «[…] a principle in contrast to a specific rule, allows states to determine the scope of sovereign immunity within their domestic legal orders confined by the limits set by international law».

[16] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionali dello Stato* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), sentenza del 3 febbraio 2012.

had been "adopted as a general rule of customary international law solidly rooted in the current practice of States" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II (2), p. 147, para. 26). That conclusion was based upon an extensive survey of State practice and, in the opinion of the Court, is confirmed by the record of national legislation, judicial decisions, assertions of a right to immunity and the comments of States on what became the United Nations Convention. That practice shows that, whether in claiming immunity for themselves or according it to others, States generally proceed on the basis that there is a right to immunity under international law, together with a corresponding obligation on the part of other States to respect and give effect to that immunity»[17].

Anche se, pertanto, a seguito dell'autorevole *dictum* dei giudici dell'Aja, la questione circa la natura dell'esenzione dalla giurisdizione su base immunitaria potrebbe dirsi risolta, anticipo fin da ora che rimane, al contrario, discutibile – e, infatti, ampiamente discussa – la diversa problematica concernente il contenuto intrinseco di tale regola.

1.2 L'evoluzione del contenuto della norma immunitaria: brevi cenni

Se, sulla base di quanto detto finora, risulta ad oggi pacifico sostenere l'esistenza all'interno dell'ordinamento internazionale di una norma che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri, più difficile è affermare quale sia l'esatto contenuto di tale norma, non essendo possibile rinvenire un'uniformità di vedute, né su quali siano le eccezioni alla regola immunitaria, né su quale sia – eventualmente – la portata di tali eccezioni.

È nostra intenzione dare conto, all'interno del presente paragrafo, di quale sia stata nel corso degli anni l'evoluzione della norma immunitaria, e, dunque, di come la sua fisionomia appaia ad oggi – nei limiti delle incertezze segnalate – nettamente diversa rispetto a quella originaria.

[17] *Ibidem*, § 56.

I cambiamenti subiti dalla norma immunitaria sono stati, prevalentemente, determinati dal progressivo mutamento della concezione dei principi di sovrana eguaglianza ed indipendenza. Le modificazioni di tali principi non potevano, infatti, non riflettersi sulla regola dell'immunità, in forza dell'indissolubile legame esistente tra uguaglianza sovrana degli Stati nell'ordinamento internazionale e sovranità di questi ultimi all'interno dei propri ordinamenti nazionali.

Prima, però, di procedere all'analisi poc'anzi menzionata, occorre fare chiarezza su taluni punti.

Anzitutto, è bene evidenziare fin da ora il carattere della norma immunitaria, carattere che – come vedremo – risulterà fondamentale nel prosieguo della trattazione.

La norma immunitaria è, infatti, come immediatamente percepibile, una norma a carattere processuale[18], in quanto volta a regolamentare le questioni attinenti all'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato; questioni che si pongono preliminarmente alla celebrazione del giudizio *stricto sensu*, o, meglio, al vaglio di fondatezza della domanda risarcitoria.

Si deve, inoltre, sottolineare come tale norma si riferisca esclusivamente alla giurisdizione civile. Al tempo, infatti, in cui la disposizione si è formata non era nemmeno concepibile esercitare la giurisdizione penale nei confronti delle persone giuridiche[19].

È necessario, poi, soffermarsi su che cosa si intenda per "Stato", qualora si faccia riferimento all'immunità di quest'ultimo dalla giurisdizione di un Paese straniero.

---

[18] Si veda per tutti: P. M. DUPUY, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000, p. 115.

[19] Negli ultimi anni, a seguito della previsione all'interno di vari ordinamenti statuali di normative che prevedono espressamente una responsabilità di natura penale per gli enti (si pensi ad esempio al Decreto legislativo 8 giugno del 2001, G.U. 19 giugno 2001 n. 140, Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300), sarebbe interessante analizzare se fosse possibile ritenere lo Stato penalmente responsabile per determinati atti, ed eventualmente esente dalla giurisdizione penale di uno Stato estero. Si tratta, tuttavia, di una questione meramente teorica che, al momento, non trova alcun fondamento. Alcuni esperimenti teorici circa la possibilità di enucleare una responsabilità a carattere penale per lo Stato sono stati compiuti da parte della dottrina. Si veda *ex multis*: R. AGO, "Troisième rapport sur la responsabilité des Etats", in *Annuire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, p. 249 e ss.; M. C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 480 e ss.; G. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1978; H. KELSEN, "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", in *California Law Review*, 1943, p. 530 e ss.; N. LACEY, "In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory", in *Modern Law Review*, 2001, p. 350 e ss.; P. NUVOLONE, *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Edizioni della Bussola, Roma, 1945.

È chiaro che l'immunità si riferisce allo Stato «as a person in law»[20].

L'art. 1 della Convenzione di Montevideo sui diritti e i doveri degli Stati definisce così lo Stato:

> «The state as a person of international law should possess the following qualifications: a) a permanent population; b) a defined territory; c) government; and d) capacity to enter into relations with the other states»[21].

Tale definizione si limita, tuttavia, a definire lo Stato come soggetto di diritto internazionale, individuando gli elementi che lo rendono tale.

Rimane problematico comprendere se, e quali, enti nazionali possano essere qualificati come "Stato" ai fini del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione di un Paese estero.

La dottrina tende a considerare come "Stato", *in primis*, gli enti qualificabili come organi statali secondo il diritto interno dello Stato stesso e, *in secundis*, tutti gli enti pubblici, territoriali o meno, che siano abilitati a svolgere funzioni di governo nonostante siano dotati di una personalità giuridica autonoma rispetto allo Stato[22].

Ciò premesso, è possibile procedere ad indagare quale sia stata in passato, e quale sia ora, l'estensione della norma che prevede l'esenzione dalla giurisdizione.

L'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri nasce come immunità assoluta[23].

---

[20] Cfr. H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 25.

[21] Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati, adottata il 26 dicembre del 1933.

[22] Si veda per tutti A. GIOIA, *Diritto internazionale*, 2015, Giuffrè, Milano, p. 262, il quale precisa che «[…] il diritto internazionale attribuisce rilevanza all'organizzazione di governo effettiva dello Stato, indipendentemente dal fatto che certi enti godano di una personalità giuridica distinta da quella dello Stato nel suo diritto interno».

[23] La questione inerente all'origine dell'immunità per gli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri ha, ad oggi, esclusivamente valore storico. Ci limitiamo, in questa sede, a ricordare che, tradizionalmente, nell'ambito di quei Paesi appartenenti al sistema di *common law* l'immunità dello Stato si ritiene discenda, per analogia, dall'immunità di cui ha sempre beneficiato il sovrano di una Nazione. Nei Paesi, invece, facenti parte del sistema di *civil law* l'esenzione dalla giurisdizione per uno Stato viene ricondotta ad un'estensione delle norme che sono state formulate per le immunità diplomatiche. Ad ogni modo, nel corso del tempo, in entrambi i sistemi la norma immunitaria è stata fondata, poi, sui concetti – a noi noti – di sovrana eguaglianza ed indipendenza tra i membri della Comunità internazionale. Per un raffronto circa la diversità delle tradizioni giuridiche in materia immunitaria cfr. *Preliminary Report on the topic of jurisdictional immunities of States and their Property*, *Rapporteur* Mr. Sompong Sucharitkul, 18 *June* 1979, Doc. A/CN.4/323, reperibile al link: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_323.pdf.

Il carattere di assolutezza dell'esenzione dalla giurisdizione comportava che uno Stato non potesse *in nessun caso* essere soggetto alla giurisdizione civile di un Paese estero[24], salvo qualora non fosse lo Stato stesso a rinunciare all'immunità e sottoporsi volontariamente alla giurisdizione straniera[25].

La *ratio* sottesa a tale orientamento non era altro che la massima concretizzazione della volontà di mantenere l'eguaglianza sovrana tra gli Stati nell'ordinamento internazionale, affinché l'ordine globale non fosse violato: si riteneva, infatti, che se uno Stato, attraverso le proprie autorità giurisdizionali, avesse esercitato la giurisdizione nei confronti di un Paese straniero, si sarebbe posto rispetto a quest'ultimo come entità superiore, facendo venire meno la condizione di parità che, all'interno della Comunità internazionale, deve, da sempre, essere garantita; viceversa, limitando del tutto la sovranità di uno Stato a livello interno rispetto alla possibilità di esercitare la propria giurisdizione nei confronti di un Paese straniero, sarebbe stata assicurata l'eguaglianza tra le Nazioni a livello internazionale.

Tale concezione, tuttavia, ha iniziato a «vacillare» a partire dalla seconda metà del XIX secolo, facendo sì che l'istituto dell'esenzione per uno Stato dalla giurisdizione estera, venisse, rispetto a come originariamente formulato, raffinato dalla pratica[26] e dalla dottrina: l'immunità, dall'essere assoluta è passata, così, all'essere relativa.

L'affermazione della c.d. immunità relativa (o ristretta) si deve, in particolare, alla giurisprudenza italiana[27] e belga[28], le quali iniziarono ad affermare che, a fronte di azioni

---

[24] Per completezza si ricordi che l'immunità, anche se assoluta, è sempre stata soggetta ad alcune limitazioni, ovvero quelle derivanti dalle azioni successorie e reali su immobili siti sul territorio dello Stato del foro. Sul punto si veda, *ex multis*: R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 158 e s. I predetti limiti si ritengono pacificamente a tutt'oggi esistenti. Inoltre, dubbi rispetto alla possibilità che l'immunità di uno Stato prevista dal diritto internazionale abbia mai potuto dirsi assoluta sono stati espressi da: D. ANZILOTTI, "L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione", in *Rivista di diritto internazionale*, 1910, p. 477 e ss.; M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Iovene, Napoli, 1967, p. 48 e ss.

[25] In questo senso si è espressa la nota sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti, *The Exchange v. Mc Faddon*, cit.

[26] In generale sul contributo dato dalle corti nazionali all'evoluzione del diritto internazionale immunitario, si veda: R. VAN ALEBEEK, "Domestic Courts as Agents of Development of International Immunities Rules", in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 559 e ss.

[27] Cfr. *ex multis*: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 12 giugno 1925, n. 1749; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 3 marzo 1926, n. 728; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 18 gennaio 1933, n 206. Per un commento alla giurisprudenza italiana che si è espressa a favore dell'immunità ristretta si veda G. MONTELLA, "La giurisdizione sugli Stati stranieri nella giurisprudenza italiana (1946-1970)", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1971, p. 301 e ss.

[28] Si veda, *ex multis*: Corte di Cassazione, 11 giugno 1903; Corte di Appello di Bruxelles, 24 giugno 1920; Corte di Appello di Bruxelles, 24 maggio 1933.

promosse dai cittadini di uno Stato di fronte alle proprie autorità giurisdizionali per gli atti commessi da un Paese estero, dovesse essere negata l'esenzione dalla giurisdizione allo Stato straniero qualora questo avesse agito *iure privatorum*, e, al contrario, che dovesse continuare ad essere riconosciuta l'immunità a tale Stato nelle ipotesi in cui avesse agito *iure imperii*.

L'immunità ristretta distingue, infatti, tra due categorie di atti: i c.d. *acta iure imperii* e gli *acta iure gestionis* o *privatorum*[29].

Gli *acta iure imperii* sono identificabili come gli atti che costituiscono la concretizzazione delle prerogative sovrane statuali, in quanto compiuti dallo Stato nell'esercizio della sua potestà di imperio[30]. Questi atti non risultano, pertanto, assoggettabili al sindacato delle autorità giurisdizionali di Paesi esteri, in quanto, diversamente, tali autorità si pronuncerebbero circa atti costituenti espressione delle funzioni sovrane di uno Stato straniero[31]. Un esempio di attività *iure imperii* è – come, peraltro, costantemente affermato dalla giurisprudenza[32] – l'attività di addestramento alla guerra da parte di uno Stato delle proprie forze armate.

Gli *acta iure gestionis* sono, invece, gli atti che lo Stato pone in essere al pari di un privato, non rappresentando estrinsecazione dei suoi poteri sovrani. Ad esempio, uno Stato che

---

[29] Sulla distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* ampia è la letteratura. Per alcuni contributi si rinvia a: S. SUCHARITKUL, "Immunities of Foreign States before National Authorities", in *Recuil des cours de l'Académie de droit international*, 1976, p. 87 e ss.; I. PINGEL-LENUZZA, *Les immunités des Etats en droit international*, cit.; M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, cit.

[30] Si veda quanto affermato dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 5 dicembre 1966, n. 2830: «L'immunità giurisdizionale si concepisce e si giustifica […] come un effetto della sovranità, come una tutela della medesima, onde sono esenti dalla giurisdizione dei singoli Stati quei soggetti di diritto internazionale, cui si riconosce l'attributo della sovranità e solo in ordine ai rapporti nei quali si sia estrinsecata la sovranità medesima». Si segnala, inoltre, come vi è sempre stata uniformità in giurisprudenza circa quale debba essere la definizione di *acta iure imperii*. Cfr., ad esempio: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 17 gennaio 1986, n. 238 secondo cui *iure imperii* è quella attività «riferibile allo Stato quale portatore della propria sovranità»; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 30 maggio 1990, n. 5092 per cui l'attività *iure imperii* è da «considerarsi una attività strettamente e necessariamente connessa all'ordinamento dello Stato straniero».

[31] Secondo quanto affermato da Quadri, l'immunità troverebbe applicazione per gli atti costituenti esercizio del potere statale, inteso «sia come potere di comando, sia come forza materiale (coercizione, violenza materiale), sia nella sua direzione all'interno (sudditi), sia nella sua direzione internazionale (difesa esterna)». Così R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, cit., p. 96.

[32] Si veda ad esempio, Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 530 del 2000, sulla quale si dirà ampiamente nel capitolo III, § 3.1. In tale sentenza, al § 6, i giudici affermavano che: «[…] l'attività d'addestramento alla guerra delle proprie forze armate in funzione difensiva realizza un fine pubblico essenziale ed indefettibile dello Stato: la difesa della propria sovranità e della propria integrità territoriale anche con la forza. Dunque, un'attività indefettibilmente ed ontologicamente *jure imperii*».

acquisti un immobile a mero titolo di investimento, comportandosi sul mercato al pari di qualsiasi altro operatore economico privato, svolge un'attività *iure privatorum*.

Le ragioni che comportarono il passaggio dall'immunità assoluta all'immunità ristretta furono diverse.

Anzitutto, sorse il timore che gli Stati potessero servirsi strumentalmente del privilegio dell'immunità, decidendo di porre in essere scientemente determinate condotte (a danno di cittadini di altri Paesi) a fronte della consapevolezza che, comunque, sarebbero andati esenti dalla giurisdizione degli Stati esteri. Pertanto, la restrizione dell'esenzione dalla giurisdizione straniera fu vista come un'opportunità per scongiurare il pericolo che l'immunità, da ostacolo alla lesione delle prerogative sovrane degli Stati, divenisse «veicolo di abusi»[33].

In secondo luogo, sempre più di frequente si assisteva ad un intervento statale in ambito economico. Tale intervento, seppur graduale, era divenuto, soprattutto da parte degli Stati socialisti ad economia pianificata, assimilabile, sotto ogni aspetto, a quello di un privato[34]. Di conseguenza, si iniziò a mettere in dubbio che, nel caso di controversie inerenti a rapporti aventi ad oggetto attività commerciali degli Stati stranieri, questi ultimi potessero godere dell'esenzione dalla giurisdizione, considerato che l'immunità assoluta nasceva originariamente al fine di tutelare l'esercizio del potere statale di imperio, e non anche le attività poste in essere da uno Stato al pari di un privato.

Infine, in taluni Stati, si era iniziata ad ammettere la possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione, seppur tale esercizio si riteneva dovesse limitarsi a determinate categorie di atti, ovvero agli *acta iure gestionis*.

Se, in principio, la dottrina dell'immunità ristretta venne sposata esclusivamente dalla giurisprudenza di determinati Paesi, gli Stati, progressivamente, decisero di conformarvisi, tanto che, ad oggi, tale dottrina si ritiene universalmente accettata[35], così come dimostrato

---

[33] P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2000, p. 187 e ss., spec. p. 188.

[34] In particolare si ricordi come dopo la I guerra mondiale, rappresentanze commerciali sovietiche, che avevano il monopolio del commercio estero dell'URSS, iniziarono ad operare con sempre maggior frequenza all'estero.

[35] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 227, afferma che la tesi dell'immunità ristretta può considerarsi comunemente ammessa «tanto da corrispondere allo stato del diritto internazionale consuetudinario». In tal senso si veda si è espressa anche la Commissione di diritto internazionale: *Report of the International Law Commission on the work of its forty-third session*, 29 *April*-19 *July* 1991, Doc. A/46/10, reperibile al link: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_46_10.pdf.

tanto dalle Convenzioni internazionali in materia immunitaria, quanto dalle legislazioni nazionali di quei Paesi che si siano dotati di una normativa interna *ad hoc*.

Tuttavia, anche la teoria dell'immunità relativa reca con sé plurime problematiche.

Se, infatti, sulla carta la distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* può apparire chiara, in sede giurisprudenziale si è immediatamente messo in luce come, in realtà, essa nasconda delle difficoltà interpretative non di poco conto[36].

Soprattutto, in passato, si poneva il problema di comprendere in base a quale legge gli atti dello Stato estero, oggetto dell'azione promossa davanti ai giudici di un altro Stato, dovessero essere qualificati, come *iure imperii* o *iure gestionis*: se in forza del diritto dello Stato del foro, oppure del diritto dello Stato convenuto. Ad oggi tale questione può dirsi sostanzialmente superata, in quanto la tendenza maggioritaria è quella di ritenere, conformemente alle norme di diritto internazionale privato, che debba essere applicata la *lex fori*[37].

Altra questione particolarmente dibattuta, e che tuttora continua ad essere discussa, concerne il criterio da adottare affinché le autorità giurisdizionali di uno Stato possano stabilire se si trovino di fronte ad attività di un Paese straniero *iure imperii* o *iure gestionis*[38].

---

[36] Sul punto Conforti sostiene: «La distinzione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis*, rispecchiando le incertezze che si ricollegano alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, non è sempre facile da applicare ai singoli casi concreti. Anche qui il diritto il diritto consuetudinario lascia un ampio margine all'interprete, nella specie al giudice interno; e può forse sostenersi che, in caso di dubbio, debba concludersi a favore dell'immunità anziché a favore della sottoposizione dello Stato straniero alla giurisdizione, la seconda costituendo una sorta di eccezione alla prima. Ciò trova conferma del resto nella giurisprudenza interna che è piuttosto incline ad ampliare anziché a restringere la sfera degli atti *jure imperii* e quindi dell'immunità». Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 273.

[37] In questo senso si veda, *ex multis*, M. COSNARD, *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, cit., p. 342 e ss. De Luca, invece, afferma che: «[…] il riconoscimento dell'immunità giurisdizionale non dipende dalla qualificazione dell'attività dello Stato estero come di diritto pubblico in base alla legge dello Stato straniero convenuto o a quella dello Stato del foro». L'Autrice richiama la Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenca del 14 novembre 1972, n. 3368, per affermare l'esistenza di un «"minimo *standard* internazionale [...] a cui si riconduce la regola dell'immunità ristretta […] si è adottata ed utilizzata, cioè, la concezione classica della sovranità, intesa nel suo significato intrinseco e naturale, come potere di comando e forza materiale a conservare tale sua capacità esplicativa ai fini della regola in esame"». Così A. DE LUCA, "Immunità dalla giurisdizione civile degli Stati", IN G. VENTURINI, N. RONZITTI, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 2008, p. 15 e ss., spec. pp. 16 e 17.

[38] Una lucida sintesi dei vari criteri proposti nel corso degli anni dalla giurisprudenza italiana per individuare la distinzione *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* è stata fatta da G. SERRANÒ, "Immunità degli Stati stranieri e crimini internazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 605 e ss., spec. 614 e 615. L'Autore, in particolare, elenca: «da causa giuridica del rapporto dedotto in giudizio, la presenza di norme di diritto privato o comunque di diritto italiano (specialmente in materia di rapporti di lavoro), l'atteggiamento delle parti al momento della costituzione del rapporto, lo scopo perseguito e l'analogia con quanto sarebbe accaduto per lo Stato italiano di fronte ai tribunali esteri».

Due sono i criteri che, tradizionalmente, vengono utilizzati da dottrina e giurisprudenza: la natura dell'atto e la sua funzione.

È chiaro che, a seconda del criterio adottato, la distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* conduce ad esiti differenti.

Se le attività di addestramento delle forze armate straniere sul territorio di uno Stato estero, per tornare all'ipotesi paradigmatica già citata, certamente rientrano tra le attività *iure imperii*, sia adottando l'ottica della natura dell'atto, sia quella dello scopo, la questione non appare pacifica in altre ipotesi. Si pensi, ad esempio, al caso che abbiamo prima menzionato dell'acquisto di un immobile da parte di uno Stato. È di certo vero che, avendo riguardo al criterio della natura dell'atto, i giudici dello Stato del foro dovranno concludere che si tratti di un atto *iure privatorum* (contratto di compravendita); viceversa, avendo riguardo al criterio dello scopo dell'atto, i giudici potranno qualificare quest'ultimo, alternativamente, come *iure privatorum* se l'immobile è stato comprato come mero investimento, o come *iure imperii*, qualora, invece, l'immobile sia stato acquistato per essere adibito a sede di una rappresentanza diplomatica[39].

[39] Altre volte, invece, può risultare problematico accertare quale condotta sia direttamente dannosa per il ricorrente fra le varie, magari sia espressione di potere privato che pubblico, poste in essere dallo Stato. Emblematiche, da questo punto di vista, risultano le controversie instaurate nei confronti di un Paese straniero a seguito dell'insolvenza di quest'ultimo dovuta a provvedimenti di moratoria successivi all'emissione di titoli obbligazionari. La Cassazione italiana ad esempio, nel noto caso Tango-Bonds (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 27 maggio 2005, n. 11225) riconosceva l'immunità dello Stato argentino, sostenendo che gli atti di emissione e collocamento sul mercato internazionale delle obbligazioni dovessero senza dubbio essere considerati quale atti aventi natura *iure privatorum*, tuttavia, nel caso di specie, ciò che rilevava erano i successivi provvedimenti di moratoria, qualificabili come *iure imperii* in ragione della incontroversa finalità pubblicistica da essi perseguita.

Cfr. sul punto M. BORDONI, "Default nel debito pubblico ed immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1030 e ss.; ID., "Bonds argentini, immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile e stato di necessità: orientamenti giurisprudenziali a confronto", in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 139 e ss.; S. BASTIANON, B. NASCIMBENE, "Si complica la strada per i risparmiatori che tentano di recuperare il capitale", in *Guida al diritto-Il Sole 24 Ore*, 2005, n. 24, p. 61 e ss; B. BONAFÈ, "State Immunity and the Protection of Private Investors: the Argentine Bonds Case before Italian Courts", in *Italian Yearbook of International Law*, 2006, p. 165 e ss.; A. CIAMPI, "Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri (in margine a Cassazione civile, sez. un., 27 maggio 2005, n. 11225, B. c. Repubblica Argentina)", in *Int'l Lis*, 2005, p. 148 e ss.; A. VITERBO, "Sull'immunità dalla giurisdizione della Repubblica Argentina nel caso dei cd. Tangobond – Nota a Cass. Sezioni Unite n. 11225/2005", in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 1125 e ss.

Si segnala, tuttavia, come tale impostazione sia tutt'altro che univoca: in numerosi casi analoghi rispetto a quello oggetto del giudizio della Cassazione, infatti, le autorità giurisdizionali dello Stato del foro hanno negato l'esenzione dalla giurisdizione allo Stato estero, ritenendo di dover stabilire la possibilità di esercitare o meno la giurisdizione avendo riguardo all'attività di emissione di titoli obbligazionari – senza dubbio *iure privatorum* – e non all'eventuale successivo provvedimento di moratoria adottato per ragioni di emergenza nazionale: v. Corte Suprema degli Stati Uniti, *Republic of Argentina v. Weltover Inc.*, 505 US 697 (1992); District Court for Southern District of New York, *Morris, Jr. v. The People's Republic of China*, 478 F. Supp 2d 571 (2007).

La distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, seppur datata e – come evidenziato – problematica[40], è sempre stata utilizzata e tuttora continua ad essere utilizzata da parte dei Paesi – prevalentemente di *civil law* – che non hanno adottato una legislazione in materia immunitaria, e che debbono, pertanto, al fine di colmare il vuoto normativo, ricorrere necessariamente, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, al diritto internazionale consuetudinario per la ricostruzione del diritto applicabile: si pensi a titolo esemplificativo all'Italia[41].

Diversa è, invece, la situazione di quei Paesi – per di più facenti parte del sistema di *common law* – che hanno adottato una legislazione *ad hoc* in materia di immunità, come ad esempio gli Stati Uniti[42]. Tali legislazioni, infatti, invece di riformulare la tradizionale distinzione *iure imperii-iure gestionis*, prevedono come regola generale l'immunità, per poi individuare espressamente i casi in cui è consentito allo Stato esercitare la giurisdizione nei confronti di un Paese estero, sulla base del c.d. metodo della lista. Tuttavia, anche tale metodo non è stato in grado di sbarrare la strada a problemi interpretativi, che, se particolarmente sentiti all'interno di quei Paesi privi di una legge in materia di immunità, sono non di meno percepiti anche in quegli Stati dotati di una legislazione immunitaria, in cui, di fatto, il problema della distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* – come avremo modo di

---

Per una rassegna circa la giurisprudenza statunitense sul punto si veda: J. R. SILKENAT, C. D. SCHMERLER, (edited by), *The Law of International Insolvencies and Debt Restructuring*, Oceana TM Publication, New York, 2006.

[40] Ronzitti evidenzia come tale distinzione non abbia mai potuto dirsi conclusiva in quanto soggetta all'interpretazione non uniforme dei tribunali nazionali. Così N. RONZITTI, "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", in *Guida al diritto-il Sole 24 Ore*, n. 48, 1 dicembre 2012, p. 9 e ss., p. 9. Ancora Russo afferma che la dottrina dell'immunità ristretta, che distingue tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, si trova «[…] ancora oggi di fronte all'imbarazzo di capire quali atti rientrino effettivamente nell'una o nell'altra categoria». Così T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La cd. 'Immunity Review'*, cit., p. 12, nota 24.

[41] In Italia, infatti, mancando una legge che disciplini specificamente la materia immunitaria, si è sempre reso necessario da parte della giurisprudenza ricostruire il contenuto della norma di diritto internazionale consuetudinario sull'immunità dalla giurisdizione. Come noto, tale norma entra a far parte del nostro ordinamento in virtù del rinvio automatico e permanente previsto dall'art. 10, c. 1, Cost., definito suggestivamente dalla dottrina un «trasformatore permanente». In tal senso v. T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 29; ID., *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 23, ove l'Autore afferma: «Il carattere automatico del congegno di produzione giuridica della detta norma costituzionale importa che l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale, come si produce per il funzionamento di esso, produce le seguenti proprietà: a) l'adattamento si attua dal momento stesso in cui è entrata in vigore la norma internazionale che lo esige; b) a qualsiasi variazione della norma internazionale segue immediatamente una corrispondente variazione delle norme interne di adattamento; c) l'adattamento del diritto interno al diritto internazionale è, perciò, completo e continuo».

[42] Il Congresso degli Stati Uniti ha adottato, infatti, nel 1976 il *Foreign Sovereign Immunities Act* (*FSIA*). Per un approfondimento sulla legislazione statunitense, così come per i riferimenti rispetto agli altri Paesi che hanno adottato leggi *ad hoc* in materia immunitaria, si rinvia al paragrafo che segue.

evidenziare – si ripropone con particolare riguardo alle deroghe all'immunità. Peraltro, gli stessi problemi interpretativi – come vedremo – si presentano anche rispetto alle disposizioni delle Convenzioni adottate in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri, rispettivamente: la Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972[43] e la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004[44].

Senza, dunque, voler anticipare il contenuto di quanto andremo a trattare nel prosieguo, ci limitiamo, in questa sede, a segnalare che, sebbene la teoria dell'immunità relativa senz'altro ha rappresentato, e ancora rappresenta, uno strumento importante per l'adeguamento del diritto internazionale alle mutate esigenze – soprattutto economiche – degli Stati, questa non è stata in grado di arginare – perlomeno nella sua tradizionale accezione secondo cui *tutti* gli *acta iure imperii* di uno Stato sono coperti dall'immunità dalla giurisdizione di un Paese straniero – problemi di importanza cruciale, tra cui, senza dubbio, quello ad oggi maggiormente rilevante concerne la tutela dei diritti umani fondamentali.

Proprio su quest'ultima problematica si è innestata l'ottica del presente lavoro, inteso ad accertare se il volto della regola immunitaria, così come in passato da assoluta è divenuta relativa, abbia recentemente subito un ulteriore cambiamento a fronte della sempre più stringente esigenza di tutelare all'interno dell'ordinamento internazionale i diritti fondamentali dei singoli individui.

1.3 Una legislazione ad hoc *in materia immunitaria: Il* Foreign Sovereign Immunities Act *ed i suoi emendamenti*

Si è scelto di analizzare, nel presente paragrafo, uno degli esempi più significativi – in termini di applicazione giurisprudenziale[45], interesse suscitato nella dottrina[46], raffronto per

[43] Per un quadro d'insieme sulla Convenzione europea sull'immunità degli Stati si rinvia al § 1.4.

[44] Per un'ampia trattazione della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni si rinvia al § 1.5.

[45] La maggior parte della copiosa giurisprudenza delle Corti statunitensi che verrà esaminata nel prosieguo del lavoro, infatti, si è relazionata, direttamente o indirettamente, con l'applicazione del presente *statute*.

[46] Per la nostra analisi ci siamo confrontati principalmente con T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", in F.

l'implementazione di normative similari in altri ordinamenti giuridici – di legislazione nazionale in tema di immunità: il *Foreign Sovereign Immunities Act* (*FSIA*)[47], adottato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1976[48].

Lo scopo dichiarato del Congresso statunitense[49] era quello di implementare una normativa che potesse, da un lato, fungere da codificazione nel sistema federale della regola dell'immunità ristretta, dall'altro, espandere la sfera di responsabilità degli Stati stranieri attraverso la previsione di una serie di eccezioni (che, dunque, superassero la tradizionale *divisio* fra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*) al ricorrere delle quali l'immunità cedesse, aprendo la strada alla celebrazione di processi civili per il risarcimento del danno davanti alle corti statunitensi.

Ma non solo: il *FSIA* concepisce una disciplina idonea a raggiungere anche ulteriori obiettivi del legislatore federale. In primo luogo la giurisdizionalizzazione del procedimento volto ad accertare, o negare, l'immunità dello Stato estero: procedimento che viene, così, sottratto alla potestà di organi esecutivi-amministrativi e incardinato di fronte ad organi giudiziari. In secondo luogo, la creazione di una disciplina che assegnasse una diretta capacità di agire – nei confronti dello Stato estero – agli individui in prima persona[50], senza mediazioni da parte di agenzie governative. Infine, ma non sarà oggetto della nostra trattazione, la creazione di regole di esecuzione delle condanne che dovessero eventualmente nascere dai giudizi di cognizione.

Il *FSIA*, dunque, nell'intenzione del Legislatore, come anche nell'interpretazione datane dalle corti, rappresenta una cornice normativa unitaria e omnicomprensiva, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali possono accertare o meno l'esistenza della propria

---

FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 257 e ss. e con i riferimenti ivi citati.

[47] 106 Stat 73 (PL 102-256, 1992 HR 2092).

[48] Si ricordi, inoltre, le alter legislazioni che sono state adottate in materia immunitaria da altri Paesi: *State Immunity Act*, 1978, Regno Unito; *State Immunity Act*, 1979, Singapore; *State Immunity Ordinance*, Pakistan, 1981; *Foreign Sovereign Immunity Act*, Sudafrica, 1981; *State Immunity Act*, 1982, Canada; *Immunities and Privileges Act*, 1984, Malaysia e Malawi; *Foreign States Immunity Act*, Australia, 1985. Su tali legislazioni si veda G. MARTINO, *L'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri tra regionalismo e universalismo*, Elea Press, Salerno, 1990, p. 7 e ss.

[49] V. H.R. Rep 94-1487, 94th Cong. 2nd Sess. 1976, 1976 WL 14078 (Leg. Hist.)

[50] A tal proposito si osservino le disposizioni del § 1608 del *FSIA* rubricato «Service; time to answer; default» che disciplina le modalità procedurali attraverso cui condurre l'azione nei confronti dello Stato straniero.

giurisdizione, non dovendo più affidarsi ad un'incerta opera ermeneutica del diritto internazionale consuetudinario *in subiecta materia*.

Si procederà, dunque, a una succinta esposizione delle sezioni principali dello FSIA, propedeutica a quanto sarà esposto nel prosieguo del presente lavoro.

Il concetto di entità statale straniera.

La definizione[51] di *Foreign State* si ritrova nel § 1603 e, come si vedrà, ha una portata piuttosto estensiva. Sono, dunque, ricomprese nel concetto di stato estero – assoggettabili alla giurisdizione delle corti statunitensi – le suddivisioni politiche dello Stato, così come le agenzie o gli enti (dediti ad attività economica e commerciale[52]), dotati di autonoma personalità giuridica, che agiscano nell'interesse dello Stato, in virtù di un rapporto organico o partecipativo (di controllo)[53].

Se le persone giuridiche che esercitano attività commerciali sulla base di un legame organico o di controllo con uno Stato estero vengono assimilate a quest'ultimo sotto il profilo della legittimazione passiva a stare in giudizio di fronte a una corte statunitense; il *FSIA* detta, tuttavia, una disciplina differenziata quanto alle possibili conseguenze dell'affermazione della responsabilità civile.

Ai sensi del § 1606 del *FSIA*[54], infatti, mentre gli Stati stranieri – nei casi in cui non sia loro applicabile l'immunità – sono chiamati a rispondere nelle stesse forme delle persone

---

[51] V. § 1603 *FSIA* – «Definitions
For purposes of this chapter –
a) A "foreign state", except as used in section 1608 of this this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).
b) An "agency or instrumentality of a foreign state" means any entity –
1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and
2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and
3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (e) of this title, nor created under the laws of any third country».

[52] Questi sono inquadrati sotto il concetto di *intrumentality*, cfr. T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 260.

[53] Pur non soffermandoci specificamente sulla questione, si sottolinea come la corretta determinazione circa la riconducibilità o meno al concetto di entità statale di società commerciali straniere è attività piuttosto complessa, necessariamente legata ad un'analisi che valorizzi le peculiarità del caso concreto. Un *vademecum* delle modalità di accertamento, anche al fine di squarciare il velo di persone giuridiche che nascondano l'attività diretta, in campo commerciale, di entità sovrane straniere è dato da un'importante sentenza – da noi già citata – della Corte Suprema: *Dole Food Co v. Patrickson*, cit.

[54] V. § 1606 – «Extent of liability

fisiche, solo le *intrumentalities* ad essi riferibili possono essere condannate al pagamento di *punitive damages* (sanzioni civili non direttamente risarcitorie)[55].

Aspetti Processuali

Le regole procedurali per la proposizione di un'azione risarcitoria nei confronti di uno Stato straniero sono, come già visto, disciplinate dal § 1608 dello FSIA[56]. Ciò che occorre,

---

As to any claim for relief with respect to which a foreign state is not entitled to immunity under section 1605 or 1607 of this chapter, the foreign state shall be liable in the same manner and to the same extent as a private individual under like circumstances; but a foreign state except for an agency or instrumentality thereof shall not be liable for punitive damages; if, however, in any case wherein death was caused, the law of the place where the action or omission occurred provides, or has been construed to provide, for damages only punitive in nature, the foreign state shall be liable for actual or compensatory damages measured by the pecuniary injuries resulting from such death which were incurred by the persons for whose benefit the action was brought».

[55] Per una distinzione fra entità statali propriamente dette e *instrumentalities* ad esse riferibili in relazione all'applicazione dei *punitive damages* v. *Ministry of Def. & Support for the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Elahi*, 126 S. Ct. 1193, 1194 (U.S. 2006).

[56] § 1608 FSIA - «Service; time to answer; default

a) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon a foreign state or political subdivision of a foreign state:

1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the foreign state or political subdivision; or

2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with an applicable international convention on service of judicial documents; or

3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), by sending a copy of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the head of the ministry of foreign affairs of the foreign state concerned, or

4) if service cannot be made within 30 days under paragraph (3), by sending two copies of the summons and complaint and a notice of suit, together with a translation of each into the official language of the foreign state, by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the Secretary of State in Washington, District of Columbia, to the attention of the Director of Special Consular Services – and the Secretary shall transmit one copy of the papers through diplomatic channels to the foreign state and shall send to the clerk of the court a certified copy of the diplomatic note indicating when the papers were transmitted.

As used in this subsection, a "notice of suit" shall mean a notice addressed to a foreign state and in a form prescribed by the Secretary of State by regulation.

b) Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon an agency or instrumentality of a foreign state:

1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the agency or instrumentality; or

2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint either to an officer, a managing or general agent, or to any other agent authorized by appointment or by law to receive service of process in the United States; or in accordance with an applicable international convention on service of judicial documents; or

3) if service cannot be made under paragraphs (1) or (2), and if reasonably calculated to give actual notice, by delivery of a copy of the summons and complaint, together with a translation of each into the official language of the foreign state –

A) as directed by an authority of the foreign state or political subdivision in response to a letter rogatory or request or

succintamente, sottolineare in questa sede è la struttura gerarchica della disposizione. Essenziale ai fini della ritualità della domanda è che la stessa sia presentata nelle forme previste dal § 1608, il quale detta una pluralità di modalità alternative, ma non discrezionali, di introduzione del giudizio davanti ad una corte statunitense.

Le eccezioni all'immunità

Tale paragrafo rappresenta, come intuibile, la parte di maggior interesse ai fini della nostra trattazione. Esporremo, di seguito, le principali eccezioni codificate alla regola immunitaria, concentrandoci su quelle che hanno riscosso maggior fortuna nell'applicazione giurisprudenziale, non solo statunitense.

Quella relativa all'esercizio di un'attività commerciale da parte dello Stato estero rappresenta l'eccezione primigenia[57] con la quale il legislatore statunitense si è confrontato nella redazione del *FSIA*. La medesima, tuttavia, si inserisce in un contesto più sfaccettato, disciplinato dal § 1605[58], da 1-6, nonché dal § 1605(A) (che sarà trattato separatamente). Di

B) by any form of mail requiring a signed receipt, to be addressed and dispatched by the clerk of the court to the agency or instrumentality to be served, or

C) as directed by order of the court consistent with the law of the place where service is to be made.

c)Service shall be deemed to have been made –

1) in the case of service under subsection (a)(4), as of the date of transmittal indicated in the certified copy of the diplomatic note; and

2) in any other case under this section, as of the date of receipt indicated in the certification, signed and returned postal receipt, or other proof of service applicable to the method of service employed.

d) In any action brought in a court of the United States or of a State, a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state shall serve an answer or other responsive pleading to the complaint within sixty days after service has been made under this section.

e) No judgment by default shall be entered by a court of the United States or of a State against a foreign state, a political subdivision thereof, or an agency or instrumentality of a foreign state, unless the claimant establishes his claim or right to relief by evidence satisfactory to the court. A copy of any such default judgment shall be sent to the foreign state or political subdivision in the manner prescribed for service in this section».

[57] V. H.R. Rep 94-1487, 94th Cong. 2nd Sess. 1976, cit.; v. anche T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 263.

[58] § 1605 – «General exceptions to the jurisdictional immunity of a foreign state

a) A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case –

1) in which the foreign state has waived its immunity either explicitly or by implication, notwithstanding any withdrawal of the waiver which the foreign state may purport to effect except in accordance with the terms of the waiver;

2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States;

seguito le eccezioni codificate: 1) *waiver of immunity*; 2) *commercial activity*; 3) *expropriation*; 4) *rights in immovable property*; 5) *non commercial torts*; 6) *agreement in arbitrate or resulting arbitral award*; 7) *terrorism* (secondo l'emendamento operato dall'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*).

Come anticipato, saranno oggetto di esame unicamente le eccezioni di maggior interesse ai fini della trattazione successiva: la rinuncia all'immunità; *la commercial activity exception*; *la non-commercial tort exception.*

Waiver of immunity

L'aspetto di maggior interesse legato al tema della rinuncia all'immunità è – come avremo modo di approfondire nel prosieguo del presente lavoro – quello relativo alla così definita rinuncia implicita.

Il *FSIA*, infatti, prevede che uno Stato sovrano possa rinunciare alla propria immunità *either explicitly or by implication*.

Se pochi problemi si pongono in relazione all'accertamento di un'avvenuta rinuncia esplicita (la quale di norma avverrà all'interno del procedimento promosso di fronte a una corte statunitense), ben più arduo è definire le modalità attraverso le quali uno Stato rinunci

---

3) in which rights in property taken in violation of international law are in issue and that property or any property exchanged for such property is present in the United States in connection with a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or that property or any property exchanged for such property is owned or operated by an agency or instrumentality of the foreign state and that agency or instrumentality is engaged in a commercial activity in the United States;

4) in which rights in property in the United States acquired by succession or gift or rights in immovable property situated in the United States are in issue;

5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment; except this paragraph shall not apply to –

A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused, or

B) any claim arising out of malicious prosecution, abuse of process, libel, slander, misrepresentation, deceit, or interference with contract rights; or

6) in which the action is brought, either to enforce an agreement made by the foreign state with or for the benefit of a private party to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between the parties with respect to a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration under the laws of the United States, or to confirm an award made pursuant to such an agreement to arbitrate, if (A) the arbitration takes place or is intended to take place in the United States, (B) the agreement or award is or may be governed by a treaty or other international agreement in force for the United States calling for the recognition and enforcement of arbitral awards, (C) the underlying claim, save for the agreement to arbitrate, could have been brought in a United States court under this section or section 1607, or (D) paragraph (1) of this subsection is otherwise applicable».

implicitamente alla propria immunità, in special modo avendo riferimento alla tematica della rinuncia per *facta concludentia*.

In relazione a tale tema è, in particolare, possibile distinguere due ipotesi di rinuncia implicita per fatti concludenti: la prima è legata all'interpretazione delle condotte tenute dallo Stato straniero in costanza di procedimento (si pensi, a titolo paradigmatico, alla costituzione in giudizio senza che venga sollevata l'eccezione immunitaria[59]); la seconda, ben più problematica, attiene alla possibilità di interpretare in termini di avvenuta rinuncia implicita (*pro futuro*) all'immunità condotte poste in essere dallo Stato prima dell'instaurazione del giudizio davanti alle corti statunitensi, in ipotesi, financo condotte coincidenti con quelle dannose, che abbiano dato vita alla lesione di cui il ricorrente chiede l'accertamento e il risarcimento.

Commercial Activity Exception

L'eccezione commerciale disciplinata all'interno del *FSIA* è la deroga che richiama maggiormente la tradizionale distinzione fra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, distinzione che – come già evidenziato – viene applicata da parte di quegli Stati privi di una legislazione *ad hoc* in materia immunitaria.

In via estremamente riassuntiva – d'altra parte tale eccezione pone minori problematiche di natura interpretativa ai fini della nostra trattazione – la *commercial activity exception* fa sì che un'entità sovrana che intraprenda un'attività *lato sensu* imprenditoriale venga, agli effetti della responsabilità civile per i danni cagionati nel corso della propria attività, equiparata ad ogni altra entità commerciale privata[60]. Tale assunto è stato nitidamente fotografato – con particolare interesse circa la natura intrinseca dell'attività, più che con riferimento alle sue finalità ultime – dalla Corte Suprema nella sentenza *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*[61]:

---

[59] Le corti statunitensi, tuttavia, non si sono limitate a questo esempio paradigmatico per affermare l'avvenuta rinuncia implicita all'immunità per fatti concludenti posti in essere dopo l'introduzione del giudizio, sul punto. Cfr. capitolo III, § 3.2.

[60] T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 266.

[61] *Republic of Argentina v. Weltover Inc.*, 504 U.S. 607 (1992). In tale sentenza, la Corte Suprema si schiera apertamente dalla parte di quegli interpreti che valorizzano la natura intrinseca dell'atto ai fini dell'applicabilità dell'eccezione, così ponendo fine – quanto agli Stati Uniti – a una disputa che, invece, ancora attanaglia quei Paesi privi di una specifica legislazione in materia immunitaria.

«When a foreign government acts, not as a regulator of a market, but in the manner of a private player within that market, its actions are "commercial" within the meaning of the FSIA. […] Moreover, because § 1603 (d) provides that the commercial character of an act is to be determined by reference to its "nature" rather than its "purpose", the question is not whether the foreign government is acting with a profit motive or instead with the aim of fulfilling uniquely sovereign objectives. Rather, the issue is whether the government's particular actions (whatever the motive behind them) are the *type* of actions by which a private party engages in commerce».

A fianco dell'analisi sulla natura intrinseca dell'azione statale (o, si ricordi, di una *instrumentality* riconducibile allo Stato stesso), il *FSIA* richiede, ai fini dell'affermazione della giurisdizione, che venga accertato – così come in altre parti dello *statute* su cui riferiremo *infra* – un collegamento territoriale, funzionale o effettivo di tale azione con lo Stato del Foro.

Così saranno assoggettabili al giudizio di fronte alle corti statunitensi unicamente le condotte espressione: *i)* di un'attività commerciale posta in essere sul territorio statunitense; *ii)* di un'attività commerciale esercitata al di fuori dagli Stati Uniti alla quale, tuttavia, siano connesse delle azioni (propedeutiche, strumentali, associate…) compiute sul suolo americano; *iii)* di un'attività commerciale esercitata al di fuori dagli Stati Uniti, e senza che alcuna azione, nemmeno correlata, abbia luogo sul suolo statunitense, ma che abbiano comunque delle ripercussioni (ovvero dispieghino degli effetti) all'interno del territorio degli Stati Uniti[62].

Non-commercial Tort Exception

Tale eccezione, prevista dal n. 5 del § 1605 del *FSIA*, riveste particolare interesse per la nostra trattazione, in virtù dei molteplici tentativi – tentativi di cui si darà conto nel prosieguo del lavoro – di applicazione della medesima al di là dei confini territoriali

[62] Si diffondono sull'interpretazione dei citati requisiti H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 267 e ss.

degli Stati che l'abbiano esplicitamente disciplinata all'interno di provvedimenti legislativi nazionali, sulla base dell'assunto che la stessa possa, ormai, dirsi espressione del diritto internazionale consuetudinario.

Il disposto del *FSIA* si dimostra particolarmente significativo, in virtù della modalità redazionale con cui l'eccezione è stata introdotta. Il § 1605 (5), infatti, opera come una sorta di "trasformatore universale", astenendosi dal dettare una disciplina sostanziale di *tort law* da un punto di vista internazionale, ma consentendo alle corti di indagare circa la legittimità delle azioni dello Stato estero, o di un suo rappresentante, (qualificate in termini di *tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment*) in relazione alla legislazione dello Stato in cui il danno (definito in termini di *personal injury or death, or damage to or loss of property*) si è prodotto[63]. Il punto centrale dell'eccezione è la sua applicabilità, tanto ai casi in cui il danno derivi da un'attività *commerciale* dello Stato straniero, quanto ai casi in cui il danno sia conseguenza di un'attività *governativa* del medesimo stato[64].

La storia legislativa di tale eccezione[65] – anche al di fuori dallo specifico panorama statunitense – è tradizionalmente ancorata al tema dei danni cagionati dalla circolazione stradale. La *territorial tort exception*, infatti, nasceva come risposta statutaria al disposto della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche e consolari, a norma della quale gli agenti diplomatici di un Paese straniero sono immuni dalla giurisdizione dello Stato ospite per la conduzione di veicoli a motore (su strada, acqua o aria). Il *FSIA*, dunque, si prefiggeva l'obiettivo di garantire ai cittadini statunitensi una possibilità di ricorso diretto nei confronti dello Stato mandante del diplomatico.

È facile immaginare, tuttavia, come, una volta introdotta nella legislazione federale nei termini così generici di cui al § 1605(5) FSIA, questa eccezione sia stata invocata, e sovente applicata, a fronte di una serie ben più variegata di situazioni dannose poste in essere dai rappresentanti di uno Stato straniero: dal sostegno ad atti terroristici, all'omicidio "di Stato", ecc[66].

---

[63] T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 266.

[64] Esattamente in questi termini H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 272.

[65] *Ibidem*, p. 273.

[66] *Ibidem.*

Anche con riferimento alla *tort exception*, affinché venga affermata la giurisdizione, rivive il necessario collegamento fra l'azione – o il suo risultato, danno (*occurring in the United States*) – e il territorio dello Stato del foro. Tale legame risulta essere particolarmente valorizzato nella giurisprudenza statunitense, che, per vero, nell'opinione maggioritaria si spinge oltre lo stesso dato letterale della disposizione – o, quantomeno, la interpreta in termini piuttosto restrittivi – richiedendo, ai fini del riconoscimento della giurisdizione, che tanto la condotta, quanto la sua conseguenza dannosa, si siano entrambe svolte sul suolo nordamericano[67].

Oltre al richiamato necessario collegamento territoriale, il § 1605 (5) prevede due ulteriori limitazioni all'applicabilità dell'eccezione, in grado di far rivivere, *ceteris paribus*, la generale regola dell'immunità. Di minor interesse è la seconda di queste limitazioni, di cui non ci occuperemo, legata alla disciplina contrattuale; al contrario, particolarmente importante è la prima limitazione, relativa al compimento da parte dello Stato straniero di un c.d. atto discrezionale.

Come anticipato, affinché sia giustiziabile innanzi le corti statunitensi, l'azione dannosa dello Stato straniero non deve essere classificabile come esercizio di una *discretionary function*. Tale limitazione è volta a bilanciare il diritto di accesso alla giustizia dell'individuo con il rispetto delle prerogative sovrane dello Stato straniero.

Letteralmente, il § 1605 (5) prevede che la *territorial tort exception* non si applichi a:

---

[67] Cfr. English v. Thorne, 676 F.Supp. 761 (S.D. MS 1987) secondo cui: «While the tort exception to sovereign immunity under the FSIA requires that the *injury* complained of must have occurred in the United States, the provision is silent as to the situs of the alleged tortious acts. The legislative history of this exception, however, indicates that the *conduct* complained of must also have occurred in the United States. *See* 1976 U.S. Code Cong. & Ad. News 6619 (tortious act or omission must occur within the jurisdiction of the United States); *see also Persinger v. Islamic Republic of Iran,* 729 F.2d 835 (D.C. Cir.), *cert. denied,* 469 U.S. 881, 105 S. Ct. 247, 83 L. Ed. 2d 185 (1984) (necessary that both tort and injury occur in United States to avoid defense of sovereign immunity); cfr. anche El-Fadl v. Central Bank of Jordan, 1994 WL 1656111 (D.D.C. Nov. 9, 1994); nonché Greenpeace, Inc., v. State of France, 946 F.Supp. 773 (C.D. Cal. 1996) secondo cui, con ampie citazioni a sostegno, l'intera vicenda dannosa deve svolgersi sul suolo statunitense: «As stated by the Ninth Circuit, section 1605(a) (5) "applies to non-commercial torts and requires not only that the personal injury or property damage occur in the United States, but that the tortious act or omission occur here." *Security Pacific Nat'l Bank v. Derderian, supra,* 872 F.2d at 281, 285, n. 8. Jurisdiction under section 1605(a) (5) requires "at least one entire tort occurring within the United States." *Olsen v. Government of Mexico,* 729 F.2d 641, 646 (9th Cir.), *cert. denied,* 469 U.S. 917, 105 S. Ct. 295, 83 L. Ed. 2d 230 (1984)»; cfr. ancora la già citata Doe v. State of Israel, 400 F.Supp.2d 86 (D.D.C. 2005), secondo cui: «both the tort and the injury must occur on United States territory». *Contra*, nel senso della sufficienza della ricorrenza del danno sul territorio nazionale, indipendentemente dal luogo di commissione della condotta, e dunque particolarmente significativa – e oggetto di analisi nel prosieguo del presente lavoro – Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, pronunciata dalla Corte Suprema Canadese in applicazione dello State Immunity Act, section 6 (norma in tutto e per tutto ricalcata sull'omologa statunitense).

«any claim based upon the exercise or performance or the failure to excercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused».

In dottrina, si è sostenuto che tale limitazione (anche denominata *Act of State Doctrine*) sia volta a distinguere fra atti di "indirizzo politico generale" di uno Stato straniero – per l'esercizio dei quali è sempre e comunque garantita l'immunità – e atti di natura "operativa", suscettibili di essere giustiziati, qualora dannosi, avanti ai tribunali dello Stato del foro[68].

Fra gli atti "discrezionali" – e dunque immuni anche se dannosi – andrebbero annoverati quelli intrinsecamente valutativi[69], espressione della capacità di giudizio e di scelta dello Stato straniero[70] finalizzati all'esercizio di pubbliche funzioni. Al di fuori del concetto di discrezionalità dell'azione amministrativa non giustiziabile, andrebbero, dunque, posti tutti quegli atti – questi sì assoggettabili alla giurisdizione ove dannosi – realizzati da uno Stato in esecuzione di una disposizione di legge o di regolamento.

La giurisprudenza statunitense[71], tuttavia, nell'interpretare la limitazione in questione, richiede l'accertamento di un ulteriore fondamentale requisito, in mancanza del quale l'azione, seppur discrezionale, non potrà considerarsi immune, facendo rivivere l'applicabilità della *tort exception*. La condotta dello Stato (o meglio, del suo

---

[68] H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 273; tale limitazione è stata criticata dagli operatori giudiziari statunitensi, quali l'American Bar Association, in quanto fronte di numerose incertezze interpretative, v. (Working Group of the A.B.A.) J. W. DELLAPENNA, D. BEDERMAN, C. BRADLEY, M. CYMROT, A. VOLLMER, "Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, p. 489 e ss.

[69] Tale interpretazione è fornita anche sulla base dell'analisi del *Federal Tort Claims Act* che prevede, con riferimento alla giurisdizione sugli atti interni del governo statunitense una simile limitazione. V. sul punto H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 273, nonché T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 270 e ss. e, in particolare, p. 272 e ss. in cui si opera una ricostruzione più che dettagliata dell'impatto interpretativo del *Federal Tort Claims Act* sul *FSIA* attraverso l'analisi di cinque *leading cases* giurisprudenziali.

[70] In giurisprudenza sono stati considerati atti discrezionali, non giustiziabili, quelli relativi alla scelta dei luoghi in cui installare i locali di un'ambasciata, o al rifiuto di sgomberare edifici utilizzati per missioni diplomatiche, v. *Fagot Rodriguez v. Costa Rica*, 139 F.Supp.2d 173 (DPR 2001): «the decision to remain in the property and operate the Consulate undoubtedly had elements in furtherance of the protected discretionary decision»; v. anche *USAA Casualty Insurance Co v. Permanent Mission of Republic of Namibia*, Docket No 10-4892-cv (2nd Cir. 2012).

[71] Una *summa* di entrambi gli accertamenti richiesti è operata dalla Corte Suprema nel caso *United States v. S.A. Empresa de Viacao Aerea Rio Grandense*, 467 U.S. 797, 813 (1984).

rappresentante), infatti, potrà considerarsi espressione di un potere sovrano discrezionale, solo allorché sia finalizzata (e coerente) all'assolvimento di una politica pubblica meritevole di tutela[72]. Seguendo questo argomentare, ad esempio, la giurisprudenza statunitense ha negato l'immunità in casi di omicidio politico, affermando la non meritevolezza di tutela di una politica statale – certo discrezionale, ma in contrasto con la stessa legislazione interna – di soppressione, sul suolo straniero, degli oppositori politici[73].

L'emendamento al FSIA ad opera dell'Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act del 1996

Il Congresso degli Stati Uniti, nel 1996, ha varato l'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, con ciò introducendo nell'articolato del *FSIA* il § 1605 (A)[74].

Tale norma introduce un'ulteriore eccezione alla regola immunitaria, affine a quella della *non-commercial tort exception* appena esaminata, ma con caratteristiche peculiari, anzitutto con riferimento all'applicabilità dei *punitive damages*.

Già abbiamo visto come le sanzioni civili non risarcitorie, nel testo originario del *FSIA*, fossero applicabili unicamente alle *instrumentalities* di uno Stato, ma non agli Stati esteri direttamente convenuti davanti alle corti statunitensi. Al contrario, qualora la responsabilità di uno Stato sia accertata con riferimento ad azioni dannose di natura terroristica (secondo la definizione datane dal § 1605(A)), allora ben sarà possibile per

[72] Per H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 274: «the court will not recognize a discretionary function which is contrary to public policy».

[73] Cfr. in questo senso due fondamentali sentenze che verranno analizzate ampiamente nel prosieguo, *Letelier v. Republic of Chile* 488 F.Supp.665 (D.D.C. 1980) e *Liu v. Republic of China* 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989). Per altri esempi giurisprudenziali, tanto nel senso della negazione della limitazione, quanto del suo accoglimento, v. T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 279 e ss.

[74] § 1605 (A) – «Terrorism exception to the jurisdictional immunity of a foreign state

1)No immunity –

A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case not otherwise covered by this chapter in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage taking, or the provision of material support or resources for such an act if such act or provision of material support or resources is engaged in by an official, employee, or agent of such foreign state while acting within the scope of his or her office, employment, or agency».

una corte statunitense pronunciare una condanna, oltreché al risarcimento del danno, al pagamento di *punitive damages*[75].

Ancora, sebbene il tema dell'esecuzione delle pronunce di cognizione sia estraneo al presente lavoro, si deve sottolineare come la responsabilità dello Stato accertata ai sensi del § 1605 (A) comporti rilevanti differenze in ordine ai beni aggredibili nelle ipotesi di condanna, avendo riguardo a quei Paesi inseriti nell'elenco degli sponsor del terrorismo redatto dalla Segreteria di Stato statunitense[76].

Una delle pronunce di riferimento sul tema, in relazione all'applicabilità del § 1605(A) è *Campuzano v. Islamic Republic of Iran*[77]. Tale sentenza offre un interessante sommario, per punti, degli elementi costitutivi che il ricorrente deve provare perché sia affermata la responsabilità dello Stato straniero ai sensi della sezione in commento:

> «[T]o establish subject-matter jurisdiction and prove liability pursuant to the FSIA and its amendments, the plaintiffs must prove with "evidence satisfactory to the court" the following applicable elements:
> (1) that personal injury or death resulted from an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, or hostage taking;
> (2) that the act was either perpetrated by a foreign state directly or by a non-state actor which receives material support or resources from the foreign state defendant;
> (3) the act or provision of material support or resources is engaged in by an agent, official, or employee of the foreign state while acting within the scope of his or her office, agency, or employment;
> (4) that the foreign state be designated as a state sponsor of terrorism either at the time the incident complained of occurred or was later so designated as a result of such act;

---

[75] V. *Jacobsen v. Olivier*, 451 F.Supp.2d. 181 (D.D.C. 2006).

[76] Cfr. H. FOX. P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 281. Ai sensi dell'*Anti-terrorism and Effective Death Penalty Act*, infatti, sono sottoponibili ad esecuzione forzata non solo i beni dello Stato estero effettivamente coinvolti nella condotta che ha arrecato il danno, ma anche, in via generale, tutti i beni destinati alle pubbliche funzioni dello Stato soccombente, salva, tuttavia, la necessaria autorizzazione all'esecuzione del Governo statunitense. V., sul punto, MURPHY S. D., "Contemporary Practice of the United States", in *American Jounral of International Law*, 2003, p. 187 e ss.

[77] *Campuzano v. Islamic Republic of Iran*, 281 F.Supp. 258 (D.D.C. 2003).

(5) that if the incident complained of occurred within the foreign state defendant's territory, plaintiff has offered the defendants a reasonable opportunity to arbitrate the matter;
(6) that either the plaintiff or the victim was a United States national at the time of the incident;
(7) that similar conduct by United States agents, officials, or employees within the United States would be actionable».

Gli elementi distintivi di tale previsione statutaria, al contempo più restrittivi, ma anche più espansivi della regola generale immunitaria con riferimento ad atti inquadrabili nella definizione di terrorismo, sono così sintetizzabili.

Anzitutto, il § 1605 (A) estende il concetto di entità statale cui la normativa sia applicabile. La responsabilità dello Stato straniero, in relazione alla commissione di atti di terrorismo, e, dunque, il diniego dell'immunità, opera tanto in relazione agli atti compiuti dallo Stato stesso (o da sue articolazioni politiche territoriali, agenzie governative, ecc. secondo la generale previsione del *FSIA*), quanto – e qui risiede l'elemento di novità – in relazione ad atti dannosi commessi da entità pacificamente non statali (si pensi a gruppi paramilitari non ufficiali o ad organizzazioni terroristiche transfrontaliere), qualora sia dimostrato che lo Stato straniero abbia fornito un supporto materiale (o economico) per la realizzazione di dette attività terroristiche.

Una tale responsabilità allargata, tuttavia, opera solo con riferimento a quegli Stati che, tanto all'epoca della commissione della condotta dannosa, quanto all'epoca del giudizio siano inseriti nell'elenco elaborato dal Dipartimento di Stato americano dei *supporters* al terrorismo[78].

[78] Attualmente i c.d. Stati canaglia sono esclusivamente: Iran, dal 1984 (con cui, tuttavia, sono in corso da quasi due anni negoziati per la rimozione dall'elenco), Sudan, dal 1993 e Siria, dal 1979, stante l'avvenuto *delisting* di Iraq, Libia, Korea del Nord e, recentemente, Cuba. L'elenco è consultabile alla pagina web del Dipartimento di Stato americano http://www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm (visitato l'ultima volta il 10 marzo 2016). La creazione unilaterale di una lista di Stati canaglia è stata aspramente criticata in dottrina e giurisprudenza. Ad esempio, la Corte di cassazione italiana, nella sentenza *Ferrini* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044), che più volte sarà citata nel presente lavoro, ha affermato, al § 10.2, che «[…] la creazione di una categoria di Stati privi di prerogative riconosciute in favore di tutti gli altri componenti della comunità internazionale (e, per giunta, su determinazione unilaterale di un singolo Paese) non sembra conciliarsi con il principio di "sovrana eguaglianza" degli Stati, il quale implica che questi ultimi siano giuridicamente eguali e possano operare nei loro reciproci rapporti in condizioni di perfetta parità, usufruendo di tutti i diritti inerenti alla loro "piena

Inoltre, il § 1605 (A) è invocabile esclusivamente qualora il ricorrente, o la vittima, al momento della condotta dannosa fossero cittadini statunitensi.

Ulteriore elemento di grande interesse, seppur parzialmente eccentrico rispetto all'oggetto del presente lavoro, è il legame fra l'eccezione all'immunità in questione e il c.d. *Flatow Amendment*[79] introdotto nel 1998 tramite il *Raider to the Omnibus Consolidated Appropriation Act* del 1997[80]. Per la prima volta, infatti, ad opera del *Flatow Amendment*[81] – una norma esplicitamente ricalcata sul testo del § 1605 (A) – una regola di eccezione al principio immunitario acquisisce anche un contenuto sostanziale, essendo direttamente invocabile quale specifica *causa petendi* all'interno di un giudizio risarcitorio, sebbene nei confronti dei soli individui organi dello Stato[82].

L'accesso alla giustizia dei non cittadini (statunitensi) ai sensi del Alien Tort Statute del 1789

Il *Judiciary Act and Alien Tort Statute* è stato approvato dal Congresso degli Stati Uniti addirittura nel 1789[83]. Tale norma consente l'accesso alla giurisdizione statunitense nel caso in cui il ricorrente dimostri l'esistenza delle seguenti circostanze:

---

sovranità" (Dichiarazione ONU sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati, approvata dall'Assemblea ONU il 24 ottobre 1970)». Cfr. sul punto N. RONZITTI, "L'eccezione dello *Ius Cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di*), Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, p. 45 e ss., p. 60.

[79] Tale emendamento prende il nome dai ricorrenti nel caso *Flatow v. Islamic Republic of Iran*., 999 F.Supp. 1 (D.D.C. 1998). Oggetto della pronuncia in questione era la possibilità, invocata dai ricorrenti, ma negata dalla *District Court*, tanto da causare l'immediato intervento del Congresso, di azionare il § 1605 (A) non solo quale norma per affermare la giurisdizione statunitense contro l'Iran, ma anche quale specifica *causa petendi.*

[80] Nello specifico, ciò che interessa è la sezione intitolata *Civil liability for Acts of State Sponsored Terrorism*.

[81] V. *Flatow Amendment*, Pub. L. No. 104-208, § 589, 110 Stat. 3009-172 (1996) (codified at 28 U.S.C. § 1605 (Supp. 2002)):

«An official, employee, or agent of a foreign state designated as a state sponsor of terrorism ... while acting within the scope of his or her office, employment, or agency shall be liable to a United States national or the national's legal representative for personal injury or death caused by acts of that official, employee, or agent for which the courts of the United States may maintain jurisdiction under section 1605(a) (7) of Title 28, United States Code, for money damages which may include economic damages, solatium, pain, and suffering, and punitive damages if the acts were among those described in section 1605(a) (7)».

[82] Il Congresso, infatti, ha raggiunto solo parzialmente il proprio obiettivo. Come correttamente affermato in giurisprudenza, v. *Cicippio-Puleo v. Islamic Republic of Iran*, 353 F.3d. 1024 (C.A.D.C. 2004), il *Flatow Amandment* non può essere attivato dai ricorrenti direttamente nei confronti dello Stato straniero, permettendo, al più, di intentare un giudizio risarcitorio esclusivamente nei confronti di «an official, employee, or agent of a foreign state».

[83] Per brevi cenni storici alla nascita dello Statute in questione (di seguito *ATS*) v. T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit. p. 293 e ss.

i) di non essere cittadino americano[84]; *ii)* di aver subito un danno ad opera del convenuto; *iii)* che il danno sia stato commesso in violazione della *legge delle nazioni* o di un trattato di cui gli Stati Uniti siano parte.

Lo *statute* in questione è rimasto sostanzialmente inapplicato per quasi due secoli, salvo ritornare *in auge* quale strumento attraverso il quale condurre innanzi le corti nazionali casi di gravi violazioni dei diritti umani. Una delle sentenze di riferimento in materia – in questa sede solo accennata, ma alla quale sarà dedicato ampio spazio nel prosieguo del presente lavoro – è quella pronunciata dalla *Court of Appeals* (che ribalta le decisione di primo grado) nel caso *Filartiga v. Pena-Irala*[85].

Secondo la corte:

> «Implementing the constitutional mandate for national control over foreign relations, the First Congress established original district court jurisdiction over "all causes where an alien sues for a tort only (committed) in violation of the law of nations." […]. Construing this rarely-invoked provision, we hold that deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties. Thus, whenever an alleged torturer is found and served with process by an alien within our borders, § 1350 provides federal jurisdiction».

L'*Alien Tort Statute*, dunque, è stato, considerato applicabile ai casi di violazione dei diritti umani fondamentali, fra i quali è possibile certamente annoverare quelli di tortura (subita, nello specifico, dal figlio del ricorrente, riparato negli Stati Uniti, ad opera di un cittadino Paraguayano in Paraguay), in quanto infrazioni alla *legge delle nazioni*.

---

[84] V. *Chavez v. Carranza*, 407 F.Supp.2d 925, 930 (W.D.Tenn. 2004): «[…] the *ATS* creates jurisdiction in United States courts only for non-citizen plaintiffs who sue a defendant in tort for a violation of international law».

[85] *Filartiga v. Pena Irala*, 630 F.2d 876 (2nd Cir. 1980).

La dottrina statunitense, tuttavia, nel dare ampio risalto alla sentenza da ultima riportata, non può non sottolinearne la quasi unicità[86]. A fronte di una giurisprudenza piuttosto contrastata[87], sull'applicabilità dell'*ATS* alle ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani ai danni di cittadini stranieri (in particolare sulla sua natura esclusivamente processuale o anche sostanziale) è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Suprema nel caso *Sosa v. Alvarez-Machain*[88]. In particolare, la Corte si sofferma sulla corretta interpretazione da assegnarsi al concetto di "violazione della legge delle nazioni":

> «We think it is correct […] to assume that the First Congress understood that the district courts would recognize private causes of action for certain torts in violation of the law of nations, though we have found no basis to suspect Congress had any examples in mind beyond those torts corresponding to Blackstone's three primary offenses: violation of safe conducts, infringement of the rights of ambassadors, and piracy. We assume, too, that no development in the two centuries from the enactment of §1350 to the birth of the modern line of cases beginning with *Filartiga* v. *Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (CA2 1980), has categorically precluded federal courts from recognizing a claim under the law of nations as an element of common law; Congress has not in any relevant way amended §1350 or limited civil common law power by another statute. Still, there are good reasons for a restrained conception of the discretion a federal court should exercise in considering a new cause of action of this kind. Accordingly, we think courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th-century paradigms we have recognized».

---

[86] T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., pag. 295: «*Filartiga* was significant because few cases had evoked the ATS and even fewer had found a basis for permitting the lawsuit to go forward».

[87] *Ibidem*, pag. 296 e s. con ampie citazioni giurisprudenziali.

[88] *Sosa v. Alveraez-Machain*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739, 159 L.Ed.2d. 719 (2004).

Nell'interpretazione della Corte Suprema, dunque, l'*ATS* garantisce una solida base di appoggio esclusivamente per azioni legali volte ad ottenere il risarcimento di quei danni causati da condotte che violino norme la cui attuale rilevanza e accettazione a livello internazionale sia comparabile a quella esistente nel diciottesimo secolo attorno alle fattispecie di violazione dei salvacondotti, delle guarrantigie diplomatiche e pirateria. A questo punto, il pensiero dell'interprete non può che andare a quelle condotte che violino i diritti umani fondamentali dell'individuo stabiliti da norme di *ius cogens*.

Non si può, tuttavia, non sottolineare come, analizzando la giurisprudenza successiva alla decisione della Corte Suprema, tale conclusione estensiva paia vacillare, di fronte alla varietà di approccio delle corti[89]. Una certa unanimità parrebbe riscontrarsi esclusivamente con riferimento alle ipotesi di tortura (realizzate direttamente o indirettamente dallo Stato straniero)[90], con ciò creandosi una certa sovrapposizione fra applicabilità dell'*ATS* e applicabilità del *Torture Victims Protection Act*.

L'accesso alle corti ai sensi del Torture Victims Protection Act del 1991

Il *Torture Victims Protection Act* (d'ora innanzi *TVPA*)[91] è stato approvato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1991 (ed entrato in vigore il 12 marzo 1992) quale strumento legislativo in grado di offrire una tutela giurisdizionale alle vittime di tortura[92]

---

[89] In questo senso possono leggersi alcune pronunce che hanno seguito quella della Corte Suprema. In *John Roe I v. Bridgestone Corp.*, 492 F.Supp.2d 988 (S.D. Ind. 2007), la Corte distrettuale ha rigettato la domanda risarcitoria per fatti di lavoro coatto degli adulti e trattamenti disumani (nell'ambiente lavorativo), ma l'ha, viceversa, accolta ai sensi dell'*ATS*, statuendo, dunque, la contrarietà delle condotte rispetto alla legge delle nazioni, per fatti di lavoro coatto minorile. Ancora, l'applicabilità dello *Statute* è stata affermata nei casi *Mehinovoc v. Vuckovic*, 198 F.Supp.2d 1322, 1347 (N.D. Ga. 2002) (per un'ipotesi di trattamenti crudeli, inumani e degradanti compiuti durante il conflitto bosniaco) e *Cabello v. Fernandez-Larios*, 157 F.Supp.2d 1345, 1361 (S.D. Fla. 2001) (per un'ipotesi di omicidio politico). Entrambe le decisioni avevano considerato le violazioni del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici del 1966 alla stregua di violazioni della legge delle nazioni. *Contra*, nel senso dell'applicabilità dell'*ATS* ai soli fatti di tortura restrittivamente intesa e non anche alle violazioni di norme pattizie (inidonee, citando *Sosa*, a creare diritti tutelabili in giudizio), *Aldana v. Del Monte Fresh Produce*, 416 F.3d 1242 (11th Cir. 2005).

[90] V. la già citata *Aldana v. Del Monte Fresh Produce*, cit., 1247 secondo cui: «State-sponsored torture, unlike torture by private actors, likely violates international law and is therefore actionable under the Alien Tort Act»; sul punto cfr. Anche *Kadic v. Karadizic*, 70 F.3d 232, 243-44 (2nd Cir. 1995).

[91] 106 Stat 73 (PL 102-256, 1992 HR 2092); in dottrina, v. T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, "Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America", cit., p. 301.

[92] Lo *Statute* adotta una definizione autonoma di tortura alla *Section 3(b)*, secondo cui, per tortura deve intendersi:

«(1) any act, directed against an individual in the offender's custody or physical control, by which severe pain or suffering (other than pain or suffering arising only from or inherent in, or incidental to, lawful

e *extrajudicial killing*[93]. La norma che disciplina l'attrazione della controversia alla giurisdizione americana è la *Section 2 (a)* secondo cui:

> «An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation--
> (1) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual; or
> (2) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual's legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death».

Il *TVPA*, dunque, assegna ai danneggiati (dei crimini di tortura e *omicidio extralegale*), senza alcuna distinzione di cittadinanza (e in ciò si differenzia dall'*ATS*) la (per vero residuale[94]) possibilità di agire (entro il lasso temporale stabilito dallo *statute of limitation*[95]) in giudizio nei confronti delle persone fisiche rappresentanti dello Stato estero (*An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation*). Ma non, e in quanto tale non sarà oggetto di approfondimento nel presente lavoro, nei confronti dello Stato medesimo.

---

sanctions), whether physical or mental, is intentionally inflicted on that individual for such purposes as obtaining from that individual or a third person information or a confession, punishing that individual for an act that individual or a third person has committed or is suspected of having committed, intimidating or coercing that individual or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind; and

(2) mental pain or suffering refers to prolonged mental harm caused by or resulting from –

(A) the intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering;

(B) the administration or application, or threatened administration or application, of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality;

(C) the threat of imminent death; or

(D) the threat that another individual will imminently be subjected to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality».

[93] La definizione è resa dalla *Section 3(a)*, secondo cui per *extrajudicial killing* deve intendersi: «a deliberated killing not authorized by a previous judgment pronounced by a regularly constituted court affording all the judicial guarantees which are recognized as indispensable by civilized peoples. Such term, however, does not include any such killing that, under international law, is lawfully carried out under the authority of a foreign nation».

[94] Ai sensi della *Section 2(b)*, infatti, «A court shall decline to hear a claim under this section if the claimant has not exhausted adequate and available remedies in the place in which the conduct giving rise to the claim occurred».

[95] Ai sensi della *Section 2(c)*, «No action shall be maintained under this section unless it is commenced within 10 years after the cause of action arose».

1.4 La Convenzione europea sull'immunità degli Stati

La Convenzione europea sull'immunità degli Stati è stata adottata a Basilea nel 1972[96]. Tale Convenzione, a fronte della adozione nel 2004 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, appare oggi significativa più che altro da un punto di vista storico. Per questo motivo si è scelto di non lasciare ampio spazio alla trattazione della Convenzione europea, per concentrarci, invece, sulla Convenzione ONU in materia immunitaria[97].

Ciò premesso, occorre anzitutto evidenziare che la Convenzione di Basilea ha rappresentato il primo tentativo di codificazione del regime dell'immunità relativa, ed ha dato forma a molte delle eccezioni che ora è possibile rinvenire nella prassi delle corti nazionali (*commercial exception*, *territorial tort exception* fra tutte). Essa ha, inoltre, fornito l'impulso – accolto solo in modo molto parziale – affinché i singoli Paesi adottassero una legislazione *ad hoc* in materia immunitaria, tanto è vero che la prima versione dell'atto che poi è divenuto nel 1978 lo *State Immunity Act* inglese è stato modellato sulla base delle disposizioni della Convenzione in esame.

Nonostante l'indubbia funzione "promotrice" svolta dalla Convenzione, essa non ha mai raggiunto un'ampia accettazione da parte degli Stati.

La Convenzione di Basilea nasce ad opera del Consiglio d'Europa, il quale inseriva la materia dell'immunità degli Stati nel proprio programma legislativo nel 1964, incaricando una commissione di giuristi, avente come *Chairman* Mr. R. Löwe, di redigere un testo per l'adozione di uno strumento pattizio sull'immunità degli Stati.

Già al tempo, in dottrina, si nutrivano forti dubbi circa il fatto che il Consiglio d'Europa fosse l'organo più appropriato per affrontare la questione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione straniera, dal momento che la medesima aveva indubbiamente una rilevanza non limitata all'ambito europeo. Tuttavia, il fatto che, a quell'epoca, le

[96] Sulla Convenzione europea sull'immunità degli Stati si vedano, *ex multis*, i seguenti contributi: R. JENNINGS, A. WATTS (edited by), *Oppenheims's International Law*, Routledge, London-New York, 1996, p. 343 e ss.; I. M. SINCLAIR, "The European Convention on State Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1973, p. 254 e ss.; M.-O. WIEDERKEHR, "La Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972", in *Annuaire Français de droit international*, 1974, p. 924 e ss.

[97] Per la trattazione della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, si rinvia al paragrafo successivo.

Nazioni Unite – nonostante avessero inserito da tempo l'argomento tra quelli che avrebbero dovuto essere trattati – non avevessero ancora dato corso ad alcuna produzione normativa sul tema dell'immunità degli Stati, conduceva gli esperti ad esprimere un parere favorevole circa l'elaborazione di una Convenzione a livello europeo, nella speranza che tale percorso avrebbe potuto essere d'impulso per un intervento in materia anche da parte di altri organi[98]. In effetti, tale convinzione si rivelava fondata, in quanto – come vedremo – nel 1978, le Nazioni Unite incaricavano un Gruppo di lavoro all'interno della Commissione di diritto internazionale di redigere un progetto di articoli sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni.

Tornando alla Convenzione europea, il primo progetto di articolato veniva presentato al Comitato Europeo sulla Cooperazione in materia penale nel 1970. Il Progetto era poi adottato dalla Commissione dei Ministri e aperto alla firma dei membri del Consiglio d'Europa il 16 maggio del 1972.

Ai fini dell'entrata in vigore della Convenzione in parola, veniva previsto che fossero necessarie soltanto tre ratifiche. La Convenzione, dunque, è entrata in vigore l'11 giugno del 1976, a seguito della ratifica di Cipro a cui facevano seguito anche quelle dell'Austria e del Belgio.

Tuttavia, dal 1976 ad oggi, nonostante siano ben 46 i Paesi membri del Consiglio d'Europa, la Convenzione di Basilea è stata ratificata soltanto da 8 Stati[99], l'ultimo dei quali, la Germania, nel 1990.

La dottrina si è prodigata nell'individuare le ragioni del mancato consenso riscosso dalla Convenzione. Nelle parole di autorevoli commentatrici, ciò è derivato da:

---

[98] Cfr. sul punto: W. J. BELINFANTE, "State Immunity Today", in A. BOS, H. SIBLESZ (edited by), *Realism in Law Making: Essays in Honour of Willem Riphagen*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, p. 1 e ss.

[99] Per lo status della Convenzione si rinvia al link http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074/signatures?p_auth=JcRExZTK. Al 10 marzo del 2016, gli Stati che hanno ratificato la Convenzione sono: Austria (10 giugno del 1975), Belgio (27 ottobre del 1975), Cipro (10 marzo del 1976), Germania (15 maggio del 1990), Lussemburgo (11 dicembre 1986), Paesi Bassi (21 febbraio del 1985), Svizzera (6 luglio del 1982), Regno Unito (3 luglio del 1979).

«its complexity, its requirement that the specified activities which enjoy no immunity be closely linked to the forum State, and its cautious optional regime for execution of judgement»[100].

Tuttavia, l'obiettivo promosso dal Consiglio d'Europa – così come esplicato nel Preambolo alla Convenzione – era quello di individuare delle disposizioni che potessero essere applicate a tutti gli Stati ratificatori, finalizzate ad assicurare un'effettiva applicazione, e, prima di tutto, emanazione, delle decisioni giurisdizionali a carico degli Stati.

La Convenzione, dunque, si muoveva nell'ottica di garantire agli individui una protezione giuridica effettiva, qualora questi decidessero di intentare un'azione contro uno Stato estero. Ciò, anzitutto, sancendo, per la prima volta all'interno di un trattato, il principio dell'immunità ristretta e, poi, prevedendo un obbligo giuridico per gli Stati parte di dare volontaria esecuzione alle eventuali sentenze rese da uno Stato straniero nei loro confronti[101].

Non si pensi, però, che si tratti di un testo rivoluzionario: l'approccio adottato dalla Convenzione è stato particolarmente cauto, in quanto risultato frutto di numerosi compromessi, figli dell'eterogeneità dei sistemi giuridici nazionali degli Stati parte.

La Convenzione si fonda sul c.d. metodo della lista, comune ai testi che disciplinano la materia immunitaria. Tuttavia, essa assume una «prospettiva rovesciata»[102]. Le legislazioni *ad hoc*, infatti, – così come, peraltro, vedremo la Convenzione delle Nazioni Unite del 2004 – dettano prima, come regola generale, l'immunità per gli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri, e poi elencano le ipotesi in cui eccezionalmente l'esenzione dalla giurisdizione non è riconosciuta. La Convenzione di Basilea, invece, prevede agli articoli 1-14 le ipotesi in cui l'immunità non può essere concessa agli Stati stranieri, per poi individuare solo come regola residuale, all'art. 15, l'immunità.

---

[100] H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 119.

[101] Non si deve dimenticare, infatti, che il testo della Convenzione: «was drafted by legal advisers, who had in mind not only the reform of State immuniy law but also the requirements of the Brussels Convention on Jurisdiction and Recognition of Judgments». Così H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 119.

[102] Così A. GIOIA, *Diritto internazionale*, cit., p. 264.

Le eccezioni all'immunità sono partecipate da un minimo comun denominatore: la necessaria esistenza di un collegamento fra procedimento (*petitum*, *causa petendi*, parti in causa) e Stato del foro.

La rigidità di tale sistema è stata in parte attenuata dalla disciplina facoltativa prevista dall'art. 24 della Convenzione[103].

In dottrina si è affermato, anche sulla base dell'analisi dell'art. 24, che la Convenzione contiene tre zone: una zona bianca, ove l'immunità è sempre negata; una zona nera in cui l'immunità è, invece, sempre garantita; una zona grigia intermedia, ove la questione se l'immunità possa essere invocata dipende dal fatto che uno Stato abbia reso o meno la Dichiarazione di cui all'art. 24, § 1[104].

Per quanto concerne la struttura della Convenzione, essa è suddivisa in un preambolo e sei capitoli.

Il I capitolo concerne l'immunità dalla giurisdizione; il II capitolo attiene alle regole di procedura; il III capitolo concerne gli effetti delle sentenze; il IV capitolo prevede la disciplina facoltativa; il V capitolo detta le disposizioni generali; il VI capitolo si occupa delle disposizioni finali.

Il capitolo IV, come visto all'art. 24, introduce un regime opzionale che consente, ferme restando specifiche condizioni, ad uno Stato contraente, attraverso un atto dichiarativo, di estendere il novero dei procedimenti per i quali non è prevista l'immunità.

Il successivo articolo 25 permette l'esecuzione contro i beni di uno Stato usati esclusivamente in relazione ad attività commerciali non immuni.

---

[103]Art. 24: «1. Nonostante le disposizioni dell'articolo 15, ogni Stato può, al momento della firma o del deposito del suo strumento di ratificazione, d'accettazione o di adesione, o in qualsiasi altro momento successivo, dichiarare, mediante notificazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che, nei casi in cui non siano applicabili gli articoli 1 a 13, i suoi tribunali potranno decidere su procedimenti avviati contro un altro Stato Contraente nella misura in cui possano decidere su procedimenti avviati contro Stati non parti della presente Convenzione. Questa dichiarazione non tocca l'immunità dalla giurisdizione di cui godono gli Stati esteri per gli atti compiuti nell'esercizio del potere pubblico (*acta jure imperii*) […]».

2. I tribunali di uno Stato che abbia fatto la dichiarazione prevista dal paragrafo 1 non possono, tuttavia, decidere su tali procedimenti contro un altro Stato Contraente se la loro competenza può fondarsi soltanto su uno o più motivi menzionati nell'Allegato della presente Convenzione, salvo che l'altro Stato Contraente entri nel merito senza aver contestato la competenza del tribunale.

[104] In questo senso si veda W. J. BELINFANTE, "State Immunity Today", cit., pp. 1-3.

All'interno del capitolo V sono poi indicate una serie di ipotesi per le quali la disciplina della Convenzione di Basilea non opera: art. 33, art. 29, art. 30, art. 31, art. 32.

Appare in questa sede opportuno limitare l'analisi della Convenzione a quei profili funzionali alla trattazione della questione di cui ci occuperemo nel prosieguo.

Anzitutto, occorre domandarsi quale sia l'accezione di Stato – ai fini del riconoscimento dell'immunità – accolta dalla Convenzione.

L'art. 27[105] stabilisce indirettamente che possano essere ricompresi nella definizione di Stato solo gli enti che, sulla base del diritto interno, rivestono la qualità di organi statali, escludendo, al § par. 1, che ricadano nella espressione "Stato contraente" gli enti dotati di personalità giuridica distinta rispetto allo Stato.

Tuttavia, il § 2 prosegue, poi, non senza destare qualche perplessità applicativa, stabilendo che anche gli enti dotati di personalità giuridica autonoma sono esenti dalla giurisdizione dei tribunali stranieri per tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle prerogative sovrane[106].

Inoltre, il § 3 prevede che tali enti possano comunque essere convenuti dinanzi ai tribunali stranieri, nel caso in cui questi ultimi sarebbero stati competenti qualora il procedimento fosse stato instaurato nei confronti dello Stato contraente[107].

---

[105] Testualmente l'art. 27 della Convenzione di Basilea statuisce: «1. Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "Stato contraente" non comprende un ente legale di uno Stato contraente che sia da esso distinto ed abbia la capacità di stare in giudizio, anche se a tale ente siano affidate pubbliche funzioni. 2. Ogni ente di cui al paragrafo 1 può essere convenuto davanti ai tribunali di un altro Stato contraente come persona privata; tuttavia, tali tribunali non possono conoscere degli atti compiuti dall'ente nell'esercizio di autorità sovrana (*acta jure imperii*) 3. Un tale ente può in ogni caso essere convenuto davanti a tali tribunali se questi, in circostanze analoghe, sarebbero stati competenti, se il procedimento fosse stato istituito nei confronti di uno Stato contraente».

[106] Il rapporto esplicativo della Convenzione europea, reperibile al link https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c96c3, chiarisce, al § 108, che: «For the purpose of defining this entities, the criterion of legal personality alone is not adequate for even a State authority may have legal personality without constituting an entity from the State. On the other hand, it was considered that a dual test compromising (1) distinct existence separate and apart from the executive organs of the State and (2) capacity to sue or be sued, i.e. the ability to assum the role of either plaintiff or defendant in court proceedings, could provide a satisfactory means of identifying those legal entities in Contracting States which should not be treated as the State». Sul punto Fox e Webb hanno affermato che: «Unfortunately the above definition by discarding the "entrustment of public function" as an indicator, but restoring immunity were "performed in exercise of sovereign immunity" introduced new confusion». Così H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 121.

[107] Sul punto il rapporto esplicativo della Convenzione di Basilea, per il quale si rinvia alla nota precedente, prevede al § 109 che: «Paragraph 3 provides that an entity may not enjoy more favourable

L'art. 28 esclude, al § 1, che gli Stati membri di uno Stato federale possano essere destinatari del privilegio dell'immunità. Non di meno, il § 2 del medesimo articolo prosegue sostenendo che anche agli Stati federati può essere riconosciuta l'immunità qualora sia lo Stato federale a dichiarare che anche i suoi Stati membri possano avvalersi delle disposizioni della Convenzione[108].

Il capitolo 1, come visto, si occupa delle situazioni alle quali non è applicabile la regola immunitaria.

In primo luogo, ex art. 1, l'immunità non si applica alle ipotesi in cui lo Stato convenuto dimostri il proprio consenso alla celebrazione del giudizio, un consenso che potrà manifestarsi anche dal semplice intervento nel procedimento – attraverso una difesa nel merito dei fatti che non invochi la guarrantigia (art. 3) – o dall'esercizio di domande riconvenzionali (rinuncia all'immunità c.d. implicita).

In secondo luogo, l'immunità può essere esclusa nelle ipotesi, previste dall'art. 2, di accordo espresso (accordo internazionale; disposizione espressa inserita in un contratto scritto; espresso consenso prestato dopo l'instaurazione della lite: rinuncia all'immunità c.d. esplicita).

Al fianco di queste eccezioni, non correlate alla natura dell'atto posto in essere dallo Stato convenuto, sono, poi, disciplinate negli artt. dal 4 a 14, dieci ulteriori eccezioni connesse alla natura privata o commerciale dell'attività statale dannosa.

Tali eccezioni, come detto, si relazionano alla condotta dello stato estero, in materia: di esercizio di un'attività commerciale; di lavoro subordinato; di affari societari; di marchi e brevetti; di proprietà immobiliare; di successioni, donazioni e *bona vacantia*; di danni alle persone o ai beni; di arbitrato; di amministrazione dei *trust* e materia fallimentare.

Ci troviamo, dunque, di fronte ad un catalogo, per vero particolarmente ampio, di clausole di eccezione (nonostante il fatto che il comitato di esperti fosse orientato

treatment tha a Contracting State. The overall effect of Article 27 is to deny to entities, when they are not exercising public functions, any right to treatment different from the accorded to a private person».

[108] Art. 28 della Convenzione di Basilea afferma che: «Senza pregiudizio delle disposizioni dell'articolo 27, gli Stati membri di uno Stato federale non godono dell'immunità. 2. Tuttavia, uno Stato federale, parte della presente Convenzione, può dichiarare con notificazione diretta al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, che i suoi Stati membri possono invocare le disposizioni della Convenzione applicabili agli Stati contraenti e hanno gli stessi obblighi di questi ultimi […]».

nel senso di redigere un'unica disposizione quadro, che potesse descrivere in via riepilogativa, ma comunque esaustiva, gli atti *iure privatorum* non assistiti dall'immunità[109]). A tal proposito, interessanti risultano le considerazioni di Sinclair (membro della delegazione inglese), il quale riassume le ragioni che avevano condotto ad una scelta così frammentaria, a cagione delle difficoltà interpretative che il comitato aveva ritenuto avrebbero potuto prodursi nei singoli ordinamenti giuridici, qualora si fosse optato per la redazione di un'unica norma densa di clausole generali:

> «In fixing the border line between those cases in which immunity could be claimed and those cases in which immunity could not be claimed […] there appeared to be three solutions: a) to assimilate the foreign State to the position of the State of the forum before its own courts; b) to establish a list (illustrative or exhaustive) of acts *iure gestionis* and acts *iure imperii* ; c) to maintain in general the immunity of the foreign State, except from certain defined categories of activities in relation to which the State would not enjoy immunity»[110].

Una volta scartate le prime due opzioni – la prima perché insoddisfacente (comportando una disciplina differenziata a seconda dello Stato che esercitasse la giurisdizione), la seconda perché troppo laboriosa (avendo riferimento ai diversi ordinamenti giuridici coinvolti) – la Commissione accoglieva, di fatto, la terza opzione risolvendosi per l'elaborazione del catalogo sopra richiamato.

Ancora, a grandi linee, come detto, tutte queste eccezioni sono sorrette dalla necessaria esistenza di un legame, che fonda la giurisdizione, tra lo Stato convenuto e lo Stato del foro[111].

Ci si concentri, brevemente, sulle tre eccezioni maggiormente significative ai fini del prosieguo della trattazione: la *commercial exception* e la *territorial tort exception*.

La *commercial exception*, prevista nel contesto geografico dell'art. 4 della Convenzione, prevede che uno Stato non possa invocare l'immunità dalla giurisdizione

---

[109] H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 122.
[110] I. M. SINCLAIR, "The European Convention on State Immunity", cit., p. 267.
[111] Cfr. Commentario alla Convenzione di Basilea, § 10.

allorquando il procedimento riguardi l'esecuzione di un obbligo contrattuale[112] che debba essere adempiuto (di qui il necessario collegamento territoriale) sul territorio dello Stato del foro[113]. La previsione di cui all'art. 4, va integrata: con quella dell'art. 5 relativa alle controversie in rapporti di lavoro subordinato; con quella dell'art. 6 relativa alle controversie che nascano all'interno di società commerciali – partecipate da privati e dallo Stato convenuto – che abbiano la propria sede o svolgano la propria attività nello Stato del Foro[114]; con quella dell'art. 7 relativa alle controversie che riguardino un'attività commerciale, industriale o finanziaria svolta dallo Stato estero (che, espressamente, viene considerato operare alla stregua di un privato), sul territorio dello Stato del foro, per mezzo di uffici, agenzie, stabilimenti.

Ciò che rileva, ai fini dell'applicabilità delle norme ora riassunte, è unicamente la natura contrattual-privatistica dell'atto, senza alcun riferimento allo scopo dell'attività realizzata dallo Stato sul territorio straniero[115].

La *territorial tort exception* è prevista dall'art. 11 della Convenzione.

Due sono i collegamenti territoriali richiesti dalla norma ai fini del riconoscimento della giurisdizione dello Stato del foro sulle condotte dannose poste in essere da rappresentanti dello Stato convenuto: che il fatto (dovendosi intendere tanto la condotta quanto il danno) si sia verificato sul territorio dello Stato del foro; che l'autore del danno fosse presente sul medesimo territorio al momento della verificazione del fatto. L'art. 11, dunque e di primo acchito, non prevede alcuna distinzione – ai fini del riconoscimento o meno dell'immunità – fra condotte poste in essere in esecuzione di funzioni privatistiche e condotte espressione di prerogative sovrane.

Tuttavia – e ciò è l'elemento di maggior interesse circa l'applicabilità/non applicabilità della *terrotorial tort exception* nei limiti della Convenzione di Basilea – tale distinzione rivive in parte nella contro-eccezione disciplinata dall'art. 31. Infatti, ai sensi di tale ultima norma: «[n]essuna disposizione […] tocca le immunità o i privilegi di cui

---

[112] Si noti come la *commercial exception* regolata dalla Convenzione ONU del 2004 – su cui v. il prossimo paragrafo – sia dotata di una portata più ampia, non riguardando i soli «obblighi contrattuali», ma estendendosi, in generale a tutte le operazioni commerciali che abbiano uno Stato come parte.

[113] L'immunità ritorna, invece, ad essere applicabile, in tre ipotesi eccezionali: quando le parti del contratto siano due o più Stati; quando il contratto sia stipulato sul territorio dello Stato convenuto e retto dal proprio diritto amministrativo; nelle ipotesi di deroga consensuale alla regola generale.

[114] Anche tale norma è derogabile consensualmente.

[115] Scopo che, invece, come vedremo, è valorizzato dalla Convenzione ONU del 2004.

gode uno Stato Contraente per quanto concerne qualsiasi atto od omissione delle proprie forze armate o in relazione con le stesse, quando esse si trovino sul territorio di un altro Stato Contraente».

Pertanto, se – come avremo modo di analizzare – spesso la questione interpretativa di maggior rilievo in materia immunitaria attiene alla possibilità o meno di ricondurre le attività poste in essere dalle forze armate di uno Stato sul territorio di un Paese straniero alla *territorial tort exception*, la Convenzione di Basilea con la clausola di cui all'art. 31, nota come *armed conflict clause*, si esprime esplicitamente sul punto, escludendo le attività predette dall'ambito di applicazione della Convenzione stessa.

Ampio spazio, ad ogni modo, sarà dedicato nel prosieguo del presente lavoro all'analisi della giurisprudenza e della prassi che si è confrontata col tema dell'immunità per le attività dannose poste in essere dalle forze armate di un Paese estero sul suolo di un altro Stato, dando conto sia delle pronunce che hanno valorizzato l'art. 31 della Convenzione in oggetto, sia di quelle che abbiano, di fatto, respinto la possibilità di un'applicazione generalizzata della *armed conflict clause*.

1.5 La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni

La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata per *consensus* dall'Assemblea Generale ONU il 2 dicembre del 2004[116], e aperta alla firma il 17 gennaio del 2005, è il risultato di più di venticinque anni di lavori della Commissione di diritto internazionale[117].

---

[116] Cfr. Risoluzione A/59/38 del 2 dicembre del 2004, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004_resolution.pdf.

[117] Il testo della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni è reperibile al link http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/4_1_2004.pdf. Sui lavori svolti dalla Commissione di diritto internazionale al fine di codificare la materia immunitaria e l'adozione della Convenzione, particolarmente numerosi sono i contributi della dottrina. Si veda *ex multis*: F. BERLINGIERI, "La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e delle loro proprietà", in *Il diritto marittimo*, 2006, p. 1351 e ss.; E. DENZA, "The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 395 e ss.; A. DICKINSON, "Status of Forces under the UN Convention on State Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 427 e ss.; F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2007, p. 49 e ss.; H. FOX, P. WEBB, *The Law of State*

Nel 1977, infatti, a fronte della richiesta di intraprendere la codificazione della materia presentata dall'Assemblea Generale, la Commissione di diritto internazionale inseriva tra le tematiche che avrebbero dovuto essere oggetto del suo studio l'immunità degli Stati e dei loro beni dalla giurisdizione dei Paesi stranieri.

Un progetto di articoli veniva approvato in prima lettura nel 1986[118] e sottoposto alle osservazioni degli Stati.

Il 4 luglio del 1991 veniva, poi, approvato un altro progetto in seconda lettura[119].

Tuttavia, tale progetto rimaneva "sospeso" fino al 1998, anno in cui l'Assemblea Generale chiedeva alla Commissione di diritto internazionale di riesaminarne il testo, avendo riguardo alle problematiche sostanziali correlate al progetto di articoli e prendendo in considerazione i recenti sviluppi della prassi statuale e gli altri fattori connessi al problema dell'adozione del testo[120].

Immunity, Cit., p. 287 e ss.; H. FOX, "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 399 e ss.; R. GARDINER, "UN Convention on State Immunity: Why the Convention on State Immunity Is Important?", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 407 e ss.; G. HAFNER, "Accountability and Immunity: the United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property and the Accountability of States", in *American Journal of International Law Proceedings*, 2005, p. 237 e ss.; G. HAFNER, L. LANGE, "La Convention des Nations Unies sur les immunités jurisdictionelles des Etat et de leurs bien", in 50 *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45 e ss.; G. HAFNER, U. KÖHLER, "The United Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p. 3 e ss.; C. K. HALL, "UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 411 e ss.; B. HESS, "The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property", in *European Journal of International Law*, 1993, p. 269 e ss.; C. KESSEDJIAN, C. SCHREUER, "Le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les immunités des Etats", in *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 299 e ss.; R. LUZZATTO, "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2007, p. 3 e ss.; G. MARTINO, "Recenti sviluppi della codificazione del regime delle immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero", in *La Comunità internazionale*, 1996, p. 229 e ss.; R. O'KEEFE, C. J. TAMS (edited by), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxfrod University Press, Oxford, 2013. I. PINGEL-LENUZZA, "Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités jurisdictionnelles des Etats et de leurs biens", in *Journal de droit international*, 2005, p. 1045 e ss.; N. RONZITTI, "La Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro beni e *lo jus cogens*", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, vol. I, p. 695 e ss.; N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in N. RONZITTI, G. VENTURINI (a cura di), *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 2008, p. 1 e ss.; D. P. STEWART, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 194 e ss.

[118] Cfr. Progetto di articoli sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 1986, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_l399.pdf&lang=EF.

[119] Cfr. Progetto di articoli sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 1991, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf.

[120] Cfr. Risoluzione 53/98 dell'8 dicembre del 1998, reperibile al link http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/98.

Nel 2000 veniva istituito dall'Assemblea ONU un Comitato *ad hoc*, che, dopo tre sessioni di lavoro, il 5 marzo del 2004, presentava un rapporto finale sul progetto di articoli[121]. Proprio sulla base di tale relazione veniva adottato il testo definitivo della Convenzione da parte dell'Assemblea Generale.

È opportuno fin da ora ricordare, prima di procedere all'analisi delle sue disposizioni, che la Convenzione ONU sull'immunità non è attualmente in vigore: sulla base, infatti, di quanto statuito dall'art. 30 della Convenzione stessa[122], affinché essa possa produrre effetti occorre che sia ratificata da almeno 30 Stati e, attualmente, soltanto 21 Paesi sono parti del trattato[123].

Ciò non di meno, la dottrina è concorde nel ritenere che tale Convenzione rivesta un'importanza fondamentale.

---

[121] Cfr. *Rapporto del Comitato ad hoc sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni*, 5 marzo 2004, reperibile al link http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/59/22(supp).

[122] L'art. 30, rubricato «Entrata in vigore», della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni statuisce: «1. La presente Convenzione entrerà in vigore il trentesimo giorno successivo alla data di deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite. 2. Per ogni Stato che ratificherà, accetterà o approverà la presente Convenzione o vi aderirà dopo il deposito del trentesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione, essa entrerà in vigore il trentesimo giorno successivo alla data di deposito da parte di tale Stato del suo strumento».

[123] Alla data del 10 marzo 2016, tra gli Stati parte della Convenzione si annoverano: Austria (14 settembre 2006); Repubblica Ceca (12 marzo 2015); Finlandia (23 aprile 2014); Francia (12 agosto del 2011); Iran (29 settembre 2008); Iraq (22 dicembre 2015); Italia (6 maggio 2013); Giappone (11 maggio 2010); Kazakistan (17 febbraio 2010); Lettonia (14 febbraio 2014); Libano (21 novembre 2008); Liechtenstein (22 aprile 2015); Messico (29 settembre 2015); Norvegia (27 marzo 2006); Portogallo (14 settembre 2006); Romania (15 febbraio 2007); Arabia Saudita (1 settembre 2010); Slovacchia (29 dicembre 2015); Spagna (21 settembre 2011); Svezia (23 dicembre 2009); Svizzera (16 aprile 2010). Per monitorare lo status delle ratifiche alla Convenzione, si rinvia al seguente link: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en.
Inoltre, per alcune riflessioni circa l'eventuale ratifica della Convenzione da parte degli Stati Uniti, si vedano le considerazioni di F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., spec. pp. 53 e 54. Secondo l'Autrice, qualora gli Stati Uniti decidessero di ratificare la Convenzione di New York, l'applicazione dell'*Anti-Terrorism and Death Penalty Act*, ovvero l'emendamento al *FSIA* introdotto nel 1996, costituirebbe una violazione della Convenzione. Se, infatti, come vedremo, seguendo la logica del trattato, l'immunità deve essere considerata una regola di diritto internazionale, il suo mancato riconoscimento da parte degli Stati Uniti rispetto a taluni Paesi, esclusivamente sulla base di considerazioni fondate sulla politica legislativa, essendo a questi ultimi negata l'esenzione dalla giurisdizione in quanto ritenuti sponsor del terrorismo internazionale, configurerebbe un illecito. Peraltro, come acutamente sottolineato dall'Autrice, «se come appare dalla prassi internazionale […] la Convenzione costituisce sul punto in parola mera codificazione del diritto internazionale consuetudinario, alla stessa conclusione dovrebbe giungersi indipendentemente da ogni ratifica».

Si deve notare come, a fronte delle diverse discipline previste dagli ordinamenti nazionali per l'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni[124], la codificazione delle Nazioni Unite rappresenti "il tentativo più ampio e impegnativo" di individuare, rispetto ad un istituto cardine del diritto internazionale, una disciplina omogenea[125], a vocazione universale.

È vero, infatti, come già ricordato, che esiste un'altra Convenzione che ha codificato la materia, ovvero la Convenzione di Basilea del 1972. Tuttavia, quest'ultima, per quanto apprezzabile, è pur sempre dotata esclusivamente di un carattere regionale, essendo limitata ai soli membri del Consiglio d'Europa[126]. Al contrario, la Convenzione ONU del 2004 ha il pregio di essere aperta a tutti gli Stati[127].

Qualora, inoltre, la Convenzione entrasse in vigore, gli Stati, ancora sprovvisti di una legislazione in materia immunitaria, potrebbe assumerla come modello per adottare una legge interna[128]. Peraltro, essendo i Paesi privi di una legislazione sulle immunità la maggior parte, specialmente avendo riguardo agli Stati di *civil law*, la formulazione di una disciplina nazionale sulla falsariga del trattato ONU produrrebbe un effetto di avvicinamento ed armonizzazione della materia tra i diversi Paesi[129].

---

[124] Luzzatto afferma che la «"nazionalizzazione" della disciplina non ha contribuito alla affermazione di soluzioni largamente condivise. Si direbbe anzi che, con il diffondersi di norme nazionali intese a regolare più analiticamente i vari aspetti del fenomeno, le differenze tendono ad accentuarsi, dando luogo a disparità di trattamento non facilmente giustificabili». Così R. LUZZATTO, "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", in cit., p. 4.

[125] *Ibidem*. In questo senso si è espressa anche De Vittor, la quale ritiene che debba essere attribuito alla Convenzione del 2004 il pregio di «fare chiarezza e contribuire alla certezza del diritto in una materia in cui i tribunali interni dei diversi paesi hanno spesso assunto posizioni diversificate». Così F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 49. Inoltre, dello stesso avviso: E. DENZA, "The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective", cit., p. 395 e ss.; H. FOX, "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important", cit., p. 399 e ss.

[126] Per un raffronto tra la Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972 e la Convenzione dell'ONU sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, si veda: G. HAFNER, M. G. KOHEN, S. BREAU (edited by), cit.

[127] Cfr. l'art. 28, rubricato «Firma», della Convenzione in esame che afferma: «La presente Convenzione è aperta alla firma di *tutti gli Stati* fino al 17 gennaio 2007 presso la Sede dell'Organizzazione delle Nazioni Unite a New York» (corsivo aggiunto).

[128] Ronzitti, in particolare, ha sottolineato, in un articolo del 2010, la necessità di una normativa dettagliata volta a disciplinare l'immunità dalla giurisdizione, non potendo più l'interprete fare affidamento esclusivamente sul diritto internazionale consuetudinario. Cfr. N. RONZITTI, "Corte dell'Aia: sospensione con il limite temporale dell'esecuzione delle sentenze verso Stati esteri", in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 30, p. 48 e ss. Sul punto cfr. anche: N. RONZITTI, "Immunità giurisdizionali degli Stati: opportuna la ratifica della Convenzione", in *Guida al diritto – Diritto comunitario ed internazionale*, 2008, fasc. 6, p. 72 e s.

[129] In questo senso si sono espressi anche N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., p. 12, i quali

La Convezione si divide in sei parti.

La I parte è introduttiva e prevede: l'ambito applicativo della stessa Convenzione (art. 1); le definizioni dei termini utilizzati nel testo del trattato (art. 2); i privilegi e l'immunità per cui la Convenzione non opera (art. 3); l'irretroattività del trattato (art. 4).

La II parte enuncia quelli che sono i principi generali, statuendo: la regola – che deve di norma trovare applicazione – dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri (art. 5); le modalità attraverso le quali uno Stato garantisce l'immunità ad un Paese estero (art. 6); le ipotesi di rinuncia espressa all'immunità (art. 7); gli effetti che discendono dalla partecipazione di uno Stato al procedimento dinanzi alle autorità giurisdizionali di un Paese estero (art. 8); i casi di domande riconvenzionali che escludono l'immunità per lo Stato che le propone (art. 9).

La III parte enumera le ipotesi che costituiscono un'eccezione alla regola generale dell'esenzione dalla giurisdizione: operazioni commerciali (art. 10); contratti di lavoro (art. 11); lesioni personali e danni ai beni (art. 12); proprietà, possesso ed uso di beni (art. 13); proprietà intellettuale ed industriale (art. 14); partecipazione in società ed altri enti collettivi (art. 15); navi di proprietà dello Stato o gestite da esso (art. 16); effetti di clausola arbitrale (art. 17).

La IV parte disciplina l'immunità dello Stato dall'esecuzione: immunità dello Stato dalle misure di coercizione precedenti alla sentenza (art. 18); immunità dello Stato dalle misure di coercizione posteriori alla sentenza (art. 19); effetti del consenso all'esercizio della giurisdizione sull'adozione di misure di coercizione (art. 20); specifiche categorie di beni (art. 21).

---

hanno affermato che: «[…] l'entrata in vigore della Convenzione e la conseguente armonizzazione delle normative nazionali favorirebbe l'affidamento degli operatori commerciali e finanziari inducendoli a incrementare le loro operazioni negli Stati parti, anche se tale considerazione sembra dover essere ridimensionata alla luce del permanere di un'immunità quasi assoluta relativamente alle misure di esecuzione, che invece soprattutto interessano tale categoria di soggetti». Peraltro gli Autori, così come evidenziano l'aspetto positivo che potrebbe essere prodotto dall'entrata in vigore della Convenzione, al tempo stesso danno conto di un possibile effetto negativo, affermando che: «[…] la ratifica da parte degli Stati che possiedono una legislazione dettagliata sulla materia (essenzialmente gli USA, il Regno Unito e il Canada) potrebbe rivelarsi problematica in relazione al necessario adattamento dell'ordinamento interno».

La V parte prevede una serie di disposizioni inerenti i profili pratici della Convenzione: notificazioni (art. 22), sentenza contumaciale (art. 23), privilegi ed immunità durante il procedimento davanti al tribunale (art. 24).

La VI ed ultima parte detta le disposizioni finali, prevedendo: che l'allegato alla Convenzione, con cui quest'ultima si chiude, avente la finalità di mettere in luce gli accordi conclusi tra Stati inerenti all'interpretazione di talune delle disposizioni del trattato, è considerato parte integrante della Convenzione stessa (art. 25); l'impregiudicatezza di altri accordi internazionali tra Stati (art. 26); la risoluzione delle controversie (art. 27); l'apertura alla firma (art. 28); la ratifica, accettazione, approvazione o adesione (art. 29); l'entrata in vigore (art. 30); la denuncia (art. 31); il depositario e le comunicazioni (art. 32); i testi autentici (art. 33).

Appare opportuno, *in primis*, fare chiarezza sull'ambito di applicazione della Convenzione, e, pertanto, soffermarci su quale sia la nozione di Stato che è stata accolta nel testo del trattato.

La Convenzione di cui al nostro esame adotta, all'art. 2, par. 1, lett. b)[130], una definizione particolarmente estensiva di Stato, ricomprendendo al suo interno non soltanto gli organi di governo, e tutte le entità che, avendone il potere, pongano in essere atti nell'esercizio del

[130] L'art. 2 rubricato «Uso dei termini» della Convenzione di New York del 2004, recita: «1. Ai fini della presente Convenzione: […] b) per Stato si intende: i) lo Stato e i suoi diversi organi di governo; ii) le entità che costituiscono uno Stato federale o le suddivisioni politiche dello Stato che sono dotate del potere di compiere atti nell'esercizio dell'autorità di governo dello Stato e che agiscono in quanto tali; iii) gli enti o gli organismi dello Stato od altre entità in quanto sia ad esse attribuito il potere di compiere e di fatto compiano atti nell'esercizio del potere di governo dello Stato; iv) i rappresentanti dello Stato quando agiscano in questa qualità […]». Si tratta, quindi, di una formulazione diversa rispetto alla Convenzione europea sull'immunità degli Stati. Ricordiamo, infatti, come quest'ultima, all'art. 27, prima (in particolare al par. 1), lasci intendere che solo gli enti che sulla base del diritto interno rivestono la qualità di organi statali possano rientrare nella concezione di Stato, escludendo la possibilità che in tale concezione possano essere ricompresi anche enti dotati di personalità giuridica distinta rispetto allo Stato contraente, e poi (nello specifico al par 2) si smentisca, asserendo che anche gli enti dotati di personalità giuridica autonoma sono esenti dalla giurisdizione dei tribunali stranieri per tutti gli atti compiuti nell'esercizio di prerogative sovrane.

potere di governo dello Stato[131], ma anche i rappresentanti dello Stato nel caso in cui compiano atti in tale veste[132].

Necessario è sottolineare, inoltre, che la Convenzione ONU riconosce esplicitamente che anche gli Stati federati debbano essere ricondotti alla definizione di Stato[133].

Ciò premesso, non appare funzionale, ai fini della nostra trattazione, analizzare analiticamente ciascun articolo della Convenzione di New York, quanto, piuttosto, limitarci

---

[131] La formulazione della norma in prima lettura era, tuttavia, diversa rispetto a quella che è stata adottata nel testo finale. In passato, infatti, non si rinveniva alcun riferimento al fatto che l'ente avesse «effettivamente compiuto atti nell'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato". In particolare l'art. 3, rubricato "Interpretative provisions», adottato nel 1986, affermava: «1. The expression "State" as used in the present articles is to be understood as comprehending: (a) the State and its various organs of government; (b) political subdivisions of the State which are entitled to perform acts in the exercise of the sovereign authority of the State; (c) agencies or instrumentalities of the State, to the extent that they are entitled to perform acts in the exercise of the sovereign authority of the State; (d) representatives of the State acting in that capacity. […]». Tale mancanza veniva sottolineata nelle considerazioni presentate dagli Stati al progetto del 1986 (cfr. *Comments and observations received from Governments* doc. A/CN.4/410 e Add.1-5, 1988, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_410.pdf&lang=EF), e, successivamente, sopperita, seppur soltanto in parte, con il progetto approvato nel 1981, il cui articolo 2 affermava: «1. For the purpose of the present articles: […] (b) «State» means: (i) the State and its various organs of Government; (ii) constituent units of a federal State; (iii) political subdivisions of the State which are entitled to perform acts in the exercise of the sovereign authority of the State; (iv) agencies or instrumentalities of the State and other entities, to the extent that they are entitled to perform acts in the exercise of the sovereign authority of the State; (v) representatives of the State acting in that capacity […]». Il testo dell'articolo, così come nella sua attuale formulazione, è quello che è stato formulato dal Comitato *ad hoc* nel 2002: cfr. *Report of the Ad Hoc Committe on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, 4-15 *February* 2002, doc. A/57/22, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?symbol=A/57/22(Supp).

[132] È opportuno evidenziare che sebbene l'art. 2 ricomprenda nella definizione di Stato sia i diversi organi di governo sia i rappresentanti dello Stato qualora agiscano in tale qualità, l'articolo 3, che esclude determinati privilegi e immunità dall'ambito applicativo della Convenzione, fa riferimento alle immunità del personale diplomatico (par. 1, lett. a) e b)) e all'immunità *ratione personae* dei Capi di Stato (par. 1, lett. c)). Inoltre, occorre ricordare come la risoluzione dell'Assemblea generale A/59/38 del 2 dicembre del 2004 abbia statuito, al § 2, che la Convenzione non si applica ai procedimenti penali («2. Agrees with the general understanding reached in the *Ad Hoc* Committee that the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property does not cover criminal proceedings»). Di conseguenza, si ritiene che la Convenzione copra i soli casi di immunità funzionale dai procedimenti civili. In questo senso si veda anche quanto rilevato da G. HAFNER, U. KÖHLER, "The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties", cit., p. 15.

[133] Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, invece, la Convenzione di Basilea ricomprende nell'ambito applicativo della Convenzione gli Stati federati a condizione che vi sia stata una dichiarazione da parte dello Stato federale in tal senso. Tuttavia, la previsione esplicita dell'applicabilità della Convenzione ONU agli Stati federati inizialmente non era stata contemplata: come si evince, infatti, dal testo della prima versione dell'articolo, non vi era alcun riferimento ad essi. Pertanto, si riteneva che soltanto lo Stato federale potesse godere dell'immunità sancita nel trattato. Tuttavia, anche su tale punto le osservazioni presentate dagli Stati condussero ad una nuova formulazione dell'articolo già nel 1991: furono inserite nella definizione di Stato anche le «constituent units of a federal State» (art. 2, lett. b, (ii)). Il testo finale adottato presenta, quindi, esclusivamente una modifica formale, avendo riunito sotto un unico punto (art. 2, par. 1, lett. b) (ii)) gli Stati federati e «le suddivisioni politiche dello Stato che sono dotate del potere di compiere atti nell'esercizio della autorità di governo dello Stato e che agiscono come tali».

a considerare quelle disposizioni maggiormente significative per comprendere i termini del problema che ci porremo nel prosieguo.

Anzitutto, è opportuno ricordare – come già anticipato – che la Convenzione dell'ONU adotta il metodo della lista.

La regola generale, infatti, prevede che uno Stato non possa essere sottoposto a giurisdizione[134]. Secondo quanto statuito dall'art. 5:

> «Uno Stato beneficia, per se stesso e per i suoi beni, dell'immunità giurisdizionale davanti ai tribunali di un altro Stato, fatte salve le disposizioni della presente Convenzione»[135].

Di conseguenza, in applicazione della norma, uno Stato parte della Convenzione è tenuto a dare effetto immediato alle immunità, astenendosi dall'esercizio della giurisdizione in un procedimento pendente davanti alle proprie autorità giurisdizionali contro un altro Stato e dovendo garantire che tali autorità dichiarino *ex officio* che lo Stato straniero è beneficiario dell'immunità.

Vengono, poi, previste una serie di fattispecie che negano la possibilità per uno Stato di invocare l'immunità in determinate ipotesi.

Queste eccezioni sono a loro volta sottoposte a delle limitazioni, che fanno sì che in taluni casi continui a valere la regola generale dell'esenzione dalla giurisdizione.

---

[134] La Convenzione si è espressa, dunque, in senso opposto rispetto a quella corrente dottrinale che ha, in passato, dubitato dell'immunità quale regola generale e dell'esercizio della giurisdizione come ipotesi eccezionale. Cfr. in tal senso A. BIANCHI, "L'immunité des Etats et les violations graves des droit international", in *Revue générale de droit international public*, 2004, p. 63 e ss., spec. p 69.

[135] Da notare come la formulazione dell'articolo adottata faccia sì che l'immunità possa essere considerata quale effetto del diritto internazionale consuetudinario, contrariamente alla sua originaria versione di cui all'art. 6 del *Second report on jurisdictional immunities of States and their property*, 11 *April*-30 *June* 1981, *Special Rapporteur* Sompong Sucharitkul, Doc. A/CN.4/331 e Add.l. Il testo dell'art. 6, infatti, prevedeva: «A foreign State shall be immune from the jurisdiction of a territorial State in accordance with the provisions of the present articles». Pertanto, la vecchia formulazione faceva piuttosto propendere per ritenere che l'immunità fosse l'effetto della Convenzione. In tal senso si vedano le osservazioni di Ouchakov nel corso dei lavori del Comitato di redazione in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1980, vol. I, *Comptes rendus analytiques des séance de la trente-deuxième session*, p. 251.

Pertanto, ancora una volta, il metodo di regolamentazione prescelto non è ricaduto sulla classica distinzione, propria dei Paesi di *civil law*, tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, con l'indubbio vantaggio di superare le note difficoltà interpretative legate a tale distinzione[136].

Non di meno, come avremo modo di analizzare a breve, le problematiche concernenti il criterio da adottare per identificare un atto *iure privatorum*, si sono riproposte in sede di formulazione di una delle deroghe all'immunità previste dal trattato (le transazioni commerciali di cui all'art. 10).

Come anticipato, le eccezioni all'esenzione dalla giurisdizione presenti nella Convenzione sono numerose, tanto da aver fatto dubitare taluni Autori di poter considerare l'immunità quale regola generale[137].

La dottrina suole dividere le eccezioni in tre categorie[138].

La prima categoria riguarda la rinuncia all'immunità.

La Convenzione dell'ONU del 2004, così come la Convenzione europea del 1972, si limita a prevedere una norma generale che detta la rinuncia esplicita, e singole fattispecie in cui la partecipazione dello Stato al giudizio viene interpretata come rinuncia implicita, senza, tuttavia, legiferare un'ipotesi generale per quest'ultima.

---

[136] Per un'ampia trattazione circa le difficoltà riscontrabili nell'inquadrare un atto nella categoria *iure imperii* piuttosto che *iure gestionis*, e sulla preferenza da accordare al metodo della lista cfr. le considerazioni dello *Special Rapporteur* M. Motoo Ogiso, *Second report on jurisdictional immunities of States and their property*, doc. A/CN.4/422, 11 and 24 *April* 1989, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_422.pdf. Appare, inoltre, in questa sede opportuno ricordare che inizialmente, durante i primi anni di lavoro della Commissione di diritto internazionale sul tema dell'immunità, veniva, in realtà, avanzata una proposta diversa rispetto a quella che è stata, poi, adottata. Tale proposta era volta a formulare due diverse e paritarie fattispecie: una che prevedesse il riconoscimento dell'immunità per *acta iure imperii*, e l'altra che invece garantisse l'esercizio della giurisdizione nel caso di *acta iure privatorum*. La ragione del rigetto dell'approccio proposto, venne rinvenuta nel rischio di accrescere, con l'accoglimento di quest'ultima formulazione, le difficoltà interpretative e applicative. Inoltre, si riteneva che prevedere una regola generale sull'immunità meglio corrispondesse alla prassi dei vari ordinamenti nazionali. Si vedano i rilievi del *Special Rapporteur* Sompong Sucharitkul, nel *Fourth report on jurisdictional immunities of States and their property*, doc. A/CN.4/357, 31 *March* 1982, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_357.pdf. Cfr., in particolare, §§ 38-39.

[137] Così R. LUZZATTO, "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", cit., p. 6.

[138] Si veda F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., pp. 60-61. Un'ulteriore distinzione proposta in dottrina è quella che si fonda sull'oggetto delle deroghe, e che individua così, a sua volta, tre gruppi di eccezioni: la categoria delle operazioni commerciali (art. 10), all'interno della quale viene ricondotto, per il suo collegamento alle operazioni commerciali, quanto previsto dall'art. 17; la categoria dei procedimenti relativi ai contratti di lavoro tra lo Stato estero e una persona fisica, qualora la prestazione lavorativa debba avere luogo nel territorio dello Stato del foro (art. 11); la categoria inerente i procedimenti sul risarcimento del danno derivante da morte o lesioni personali e dei danni ai beni (art. 12). Così N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., pp. 4 e 5.

In particolare, la norma che sancisce la rinuncia esplicita da parte di uno Stato all'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese straniero è l'art. 7.

Secondo quanto disposto al § 1, la rinuncia all'esenzione dalla giurisdizione può essere manifestata tramite: accordo internazionale; contratto scritto; dichiarazione verbale davanti al tribunale od una dichiarazione scritta in uno specifico procedimento.

Tuttavia, come statuito nel § 2, non potrà mai essere interpretato come rinuncia all'immunità l'eventuale accordo che uno Stato stipuli con un Paese straniero affinché trovi applicazione la legge di quest'ultimo.

L'art. 8 sancisce le conseguenze della partecipazione di uno Stato ad un procedimento davanti alle autorità giurisdizionali di un Paese straniero.

Il § 1 prevede che la condotta di uno Stato che agisca come attore, ovvero intervenga in un procedimento o compia un qualsiasi atto attinente al merito di fronte alla giurisdizione di un Paese straniero, dovrà essere interpretata quale rinuncia implicita all'immunità. In questi casi, infatti, lo Stato non potrà mai invocare l'esenzione dalla giurisdizione, salvo che sia venuto a conoscenza dei fatti su cui l'immunità è basata solo in un momento successivo al compimento dell'atto: tuttavia, in tal caso, affinché l'immunità possa validamente operare, occorrerà che lo Stato la eccepisca senza indugio.

Non potrà, invece, mai essere valutata come rinuncia implicita all'immunità né, sulla base del § 2, l'intervento di uno Stato all'interno di un procedimento davanti all'autorità giurisdizionale straniera rivolto esclusivamente ad invocare l'esenzione dalla giurisdizione o a far valere un diritto o un interesse sui beni in discussione nel procedimento, né, come disposto dal § 4, la sua mancata costituzione in giudizio, né, ancora, secondo quanto statuito dal §. 3, la comparizione di un rappresentante di tale Stato di fronte al tribunale del Paese straniero come testimone.

Infine, l'art. 9 si occupa delle domande riconvenzionali, statuendo: ai §§ 1 e 2, che qualora lo Stato agisca come attore o intervenga per proporre una domanda in un procedimento di fronte ai tribunali di un Paese estero, non potrà eccepire l'immunità a fronte di eventuali domande riconvenzionali promosse nei suoi confronti sullo stesso rapporto giuridico o sugli stessi fatti della domanda principale; al § 3, che uno Stato che proponga una domanda riconvenzionale, non potrà invocare l'immunità dalla giurisdizione straniera rispetto alla domanda principale.

La seconda categoria di eccezioni all'immunità riguarda quella che, nel linguaggio di *common law*, è nota come *commercial exception*, ricomprendendo tutti quei casi che, secondo la tradizionale distinzione *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, rientrerebbero tra le attività privatistiche dello Stato.

Si annoverano, dunque, in questa categoria le controversie relative: alle transazioni commerciali (art. 10); alla proprietà, al possesso e all'uso di beni siti sul territorio dello Stato del foro (art. 13), alla proprietà intellettuale ed industriale (art. 14); alla partecipazione dello Stato a società o altri enti collettivi stranieri (art. 15); alle navi di cui lo Stato straniero è proprietario (art. 16); agli effetti della clausola arbitrale (art. 17).

Tuttavia, ai fini della nostra analisi, ci limiteremo ad avere riguardo alla disciplina dettata per le transazioni commerciali[139].

L'art. 10 della Convenzione prevede che un Paese, qualora sia parte di un'operazione commerciale con una persona fisica o giuridica straniera, non possa invocare l'immunità dalla giurisdizione civile di uno Stato straniero, se il procedimento è soggetto alla giurisdizione di un Paese estero in virtù delle norme di diritto internazionale privato applicabili[140] (§ 1)[141],

---

[139] Si noti come la Convenzione di Basilea del 1972 abbia adottato un'ottica più restrittiva rispetto alla Convenzione ONU: all'art. 4 della Convenzione europea, infatti, invece che il termine «operazioni commerciali» di cui all'art. 10 della Convenzione ONU, è stato utilizzato il termine «obbligazioni contrattuali».

[140] Il richiamo delle norme di diritto internazionale privato è volto a sottolineare che l'eventuale attribuzione dell'immunità ad uno Stato convenuto in giudizio si pone come questione secondaria rispetto all'individuazione della competenza giurisdizionale. In tal senso si veda D. P. STEWART, "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 194 e ss., spec. p. 199. Cfr. anche il commento all'art. 10 del testo del Progetto adottato nel 1991, secondo cui: «It is common ground among the various approaches to the study of State immunities that there must be a pre-existing jurisdiction in the courts of the foreign State before the possibility of its exercise arises and that such jurisdiction can only exist and its exercise only be authorized in conformity with the internal law of the State of the forum, including the applicable rules of jurisdiction, particularly where there is a foreign element involved in a dispute or differences that require settlement or adjudication. The expression «applicable rules of private international law» is a neutral one, selected to refer the settlement of jurisdictional issues to the applicable rules of conflict of laws or private international law, whether or not uniform rules of jurisdiction are capable of being applied».

[141] La previsione di tale disposizione non ha posto particolari problemi, in quanto espressione dell'immunità relativa, ormai, come ricordato, accettata quasi universalmente. L'unico punto discusso è stato se inserire espressamente, nel caso in cui uno Stato instaurasse una relazione di tipo commerciale, l'impossibilità di avvalersi dell'immunità, oppure limitarsi a ritenere sussistente una presunta rinuncia all'esenzione dalla giurisdizione. La soluzione adottata al § 1 si pone, dunque, come una sorta di compromesso tra le due opzioni vagliate. Si veda sul punto quanto asserito nel commento all'art. 10 del testo del Progetto adottato nel 1991: «Paragraph 1 represents a compromise formulation. It is the result of continuing efforts to accommodate the differing viewpoints of those who are prepared to admit an exception to the general rule of State immunity in the field of trading or commercial activities, based upon the theory of implied consent,

salvo che le parti dell'operazione si siano accordate diversamente o si tratti di operazioni tra Stati (§ 2)[142]. Inoltre, l'immunità dello Stato non assume rilevanza se la transazione è stata posta in essere da un'impresa statale o da un'altra entità costituita dallo Stato, dotata di capacità e personalità giuridica autonoma, e tale entità sia convenuta in giudizio (§ 3).

L'art. 2, § 1, lett. c), del Trattato definisce – in modo piuttosto ampio – che cosa debba intendersi per operazione commerciale, ovvero: «i) qualsiasi contratto od operazione commerciale per la vendita di beni o prestazione di servizi; ii) qualsiasi contratto di mutuo o altra operazione di natura finanziaria, inclusa qualsiasi obbligazione di garanzia o di indennizzo in relazione a tale mutuo o operazione; iii) qualsiasi altro contratto o operazione di natura commerciale, industriale o professionale, escluso il contratto di lavoro».

Inoltre, l'art. 2 prosegue asserendo, al § 2, che il carattere «commerciale» di un'operazione viene individuato, *in primis*, sulla base della sua natura, e, *in secundis*, avendo riguardo al suo scopo; in quest'ultimo caso, tuttavia, a condizione che le parti abbiano concordato in tal senso oppure che la prassi dello Stato del foro ritenga determinante per stabilire la natura commerciale avere altresì riguardo alla finalità perseguita con tale operazione.

Pertanto, nel dibattito già richiamato sul criterio che deve essere utilizzato per stabilire se ci si trovi di fronte ad un atto *iure privatorum* (piuttosto che *iure imperii*), la soluzione adottata dalla Convenzione di New York è stata quella di non prediligere un indicatore piuttosto che un altro, addivenendo ad un "compromesso" tra i due diversi e contrapposti orientamenti che sostengono, rispettivamente, che il carattere privatistico di un atto debba individuarsi avendo riguardo esclusivamente alla natura dell'atto o allo scopo di quest'ultimo[143].

---

or on other grounds, and those who take the position that a plea of State immunity cannot be invoked to set aside the jurisdiction of the local courts where a foreign State engages in trading or commercial activities».

[142] È bene ricordare che l'art. 10 deve essere letto anche alla luce di quanto statuito dall'Annesso alla Convenzione, il quale, in particolare, prevede che: «Il termine "immunità" impiegato dall'articolo 10 deve intendersi nel contesto dell'insieme della presente Convenzione. Il paragrafo 3 dell'articolo 10 non pregiudica né la questione del «superamento dello schermo della personalità giuridica", né le questioni legate alla situazione in cui un ente di Stato abbia deliberatamente occultato la sua situazione finanziaria o ridotto successivamente i propri beni per evitare di soddisfare una domanda, né altre questioni connesse».

[143] Tra gli Stati che hanno presentato osservazioni circa il Progetto di articoli adottato in prima lettura nel 1986, era possibile, infatti, distinguere due orientamenti tra loro contrapposti: un gruppo di Paesi sostenitori del criterio della natura dell'atto (Germania, Italia, Spagna, Austria, Regno Unito, Danimarca, Svezia, Finlandia, Norvegia, Islanda e Canada), e un secondo blocco che sosteneva dovesse essere attribuita rilevanza anche al criterio dello scopo (Iugoslavia, Cecoslovacchia, Brasile, Camerun). Cfr. sul punto il Doc. A/CN.4/410 e Add.1-5 *Comments and observations received from Governments*, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_410.pdf&lang=EF. In particolare, gli

Tuttavia, tale soluzione, per quanto possa risultare lodevole da un certo punto di vista, in quanto, non imponendo un criterio piuttosto che un altro, ha indubbiamente condotto all'adozione del testo in tempi più ristretti, e, di conseguenza, avrebbe potuto altresì, almeno potenzialmente, facilitare la ratifica della Convenzione, da un'altra prospettiva è certamente criticabile.

Anzitutto, il compromesso raggiunto tra le varie proposte avanzate è suscettibile di letture interpretative assai diverse, che possono, pertanto, cagionare una forte eterogeneità tra la giurisprudenza degli Stati parti della Convenzione[144], al pari di quello che è sempre avvenuto nei sistemi di *civil law*, ove non sono state adottate delle legislazioni in materia di immunità[145].

Stati che si opponevano all'adozione esclusiva del parametro della natura dell'atto erano Stati ancora in via di sviluppo, i quali, per rispondere ad esigenze nazionali fondamentali, non avevano altra scelta che concludere dei contratti di natura commercial-privatistica. Veniva, dunque, percepita, durante i lavori sul Progetto, l'esigenza di attribuire a questi Stati la facoltà di dimostrare che, nonostante la natura privatistica dei contratti conclusi, questi ultimi rispondessero ad esigenze di tipo pubblicistico. Da segnalare, tuttavia, che la disposizione di cui all'art. 2, § 2 adottata dalla Convenzione del 2004 risulta diversa rispetto alla versione adottata nel 1991. Mentre, infatti, il testo attuale prevede che lo scopo del contratto debba essere valutato alla luce della pratica dello Stato del foro, la versione del 1991 affermava che la prassi rilevante fosse, invece, quella dello Stato parte del rapporto contrattuale che doveva essere, però, valutata dal giudice dello Stato del foro, al fine di garantire che non vi fossero delle qualificazioni arbitrarie. Cfr. art. 2, § 2, nel testo approvato nel 1991: «2. In determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction, but its purpose should also be taken into account if, in the practice of the State which is a party to it, that purpose is relevant to determining the non-commercial character of the contract or transaction». La versione definitiva adottata della disposizione pare riflettere, seppur soltanto in parte, la proposta che era stata presentata dal Presidente del Comitato *ad hoc*, Gerhard Hafner, nel 2002, durante i lavori del Comitato: «In determining whether a contract or transaction is a "commercial transaction" under paragraph 1 (c), reference should be made primarily to the nature of the contract or transaction; its purpose, i.e., whether or not it relates to the carrying out of a public service mission, should also be taken into account if the parties to the contract or transaction have so agreed or, in the absence of such agreement, the *lex forum* so provides». Cfr. *Report of the ad hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Properties*, 4-15 febbraio 2002, Doc. A/57/22, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?symbol=A/57/22(Supp).

[144] Particolarmente criticato è stato il rinvio sancito dalla norma alla prassi dello Stato del foro, il quale «sembra poter comprendere anche prassi amministrative, lasciando così ampi spazi all'interpretazione e consistenti probabilità di soluzioni divergenti nei diversi Stati che diverranno parte della Convenzione». Così N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit. p. 4.

[145] Così anche F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p 66, ove afferma: «Alla luce dell'evoluzione redazionale e delle esigenze a cui esso dovrebbe dare risposta, il giudizio sulla sua formulazione finale non può che essere negativo. Sebbene, infatti, l'esigenza di tutelare da indebite ingerenze delle giurisdizioni straniere gli Stati che si trovino costretti ad intraprendere transazioni di tipo commerciale per sopperire a necessità primarie della popolazione sia senza dubbio meritevole di considerazione, la soluzione accolta dalla Convenzione finisce con il minacciare la certezza del diritto, pur senza garantire una tutela efficace all'interesse che ne è la *ratio*. Per quanto concerne la certezza del diritto […] il riferimento alla prassi dei singoli Stati comporterà una diversa applicazione della norma da parte delle varie giurisdizioni nazionali, esattamente come avviene attualmente in assenza di ogni criterio qualificativo concordato». *Contra* H. Fox, "In Defence of State

In secondo luogo, se la *ratio* originale della disposizione era quella di tutelare gli Stati più deboli, costretti a ricorrere a contratti privati per fare fronte a primarie esigenze nazionali, risulta perlomeno dubbio la scelta operata dalla Commissione di diritto internazionale di legare lo scopo alla prassi dello Stato del foro, piuttosto che dello Stato parte del rapporto contrattuale: è evidente, infatti, che gli Stati, spesso dai caratteri molto diversificati, soprattutto da un punto di vista economico, presentino prassi altrettanto differenti circa la rilevanza della finalità nel determinare la natura di un'operazione commerciale.

Come affermato da De Vittor:

> «[…] la scelta di considerare rilevante la prassi dello Stato del foro […] comporta che, anche qualora sia evidente che lo Stato parte al contratto abbia concluso una transazione di tipo commerciale per ragioni essenziali alla sopravvivenza della popolazione, e si provi che vi è abitualmente costretto a causa della sua debole posizione economica, ed infine appaia evidente che nella prassi di tale Stato transazioni commerciali analoghe a quella oggetto della controversia siano considerate quali atti di tipo pubblicistico proprio in ragione del loro scopo, l'immunità sarà comunque negata se la giurisdizione adita constaterà che nella prassi del proprio Stato la finalità non è rilevante al fine di determinare la natura non commerciale di un rapporto»[146].

Secondo tale Autrice, sarebbe, dunque, stato preferibile legare lo scopo dell'operazione a dei criteri applicativi uniformi[147].

Certo è che qualora si fosse inserito il riferimento alla prassi dello Stato parte della transazione commerciale, in luogo della prassi dello Stato del foro, si sarebbe potuto ugualmente muovere un'obiezione, fondata sul pericolo di un possibile abuso dello Stato

---

Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important", cit., p. 400. Tale Autrice ha, infatti, ritenuto che l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 2, § 2, sarebbe, in realtà, particolarmente ristretto, in quanto esteso esclusivamente alle operazioni commerciali non indicate nel § 1, lett. c). Di conseguenza, la qualificazione delle transazioni commerciali da parte dei giudici dei diversi Stati sulla base della Convenzione, non potrebbe dirsi inficiata dalla forbice interpretativa dello scopo di cui al § 2 dell'art. 2.

[146] Così F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 77.

[147] *Ibidem*, pp. 67 e 68. L'Autrice prende, ad esempio, in considerazione il criterio dell'oggetto della transazione, sostenendo che, qualora lo strumento commerciale avesse rappresentato l'unica via per lo Stato per fare fronte ad esigenze nazionali fondamentali, esso avrebbe dovuto godere dell'immunità.

nella qualificazione di uno scopo come pubblico, piuttosto che privato, pericolo peraltro già percepito dal Comitato *ad hoc* successivamente al 1991.

Adottare un criterio uniforme, come suggerito da De Vittor, sarebbe stato, dunque, senz'altro più opportuno. Ciò non di meno, nella realtà, difficilmente sarebbe stato possibile individuare un criterio, sul quale trovare un comune assenso, funzionale allo scopo.

Infine, l'ultima categoria di eccezioni alla regola generale dell'immunità ricomprende sia le controversie di lavoro (art. 11), sulle quali però non ci soffermeremo, sia – sempre volendo prendere in prestito un termine utilizzato nel linguaggio proprio dei paesi di *common law* – la c.d. *territorial tort exception*, di cui all'art. 12.

L'art. 12 stabilisce che uno Stato non possa andare esente dalla giurisdizione di un Paese straniero, qualora sia stato convenuto in giudizio a seguito di un'azione promossa nei suoi confronti volta ad ottenere il risarcimento del danno cagionato dalla morte o dalla lesione di una persona, ovvero dai danni o dalla perdita di beni materiali[148], qualora: l'azione o l'omissione dalla quale i danni sono derivati sia attribuibile allo Stato; l'azione od omissione sia avvenuta, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato del foro; l'autore dell'azione od

[148] Nel Commento all'art. 12 del testo del 1991 (*Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with* commentaries, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf&lang=EF), la Commissione affermava: «The exception contained in this article is therefore designed to provide relief or possibility of recourse to justice for individuals who suffer personal injury, death or physical damage to or loss of property caused by an act or omission which might be intentional, accidental or caused by negligence attributable to a foreign State». La Commissione notava, poi, che senza dubbio l'eccezione si considerava applicabile ai danni derivanti da morte o danni alle persone accidentali relativi ad incidenti stradali e ad altri danni connessi con rischi soggetti ad assicurazione, ma che il campo di applicazione dell'art. 12 fosse così esteso da coprire anche danni alla persona intenzionali, compreso l'omicidio: «Furthermore, the physical injury to the person or the damage to tangible property, resulting in death or total loss or other lesser injury, appears to be confined principally to insurable risks. The areas of damage envisaged in article 12 are mainly concerned with accidental death or physical injuries to persons or damage to tangible property involved in traffic accidents, such as moving vehicles, motor cycles, locomotives or speedboats. In other words, the article covers most areas of accidents involved in the transport of goods and passengers by rail, road, air or waterways. Essentially, the rule of nonimmunity will preclude the possibility of the insurance company hiding behind the cloak of State immunity and evading its liability to the injured individuals. In addition, the scope of article 12 is wide enough to cover also intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination». Si ritiene, tuttavia, che la deroga possa riferirsi a danni esclusivamente derivanti da lesioni personali, senza coprire ulteriore tipologie di danni. Come evidenziato dalla dottrina, sono, ad esempio, escludi i danni cagionati dalla diffamazione. In tal senso si veda quanto affermato da G. HAFNER, L. LANGE, "La Convention des Nations Unies sur les immunités jurisdictionalles des Etats et de leurs biens", cit., pp. 66 e 67.

omissione fosse presente su tale territorio nel momento in cui si è verificata la condotta. È, tuttavia, dall'articolo fatta salva la possibilità per gli Stati di accordarsi diversamente.

I criteri, dunque, sulla base dei quali viene negata la giurisdizione sono unicamente territoriali: non è possibile rinvenire alcun riferimento alla natura o allo scopo dell'atto.

Si noterà subito come la formulazione di tale articolo sia sostanzialmente la medesima adottata dall'art. 11 della Convenzione di Basilea del 1972, e dal par. 1605 (a) (5) del *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976 (così come di altre legislazioni di *common law*).

Tuttavia, la logica caratterizzante l'eccezione suddetta, così come formulata nella Convenzione, è del tutto estranea ad altri Paesi, in particolare di *civil law*, all'interno dei quali la giurisprudenza suole distinguere tra ipotesi in cui viene riconosciuta l'esenzione dalla giurisdizione ed ipotesi in cui l'immunità viene negata, unicamente sulla base della differenza tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*.

Pertanto, la c.d. *territorial tort exception*, tra le varie eccezioni alla regola generale dell'immunità applicate all'interno degli Stati sulla base di una normativa *ad hoc* o sulla base del diritto internazionale consuetudinario, si è sempre posta come quella rispetto alla quale la prassi sviluppatasi all'interno degli Stati, eccetto qualche ipotesi su cui era possibile riscontrare un orientamento uniforme, è risultata maggiormente eterogenea.

Di tali divergenze nella prassi degli Stati, la Commissione di diritto internazionale si era avveduta fin dalla prima formulazione dell'eccezione di cui all'art. 12.

Tuttavia, la distinzione tra *acta iure imperii* e *iure gestionis* è stata ritenuta non pertinente rispetto ad un'eccezione volta a consentire alle vittime dei danni di un fatto illecito di ottenere un risarcimento.

Come, infatti, affermato dallo Special *Rapporteur Sucharitkul*:

> «The distinction between *jus imperii* and *jus gestionis*, or the two types of activities attributable to the State, appears to have little or no bearing in regard to this exception, which is designed to allow normal proceedings to lie and to provide relief for the individual who has suffered an otherwise actionable physical damage to his own person or his deceased ancestor or to his property»[149].

[149] *Fifth report on jurisdictional immunities of States and their property*, doc. A/CN.4/363 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, 22 *March* e 11 *April* 1983, avente come *Special Rapporteur* S. Sucharitkul, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_363.pdf&lang=EFS.

Pertanto, l'eccezione veniva fin dal principio formulata senza alcun riferimento alla distinzione tipica dei Paesi di *civil law* e, nel corso degli anni, è rimasta tendenzialmente invariata fino all'adozione della Convenzione nel 2004[150].

Qualora all'interno della Convenzione ONU si fosse adottata l'ottica che distingue tra atti estrinsecazione della sovranità dello Stato e atti di tipo privatistico per la *tort exception*, si sarebbe limitato l'ambito applicativo dell'eccezione, facendo sì che l'immunità non potesse essere invocata solo qualora gli atti dello Stato estero commessi nello Stato del foro avessero avuto carattere *iure privatorum*. Sottraendo, invece, l'eccezione a tale logica, la Commissione del diritto internazionale ha eroso ulteriormente la regola immunitaria, seppur limitando l'esenzione dalla giurisdizione alle ipotesi in cui sia rinvenibile un legame forte con lo Stato del foro.

[150] L'eccezione, così come formulata nel 1983, prevista dall'art. 14, rubricato «Personal injuries and damage to property», recitava: «Unless otherwise agreed, a State is not immune from the jurisdiction of the courts of another State in respect of proceedings relating to injury to the person or death or damage to or loss of tangible property, if the act or omission which caused the injury or damage in the State of the forum occurred in that territory, and the author of the injury or damage was present therein at the time of its occurrence». Nonostante la norma sia rimasta pressoché invariata nel corso degli anni, essa è stata oggetto di numerose osservazioni da parte degli Stati. In particolare si potevano riscontrare quattro gruppi di Paesi che muovevano diverse censure alla norma. Secondo un primo gruppo di Stati l'eccezione avrebbe dovuto essere eliminata dal testo del trattato, in quanto l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato circa la responsabilità civile di un Paese estero sarebbe stata del tutto illegittima (si veda, ad esempio, le posizioni di Bulgaria, Repubblica democratica tedesca, Cecoslovacchia, Brasile, Unione Sovietica, Repubblica Socialista Sovietica di Bielorussia). Un secondo gruppo di Stati riteneva, invece, che la deroga, così come formulata, fosse eccessivamente ampia (cfr., ad esempio, Francia, Spagna, Cile). Secondo un terzo gruppo di Paesi, al contrario, l'eccezione era troppo restrittiva (in questo senso, per esempio, l'Australia). Infine, un quarto gruppo di Stati ritenevano che dovessero essere ricompresi nell'eccezione anche le azioni per danni transfrontalieri (cfr., ad esempio, la Thailandia).

In questo senso la norma, può essere considerata, come peraltro riconosciuto dallo *Special Rapporteur* nel 1983[151], come sviluppo progressivo del diritto internazionale[152].

Il problema che sorge a seguito della mancata specificazione da parte della norma della distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, assume un carattere cruciale rispetto a determinati ambiti suscettibili di ricadere nel campo applicativo della disposizione.

Come ci insegna la giurisprudenza, che sarà nostra cura analizzare nel prosieguo della trattazione, spesso si è posto il problema, soprattutto nel contesto di un conflitto armato, di stabilire se, a fronte della possibilità di attribuire gravi violazioni dei diritti fondamentali di un individuo, perpetrate in tutto o in parte sul territorio di uno Stato, alle forze armate di uno Stato straniero, ferma restando la presenza degli autori materiali dell'illecito sul territorio dello Stato in cui si è verificata la violazione al momento dell'azione od omissione, sia applicabile la disciplina della *territorial tort exception*.

Applicando la classica distinzione, infatti, tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* con riferimento all'art. 12 della Convezione ONU, si dovrebbe concludere che tutte quelle ipotesi che presentano le caratteristiche richieste dalla norma, non ricadano comunque nell'ambito di applicazione della disposizione se riguardanti attività condotte dalle forze armate di un Paese straniero nell'esercizio delle prerogative sovrane di quest'ultimo sul territorio dello Stato del foro, essendo tali attività tradizionalmente escluse, in quanto *iure imperii*, dalla possibilità di essere assoggettate alla giurisdizione di un Paese straniero.

Peraltro, la questione delle attività delle forze armate sul territorio di uno Stato estero si pone in termini problematici non solo qualora si ritenga che l'approccio che debba essere adottato nel vagliarla sia quello della distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, ma anche

---

[151] *Fifth report on jurisdictional immunities of States and their property*, doc. A/CN.4/363 & Corr.1 and Add.1 & Corr.1, 22 *March* e 11 *April* 1983, avente come *Special Rapporteur* S. Sucharitkul: «In the light of the growing opinion of writers and the increasing practice of States favouring the exercise of jurisdiction, where there is sound subject-matter jurisdiction, in proceedings against foreign States for personal injuries and damage to property, an emerging trend is becoming more readily discernible in favour of relief being granted to individuals for the personal injury suffered or for the loss of or damage to their property. The problem confronting the international community is not so much whether or not to limit or restrict the application of State immunity, but rather how to allow the exercise of territorial jurisdiction in a generally accepted area. The emerging trend could lead to confusion and disorder if the international community fails to intervene at this stage by giving whatever advice and guidance may be needed to harmonize and reorient the emerging trend towards to healthier direction and achieve more salutary results for all concerned, the foreign sovereign States as well as the aggrieved individuals».

[152] In questo senso si è espressa F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 80.

"sganciandosi" da tale distinzione – così come peraltro, abbiamo sottolineato, fanno i Paesi dotati di una legislazione in materia immunitaria e la stessa Convenzione di New York del 2004 – e considerandola, dunque, come problematica del tutto indipendente: possono gli atti delle forze armate di uno Stato, qualora commessi sul territorio dello Stato del foro, ricadere nell'ambito applicativo della *territorial tort exception*?

La Convenzione ONU non si pronuncia in modo specifico sul punto, diversamente da quanto previsto dalla Convenzione di Basilea del 1972, all'interno della quale l'art. 31, senza dover ricorrere alla distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, fa salve le immunità e i privilegi di cui uno Stato contraente gode «per le azioni o omissioni delle sue forze armate stanziate sul territorio di un altro Stato contraente o relative ad esse».

Pertanto, in assenza di un dato normativo espresso rispetto alle suddette attività da parte dei compilatori della Convenzione di New York del 2004, sembrerebbe potersi affermare che anche le ipotesi in cui i danni siano stati cagionati da uno Stato straniero in una situazione di conflitto armato, rientrino nell'ambito applicativo dell'art. 12.

Tuttavia, la questione è discussa.

Secondo autorevole dottrina, infatti, la *tort exception* di cui all'art. 12 non potrebbe trovare applicazione nei casi predetti[153].

Il Presidente del Comitato *ad hoc*, in particolare, chiamato a redigere il testo della Convenzione, ha espressamente affermato:

> «One of the issues that had been raised was whether military activities were covered by the Convention. The general understanding had always prevailed that they were not. In any case, reference should be made to the Commission's commentary in article 12, stating that neither did the article affect the question of diplomatic immunities, as provided in article 3, nor did apply to situations involving armed conflicts. It had to be borne in mind that the preamble stated that the rules of customary international law continued to govern matters not regulated by the provisions of the Conventions»[154].

---

[153] Così G. HAFNER, L. LANGE, "La Convention des Nations Unies sur les immunités jurisdictionnelles des Etats et de leurs biens", cit., pp. 67 e 75.

[154] *Summary Record of the 13th meeting of the Sixth Committee*, *Chairman* Hafner, 25 *October* 2005, UN Doc. A/C.&/9/SR.13. Inoltre nel commento del 1991 all'art. 12 si legge esplicitamente che: «It should be emphasized that the present article does not address itself to the question of State responsibility but strictly

Viceversa, secondo altri Autori, la tesi di Hafner non sarebbe convincente.

Diversi sarebbero gli elementi che farebbero propendere per la possibilità di includere nel campo di applicazione dell'art. 12 anche gli atti commessi dalle forze armate straniere sul territorio dello Stato del foro.

Anzitutto, secondo Ronzitti e Venturini, l'impossibilità di applicare la Convenzione nei casi suddetti, sarebbe smentita dalla disciplina dettata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Se si ha, infatti, riguardo agli articoli relativi all'interpretazione dei trattati, l'art. 32, rubricato «Mezzi complementari di interpretazione», prevede esplicitamente che:

> «Si può fare ricorso ai mezzi complementari di interpretazione, e in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'articolo 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità all'articolo 31:
> a) lascia il senso ambiguo o oscuro; b) conduce ad un risultato manifestamente assurdo o irragionevole».

Nell'opinione degli Autori richiamati, sostenere che i danni occorsi durante una situazione di conflitto armato rientrino nell'ambito dell'art. 12 non condurrebbe ad un risultato né ambiguo, né irragionevole e dovrebbe, pertanto, essere precluso il ricorso ai lavori preparatori a fini interpretativi[155]. Di conseguenza, adottando quest'ottica, la statuizione di Hafner non potrebbe che perdere di valore.

Inoltre, distaccandosi da quanto premesso in relazione alla disciplina relativa all'interpretazione dei trattati, un secondo elemento che potrebbe far tendere per la

---

to non-immunity of a State from jurisdiction before a court of another State in respect of damage caused by an act or omission of the State's agents or employees which is "alleged" to be attributable to that State; the determination of attribution or responsibility of the State concerned is clearly outside the scope of the present article. Neither does it affect the question of diplomatic immunities, as provided in article 3, nor does it apply to situations involving armed conflicts».

[155] Si veda: N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., p. 8.

riconducibilità delle ipotesi in discussione alla *tort exception*, potrebbe rinvenirsi nell'analisi dei lavori preparatori alla Convenzione, così come affermato da Dickinson[156].

Tuttavia, il dato che, almeno a mio modesto avviso, dovrebbe definitivamente far esprimere l'interprete in favore dell'applicabilità dell'art. 12 anche ai casi in questione è l'assenza all'interno della Convenzione delle Nazioni Unite, come già ricordato, di un articolo omologo all'art. 31 della Convenzione di Basilea. Risulta difficile, infatti, sostenere che tale mancanza sia stata un mero caso, soprattutto proprio a fronte dell'esempio offerto alla Commissione di diritto internazionale dalla codificazione europea.

Qualora i redattori della Convenzione di New York del 2004 avessero espressamente voluto escludere dall'ambito applicativo dell'art. 12 le attività poste in essere dalla forze armate straniere sul territorio dello Stato del foro durante un conflitto armato, avrebbero inserito tali attività all'interno dell'art. 3 che sancisce i privilegi e le immunità per i quali la Convenzione è priva di effetti[157], creando così una regola analoga a quella di cui all'art. 31 della Convenzione europea del 1972.

Pertanto, sono dell'opinione che, qualora la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità dovesse entrare in vigore, gli interpreti, se non intendessero accogliere l'orientamento favorevole alla riconducibilità delle ipotesi di cui al nostro esame all'ambito applicativo dell'art. 12, dovrebbero, perlomeno, esprimersi sul punto in termini dubitativi.

È, infatti, innegabile che l'unica certezza rinvenibile al momento è la possibilità di riscontrare un numero maggiore di elementi a favore della riconducibilità delle attività delle

---

[156] In particolare, Dickinson ha evidenziato che, nonostante nel commento del 1981 all'art. 12 venga espressamente affermato che l'articolo non si applica ai casi di conflitto armato, tuttavia, all'interno del medesimo commento, viene altresì statuito, con riferimento alla condizione per cui l'autore della violazione deve essere presente sul territorio dello Stato del foro, al momento della azione o omissione, affinché possa trovare applicazione l'articolo: «It is also clear that cases of shooting or firing across a boundary or of spill-over across the border of shelling as a result of an armed conflict are excluded from the areas covered by article 12». Come ha acutamente sottolineato Dickinson, se l'art. 12 non si applica ai casi suddetti, se ne dovrebbe ricavare, *a contrariis*, che qualora gli atti siano stati posti in essere nel territorio dello Stato del foro l'immunità debba venire meno. Così A. DICKINSON, "Status of Forces Under the UN Convention on State Immunity", cit., p. 427 e ss.

[157] Sul punto si vedano, ancora, le considerazioni di N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., pp. 8 e 9, i quali affermano: «Tra l'altro negli *understanding* contenuti nell'Allegato alla Convenzione di New York, non vi è alcuna menzione dell'art. 12 e delle attività militari. In tempo di pace, tali attività sono normalmente escluse dagi accordi stipulati tra lo Stati d'invio della forza armata e lo Stato territoriale (c.d. SOFA). Ma tale fattispecie è coperta dall'inciso di apertura dell'art. 12 della Convenzione di New York sull'immunità degli Stati, che fa salvi gli accordi stipulati dalle parti ("Unless otherwise agreed between the States concerned, a State cannot invoke immunity from jurisdiction……")».

forze armate straniere durante un conflitto armato sul territorio dello Stato del foro nella *tort exception* rispetto a quelli che si esprimono in senso contrario.

Un'altra questione, poi, appare insoluta.

La dottrina, infatti, si è interrogata sulle possibili ripercussioni sullo sviluppo progressivo del diritto internazionale della previsione, all'interno della Convenzione ONU, di un'unica eccezione, peraltro così circoscritta, all'esenzione dalla giurisdizione in caso di fatti illeciti.

Ci si chiede, infatti, se tale deroga, strettamente connessa al fatto che l'azione od omissione che ha cagionato i danni deve avere avuto luogo sul territorio dello Stato del foro e che l'autore dell'illecito si trovasse su tale territorio al momento della condotta, per quanto debba essere valutata positivamente, perché sganciata dalla distinzione *acta iure imperii* e *iure gestionis*, così estendendo l'ambito applicativo dell'eccezione, non possa sbarrare la strada alla possibilità che siano previste nuove eccezioni, o un'eccezione di contenuto più ampio, volte a tutelare i diritti umani fondamentali dell'individuo a prescindere dall'esistenza dei collegamenti territoriali tipicamente richiesti dalla *tort exception*.

Tale timore sarebbe particolarmente avvertito rispetto ai Paesi privi di una legislazione in materia immunitaria. Da un lato, infatti, la ratifica della Convenzione avrebbe, come già ricordato, l'effetto di armonizzare la disciplina tra i vari Paesi. Al tempo stesso, tuttavia, vi potrebbe essere il rischio che i giudici considerino la Convenzione corrispondente al diritto internazionale consuetudinario[158] e si limitino, quindi, a ritenere sussistente una deroga all'immunità esclusivamente nelle ipotesi – a parere di chi scrive, lo si anticipa, insufficienti – già dettate dal trattato ONU.

Se poco dopo l'adozione della Convenzione la dottrina auspicava che, piuttosto che porsi come un ostacolo alla formulazione di nuove eccezioni all'immunità, l'art. 12 si ponesse semplicemente come una tra le possibili eccezioni, alla quale avrebbero potuto affiancarsi ulteriori deroghe[159], dopo più di dieci anni sembra difficile esprimersi nei medesimi termini,

[158] Peraltro, in dottrina, diverse voci hanno sostenuto che la Convenzione ONU debba ritenersi corrispondente al diritto internazionale consuetudinario. Si veda, *ex multis*: H. FOX, "In Defence of State Immunity: Why the Un Convention on State Immunity Is Important", cit., p. 399 e ss.

[159] In questo senso: F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 83. Inoltre, Denza ha affermato che le deroghe immunitarie previste dalla Convenzione ONU dovrebbero ritenersi il punto di partenza per assicurare all'individuo la

soprattutto perché il timore manifestato in passato sembra essersi concretato: spesso le corti nazionali hanno, infatti, sostenuto che la Convenzione rappresenta la codificazione del diritto internazionale consuetudinario – peraltro senza porre in essere una rigorosa verifica sulla effettiva sussistenza di una corrispondenza – e, proprio sulla base di tale considerazione, le autorità giurisdizionali, fatta eccezione per quelle italiane, hanno faticato ad individuare ulteriori deroghe all'immunità rispetto a quelle espressamente sancite nel trattato.

Alla luce di quanto predetto, occorre, dunque, evidenziare come, fin dall'adozione della Convenzione ONU, la dottrina si è interrogata su quali sarebbero state le reazioni dei Paesi rispetto ai due punti critici evidenziati, scaturenti dall'art. 12 della Convenzione: in particolare, ci si chiedeva se gli Stati avrebbero accettato la deroga integralmente oppure avrebbero deciso di ratificare la Convenzione apponendo delle riserve[160], riserve di certo ammissibili – nei limiti previsti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 – non disponendo la Convenzione ONU nulla a riguardo.

In effetti, alcuni Paesi hanno sentito la necessità di esprimersi: *i)* per un verso sulla necessità di limitare la portata eccezionale dell'art. 12 in relazione all'attività delle forze armate; *ii)* per altro verso, sulla necessità che la Convenzione non impedisca, nella materia immunitaria, degli sviluppi conformi all'evoluzione del diritto internazionale a tutela dei diritti umani.

Il primo Stato a presentare una dichiarazione interpretativa è stata la Norvegia, la quale ha statuito che:

> «Recalling inter alia resolution 59/38 adopted by the General Assembly of the United Nations on 2 December 2004, in which the General Assembly took into account, when adopting the Convention, the statement of 25 October 2004 of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee on Jurisdictional Immunities of States

possibilità che le sue pretese siano vagliate dai tribunali nazionali, senza che la loro previsione comprometta l'adozione di nuove eccezioni. Così E. DENZA, "The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective", cit., p. 397.

[160] In particolare A. DICKINSON, "Status of Forces Under the UN Convention on State Immunity", cit., p 435, suggeriva che uno Stato, se intenzionato ad escludere i danni conseguenti alle operazioni militari effettuate all'estero dalle deroghe alla regola generale dell'immunità prevista dalla Convenzione di New York, avrebbe dovuto apporre una riserva *ad hoc*.

and Their Property introducing the Committee's report, Norway hereby states its understanding that the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties. Such activities remain subject to other rules of international law. […] Finally, Norway understands that the Convention is without prejudice to any future international development in the protection of human rights»[161].

In termini analoghi si sono, poi, espresse la Svezia[162] e la Finlandia[163].

Le dichiarazioni di tali Stati esplicitano, quindi, che non ricadono nell'ambito applicativo della Convenzione le attività delle forze armate, comprese quelle perpetrate durante i conflitti armati, e che la Convenzione non pregiudica alcun futuro sviluppo circa la protezione dei diritti umani.

[161] Norvegia, Dichiarazione del 27 marzo del 2006. Si segnala, inoltre, che la dichiarazione si esprime anche su altri punti: «Similarly, as also noted in the said statement, the Convention does not apply where there is a special immunity regime, including immunities *ratione personae*. Thus, the express mention of heads of State in Article 3 should not be read as suggesting that the immunity *ratione personae* of other State officials is affected by the Convention. Furthermore, in cases where it has been established that property of a State is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, it is the understanding of Norway that Article 18 does not prevent pre-judgement measures of constraint from being taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed».

[162] Svezia, Dichiarazione del 23 dicembre del 2009: «Recalling inter alia resolution 59/38, adopted by the General Assembly on 16 December 2004, taking into account inter alia the statement of the Chairman of the *Ad Hoc* Committee introducing the report of the *Ad Hoc* Committee to the General Assembly, as well as the report of the *Ad Hoc* Committee, Sweden hereby declares its understanding that the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official functions. Sweden also declares its understanding that the express mention of heads of State in article 3 should not be read as suggesting that the immunity ratione personae which other State officials might enjoy under international law is affected by the Convention. Sweden furthermore declares its understanding that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights».

[163] Finlandia, Dichiarazione del 23 aprile 2014: «Finland hereby declares its understanding that the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official functions; that the express mention of heads of State in article 3 of the Convention cannot be considered to affect the immunity *ratione personae* which other State officials might enjoy under international law; and that the Convention is without prejudice to any future international legal development concerning the protection of human rights».

Successivamente, anche la Svizzera ha presentato una dichiarazione, spingendosi addirittura, con specifico riferimento all'art. 12, ad affermare:

> «Switzerland considers that article 12 does not govern the question of pecuniary compensation for serious human rights violations which are alleged to be attributable to a State and are committed outside the State of the forum. Consequently, this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard»[164].

Negli stessi termini, è stata formulata la dichiarazione presentata dal Liechtenstein[165].

Si segnala, inoltre, che anche l'Iran e l'Arabia Saudita hanno formulato due riserve, riguardanti, però, un tema diverso rispetto a quello delle dichiarazioni degli altri Stati, ovvero la competenza della Corte internazionale di giustizia a giudicare eventuali controversie riguardanti la Convenzione[166].

---

[164] Svizzera, Dichiarazione del 26 aprile 2010 Si noti come la Svizzera ha altresì dichiarato: «*General interpretative declaration:* In accordance with General Assembly resolution 59/38, adopted on 2 December 2004, Switzerland hereby understands that the Convention does not cover criminal proceedings; […]*Interpretative declaration concerning article 22, paragraph 3:* If the State concerned is a Swiss canton, switzerland considers that «official language» should be understood as the official language or one of the official languages of the canton in which process is to be served».

[165] Liechtenstein, Dichiarazione del 22 aprile 2015: «*General interpretative declaration:* In accordance with General Assembly resolution 59/38, adopted on 2 December 2004, the Principality of Liechtenstein hereby understands that the Convention does not cover criminal proceedings. *Interpretative declaration concerning article 12*: The Principality of Liechtenstein considers that article 12 does not govern the question of pecuniary compensation for serious human rights violations which are alleged to be attributable to a State and are committed outside the State of the forum. Consequently, this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard».

[166] Iran, Riserva del 29 settembre 2008: «Pursuant to Article 27, paragraph 3 of the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, the Government of the Islamic Republic of Iran does not consider itself bound by the provisions of Article 27, paragraph 2 of the Convention. The Government of the Islamic Republic of Iran affirms that the consent of all parties to such a dispute is necessary, in each individual case, for the submission of the dispute to the International Court of Justice. The Government of the Islamic Republic of Iran can, if it deems appropriate, for the settlement of such a dispute, agree with the submission of the dispute to arbitration in accordance with its related domestic law».

Arabia Saudita, Riserva del 1 settembre 2010: «[…] the Kingdom of Saudi Arabia does accede to and accept the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with the following reservation to article 27, paragraph 2, of the Convention regarding referral of disputes to the International Court of Justice: The Kingdom does not consider itself bound by the provision that disputes concerning the interpretation or application of the Convention may be referred to the International Court of Justice. Disputes should not be referred to the International Court of Justice without the agreement of all parties involved».

Una menzione *ad hoc* merita, inoltre, la dichiarazione interpretativa presentata dall'Italia, molto simile a quella di Norvegia, Svezia e Finlandia.

Si ricordi come l'Italia ha, finalmente, aderito alla Convenzione di New York con L. 14 gennaio 2013, n. 5[167].

L'adesione da parte dello Stato italiano alla Convezione ONU è stata a lungo discussa, scatenando un dibattito in dottrina.

Come noto, infatti, l'Italia non rientra tra quei Paesi che hanno tradizionalmente adottato una legislazione *ad hoc* sull'immunità giurisdizionale, e la materia è sempre stata disciplinata dalle norme immunitaria di diritto internazionale consuetudinario (così come, peraltro, lo è tuttora, non essendo la Convenzione delle Nazioni Unite ancora entrata in vigore), in virtù dell'adattamento disposto dall'art. 10 c. 1 della Cost. La scelta italiana di non adottare una legge specifica circa l'esenzione dalla giurisdizione degli Stati estera non è stata, come sottolineato da Ronzitti, un «capriccio del legislatore»[168], dovendosi piuttosto ritenere frutto dell'impossibilità di trovare un punto di raccordo tra coloro che reputavano opportuna l'adozione di una legge *ad hoc*, in quanto, in tal modo, sarebbe stato possibile addivenire ad una maggiore certezza del diritto, e coloro che, invece, osteggiavano l'adozione di tale

---

Si evidenzia che l'art. 27, rubricato «Composizione delle controversie», prevede: «1. Gli Stati Parte si sforzano di comporre le controversie circa l'interpretazione o l'applicazione della presente Convenzione mediante negoziato. 2. Se non può essere composta mediante negoziato entro un termine di sei mesi, una controversia tra due o più Stati Parte circa l'interpretazione o l'applicazione della presente Convenzione è sottoposta, su domanda di uno di tali Stati Parte, ad arbitrato. Se entro un termine di sei mesi dalla data della domanda d'arbitrato gli Stati Parte non riescono a intendersi sull'organizzazione dell'arbitrato, ciascuno di essi può portare la controversia davanti alla Corte internazionale di Giustizia, presentandole una richiesta conformemente allo Statuto della Corte. 3. Al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione o dell'approvazione della presente Convenzione o dell'adesione alla stessa, ogni Stato può dichiarare di non considerarsi vincolato al paragrafo 2. Gli altri Stati Parte non sono vincolati al paragrafo 2 nei confronti di uno Stato Parte che abbia fatto tale dichiarazione. 4. Uno Stato Parte che ha fatto una dichiarazione ai sensi del paragrafo 3 può ritirarla in qualsiasi momento mediante notificazione al Segretario generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite».

[167] Per un commento all'adesione da parte dell'Italia alla Convenzione ONU si veda: A. INTELISANO, "Nota introduttiva alla legge 14 gennaio 2013, n. 5", in *Periodico di diritto e procedura penale militare,* 2013, p. 1 e ss.; V. MORGANTE, "Il recepimento della codificazione internazionale sulle immunità degli Stati ed i loro limiti, e le norme per dare attuazione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Italia-Germania", in *Int'l Lis*, 2013, p. 5 e ss.; N. RONZITTI, "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", in *Guida al diritto-il Sole 24 ore*, n. 48, 1 dicembre 2012, p. 9 e ss.; E. SCISO, "L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 543 e ss.; ID. "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione dopo l'adesione dell'Italia alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 593 e ss.

[168] N. RONZITTI, "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", cit., p. 9.

normativa, in quanto considerata non rispondente alla tradizione giuridica del nostro Paese[169].

Tuttavia, la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012[170], con cui la Corte dell'Aja, in un procedimento promosso dalla Germania, ha condannato l'Italia per la violazione della norma consuetudinaria che sancisce l'immunità giurisdizionale degli Stati, ha fatto sì che il dibattito dottrinale avesse sostanzialmente fine, convincendo i più, anche tra gli interpreti che parteggiavano per la regolamentazione della materia esclusivamente attraverso l'adattamento alla norma consuetudinaria, dell'opportunità dell'adesione da parte dello Stato italiano alla Convenzione ONU[171].

La condanna dell'Italia da parte della Corte internazionale di giustizia ha avuto, altresì, l'effetto di persuadere il Governo italiano circa la necessità – già da tempo sottolineata in dottrina[172] – di adottare una dichiarazione interpretativa al momento dell'adesione alla Convenzione.

Secondo quanto formulato nella dichiarazione:

> «[…] In depositing the present instrument of ratification, the Italian Republic wishes to underline that Italy understands that the Convention will be interpreted and applied in accordance with the principles of international law and, in particular, with the principles concerning the protection of human rights from serious violations. In addition, Italy states its understanding that the Convention

---

169 Si veda N. RONZITTI, G. VENTURINI, "La Convenzione delle Nazioni Unite del 17 gennaio del 2005 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., p. 13, i quali affermano che: «A taluni la Convenzione appare prevalentemente ispirata alla cultura e giurisprudenza dei paesi anglo-americani, non in linea con la tradizione continentale. Per tale corrente di pensiero, la Convenzione non dovrebbe quindi essere ratificata dall'Italia. Secondo altri, invece, la Convenzione contribuisce alla certezza del diritto e potrebbe essere la base per una regolamentazione […]. [Di conseguenza tale dottrina ritiene opportuna una] sua ratifica alla scopo di disporre di criteri certi per orientare la giurisprudenza che […] non sempre segue un indirizzo uniforme [sottolineando] la possibilità di apporre [eventualmente] riserve alle disposizioni che non risultino conformi ai valori del nostro ordinamento».

170 Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionali dello Stato* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit.

171 Come riportato da Ronzitti: «Dopo la sentenza della Corte internazionale di giustizia […] l'adesione alla Convenzione di New York è apparsa a molti non più procrastinabile». N. RONZITTI, "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", cit., p. 9.

172 In questo senso, in particolare, si veda N. RONZITTI, "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", cit., p. 10., il quale affermava che: «[…] sarebbe opportuno che [l'Italia presentasse una dichiarazione] in coerenza con quanto sostenuto nella controversia con la Germania, quantomeno per salvaguardare gli ulteriori sviluppi in materia di diritti umani volti a limitare il principio dell'immunità dalla giurisdizione».

> does not apply to the activities of armed forces and their personnel, whether carried out during an armed conflict as defined by international humanitarian law, or undertaken in the exercise of their official duties. Similarly, the Convention does not apply where there are special immunity regimes, including the ones concerning the status of armed forces and associated personnel following the armed forces, as well as immunities *ratione personae* […]"[173].

Lo Stato italiano, oltre ad evidenziare – così come già fatto dagli altri Stati poc'anzi ricordati – che le attività delle forze armate non possono dirsi ricomprese nell'ambito applicativo della Convenzione ONU se condotte durante un conflitto armato, o comunque nell'esercizio da parte delle forze armate di doveri ufficiali, aggiunge anche che la Convenzione non trova applicazione nel caso in cui siano previsti speciali regimi in materia immunitaria, facendo specifico riferimento ai c.d. *SOFA*, *Status of Forcement Agreements*.

Inoltre, l'Italia, nonostante non affermi esplicitamente che la Convenzione non pregiudica alcun futuro sviluppo circa la protezione dei diritti umani, statuisce che il trattato deve essere interpretato e applicato in conformità ai principi di diritto internazionale, e, in particolare, ai principi relativi alla protezione dei diritti umani contro serie violazioni. Di conseguenza, anche in questo caso, seppur in termini leggermente diversi rispetto agli altri Stati, è stata lasciata dal Governo italiano aperta una porta verso la possibile previsione di ulteriori eccezioni – o, alternativamente, verso l'estensione delle eccezioni già presenti nel trattato – che offrano una tutela maggiore (e forse *ad hoc*) ai diritti umani fondamentali, conformemente all'evoluzione dell'ordinamento internazionale.

Sulla base della ricognizione operata delle dichiarazioni interpretative presentate alla Convenzione di New York del 2004, possono, dunque, dirsi confermati i dubbi sorti in dottrina al momento dell'adozione del testo del trattato.

L'esigenza percepita dagli Stati ricordati di chiarire che le attività delle forze armate non ricadono all'interno del campo applicativo della Convenzione, e che quanto previsto dal trattato non pregiudica in alcun modo lo sviluppo progressivo del diritto internazionale per

[173] Italia, Dichiarazione del 6 maggio 2013. Tale dichiarazione afferma, infine, che: «Italy understands that the express reference, in Article 3, paragraph 2, of the Convention, to Heads of State cannot be interpreted so as to exclude or affect the immunity *ratione personae* of other State officials according to international law».

quanto concerne la protezione dei diritti umani, è la prova del fatto che entrambe le questioni appaiono agli occhi dei Paesi che hanno aderito alla Convenzione nebulose.

In conclusione, se si volesse tirare le somme dei profili fin ora analizzati, si dovrebbe di certo ammettere come, indubbiamente, la Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004 presenti degli aspetti positivi.

Essa, infatti, rappresenta la realizzazione dell'ambizioso progetto che i codificatori si erano posti, ovvero quello di codificare all'interno del testo di un trattato, dotato di validità a livello universale, un *vademecum* circa una materia tanto dibattuta quale quella dell'immunità statale.

A dispetto di ciò, non si può non riconoscere come la Convenzione si caratterizzi, altresì, per degli aspetti negativi.

Anzitutto, l'effettivo contributo fornito dalla Convenzione alla certezza del diritto risulta dubbio.

Se da un lato, infatti, l'adozione di un *corpus* di norme da parte delle Nazioni Unite rappresenti, come poc'anzi ricordato, un contributo significativo affinché possa essere fatta chiarezza in materia di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri[174], dall'altro, come abbiamo già avuto modo di sottolineare (seppur limitatamente agli articoli da noi considerati), la Convenzione lascia ampissimi margini di discrezionalità (tanto che molti Paesi, inclusa l'Italia, si sono affrettati ad affermare limitazioni alle eccezioni contemplate, ad esempio con riferimento all'attività delle forze armate, con ciò riducendo sensibilmente la portata applicativa del trattato), senza rappresentare quella "stella polare" di cui gli interpreti avrebbero avuto, e tuttora hanno, bisogno.

Si tratta, infatti, di un testo che – a ragione – è stato definito da parte della dottrina «conservatore» [175], se non addirittura anacronistico.

---

[174] Ad esempio, De Vittor ha sottolineato che: «Il primo contributo della Convenzione alla certezza del diritto in questa materia concerne probabilmente la stessa qualificazione giuridica della norma sull'immunità». Riferendosi, infatti, alla previsione dell'esenzione dalla giurisdizione quale regola generale all'interno del trattato, afferma che: «Siffatta formulazione conferma l'idea secondo cui, indipendentemente dalle diverse ragioni storicamente e tradizionalmente addotte per giustificare il riconoscimento dell'immunità, essa costituisce regola di diritto internazionale». Così F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 51.

[175] Cfr., *ex multis*: C. K. HALL, "UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol", cit., p. 411 e ss.

La Convenzione, infatti, non ha tenuto conto delle divergenze riscontrate nella prassi tra l'immunità, intesa a garantire la sovrana eguaglianza tra gli enti statali, e le norme che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo.

Vi è, infatti, un ultimo aspetto, rilevante ai nostri fini, che dovrà essere analizzato in relazione alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, ovvero la (discussa) possibilità di annoverare tra le deroghe all'immunità previste dalla Convenzione le violazioni di norme imperative del diritto internazionale. Tuttavia, appare più appropriato rinviare la questione a quella parte del presente lavoro specificamente dedicata dell'analisi del rapporto tra norme in materia immunitaria e le violazioni di norme che proteggono i diritti fondamentali degli individui[176].

Preme soltanto, in questo contesto, ricordare come la questione si ponga meramente sul piano interpretativo: non vi è traccia, infatti, all'interno della Convenzione ONU di considerazioni circa l'esigenza, al giorno d'oggi sempre crescente, di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo attraverso lo strumento giurisdizionale dalle condotte dannose perpetrate dagli Stati.

Nell'ottica del giurista contemporaneo non possono nascondersi le perplessità che la grave lacuna della Convenzione solleva.

Evitando che la Convenzione si pronunciasse sul punto, e quindi non stabilisse se l'immunità debba essere negata qualora uno Stato nell'esercizio delle sue prerogative sovrane abbia posto in essere gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo, si è senz'altro reso possibile una più celere conclusione della Convenzione, e si è, altresì, aperta la strada alla possibilità che gli Stati decidessero di apporre la ratifica in tempi più brevi.

Tuttavia, in tal modo, ci si è, di fatto, allontanati dal cuore del problema, che si pone al centro del dibattito attuale tanto della dottrina quanto della giurisprudenza, facendo sì che, nella modesta opinione della scrivente, la Convenzione delle Nazioni Unite divenisse desueta ancora prima di poter essere resa esecutiva[177].

---

[176] Cfr., in particolare, il capitolo 3 § 3.3.

[177] De Vittor sul punto afferma che "la Convenzione di New York tende a codificare una prassi internazionale ormai non più recente". Così F. DE VITTOR, "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", cit., p. 49.

CAPITOLO II

IL RAPPORTO TRA NORME SULL'IMMUNITÀ DEGLI STATI ESTERI DALLA GIURISDIZIONE CIVILE E NORME SULLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

SOMMARIO: 2.1 I termini del problema e il metodo di indagine; 2.2 Norme sull'immunità e diritto di accesso alla giustizia per l'individuo; 2.3 Norme sull'immunità e norme di *ius cogens*; 2.4 Una divisione sistematica: le macrocategorie.

2.1 I termini del problema e il metodo di indagine

Nell'ambito della farraginosa materia dell'immunità, il punto maggiormente problematico, oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali e del *focus* della dottrina, è senza dubbio il rapporto tra le norme internazionali sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di uno Stato straniero e le norme, tanto nazionali quanto internazionali, poste a tutela dei diritti fondamentali della persona umana[178].

[178] Sulla dibattuta questione si veda A. BIANCHI, "L'immunité des Etats et les violations graves des droit de l'homme: la fonction de l'inteprète dans la détermination du droit international", in *Revue générale de droit international public*, 2004, p. 63 e ss.; ID., "Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo", in *Ragion Pratica*, 2002, p. 27 e ss.; ID., "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, p. 195 e ss; A. BELLAL, *Immunités et violations graves des dorits* humains. *Vers une evolution structurelle de l'ordre juridique international*, Bruylant, Bruxelles, 2011; J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997; E. CANNIZZARO, B. BONAFÈ, "Of Rights and Remedies: Sovereign Immunities and Fundamental Huma Rights", in U. FASTENRATH (edited by), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 825 e ss.; L. M. CAPLAN, "State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", in *American Journal of International Law*, 2003, p. 741 e ss.; A. CLAPHAM, "The *Jus Cogens* Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity", in M. KOHEN (edited by), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p. 151 e ss.; F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 573 e ss.; C. FORCESE, "De-Immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity", in *McGill Law Journal*, 2007, p. 127e ss.; J. F. FLAUSS, "Droit des immunités et protection internationale des droit de l'homme", in *Revue suisse de droit internationale et européen*, 2000, p. 300 e ss.; C. FOCARELLI, "*Jus Cogens* senza prassi?", in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, *vol. 1*, *Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 251 e ss.; ID., "Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, *jus cogens* e dinamica del diritto internazionale", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 738 e ss.; ID., "Immunité des Etats et *Jus Cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le

La storia, infatti, ha consegnato numerosi casi in cui i diritti fondamentali di una persona, o gruppi di persone, sono stati violati da uno Stato diverso da quello di cittadinanza: un esempio per tutti è il lavoro forzato a cui taluni cittadini italiani sono stati sottoposti durante la seconda guerra mondiale da parte della Germania.

In questi casi gli individui che hanno visti lesi i propri diritti hanno la facoltà di rivolgersi allo Stato autore delle violazioni per ottenere il risarcimento dei danni.

Come, però, la prassi attesta, dubbia è l'efficacia della tutela offerta dagli Stati ritenuti responsabili. Spesso, infatti, le giurisdizioni degli Stati che hanno posto in essere le violazioni sono poco propense a soddisfare le richieste presentate dagli individui.

A fronte dell'eventuale mancata garanzia dei propri diritti da parte dello Stato straniero che li ha lesi, gli individui hanno, in subordine, la possibilità di rivolgersi alle proprie corti nazionali per ottenere il risarcimento dei danni patiti, convenendo in giudizio lo Stato straniero responsabile delle violazioni.

Tuttavia, i ricorsi presentati dagli individui dinanzi ai tribunali nazionali, hanno dovuto fin da subito "fare i conti" con la norma consuetudinaria che prevede l'immunità per gli Stati dalla giurisdizione civile di uno Stato straniero.

---

processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etas étrangers", in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 761 e ss.; ID., "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 637 e ss.; H. FOX, "State Immunity and the International Crime of Torture", in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 142 e ss.; R. GARNETT, "The Defence of State Immunity for Acts of Torture", in *Australian Yearbook of International Law*, 1997, p. 123 e ss.; S. HUMES-SCHULZ, "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", in *Harvard Human Rights Journal,* 2008, p. 105 e ss.; C. K. HALL, "The Duty of States Parties to the Convention against Torture to provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 921 e ss.; L. MCGREGOR, "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 903 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Go it Wrong", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 955 e ss.; ID., "State Immunity and International Public Order Revisited", in *German Yearbook of International Law*, 2006, p. 327 e ss.; , ID., "State Immunity and International Public Order", in *German Yearbook of International Law*, 2002, p. 227 e ss.; M. POTESTÀ, "State Immunity and *Jus Cogens* Violations: The Alien Tort Statute against the Backdrop of the Latest Developments in the «Law of Nations»", in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 571 e ss.; K. R. THOMAS, J. SMALL, "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?", in *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 1 e ss.; C. TOMUSCHAT, "L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 51 e ss.; P. WEBB, "Immunities and Human Rights: Dissecting the Dialogue in National and International Courts", in O. K. FAUCHALD, A. NOLLKAEMPER (edited by), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 245 e ss.; X. YANG, "*Jus Cogens* and State Immunity", in *The New Zealand Yearbook of International Law*, 2006, p. 131 e ss.; A. ZIMMERMANN, "Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*: Some Critical Remarks", in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 434 e ss.

Come abbiamo già avuto modo di sottolineare all'interno del capitolo I, attualmente la generalità degli Stati ha accolto la c.d. immunità ristretta, secondo cui l'esenzione per uno Stato dalla giurisdizione di un Paese straniero sussiste solo qualora lo Stato convenuto abbia posto in essere *acta iure imperii*.

Applicando la tesi dell'immunità ristretta si poteva giungere esclusivamente alla conclusione che lo Stato del foro avrebbe potuto pronunciarsi sulle domande relative al risarcimento dei danni derivanti dalla violazione dei diritti fondamentali dell'individuo commesse ponendo in essere *acta iure gestionis*; si doveva, invece, escludere che potesse conoscere delle violazioni perpetrate tramite *acta iure imperii*.

Pertanto, nei casi in cui gli individui hanno promosso dei giudizi davanti alle corti del proprio Stato, aventi ad oggetto i danni cagionati da uno Stato estero nell'esercizio delle sue prerogative sovrane, i ricorsi sono stati quasi sempre – come vedremo – respinti, a prescindere dalla gravità delle violazioni contestate allo Stato straniero, in forza del principio che riconosce in questi casi l'immunità per lo Stato estero dalla giurisdizione civile dello Stato del foro.

Ciò nonostante, se parte della giurisprudenza ha percorso la strada della mera adesione alla tradizionale distinzione proposta dalla tesi dell'immunità relativa, un'altra parte della giurisprudenza se ne è invece, in parte, distaccata, tentando di individuare un diverso ed ulteriore criterio sulla base del quale proporre una soluzione alternativa alla vexata questio: è possibile che uno Stato eserciti la giurisdizione civile nei confronti di un Paese straniero per la violazione di diritti fondamentali dell'individuo quando tali violazioni derivino da *acta iure imperii*, ovvero dall'esercizio delle prerogative sovrane dello Stato estero?[179]

D'altra parte, se è vero che all'esigenza di tutelare i diritti umani convenendo in giudizio uno Stato straniero è possibile opporre l'applicazione della regola immunitaria, non è forse vero anche il contrario?

Utilizzando le parole di Finke:

[179] Sul punto J. F. FLAUSS, "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", cit., p. 302, ha affermato che: «les violations des droit de l'homme résultent, sauf exception, d'actes *jure imperii* et non pas d'actes *jure gestionis*».

«[…] If states are bound by human rights and if the rule of law has any meaning in international law, why are states exempted from jurisdiction within the territory of another state? […]»[180].

È di tutta evidenza, oramai, che la collisione tra le due categorie di norme non ha mai smesso di essere percepita dagli studiosi[181], e, di recente, parte della dottrina, è arrivata a sostenere l'inaccettabilità del riconoscimento dell'immunità degli Stati esteri qualora siano stati violati i diritti umani fondamentali[182].

Occorre evidenziare che l'ordinamento internazionale si configura come una struttura in continuo divenire. Ciò rende possibile che taluni principi dell'ordinamento, se apparentemente immodificabili, subiscano delle variazioni per le – sempre presenti –

---

[180] Si veda J. FINKE, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", cit., p. 853.

[181] Come osservato da Flauss vi è stata una «prise en conscience de l'antinomie entre l'immunité et droits de l'homme». Così J.-F. FLAUSS, "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", in cit., p. 301. Inoltre Iovane ha affermato: «Recent years have witnessed a continuous clash between these norms». Si veda M. IOVANE, "The *Ferrini* Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights", in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, p. 165 e ss., spec. p. 165. Peraltro, la sussistenza di un conflitto tra norme sull'immunità e norme che prevedono la tutela dei diritti umani è risalente agli anni cinquanta. Si veda sul punto: H. LAUTERPACHT, "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", in *British Year Book of International Law*, 1951, vol. 28, p. 220 e ss.

[182] La dottrina ha affermato che il riconoscimento dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di un altro Stato è incompatibile con la nuova idea di Stato di diritto affermatasi all'interno della *societas* internazionale. In tal senso si veda J. Y. MORIN, "L'Etat de droit: émergence d'un principe de droit international", in *Recuil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1995, vol. 254, p. 35 e ss. Inoltre, Iovane ha avanzato l'idea che il conflitto tra tali norme altro non sia che il riflesso di: «a more general confrontation which is going on nowsdays between the more traditional international law protecting the State as entities exercising sovereign powers and contemporary international law mostly protecting the interests of human beings, and indeed of humanity as a whole». In questo senso v. M. IOVANE, "The *Ferrini* Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights", cit. p. 165. Dello stesso avviso Cassese, il quale distingue tra «vecchio» e «nuovo» diritto internazionale: il primo sarebbe contraddistinto da una visione statalista delle relazioni internazionali e, dunque, formato da norme che assicurano la coesistenza e la cooperazione tra gli Stati sovrani ed indipendenti; il secondo sarebbe, invece, caratterizzato da un approccio universalista delle relazioni internazionali, con particolare riguardo alla solidarietà transanazionale. Si veda A. CASSESE, in P. GAETA (a cura di), *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 27 e 28. Tuttavia, tale posizione è smentita da altra parte della dottrina. Si veda, *ex multis*, Focarelli, il quale ha affermato: «Non ci sembra persuasiva la tesi diffusa secondo cui occorrerebbe oggi distinguere tra "vecchio" (o "tradizionale", o "stato centrico") e "nuovo" (o "umano-centrico") diritto internazionale, il primo concentrato sull'ordine e sulla coesistenza degli Stati e il secondo invece concentrato sui valori fondamentali comuni e in particolare sulla persona umana. […] Non c'è alcuna opposizione tra "vecchio" e "nuovo" diritto internazionale se non il fatto che gli Stati oggi creano norme, come quelle a protezione della persona umana, che non esistevano in passato, il che senz'altro dimostra che il diritto internazionale è cambiato ma non che è *radicalmente* cambiato nel senso del superamento dello stato-centrismo". Si veda C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 823.

tendenze evolutive, proprie delle dinamiche tra Stati, che si impongono al diritto internazionale. Tale concezione viene espressa dal principio *ubi societas ubi auctoritas et ius*, secondo cui si deve, ritenere che nessuna norma giuridica all'interno di un ordinamento sia insuscettibile di essere modificata.

Di conseguenza, anche la materia immunitaria, "governata" dalla tesi dell'immunità ristretta, non sarebbe sottratta ad eventuali revisioni, soprattutto in relazione alle istanze di cui si è spesso fatta portavoce la dottrina e, nel caso dell'Italia, la giurisprudenza, le quali mettono in dubbio che la situazione del diritto sia quella fotografata nelle sentenze che hanno asserito la sussistenza dell'immunità anche nel caso in cui i diritti umani fondamentali fossero stati violati.

L'osservazione predetta troverebbe conferma nel fatto che, come ripetutamente sottolineato in letteratura, anche la tesi dell'immunità assoluta si riteneva inizialmente insuperabile, ciò non di meno, è stata poi, invece, progressivamente oltrepassata, fino ad arrivare ad essere quasi del tutto sostituita dalla teoria dell'immunità ristretta[183].

Non vi sarebbe alcuna ragione, dunque, perlomeno con riferimento all'architettura dell'ordinamento internazionale, per non ammettere la possibile configurabilità, secondo le recenti tendenze evolutive, di un nuovo limite in materia di immunità costituito dalla necessità di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo[184].

Significativo, a riguardo, appare il discorso «The International Court of Justice and the European Court of Human Rights: Partners for the protection of human rights», pronunciato il 30 gennaio del 2009, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario della Corte europea

---

[183] In questo senso si veda, *ex multis*, P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2000, p. 187 e ss., spec. p. 189. Sul punto, peraltro, Russo afferma: «È sintomatico il parallelismo tra la situazione di revisione normativa circa il contenuto della regola immunitaria presente a partire dal secolo scorso, rispetto a quella attualmente manifestatasi in modo ancora più acuto nella casistica italiana dell'ultimo decennio». Così T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La cd. 'Immunity Review'*, cit., p.1, nota 1.

[184] Per l'ammissibilità, sulla base delle recenti tendenze evolutive, di un'eccezione alla regola generale dell'immunità, si veda, *ex multis*, P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., p. 189. Si evidenzia, poi, come in termini più generali si sia espressa Distefano, la quale ha asserito: «[…] non può essere negato che, proprio in ragione dell'intimo legame che unisce il privilegio dell'immunità alla sovranità dello Stato, la progressiva erosione di quest'ultima abbia provocato effetti a cascata sull'applicazione della prima, rendendo tale regime ancora più flessibile. […]». Così M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", in A. LANCIOTTI, A. TANZI, *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, cit., p. 118.

dei diritti dell'uomo, dall'allora Presidente della Corte internazionale di giustizia Rosalyn Higgins[185]:

> «[…] Another contemporary legal issue for both Courts is the tension between the customary international law on immunity and the drive against impunity for human rights violations. In three Grand Chamber judgments in late 2001, the European Court of Human Rights held that the application of the doctrine of sovereign immunity, effectively preventing legal proceedings against foreign governments, did not violate the right to a fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights. The ICJ had been confronted in the 2002 *Arrest Warrant* case with the question of whether a human rights exception to immunity existed in customary international law. After examining the practice of regional and national courts, the ICJ concluded that there did not yet exist any form of exception in general international law to the rule according immunity from criminal jurisdiction to incumbent Ministers for Foreign Affairs, even where they were suspected of having committed war crimes or crimes against humanity. But this is a rapidly evolving area of law that both our Courts will no doubt continue to watch carefully […]»[186].

L'eventuale insufficienza della regola immunitaria, così come concepita nella sua mera accezione relativa, è stata messa in luce in considerazione del fatto che, spesso, la qualificazione degli atti perpetrati da uno Stato estero in violazione dei diritti fondamentali dell'individuo come *acta iure imperii*, non è stata in grado di arginare né la proposizione da parte degli individui di domande rivolte agli Stati autori degli illeciti volte ad ottenere il risarcimento dei danni né le pronunce, definite innovative e progressiste[187], dei giudici – a

[185] Rosalyn Higgins è stata membro della Corte internazionale di giustizia dal 12 luglio 1995 al 5 febbraio 2009, e, in particolare è stata Presidente della Corte nel periodo ricompreso tra il 6 febbraio 2006 e il 5 febbraio 2009.

[186] Cfr. il discorso di Rosalyn Higgins «The International Court of Justice and the European Court of Human Rights: Partners for the protection of human rights», 30 gennaio 2009, in *Annual Report of European Court of Human Rights*, 2009, p. 39 e ss., spec. pp. 43 e 44.

[187] In questo senso si veda, *ex multis*: C. CONSOLO, "La Cassazione «vertice immanente», non «ambiguo». Fra *jus cogens* prevalente sulla immunità giurisdizionale degli Stati (caso greco-tedesco risalente all'eccidio di Distomo e altri crimini bellici) e libertà di vivere con dignità fino all'ultimo (caso *Englaro*)", in *Corriere giuridico*, 2008, p. 1041 e ss., spec. p. 1042, con particolare riferimento alla Corte di Cassazione, Sezioni

dire il vero quasi esclusivamente italiani – che hanno fatto "retrocedere" la norma sull'immunità rispetto alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali degli individui, diritti spesso protetti da norme imperative del diritto internazionale[188].

Nel prosieguo del presente lavoro si intende, pertanto, interrogarsi, ripercorrendo i passi di dottrina e giurisprudenza, sulle possibili soluzioni che sono state elaborate in relazione alla problematica questione dell'atteggiarsi della regola sull'immunità rispetto ai ricorsi promossi davanti ad uno Stato da individui contro uno Stato estero per la commissione da parte di quest'ultimo di *acta iure imperii* violativi dei diritti fondamentali dell'individuo e, frequentemente, costituenti crimini internazionali.

È opportuno anticipare che le risposte che sono state identificate si articolano nelle più disparate costruzioni teoriche e hanno, di fatto, visto la contrapposizione[189] tra i fautori, tradizionalisti, di una lettura della problematica attraverso i punti fermi della materia immunitaria, e i sostenitori di una "*immunity review*"[190], ovvero di quella vera e propria opera di revisione della norma sull'immunità che tenga conto del limite, ritenuto imprescindibile, posto dalla protezione dei diritti fondamentali dell'individuo[191].

Unite civili, sentenza del 29 maggio 2008, n. 14199 e alla Corte suprema greca, sentenza del 4 maggio del 2000, n. 11; N. RONZITTI, "L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati", in *Guida al diritto del Sole - 24 ore*, 2012, 11, p. 89 e ss., spec. p. 90.

[188] Dello stesso avviso Gavouleni e Bantekas: «[…] it is becoming increasingly common for courts to hold that the mere sovereign or public character of an act is not sufficient to guarantee states immunity from the jurisdiction of other states' courts. […]». M. GAVOUNELI, I. BANTEKAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000", in *American Journal of International Law*, 2001, p. 198 e ss, spec. p. 201.

[189] Particolarmente emblematiche dell'impossibilità di individuare una soluzione univoca sono le sentenze che si sono pronunciate sul conflitto accompagnate da *dissenting opinions*. Si veda, per esempio, la sentenza della *Hellenic Supreme Court*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, No. 11/00, 4 *May* 2000, in cui ben 5 membri si sono distaccati dall'opinione maggioritaria; o la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al Adsani c. Regno Unito*, cit., in cui 8 giudici su 17 si sono espressi con un'opinione dissenziente.

[190] L'espressione è stata utilizzata da Russo, la quale ha affermato, con riferimento alla controversia italo-tedesca, che ha condotto alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 2012 – su cui si dirà in seguito – (Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato,* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit.), che questa ha offerto: «lo scenario di uno "spaccato" dottrinale già diviso tra gli strenui sostenitori della regola immunitaria per atti *iure imperii* e gli altrettanti strenui, ma contrapposti, fautori della sua sussistenza condizionata all'ulteriore "erosione" della sovranità statale per la tutela dei diritti fondamentali, in specie quando gli atti in questione risultino violativi di norme internazionali di *ius cogens*». Cfr., in particolare, T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di stati stranieri. La c.d.'immunity review'*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 29.

[191] Ad esempio il Bargiacchi ha indicato le linee guida sulla base delle quali avrebbe dovuto essere modificata la disciplina dell'immunità in relazione alla violazione dei diritti umani fondamentali. In primo luogo ha previsto che il diniego dell'immunità dovesse affermarsi solo in relazione alla lesione di fondamentali diritti personali del singolo, tra cui non si riteneva rientrassero i diritti patrimoniali, in ragione dell'importanza del controinteresse oggetto del bilanciamento insieme ai diritti dell'individuo, ovvero l'interesse dello Stato ad agire *iure imperii*. In secondo luogo ha stabilito che il giudice, nel negare l'immunità, dovesse sempre

Nonostante una recente pronuncia della Corte internazionale di giustizia[192] che è intervenuta per porre fine al conflitto tra le due categorie di norme e, così, per fornire, una volta per tutte, un indirizzo uniforme al quale le corti avrebbero potuto conformarsi[193], la *vexata quaestio* rimane, a mio avviso[194], insoluta.

La pronuncia della Corte, infatti, non soltanto ha diviso nettamente la dottrina, ma ha, per la verità non inaspettatamente, innescato una reazione di "rigetto"[195] da parte

previamente accertare la sussistenza di un comportamento colposo o doloso dello Stato i cui atti fossero stati contestati, in modo tale da non far discendere il mancato godimento dell'immunità esclusivamente dal fatto che lo Stato avesse perpetrato atti *iure imperii* potenzialmente pericolosi. Si veda P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., p. 189.

[192] Ci si riferisce nuovamente alla Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato,* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit.

[193] È opportuno ricordare che le sentenze della Corte internazionale di giustizia sono atti vincolanti esclusivamente riguardo alla controversia decisa e sono dotate di valore obbligatorio soltanto per le parti della controversia. Le pronunce della Corte sono, inoltre, definitive ed inappellabili. Si veda: l'art. 94, § 1, Carta delle Nazioni Unite («Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte») e gli artt. 59 e 60 Statuto della Corte internazionale di giustizia (rispettivamente: «La decisione della Corte non ha valore obbligatorio che tra le parti in lite e riguardo alla controversia decisa»; «La sentenza è definitiva e senza appello. In caso di contestazione sul significato e la portata della sentenza, spetta alla Corte di interpretarla a richiesta di una delle parti»). Tuttavia, le decisioni assunte dalla Corte internazionale di giustizia rappresentano un punto di riferimento per la Comunità internazionale e sono, di sovente, non soltanto richiamate all'interno dei giudizi di fronte ad altre giurisdizioni tanto nazionali quanto internazionali, ma anche considerate come autoritative circa il contenuto del diritto internazionale consuetudinario. Cfr., ad esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, *Jones c. Regno Unito*, ric. n. 34356/06 e 40528/06, sentenza del 14 gennaio 2014, § 198 ove viene affermato dalla Corte che: «[…] the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* […] – which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law […]». Bianchi ha, addirittura affermato: «[…] la fascinazione per la ritualità associata ai procedimenti davanti alla Corte internazionale di giustizia rimane diffusa e il riflesso professionale di vivisezionare e commentare qualsiasi sentenza o parere consultivo della Corte contribuisce a rinnovare il mito del luogo e la sacralità del rito. […] in materia di diritto consuetudinario la possibilità di fare riferimento ad un'affermazione della Corte internazionale di giustizia permette un notevole risparmi in termini di ricerca […] la CIG è dotata di un'autorevolezza, oltreché di un'autorità, che nel discorso ufficiale del diritto internazionale è ancora considerevole. […] c'è già […] una radicata credenza che la CIG possa autorevolmente determinare lo stato del diritto internazionale e la direzione del suo eventuale sviluppo». Si veda A. BIANCHI, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 293 e ss., spec. pp. 294, 298, 300. Ancora sul punto cfr. I. BROWNLIE, "The Calling of the International Lawyers: Sir Humphrey Waldock and His Work", in *British Yearbook of International Law*, 1983, vol. 54, p. 7 e ss., spec. p. 68, il quale ha affermato: «The International Court of Justice stands at the centre of the world of the professional international lawyer».

[194] Sul punto si vedano le considerazioni del Conforti, il quale si è espresso a favore di un cambio di tendenza da parte delle corti interne rispetto a quanto asserito dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 2012 (Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit. Si veda B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 279. Inoltre, Russo ha sottolineato come la sentenza della Corte internazionale di giustizia altro non rappresenti che «un momento ulteriore e più evidente di discussione destinata a proseguire anche in seguito» e «non […] possa segnare il punto di arrivo sulla normativa in materia». Così T. RUSSO, *Immunità dalla giurisdizione per atti di stati stranieri. La c.d 'immunity review'*, cit., pp. 25 e 28.

[195] Ci si riferisce alla sentenza della Corte costituzionale italiana, 22 ottobre 2014, n. 238.

dell'ordinamento nazionale di una delle parti in causa, ovvero l'Italia, la cui giurisprudenza a partire dalla sentenza *Ferrini*[196] del 2004 si è sempre orientata verso una soluzione del tutto opposta rispetto a quella formulata dalla Corte dell'Aja.

La presente trattazione si dedica specificamente alla ricostruzione dei termini del problema e alle soluzioni che nel corso degli anni sono state prospettate.

La scelta metodologica è ricaduta, in assenza di un'espressa previsione normativa, sull'analisi delle decisioni che si sono succedute in giurisprudenza a livello nazionale ed internazionale, poiché, ponendosi l'obiettivo di individuare i contorni della regola in materia di immunità dalla giurisdizione, è indubbia la rilevanza della giurisprudenza, in particolar modo interna, in quanto rappresentativa della prassi internazionale degli Stati e, dunque, imprescindibile strumento per l'accertamento delle norme di diritto internazionale[197].

Intento primario sarà, quindi, delineare un quadro, seppur frammentario, delle pronunce più significative, per esaminare le diverse costruzioni teoriche, fornite da ciascuna decisione e dalla dottrina che ha le ha commentate, volte al superamento dell'antinomia che intercorre tra le due categorie di norme.

Nell'affrontare la ricostruzione, è opportuno evidenziare come ci si trovi di fronte ad una "lotta tra titani", in considerazione della primaria importanza, all'interno dell'ordinamento internazionale, di cui sono investiti sia il principio dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato estero, sia i diritti fondamentali della persona.

Se si deve ammettere che, spesso, l'impressione sia quella che gli Stati invochino strumentalmente la norma sull'immunità, e ciò per sottrarsi ad un giudizio che potrebbe condurre alla loro condanna per responsabilità civile in relazione ad illeciti commessi dai propri organi e, conseguentemente, per non essere così tenuti a risarcire i danni cagionati dalle condotte criminose[198], tuttavia non si deve dimenticare che la funzione della norma sull'immunità è fondamentale, essedo invariabilmente volta ad evitare un'intromissione da

---

[196] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.

[197] In questo senso si veda anche A. GIANELLI, "Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini", in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643 e ss., spec. p. 648.

[198] Sul punto si veda M. FRULLI, "La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 442 e ss., spec. p. 447 e s. L'Autrice, in particolare, sostiene che l'applicazione della regola dell'immunità da parte dei tribunali interni determini l'oscuramento della responsabilità statale.

parte di uno Stato nella sfera di sovranità di uno Stato estero, mantenendo, così, l'equilibrio tra i soggetti statuali dell'ordinamento internazionale.

Al tempo stesso, occorre costatare che il diritto internazionale odierno accorda il primato ai diritti umani fondamentali e, ponendo la loro protezione tra i suoi obiettivi irrinunciabili, prevede meccanismi rivolti alla loro tutela.

Stabilire, quindi, se debba riconoscersi prevalenza all'uno o all'altro principio spetta all'interprete e può, come vedremo, condurre a conclusioni parallelamente opposte e, quindi, tra loro del tutto inconciliabili.

Due precisazioni.

Nei casi che andremo ad analizzare, e nelle relative costruzioni teoriche, spesso il problema attiene all'applicabilità ad una medesima ipotesi di una norma consuetudinaria, quella sull'immunità, e di norme imperative del diritto internazionale consuetudinario, quelle a protezione dei diritti umani fondamentali. Di norma, un conflitto vero e proprio tra queste due categorie di norme è difficile possa porsi, e qualora si sviluppasse, l'antinomia comporterebbe l'estinzione, prodotta dalla norma di *ius cogens*, della norma consuetudinaria.

Nella nostra analisi, dunque, tratteremo, invero, in modo improprio di un "conflitto", in quanto ciò a cui si avrà riguardo non sarà il possibile contrasto tra le due categorie di norme *stricto sensu*, quanto piuttosto il risultato che può produrre l'applicazione di una norma consuetudinaria, risultato non voluto dalla norma imperativa del diritto internazionale, o, comunque che si pone in contrasto con quest'ultima[199].

Inoltre, nel prosieguo della trattazione ci si limiterà esclusivamente a valutazioni di natura giuridica.

Il rapporto tra l'immunità ed i diritti umani fondamentali, soprattutto nel caso siano stati commessi crimini internazionali, si presta, infatti, troppo spesso a considerazioni di carattere politico o morale che, in questa sede, occorre rifuggire[200].

---

[199] In questo senso si veda, *ex multis*, N. RONZITTI, "Germania responsabile delle stragi di civili compiute dai soldati durante il conflitto mondiale", in *Guida al diritto del Sole - 24 ore*, 14 marzo 2009, n. 11, p. 56 e ss., spec. p. 57.

[200] Il pericolo di confondere i diversi piani delle valutazioni è stato sottolineato da De Paolis con particolare riferimento ai crimini di guerra, il quale ha affermato: «Il tema dei crimini di guerra costituisce ormai da oltre un secolo una materia sulla quale hanno posto attenzione giuristi, storici e legislatori, nazionali ed internazionali. Si tratta di un settore assai complesso poiché, per la peculiarità dell'oggetto, esso costituisce materia di studio per lo storico, di lavoro per il giurista e di delicato impegno politico e normativo per governanti e legislatori. Le connessioni e le interferenze sono frequenti, inevitabili, suggestive, e non è agevole restare nei limiti della propria esclusiva competenza […]». M. DE PAOLIS, "La punizione dei crimini di guerra

Per usare le parole del Focarelli:

> «[…] Altro è la condanna morale e politica dei crimini, che deve essere ferma e assoluta; altro è la questione se i responsabili possano o debbano essere puniti penalmente; altro ancora è se uno Stato straniero possa essere sottoposto a giudizio civile ai fini del risarcimento dei danni; altro ancora è la responsabilità internazionale dello Stato per conto del quale le valutazioni sono state commesse. Le valutazioni di carattere giuridico non necessariamente seguono quelle morali o quelle politiche ed è ragionevole evitare che il diritto venga stabilito secondo i giudizi di valore di chi in concreto lo amministra. […]»[201].

Se, dunque, è indubbio come, talvolta, sia difficile discostarsi da un facile «umanitarismo»[202], è altrettanto necessario che il giurista tenga a mente il compito al quale è preposto, ragionando in termini di diritto e tenendosi alla larga dalle semplificazioni, seppur spesso moralmente condivisibili, in cui si rischia di ricadere allontanandosi dai termini giuridici della questione[203].

---

in Italia", in S. BUZZELLI, M. DE PAOLIS, A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 63 e ss., spec. p. 63.

[201] C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 368.

[202] *Ibidem*, p. 368. Si ricordi, inoltre, come la Corte internazionale di giustizia, *Sud-Ovest africano* (*Etiopia c. Sud-Africa*; *Liberia c. Sud-Africa*), sentenza del 18 luglio 1966, affermava ai §§ 49 e 50: «49. […] Throughout this case it has been suggested, directly or indirectly, that humanitarian considerations are sufficient in themselves to generate legal rights and obligations, and that the Court can and should proceed accordingly. The Court does not think so. It is a court of law, and can take account of moral principles only in so far as these are given a sufficient expression in legal form. Law exists, it is said, to serve a social need; but precisely for that reason it can do so only through and within the limits of its own discipline. Otherwise, it is not a legal service that would be rendered. 50. Humanitarian considerations may constitute the inspirational basis for rules of law […]. Such considerations do not, however, in themselves amount to rules of law. […]».

[203] La necessità di limitarsi a valutazioni di natura giuridica nell'analisi del rapporto tra norme sull'immunità degli Stati e norme a protezione dei diritti umani fondamentali è stata evidenziata anche da Nigro. Secondo l'Autrice non sarebbe possibile riscontrare l'esistenza di un'eccezione all'immunità qualora siano violati i diritti umani fondamentali «sulla base di considerazioni che attengono più alla morale, o a ciò che viene percepito come morale, che al diritto». Cfr. R. NIGRO, "Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?", in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 812 e ss., spec. pp. 819 e 820. Si vedano, inoltre, le considerazioni di Gianelli, la quale, seppur attenendosi strettamente ad un ragionamento giuridico, riconosce come il tema si presti a valutazioni più ampie: «[…] Si contrappongono qui esigenze entrambe significative: da una parte, l'aspettativa che la vittima di violazioni così gravi di diritti fondamentali venga adeguatamente tutelata; dall'altra, la possibilità connaturata alle violazioni su larga scala, di ricorsi innumerevoli e di condanne economicamente molto pesanti per gli Stati autori delle violazioni, condanne che finirebbero per gravare su cittadini a volte estranei o vittime essi stessi

2.2 Norme sull'immunità e diritto di accesso alla giustizia per l'individuo

Tra le norme che prevedono la tutela dei diritti fondamentali della persona umana che entrano in conflitto con la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati, si annovera senz'altro il diritto di accesso alla giustizia.

Abbiamo già avuto modo di ricordare, infatti, che l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato estero si pone, all'interno dei procedimenti, come eccezione procedurale. Qualora uno Stato invochi l'immunità di fronte al tribunale dello Stato del foro straniero, l'effetto dell'immunità, se accolta, sarà quello di impedire lo svolgimento del processo. Il riconoscimento dell'immunità provoca, dunque, come intuibile, un'inevitabile lesione, in via preliminare e primaria, consistente nella violazione del diritto dell'individuo ad avere accesso alla giustizia.

Tale diritto viene, tradizionalmente, definito come:

> «diritto di chiedere un rimedio di fronte ad una corte o ad un tribunale istituito per legge ed in grado di garantire indipendenza ed imparzialità del giudice»[204].

Il diritto di accesso alla giustizia è, ovviamente, tutelato all'interno degli ordinamenti dei singoli Paesi, tanto a livello costituzionale che sub-costituzionale[205]; non può, tuttavia, ignorarsi il fatto che lo stesso trovi, ad oggi, pieno riconoscimento e protezione anche a livello internazionale.

L'esigenza di tutelare l'accesso alla giustizia risulta, infatti, imprescindibile per ogni ordinamento, compreso quello internazionale che, per quanto peculiare, presenta dei tratti comuni ad ogni altro ordinamento giuridico.

---

di regimi autoritari e per pregiudicare l'evoluzione democratica di questi ultimi. […]». Così A. GIANELLI, "Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini", cit., p. 682.

[204] La definizione riportata è quella data da F. FRANCIONI, "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 3 e ss., spec. p. 3.

[205] Ci si riferisce, ad esempio, per quanto concerne il diritto italiano, all'art. 24 della Costituzione che garantisce il diritto alla difesa secondo cui: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari». Tale principio trova la sua diretta applicazione, fra le altre norme, all'interno del codice di procedura civile. Si veda in particolare l'art. 99 c.p.c. secondo cui: «Chi vuole far valere in giudizio un diritto deve proporre domanda al giudice competente».

In particolare, occorre ricordare come attraverso la protezione di questo diritto di natura processuale è possibile garantire il rispetto degli altri diritti a carattere sostanziale sanciti all'interno degli ordinamenti. Secondo un principio generale di giustizia, non potrebbe dirsi effettivamente sussistente un diritto sostanziale, in mancanza di rimedi e garanzie procedurali[206]. Pertanto, l'integrità degli ordinamenti sarebbe assicurata solo dal combinato disporsi del diritto sostanziale che si presume leso con il diritto processuale di accesso alla giustizia, in modo tale da consentire agli individui di ottenere un accertamento da parte dei giudici relativo alla eventuale lesione del proprio diritto sostanziale.

Il diritto di accesso ai giudici è stato inserito all'interno di numerosi strumenti a carattere internazionale, all'interno dei quali viene considerato come una delle garanzie principali[207]: l'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo del 1948[208]; l'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950[209]; l'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici del 1966[210]; l'art. 8, § 1, e 25 della

---

[206] In termini analoghi si è espresso Pisillo Mazzeschi, il quale ha affermato che non è possibile ritenere esistente un diritto sostanziale effettivo, ovvero il diritto a non subire crimini internazionali, in mancanza di rimedi e garanzie procedurali in caso di sua violazione, consistenti nella punizione dei responsabili e nella riparazione. R. PISILLO MAZZESCHI, "Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionali degli)", in *Enciclopedia del diritto*, Annuali, vol. VII, 2014, p. 735 e ss., spec. p. 779.

[207] Così P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, cit., p. 69 e ss., spec. p. 69.

[208] Art. 8 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948: «Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibiltà di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

[209] Art. 6, rubricato «Diritto ad un equo processo», § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia».

[210] Art. 14, § 1, del Patto sui diritti civili e politici del 1996: «1. Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli».

Convenzione americana sui diritti umani del 1969[211]; l'art. 7, § 1, della Carta africana sui diritti umani e dei popoli del 1981[212]; l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2001[213].

È opportuno sottolineare come il diritto internazionale imponga agli Stati di salvaguardare tale principio attraverso un percorso discendente di tipo flessibile: gli Stati possono, infatti, liberamente stabilire i rimedi interni di cui l'individuo possa disporre in caso di violazione dei propri diritti, purché venga sempre assicurato un procedimento equo ed imparziale[214].

---

[211] Art. 8, rubricato «Diritto ad un equo processo», § 1, della Convenzione americana sui diritti umani del 1969: «1. Ogni persona ha diritto ad essere ascoltato, con le dovute garanzie e entro un termine ragionevole, da un tribunale competente, indipendente e imparziale, precostituito per legge, per la determinazione di qualunque accusa di natura penale presentata contro di lui o per la determinazione dei suoi diritti o obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale o di ogni altra natura». Inoltre l'art. 25, rubricato «Protezione giudiziaria», afferma: «1. Ognuno ha diritto ad un accesso semplice e rapido o comunque effettivo ad una corte o tribunale competente per ottenere protezione dagli atti che violano i suoi diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione o dalle leggi dello Stato in questione o dalla presente Convenzione, anche quando tali violazioni siano state poste in essere da persone nell'esercizio di funzioni ufficiali. 2. Gli Stati Parti si impegnano a: a) assicurare che ogni persona che propone un'azione abbia accertato il proprio diritto da un'autorità competente costituita secondo l'ordinamento legale dello Stato; b) espandere le possibilità di rimedio giudiziario; c) assicurare che autorità competenti diano esecuzione alle decisioni prese sulle basi del ricorso presentato».

[212] Art. 7, § 1, della Carta africana sui diritti dell'uomo e dei popoli del 1981: «1. Ogni persona ha diritto a che le sue ragioni siano ascoltate. Ciò comprende: a) il diritto di investire le competenti giurisdizioni nazionali di ogni violazione dei diritti fondamentali che gli sono riconosciuti e garantiti dalle convenzioni, dalle leggi, dai regolamenti e dalle consuetudini in vigore; b) il diritto alla presunzione di innocenza fino a che la sua colpevolezza sia stabilita da una competente giurisdizione; c) il diritto alla difesa, compreso quello di farsi assistere da un difensore di propria scelta; d) il diritto di essere giudicato in un tempo ragionevole da una giurisdizione imparziale».

[213] Art. 47, rubricato «Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale», della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

[214] Si pensi alle ipotesi in cui il termine «giustizia», come asserito da Francioni, è inteso con una accezione «larga», ad esempio alle agenzie, a carattere amministrativo o legislativo, che, pur non essendo veri e propri organi giurisdizionali, sono investite, insieme a questi ultimi, del compito di amministrare la giustizia. In tal caso i procedimenti devono necessariamente condurre ai medesimi risultati a cui si potrebbe addivenire con gli ordinari rimedi giurisdizionali. A riguardo, significativo appare quanto disposto dall'art. 2, § 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, secondo cui: «3. Ciascuno degli Stati parti del presente Patto s'impegna a: a) Garantire che qualsiasi persona, i cui diritti o libertà riconosciuti dal presente Patto siano stati violati, disponga di effettivi mezzi di ricorso, anche nel caso in cui la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali; b) Garantire che *l'autorità competente*, *giudiziaria*, *amministrativa* o *legislativa*, od ogni altra autorità competente ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato, decida in merito ai diritti del ricorrente, e sviluppare le possibilità di ricorso in sede giudiziaria; c) Garantire che le autorità competenti diano esecuzione a qualsiasi pronuncia di accoglimento di tali ricorsi» (corsivo nostro). Si veda

Inoltre, non si deve dimenticare che seppur, come anticipato, garantire il diritto di accesso alla giustizia all'individuo appare ineludibile, tuttavia tale diritto sarà destinato a subire delle limitazioni in ragione della struttura interstatale del diritto internazionale.

Se è evidente, infatti, che, in particolar modo negli ultimi decenni, l'individuo è stato considerato come titolare di un diritto a ricorrere in prima persona agli organi giurisdizionali non solo nazionali, ma anche – in alcuni casi – internazionali[215], è altrettanto chiaro come tale diritto sia ostacolato dal peculiare assetto dell'ordinamento internazionale.

La facoltà di ricorrere, in via diretta ed immediata, innanzi a giurisdizioni "sovraordinate" rispetto a quelle degli Stati nazionali renderebbe non più attuale il contrasto tra il "diritto alla giustizia" e l'immunità statale, la quale, chiaramente, è invocabile solo di fronte alle autorità giurisdizionali nazionali. Negare, al contrario, l'esercizio in via immediata di tale facoltà ripropone l'antinomia sopra descritta, la quale potrà essere risolta solo attraverso operazioni di bilanciamento tra diritti e prerogative entrambe meritevoli di tutela.

Seguendo l'approccio di Francioni[216], si è scelto, per rispondere alla questione sopra posta, di non addentrarsi nella tradizionale questione dogmatica circa l'esistenza o meno della soggettività internazionale degli individui[217], ma di prendere in considerazione la prassi

---

anche l'art. 13, rubricato «Diritto ad un ricorso effettivo», della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, ove ci si riferisce genericamente ad un'istanza nazionale, senza specificare se questa debba necessariamente avere il carattere di organo giudiziario («Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»). Cfr. F. FRANCIONI, "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", cit., p. 5.

215 Ad esempio la Corte europea dei diritti dell'uomo. Significativo, a riguardo, è l'art. 34 della Convenzione secondo cui: «La Corte può essere investita di un ricorso da parte di una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati che sostenga d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tale diritto». Per un commento si veda G. RAIMONDI, "Art. 34. Ricorsi individuali", in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 559 e ss.

216 F. FRANCIONI, "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", cit., p. 9 e ss.

217 Fino a pochi decenni orsono, vi fu un intenso dibattito sulla soggettività giuridica internazionale dell'individuo. Tradizionalmente gli autori italiani si espressero a favore del diniego della personalità internazionale, ponendo a fondamento della loro statuizione tesi tra loro diverse, ma tutte accomunate dal riconoscimento del dualismo e dalla percezione dell'individuo come mero "oggetto" della normazione internazionale. Cfr. sul punto G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 250 ss.; ID., *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Utet, Torino, 1971, p. 146 ss.; ID., "L'individuo e il diritto internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 561 ss.; R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968, p. 398 e ss.; ID., *La sudditanza nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1935, p. 51 e ss. Nella letteratura straniera tale approccio venne seguito da: J. M. BROWN, "The individual and international law", in *The American Journal of International Law*, 1924, p. 532 e ss.; G. MANNER, "The object

sviluppatasi a livello internazionale circa la possibilità per i medesimi di accedere in via diretta ai rimedi di natura giurisdizionali diversi rispetto a quelli offerti dallo Stato a cui appartengono.

Analizzando direttamente gli esiti di tale ricostruzione, risulta evidente come, pur all'interno del percorso di progressiva espansione della capacità giuridica dei singoli di adire corti e organismi internazionali preposti alla tutela dei loro diritti, non si può non prendere atto del fatto che allo stato attuale:

> «sarebbe sbagliato saltare alla conclusione che il diritto internazionale abbia già subito una trasformazione strutturale così radicale da essere ormai diventato un diritto universale o globale tanto da garantire a tutti gli individui l'accesso alla giustizia direttamente davanti a meccanismi internazionali in termini di diritto e in ogni circostanza. Nell'attuale struttura del diritto internazionale, l'organizzazione umana rimane modellata secondo la struttura classica dello Stato sovrano e gli esseri umani continuano ad essere soggetti all'autorità statale e alla giurisdizione nazionale»[218].

Infatti, se è vero che le possibilità per gli individui di adire corti internazionali, in specie a livello regionale, tendono ad aumentare, si tratta sempre di situazioni legate a speciali regimi

---

theory of the individual in international law, in *The American Journal of International Law*, 1954, p. 428 e ss.; M. S. KOROWICZ, "The problem of the international personality of individuals", in *The American Journal of International Law*, 1956, p. 533 e ss. A favore, invece, del riconoscimento della soggettività, H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, in particolare si veda p. 152 e ss.; G. SALVIOLI, "L'individuo in diritto internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1956, p. 5 e ss.. Nella letteratura straniera si veda: C. A. NØRGAARD, *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1962; F. A. A. SATCHIVI, *Les sujets de droit. Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, L'Harmattan, Paris, 1999. Ad oggi la dottrina maggioritaria afferma la personalità giuridica internazionale dell'individuo. Cfr., *ex multis*, A. CASSESE, *Diritto internazionale*, I vol, Il Mulino, Bologna, 2003, spec. p. 155; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2015, p. 24 e ss.; T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali.,* Giuffrè, Milano, 2005, p. 190. Ma si veda, invece, in senso negativo: A. GIOIA, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2015, spec. p. 347 e ss.; B. NASCIMBENE, "L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani", in *Istituzioni di diritto internazionale*, a S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006, p. 406; U. LEANZA, I. CARRACCIOLO, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 121 e 123; N. RONZITTI, cit., spec. p. 40; F. SALERNO, *Diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 12-13. Per dei recenti contributi relativi al dibattito relativo alla soggettività internazionale dell'individuo, si veda: F. MASTROMARTINO, "La soggettività degli individui nel diritto internazionale", in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, p. 24 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, "La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 275 e ss.

[218] F. FRANCIONI, "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", cit., p. 10.

convenzionali, che mantengono carattere eccezionale. La necessità, dunque, da parte degli individui di muoversi all'interno della cornice giurisdizionale nazionale rende necessario interrogarsi circa il problematico rapporto che si pone tra diritto di accesso alla giustizia e l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di uno Stato estero[219].

La relazione tra immunità e diritto di accesso alla giustizia si ritiene una questione di carattere generale e prioritario, in quanto, a prescindere dalla violazione sostanziale che si presume sia stata perpetrata da uno Stato estero, il singolo, attore dinanzi ai tribunali del proprio Stato, viene privato della possibilità di far valere la propria pretesa.

In questi casi si potrebbe potenzialmente rinvenire una violazione delle norme che tutelano il diritto di accesso alla giustizia, previste sia a livello nazionale sia internazionale.

Tuttavia, se si consentisse in ogni caso la protezione del diritto dell'individuo di accedere ai giudici, prescindendo dal soggetto convenuto, e, dunque, eventualmente soprassedendo sul fatto che il presunto autore della violazione di un diritto sia un organo dello Stato estero che possa aver cagionato la lesione del diritto individuale tramite *acta iure imperii*, si richiederebbe di cadere, ancora una volta, in un «ingenuo umanitarismo»[220].

Da un punto di vista giuridico, occorre, infatti, non dimenticare che ci si trova dinanzi ad un conflitto tra norme fondamentali e meritevoli entrambe di protezione: se il diritto del singolo ad accedere alla giustizia persegue la finalità di consentire ad un individuo che ha subito una violazione dei propri diritti di ricevere una tutela giurisdizionale, facendo valere la propria pretesa di fronte alle autorità giudiziarie, non di meno la norma sull'immunità è rivolta ad assicurare ad uno Stato che nell'esplicazione della propria sovranità non subirà

---

[219] La problematicità del rapporto è stata sottolineata nella contromemoria del 22 dicembre 2009 presentata dall'Italia alla Corte internazionale di giustizia nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato* (*Germania c. Italia*), ove in particolare al § 4.88 è stato asserito: «[…] There is an irreducible contradiction between the acknowledgement of this right to the individual and the privilege of immunity granted to the State […]».

[220] Si ricordi – come già segnalato – che l'espressione è di C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 368. È stato, peraltro, sottolineato da Francioni che il riconoscimento del diritto di accedere alla giustizia non deve porsi come «elemento di destabilizzazione dell'ordine giuridico internazionale». Cfr. F. FRANCIONI, "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", cit., p. 10. Le stesse considerazioni, peraltro come segnalato nella nota 22 del contributo testè citato, sono state elaborate da Tomuschat per i ricorsi individuali aventi ad oggetto gravi violazioni dei diritti fondamentali che hanno riguardato un altissimo numero di individui. Si veda C. TOMUSCHAT, "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", in A. RANDELZHOFER, C. TOMUSCHAT (edited by), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague, 1999, p. 1 e ss.

ingerenze da parte di altri Stati, in conformità al principio *par in parem non habet iurisdictionem* che sancisce l'eguaglianza tra entità statali sovrane ed indipendenti.

Pertanto, la soluzione a favore del diritto di accesso alla giustizia piuttosto che dell'immunità dovrà sempre essere oggetto di un attento vaglio che prenda in considerazione la *ratio* sottesa ad entrambe le norme.

Per riportare le parole di Nigro:

> «[…] Da un lato dunque la norma sull'immunità impone ai giudici l'obbligo, in negativo, di non pronunciarsi sulle attività poste in essere da uno Stato (le quali possono ben tradursi talvolta in violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo), dall'altro, la norma sul diritto di accesso al giudice impone ai giudici l'obbligo positivo di garantire il diritto di individui che lamentino violazioni le quali a loro volta possono anche derivare dall'esercizio di atti sovrani dello Stato. È proprio nell'esigenza di garantire il rispetto di questi obblighi contrapposti che si concretizzerebbe un ulteriore conflitto tra la norma sull'immunità dello Stato e la norma che prevede il diritto di accesso al giudice. […]»[221].

Nell'ambito del presente lavoro – lo ribadiamo – si darà conto, come vedremo, delle possibili teorie rivolte alla soluzione del conflitto tra norme immunitarie e norme a tutela dei diritti umani fondamentali.

La giurisprudenza che sarà analizzata nel corso dell'indagine da noi condotta, nella maggior parte dei casi, si è concentrata sul rapporto tra la norma immunitaria e le violazioni di norme a carattere sostanziale (si pensi ad esempio alle norme imperative del diritto internazionale che vietano la commissione di crimini di guerra); tuttavia, come è ovvio, il primo e fondamentale diritto ad essere leso, nel caso in cui l'immunità sia riconosciuta, risulta proprio essere il diritto dell'individuo di accedere alla giustizia.

Si permetta, dunque, in questa sede, di richiamare, a titolo esemplificativo, un caso che rappresenta un vero e proprio "pilastro" nel quadro della giurisprudenza specificamente incentrata sul contrasto immunità-diritto di accesso alla giustizia, tenendo presente il fatto

[221] Si veda R. NIGRO, "Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?", cit., p. 820.

che le considerazioni che verranno avanzate nel prosieguo della trattazione, se spesso incentrate sul rapporto immunità-violazioni di norme sostanziali, potranno, in linea di massima, essere considerate valevoli anche in relazione al rapporto immunità-violazione del diritto di accesso alla giustizia.

Si è scelto, in particolare, al fine di rendere chiaro, fin da ora, il particolare rapporto problematico che si pone tra immunità e accesso alla giustizia di analizzare le pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Adsani*[222].

---

[222] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit. Si deve sottolineare che lo stesso giorno in cui è stata pronunciata la sentenza *Al-Adsani*, la Corte di Strasburgo si è espressa anche circa altri due casi. Si tratta, in particolare, delle sentenze: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fogarty c. Regno Unito*, ricorso n. 37112/97, sentenza del 21 novembre 2001; Corte europea dei diritti dell'uomo, *McElhinney c. Irlanda*, ricorso n. 31253/96, sentenza del 21 novembre 2001. Il ragionamento logico-giuridico seguito dalla Corte di Strasburgo sia nel caso *Fogarty*, sia nel caso *McElhinney*, è il medesimo prospettato nella sentenza *Al-Adsani* (ovvero, l'ambito di operatività della norma che prevede l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero rispetto all'art. 6, § 1, CEDU). Pertanto, si è scelto – perlomeno in questa sede – di limitare l'analisi alla sentenza *Al-Adsani*. Tuttavia, per una trattazione estesa del contenuto della sentenza *McElhinney c. Irlanda* si rinvia al capitolo III, § 3.3. Del caso *Fogarty c. Regno Unito*, invece, riportiamo qui di seguito sinteticamente i fatti. Il caso riguardava una controversia di lavoro tra una cittadina irlandese, la sig. Fogarty, parte del personale amministrativo dell'ambasciata statunitense a Londra e gli Stati Uniti. In particolare, ella intentava un procedimento dinanzi alle autorità giurisdizionali del Regno Unito contro gli Stati Uniti, sostenendo di essere stata licenziata, nel 1995, per motivi discriminatori fondati sul sesso. In pendenza del procedimento, la sig. Fogarty otteneva un nuovo contratto di lavoro presso l'ambasciata per un altro anno. La causa, poi, da quest'ultima intentata si risolveva a suo favore, ed ella riceveva un risarcimento da parte del Governo statunitense. Nel 1996, la sig. Fogarty presentava domanda per un nuovo posto di lavoro presso la predetta ambasciata, tuttavia non veniva assunta. La cittadina irlandese adiva, allora, nuovamente le autorità giurisdizionali inglesi, sostenendo che nella nuova procedura di assunzione era stata discriminata per via della vittoria conseguita nel primo procedimento giudiziario. Gli Stati Uniti, nella nuova causa, invocavano, però, l'immunità dalla giurisdizione, prevista dallo *State Immunity Act* britannico del 1978. Numerosi sono stati i commenti alla tre sentenze della Corte di Strasburgo ricordate. Si veda, *ex multis*: A. BULTRINI, A. SONAGLIONI, "Immunità della giurisdizione dello Stato straniero e atti di tortura commessi al di fuori della giurisdizione dello Stato", in *Il Corriere giuridico*, 2002, p. 399 e ss.; O. DE FROUVILLE, "Le droit à un tribunal et les immunités de jurisdiction", in *Journal du droit international*, 2002, p. 273 e ss.; M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 117 e ss.; L. DE OLIVEIRA MOLL, "*Al-Adsani v. United Kingdom*", in *Melbourne Journal of International Law*, 2003, p. 561 e ss.; M. FOROWICZ, *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 283 e ss.; R. GARNETT, "State Immunity Trimphs in the European Court of Human Rights", in *Law Quarterly Review*, 2002, p. 367 e ss.; M. KLOTH, *Immunities and the right of access to Court under Article 6 on the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden, 2010; A. LANCIOTTI, A. PANETTA, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", in L. CASSETTI, *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 335 e ss.; D. LLOYD JONES, "Article 6 ECHR and Immunities arising in Public International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "Restrictive Interpretation of Human Rights in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529 e ss.; ID., "State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Courts of Human Rights", in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 703 e ss.; I. PINGEL-LENUZZA,, "Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité: la Cour de Strasbourg persiste", in *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 893 e ss.; M. RAU, "After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of

Sulaiman Al-Adsani, un pilota dotato di doppia cittadinanza britannica e kuwaitiana, partecipava alla prima guerra del Golfo contro l'Iraq.

Durante tale periodo egli entrava in possesso di alcune videocassette a sfondo sessuale in cui era presente anche Sheikh Jaber Al-Sabah Al-Saud Al-Sabah, noto come "lo sceicco", un uomo molto influente in Kuwait.

A seguito della diffusione di tali videocassette, Al-Adsani veniva ritenuto responsabile. Le autorità kuwaitiane, pertanto, arrestavano Al-Adsani, il quale, durante la sua permanenza in carcere, veniva torturato da parte di alcuni agenti governativi.

Sopravvissuto alle torture, Al-Adsani si recava nel Regno Unito e, ivi, adiva le autorità giurisdizionali, convendo in giudizio "lo sceicco" e lo Stato del Kuwait al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti tanto sul territorio kuwaitiano per le torture, tanto sul territorio inglese, avendo ricevuto diverse minacce.

Dopo alcune decisioni dei giudici inglesi, la Corte di Appello respingeva la domanda del ricorrente, sostenendo che dovesse essere riconosciuta al Kuwait l'immunità dalla giurisdizione civile del Regno Unito, in ragione del fatto che il fatto illecito contestato allo Stato estero non si fosse verificato sul territorio dello Stato del foro.

A seguito di tale pronuncia, Al-Adsani si rivolgeva alla *House of Lords* al fine di impugnare la sentenza. Tuttavia, la richiesta di impugnazione veniva respinta sulla base degli stessi motivi esposti dalla Corte di Appello, così come veniva preclusa al ricorrente ogni compensazione attraverso i canali diplomatici.

Al-Adsani si rivolgeva, allora, alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando da parte del Regno Unito la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[223], in ragione del fatto che tale

---

Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case", in *German Law Journal*, 2002, p. 1 e ss.; C. ROZAKIS, "The Law of State Immunity Revisited: the Case Law of the European Court of Human Rights", in *Revue hellénique de droit international*, 2008, p. 563 e ss.; X. YANG, "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", in *British Year Book of International Law*, 2003, p. 333 e ss.; F. ZARBIEV, "Quelques Observations sur le Traitment de l'Exception d'immunité jurisdictionnelle de l'Ètat Ètranger par la Cour Européenne des Droits de l'Homme", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 621 e ss.

[223] Sull'art. 6 della CEDU, si veda *ex multis*: C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001; M. CHIAVARIO, "Diritto ad un processo equo", in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 153 e ss..; A. DI STASI, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie,*

Stato, accordando al Kuwait l'immunità dalla giurisdizione civile, aveva precluso in maniera ingiustificata al ricorrente il diritto di accedere alla giustizia per ottenere il risarcimento dei danni patiti[224].

La Corte europea dei diritti dell'uomo si pronunciava con sentenza del 21 novembre 2001.

I giudici di Strasburgo, anzitutto, analizzavano il diritto di accesso alla giustizia previsto dall'art. 6, § 1, CEDU: nell'opinione della Corte, quello alla giustizia non può dirsi un diritto assoluto; richiedendo, per sua natura, una disciplina da parte degli Stati, esso risulta necessariamente soggetto a delle limitazioni.

Sul punto, la Corte specificava che gli Stati possono liberamente disciplinare la materia, eventualmente disponendo opportune restrizioni, salva, ovviamente, la possibilità per la Corte stessa di giudicare circa la ragionevolezza di tali restrizioni, nell'ottica del riconoscimento di una tutela effettiva[225].

Una volta enunciata tale statuizione di principio, i giudici passavano, poi, ad analizzare le restrizioni apportate dal Regno Unito al diritto di accesso alla giustizia nel caso di specie (con riferimento, dunque, alla norma immunitaria), con particolare riguardo alla legittimità dell'obiettivo perseguito e della proporzionalità dei mezzi impiegati[226].

---

dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale, Giappichelli, Torino, 2012; M. PILLA, "Diritto ad un processo equo", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006, p. 203 e ss.; D. LIAKOPOULOS, *Equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2007; C. RUSSO, P. M. QUANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 141 e ss.; M. SCHEININ, "Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflections on the Practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights", in F. FRANCIONI (edited by), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2007, p. 135 e ss.

[224] Si sottolinei come, Al-Adsani, in particolare, sostenesse che il Regno Unito, concedendo l'immunità allo Stato del Kuwait, non aveva garantito al ricorrente il riconoscimento del diritto a non essere soggetto a tortura e il suo diritto di accesso alla giustizia, in contrasto con gli artt. 3, 6 e 13 della CEDU.

[225] Si veda il § 53 della sentenza in esame. Nelle parole della Corte: «The right of access to a court is not, however, absolute, but may be subject to limitations; these are permitted by implication since the right of access by its very nature calls for regulation by the State. In this respect, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation, although the final decision as to the observance of the Convention's requirements rests with the Court. It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired […]».

[226] La Corte, infatti, ricordava, sempre al § 53: «[…]Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved». I criteri della legittimità dello scopo perseguito e della proporzionalità dei mezzi impiegati, erano già stati elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ashingdane c. Regno Unito*, ricorso n. 8225/78, sentenza del 28 maggio del 1985. In

In primo luogo, la Corte si pronunciava circa la legittimità dello scopo perseguito dalla limitazione, riscontrandone la legittimità. Secondo i giudici, infatti, il riconoscimento dell'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero deriva da uno dei principi basilari del diritto internazionale, ovvero dal principio *par in parem non habet imperium*, secondo cui uno Stato non può essere assoggettato alla giurisdizione di un altro Stato, essendo le entità statali egualmente sovrane all'interno della Comunità internazionale. Di conseguenza, veniva affermato che, indubbiamente, lo scopo della restrizione apportata al diritto di accesso alla giustizia dovesse dirsi legittimo, in quanto volto a rispettare quanto disposto dal diritto internazionale, al fine di promuovere, attraverso il rispetto della sovranità dello Stato nei confronti dei quali venga eventualmente promossa un'azione, la cortesia e le buone relazioni tra le entità statali[227].

In secondo luogo, la Corte valutava se vi fosse stata proporzionalità tra la limitazione posta e lo scopo perseguito[228].

I giudici invocavano, *in primis*, le norme sull'interpretazione dei trattati contenute nella Convenzione di Vienna del 1969, e in particolare l'art. 31, § 3, lett. c), il quale – come noto – dispone che nell'interpretazione di un trattato si deve tenere conto, oltre che del contesto, di tutte le regole di diritto internazionale pertinenti che sono applicabili tra le Parti. Sulla base di tale disposizioni, i giudici affermavano che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, art. 6 incluso, nonostante sia dotata di carattere di specialità rispetto agli altri trattati, deve essere comunque interpretata avendo riguardo al suo ordinamento di riferimento, e, dunque, anche alla luce delle altre norme di diritto internazionale, comprese le norme che stabiliscono l'immunità per un Paese di fronte alle autorità giurisdizionali di uno Stato straniero[229].

---

particolare, in tale pronuncia, la Corte aveva chiarito che il diritto di accesso alla giustizia ex art. 6, § 1, CEDU non è un diritto assoluto, in quanto, a fronte di determinate condizioni, può essere derogato (§ 57).

[227] Si veda il § 54 della sentenza in esame. Nelle parole della Corte: «The Court must first examine whether the limitation pursued a legitimate aim. It notes in this connection that sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State's sovereignty».

[228] Proporzionalità che la Corte non riconosceva, ad esempio, nel caso *Cudak c. Lituania*, ric. n. 15869/02, sentenza del 23 marzo 2010.

[229] Si veda il § 55 della sentenza in esame. Nelle parole della Corte: «[…] It reiterates that the Convention has to be interpreted in the light of the rules set out in the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, and that Article 31 § 3 (c) of that treaty indicates that account is to be taken of "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties". The Convention, including Article 6,

Pertanto, secondo la Corte, se uno Stato adotta delle restrizioni in virtù di norme di diritto internazionale consuetudinario – così come nel caso dell'immunità – non è possibile ritenere tali limitazioni al diritto di accesso alla giustizia sproporzionate rispetto al principio consolidato oggetto di bilanciamento[230].

I giudici si soffermavano, successivamente, su un dato fondamentale, ovvero sul fatto che il divieto di tortura (patita dall'Al-Adsani) ha assunto, nell'ambito del diritto internazionale, lo *status* di norma di *ius cogens*.

Tuttavia, una volta riconosciuta la natura imperativa della norma anzidetta, la Corte chiariva come oggetto del suo giudizio non fosse – diversamente dal caso *Furundžija*[231] o dal caso *Pinochet*[232] – la possibilità di ritenere sussistente o meno in capo ad un individuo-organo

---

cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention's special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account (see, *mutatis mutandis*, *Loizidou v. Turkey* (merits), judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI, p. 2231, § 43). The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity».

[230] Si veda il § 56 della sentenza in esame. Nelle parole della Corte: «It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to a court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to a court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity». Bonafè si esprime, criticamente, riguardo a tale punto della sentenza, affermando cha la Corte, in questo caso, avrebbe adottato una sorta di "presunzione" di proporzionalità. Si veda B. BONAFÈ, "The ECHR and The Immunities Provided by International Law", in *International Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, p. 55 e ss., spec. p. 62. Si noti, inoltre, come secondo Gestri, la Corte non avrebbe mai posto in essere un effettivo bilanciamento degli interessi coinvolti, qualora uno di questi riguardasse l'immunità statale. In particolare: «As things are, I would say that in respect of State Immunity the ECtHR merely verifies the proportionality of the measure taken by the forum State *from the view point of its necessity*: the Strabourg Court only evaluates whether the limitation imposed upon the right of access to a court his "necessary", for it is the result of the doctrine of State immunity generally accepted by the international community». Secondo tale Autore, peraltro, il predetto approccio da parte della Corte di Strasburgo sarebbe encomiabile. L'unico scrutino giudiziale, demandato alla Corte, infatti, sarebbe quello relativo alla «necessity of limitation»: «the European judges must verify that the respondent State was really under an international legal duty grant immunity in the case at hand, that is, that it made correct application of the relevant rules of public international law». Tutt'al più, prosegue l'Autore, pur in termini seriamente dubitativi, uno scrutinio di proporzionalità, e, dunque, un bilanciamento di interessi, potrebbe proporsi solo nel caso in cui tanto lo Stato del foro, quanto lo Stato che invochi l'immunità siano parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. In detta situazione, infatti, potrebbe argomentarsi che gli Stati parte, sottoscrivendo l'art. 6 della Convenzione medesima, abbiano di fatto rinunciato al diritto di invocare l'immunità. Si veda M. GESTRI, "Access to a Court and Immunity of States", in *International Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, p. 91 e ss., spec. pp. 92-93 e pp. 96-97.

[231] Cfr. Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di I istanza, *Prosecutor c. Anto Furundžija* sentenza del 10 dicembre 1998, caso n. IT-95-17I/-T. Sulla sentenza si rinvia al paragrafo successivo.

[232] *House of Lords*, *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, *jydgment 24 March* 1999. Per ulteriori considerazioni sulla sentenza si rinvia al capitolo IV, § 4.2.

dello Stato estero la responsabilità penale per la presunta perpetrazione di atti di tortura, ma riguardasse, invece, il diniego di giustizia in un processo civile da parte dei tribunali di uno Stato alla vittima di presunti atti di tortura compiuti dagli individui-organi di un Paese estero sul terriorio nazionale di quest'ultimo.

I giudici affermavano, pertanto, che, indipendentemente dal carattere cogente della norma che prevede il divieto di tortura, non potesse sostenersi, anche a fronte di presunte violazioni di tale norma, il venir meno dell'immunità dalla giurisdizione civile per uno Stato straniero, non essendo possibile individuare, né negli strumenti internazionali, né nella prassi – tanto legislativa quanto giudiziaria – alcun elemento che deponesse in tal senso[233].

Nonostante gli aspetti fondamentali della pronuncia siano diversi (se ne darà in parte conto nel prosieguo della trattazione, con particolare riferimento alle norme di *ius cogens*), in questa sede sono due gli aspetti fondamentali che occorre evidenziare.

Si deve notare, in primo luogo, che in tale sentenza la Corte si è schierata nettamente, quasi preconcettualmente, a favore del riconoscimento nei confronti degli Stati dell'immunità dalla giurisdizione civile e senza che vi siano stati previ tentativi di articolare la problematica sottoposta al suo vaglio in termini analitici[234].

[233] Si veda il § 61 della sentenza in esame. Nelle parole della Corte: «While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged. In particular, the Court observes that none of the primary international instruments referred to (Article 5 of the Universal Declaration of Human Rights, Article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights and Articles 2 and 4 of the UN Convention) relates to civil proceedings or to State immunity».

[234] In questo senso si veda anche: O. DE FROUVILLE, "Le droit à un tribunal et les immunités de jurisdiction", cit., p. 277; M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", cit., p. 123; A. LANCIOTTI, A. PANETTA, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", in L. CASSETTI, *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012, p. 335 e ss., spec. p. 337.

Tuttavia, è opportuno ricordare che tale pronuncia è stata adottata con una maggioranza di soli nove giudici (contro otto)[235], ed è accompagnata da ben tre opinioni dissenzienti[236].

Ciò, in particolare, dimostra come l'apparente sicurezza mostrata dal Collegio non corrisponda affatto alla prova circa l'esistenza di una interpretazione pacifica della "tensione" tra diritto di accesso alla giustizia e immunità statale.

Ci troviamo, infatti, davanti ad una questione aperta, che, in assenza di precise indicazioni normative, rischia di non trovare una "stabilità", ma di essere continuamente soggetta a revisioni: teoriche da parte della dottrina, e pratiche da parte della giurisprudenza.

In secondo luogo, si deve evidenziare che la Corte, nell'esprimersi a favore dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile rispetto al diritto di accesso alla giustizia, non si è curata di accertare in alcun modo l'esistenza di forme di tutela per equivalente[237].

Comportando, infatti, il riconoscimento dell'esenzione per lo Stato estero dalla giurisdizione una limitazione della possibilità per l'individuo di esercitare il proprio diritto di accesso alla giustizia, taluni Autori si sarebbero aspettati che i giudici indagassero la possibilità di prevedere delle forme di protezione, anche diverse da quella giurisdizionale, in grado di garantire un adeguato bilanciamento tra gli interessi in gioco: l'immunità dello Stato in

---

[235] Si tenga conto, peraltro, che anche nel caso *McElhinney* la maggioranza è stata di dodici giudici a cinque. Nel caso *Fogarty*, invece, la sentenza è stata adottata con una maggioranza di dodici giudici a uno.

[236] Si veda in particolare: *joint dissenting opion* del giudice Rozakis, Caflish, Wildhaber, Costa, Cabral Barreto e Vajić; *Dissenting Opinion* del giudice Ferrari Bravo; *dissenting opinion* del giudice Louicaides. Anche nel caso *McElhinney* sono state adottate tre opinioni dissenzienti: *dissenting opinion* del giudice Rozakis; *Dissenting Opion* del giudice Caflish, Cabral Barreto e Vajić; *dissenting opinion* del giudice Louicaides. Nel caso *Fogarty*, invece, si è avuta un'unica *dissenting opinion* del giudice Louicades.

[237] Secondo la teoria della protezione per equivalente, di fronte ai tribunali di uno Stato dovrebbe sempre essere riconosciuta l'immunità ad un Paese estero, qualora l'individuo, che sostenga di aver subito violazioni dei propri diritti da parte dello Stato straniero, possa beneficiare di una protezione per equivalente: ad esempio, qualora abbia la possibilità di far valere la lesione dei propri diritti di fronte ai giudici dello Stato presunto autore delle violazioni, ottenendo così una tutela giurisdizionale equivalente a quella di cui sarebbe stato destinatario nello Stato di cittadinanza. Sulla questione della tutela per equivalente, fondamentali appaiono talune pronunce della Corte di Strasburgo in tema di immunità delle organizzazioni internazionali. Si veda: *Waite and Kennedy c. Germania*, ricorso n. 26083/94, sentenza del 18 febbraio 1999 (commentata da A. REINISCH, U. A. WEBER, "In the Shadow of *Waite and Kennedy*: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Court and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement", in *International Organizations Law Review*, 2004, p. 59 e ss.) e. Si ricordi, inoltre: *Beer and Regan c. Germania*, ricorso n. 28934/95, sentenza del 18 febbraio 1999; *Gasparini c. Italia e Belgio*, ric. n. 10750/03, sentenza del 12 maggio 2009. Sulla questione della protezione per equivalente v. il contributo di D. LLOYD JONES, "Article 6 ECHR and Immunities arising in Public International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463 e ss.

cambio di una diversa tutela offerta agli individui[238]. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità da parte dello Stato autore delle violazioni di creare dei fondi *ad hoc* per la riparazione delle vittime, oppure all'attivazione da parte dello Stato di cui le vittime hanno la cittadinanza dell'istituto della protezione diplomatica[239].

Chiaramente, si tratta di una questione complessa, che investe gli Stati tanto dal punto di vista giuridico, quanto politico, ma che, soprattutto, non attiene esclusivamente al diritto di accesso alla giustizia, ma si estende anche a tutti quei diritti di natura sostanziale che possono dirsi violati dall'eventuale riconoscimento dell'immunità.

Alla luce di quanto predetto, appare opportuno evidenziare il quadro all'interno del quale il presente lavoro intende porsi.

Come anticipato, sarà nostra cura condurre un'analisi sistematica delle principali teorie elaborate da dottrina e giurisprudenza per superare il conflitto – sia esso effettivamente esistente così come taluni affermano, o meramente presunto così come, invece, sostenuto da altri – tra norme immunitarie e norme che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo.

---

[238] Così, *ex multis*, O. DE FROUVILLE, "Le droit à un tribunal et les immunités de jurisdiction", cit., p. 277. In senso conforme: B. BONAFÈ, "The ECHR and The Immunities Provided by International Law", cit., p. 68, la quale, peraltro, sottolinea come una tale impostazione fosse stata, invece, utilizzata [sebbene solo quale argomento *a fortiori*] nella contemporanea sentenza *McElhinney c. Irlanda*; A. LANCIOTTI, A. PANETTA, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", cit., pp. 339 e 340. *Contra* M. GESTRI, "Access to a Court and Immunity of States", cit., spec. p. 94, secondo cui: «I see however a number of difficulties in accepting it, at least *de lege lata*». Ciò sulla base di due argomenti. Il primo, dallo stesso autore definito non particolarmente appagante, riguarda la constatazione del fatto che, quantomeno astrattamente, ci sarebbe sempre una forma alternativa di tutela, dinnanzi ai giudici dello Stato autore della violazione: «In respect of States there would always exist for the individual the possibility of suing the State invoking immunity before its own domestic courts. […] And it is certainly possible to think of situations in which the possibility for the individual concern, of obtaining redress before the court of the State claiming immunity would be purely hypothetical, for the remedies available in that State appear *obviously futile*». Il secondo argomento è, dal medesimo Autore, considerato più convincente: tutti i casi citati (*Waite and Kennedy*, *in primis*) in cui la Corte europea ha valorizzato, nel riconoscere l'immunità, l'esistenza di un mezzo alternativo di tutela, riguardavano casi in cui l'immunità stessa (nell'esempio delle organizzazioni internazionali) derivava da una decisione volontaristica, espressa convenzionalmente dagli Stati. In questi casi, la preoccupazione della Corte di Strasburgo era, dunque, quella di proteggere i diritti sanciti dalla Convenzione da scelte totalmente discrezionali degli Stati. Viceversa, qualora l'immunità non derivi da una libera scelta, ma sia conseguenza del diritto internazionale consuetudinario (come quella statale dalla giurisdizione civile di uno Stato estero), allora tale *ratio* argomentativa verrebbe meno. L'Autore, in conclusione (p. 97), ritiene prematuro che, nel contesto normativo esistente, si possa affermare l'esistenza di una regola consuetudinaria che imponga di verificare, al fine di riconoscere l'immunità, l'esistenza di un mezzo alternativo di tutela. Tale condizione non troverebbe alcuna formalizzazione nella Convenzione delle Nazioni Unite del 2004, né nella prassi degli Stati.

[239] Sulla questione della protezione diplomatica, scelta nel presente lavoro come possibile via d'uscita al conflitto tra immunità e violazione dei diritti umani fondamentali, si rinvia al capitolo V, § 5.2.

Gli esiti dell'indagine saranno funzionali a verificare se, ad oggi, possa ancora considerarsi corretta l'affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo circa la legittimità delle limitazioni operate dagli Stati al diritto di accesso alla giustizia dell'individuo, giustificate sulla base di una presunta conformità delle restrizioni rispetto a quanto disposto dal diritto internazionale generale.

Qualora i risultati ottenuti dall'analisi da noi condotta facessero propendere per la persistenza della regola immunitaria, anche a fronte di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, sarebbe allora indubbia l'attualità e la validità delle statuizioni della Corte di Strasburgo.

Viceversa, se, anticipando l'opzione patrocinata dalla sottoscritta, si dovessero ritenere maturi i tempi per un'interpretazione sistematica dell'*aquis* internazionale, nel senso della cedevolezza, a certe condizioni, della regola immunitaria, allora, come intuibile, si aprirebbe uno spazio di revisione critica dei principi di diritto sottesi alle decisioni della Corte EDU, nel senso della sostanziale illegittimità delle restrizioni del diritto di accesso alla giustizia – realizzate in via legale o giurisprudenziale – nei casi di gravi violazioni dei diritti umani.

2.3 Norme sull'immunità e norme di ius cogens

La dottrina è, ad oggi, uniformemente orientata[240] – salve poche eccezioni[241] – nel riconoscere l'esistenza di un nucleo di norme di diritto internazionale dotate del carattere della cogenza[242].

---

[240]Cfr., *ex multis*, Ronzitti, il quale afferma espressamente che: «l'esistenza di norme imperative del diritto internazionale è ormai un fatto acquisito». Così N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 47.

[241] Il maggiore sostenitore della teoria "negazionista" è, come noto, il Glennon. Gli argomenti sulla base dei quali l'Autore nega la possibilità di individuare delle norme cogenti nell'ambito dell'ordinamento internazionale sono molteplici, e possono essere, seppur brevemente, così riassunte: 1) la stessa idea di *ius cogens* non risulta compatibile con il fondamento positivista dell'ordinamento giuridico internazionale; 2) l'esistenza di una categoria di norme cogenti presupporrebbe, all'interno dell'ordinamento internazionale, un'autorità sovraordinata rispetto a tutti gli altri soggetti del diritto internazionale (autorità inesistente, essendo la Comunità internazionale – come già ricordato – una *societas* di enti paritari); 3) formulare tale categoria di norme non sarebbe di alcun supporto, andando ad incrementare, piuttosto che a diminuire, i problemi legati all'interpretazione del diritto internazionale; 4) riconoscere l'esistenza di norme cogenti si tradurrebbe in un tentativo di "moralizzazione" dell'ordinamento giuridico internazionale; 5) avendo riguardo alla prassi degli Stati nazionali, non risulta esservi sufficiente traccia dell'esistenza di norme imperative del diritto internazionale; 6) lo *ius cogens* impedirebbe lo sviluppo di nuove forme di diritto internazionale consuetudinario ad esso contrarie; 7) l'individuazione delle norme che dovrebbero rientrare tra le norme imperative sarebbe affidata esclusivamente a valutazioni di natura soggettiva; 8) qualora tali norme fossero riconosciute, si porrebbero una serie di problemi da un punto di vista pratico (ad esempio: qualificando il divieto dell'uso della forza quale norma perentoria, l'eventuale uso illegale della forza da parte dei membri della NATO renderebbe nullo il trattato?). Cfr. M. J. GLENNON, "De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*)", in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 529 e ss.

[242] Per un'analisi dettagliata delle diverse teorie elaborate in dottrina aventi ad oggetto le norme di *ius cogens* si rinvia all'ampio e recente lavoro di R. KOLB, *Peremptory International Law Jus Cogens. A General Inventory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015, preceduto da diversi articoli segnalati nella nota successiva. Secondo l'opinione di Kolb, sarebbe possibile, anzitutto, distinguere tra teorie che negano la sussistenza di norme cogenti (cfr. nota precedente), e teorie che, viceversa, ritengono tali norme esistenti. Queste ultime si fondano o sulla natura dei valori protetti dalle norme imperative, oppure sugli effetti – in particolare, l'inderogabilità – che si ritengono possano essere ricondotti alle predette norme. Se volessimo riassumere gli argomenti delle diverse tesi propugnate, semplificando largamente e procedendo per categorie, si potrebbero forse individuare sette divere tipologie: 1) lo *ius cogens* si identifica con l'ordine pubblico internazionale, ovvero quel gruppo di norme che inglobano i valori fondamentali della *societas* internazionale: la contrarietà di una norma alle norme cogenti, essendo queste ultime inderogabili e, in quanto tali, all'apice della gerarchia formale delle fonti di diritto internazionale, ne determinerebbe la nullità; 2) le norme imperative del diritto internazionale sottendono i principi strutturali del diritto internazionale (ad esempio le norme sulla produzione giuridica); 3) lo *ius cogens* si pone come principio di gerarchia materiale, determinando la sua prevalenza rispetto alle altre norme; 4) le norme perentorie costituiscono un limite che gli Stati si impongono rispetto all'eventuale adozione di norme future; 5) lo *ius cogens* garantisce la sopravvivenza dell'ordinamento internazionale, proteggendo i diritti inalienabili tanto degli Stati quanto degli individui; 6) il diritto cogente rappresenta esclusivamente una tecnica giuridica, costituente attributo di determinae norme in relazione all'inderogabilità; 7) lo *ius cogens* è un nucleo di norme particolari che non producono degli effetti giuridici distinti e prevalenti rispetto ad altre altre norme, ma che si limitano ad enunciare dei valori ritenuti fondamentali al fine di promuovere l'evoluzione del diritto. Cfr. sul punto R. NIGRO, "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", in C. FOCARELLI, *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008, pag. 119 e ss., spec. pag. 120 e ss.

Non è certo questa la sede per analizzare dettagliatamente una tematica tanto discussa come quella relativa alle norme imperative del diritto internazionale[243]. Tuttavia, occorre, comunque, fornire un'istantanea del tema, funzionale a porre in luce i motivi in ragione dei quali si ritiene che tali norme possano confliggere con la norma consuetudinaria che

[243] La letteratura in materia è ampissima. Citiamo, in questa sede, soltanto alcuni dei numerosi contributi rinvenibili in ambito dottrinale: A. CASSESE, "For an Enhanced Role of «*Jus Cogens*»", in A. CASSESE (edited by), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 158 e ss.; E. CANNIZZARO, "Peremptory Law-Making", in R. LIIVOJA (edited by), *International Law-Making: Essays in Honour of Jan Kalbbers*, Routledge, London, 2014, p. 261 e ss.; H. CHARLESWORTH, C. CHINKIN, "The Gender of *Jus Cogens*", in *Human Rights Quarterly*, 1993, p. 63 e ss.; G. A. CHRISTENSON, "*Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society", in *Vanderbilt Journal of International Law,* 1987, p. 585 e ss.; W. E. CONKLIN, "The Peremptory Norms of the International Community", in *European Journal of Inernational Law*, 2012, p. 837 e ss.; E. J. CRIDDLE, E. FOX-DECENT, "A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*", in *Japanese Yearbook of International Law*, 2009, p. 331 e ss.; G. M. DANILENKO, "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making", in *European Journal of International Law*, 1991, p. 42 e ss.; D. DUBOIS, "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?", in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 133 e ss.; A. GÓMEZ ROBLEDO, "Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", in *Recuil des cours de l'Académie de la Haye*, 1981, p. 194 e ss.; M. W. JANIS, "Nature of *Jus Cogens*", in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, p. 359 e ss.; R. KOLB, *Peremptory International Law Jus Cogens. A General Inventory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015; ID., "La determination du concept de *jus cogens*", in *Revue générale de droit international public*, 2014, p. 5 e ss.; ID.,"Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens*", in *Revue générale de droit international public*, 2009, p. 837 e ss.; ID., "*Jus Cogens*, intangibilité, intrasgressibilité, derogation «positive» et «negative»", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 305 e ss.; ID., "Théorie du *ius cogens* international", in *Revue belge de droit international*, 2003, p. 5 e ss.; ID., *Théorie du* ius cogens *international: essai de relecture du concept*, Presses Universitaire de France, Paris, 2001; U. LINDERFALK, "What is so Special About *Jus Cogens*?: On the Difference Between the Ordinary and the Peremptory International Law", in *International Community Law Review*, 2012, p. 3 e ss.; R. MONACO, "Fonti e pseudofonti nel diritto internazionale", *in Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979, I, p. 415 e ss.; N. G. ONUF, R. K. BIRNEY, "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", in *Denver Journal of Internatioanl Law & Policy*, 1974, p. 187 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006; K. PARKER, "*Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights", in *Hastings Interntional & Comparative Law* Review, 1988, p. 411 e ss.; A. PAULUS, "*Jus Cogens* in a time of hegemony and fragmentation", in *Nordic Journal of International Law*, 2005, p. 297 e ss.; F. QUISPE REMÓN, "Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo", in *Anuario español de derecho internacional*, 2012, vol. 89, p. 143 e ss.; M. SAUL, "Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges", in *Asian Journal of International Law*, 2014, p. 1 e ss.; G. SCHWARZENBERGER, "International *jus cogens*" *Texas Law Review*, 1964, p. 455 e ss.; B. SIMMA, A. PHILIP, "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles", in *Australian Year Book of International Law*, 1988, p. 82 e ss.; E. SCHWELB, "Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission", in *American Journal of International Law* , 1967, p. 946 e ss.; D. SHELTON, "Normative Hierarchy in International Law", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 291 e ss.; C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN, *The Fundamental Rules of the International Legal Order*. Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006; J. L. VALLARTA MARRÓN, "La argumetación jurídica en torno al *ius cogens* international", in *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2010, vol. 10, p. 11 e ss.; M. VIRALLY, "Réflexions sur le «*jus cogens*»", in *Annuaire français de droit international*, 1966, p. 5 e ss.; T. WETHERALL, Jus Cogens. *International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015. L. YARWOOD, "*Jus Cogens*: Useful Tool or Passing Fancy-A Modest Attempt at Definition", in *Business Law Journal*, 2006, p. 16 e ss.; K. ZEMANEK, "The Metamorphosis of «*Jus Cogens*»: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Order?", in E. CANNIZZARO (edited by), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 381 e ss.

attribuisce ad uno Stato l'immunità dalla giurisdizione civile di fronte ai tribunali di un Paese straniero.

Delle norme di *ius cogens* si occupa espressamente il diritto internazionale pattizio.

Tradizionalmente, infatti, la definizione di norme imperative del diritto internazionale e gli effetti prodotti da tali norme sono rinvenuti all'interno della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969[244].

È, in particolare, l'art. 53, rubricato «Trattati in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*)», che definisce il diritto cogente[245], statuendo:

---

[244] La Convenzione sul diritto dei trattati è stata conclusa a Vienna il 23 maggio del 1969. È in vigore dal 27 gennaio del 1970, e ne sono Parti 114 Stati. La Convenzione è stata ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 12 febbraio 1974, n. 112, pubblicata in G.U. S.O. il 30 aprile del 1974, n. 111. Su i numerosi contributi relativi alla Convenzione si veda, ad esempio: R. AGO, "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", in *Recuil des cours de l'Académie de La Haye*, 1971, vol. 134, p. 297 e ss.; O. CORTEN, P. KLEIN (edited by*), Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006; O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (edited by), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012; A. MARESCA, *Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 1969*, Giuffrè, Milano, 1971; A. ORAKHELASHVILI, S. WILLIAMS (edited by), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, BIICL, London, 2010; S. ROSENNE, *The Law of Treaties: A Guide to Legislative History of the Vienna Convention*, in Oceana, Leiden-New York, 1970; I. M. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester Univeristy Press, Manchester, 1984; ID., "Vienna Conference on the Law of Treaties", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1970, p. 47 e ss.; M. E. VILLIGER, "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After", in *Recuil des cours de l'Académie de La Haye*, 2009, vol. 344, p. 9 e ss.; ID., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009. È opportuno, in questa sede, segnalare che, ancor prima dell'adozione della Convenzione di Vienna del 1969, il concetto di *ius cogens* si ritiene fosse emerso all'interno della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia. Ad esempio, si veda: Corte internazionale di Giustizia, caso dello *Stretto di Corfù* (*Albania c. Regno Unito*), sentenza del 9 aprile 1949, ove la Corte ha fatto riferimento a «elementary considerations of humanity» e «certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war»; Corte internazionale di giustizia, caso *Riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio*, parere consultivo del 28 maggio del 1951, in cui la Corte ha affermato che: «"a crime under international law" […]is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation». Cfr. anche: Corte permanente di giustizia internazionale, caso *Oscar Chinn*, sentenza del 12 dicembre 1934, opinione individuale del giudice Schücking; Corte internazionae di giustizia, nel caso *Sud-Ovest africano* (*Etiopia c. Sud Africa*, *Liberia c. Sud Africa*), sentenza del 18 luglio 1966, opinione dissenziente del giudice Tanaka. Per dei riferimenti dottrinali circa l'esistenza dello *ius cogens* nell'ordinamento internazionale ancor prima della Convenzione di Vienna del 1969, cfr., *ex multis*: H. LAUTERPACHT, "Règles générales du droit de la paix", in *Recuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1937, vol. 62, p. 306 e ss.; E. SCHWELB, "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", cit., p. 948 e ss.; A. V. VERDROSS, "Forbidden Treaties in International Law", in *American Journal of International Law*, 1937, p. 571 e ss. Tali Autori ritenevano che il diritto imperativo potesse essere ricondotto alla categoria dei trattati *contra bonos mores*.

[245] Sulla definizione dello *ius cogens* all'interno della Convenzione sul diritto dei trattati, si veda – oltre alla letteratura già richiamata – specificamente: U. LINDERFALK, "The Creation of *Jus Cogens*: Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, p. 309 e ss.; M. M. MAGALLONA, "The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties", in *Philadelphia Law Journal*, 1976, p. 521 e ss.; V. PAUL, "The Legal Consequences of Conflict

«[…] Ai fini della presente Convenzione è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo insieme come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da una successiva norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

Gli effetti ascrivibili alle norme cogenti sono identificati, poi, dallo stesso art. 53, e dall'art. 64[246] della Convenzione, i quali prevedono, rispettivamente, l'invalidità di un accordo internazionale che, al momento della sua conclusione, risulti essere contrario ad una norma cogente, e l'estinzione di un trattato internazionale nel caso di *ius cogens superveniens*[247].

Between a Treaty and an Imperative Norm of General International Law (*jus cogens*)", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1971, p. 32 e ss.; N. RONZITTI, "La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati", in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano,* 1978, XIV, p. 241 e ss.; ID., "Trattati contrari a norme imperative nel diritto internazionale?", in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 209 e ss.; C. ROZAKIS, *The Concept of "Jus Cogens" in the Law of Treaties*, North-Holland Publishing Company New York, Amsterdam-New, 1976. Ci limitiamo a segnalare, in questa sede, che la scelta di inserire le norme cogenti all'interno della Convenzione di Vienna del 1969 è apparsa, all'epoca, particolarmente innovativa, e ciò in ragione del fatto che, anche se certi Autori avevano avanzato l'idea che la consuetudine potesse dare origine a norme inderogabili mediante accordo, l'esistenza di norme di *ius cogens*, all'interno dell'ordinamento internazionale, risultava, nonostante gli approdi giurisprudenziali sopra menzionati, quanto meno dubbia.

[246] Art. 64, rubricato «Sopravvenienza di una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*)», afferma: «In caso di sopravvenienza di una norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che sia in conflitto con tale norma diviene nullo e si estingue». Disposizioni analoghe agli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, possono essere individuate anche all'interno della Convenzione di Vienna del 1986 sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali. Su tale Convenzione cfr.: G. GAJA, "A «New» Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations and between International Organizations: A Critical Commentary", in *The British Yearbook of International Law*, 1987, vol. 58, p. 253 e ss.; P. K. MENON, *The Law of Treaties between States and International Organizations*, Edwin Mellen Press, Lewiston-New York, 1992. La Convenzione del 1986 prevede all'art. 53, rubricato «Trattati in conflitto con una norma impertiva del diritto internazionale generale (*jus cogens*)», che: «È nullo qualsiasi trattato che al momento della sua conclusione, è in conflitto con una norma imperativa del diritto internazionale generale. Ai fini della presente Convenzione, è norma imperativa del diritto internazionale generale una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale degli Stati nel suo complesso come norma alla quale non è consentita alcuna deroga e che può essere modificata soltanto da un'altra norma del diritto internazionale generale avente lo stesso carattere». Inoltre, secondo quanto statuito dall'art. 64, rubricato «Sopravvenienza di una norma imperativa del diritto internazionale generale (*jus cogens*)», della Convenzione del 1986: «In caso di sopravvenienza di una nuova norma imperativa di diritto internazionale generale, qualsiasi trattato esistente che sia in conflitto con tale norma è nullo e si estingue».

[247] Esistono, inoltre, altre disposizioni, all'interno della Convenzione di Vienna del 1969, che si riferiscono allo *ius cogens*, seppur in maniera collaterale. Cfr., ad esempio: l'art. 44, 5, il quale sancisce che, qualora vi sia un conflitto con una norma cogente, il trattato è invalido o si estingue nel suo insieme, in quanto la divisibilità delle disposizioni del trattato non è, in tale ipotesi, ammessa; l'art. 66, lett. a), secondo cui: «Se, nei dodici mesi successivi alla data in cui l'obiezione è stata sollevata, non è stata raggiunta alcuna soluzione

Dalla lettura dell'articolo 53, risulta immediatamente evidente che la Convenzione di Vienna del 1969 si limita ad enunciare una formula assai generica rispetto a cosa debba intendersi per diritto cogente[248], senza specificare in alcun modo quali siano le norme che ricadono all'interno di tale categoria.

Come prevedibile, la scelta di non identificare precisamente le norme qualificabili come imperative, ha sollevato numerose critiche[249]. Ciò nonostante, come ha acutamente evidenziato Abi-Saab, se consideriamo la categoria normativa dello *ius cogens*:

> «an empty box, the category was still useful; for without the box it cannot be filled»[250].

in conformità al paragrafo 3 dell'articolo 65, verranno eseguite le seguenti procedure: a) qualsiasi parte di una controversia riguardante l'applicazione o l'interpretazione degli articoli 53 e 64, può, con richiesta scritta, sottoporre la controversia alla decisione della Corte internazionale di giustizia, a meno che le parti non decidano di comune accordo di sottoporre la controversia ad arbitrato»; l'art. 71 che disciplina quali sono le conseguenze che derivano dall'invalidità e dall'estinzione.

[248] Ronzitti sostiene che la definizione delle norme imperative del diritto internazionale contenuta nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati sia, al contrario, «niente affatto tautologica». L'autore, infatti, ritiene che l'articolo richiamato fornisca i criteri identificativi dello *ius cogens*: «a) *la generalità*. Per poter essere qualificata come imperativa, una determinata regola deve appartenere alla categoria delle norme del diritto internazionale generale, che vincolano tutti i membri della comunità internazionale. Poiché l'unica fonte idonea a produrre norme generali è la consuetudine, ne consegue che le norme di *ius cogens* sono necessariamente norme di fonte consuetudinaria; b) *l'accettazione e il riconoscimento, quale norma inderogabile, da parte della comunità internazionale nel suo insieme*. Affinché una particolare norma di diritto internazionale generale possa essere considerata come imperativa, è necessario che essa sia accettata e riconosciuta quale norma inderogabile dalla comunità internazionale nel suo insieme. È in altri termini necessario che gli Stati nutrano "la convinzione" della natura inderogabile della norma […]. Siffatta convinzione deve essere propria della comunità internazionale nel suo insieme, cioè deve essere condivisa dagli Stati appartenenti a tutte le componenti essenziali della comunità internazionale (Stati occidentali, Stati africani, Stati asiatici, Stati latino-americani) […]». Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., pp. 165 e 166.

[249] Cfr., *ex multis*, V. D. SHELTON, "Normative Hierarchy in International Law", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 291 e ss., secondo cui la mancata specificazione di quali norme ricadano nella categoria dello *ius cogens*, solleva due problemi fondamentali, ovvero, anzitutto, a chi spetti identificare tali norme e, in secondo luogo, attraverso quale processo individuarle.

[250] G. ABI-SAAB, "The Third World and the Future of International Legal Order", *in Revue Egyptienne de Droit International*, 1973, p. 27 e ss., spec. p. 53. Tale affermazione, secondo parte della dottrina, avrebbe colto il punto della questione. In particolare cfr. A. BIANCHI, "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", in *European Journal of International Law*, 2008, p. 491 e ss., spec. p. 491.

In mancanza di un dato normativo espresso, il compito di individuare quali norme debbano rientrare tra quelle imperative è stato, nel corso degli anni, diligentemente supplito dalla giurisprudenza delle corti, soprattutto internazionali[251].

Una delle pronunce di riferimento circa l'individuazione delle norme cogenti è la sentenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia nel caso *Furundžija*[252].

Anto Furundžija, comandante dei Jokers, un'unità speciale delle forze armate della Comunità Croata di Herzeg-Bosna, veniva processato dal Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, in quanto accusato di aver commesso, nell'ambito del conflitto in tale Paese, atti di tortura e di oltraggio della dignità personale, incluso lo strupro.

La Camera di prima istanza del Tribunale, con sentenza del 10 dicembre del 1998, condannava l'imputato, per i capi di accusa n. 13 e 14, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto del Tribunale, per la violazione delle leggi e consuetudini di guerra[253].

---

[251] Non di meno, in taluni casi, anche i giudici nazionali si sono espressi su quali norme siano ricomprese tra quelle imperative del diritto internazionale. Cfr., per tutti: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit., per la cui trattazione si rinvia al capitolo IV, § 4.1.

[252] Cfr. Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di I istanza, *Prosecutor c. Anto Furundžija*, sentenza del 10 dicembre 1998, caso n. IT-95-17I/-T. Per un commento alla sentenza, cfr.: C. G. MARZEN, "The *Furundzija* Judgment and Its Continued Vitality in International Law", in *Creighton Law Review*, 2010, p. 505 e ss. Si vedano anche i seguenti contributi a carattere più generale: M. BETTI, "Lo stupro nelle decisioni dei tribunali penali internazionali", in *Questione giustizia*, 2001, p. 759 e ss.; K. CAMPBELL, "The gender of transitional justice: Law, Sexual Violence and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *International Journal of Transitional Justice*, 2007, p. 411 e ss.; E. DE WET, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law", in *European Journal of International Law*, 2004, p. 97 e ss.; M. ERIKSSON, *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011; S. K. IVKOVIC, "Justice by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Stanford Journal of International* Law, 2001, p. 255 e ss.; G. K. MCDONALD, "Crimes of Sexual Violence: The Experience of the International Criminal Tribunal", in *Columbia Journal of Transnatational Law*, 2000, p. 1 e ss.; S. D. MURPHY, "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", in *American Journal of International Law*, 1999, p. 57 e ss.; P. V. SELLERS, "Sexual Violence and Peremptory Norms: The Legal Value of Rape", in *Case Western Reserve Jorunal of International Law*, 2002, p. 287 e ss.. Si segnala, inoltre, che la decisione della Camera di I grado è stato oggetto di impugnazione. Tuttavia, la Camera di Appello non ha affrontato, diversamente – come vedremo – dalla Camera di I grado, la questione dello *ius cogens*. Cfr. Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera d'appello, sentenza del 21 luglio 2000, *Prosecutor c. Anto Furundžija*, caso n. IT-95-17/1-A. Per un commento si rinvia a: S. ZAPPALÀ, "La Camera di Appello conferma la condanna di *Furundžija* per tortura", in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 254 e ss.

[253] L'art. 3, rubricato «Violazioni delle leggi o consuetudini di guerra», dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, afferma che: «Il Tribunale internazionale è competente ad incriminare le persone che commettono delle violazioni delle leggi o costumi di guerra. Queste violazioni comprendono, senza esservi limitate: a) l'impiego di armi tossiche o di altre armi concepite per causare delle sofferenze inutili; b) la distruzione senza motivo delle città e dei villaggi o la devastazione che non giustificano delle esigenze militari; c) l'attacco o il bombardamento, con qualsiasi mezzo, di città, villaggi, abitazioni o edifici non difesi; d)il sequestro, la distruzione o il danneggiamento deliberato di edifici consacrati alla religione, alla beneficenza, all'insegnamento, alle arti e alle scienze, a monumenti storici, ad opere d'arte e ad opere di carattere scientifico; e) il saccheggio di beni pubblici o privati».

I giudici, in particolare, nella sentenza, si soffermavano sul divieto di tortura.

Anzitutto, veniva statuito come il divieto di commettere atti di tortura, nel corso dei conflitti armati, fosse sancito da una norma di diritto internazionale consuetudinario, oltreché, in via eventuale, nel caso in cui gli Stati fossero parti di una convezione, da norme di diritto pattizio[254].

La Camera affermava, poi, che tale divieto era stato rafforzato dalle norme dettate dalle convenzioni in materia di diritti umani, norme che avevano esteso l'applicabilità di tale divieto, originariamente considerato vigente solo durante i conflitti armati, anche in tempo di pace[255].

Il Collegio evidenziava come il divieto di tortura, previsto all'interno dei trattati internazionali, facesse nascere in capo all'individuo un diritto assoluto (a non subire trattamenti di tal fatta), considerato in ogni caso inderogabile (comprese, quindi, situazioni di emergenza all'interno delle quali venivano fatte ricadere le ipotesi di conflitto armato), essendo tale divieto previsto da una norma imperativa del diritto internazionale, ed avendo una portata così ampia da far ritenere, ad esempio, sussistente un obbligo internazionale in capo agli Stati di non estradare una persona in un altro Paese, qualora vi sia il concreto pericolo che questa, se estradata, possa essere soggetta a tortura[256].

La Camera, poi, ricordando i passi della sentenza delle autorità giurisdizionali statunitensi nel caso *Filartiga c. Pena-Irala*[257], riscontrava l'esistenza di una «revulsion»

---

[254] Cfr. § 139 della sentenza in esame: «It therefore seems incontrovertible that torture in time of armed conflict is prohibited by a general rule of international law. In armed conflicts this rule may be applied both as part of international customary law and – if the requisite conditions are met – *qua* treaty law, the content of the prohibition being the same».

[255] Cfr. § 143 della sentenza in esame: «The prohibition of torture laid down in international humanitarian law with regard to situations of armed conflict is reinforced by the body of international treaty rules on human rights: these rules ban torture both in armed conflict and in time of peace». Sul punto, la Camera, in particolare, richiamava diverse Convenzioni: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, il Patto internazionale sui diritti civili e politi del 1996; la Convenzione Inter-Americana sui diritti umani del 1969; la Carta Africana sui diritti dell'uomo e dei popoli del 1981; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984; la Convenzione Inter-Americana sulla prevenzione e repressione della tortura del 1985.

[256] Cfr. § 144 della sentenza in esame: «It should be noted that the prohibition of torture laid down in human rights treaties enshrines an absolute right, which can never be derogated from, not even in time of emergency (on this ground the prohibition also applies to situations of armed conflicts). This is linked to the fact […] that the prohibition on torture is a peremptory norm or *jus cogens*. This prohibition is so extensive that States are even barred by international law from expelling, returning or extraditing a person to another State where there are substantial grounds for believing that the person would be in danger of being subjected to torture».

[257] Cfr. *Filartiga v. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876 (2d Cir.1980). Per la trattazione di tale sentenza si rinvia al capitolo III, § 3.2.

universale nei confronti degli atti di tortura, affermando come tale repulsione avesse dato origine a norme, tanto consuetudinarie quanto pattizie, che sancivano il divieto di commettere gli atti predetti. Tali norme, nell'opinione dei giudici, avrebbero assunto, nell'ordinamento internazionale, il medesimo *status* del genocidio, della schiavitù, della discriminazione razziale, dell'aggressione, dell'acquisizione con la forza di un territorio, e della repressione forzata del principio di autodeterminazione dei popoli[258].

Ancora, il divieto di tortura veniva qualificato – come abbiamo già avuto modo di sottolineare – norma di *ius cogens* dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Al-Adsani* del 2001[259].

Anche il Tribunale di I grado delle Comunità europee[260] si confrontava esplicitamente con il tema dell'esistenza, rilevanza, e prevalenza, delle norme di *ius cogens*, individuate in quelle disposizioni finalizzate alla «tutela universale dei diritti della persona umana».

Detta ultima pronuncia nasceva dal ricorso al Tribunale di un cittadino di nazionalità saudita, finalizzato alla richiesta di annullamento di un regolamento comunitario.

Il Consiglio dell'Unione europea, infatti, per dare attuazione alla risoluzione n. 1390 del 2002, adottata dal Consiglio di Sicurezza ONU il 16 gennaio del 2002, aveva adottato il regolamento n. 882 del 27 maggio del 2002, con il quale prevedeva delle misure restrittive (di natura personale e patrimoniale) per individui ed entità associate ad Al Qaeda.

Essendo stato il Kadi destinatario delle misure previste dal regolamento europeo, egli lamentava la violazione di alcuni dei suoi diritti fondamentali: in particolare, il diritto al

---

[258] Cfr. § 147 della sentenza in esame: «There exists today universal revulsion against torture: as a USA Court put it in *Filartiga v. Pena-Irala*, "the torturer has become, like the pirate and the slave trader before him, *hostis humani generis*, an enemy of all mankind". This revulsion, as well as the importance States attach to the eradication of torture, has led to the cluster of treaty and customary rules on torture acquiring a particularly high status in the international normative system, a status similar to that of principles such as those prohibiting genocide, slavery, racial discrimination, aggression, the acquisition of territory by force and the forcible suppression of the right of peoples to self-determination. […]».

[259] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit. Cfr., in particolare, il § 61 della sentenza.

[260] Tribunale di I grado delle Comunità europee, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee* (c.d. *Kadi I*), sentenza del 21 settembre 2005, causa T-315/01. Per un commento, cfr.: B. CONFORTI, "Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di I grado", in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 333 e ss.; A. ATTERITANO, "Il congelamento dei beni quale strumento di lotta al terrorismo: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e il rispetto dei diritti dell'uomo nell'ottica del Tribunale di I grado CE, tra *ius cogens*, risoluzioni del Consiglio di sicurezza e principi fondamentali", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1699 e ss.

rispetto della propria proprietà, il diritto di essere ascoltato per poter dimostrare la sua totale estraneità ad Al Qaeda, e il diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo.

Il Tribunale di I grado affermava che le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite non potessero, in via generale, essere soggette al proprio sindacato, salvi i casi – quali quello di specie – in cui all'organo giurisdizionale sia demandato un controllo incidentale di legittimità delle risoluzioni stesse, rispetto a quanto disposto dalle norme cogenti di diritto internazionale. Il Tribunale affermava, in particolare, che il diritto cogente dovesse essere inteso come ordinamento pubblico internazionale inderogabile, al quale tutti i membri della Comunità internazionale sono soggetti[261].

Pertanto, il Tribunale, individuava un limite alla vincolatività delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, consistente nel necessario rispetto dello *ius cogens*, ricondotto genericamente, come anticipato, alle norme previste per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo[262].

---

[261] Cfr. §§ 225-226 della sentenza in esame: «225. Si deve dunque considerare che le controverse risoluzioni del Consiglio di Sicurezza si sottraggono in via di principio al sindacato giurisdizionale del Tribunale e che quest'ultimo non ha il potere di rimettere in causa, seppur in via incidentale, la loro legittimità alla luce del diritto comunitario. Al contrario, il Tribunale è tenuto, per quanto possibile, ad interpretare e applicare tale diritto in modo che sia compatibile con gli obblighi degli Stati membri derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite. 226. Il Tribunale ha tuttavia il potere di controllare, in via incidentale, la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza controverse alla luce dello *ius cogens*, inteso come un ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare».

[262] Cfr. § 230 della sentenza in esame: «Il diritto internazionale consente così di considerare che esiste un limite al principio dell'effetto vincolante delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza: esse devono rispettare le norme imperative fondamentali dello *ius cogens*. In caso contrario, per quanto improbabile, esse non vincolerebbero gli Stati membri dell'ONU né, pertanto, la Comunità». Nel caso concreto, peraltro, il Tribunale respingeva la richiesta del ricorrente, ritenendo che la risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU, e, pertanto, il regolamento previsto per l'attuazione della risoluzione, non avessero in alcun modo violato le norme imperative del diritto internazionale, sulla base delle motivazioni di seguito esposte.

Circa la presunta violazione del diritto di proprietà del ricorrente, anzitutto, il Tribunale affermava come sarebbe stato possibile riscontrare una violazione delle norme cogenti, solo qualora la privazione fosse stata arbitraria, circostanza non accertata nel caso concreto.

In relazione al diritto di difesa (il ricorrente chiedeva di essere ascoltato per dimostrare la sua estraneità ad Al Qaeda) e al diritto ad un controllo giurisdizionale effettivo, il Tribunale non riscontrava alcuna violazione, in ragione del fatto che, le stesse Nazioni Unite (con risoluzione del Consiglio di Sicurezza) avessero previsto l'istituzione di un c.d. "Comitato delle sanzioni" (organo evidentemente equiparato ad un rimedio giurisdizionale), dotato del potere di riesaminare ogni caso, qualora un individuo fosse stato oggetto delle misure restrittive previste dal regolamento.

La mancata comunicazione al ricorrente dei fatti e degli elementi di prova a suo carico, doveva, infine, essere considerata altrettanto legittima, ben potendo il Consiglio di Sicurezza ONU o il Comitato delle sanzioni operare in tal senso ogni qual volta riscontrasse motivi riguardanti la sicurezza della Comunità internazionale.

Si segnala come la sentenza del Tribunale di I grado sia stata, successivamente, annullata dalla Corte di Giustizia delle Comunità, *Kadi c. Consiglio e Commissione* (*Kadi I*), 3 settembre 2008, causa C- 402/05 P. In

Come osservato, dunque, diversi tribunali internazionali avevano iniziato a riempire la "scatola vuota" della categoria delle norme imperative del diritto internazionale.

Tuttavia la Corte internazionale di giustizia non si era ancora espressa: solo con la sentenza sulle *Attività armate sul territorio del Congo* del 2006, la Corte dell'Aja ha riconosciuto, per la prima volta, quale norma di *ius cogens* il divieto di genocidio[263].

La Repubblica Democratica del Congo adiva, nel 2002, la Corte internazionale di giustizia, affinché quest'ultima si pronunciasse circa le violazioni dei diritti umani e del diritto internazionale umanitario perpetrate dal Ruanda, sul territorio congolese, durante un'aggressione armata.

Il Governo del Congo riteneva, in particolare, che la Corte potesse esercitare la giurisdizione in ragione – tra le altre clausole compromissorie richiamate – dell'art. IX della Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948[264], essendo Parti di tale trattato sia il Congo che il Ruanda.

Inoltre, la Repubblica Democratica del Congo affermava, altresì, che la giurisdizione della Corte internazionale di giustizia sussistesse in virtù dell'art. 66, lett. a), della

---

particolare, con tale pronuncia la Corte di giustizia annullava il regolamento n. 881/2002 del Consiglio del 27 maggio del 2002, nella parte in cui risultava iscritto il sig. Kadi, in ragione del fatto che quest'ultimo era stato privato del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, non avendo avuto comunicazione degli elementi sulla base dei quali erano state adottate delle misure restrittive nei suoi confronti. Tuttavia, la vicenda proseguiva. Il Presidente del Comitato delle sanzioni trasmetteva, infatti, al rappresentante permanente della Francia presso le Nazioni Unite, autorizzandone la comunicazione al sig. Kadi, la lista dei motivi che avevano fondato l'iscrizione di quest'ultimo nell'elenco del Comitato. La Commissione informava il sig. Kadi dei motivi predetti e gli comunicava, altresì, di voler mantenere la sua iscrizione nell'elenco del regolamento n. 881/2002, concedendogli, però, prima di procedere all'adozione di una decisione definitiva, un termine congruo per presentare eventuali osservazioni e/o informazioni. La Commissione, tuttavia, confermava l'iscrizione del Kadi. Quest'ultimo presentava, allora, un nuovo ricorso davanti al Tribunale di I grado per ottenere l'annullamento del regolamento n. 881/2002 nella parte che lo riguardava. Il Tribunale accoglieva il ricorso (cfr. Tribunale dell'Unione europea, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea* (c.d. *Kadi II*), 30 settembre 2010, causa T- 85/09. La vicenda si concludeva con una nuova pronuncia della Corte di giustizia (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, *Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi* (*Kadi II*)18 luglio 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P) che confermava il dispositivo della pronuncia di I grado. Per un contributo sull'intera vicenda cfr.: M. MARCHEGIANI, "Il principio di protezione equivalente nel caso *Kadi*", in *Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 169 e ss.

[263] Corte internazionale di giustizia, *Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica democratica del Congo c. Ruanda*) (*competenza e ricevibilità*), sentenza del 3 febbraio del 2006. Per un commento alla sentenza, cfr: A. CALIGIURI, "La questione dell'ammissibilità delle riserve alle clausole attributive di competenza alla luce di una recente sentenza della Corte internazionale di giustizia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 448 e ss.

[264] La Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio, conclusa a New York il 9 dicembre del 1948, all'art. IX statuisce che: «Le controversie tra le Parti contraenti, relative all'interpretazione, all'applicazione o all'esecuzione della presente Convenzione, comprese quelle relative alla responsabilità di uno Stato per atti di genocidio o per uno degli altri atti elencati nell'articolo III, saranno sottoposte alla Corte internazionale di Giustizia, su richiesta di una delle parti alla controversia».

Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Nell'opinione dello Stato ricorrente, tale articolo avrebbe dovuto trovare applicazione anche per le controversie derivanti dalla violazione di norme cogenti a tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Il Ruanda si difendeva sostenendo che, avendo lo stesso apposto una riserva eccettuativa all'art. IX della Convenzione sul crimine di genocidio, la giurisdizione della Corte non potesse essere esercitata.

Il Governo del Congo, tuttavia, sosteneva che il Ruanda, tramite il decreto-legge No. 014/01 del 25 febbraio del 1995, avesse espresso la volontà di ritirare tutte le riserve apposte ai trattati in materia di diritti umani di cui faceva Parte – compresa, quindi, la riserva all'art. IX della Convenzione contro il genocidio –, e che una dichiarazione conforme a tale volontà fosse stata fatta dal Ministro di giustizia del Ruanda in seno alla Commissione sui diritti umani dell'ONU.

La Corte internazionale di giustizia, nel pronunciarsi sulla questione, escludeva la possibilità di esercitare la giurisdizione, ex art. IX della Convenzione sul crimine di genocidio, nei confronti del Ruanda

Anzitutto, nell'opinione dei giudici, il decreto-legge No. 014/01 del 15 febbraio 1995, a prescindere dagli effetti prodotti all'interno dello Stato nazionale, non avrebbe potuto assumere alcuna rilevanza dal punto di vista internazionale. Come disposto, infatti, dagli artt. 22, § 3, lett. a)[265], e art. 23, § 4[266], della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, affinché una riserva si possa considerare ritirata dallo Stato che l'ha apposta, occorre che tale Stato notifichi il ritiro, formulato per iscritto, della riserva a tutti gli altri Stati Parti del trattato: nel caso di specie, non era in alcun modo dimostrato che il Ruanda avesse notificato alle altre Parti della Convenzione sul genocidio il ritiro della riserva, non potendo considerarsi quale notifica l'adozione e la pubblicazione del decreto-legge[267].

---

[265] L'art. 22, rubricato «Ritiro delle riserve e delle obiezioni alle riserve», statuisce al § 3, lett. a): «Salvo che il trattato non disponga diversamente o che non vi sia un diverso accordo fra le parti: a) il ritiro di una riserva produce effetti nei confronti di un altro Stato contraente solo quando questo Stato ne ha ricevuto la notifica».

[266] L'art. 23, rubricato «Procedura relativa alle riserve", afferma al § 4: «Il ritiro di una riserva o di una obiezione ad una riserva deve essere formulato per iscritto».

[267] Cfr. §§ 42-44: «42. The Court observes that in this case it has not been shown that Rwanda notified the withdrawal of its reservations to the other States parties to the "international instruments" referred to in Article 1 of décret-loi No. 014/01 of 15 February 1995, and in particular to the States parties to the Genocide Convention. Nor has it been shown that there was any agreement whereby such withdrawal could have become operative without notification. In the Court's view, the adoption of that décretloi and its publication in the Official Journal of the Rwandese Republic cannot in themselves amount to such notification. In order

In secondo luogo, il ritiro da parte del Ruanda della riserva apposta all'art. IX della Convenzione sul genocidio, a giudizio della Corte, non poteva essere affermato sulla base della dichiarazione del Ministro ruandese di fronte alla Commissione sui diritti umani delle Nazioni Unite.

Secondo i giudici, infatti, per quanto, l'art. 7, § 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[268], preveda la possibilità che anche il Capo di Stato, il Capo di Governo e il Ministro degli esteri possano rappresentare ed impegnare lo Stato, anche per atti unilaterali aventi la forza di impegni internazionali, affinché una dichiarazione, come quella del Ruanda presso la Commissione sui diritti umani dell'ONU, potesse creare obblighi giuridici, sarebbe stata necessaria una sua formulazione in termini chiari e specifici, termini non riscontrati nel caso di specie[269].

---

to have effect in international law, the withdrawal would have had to be the subject of a notice received at the international level. 43. The Court notes that, as regards the Genocide Convention, the Government of Rwanda has taken no action at international level on the basis of the décret-loi. It observes that this Convention is a multilateral treaty whose depositary is the Secretary-General of the United Nations, and it considers that it was normally through the latter that Rwanda should have notified withdrawal of its reservation. Thus the Court notes that, although the Convention does not deal with the question of reservations, Article XVII thereof confers particular responsibilities on the United Nations Secretary-General in respect of notifications to States parties to the Convention or entitled to become parties; it is thus in principle through the medium of the Secretary-General that such States must be informed both of the making of a reservation to the Convention and of its withdrawal. Rwanda notified its reservation to Article IX of the Genocide Convention to the Secretary-General. However, the Court does not have any evidence that Rwanda notified the Secretary-General of the withdrawal of this reservation. 44. In light of the foregoing, the Court finds that the adoption and publication of décret-loi No. 014/01 of 15 February 1995 by Rwanda did not, as a matter of international law, effect a withdrawal by that State of its reservation to Article IX of the Genocide Convention».

[268] Art. 7, rubricato «Pieni poteri», al § 2 afferma che: «Sono considerati rappresentanti dello Stato in virtù delle loro funzioni e senza essere tenuti ad esibire pieni poteri: a) i Capi di Stato, i Capi di governo e i Ministri degli affari esteri, per tutti gli atti relativi alla conclusione di un trattato; b) i capi di missione diplomatica, per l'adozione del testo di un trattato fra lo Stato accreditante e lo Stato accreditatario; c) i rappresentanti degli Stati accreditati a una conferenza internazionale o presso una organizzazione internazionale o uno dei suoi organi, per l'adozione del testo di un trattato in quella conferenza, organizzazione o organo».

[269] Cfr. §§ 50-52 della sentenza in esame: «50. On the first point, the Court recalls that a statement of this kind can create legal obligations only if it is made in clear and specific terms […]. In this regard the Court observes that in her statement the Minister of Justice of Rwanda indicated that "past reservations not yet withdrawn [would] shortly be withdrawn", without referring explicitly to the reservation made by Rwanda to Article IX of the Genocide Convention. The statement merely raises in general terms the question of Rwandan reservations. As such, the expression "past reservations not yet withdrawn" refers without distinction to any reservation made by Rwanda to any international treaty to which it is a party. Viewed in its context, this expression may, it is true, be interpreted as referring solely to the reservations made by Rwanda to "international human rights instruments", to which reference is made in an earlier passage of the statement. In this connection the Court notes, however, that the international instruments in question must in the circumstances be understood in a broad sense, since, according to the statement itself, they appear to encompass not only instruments "concerning the rights of women" but also those concerning "the prevention and repression of corruption, the prohibition of weapons of mass destruction, and the environment". The

Infine, la Corte passava ad analizzare l'ultima tesi presentata dal Congo, secondo cui la riserva apposta all'art. IX della Convenzione sul genocidio, anche se sussistente, avrebbe dovuto reputarsi nulla e invalida, ex art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in quanto avrebbe precluso alla Corte di garantire il rispetto delle norme cogenti contenute nella Convenzione sul genocidio del 1948.

Ad avviso dei giudici, i princìpi contenuti nella Convenzione sul crimine di genocidio sarebbero stati vincolanti per tutti gli Stati, in quanto riconosciuti come tali dalla Comunità internazionale nel suo insieme. Proprio in virtù di tale riconoscimento, la condanna al genocidio avrebbe avuto natura universale, così come la cooperazione tra gli Stati volta ad impedire la perpetrazione del suddetto crimine, come stabilito nel Preambolo alla Convenzione stessa. Da ciò, la Corte faceva discendere il carattere *erga omnes* dei diritti e degli obblighi contenuti nella Convenzione.

Tuttavia, nonostante tale affermazione, la Corte riteneva di non potere esercitare la giurisdizione, in quanto il fatto che la controversia riguardasse diritti ed obblighi *erga omnes* non attribuiva in alcun modo alla Corte la possibilità di conoscere della causa, essendo il carattere *erga omnes* di diritti ed obblighi ed il consenso alla giurisdizione della Corte due questioni totalmente distinte[270].

Court is therefore bound to note the indeterminate character of the international treaties referred to by the Rwandan Minister of Justice in her statement. 51. The Court further observes that this statement merely indicates that "past reservations not yet withdrawn will shortly be withdrawn", without indicating any precise time-frame for such withdrawals. 52. It follows from the foregoing that the statement by the Rwandan Minister of Justice was not made in sufficiently specific terms in relation to the particular question of the withdrawal of reservations. Given the general nature of its wording, the statement cannot therefore be considered as confirmation by Rwanda of a previous decision to withdraw its reservation to Article IX of the Genocide Convention, or as any sort of unilateral commitment on its part having legal effects in regard to such withdrawal; at most, it can be interpreted as a declaration of intent, very general in scope».

[270] La Corte, in particolare, richiamava la sua precedente pronuncia nel caso *Timor Est* (*Portogallo c. Australia*), sentenza del del 30 giugno 1995, ove, aveva espressamente affermato al § 29: «[…]In the Court's view, Portugal's assertion that the right of peoples to self-determination, as it evolved from the Charter and from United Nations practice, has an erga omnes character, is irreproachable. The principle of self-determination of peoples has been recognized by the United Nations Charter and in the jurisprudence of the Court (see *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (*South West Africa*) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971, pp. 31- 32, paras. 52-53; *Western Sahara*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975, pp. 31-33, paras. 54-59); it is one of the essential principles of contemporary international law. However, the Court considers that the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things. Whatever the nature of the obligations invoked, the Court could not rule on the lawfulness of the conduct of a State when its judgment would imply an evaluation of the lawfulness of the conduct of another State which is not a party to the case. Where this is so, the Court cannot act, even if the right in question is a right *erga omnes*».

La Corte estendeva, poi, il suo ragionamento anche alle norme imperative del diritto internazionale, sostenendo che, anche se la controversia oggetto del suo esame concerneva il rispetto di una norma cogente, il divieto di commettere genocidio, da ciò non potesse in alcun modo derivare la legittimazione della Corte ad esercitare la sua giurisdizione, essendo quest'ultima fondata, secondo quanto previsto dallo Statuto della Corte stessa, sul consenso delle parti[271].

Sulla base della giurisprudenza analizzata, si può affermare, così come ritenuto dalla dottrina maggioritaria, che, ad oggi, siano pacificamente ricomprese nella categoria dello *ius cogens* tutte quelle norme che garantiscono il rispetto dei diritti umani fondamentali dell'individuo, e ciò per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, è indubbio che tali diritti siano considerati manifestazione dei valori condivisi da tutti gli Stati sovrani; in secondo luogo, la loro protezione rappresenta un interesse proprio dell'intera comunità internazionale[272] (anche se drammaticamente *quasi mai* giustiziabile…).

Tuttavia, nonostante l'esistenza di una categoria di norme a carattere perentorio risulti un dato ormai acquisito, così come, grazie all'intervento della giurisprudenza, si è provveduto

---

[271] Cfr. § 64 della sentenza in esame: «The Court will begin by reaffirming that "the principles underlying the [Genocide] Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation» and that a consequence of that conception is «the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required 'in order to liberate mankind from such an odious scourge' (Preamble to the Convention)" (*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 23). It follows that "the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations *erga omnes*" (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II), p. 616, para. 31). The Court observes, however, as it has already had occasion to emphasize, that "the *erga omnes* character of a norm and the rule of consent to jurisdiction are two different things" […], and that the mere fact that rights and obligations *erga omnes* may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (*jus cogens*) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties».

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, la Corte riteneva che rispetto al caso sottoposto alla sua attenzione, non avesse titolo di giurisdizione né ex art. IX della Convenzione contro il genocidio, né sulla base degli articoli delle altre Convenzioni richiamate dal Governo del Congo.

La Corte, infine, escludeva, ex art. 4 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, l'applicazione dell'art. 66, lett. a), della predetta Convenzione, sostenendo che la disciplina contenuta in tale Convenzione aveva assunto validità nei confronti della Repubblica Democratica del Congo e del Ruanda solo in un momento successivo rispetto ai trattati che erano stati invocati dal Governo congolese. L'art. 66, lett. a), del trattato avrebbe potuto, a giudizio del Collegio, trovare applicazione, nel caso di specie, solo qualora fosse stato qualificabile quale norma di diritto internazionale a carattere consuetudinario, carattere non riscontrato dalla Corte, che, dunque, disconosceva la sua giurisdizione.

[272] In questo senso cfr., ad esempio, R. NIGRO, "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", cit., pp. 119-120.

all'individuazione (almeno in parte) di quali norme possano ricadere all'interno di tale categoria, vi sono numerosi profili inerenti allo *ius cogens* che appaiono ancora dubbi agli occhi dell'interprete: si pensi, ad esempio, alle dibattute questioni relative alla formazione delle norme cogenti[273], a quale ruolo esse debbano ricoprire nell'ambito della gerarchia delle fonti di diritto internazionale[274] (per quanti ritengono che nell'ambito dell'ordinamento internazionale sia possibile individuare una gerarchia delle fonti analoga, o quanto meno paragonabile, a quella propria degli ordinamenti nazionali[275]), alla coincidenza o meno di tali norme con gli obblighi *erga omnes*[276].

---

[273] Sul punto cfr. per tutti: E. CANNIZZARO, "Peremptory Law-Making", in R. LIIVOJA (edited by), *International Law-Making: Essays in Honour of Jan Kalbbers*, Routledge, London, 2014, p. 261 e ss.; G. M. DANILENKO, "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making", in *European Journal of International Law*, 1991, p. 42 e ss.; D. DUBOIS, "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?", in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 133 e ss.; A. GÓMEZ ROBLEDO, "Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", cit., p. 194 e ss.; M. W. JANIS, "Nature of *Jus Cogens*", in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, p. 359 e ss.; U. LINDERFALK, "The Source of *Jus Cogens* Obligation: How Legal Positivism Copes With Peremptory International Law", in *Nordic Journal of International Law*, 2013, p. 369 e ss.; N. G. ONUF, R. K. BIRNEY, "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", cit., p. 187 e ss. In particolare, secondo parte della dottrina le norme cogenti sarebbero prodotte da un'autonoma fonte di diritto internazionale; viceversa, altri autori sostengono che tali norme sarebbero delle norme consuetudinarie dotate della particolare qualità della perentorietà, qualità che «dipenderebbe dall'atteggiarsi dell'elemento soggettivo nella formazione della consuetudine internazionale». In tal senso, si è espresso N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 161. Ancora, l'Autore, a p. 166, afferma: «[…] le norme imperative sono innanzitutto norme consuetudinarie, sostenute da una *opinio iuris* particolarmente qualificata (l'inderogabilità […]). Non è raro il caso che una norma nasca come norma consuetudinaria e si trasformi, successivamente, in norma imperativa, pur potendo avere un contenuto più ristretto dell'originaria norma consuetudinaria».

[274] Cfr., *ex multis*: M. E. O' CONNELL, "«*Jus Cogens*»: International Law's Higher Ethical Norms", in D. E. CHILDRESS (edited by), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 78 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System", in M. FRISHMAN, S. MULLER (edited by), *The Dynamis of Constitutionalism in the Age of Globalization*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2009, p. 153 e ss.; M. PETSCHE, "*Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order", in *Penn State International Law Review*, 2010, p. 233 e ss.; J. H. H. WEILER, A. L. PAULUS, "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?", in *European Journal of International Law*, 1997, p. 545 e ss..

[275] In favore di una gerarchia all'interno dell'ordinamento internazionale si esprime, ad esempio, N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., pp. 165 e ss., p. 179 e s.. *Contra*: C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 484, il quale afferma esplicitamente: «A noi sembra che nessuna gerarchia formale paragonabile a quella degli ordinamenti statali sia rintracciabile nel diritto internazionale».

[276] Per un'ampia disamina del rapporto tra *ius cogens* e *obblighi erga omnes*, cfr, *ex multis*: M. C. BASSIOUNI, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", in *Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 63 e ss.; V. M. BYERS, "Conceptualizing the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", in *Nordic Journal of International Law*, 1997, p. 221 e ss.; A. DE HOOGH, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes. Peremptory Norms in Perspective", in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1991, p. 183 e ss.; P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* «erga omnes», Jovene, Napoli, 2013; ID., "The Distinction Between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*", in E. CANNIZZARO (edited by), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 411 e ss.; ID., "La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto intenrnazionale*, 2008, p. 5 e ss.; A. P. RUBIN, "*Actio Popularis*, *Jus Cogens* and Offenses *Erga Omnes*", in *New*

Si tratta di aspetti che, indubbiamente, richiederebbero un'analisi di ampio respiro, che, tuttavia, non può certo essere condotta in questa sede. Non di meno, in quanto funzionale al discorso che andremo ad affrontare nel prosieguo, sembra opportuno alla scrivente soffermarsi su quali effetti dispieghino le norme di *ius cogens* all'interno dell'ordinamento internazionale.

Taluni effetti, in quanto espressamente descritti da fonti normative di diritto positivo, sono agilmente individuabili.

Mi riferisco, in particolare, agli effetti previsti dagli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, ai quali abbiamo fatto riferimento all'inizio del presente paragrafo.

Anche all'interno del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale dello Stato[277], adottato dalla Commissione di diritto internazionale, è possibile rinvenire diversi articoli che delineano alcuni effetti dello *ius cogens*.

Il primo riferimento rinvenibile nel Progetto è all'interno della Parte I, dedicata all'atto internazionalmente illecito di uno Stato, e specificamente del Capitolo IV, relativo alle

---

England Law Review, 2000, p. 265 e ss. Si segnala come la defizione di *obblighi erga omnes* è stata per la prima volta fornita dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Barcelona Traction*, sentenza del 5 febbraio 1970, nella quale, al § 33, è stato affermato che: «33. […] In particular, an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*». Un esempio di tali obblighi è stato individuato nella stessa sentenza al § 34: «Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination».

[277] Sul Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati della Commissione di diritto internazionale del 2001, numerosi sono i contribute. Si vedano, *ex multis*: D. D. CARON, "The ILC Articles on State Responsibility: the Paradoxical Relationship between Form and Authority", in *American Journal of International Law*, 2002, p. 857 e ss.; J. CRAWFORD, "State Responsibility", in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (online); ID., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002; J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (edited by), *The Law of International Responsibility*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2010; A. PELLET, "Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite – et fin?", in *Annuaire français de droit international*, 2002, p. 1 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, "Responsabilité de l'État pour la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", in *Recuil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, 2009, p. 175 e ss.; R. PROVOST, *State Responsibility in International Law*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot-BurlingtonVT, 2002; M. RAGAZZI (edited by), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2005; M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffré, Milano, 2006; B. STERN, "Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats", in *Annuaire français de droit international*, 2002, p. 773 e ss.

circostanze di esclusione dell'illiceità. In particolare, l'art. 26 preclude l'operatività delle cause di esclusione dell'illecito, qualora uno Stato abbia posto in essere la violazione di una norma imperativa del diritto internazionale[278].

La Parte II, avente ad oggetto il contenuto della responsabilità internazionale dello Stato, prevede nel Capitolo III, rubricato «Gravi violazioni di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale», due norme che si riferiscono allo *ius cogens*: gli articoli 40 e 41[279].

L'art. 40 statuisce che le norme contenute nel capitolo III trovano applicazione in tutti quei casi in cui lo Stato ponga in essere una grave violazione di un obbligo internazionale prescritto da una norma cogente, definendo come «grave» una violazione «evidente» o «sistematica» dell'obbligo predetto[280].

L'art. 41, invece, si sofferma sugli effetti che, ai sensi del Progetto, sono prodotti dalle gravi violazioni descritte dall'art. 40.

Anzitutto, gli Stati debbono cooperare tra loro, ricorrendo a mezzi leciti, per fare sì che le gravi violazioni, eventualmente perpetrate, cessino. In secondo luogo, ogni Stato ha l'obbligo di non riconoscere come legittima la situazione determinata dalle violazioni predette, così come non dovrà prestare alcun aiuto o assistenza al mantenimento di tale situazione. Si osservi, peraltro, che la disciplina dettata dalle ultime norme citate non interferisce con, ma fa anzi espressamente salve, le previsioni della Parte II del medesimo Progetto (riferite genericamente agli illeciti, non gravi, commessi dagli Stati), né con le diverse conseguenze che le gravi violazioni delle norme imperative possono comportare secondo altre previsioni di diritto internazionale[281].

---

[278] L'art. 26, rubricato «Rispetto di norme imperative», afferma che: «Nessuna disposizione del presente capitolo esclude l'illiceità di ogni atto di uno Stato che non sia conforme ad un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale».

[279] Cfr., in particolare, V. E. WYLER, "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1147 e ss.

[280] L'art. 40, rubricato «Applicazione del presente capitolo», statuisce che: «1. Il presente capitolo si applica alla responsabilità internazionale che discende da una violazione grave da parte dello Stato di un obbligo drivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale. 2. Una violazione di un obbligo di tal genere è grave se implica da parte dello Stato responsabile una violazione evidente o sistematica del dovere di adempiere l'obbligo».

[281] L'art. 41, rubricato «Conseguenze particolari di una grave violazione di un obbligo ai sensi del presente capitolo», prevede che: «1. Gli Stati debbono cooperare per porre fine con mezzi leciti ogni grave violazione ai sensi dell'articolo 40. 2. Nessuno Stato riconoscerà come legittima una situazione creata attraverso una grave violazione ai sensi dell'articolo 40, né presterà aiuto o assistenza nel mantenere tale

Infine, anche all'interno della parte III del Progetto, dedicata all'attuazione della responsabilità internazionale dello Stato, nel Capitolo II sulle contromisure, vi è un riferimento alle norme cogenti: l'art. 50 sancisce espressamente che le contromisure non possono pregiudicare gli obblighi previsti da norme di *ius cogens*[282].

Tuttavia, al di là di quanto specificamente descritto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, e dal Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato del 2001, non vi è nel diritto internazionale un'indicazione altrettanto certa rispetto agli (eventuali) ulteriori effetti giuridici prodotti dalle norme cogenti[283].

Ricorrendo, ancora una volta, al ruolo suppletivo che la giurisprudenza ha svolto in mancanza di un codificato dato normativo, sembrerebbe potersi dire che gli effetti dello *ius cogens* si dispieghino oltre a quanto prescritto dai due testi già da noi richiamati.

Prendiamo in considerazione alcuni esempi.

La Camera di I grado del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, nella sentenza del 2000 sul caso *Kupreskic* doveva pronunciarsi circa la possibilità di ritenere giustificato l'illecito commesso dall'imputato in ragione di un precedente illecito altrui (rappresaglia)[284].

---

situazione. 3. Quest'articolo non reca pregiudizio alle altre conseguenze previste nella presente parte ed alle ulteriori conseguenze che una violazione, cui si applica il presente capitolo, può comportare ai sensi del diritto internazionale».

[282] Cfr. art. 50, rubricato «Obblighi non pregiudicabili da contromisure», secondo cui: «1. Le contromisure non pregiudicheranno: a) l'obbligo di astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza come espresso dalla Carta delle Nazioni Unite; b) gli obblighi di tutela dei diritti umani fondamentali; c) gli obblighi di carattere umanitario che vietano rappresaglie; d) gli altri obblighi derivanti da norme imperative di diritto internazionale generale. 2. Uno Stato che ricorra a contromisure non è esentato dall'adempiere ai propri obblighi: 12 a) derivanti da procedure di soluzione delle controversie applicabile nei rapporti con lo Stato responsabile; b) di rispettare l'inviolabilità di agenti, locali, archivi e documenti diplomatici o consolari».

[283] Sul punto si rinvia ai contributi di: A. CASSESE, "For an Enhanced Role of «*Jus Cogens*», in A. CASSESE (edited by), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 158 e ss.; C. FOCARELLI, "*Jus cogens* senza prassi?", in L. PANELLA, E. SPATAFORA (edited by), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 251 e ss.; ID., "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects", in *Nordic Journal of International Law*, 2008, p. 429 e ss.; ID., "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 637 e ss.; U. LINDERFALK, "The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", in *European journal of international law*, 2007, p. 853 e ss.; R. NIGRO, "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", cit., p. 119 e ss.

[284] Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, Camera di I grado, *Prosecutor v. Kupreskic*, sentenza del 14 gennaio 2000, caso n. IT-95-16-T. In particolare, oggetto di giudizio del Tribunale erano dei gravi attacchi violativi dei diritti umani fondamentali della popolazione musulmana, che, secondo quanto sostenuto dalla difesa, erano stati perpetrati a titolo di rappresaglia per i precedenti attacchi delle forze musulmane alla popolazione croata. Per un commento alla sentenza v. D. M. AMANN, "*Prosecutor v. Kupreskic*. No. IT-95-16-A", in *American Journal of International Law*, 2002, p. 439 e ss.

La Camera asseriva, anzitutto, che dovessero essere qualificate come norme imperative del diritto internazionale quelle contro i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità ed il genocidio, precisando che il carattere della cogenza dovesse essere interpretato nel senso dell'inderogabilità a tali previsioni.

Inoltre, i giudici ritenevano che dovesse essere ricompresa tra gli effetti discendenti dal carattere perentorio di tali norme, l'impossibilità per uno Stato Parte di un trattato, all'interno del quale fossero contenute norme imperative del diritto internazionale, di invocare la violazione di tali norme, commessa da un altro Stato Parte, come motivo di estinzione o di sospensione dell'accordo[285].

Tuttavia, con tale conclusione, il Collegio non faceva altro che ribadire quanto in realtà già espresso dall'art. 60, § 5, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, prevedendo tale norma l'impossibilità per uno Stato parte di un trattato bilaterale di invocare, quale motivo di estinzione o di sospensione dell'accordo, una violazione sostanziale operata dall'altro Stato contraente, qualora la violazione abbia ad oggetto «disposizioni relative alla tutela della persona umana contenute nei trattati di carattere umanitario, in particolare […] disposizioni che proibiscono qualsiasi forma di rappresaglia nei confronti delle persone protette da tali trattati»[286].

---

[285] Cfr. § 520 della sentenza: «Furthermore, most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character. One illustration of the consequences which follow from this classification is that if the norms in question are contained in treaties, contrary to the general rule set out in Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, a material breach of that treaty obligation by one of the parties would not entitle the other to invoke that breach in order to terminate or suspend the operation of the treaty. Article 60 (5) provides that such reciprocity or in other words the principle *inadimplenti non est adimplendum* does not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular the provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties».

[286] L'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, rubricato «Estinzione di un trattato o sospensione della sua applicazione come conseguenza della sua violazione», afferma che: «1. Una violazione sostanziale di un trattato bilaterale ad opera di una delle parti legittima l'altra ad invocare la violazione come motivo di estinzione del trattato o di sospensione totale o parziale della sua applicazione. 2. Una violazione sostanziale di un trattato multilaterale ad opera di una delle parti legittima: le altre parti, operanti di comune accordo, a sospendere totalmente o parzialmente l'applicazione del trattato o a considerarlo estinto: i) sia nei rapporti fra esse stesse e lo Stato autore della violazione, ii) sia nei loro rapporti reciproci; una parte colpita in modo particolare dalla violazione ad invocare quest'ultima come motivo di sospensione totale o parziale dell'applicazione del trattato nei suoi rapporti con lo Stato autore della violazione; qualsiasi altra parte diversa dallo Stato autore della violazione a invocare quest'ultima come motivo di sospensione totale o parziale dell'applicazione del trattato per quanto la riguarda se tale trattato è di tale natura che una violazione sostanziale delle sue disposizioni ad opera di una delle parti modifica radicalmente la situazione di ciascuna delle parti per ciò che riguarda l'adempimento dei suoi obblighi ai sensi del trattato. 3. Ai fini del presente articolo, per violazione sostanziale di un trattato si intende: un ripudio del trattato non autorizzato della

Nonostante la disposizione richiamata non faccia espresso riferimento alle norme di *ius cogens*, i diritti tutelati da tali norme sarebbero senz'altro potuti ricadere nell'ambito applicativo dell'articolo. Se è vero, infatti, che non tutte le norme poste a tutela della persona umana possono dirsi cogenti, è, tuttavia, vero il contrario, ovvero le norme cogenti sono senza dubbio norme che proteggono i diritti fondamentali dell'individuo. Di conseguenza, prevedendo l'art. 60, § 5 un'ampia tutela tramite il generico riferimento alle norme che proteggono la persona umana contenute nelle convenzioni a carattere umanitario, e, specificamente, a quelle norme che vietano la rappresaglia nei confronti delle persone tutelate dai predetti trattati, le situazioni protette dalle norme cogenti, nel caso all'attenzione della Camera, avrebbero ben potuto essere protette attraverso l'esclusiva applicazione della norma pattizia.

Ancora, nella già analizzata sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Attività armate sul territorio del Congo* (*Repubblica Democratica c. Ruanda*) del 3 febbraio del 2006, si ricordi come il Governo congolese avesse cercato di far valere – tra le altre – la tesi secondo cui la riserva, apposta dal Ruanda, escludente la giurisdizione della Corte circa le controversie sorte rispetto all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione contro il crimine di genocidio, dovesse ritenersi invalida, contenendo il trattato delle norme cogenti.

La Corte, tuttavia, come noto, affermava che la presenza in un trattato di norme imperative, quale quella sul genocidio, non attribuisse automaticamente la giurisdizione alla Corte dell'Aja, in mancanza del consenso delle parti della controversia.

Allo stesso tempo, però, i giudici valutavano la validità della riserva alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato, concludendo che essa non potesse dirsi invalida, in quanto non attinente agli obblighi di natura sostanziale della Convenzione.

Pertanto, seppur in questo caso la riserva fosse stata considerata perfettamente valida, la Corte rinveniva nelle norme vigenti sul diritto dei trattati (diverse, dunque, da quelle cogenti) – in particolare nella disposizione che impedisce di formulare una riserva, qualora questa sia incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato – la possibilità di far sì che

presente Convenzione; oppure la violazione di una disposizione essenziale per la realizzazione dell'oggetto o dello scopo del trattato. 4. 1 paragrafi che precedono non pregiudicano in alcun modo le disposizioni del trattato applicabili in caso di violazione. 5. I paragrafi da 1 a 3 non si applicano alle norme relative alla tutela della persona umana contenute nei trattati di carattere umanitario, in particolare alle disposizioni che proibiscono qualsiasi forma di rappresaglia nei confronti delle persone protette dai trattati in questione».

potessero eventualmente discendere i medesimi effetti che il Congo aveva tentato di sostenere si dispiegassero invocando la violazione di norme di *ius cogens*.

Alla luce di quanto premesso, si deve riconoscere che, sul piano giurisprudenziale, l'identificazione e l'affermazione di determinate norme quali norme cogenti ha rappresentato da parte degli interpreti un passo fondamentale, volto a sottolineare il necessario rispetto di taluni valori percepiti come irrinunciabili da parte dall'intera Comunità internazionale.

Tuttavia, non si può negare, così come osservato da parte della dottrina[287], che – perlomeno nei casi da noi analizzati[288] – le soluzioni accolte dalle autorità giurisdizionali siano dipese (anche) dagli effetti giuridici prodotti da norme internazionali prive del carattere della cogenza, e il richiamo operato dai giudici alle norme di *ius cogens* abbia assolto (probabilmente) ad una mera funzione di conferma dell'effetto normativo già – altrimenti – prodotto.

Ciò premesso, tuttavia, a mio avviso, è discutibile – in quanto sicuramente limitante il valore intrinseco delle norme imperative del diritto internazionale – far discendere da tale dato riscontrabile nella prassi, così come fanno certi Autori[289], l'impossibilità di attribuire alle norme cogenti degli effetti giuridici loro propri ed ulteriori rispetto alle norme "ordinarie".

La dottrina poc'anzi richiamata fa leva sul fatto che, non essendosi realizzato alcun effetto giuridico diverso ed ulteriore rispetto a quello prodotto in forza dell'applicazione delle semplici norme consuetudinarie o pattizie, lo *ius cogens* si limiterebbe ad avere una funzione esclusivamente *promozionale*[290], in quanto, se utilizzato dalle corti come strumento per

---

[287] Cfr., in particolare: C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 538 e ss.; ID. "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", cit., p. 637 e ss.; R. NIGRO, "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", cit., p. 142.

[288] Numerosi sarebbero i casi da analizzare circa gli effetti delle norme di *ius cogens*. Per un'analisi più ampia si rinvia al contributo di R. NIGRO, "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", cit., p. 119 e ss.

[289] *Ibidem*. In particolare il Focarelli afferma esplicitamente che: «quando […] corrisponde alla prassi, lo *jus cogens* non è che diritto internazionale generale "ordinario" sia che incorpori un principio strutturale sia che determini una deroga al regime altrimenti vigente». C. FOCARELLI, "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", cit., p. 656.

[290] *Ibidem*. In particolare il Focarelli afferma che: «La nostra tesi è che allo *jus cogens* si fa essenzialmente ricorso per *scavalcare* (si potrebbe dire anche per "educare") la prassi effettiva seguita dagli Stati al fine di avviare un *mutamento* del diritto internazionale generale vigente in conformità di valori "universali", o sentiti come fondamentali dalla comunità internazionale nel suo complesso, suscettibili in quanto tali di "generalizzazione" nella prassi successiva degli Stati. Lo *jus cogens*, se così inteso, ha una sua realtà specifica, anche se un valore giuridico soltanto promozionale; quando viene ricondotto alla prassi degli Stati finisce per confondersi con il diritto generale "ordinario"». Ancora l'Autore prosegue affermando che: «[…] lo *jus cogens* […] costituisce nient'altro che la *opinio necessitatis* ai fini della formazione di nuove norme consuetudinarie. Quando si invoca lo *jus cogens*, in altre parole, si sta sostenendo che è necessario che si formi una norma consuetudinaria conforme *in futuro*, evidentemente sul presupposto che attualmente la norma non esista ancora, e quando si invocano i valori della comunità internazionale nel suo complesso che sarebbero protetti

individuare valori fondamentali per i membri della Comunità internazionale, sarebbe volto ad innescare un processo di trasformazione – o formazione – del diritto già vigente.

Tuttavia, ad opinione della scrivente, una lettura di questo tipo inferisce dalla mera sovrapposizione che, talvolta, può – come abbiamo visto – prodursi tra gli effetti giuridici propri delle norme consuetudinarie e quelli propri delle norme cogenti, un assioma che, in realtà, proprio in virtù della stessa ottica assunta da tale dottrina, appare tutto da verificare.

Il fatto che gli effetti delle suddette norme possano *incidentalmente* coincidere non prova, a mio giudizio, in alcun modo, l'assenza di effetti *ad hoc* delle norme di *ius cogens*, ma, anzi, tutt'al più, conferma la loro presenza.

Non si deve dimenticare, infatti, che, accogliendo quell'impostazione della dottrina secondo cui le norme imperative del diritto internazionale non sarebbero altro che norme consuetudinarie dotate di un'*opinio iuris* particolarmente qualificata, la norma cogente potrebbe ben essere sorta da una norma consuetudinaria, trasformatasi, col tempo, in una norma perentoria, pur potendo quest'ultima avere un contenuto maggiormente circoscritto rispetto alla norma consuetudinaria originaria.

Un esempio che rende bene l'idea è quello proposto da Ronzitti:

> «Basti pensare […] alla norma consuetudinaria sul divieto dell'uso della forza e al divieto di aggressione, norma imperativa che ha un contenuto più ristretto della norma consuetudinaria sul divieto dell'uso della forza»[291].

Pertanto, non dovrebbe in alcun modo stupire l'interprete che, talvolta, gli effetti delle norme cogenti siano i medesimi delle norme consuetudinarie (anche eventualmente nel

dallo *jus cogens* si sta promuovendo tale futura norma cercando di dimostrare come sia oggettivamente (quindi universalmente) "giusta" e quindi ragionevolmente accettabile da *tutti* gli Stati , così che diventi effettivamente una norma giuridica in futuro, in quanto seguita dalla gran parte degli Stati. Così inteso, lo *jus cogens*, lungi dall'essere "superiore" al diritto "ordinario", non è neanche diritto ordinario, ma rappresenta una spinta – che ha comunque già un qualche valore giuridico, anche se parziale, essendo il primo passo di una possibile serie di altri successivi che potrebbero dar luogo ad una norma futura – in nome di valori di giustizia, questi sì sentiti come "superiori", ai fini della formazione di nuove norme consuetudinarie corrispondenti». Così C. FOCARELLI, "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", cit., p. 638 e pp. 648 e 649.

[291] Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 166.

tempo codificate in norme pattizie), derivando, di fatto, le prime (probabilmente sempre e comunque[292]) dalle seconde.

La perfetta ed accidentale coincidenza tra gli effetti delle norme richiamate dovrebbe, piuttosto, far focalizzare l'attenzione degli interpreti sul dato che le norme imperative producono *sicuramente* degli effetti giuridici ulteriori rispetto a quelli previsti dagli artt. 53 e 64 della Convenzione di Vienna del 1969 e degli artt. 26, 40, 41 e 50 del Progetto sulla responsabilità internazionale dello Stato del 2001 (gli unici, in entrambi i testi, espressamente dedicati alla tematica del diritto cogente).

Occorrerebbe, poi, valutare se tali effetti siano limitati a quelli che si sovrappongono alle norme "ordinarie", o se sia possibile identificarne di ulteriori: se finora abbiamo, infatti, evidenziato come, in base alla prassi giurisprudenziale analizzata, vi sia in taluni ambiti una sovrapposizione rispetto agli effetti prodotti dalle norme cogenti e dalle norme consuetudinarie *sic et simpliciter*, non è affatto scontato che ciò sia sempre vero.

Si pensi, ad esempio, al già ricordato caso *Prosecutor v. Furundžija*.

I giudici della Camera di I grado, dopo aver riconosciuto natura cogente alla norma che sancisce il divieto di tortura, analizzavano gli effetti discendenti dal particolare carattere di tale disposizione, individuandone taluni che possono senz'altro dirsi ulteriori e diversi rispetto a quelli normalmente previsti dalle "ordinarie" disposizioni di diritto internazionale.

Anzitutto, nell'opinione della Camera, gli Stati sarebbero obbligati non soltanto a proibire e punire la tortura, ma anche a prevenire la sua verificazione: non sarebbe, infatti, in alcun modo sufficiente intervenire dopo la violazione del divieto di tortura, in quanto l'integrità fisica e morale dell'individuo sarebbe, a quel punto, già irrimediabilmente compromessa. Di conseguenza, veniva affermato l'obbligo per gli Stati di adottare tutte le misure necessarie al fine di prevenire gli atti di tortura. *Primo effetto ulteriore: la necessaria prevenzione contro le condotte lesive dello* ius cogens (in termini rafforzati, quanto alla tematica della tortura, e, in relazione a quanto di seguito esposto, rispetto al dettato dell'art. 2, § 1, della Convenzione di New York del 1984[293]).

---

[292] *Ibidem*. Ronzitti, in particolare afferma: «Allo stato attuale delle relazioni internazionali, è difficile configurare norme che siano autonomamente sorte come norme cogenti».

[293] L'art. 2 della Convenzione del 1984 sul divieto di tortura afferma che: «1. Ogni Stato Parte adotta misure legislative, amministrative, giudiziarie ed altre misure efficaci per impedire che atti di tortura siano commessi in qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione. 2. Nessuna circostanza eccezionale, quale che essa sia, che si tratti di stato di guerra o di minaccia di guerra. di instabilità politica interna o di qualsiasi

Citando, in particolare, la sentenza *Soering*[294] della Corte europea dei diritti dell'uomo, i giudici statuivano che il diritto internazionale proibisca tanto le violazioni effettive, quanto le violazioni potenziali del divieto di tortura, asserendo, inoltre, che le norme di diritto internazionale non si limitino a vietare la commissione della tortura, ma sanzionino, altresì, tanto la mancata adozione da parte di uno Stato delle misure necessarie per attuare all'interno dell'ordinamento nazionale il divieto, quanto il mantenimento o l'adozione da parte di uno Stato di leggi contrarie al predetto divieto[295].

A questo punto, i giudici analizzavano, separatamente, gli ultimi due aspetti richiamati.

In primo luogo, sottolineavano come, di norma, gli Stati, nel momento in cui assumono degli obblighi derivanti da un trattato o dal diritto internazionale consuetudinario non cogente, sono tenuti ad adottare tutte le misure, tanto legislative, quanto amministrative, per attuare effettivamente tali obblighi nell'ordinamento nazionale. Tuttavia, ciò solo non darebbe ancora vita ad una responsabilità internazionale dello Stato. Quest'ultima, infatti, quando non sono in gioco valori tutelati da norme cogenti, non deriva dalla mera inerzia, ma discende piuttosto dall'adozione di misure amministrative o giudiziarie che si pongano in contrasto con obblighi internazionali.

Al contrario, questa volta riferendosi agli effetti sostanziali che derivano da norme cogenti, la Camera evidenziava come l'immediata adozione da parte di uno Stato delle necessarie misure implementative interne sia un obbligo direttamente discendente dalla norma cogente, in quel caso, il divieto di tortura. La Camera, tuttavia, non si spingeva espressamente, ma solo implicitamente, ad affermare l'illiceità della mera condotta inerte in

altro stato di eccezione, può essere invocata per giustificare la tortura. 3. L'ordine di un superiore o di un'autorità pubblica non può essere invocato a giustificazione della tortura».

[294] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, sentenza del 7 luglio 1989.

[295] Cfr. § 148 della sentenza in esame: «Firstly, given the importance that the international community attaches to the protection of individuals from torture, the prohibition against torture is particularly stringent and sweeping. States are obliged not only to prohibit and punish torture, but also to forestall its occurrence: it is insufficient merely to intervene after the infliction of torture, when the physical or moral integrity of human beings has already been irremediably harmed. Consequently, States are bound to put in place all those measures that may pre-empt the perpetration of torture. As was authoritatively held by the European Court of Human Rights in *Soering*, international law intends to bar not only actual breaches but also potential breaches of the prohibition against torture (as well as any inhuman and degrading treatment). It follows that international rules prohibit not only torture but also (i) the failure to adopt the national measures necessary for implementing the prohibition and (ii) the maintenance in force or passage of laws which are contrary to the prohibition».

sè stessa considerata. Piuttosto riteneva immediatamente esigibile in capo agli Stati una condotta attiva volta a prevenire qualunque atto di tortura o a porvi fine[296].

In secondo luogo, i giudici ricordavano che, se normalmente il mantenimento o l'adozione di leggi nazionali in contrasto con gli obblighi internazionali genera la responsabilità internazionale dello Stato soltanto nell'ipotesi in cui la legislazione sia concretamente attuata, nel caso della tortura, il solo fatto di mantenere o adottare una legislazione contraria al divieto ingenera responsabilità[297].

La Camera affermava, poi, che gli obblighi discendenti dal divieto fossero classificabili quali obblighi *erga omnes*, in quanto assunti nei confronti di ciascun membro parte della *societas* internazionale e attribuenti ad ognuno di questi un correlativo diritto: in caso di violazione, ciascun membro della Comunità internazionale potrebbe, dunque, chiedere o l'adempimento dell'obbligo non rispettato o la cessazione dell'illecito[298]. *Secondo effetto ulteriore: la creazione di diritti e obblighi* erga omnes.

Venivano, poi, ricordati dai giudici ulteriori effetti della norma, derivanti dal suo carattere perentorio: qualsiasi atto adottato da uno Stato – legislativo, amministrativo o giudiziario – che abbia autorizzato la tortura sarebbe automaticamente delegittimato a livello internazionale, così come non avrebbero alcun riconoscimento internazionale eventuali

---

[296] Cfr. § 149 della sentenza in esame: «[…] Normally States, when they undertake international obligations through treaties or customary rules, adopt all the legislative and administrative measures necessary for implementing such obligations. However, subject to obvious exceptions, failure to pass the required implementing legislation has only a potential effect: the wrongful fact occurs only when administrative or judicial measures are taken which, being contrary to international rules due to the lack of implementing legislation, generate State responsibility. By contrast, in the case of torture, the requirement that States expeditiously institute national implementing measures is an integral part of the international obligation to prohibit this practice. Consequently, States must immediately set in motion all those procedures and measures that may make it possible, within their municipal legal system, to forestall any act of torture or expeditiously put an end to any torture that is occurring».

[297] Cfr. § 150 della sentenza in esame: «Another facet of the same legal effect must be emphasised. Normally, the maintenance or passage of national legislation inconsistent with international rules generates State responsibility and consequently gives rise to a corresponding claim for cessation and reparation (*lato sensu*) only when such legislation is concretely applied. By contrast, in the case of torture, the mere fact of keeping in force or passing legislation contrary to the international prohibition of torture generates international State responsibility. The value of freedom from torture is so great that it becomes imperative to preclude any national legislative act authorising or condoning torture or at any rate capable of bringing about this effect».

[298] Cfr. § 151 della sentenza in esame: «Furthermore, the prohibition of torture imposes upon States obligations *erga omnes*, that is, obligations owed towards all the other members of the international community, each of which then has a correlative right. In addition, the violation of such an obligation simultaneously constitutes a breach of the correlative right of all members of the international community and gives rise to a claim for compliance accruing to each and every member, which then has the right to insist on fulfilment of the obligation or in any case to call for the breach to be discontinued».

misure interne adottate da uno Stato che autorizzino, giustifichino o assolvano gli autori di atti di tortura. *Terzo effetto ulteriore (per vero affine alla previsione dell'art. 41 del Progetto del 2001): il ripudio – in termini di divieto di riconoscimento – della comunità internazionale degli atti lesivi dello* ius cogens.

Inoltre, la Camera specificava che, anche qualora un individuo agisca in applicazione di una normativa interna che facoltizzi (o imponga) atti di tortura, ciò nonostante, tale azione manterrebbe un carattere illecito – financo penalmente rilevante – accertabile e punibile da parte degli altri membri della comunità internazionale (se non dallo stesso Paese di origine, in ipotesi di ribaltamento del regime che legittima o impone la tortura)[299]. *Quarto effetto ulteriore: l'applicabilità diretta agli individui, quale fondamento della responsabilità, anche penale, accertabile dall'intera comunità internazionale delle norme di* ius cogens.

Infine, sempre in relazione agli effetti prodotti dal divieto di tortura a livello individuale, si riconosceva la possibilità (pure eventuale) in capo agli Stati di esercitare la giurisdizione

[299] Cfr. § 155 della sentenza in esame: «The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus standi before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: "individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State".

156 Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treatymaking power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in Eichmann, and echoed by a USA court in Demjanjuk, "it is the universal character of the crimes in question [i.e. international crimes] which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission"».

universale qualora l'individuo, responsabile degli atti di tortura, si trovi sul territorio, confermando così il carattere universale del crimine[300] (effetto, tuttavia, analogo, a quanto previsto dall'art. 7, § 1, della Convenzione di New York del 1984[301]).

Oggetto del nostro studio nel corso della trattazione sarà proprio verificare se le norme di *ius cogens* dispieghino degli effetti con particolare riguardo alla materia dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri.

È intuitivo che, presumibilmente, l'effetto prodotto dalle norme cogenti in ambito immunitario dovrebbe essere quello di far cadere l'esenzione dalla giurisdizione dai tribunali di uno Stato nei confronti di quel Paese che abbia posto in essere delle violazioni delle stesse norme imperative.

Considerato che, attualmente, non esiste alcuna normativa – né consuetudinaria, né pattizia – che preveda espressamente un'eccezione alla regola immunitaria nel caso in cui siano violate norme cogenti, particolarmente significativo apparirebbe accertare se, in tale ambito, le norme cogenti producano l'effetto predetto.

Nel caso in cui tale effetto giuridico fosse accertato, si potrebbe, forse, porre fine ad un dibattito dottrinale che imperversa da anni: se l'immunità venisse meno, infatti, in virtù del carattere imperativo delle norme, sarebbe difficile non riconoscere degli effetti – peraltro del tutto autonomi rispetto alle norme "ordinarie" – allo *ius cogens*.

---

[300] Cfr. § 156 della sentenza in esame: «Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the jus cogens character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treatymaking power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in Eichmann, and echoed by a USA court in Demjanjuk, "it is the universal character of the crimes in question [i.e. international crimes] which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission».

[301] Art. 7 della Convenzione di New York contro la tortura del 1984: «1. Lo Stato Parte sul cui territorio viene scoperto il presunto autore di una trasgressione di cui all'articolo 4, qualora non estradi quest'ultimo, sottopone la questione, nei casi di cui all'articolo 5, alle sue autorità competenti per lo svolgimento dell'azione penale. 2. Dette autorità prendono le loro decisioni alle medesime condizioni che per ogni trasgressione di diritto comune di natura grave in virtù della legislazione di detto Stato. Nei casi di cui al paragrafo 2 dell'articolo 5, i criteri di prova che si applicano ai procedimenti penali ed alla condanna non sono in alcun modo meno rigorosi di quelli che si applicano nei casi di cui al paragrafo 1 dell'articolo 5. 3. Ogni persona perseguita per una qualsiasi delle trasgressioni di cui all'articolo 4, beneficia della garanzia di un trattamento equo in tutte le fasi della procedura».

2.4 Una divisione sistematica: le macrocategorie

Abbiamo anticipato che giurisprudenza e dottrina si sono attivate per individuare le possibili soluzioni al – come meglio approfondiremo, secondo taluni reale, mentre secondo altri erroneamente presunto – rapporto conflittuale che intercorre tra norme consuetudinarie che riconoscono l'immunità ad uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero e le norme che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo.

Alla luce di un'attenta analisi delle diverse pronunce che si sono susseguite nel corso degli anni e delle posizioni dottrinali espresse, è possibile, anzitutto, distinguere due diversi piani all'interno dei quali sono state elaborate delle soluzioni. Ci si riferisce, in particolare, al piano internazionale e a quello nazionale.

Tuttavia, come premesso, nel presente lavoro si è scelto di analizzare in via esclusiva la prospettiva che prende in considerazione la collisione a livello internazionale, in quanto – a opinione della scrivente – sarebbe immediatamente possibile comporre il conflitto tra norme proprio sul piano di tale ordinamento, eliminando, così, la possibilità di rinvenire un contrasto a livello nazionale[302].

Adottando, infatti, la prospettiva proposta, i giudici degli Stati nazionali non percepirebbero alcun conflitto tra norme immunitarie e norme a tutela dei diritti umani fondamentali, limitandosi ad applicare la soluzione già individuata sul piano internazionale, che – lo si anticipa – a mio giudizio fa prevalere le norme che proteggono i diritti fondamentali dell'individuo.

---

[302] Senza occuparci, dunque, dettagliatamente delle soluzioni adottate a livello nazionale, si ricordi soltanto che la dottrina prevalente ritiene, sulla base della c.d. teoria dualista, che l'ordinamento interno e l'ordinamento internazionale non formino un unico ordinamento giuridico, ma piuttosto due ordinamenti giuridici separati ed originari che comunicano tra loro tramite il meccanismo del rinvio. L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario avviene, come noto, in virtù dell'art. 10 c. 1 Cost. Pertanto, anche la norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri si ritiene inglobata nel nostro ordinamento grazie al rinvio della citata norma costituzionale. Ed ecco, allora, che, così come sul piano internazionale, anche nell'ordinamento interno la norma che garantisce agli Stati l'immunità dalla giurisdizione civile dai tribunali di uno Stato estero nel caso di *acta iure imperii*, può entrare in conflitto con i diritti fondamentali dell'individuo tutelati dalla Carta costituzionale. Ci si è dunque chiesti se il rinvio ex art. 10 c. 1 Cost. debba sempre e comunque ritenersi operante anche nel caso in cui determini la lesione dei diritti umani fondamentali costituzionalmente garantiti. Se la soluzione proposta è stata per molti anni la medesima adottata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 48 del 1979, la quale assumeva che le norme consuetudinarie internazionali entrassero senza alcun limite nell'ordinamento italiano qualora fossero state precedenti all'entrata in vigore della Costituzione, una nuova inversione di tendenza è stata varata dalla Consulta con la sentenza n. 238 del 2014 di cui ci occuperemo in sede di conclusioni.

Una volta limitato il campo di indagine all'ordinamento internazionale, è possibile, dunque, procedere ad analizzare le numerose costruzioni teoriche che sono state avanzate al fine di definire la questione oggetto del nostro esame.

Le teorie che nel corso degli anni sono state elaborate, ritengo possano essere suddivise in quattro macrocategorie.

A) *Macrocategoria delle eccezioni consolidate. Corollario: l'immunità è cedevole.*

La prima macrocategoria concerne la ricostruzione di un'eccezione alla regola generale dell'immunità riconosciuta allo Stato.

All'interno di questa categoria sono riscontrabili diverse costruzioni teoriche, tutte accomunate dall'essere state già accolte nella prassi internazionale in materia di immunità. In questi casi, gli interpreti si limitano a ricondurre la violazione dei diritti umani all'interno di deroghe generiche, che non hanno come specifico oggetto la protezione dei diritti fondamentali dell'uomo.

I Costruzione teorica: teoria dell'immunità ristretta.

La prima costruzione teorica utilizza la tradizionale ed ormai indiscussa, salvo i limiti a cui abbiamo già accennato, distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*.

Secondo una parte della dottrina e giurisprudenza sarebbe, infatti, non soltanto possibile, ma doveroso, risolvere il dissidio tra le norme utilizzando la tradizionale distinzione *acta iure imperii-acta iure gestionis*. Come si vedrà, applicando tale teoria nella sua accezione più tradizionale, le norme a tutela dei diritti degli individui (compresi quelli fondamentali) prevalgono su quelle immunitarie solo ove la lesione sia stata perpetrata dallo Stato estero nell'esercizio di un'attività *iure privatorum*. Viceversa, tutte le condotte riconducibili all'esercizio di poteri sovrani dello Stato non saranno giustiziabili, prevalendo in questi casi le norme immunitarie su quelle a protezione dei diritti del singolo[303].

[303] Secondo, infatti, la logica degli Autori classici, si potrebbe valutare soltanto quei comportamenti che rientrano nell'ambito *iure privatorum*. Essendo, infatti, la regola immunitaria atta a tutelare *in toto* gli *acta iure imperii*, non sarebbero di certo escluse le conseguenze sui privati, tanto positive quanto negative, derivanti dal loro esercizio. In questo senso R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, cit., p. 98 e ss.; M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, cit., p. 122 e ss.

Come vedremo, tale teoria non potrà che costituire la base di partenza per l'evolversi del nostro ragionamento, lasciando la medesima – qualora applicata senza ulteriori correttivi ed evoluzioni – totalmente inevasa la domanda di ricerca da cui parte il presente lavoro.

II Costruzione teorica: teoria della rinuncia implicita all'immunità.

La seconda costruzione teorica delle eccezioni consolidate si rifà alla generale previsione, inserita in qualsiasi testo normativo – nazionale o convenzionale – secondo cui gli Stati sono liberi di rinunciare al proprio diritto all'immunità, esplicitamente o implicitamente.

Se tale considerazione risulta pacifica e non problematica nelle ipotesi di rinuncia esplicitamente resa da parte del Paese convenuto, si rivela in tutta la sua complessità qualora si pretenda di evincere l'accettazione della giurisdizione dal contegno tenuto dallo Stato stesso. Ci si riferisce alla possibilità di enucleare ipotesi di rinuncia implicita all'immunità, da parte dell'autore della violazione, ulteriori rispetto a quelle (solo talvolta) agilmente riscontrabili in sede giudiziaria (quali ad esempio la scelta di non eccepire l'esenzione dalla giurisdizione, interloquendo direttamente sul merito della controversia). Le correnti più estreme di tale teoria – lo si anticipa – pretenderanno di scorgere una rinuncia per *facta concludentia* già negli stessi atti antigiuridici posti in essere dallo Stato in violazione dei diritti umani fondamentali dell'individuo.

III Costruzione teorica: teoria della territorial tort exception.

La terza costruzione teorica attribuisce una prevalenza alle norme sulla tutela dei diritti umani fondamentali dell'individuo, determinando il disconoscimento dell'immunità, esclusivamente nelle ipotesi in cui le violazioni delle predette norme vengano perpetrate da uno Stato estero sul territorio dello Stato del foro.

Tale teoria – lo si vedrà – oscilla costantemente fra l'abbandono della tradizionale distinzione *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* (con ciò notevolmente ampliando la tutela dell'individuo) e la riaffermazione dell'insindacabilità degli atti sovrani, proprio in quei casi in cui i medesimi potenzialmente esplicano gli effetti maggiormente pregiudizievoli (*armed conflict clause*).

Non senza riconoscerne gli aspetti di maggior pregio, dovremo superare, quanto meno negli *hard cases*, anche tale impostazione teorica alla ricerca di una vera e propria *human rights exception*.

B) Macrocategoria della human rights exception. *Corollario: il diniego dell'immunità*

La seconda macrocategoria formula una vera e propria *human rights exception*, che si affianca alle tradizionali eccezioni riconosciute in materia di immunità degli Stati e che concerne specificamente il mancato riconoscimento dell'esenzione dalla giurisdizione, qualora lo Stato straniero violi i diritti umani fondamentali di un individuo.

All'interno di questa categoria è possibile distinguere diverse costruzioni teoriche.

I Costruzione teorica: Normative Hierarchy Theory.

La *Normative Hierarchy Theory* ritiene che il conflitto tra norme immunitarie e norme imperative a tutela dei diritti umani fondamentali debba essere risolto attraverso una lettura sistematica fondata su di un criterio gerarchico. La soluzione a cui i sostenitori della teoria in esame giungono è quella di ritenere che le norme di *ius cogens*, alternativamente sulla base di un criterio formale o sostanziale, debbano sempre prevalere sulla norma immunitaria.

II Costruzione teorica: la teoria della giurisdizione universale applicata agli Stati.

La teoria della giurisdizione universale applicata agli Stati pretende di estendere le conclusioni recentemente raggiunte sul piano internazionale circa la responsabilità penale personale degli individui e la perseguibilità – senza limiti di giurisdizione ed immunità – dei crimini internazionali anche al diverso piano della responsabilità civile degli Stati. In particolare, i sostenitori di detta impostazione, ritengono gravemente affetto da incoerenza interna un sistema che consenta di perseguire le persone fisiche – che agiscono per conto o in rappresentanza dei Paesi di origine – per gravi violazioni di norme di *ius cogens* ma, al contrario, si fermi di fronte alla possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti degli Stati di appartenenza degli individui-organi per quei medesimi comportamenti.

C) *Macrocategoria degli istituti di diritto internazionale non specificamente attinenti alla materia immunitaria. Duplice corollario: i) la giurisdizione come reazione; ii) l'abbandono della giurisdizione.*

All'interno di tale macrocategoria abbiamo fatto confluire teorie, per vero, assai distanti tra loro, avvicinate, tuttavia, dalla comune radice originariamente estranea al terreno immunitario.

I Costruzione teorica: la teoria della contromisura

La teoria della contromisura pretende di negare il riconoscimento dell'immunità a titolo di reazione, atecnicamente sanzionatoria, nei confronti di un illecito perpetrato dallo Stato estero.

II Costruzione teorica: la teoria della protezione diplomatica

La teoria della protezione diplomatica, che si fonda su basi affatto eterogenee, ritiene necessario, al fine di garantire un'equa riparazione dei danni cagionati dallo Stato estero, superare la via giurisdizionale, riportando la questione alle dinamiche Stato-Stato, anziché a quelle individuo-Stato.

D) *Macrocategoria dell'eterogeneità strutturale tra norme. Corollario: aprioristica impossibilità di un conflitto.*

L'ultima macrocategoria si fonda sui (pochi) aspetti ormai consolidati dell'immunità.

La ricostruzione fornita all'interno di tale categoria discenderebbe, infatti, dalla pacifica natura delle norme in esame.

Sulla base di tale constatazione si dovrebbe, nell'opinione di taluni, peraltro – come vedremo – autorevolmente sostenuta dalla Corte internazionale di giustizia[304], riconoscere l'impossibilità a priori di un contrasto fra la norma immunitaria – a carattere processuale – e le norme a tutela dei diritti umani fondamentali – a carattere, invece, sostanziale.

[304] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit.

CAPITOLO III
LA MACROCATEGORIA DELLE ECCEZIONI CONSOLIDATE IN MATERIA IMMUNITARIA

SOMMARIO: 3.1 La teoria dell'immunità ristretta; 3.2 La teoria della rinuncia implicita; 3.3 La teoria della *territorial tort exception*.

3.1 La teoria dell'immunità ristretta

Secondo una logica classica a noi ben nota[305], la regola immunitaria, nella sua ormai pacificamente accolta accezione ristretta, sarebbe esclusivamente rivolta a tutelare quelle attività poste in essere da uno Stato costituenti espressione della sua sovranità. In particolare, il raggio di protezione della norma immunitaria si estenderebbe ad ogni ambito in cui si esplica l'esercizio delle potestà sovrane, pertanto anche alle eventuali conseguenze che da tale esercizio deriverebbero per i privati, titolari di diritti e doveri scaturenti dagli atti perpetrati dallo Stato[306].

Per risolvere il dissidio tra norme sull'immunità e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo è stata, soprattutto in passato, utilizzata, *sic et simpliciter*, la teoria dell'immunità ristretta.

Secondo tale teoria, a fronte della commissione da parte di uno Stato di atti violativi dei diritti umani fondamentali, la giurisdizione di un Paese straniero dovrebbe, in via preliminare, valutare la natura degli atti: nel caso si tratti di *acta iure imperii*, si dovrebbe riconoscere l'immunità; viceversa, qualora si tratti di *acta iure gestionis*, lo Stato estero non andrebbe esente dalla giurisdizione dello Stato del foro.

L'accertamento giudiziario da parte dello Stato del foro dell'eventuale violazione da parte dello Stato estero di norme cogenti a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo

[305] Cfr. capitolo I, § 1.2.

[306] In questo senso R. QUADRI, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, cit., p. 98 e ss. e M. PANEBIANCO, *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, cit., p. 122 e ss.

sarebbe, dunque, possibile solo a fronte del preliminare accertamento circa la natura *iure gestionis* degli atti lesivi.

Viceversa, la violazione delle norme a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo da parte dello Stato straniero non sarebbe giustiziabile nei tribunali dello Stato del foro, scattando l'immunità, qualora posta in essere attraverso atti inquadrabili nella categoria *iure imperii*.

Di conseguenza, applicando questa teoria, sarebbe improprio impostare la questione in termini di potenziale conflitto tra le due categorie di norme.

La valutazione giuridica da parte delle corti interne circa la natura *iure imperii* o *iure gestionis* degli atti dello Stato estero, infatti, dovrebbe assorbire, e dunque precedere senza esserne influenzata, quella relativa all'avvenuta violazione delle norme sui diritti umani: nel caso in cui uno Stato straniero compia atti di estrinsecazione del suo potere sovrano, al contempo violativi dei diritti fondamentali dell'individuo, la violazione non avrebbe alcun effetto discriminante in ordine alla riconducibilità degli atti nella sfera *iure imperii*.

Esempio dell'applicazione pedissequa di quanto appena asserito è stata la sentenza pronunciata dalla Cassazione italiana a Sezioni Unite nel caso del *Cermis*[307].

La denominazione del caso richiama la nota tragedia, avvenuta il 3 febbraio del 1998, della funivia del Cermis[308].

In piena stagione sciistica, infatti, durante un volo di addestramento, un velivolo americano, un EA6B del Corpo dei marines dislocato ad Aviano in supporto all'operazione multinazionale Ifor in Bosnia Erzegovina, volando a bassa quota sulle Dolomiti, tranciava i cavi della funivia cagionando la morte di venti persone.

Tale vicenda[309] ha costituito il presupposto per una causa civile promossa dalla Federazione italiana lavoratori trasporto della Provincia di Trento, aderente alla

---

[307] Corte di Cassazione italiana, Sezioni Unite, sentenza del 3 agosto 2000, n. 530, nel caso *Presidenza Consiglio ministri et al. c. Federazione italiana lavoratori trasporti e al.*; *Stati Uniti d'America c. Federazione italiana lavoratori trasporti e al.* Per un commento alla sentenza cfr., *ex multis*, P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., p. 187 e ss.; P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", in *Giustizia civile*, 2001, p. 747 e ss.

[308] Per una ricostruzione puntuale della vicenda si veda F. LONGO e B. PONTRELLI, *Cermis: la morte nel diritto internazionale*, Teti, Milano, 1999.

[309] Per dei commenti alla vicenda antecedenti alla pronuncia della Corte di Cassazione si veda: A. CIAMPI, "Quale sorte per i procedimenti della magistratura italiana rispetto alla strage della funivia del

Confederazione generale italiana del lavoro (Filt-Cgil-Trento) e da alcuni sindacalisti che convenivano in giudizio[310] gli Stati Uniti dinanzi al Tribunale di Trento.

Gli attori sostenevano che, per quanto lo Stato convenuto avesse il diritto di insediare nell'Italia del Nord propri contingenti militari[311], i voli di addestramento compiuti, quasi quotidianamente, da velivoli americani sui cieli della Provincia autonoma di Trento, oltre ad aver causato alcuni incidenti, anche mortali, erano senz'altro idonei a mettere in pericolo la vita, l'incolumità personale e la salute delle persone che lavoravano nella Provincia.

La pericolosità di tali voli era dovuta alla bassa quota con cui gli aeromobili sorvolavano il territorio[312], ovvero una quota prossima ai 100 metri di altezza.

Veniva, dunque, chiesto al Tribunale adito, in primo luogo, di accertare e dichiarare che l'attività posta in essere dagli Stati Uniti con i propri velivoli sul territorio della Provincia di Trento arrecasse grave pericolo alla vita, all'incolumità fisica e alla salute e, in secondo luogo, di condannare gli Stati Uniti, in via principale, a cessare del tutto i voli sul territorio della Provincia autonoma dei propri aeromobili e, in subordine, a limitare quantomeno il sorvolo nei limiti ritenuti necessari e sufficienti a far venire meno il pericolo per la vita, l'integrità personale e la salute dei ricorrenti stessi e dei lavoratori addetti al settore dei trasporti e, in particolare, agli impianti di fune.

Cermis?", in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 475 e ss.; R. BARBERINI, "Ahi Serva l'Italia…" (Il Trattato di Londra sullo statuto delle forze armate della NATO), in *Questione giustizia*, 1999, p. 501 e ss.; ID., "Il Trattato di Londra sullo statuto delle Forze armate Nato: note a margine della vicenda Cavalese", in *Cassazione penale*, 1999., p. 3599 e ss.; G. GAJA "Giurisdizione italiana sopravvenuta per i fatti del Cermis?", in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 482 e ss.; D. LIBERTINI "Militari stranieri e giurisdizione italiana", in *Rivista di polizia*, 1999, p. 521 e ss.

[310] L'atto di citazione veniva notificato il 13 luglio del 1998. Gli altri ricorrenti erano Sergio Mattivi, Ferruccio Demadonna, Giorgio Santoni e Fulvio Fiammini.

[311] Occorre, infatti, evidenziare come le attività poste in essere dagli Stati Uniti in funzione di addestramento alla guerra delle proprie forze armate erano svolte nell'ambito di una cooperazione internazionale di difesa comune espressa dall'Organizzazione del trattato Atlantico del Nord e dalle relative Convenzioni di attuazione. Cfr. a riguardo il Trattato NATO concluso a Washington il 4 aprile del 1949, ratificato e reso esecutivo in Italia ex lege, 1 agosto 1949, n. 465, in G.U. 4 agosto 1949, n. 177, e successive Convenzioni attuative. Sul trattato NATO si veda, *ex multis*, E. CANNIZZARO, "N.A.T.O.", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X, Utet, Torino, p. 52 e ss. e la bibliografia ivi indicata. In questa sede particolarmente rilevante appare richiamare l'art. 3 del Trattato NATO secondo cui: "Allo scopo di conseguire con maggiore efficacia gli obiettivi del presente Trattato, le parti, agendo individualmente e congiuntamente, in modo continuo ed effettivo, mediante lo sviluppo delle loro risorse e prestandosi reciproca assistenza, manterranno e accresceranno la loro capacità individuale e collettiva di resistere ad un attacco armato".

[312] Nel ricorso si sottolineava come per zone di sorvolo si dovessero ritenere compresi: centri abitati, zone turistiche, campagne, strade, impianti di trasporto su strada, a rotaia ed a fune.

A fondamento delle proprie richieste, i ricorrenti avevano asserito l'esistenza, sia all'interno dell'ordinamento internazionale sia all'interno di quello nazionale[313], di un vero e proprio diritto alla vita, all'incolumità personale e alla salute facente capo al singolo, diritto caratterizzato per essere inviolabile, indisponibile, imprescrittibile ed assoluto, oggetto di protezione a prescindere dalla effettiva configurabilità di un fatto lesivo.

Di conseguenza, sostenevano che il singolo potesse agire in giudizio, anche in via preventiva, per la tutela del proprio diritto, e che rispetto a tali azioni sussistesse la giurisdizione italiana.

Gli Stati Uniti, costituitisi in giudizio, eccepivano, in via pregiudiziale, il difetto di giurisdizione e, nel merito, contestavano la fondatezza della domanda.

Nel giudizio intervenivano, poi, anche la Presidenza del Consiglio dei Ministri dello Stato italiano ed il ministro della Difesa secondo cui le domande presentate dai ricorrenti dovevano essere rigettate in quanto inammissibili ed improponibili per motivi di giurisdizione e di carenza di interesse, e perché infondate. Veniva, inoltre, proposto regolamento di giurisdizione volto a far rilevare il difetto di giurisdizione del giudice italiano[314].

In particolare, le amministrazioni dello Stato italiano sostenevano che il difetto di giurisdizione del giudice dovesse essere rilevato a seguito dell'operatività nel nostro ordinamento, sulla base del rinvio permanente operato dall'art. 10 c. 1 Cost., della norma di diritto internazionale consuetudinario secondo cui deve essere riconosciuta l'esenzione agli Stati dalla giurisdizione civile degli Stati esteri. Nel caso di specie, la Presidenza del Consiglio dei Ministri dello Stato italiano ed il ministro della Difesa evidenziavano che l'attività svolta dagli Stati Uniti con i propri velivoli era volta all'addestramento alla guerra delle proprie forze armate e, dunque, risultava indubbio che tale attività avesse natura *iure imperii*. Pertanto, sulla

[313] I ricorrenti avevano, in particolare, richiamato a tal fine: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948; il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 19 dicembre 1966, reso esecutivo in Italia con legge n. 881, 25 ottobre 1977; gli artt. 2 («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale») e 32 della Costituzione italiana («La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»).

[314] Il regolamento di giurisdizione veniva proposto dalle amministrazioni dello Stato italiano con ricorso notificato il 2 dicembre 1998. Il regolamento preventivo è disciplinato all'interno dell'art. 41 c.p.c., il quale al comma 1 afferma: «Finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37. L'istanza si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e seguenti, e produce gli effetti di cui all'articolo 367».

base della tesi dell'immunità relativa, gli Stati Uniti dovevano andare immuni dalla giurisdizione italiana.

La Filt-Cigl resisteva con controricorso, sostenendo, sulla base di tre diverse argomentazioni, che in questo caso dovesse, invece, essere riconosciuta la giurisdizione del giudice italiano.

La prima argomentazione riguardava la definizione di *acta iure imperii*. Se, infatti, la parte riteneva che la questione sull'immunità dovesse essere risolta applicando la teoria dell'immunità ristretta, tuttavia, contestava che le attività idonee a ledere i diritti fondamentali dell'individuo, quale il diritto alla vita, alla incolumità personale e alla salute, potessero rientrare nell'alveo delle attività esercizio delle prerogative sovrane di uno Stato[315].

Sulla base della seconda argomentazione, anche qualora si fossero potuti qualificare gli atti posti in essere dai velivoli degli Stati Uniti come *acta iure imperii*, sarebbe stata riscontrabile la giurisdizione del giudice italiano in virtù dell'applicabilità dell'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948[316], che avrebbe introdotto una deroga alla norma consuetudinaria sull'immunità.

---

[315] È opportuno evidenziare che la tesi secondo cui la criminosità di un atto priverebbe il medesimo dei caratteri propri della sovranità statuale, determinando l'impossibilità di ricondurre l'atto tra i fini istituzionali dello Stato, è stata autorevolmente sostenuta in dottrina. Cfr. R. HIGGINS, "The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: the United Kingdom", in B. CONFORTI e F. FRANCIONI (a cura di), E*nforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, p. 37 e ss. In particolare a p. 53 si legge: «Acts in the exercise of sovereign authority (*acta iure imperii*) are those which can only be performed by states, but not by private persons. Property deprivation might fall on this category, torture would not». La tesi è stata, inoltre, avanzata anche in giurisprudenza, seppur in un caso riguardante non l'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile di un altro Stato, bensì l'immunità di un ex Capo di Stato, nella sentenza della Camera dei Lords del 25 novembre 1998 nel caso *Pinochet*. In particolare Lord Nicholls of Birkenhead, ma nei medesimi termini si è espresso anche Lord Steyn, ha sostenuto che atti quali la tortura o la presa d'ostaggi «cannot be regarded by international law as a function of a head of State». Tuttavia la pronuncia è dotata di un valore relativo per due ordini di ragioni: *in primis*, la sentenza è stata successivamente annullata dalla stessa Camera dei Lords e la nuova pronuncia adottata dal medesimo organo giudicante il 24 marzo 1999 ha utilizzato argomentazioni differenti per negare l'immunità (cfr. sul punto il capitolo IV, §4.2); *in secundis*, la possibilità di estendere le considerazioni contenute nella sentenza del 25 novembre 1998 ai casi di immunità dello Stato dalla giurisdizione civile è controversa e comporta conclusioni diverse a seconda che si accolga o meno la tesi che ritiene dotate della *eadem ratio* le norme relative all'immunità degli Stati, degli ex Capi di Stato e degli altri organi statuali. Su quest'ultimo punto, si esprime a favore dell'identità di *ratio* A. BIANCHI, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 237 e ss., spec. pp. 262-266.

[316] La Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo è stata approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 10 dicembre 1948, n. 217. L'art. 8 di tale Dichiarazione prevede: «Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

Infine, l'ultima argomentazione concerneva la preclusione dell'automatica trasposizione, in genere operata dall'art. 10 c. 1 Cost., di una norma di diritto internazionale consuetudinario che si ponesse in contrasto con i principi supremi della Costituzione italiana. Nel caso di specie, infatti, la norma internazionale sull'immunità sarebbe stata in antitesi con i diritti fondamentali dell'individuo costituzionalmente garantiti.

Gli Stati Uniti proponevano, poi, a loro volta regolamento preventivo di giurisdizione[317].

In particolare, gli Stati Uniti affermavano, anzitutto, la riscontrabilità del difetto assoluto di giurisdizione, in considerazione del fatto che la domanda presentata dalla Filt-Cigl e altri aveva ad oggetto attività *iure imperii,* svolte nell'esercizio di un potere pubblicistico derivante da trattati internazionali, cui non poteva essere contrapposto alcun diritto individuale; e, in secondo luogo, per eccepire, a loro volta, il difetto di giurisdizione, utilizzavano le stesse motivazioni addotte dalle amministrazioni dello Stato italiano.

La decisione della Corte di Cassazione che, anticipiamo, ha riconosciuto il contestato difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria italiana[318], si è articolata in diversi passaggi, seguendo l'ordine logico delle argomentazioni presentate dalla Filt.

La Corte ha, anzitutto, riconosciuto che, in forza dell'art. 10 c. 1 Cost., trova applicazione nell'ordinamento italiano la norma consuetudinaria che sancisce l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato estero, secondo quanto espresso dal noto brocardo latino *par in parem non habet iurisdictionem*.

In base a tale precetto non viene esclusa qualsiasi tutela giudiziaria nei confronti dello Stato straniero, ma soltanto la preclusione per lo Stato del foro, diverso da quello convenuto in giudizio, di conoscere della domanda promossa nei confronti dello Stato estero convenuto.

Pertanto, nell'ordinamento italiano, l'applicazione della norma consuetudinaria comporta non l'improponibilità nel merito della domanda, ma il difetto di giurisdizione del giudice italiano sulle domande promosse nei confronti di uno Stato straniero.

Di conseguenza, la Corte ha asserito di dover previamente vagliare i profili procedurali della questione posta, ovvero se dovesse essere o meno riconosciuta l'immunità agli Stati

[317] Il regolamento di giurisdizione veniva proposto con ricorso notificato il 3 giugno del 1999.

Uniti dalla giurisdizione dello Stato italiano, in quanto per conoscere dell'improponibilità della domanda per difetto assoluto di giurisdizione occorreva anzitutto accertare la giurisdizione del giudice adito: qualora si fosse riscontrato il difetto di giurisdizione, non sarebbe stato possibile per le autorità giudiziarie pronunciarsi nel merito del giudizio[319].

In secondo luogo, la Corte ha preso in considerazione i limiti della regola immunitaria, ricostruendo la nozione di *acta iure imperii* e valutando l'eventuale riconducibilità all'interno della sfera di tali atti delle attività oggetto della controversia.

Se, infatti, le parti della causa concordavano sul fatto che la questione nel caso di specie dovesse essere risolta sulla base del criterio dell'immunità relativa, non condividevano, invece, quale dovesse essere l'estensione della categoria degli *acta iure imperii*.

Conformemente ad un costante orientamento delle stesse Sezioni Unite[320], la Cassazione ha ritenuto che:

> «[…] l'attività di addestramento alla guerra delle proprie forze armate in funzione difensiva realizza un fine pubblico essenziale ed indefettibile dello Stato: la difesa della propria sovranità e della propria integrità territoriale anche con la forza. Dunque, un'attività indefettibilmente ed ontologicamente *jure imperii* […]»[321].

---

[319] Cfr. § 3 della sentenza in esame.

[320] Cfr. a riguardo Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 2 marzo 1964, n. 1467; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 13 maggio 1963, n. 1178; Corte di Cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 17 ottobre 1955, n. 3223. In tali sentenze, ove la Corte ha dovuto statuire sull'applicazione della regola dell'immunità per uno Stato estero prevista nelle Convenzioni NATO, è stato asserito che l'attività militare svolta dagli organi della NATO sul territorio italiano: è attuata con lo scopo di tutelare la sovranità degli Stati parte del Patto; ha natura *iure imperii*; comporta il difetto di giurisdizione delle autorità giudiziarie italiane qualora venga promosso un giudizio nel quale è convenuto uno Stato estero. Si veda anche la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 28 ottobre, n. 3160 che, nel pronunciarsi su controversie relative a rapporti di lavoro tra cittadini italiani e strutture NATO in Italia – e, peraltro, riconoscendo in questo caso la giurisdizione del giudice italiano – ha asserito che, per stabilire la sussistenza o meno della giurisdizione dello Stato del foro, occorre valutare la natura privatistica o pubblicistica del rapporto dedotto in giudizio. Solo nel caso in cui il rapporto abbia natura pubblicistica, in quanto preordinato al raggiungimento da parte dello Stato estero dei propri fini istituzionali e, perciò, all'esplicazione della sua sovranità, sarà possibile escludere la giurisdizione dello Stato del foro.

[321] Cfr. § 6 della sentenza in esame. Rilevante, in particolare, sul punto appare il richiamato art. 3 del trattato NATO. È evidente, infatti, che nell'ottica della Cassazione le attività oggetto della sentenza fossero state compiute specificamente, oltre che nell'interesse di tutti i Paesi NATO, nell'interesse statunitense ed italiano, per tutelare la sovranità di tali Stati in attuazione della Convenzione. In senso conforme si è espresso Simone, il quale ha affermato che la qualificazione come *acta iure imperii* dell'attività di addestramento per finalità difensiva bellica condotta per mezzo di aerei militari operanti nel contesto NATO operata dalla Corte nella pronuncia è stata senza dubbio opportuna. Cfr. P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", cit., p.

Ciò premesso, la Cassazione si esprimeva sull'eventuale incidenza che la violazione dei diritti umani fondamentali ha sulla qualificazione della natura degli atti, escludendola[322]. In particolare, secondo le parole della Corte, si deve escludere che:

> «[…] la caratteristica della pericolosità per l'uomo di un'attività possa assumere valore e portata discriminatoria in ordine alla sua riconducibilità alla sfera del diritto pubblico, ed alla sua idoneità alla realizzazione dei fini istituzionali dello Stato. Vale a dire che quel dato consente soltanto di affermare che si tratta di un'attività sovrana potenzialmente pericolosa per l'incolumità e la salute, ed introduce il distinto e diverso problema dei limiti e delle modalità del suo concreto esercizio[323]; ma non consente affatto di escludere che si tratti di un'attività sovrana […]»[324].

Per rafforzare la sua posizione la Corte aggiunge, inoltre, che:

> «[…] ai fini dell'applicazione della regola dell'immunità ristretta, rileva esclusivamente la natura oggettiva dell'attività, del rapporto e della funzione dello Stato estero dedotta in giudizio, ossia l'essere stata posta in essere nell'esercizio

748. Dello stesso avviso, P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., p. 188.

[322] La statuizione della Corte secondo cui parametri esterni, come l'idoneità ad incidere sui diritti fondamentali dell'uomo, non influenzano la qualifica di un'attività statale come *iure imperii* o *iure gestionis* è stata condivisa da Bargiacchi. In particolare, secondo l'Autore, se nella qualificazione degli atti non si tenesse esclusivamente conto delle caratteristiche intrinseche dell'attività «si ricadrebbe […] nello stesso errore logico di chi subordina l'esistenza nell'ordinamento internazionale di uno Stato alla attuazione, e al persistere, di un comportamento esterno (il riconoscimento), rimesso alla discrezionalità di un soggetto terzo (la Comunità internazionale), piuttosto che alla sussistenza intrinseca nel soggetto stesso dei requisiti necessari ad affermarsi effettivamente nella struttura giuridica (il governo e il popolo)». Si veda, P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., p. 188.

[323] Simone sottolinea, concordando con la Cassazione, che il problema dei limiti e delle modalità di esercizio concreto di un'attività sovrana caratterizzata da elementi di pericolosità non deve essere sminuito, ma che costituisce un problema diverso rispetto a quello su cui la Corte doveva statuire nel caso di specie. In questo senso si veda P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", cit., p. 747.

[324] Si veda, ancora, il § 6 della sentenza in esame.

ed in attuazione dei poteri sovrani, e non assumono valore alcuno i suoi effetti ed i soggetti che ne sono destinatari […]»[325].

Pertanto la Corte concludeva che non fosse possibile rinvenire la sussistenza di un limite all'immunità dalla giurisdizione per uno Stato estero in relazione alle attività di addestramento alla guerra da esso perpetrate nello Stato del foro, nemmeno qualora tali attività avessero leso o posto in pericolo il diritto alla vita, all'incolumità personale e alla salute degli individui.

La Corte riconosceva l'indubbia esistenza di una deroga al principio dell'immunità dello Stato estero, deroga, tuttavia, circoscritta meramente alle attività *iure privatorum*[326].

A conferma di quanto asserito, la Corte richiamava il diritto internazionale pattizio[327], ed in particolare la Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato del Nord Atlantico sullo Statuto delle forze armate NATO del 1951[328].

Anche all'interno di tale Convenzione, infatti, viene espressamente esclusa[329] la giurisdizione dello Stato ospitante in relazione alle domande riguardanti attività *iure imperii*

---

[325] Ancora § 6 della sentenza in esame. La Corte a sostegno di quanto asserito richiamava anche le sentenze della Cassazione, Sezioni Unite, del 6 giugno 1974, n. 1653 e del 20 aprile 1998, n. 4017, all'interno delle quali veniva evidenziata l'irrilevanza per la qualificazione di un'attività, come *iure imperii* o *iure privatorum*, del diritto o dei beni strumentali attraverso i quali l'attività viene esplicata, in quanto l'unico criterio di distinzione è il carattere dell'attività stessa. Si veda, inoltre, in senso conforme la sentenza della Cassazione, 25 novembre del 1971, n. 3441.

[326] Cfr. § 7 della sentenza in esame. Si noti come la sentenza della Corte di Cassazione è stata, ai tempi della pronuncia, accolta favorevolmente in dottrina. Si veda sul punto Simone il quale ha asserito: « […] riteniamo, a una più attenta lettura, che il Supremo Collegio abbia giustamente risolto la fattispecie sottoposta alla sua attenzione, applicando, a conferma tra l'altro della giurisdizione ormai consolidata, le norme di diritto internazionale generale sul trattamento degli Stati stranieri e sulle immunità di questi ultimi dalla giurisdizione dello Stato territoriale, che fanno ritenere esistente tale immunità per quanto riguarda gli atti sovrani o pubblici, escludendola invece per quanto riguarda gli atti privati». Cfr. P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", cit., p. 747.

[327] Nondimeno la Corte ricordava, poco dopo, che le norme pattizie delle Convenzioni richiamate costituiscono nient'altro che la codificazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario. Cfr. § 7 della sentenza in esame.

[328] Convenzione di Londra del 1951, la c.d. NATO-SOFA (*Status of Force Agreement*), ratificata e resa esecutiva in Italia con legge del 30 novembre 1955, n. 1335, in G.U. 10 gennaio, 1956, n. 17. Si noti, peraltro, che il 19 marzo del 2004 è stata adottata dal Presidente del Consiglio dei Ministri una direttiva inerente all'individuazione dei criteri relativi all'azione amministrativa nei confronti delle contestazioni, inerenti l'applicazione della convenzione (NATO-SOFA) fra gli Stati partecipanti al Trattato Nord Atlantico sullo statuto delle loro Forze armate, pubblicata in G.U. il 17 maggio 2004, n. 114.

[329] Cfr. art. VIII della Convenzione: «1. Ciascuna Parte contraente rinuncia a qualsiasi richiesta d'indennità nei confronti di un'altra Parte contraente per danni causati ai beni dello Stato, utilizzati dalle sue forze armate di terra, di mare e dell'aria:

connesse con l'esercizio da parte degli organi del Patto Atlantico dei propri compiti, compiti tra cui rientra l'attività di addestramento militare. Gli effetti o le conseguenze derivanti dagli *acta iure imperii*, anche qualora ledano o siano idonei a mettere in pericolo l'incolumità delle persone, non limitano in alcun modo la regola sull'immunità. È, invece, riconosciuta all'interno del trattato la giurisdizione dello Stato ospitante in relazione ad attività *iure gestionis* dello Stato estero[330].

Inoltre la Cassazione affermava che non potesse essere rilevato un limite fondato sui diritti umani fondamentali al principio dell'immunità nemmeno prendendo in considerazione quanto disposto dall'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo.

Anzitutto la Corte ricordava che la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo non si rivolge agli individui, bensì agli Stati.

Secondariamente evidenziava, distaccandosi da un orientamento precedente, come tale Dichiarazione non sia dotata di un valore precettivo immediato.

In passato, infatti, la Corte di Cassazione con sentenza del 1967[331] aveva, al contrario, affermato che, in virtù dell'art. 10 c. 1 Cost., la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo avesse valore di fonte di norme internazionali generali e fosse come tale operante nel nostro ordinamento. Tale soluzione, tuttavia, non riscuoteva ampi apprezzamenti in dottrina[332]. L'opinione prevalente era nel senso di ritenere che le *dichiarazioni di principi* (fra le quali si inquadrava anche la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo) non abbiano un carattere vincolante per gli Stati, ma piuttosto meramente esortativo.

(i) se il danno è causato da un membro delle forze armate dell'altra Parte con- traente, o da un dipendente di quest'ultima, nell'esercizio delle sue funzioni nell'ambito del Trattato dell'Atlantico del Nord;

o (ii) se e causato da un veicolo, nave o aeronave di una Parte contraente ed utilizzato dalle forze armate di quest'ultima, sempre che il veicolo, nave o aeronave causa del danno sia stato utilizzato per azioni intraprese nel quadro delle operazioni del Trattato dell'Atlantico del Nord, o che il danno sia stato causato a beni utilizzati nelle stesse condizioni […]».

Su tale articolo si veda P. PAONE, "Su l'art. VIII della Convenzione di Londra fra gli Stati membri della NATO, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 223 e ss. Inoltre l'art. IX stabilisce: «1. I membri di una forza armata o di un elemento civile nonché le persone a loro ca- rico possono procurasi in loco le merci necessarie per il loro consumo ed i servizi di cui necessitano alle stesse condizioni di quelle dei cittadini dello Stato ricevente […]».

330 Cfr. sul punto Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza del 13 maggio 1963, n. 1178 e Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza del 2 marzo 1964, n. 467.

331 Ci si riferisce alla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 31 luglio 1967, n. 2035.

332 È, peraltro, opportuno in questa sede ricordare che, ad oggi, la questione relativa alla possibilità di riconoscere o meno un effetto vincolante alle risoluzioni dell'Assemblea generale della Nazioni Unite è discussa in dottrina, nonostante l'orientamento maggioritario sia rivolto ad escludere che possano produrre «binding effect». Sul punto cfr. per tutti: B. SLOAN, *United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World*, Transnational Publishers imprint, New York, 1991.

Le Sezioni Unite, nella sentenza *Cermis*, dimostravano, dunque, di aderire al corso dottrinale maggioritario, discostandosi dal proprio precedente e sposando la tesi secondo cui le *dichiarazioni* possono rappresentare prova del diritto internazionale consuetudinario o contribuire alla formazione di tale diritto, ma non costituire di per sé fonte del diritto internazionale generale[333].

Tuttavia, anche volendo tralasciare gli aspetti testé menzionati, la Corte ricordava come l'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo non attenga ai rapporti tra individuo e Stato estero, come nel caso oggetto della controversia, ma solo ed esclusivamente ai rapporti tra individuo e lo Stato di cui l'individuo stesso avesse la cittadinanza[334]. Perciò, anche qualora, si fosse ammesso il valore precettivo immediato della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo, essa non avrebbe potuto essere invocata nel caso di specie, in quanto volta a tutelare rapporti differenti rispetto a quelli sottoposti al giudizio della Corte.

Infine, diversamente da quanto asserito dalla Filt-Cgil-Trento, la Cassazione stabiliva che la norma consuetudinaria in materia di immunità fosse stata stata recepita *in toto* nell'ordinamento italiano ed operasse senza alcuna preclusione[335].

La Corte accoglieva, infatti, espressamente l'orientamento inaugurato dalla Consulta con la sentenza n. 48 del 1979[336]: la regola immunitaria doveva ritenersi già presente

---

333 Tra i commenti alla sentenza oggetto del nostro esame, Simone sottolinea la correttezza dell'orientamento adottato dalla Corte rispetto al valore da attribuire alla dichiarazione. Cfr. P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", cit., p. 749.

334 Cfr. sul punto § 7 della sentenza in esame.

335 Cfr. § 8 della sentenza in esame.

336 La nota sentenza della Corte costituzionale italiana del 12 giugno 1979, n. 48 riguardava la compatibilità tra la norma consuetudinaria che detta l'immunità degli agenti diplomatici dalla giurisdizione civile con, in particolare, l'art. 24 della Cost. La Consulta ha in tale pronuncia distinto tra norme consuetudinarie anteriori alla data di entrata in vigore della Costituzione e norme consuetudinarie posteriori. Le prime sarebbero oggetto di recepimento all'interno dell'ordinamento italiano, in forza dell'art. 10 c. 1 Cost., senza la possibilità di limitare la loro immissione nel caso contrastino con i principi supremi della Carta Costituzionale. Le seconde, invece, non potrebbero essere recepite qualora si ponessero in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione: l'adeguamento al diritto internazionale non può, infatti, mai consentire che i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale siano violati. L'orientamento adottato dalla sentenza è stato fortemente criticato in dottrina. Taluni autori hanno, infatti, ritenuto che la distinzione temporale operata dalla Corte fosse incompatibile con il carattere rigido della Costituzione e, pertanto, il recepimento di tutte le norme internazionali consuetudinarie, *ante* o *post* Costituzione, avrebbe dovuto essere soggetto al limite dei principi supremi. Si veda, in tal senso, L. CONDORELLI, "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979, p. 455 e ss. In una recente sentenza, la Corte costituzionale ha affermato l'irrilevanza del criterio temporale, sostenendo, in particolare, che tutte le norme consuetudinarie – compresa quella sull'immunità specifico oggetto del giudizio – non entrano all'interno dell'ordinamento italiano qualora si pongano in contrasto con i principi supremi di quest'ultimo. con Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014, n. 378.

all'interno dell'ordinamento internazionale alla data di entrata in vigore della Costituzione italiana e, di conseguenza, automaticamente inserita nell'ordinamento italiano senza alcun limite.

Nel caso di specie non si riteneva possibile riscontrare un'eventuale incompatibilità tra la norma consuetudinaria e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale, tra cui indubbiamente rientrava la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, in ragione del fatto che il problema della coerenza tra la norma richiamata ed i principi supremi della Costituzione si poneva soltanto per quelle norme consuetudinarie formatesi successivamente alla data di entrata in vigore della Costituzione stessa: nel caso di contrasto con i suddetti principi, la norma consuetudinaria non sarebbe stata immessa nell'ordinamento italiano[337].

Avendo, così, la Corte negato la giurisdizione del giudice italiano, riteneva altresì, di conseguenza, precluso l'esame della questione di merito.

Nonostante l'indubbia linearità dell'*iter* argomentativo della Cassazione, è stato, tuttavia, fin da subito, criticato in dottrina un aspetto della pronuncia.

Se, infatti, non si può non concordare sul fatto che, nella qualificazione di un'attività statale come *iure imperii* o *iure privatorum*, «non incidano parametri esterni diversi dalla natura oggettiva dell'attività, del rapporto e della funzione dello Stato estero dedotta in giudizio», e, di conseguenza, non rilevi l'eventuale idoneità dell'attività dello Stato ad intaccare la vita, l'incolumità personale e la salute degli individui, si deve altresì ammettere che il ragionamento seguito dalla Corte lasci il lettore con un interrogativo di fondo.

L'oggettivo carattere privatistico o pubblicistico di un atto statale prescinde dalla eventuale e contemporanea incidenza dell'atto stesso sui diritti fondamentali dell'individuo, e, pertanto, quest'ultimo aspetto non potrà avere alcuna ricaduta in ordine alla qualificazione dell'atto stesso; ciò nonostante, se si esclude che la violazione, o potenziale lesione, dei diritti fondamentali possa essere annoverata tra i criteri che identificano un'attività come *iure imperii*, occorre domandarsi se tale violazione non possa svolgere una diversa funzione nell'ambito

[337] Simone sottolinea, ancora una volta, la correttezza dell'analisi condotta dalla Cassazione, precisando, tuttavia, come la *distinctio* fondata sul criterio cronologico possa costituire un ostacolo per l'interprete, in considerazione delle difficoltà riscontrabili nell'individuare con precisione il momento in cui la norma di diritto internazionale consuetudinario si è formata. P. SIMONE, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", cit., p. 749.

della materia immunitaria, ovvero se possa costituire un'ulteriore deroga all'esenzione di cui uno Stato estero gode di norma dalla cognizione dello Stato del foro. Nel caso in cui, poi, la risposta fosse affermativa, occorrerebbe identificare l'ambito di operatività della deroga[338].

Il pensiero critico esposto in dottrina, immediatamente dopo la pronuncia della Cassazione, evidenziava, quindi, come il problema della collisione tra norme consuetudinarie e norme a protezione dei diritti fondamentali dell'individuo andasse ben al di là della semplice distinzione propugnata dalla tesi dell'immunità ristretta.

Se l'incidenza sui diritti umani fondamentali non assumeva un ruolo in ordine ad una valutazione dell'attività fondata su aspetti di natura meramente oggettiva, tuttavia, apriva dei profili ulteriori che, non potevano non essere oggetto di un'approfondita indagine.

Peraltro, tale impostazione non è stata del tutto ignorata dalla Cassazione.

Se, infatti, la Corte non si è posta espressamente il problema in termini generici – ovvero non si è domandata se fosse individuabile una deroga, fondata sulla violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, alla consueta immunità riconosciuta ad uno Stato estero di fronte allo Stato del foro in caso di *acta iure imperii* – ha comunque affrontato la questione in termini circoscritti.

In particolare, la Cassazione ha escluso che la regola dell'immunità potesse trovare limitazioni «in ordine all'attività di addestramento alla guerra, neppure in connessione ed in presenza di suoi effetti e conseguenze atti a ledere o porre in pericolo l'incolumità degli individui», e a fondamento della sua affermazioni richiamava quanto statuito nella Convenzione tra gli Stati partecipanti al Trattato del Nord Atlantico sullo statuto delle forze armate della NATO del 1951, peraltro ritenuta codificazione del diritto internazionale consuetudinario. Tale Convenzione, come già, ricordato ammette una deroga all'immunità soltanto nell'ipotesi di *acta iure privatorum*.

La Corte escludeva, quindi, nel caso di specie, seppur come abbiamo sottolineato non in termini generici, con specifico riferimento alle attività di addestramento alla guerra e alla idoneità a ledere vita, incolumità personale, e salute, la possibilità di riscontrare ulteriori limitazioni all'immunità.

[338] In tal senso si è espresso P. BARGIACCHI, "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," cit., pp. 188-190.

Ecco, allora, che il problema tra le due categorie di norme oggetto del nostro studio inizia a profilarsi in termini più ampi e, ancora una volta, diversi: è possibile riscontrare una eccezione *ad hoc* all'immunità per gli *acta iure imperii* commessi da uno Stato nel caso tali atti violino i diritti umani fondamentali?

Per rispondere a tale quesito occorre procedere nella nostra indagine, con – perlomeno al momento – la sola consapevolezza che qualora l'interprete si limiti ad applicare la tesi dell'immunità ristretta *stricto sensu*, la tutela dei diritti umani fondamentali potrà essere garantita solo ed esclusivamente nel rispetto della regola immunitaria: lo Stato estero autore di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo potrà, infatti, essere convenuto di fronte alle autorità giurisdizionali dello Stato di cui le vittime delle violazioni hanno la cittadinanza solo qualora tali violazioni siano state commesse tramite *acta iure privatorum*.

3.2 La teoria della rinuncia implicita

La seconda tesi che utilizza un'eccezione consolidata in materia immunitaria per addivenire ad una soluzione del conflitto tra norme sull'immunità e norme a tutela dei diritti umani fondamentali si fonda sulla pretesa rinuncia implicita da parte di uno Stato ad avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese estero.

In particolare, la rinuncia – oltre ad essere pacificamente riconosciuta fin dai tempi della formazione della regola immunitaria nell'ambito dell'ordinamento internazionale – è stata inserita come eccezione all'immunità sia all'interno delle legislazioni nazionali sia nelle convenzioni internazionali dedicate alla materia immunitaria. A riguardo è opportuno ricordare che parte della dottrina ritiene che le norme previste da tali strumenti altro non siano che la codificazione del diritto internazionale consuetudinario[339]. Pertanto, le osservazioni relative alla rinuncia all'immunità dettata dalle leggi nazionali e dai trattati

[339] *Contra* Luzzatto, il quale ritiene, con specifico riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità degli Stati e dei loro beni del 2004, che le norme previste dal Trattato non riflettano lo status del diritto internazionale consuetudinario in materia immunitaria, «se non a un livello alquanto elevato di astrazione». Così R. LUZZATTO, "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", cit., p. 10.

internazionali potrebbero, accogliendo tale orientamento dottrinale, essere estese al di là del circoscritto ambito di codificazione dell'eccezione[340].

Come vedremo, secondo quanto asserito da dottrina e giurisprudenza, sarebbe possibile sostenere che nel caso in cui uno Stato ponga in essere delle violazioni di norme imperative del diritto internazionale, esso rinunci implicitamente ad avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese estero[341].

Tuttavia si avrà modo di sottolineare che tale teoria non è esente da critiche, che si ritengono difficilmente superabili.

La tesi è stata sviluppata dalla giurisprudenza[342], seppur – di fatto – sia stata, nella maggior parte dei casi, rigettata dalle corti stesse, e dalla letteratura soprattutto nordamericana, nel tentativo di ricondurre la deroga all'immunità nell'apposita eccezione prevista dal *FSIA* al § 1605 (a) (1) che, come noto, prevede che uno Stato straniero non possa andare esente dalla giurisdizione delle corti statunitensi qualora abbia esplicitamente o implicitamente rinunciato all'immunità[343].

---

[340] In questo senso si è espressa, ad esempio, De Vittor, seppur riferendosi esclusivamente alle opinioni della dottrina sul *Foreign Sovereign Immunities Act* del 1976. L'Autrice, infatti, ha sostenuto: «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». Si veda F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 576.

[341] Per una puntuale ricostruzione della teoria si veda, in particolare, il contributo di: T. A. JOHNSON, "A Violation of *Jus Cogens* Norms as an Implicit Waiver of Immunity under the *Federal Sovereign Immunities Act*", in *Maryland Journal of International Law & Trade*, 1995, p. 259 e ss. Cfr. anche: A. BIANCHI, "Overcoming the Hurdle of State Immunity in the Domestic Enforcement of International Human Rights", in B. CONFORTI, F. FRANCIONI (edited by), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Brill-Nijhoff, The Hague-Boston-London, p. 405 e ss., spec. p. 422 e ss.; J. B. BERGEN, "*Princz v. The Federal Republic of Germany*: Why the Court Should Find that Violating *Jus Cogens* Norms Constitutes an Implied Waiver of Sovereign Immunity", in *Connecticut Journal of International Law*, 1999, p. 169 e ss.; L. MCGREGOR, "State Immunity and *Jus Cogens*", in *International and Comparative Law Quaterly*, 2006, p. 437 e ss.; J. J. PAUST, "Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the *FSIA*" *Houston Journal of International Law*, 1985, p. 49 e ss.; S. RICHMAN, "Can the *FSIA* grant immunity for violation of *jus cogens* norms?", in *Brooke Journal of International Law*, 1993, p. 967 e ss. Anche la dottrina italiana ha riconosciuto che spesso i giudici interni utilizzano come *escamotage* per esercitare la giurisdizione civile nei confronti di uno Stato straniero la (presunta) rinuncia implicita. Cfr. L. RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Giuffré, Milano, 1992, pp. 198-199.

[342] In generale sulla tendenza della giurisprudenza nordamericana ad esercitare la propria giurisdizione civile nei confronti di Stati esteri, anche per *acta iure imperii*, qualora questi ultimi abbiano posto in essere gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, si veda: C. H. SCHREUER, *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius Publication, Cambridge, 1998, pp. 57-61.

[343] Si rinvia a quanto già esposto nel capitolo I, § 1.3.

In particolare, la teoria in questione venne per la prima volta avanzata in sede di commento alla sentenza della Corte suprema americana del 1989 nella controversia *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*[344].

La pronuncia ha avuto origine dai danni cagionati dall'aviazione argentina ad una petroliera liberiana durante la navigazione di quest'ultima in acque internazionali, vicino alla zona di guerra delle isole Falkland-Malvinas.

A fronte degli infruttuosi tentativi, tanto giurisdizionali quanto diplomatici, volti ad ottenere un risarcimento dei danni dall'Argentina (danni valutati nell'ordine di dodici milioni di dollari statunitensi), le società liberiane Amerada Hess e United Carriers, rispettivamente noleggiatrice e proprietaria della petroliera danneggiata, convenivano in giudizio l'Argentina di fronte alla *District Court of Souther District of New York*, distretto ove era stato concluso il contratto di noleggio.

Con sentenza del 5 maggio del 1986, la *District Court*[345] dichiarava l'irricevibilità della domanda sulla base del *FSIA*.

Tuttavia, la *Court of Appeals*[346], nella sentenza dell'11 settembre 1987, in riforma del giudizio di primo grado, riteneva sussistere la giurisdizione statunitense, considerato che, al

---

[344] *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989). Per un commento alla sentenza si veda: A. BIANCHI, "Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 546 e ss.; J. J. CAMPISANO, "*Foreign Sovereign Immunities Act* is Exclusive Basis for Exercising Subject matter Jurisdiction in Suits Against Foreign States: *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*", in *Tulane Maritime Law Journal*, 1989, p. 327 e ss.; C. JANNEY, "Obtaining Jurisdiction over Foreign Sovereigns*: The Alien Tort Statute* Meets *the Foreign Sovereign Immunities Act*. *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corporation*", in *Harvard International Law Journal*, 1990, p. 368 e ss.; C. M. VAZQUEZ, "*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*", in *American Journal of International Law*, 1989, p. 565 e ss.

[345] *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*, 638 F. Supp. 73 (S.D.N.Y. 1986). La sentenza è stata analizzata da: J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, spec. p. 48 e ss.; B. STEPHENS; J. CHOMSKY, J. GREEN, P. HOFFMAN, M. RATNER, *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008, spec. p. 90 e ss.; L. B. SOHN, J. E. NOYES, E. FRANCKX, K. G. JURAS, *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2014, p. 85 e ss.

[346] *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic* 830 F.2d 421 (2th Cir. 1987). Per un commento alla sentenza si veda: F. L. KIRGIS JR., "Alien Tort Claims, Sovereign Immunities and International Law", in *American Journal of International Law*, 1988, p. 323 e ss.; J. MORRISON-SINCLAIR, "Foreign Sovereign Immunity After *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*: Did It Go Down with the *Hercules*?", in *Fordham International Law Journal*, 1987, p. 660 e ss.; K. E. STITCHER, "*Amerada Hess* and Foreign Sovereign Immunity: The Conflict Between the *Foreign Sovereign Immunities Act* and the *Alien Tort Claims Act* in Establishing Jurisdiction Over the Extraterritorial Torts of Foreign States", in *Stanford Journal of International Law*, 1988, p. 585 e ss.; T. M. O'TOOLE, "*Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*: An Alien Tort Statute Exception to Foreign Sovereign Immunity", in *Minnesota Law Review*, 1988, p. 829 e ss.; W. F. WEBSTER, "*Amerada Hess*

caso di specie, avrebbe dovuto essere applicato non il *FSIA*, bensì l'*Alien Tort Claims Act*[347], in quanto unico atto sulla base del quale valutare l'eventuale sussistenza della giurisdizione statunitense a fronte di violazioni del diritto internazionale[348], e ciò nonostante l'Argentina

Shipping Corp. v. Argentine Republic: Denying Sovereign Immunity to Violators of International Law", in *Hastings Law Journal*, 1988, p. 1109 e ss.; D. L. ZIMIC, "Foreign Sovereign Immunity – Exceptions to Foreign Sovereign Immunity – *The Foreign Sovereign Immunities Act* Does Not Prohibit Invocation of the Alien Tort Claims Act to Exercise Federal Court Jurisdiction Over a Foreign Nation's Non-Commercial Tort in Violation of International Law", in *Virginia Journal of International Law*, 1987, p. 221 e ss..

[347] Si rinvia, ancora, a quanto già esposto nel capitolo I, § 1.3.

[348] In particolare, secondo la Corte, l'Argentina aveva perpetrato gravi violazioni del diritto internazionale, con riferimento al divieto dell'uso della forza e alle norme del diritto di neutralità e sulla libera navigazione in alto mare. La Corte affermava che: «sovereigns are not immune from suit for their violations of international law […] International law currently denies immunity for violations of international law is not surprising, when one consideers that international law consists primarly of rules guiding the conduct of nations. If sovereign acts were immunized today from scrutiny under international law, the exception would nearly swallow the rule. For example, the emerging international law prohibition of genocide […] would make little sense […] if sovereign states were not covered by the prohibition […] Sinche the sinkig of a neutral vessel on the high seas without justification violates a substantive principle of international law, no matter who does the sinking, there is no immunity under international law in this case». La Corte sosteneva, dunque, che lo Stato, sulla base di una deroga consuetudinaria al principio dell'immunità giurisdizionale, avesse l'obbligo di negare l'immunità allo Paese straniero colpevole di aver commesso un illecito internazionale. La decisione della *Court of Appeals* seguiva l'orientamento che era stato espresso nella sentenza *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980). Joel Filartiga, cittadino paraguaiano, era uno strenuo oppositore del governo del Presidente del Paraguay Alfredo Stressner, dittatore tra il 1954 e il 1989. La figlia del Filartiga, Dolly, riusciva a fuggire dallo Stato paraguiano, e chiedeva asilo negli Stati Uniti. La controversia sorgeva a seguito della citazione da parte della famiglia Filartiga, davanti alle corti statunitensi, di Norberto Peña-Irala, un alto funzionario della polizia del Paraguay, accusato di aver sequestrato, torturato e ucciso il figlio, appena diciassettenne, di Joel Filartiga, in ragione delle attività politiche di quest'ultimo. Il Filartiga si era rivolto alle corti statunitensi in quanto, nel procedimento penale avviato per i medesimi fatti contro Peña-Irala davanti alle autorità giurisdizionali paraguaiane, l'avvocato della famiglia Filartiga era stato arrestato e minacciato, e del delitto si era assunta la responsabilità un terzo estraneo, sostenendo di aver agito per motivi passionali. La *Court of Appeals* disconosceva l'immunità funzionale al Peña-Irala (il quale era stato, in un primo momento, arrestato durante un viaggio diplomatico negli Stati Uniti e, successivamente, rilasciato per decisione della Corte di I grado), sostenendo che la perpetrazione di atti di tortura non potesse essere considerata parte delle funzioni statali. Ripercorrendo brevemente i principali passaggi argomentativi della sentenza, questa riteneva fondamentale procedere alla corretta interpretazione dell'*Alien Tort Statute* 28 U.S.C. § 1350, secondo cui: «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States». La Corte, dunque, si chiedeva se la tortura, quale espressione di lotta politica e, di conseguenza, dei poteri governativi, potesse considerarsi una violazione della «law of nations»: «In light of the universal condemnation of torture in numerous international agreements, and the renunciation of torture as an instrument of official policy by virtually all of the nations of the world (in principle if not in practice), we find that an act of torture committed by a state official against one held in detention violates established norms of the international law of human rights, and hence the law of nations». La Court of Appeals, inoltre, proseguiva, affermando che: «Having examined the sources from which customary international law is derived the usage of nations, judicial opinions and the works of jurists we conclude that official torture is now prohibited by the law of nations. The prohibition is clear and unambiguous, and admits of no distinction between treatment of aliens and citizens. Accordingly, we must conclude that the *dictum* in *Dreyfus v. von Finck* […] to the effect that "violations of international law do not occur when the aggrieved parties are nationals of the acting state" is clearly out of tune with the current usage and practice of international law». A questo punto, la Corte esaminava i precedenti di common law circa la possibilità di sottoporre a giurisdizione statunitese fatti originatisi al di fuori dei confini nazionali: «It is not extraordinary for a court to adjudicate a tort claim arising outside of its territorial jurisdiction. A state or nation

avesse contestato l'applicazione di tale legge, sostenendo che essa fosse interpretabile esclusivamente alla luce del diritto internazionale vigente all'epoca della sua adozione e, di conseguenza, fosse applicabile esclusivamente agli individui e non agli Stati[349].

La Corte suprema statunitense annullava la sentenza di appello ritenendo, conformemente a quanto asserito dalla *District Court*, che dovesse essere applicato il *FSIA*, in quanto unico fondamento normativo per l'individuazione della giurisdizione delle autorità giudiziarie statunitensi nei confronti di uno Stato estero; di conseguenza, concludeva che i fatti oggetto del suo giudizio non rientrassero in nessuna delle eccezioni all'immunità previste dall'atto legislativo e, pertanto, dovesse essere riconosciuta nei confronti dell'Argentina l'esenzione dalla giurisdizione degli Stati Uniti[350].

Se la dottrina si esprimeva a favore della statuizione della Corte statunitense circa l'applicabilità al caso di specie del *FSIA*, al tempo stesso criticava la pronuncia, sostenendo

---

has a legitimate interest in the orderly resolution of disputes among those within its borders, and where the *lex loci delicti commissi* is applied, it is an expression of comity to give effect to the laws of the state where the wrong occurred». Pur rimarcando l'esiguità dei precedenti, la *Court of Appeals* affermava che anche l'*Alien Tort Claim Act* potesse costituire la base per l'affermazione della giurisdizione: «Although the *Alien Tort Statute* has rarely been the basis for jurisdiction during its long history, in light of the foregoing discussion, there can be little doubt that this action is properly brought in federal court. This is undeniably an action by an alien, for a tort only, committed in violation of the law of nations». In conclusione, dunque, la Corte statuiva che: «Since federal jurisdiction may properly be exercised over the Filartigas' claim, the action must be remanded for further proceedings. Appellee Pena, however, advances several additional points that lie beyond the scope of our holding on jurisdiction». Numerosi i commenti alla sentenza. Si vedano, *ex multis*: W. J. ACEVES, *The Anatomy of Torture. A Documentary History of Filartiga v. Pena-Irala*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007; B. A. BARENBLAT, "Torture as a Violation of the Law of Nations: An Analysis of 28 USC 1350. *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Texas International Law Journal*, 1981, p. 117 e ss.; M. BLUM, R. G. STEINHARDT, "Federal Jurisdiction over International Human Rights Claim: *The Alien Tort Claim Act* after *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 53 e ss.; M. DANAHER, "Torture as a Tort in Violation of International Law: *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Stanford Law Review*, 1981, 353 e ss.; K. MCFARLANE, "Torture as a Violation of the Law of Nations: Interpreting the Alien Tort Statute: *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Brooklyn Journal of International Law,* 1981, p. 413 e ss.; L. A. RICKARD, "*Filartiga v. Pena-Irala*: A New Forum for Violations of International Human Rights", in *American University Law Review*, 1980, p. 807 e ss.; D. RUSK, "Comment on *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, p. 311 e ss.

[349] Opportuno è segnalare che nessuna altra contestazione veniva mossa dall'Argentina agli Stati Uniti, nemmeno rispetto alla terzietà di quest'ultimo Paese rispetto alla controversia.

[350] De Vittor ha evidenziato come si tratti 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, che […] è stata confermata in tutte le pronunce successive, anche con riferimento alla violazione di norme di diritto internazionale imperativo […]». F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 577, nota 7.

che la Corte avrebbe dovuto ritenere riconducibili all'eccezione di cui al § 1605 (a) (1) del *FSIA* gli atti perpetrati dallo Stato argentino, in quanto violativi di norme di *ius cogens*[351].

A fondamento della censura, gli Autori ponevano un ragionamento piuttosto articolato. Secondo quanto da essi sostenuto, il diritto cogente rappresenterebbe un aspetto dell'ordine pubblico internazionale[352]. Per questo motivo, le norme imperative del diritto internazionale dovrebbero ricevere una tutela illimitata, tale da rendere qualsiasi atto contrario ad esse – a prescindere dalla sua natura *iure imperii* o *iure gestionis* – un illecito. L'illecito, anche nel caso venga realizzato tramite un atto *iure imperii*, non potrebbe ricevere la tutela tipicamente prevista per un atto costituente estrinsecazione delle prerogative sovrane di uno Stato, ovvero l'esenzione dalla giurisdizione applicata sulla base della teoria dell'immunità ristretta[353].

Partendo da tale assunto, si dovrebbe concludere che ogni qual volta uno Stato violi una norma imperativa di diritto internazionale, rinunci implicitamente all'immunità di cui godrebbe di fronte ai tribunali di uno Stato straniero. Lo *ius cogens*, infatti, è immediatamente vincolante per gli Stati a prescindere dall'eventuale consenso da essi prestato. Pertanto, così come non è richiesta un'esplicita accettazione affinché uno Stato possa essere vincolato dalle norme imperative del diritto internazionale, anche la rinuncia all'immunità, secondo i sostenitori della teoria in esame, sarebbe da considerarsi implicitamente prestata qualora uno Stato violi norme cogenti[354].

Nell'opinione degli Autori, ricondurre le violazioni di norme di *ius cogens* nell'alveo dell'eccezione relativa alla rinuncia implicita all'immunità prevista dal *FSIA* sarebbe la conseguenza della dottrina dell'incorporazione.

Utilizzando le parole di Belsky, Merva e Roht-Arriaza:

> «the incorporation of international law into U.S. domestic law also suggests that the implied waiver provision should be read to include waivers implied by

[351] Sul punto si veda A. C. BELSKY, M. MERVA, N. ROHT-ARRIAZA, "Implied Waiver Under the *FSIA*: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law", in *California Law Review*, 1989, p. 365 e ss.

[352] Sullo *ius cogens* come ordine pubblico internazionale, si veda: M. PETSCHE, "*Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order", in *Penn State International Law Review,* 2010, p. 233 e ss.

[353] A. C. BELSKY, M. MERVA, N. ROHT-ARRIAZA, "Implied Waiver Under the *FSIA*: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law", cit., p. 377.

[354] *Ibidem,* spec. p. 394. Tale ragionamento consentiva agli Autori di giustificare il loro assunto rispetto alla precedente giurisprudenza, la quale aveva sempre affermato che la rinuncia all'immunità dovesse essere chiaramente manifestata. Si veda, per tutte, *Frolova c. U.S.S.R.* 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985).

operation of international law. Under the U.S. Constitution, international law is part of law of the land. The Constitution does not freeze international law to its state of development in 1789; rather as international law evolves over time, so too does U.S. law»[355].

A sostegno della tesi esposta gli Autori ricordavano due pronunce dei tribunali statunitensi, ovvero la sentenza della *District Court of District of Columbia* nel caso *Letelier v. Republic of Chile*[356], e la sentenza della *Court of Appeals* per il nono circuito nella vicenda *Liu v.*

---

[355] A. C. BELSKY, M. MERVA, N. ROHT-ARRIAZA, "Implied Waiver Under the *FSIA*: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law", cit., p. 398 e s.

[356] *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980). Si vedano i seguenti commenti alla sentenza: H. D. COLLUMS, "*Letelier* Case: Foreign Sovereign Liability for Acts of Political Assassination", in *Vanderbilt Journal of International Law*, 1980, p. 251 e ss.; A. E. EVANS, "*Letelier v. Republic of Chile*. 488 F. Supp. 665", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 940 e ss.; J. M. HOMESTEIN, "*Letelier v. Republic of Chile*", in *ASILS International Law Journal*, 1981, p. 129 e ss.; J. J. PAUST, "Federal Jurisdiction Over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Sovereign Violatiors of International Law Under the *FSIA* and the Act of State Doctrine", in Virginia Journal of International Law, 1983, p. 193 e ss.; spec. pp. 236-237; E. H. SINGER, "Terrorism, Extradition, and *FSIA* Relief: The *Letelier* Case", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1986, p. 57 e ss.. Nel caso *Letelier v. Republic of Chile*, la controversia era sorta a seguito dell'uccisione sul territorio statunitense, nel 1976, durante un attentato attribuito al Centro Nacional de Intelligencia cileno, di Orlando Letelier, già ambasciatore e Ministro degli esteri del Governo Allende, e Ronni Moffitt, direttore dell'Istituto per le relazioni internazionali di Washington dove Letelier svolgeva attività di ricerca come rifugiato politico. I familiari delle vittime convenivano in giudizio il Cile di fronte ai giudici statunitensi, al fine di ottenere il risarcimento dei danni. Tuttavia, lo Stato cileno escludeva qualsiasi tipo di coinvolgimento nell'omidicio di Letelier e Moffitt e sosteneva che, anche qualora un coinvolgimento vi fosse stato, non sarebbe comunque stato possibile esercitare la giurisdizione nei suoi confronti in ragione della opponibilità dell'immunità per *acta iure imperii*. In particolare, il Cile osservava come la norma astrattamente applicabile al caso fosse stata prevista per fatti (gli incidenti automobilistici) di natura completamente diversa (privatistica) rispetto a quelli oggetto del giudizio. In secondo luogo sosteneva che, sempre a voler ipoteticamente ammettere di aver preso parte all'omicidio, in virtù della dottrina dell'*Act of State*, le autorità giurisdizionali statunitensi avrebbero dovuto riconoscere al Cile l'esenzione dalla giurisdizione, coprendo tale dottrina, secondo quanto previsto dal *Foreign Sovereign Immunities Act*, tutti gli atti commessi dagli Stati stranieri all'estero. La *District Court of District of Columbia*, con sentenza dell'11 marzo del 1980, negava, respingendo entrambe le argomentazioni cilene, l'esenzione del Cile – rimasto contumace – dalla giurisdizione degli Stati Uniti, sostenendo che l'attentato, posto in essere dagli agenti cileni ed attribuibile al Cile, non poteva essere qualificato come atto sovrano, in quanto contrario sia al diritto interno sia al diritto internazionale («clearly contrary to the precepts of humanity as recognized in both national and international law»). In particolare, la Corte interpretava il § 1605 (a) (5) (A) del *Foreign Sovereign Immunities Act*, là dove è previsto che l'esenzione dalla giurisdizione debba negarsi rispetto a: «any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whethet the discretion be abuded». Secondo il tribunale statunitense: «there is no discretion to commit […] an illegal act», in particolare qualora l'atto sia contrario tanto al diritto internazionale tanto al diritto interno. La *District Court* ricordava, inoltre, come l'azione materiale ed il danno si fossero verificati sul territorio statunitense e che, pertanto, non poteva essere riconosciuta l'immunità, concessa esclusivamente per atti perpetrati all'estero. A tale sentenza, limitata a statuire rispetto alla giurisdizione, ne seguì un'altra, il 5 marzo del 1980, che si pronunciava, invece, sul merito e condannava tanto lo Stato cileno, quanto gli esecutori materiali dell'omicidio al pagamento di circa 4,9 milioni di dollari statunitensi. La decisione della Corte comportava l'instaurazione di una controversia internazionale tra Stati Uniti e Cile, a fronte del rifiuto di quest'ultimo di dare esecuzione alla sentenza, che si

Republic of China[357]. In entrambe le pronunce era stata negata l'esenzione per uno Stato dalla giurisdizione civile statunitense, in quanto gli atti oggetto della controversia, ovvero omicidi

concludeva con la stipulazione di un accordo. Veniva, dunque, abbandonato il campo giurisdizionale a favore della dimensione diplomatica. Lo Stato cileno si rendeva disponibile a pagare ai parenti delle vittime un indennizzo, determinato da una commissione arbitrale, pari a quello che avrebbe dovuto versare se fosse stata accertata la sua responsabilità in sede giudiziale, purché fosse riconosciuta dagli Stati Uniti l'illegittimità della sentenza adottata dalla *District Court*. A fronte della disponibilità degli Stati Uniti ad ottemperare la richiesta cilena, venne, dunque, stipulato a Washington un accordo tra i due Stati l'11 gennaio 1992. L'*Agreement between the United States and Chile with regard to the dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffit* è reperibile al link http://www.state.gov/documents/organization/28531.pdf. Secondo quanto statuito nell'accordo: «1. The Governments of the United States of America and the Republic of Chile agree that a dispute exists between their States concerning responsibility for the deaths of Orlando Letelier and Ronni Moffitt in Washington, D.C. on September 21, 1976. […]

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

4. 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 liability were established, and should be determined by the Commission established by the 1914 Treaty, in accordance with the Compromis which constitutes the annex to this Agreement. […]».

[357] *Liu v. Republic of China*, 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989). Sulla sentenza si vedano i seguenti commenti: D. J. BEDERMAN, "Dead Man's Hand: Reshuffling Foreign Sovereign in U.S. Human Rights Litigation", in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995-1996, p. 255 e ss.; B. E. CHRISTOPHER, "State Responsibility and Noncommercial Torts Under the *Foreign Sovereign Immunities Act*: Searching for the Applicable *Respondeat Superior* Doctrine through *Liu v. Republic of China*", in *Texas International Law Journal*, 1992, p. 137 e ss.; T. LININGER, "Overcoming Immunity Defenses to Human Rights Suits in U.S. Courts", in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 177 e ss.. Il caso *Liu v. Republic of China* aveva origine dall'assassinio, nel 1985, sul territorio americano, del giornalista Henry Liu. L'omicidio era stato compiuto da due cecchini su ordine del direttore del Servizio di difesa della Repubblica cinese, Wong. La moglie di Liu, aveva convenuto in giudizio, di fronte alla *District Court of Northern District of California*, la Repubblica cinese al fine di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalla morte del marito. La District Court rigettava la domanda (*Liu v. Republic of China*, 642 F. Supp. 297 (N.D.Cal.1986)). Secondo la Corte, infatti, la Repubblica cinese non poteva essere giudicata da una corte statunitense, in virtù dell'applicazione della «Act of State doctrine». Nelle parole della Corte: «The Republic of China decisions were "acts of state" because the judgments represented "an exercise of the ROC's jurisdiction to give effect to its public interests in assessing responsibility for the murder"». Inoltre, la Corte evidenziava come il processo statunitense avrebbe necessariamente comportato un'indebita intrusione nella sfera – inaccessibile – degli affari di stato e di politica estera della Cina, affermando che: «the doctrine applied because the intrusive discovery necessary in this case would involve the judiciary in the most sensitive areas of a foreign nation's national security and intelligence affairs». La *Court of Appeals* riformava la decisione di I grado, affermando la sussistenza della giurisdizione statunitense per contrarietà, così come nella sentenza *Letelier v. Republic of Chile*, al diritto internazionale ed interno. In particolare, dopo aver passato in rassegna le eccezioni previste nel *FSIA*, asseriva la giurisdizione sulla base della c.d. *territorial tort exception*, nonché di numerosi precedenti di *common law* che attribuivano alla giurisdizione (nonché al diritto) dello Stato federato in cui si era consumata l'azione, la facoltà di giudicare sulla medesima: «Liu's allegations were sufficient to bring this suit within the tortious activity exception of 28 U.S.C.A. § 1605(a)(5). Liu sued for damages for the wrongful death of her husband which occurred within the United States. Section 1605(a)(5) removes immunity for torts committed either by a foreign state or its agents acting within the scope of their employment. Liu alleged both grounds: 1) that the ROC was involved in the conspiracy to kill Henry Liu; and 2) that Wong acted within the scope of his employment in ordering the assassination […] California is the place where the injury occurred, and under the federal choice of law rule, its law will apply to the merits of

politici perpetrati sul territorio degli Stati Uniti da parte di ufficiali di Stati stranieri chiamati in causa, non rientravano, secondo l'opinione dei giudici, nella sfera degli atti sovrani perché violativi del diritto internazionale ed interno[358].

Con la teoria della rinuncia implicita si è confrontata la giurisprudenza statunitense all'interno di diversi giudizi finalizzati all'ottenimento di un risarcimento per la violazione di diritti umani fondamentali da parte di uno Stato straniero, ad esempio nel caso *Princz v. Federal Republic of Germany*[359]. Esito del giudizio, lo si anticipa, è stata la negazione da parte del collegio

---

the action unless the ROC has a more significant relationship to the tort and the parties. Although the ROC has some connection with the tort and the parties, we cannot say that it has the more significant relationship. California and the ROC have offsetting interests in the parties to this suit: Henry Liu was domiciled in California when he was killed, and the ROC and other ROC nationals are parties to the suit. California, however, has a significant interest in ensuring that its residents are compensated for torts committed against them, and in discouraging the commission of such torts within its borders. We conclude that California's relationship to the tort is at least as significant as the ROC's. […] Consequently, based on the federal choice of law rule, California's law of *respondeat superior* will determine whether Wong's act was within the scope of his employment for purposes of jurisdiction under the *FSIA* and on the merits». Successivamente, la Corte affermava l'applicabilità al caso concreto della dottrina – elaborata dalla *common law* – del *respondat superior* e, conseguentemente statuiva: «Because we conclude that the ROC is liable under *respondeat superior*, we also hold that there is subject matter jurisdiction under the *FSIA*, unless Wong's conduct falls within the discretionary function exception to that act. 28 U.S.C. § 1330(a)». Nell'opinione della Corte nemmeno la dottrina dell' «Act of State» avrebbe comportato necessariamente il venir meno della giurisdizione statunitense: «To hold otherwise would totally emasculate the purpose and effectiveness of the *Foreign Sovereign Immunities Act* by permitting a foreign state to reimpose the so recently supplanted framework of sovereign immunity as defined prior to the Act through the back door, under the guise of the act of state doctrine». Pertanto, la *Court of Appeals* concludeva, asserendo che: «We hold that the act of state doctrine does not automatically bar a suit against a foreign nation when it is alleged that the nation ordered the assassination of an American citizen within the United States. We reverse the district court's decision dismissing the ROC as a party defendant. We hold that the ROC can be liable for Henry Liu's death under California's law of *respondeat superior* and the case is remanded for such further proceedings as may be necessary».

[358] Opportuno è segnalare come il richiamo di questi due casi non sia stato ritenuto un esempio pertinente di applicazione della teoria della rinuncia implicita da parte di uno Stato all'immunità davanti ai tribunali di uno Stato estero. Cfr. sul punto F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 579. L'Autrice evidenzia, infatti, che sia il caso *Letelier* sia la vicenda *Liu* attenevano entrambi a semplici illeciti, non costituenti violazioni di norme di *ius cogens*, perpetrati all'interno del territorio statunitense e, di conseguenza, riconducibili alla «non-commercial tort exception» di cui al § 1605 (a) (5) del *FSIA* ((a)A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case - […] (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign state for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that foreign state while acting within the scope of his office or employment […]). De Vittor rimarca il fatto che le corti statunitensi hanno sì specificato che gli atti oggetto delle controversie non potevano essere qualificati come atti sovrani di uno Stato, ma unicamente per negare l'applicazione del § 1605 (a) (5) (A) (che esclude il diniego dell'immunità con riferimento a "[…] (A) any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused […]) e della dottrina dell'«Act of State».

[359] È bene segnalare fin da ora che la vicenda *Princz* si è conclusa sul piano non giurisdizionale, bensì diplomatico. Dopo la pronuncia della Corte di II grado sono stati, infatti, intavolati dei negoziati tra Stati Uniti

giudicante dell'applicabilità di detta teoria, ritenuta contrastante con lo spirito del *FSIA*. Tuttavia, la validità della tesi è stata riconosciuta da parte del giudice Wald nella sua opinione dissenziente.

Durante il secondo conflitto mondiale, Hugo Princz, cittadino statunitense, era stato rinchiuso in un campo di concentramento tedesco perché ebreo.

Dopo essere sopravvissuto all'olocausto, Princz chiedeva alla Germania il risarcimento dei danni patiti.

Tuttavia, lo Stato tedesco negava il risarcimento, sostenendo non solo che il Prinz non avesse presentato domanda entro i termini stabiliti dalla legge tedesca, ma anche che non rientrasse nemmeno tra le categorie dei possibili beneficiari del risarcimento.

A fronte del rifiuto della Germania a riconoscergli una qualche forma di riparazione, Princz proponeva ricorso di fronte alle corti statunitensi.

La tesi principale del ricorrente si fondava sul fatto che la Germania avesse implicitamente rinunciato alla propria immunità violando lo *ius cogens*. Per questo motivo, si sarebbe dovuta riconoscere la sussistenza della giurisdizione statunitense, rientrando l'ipotesi di rinuncia implicita, come noto, tra le eccezioni dettate dal *FSIA* al § 1605 (a) (1).

La *District Court of District of Columbia*, con sentenza del 1992, riconosceva la giurisdizione statunitense, negando l'immunità alla Germania[360].

Tuttavia, la corte di I grado non accoglieva l'argomento proposto dal ricorrente.

A fondamento della sua statuizione sosteneva, invece, che lo Stato tedesco, avendo posto in essere gravi violazioni dei diritti dell'uomo, si fosse collocato "al di fuori del diritto" e, di conseguenza, non potesse invocare l'immunità prevista di norma dal *FSIA*, di cui, nel caso di specie, veniva, dunque, negata l'applicazione[361].

---

e Germania che sono sfociati nell' *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*, concluso a Bonn il 19 settembre 2005 (reperibile al link: http://www.state.gov/documents/organization/121531.pdf), sulla base del quale la Germania ha pagato 3 milioni di marchi al Governo statunitense affinché tale somma fosse ripartita tra i cittadini statunitensi, vittime dell'olocausto, che non avessero ancora ricevuto una qualche forma di riparazione da parte dello Stato tedesco.

[360] *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, 813 F. Supp. 22 (D.D.C. 1992).

[361] Cfr. la sentenza in esame al § 26: «The German Government showed absolutely no respect for the laws of any other nation. The government extended no rights at all to the plaintiff or any other member of his family. The German Governemnt exterminated five members of a law – abiding American family without due process of law». Pur confrontandosi con la giurisprudenza della Corte suprema già citata nel caso *Argentine Republic c. Amerada Hess Shipping Corp.* (488 U.S. 428 (1989)), la *District Court* superava gli argomenti dell'illustre

A fronte della decisione della *District Court*, la Germania proponeva appello.

Diversamente dal I grado, la *Court of Appeals* riteneva che il *FSIA* dovesse trovare applicazione[362].

Pertanto, l'immunità si sarebbe potuta disconoscere, seguendo la giurisprudenza della Corte Suprema in *Amerada Hess*[363], solo qualora il caso fosse stato inquadrabile all'interno di una delle eccezioni disciplinate dal *FSIA* stesso[364].

Tornava, pertanto, di attualità l'argomentazione sostenuta dal Princz nel I grado di giudizio circa l'avvenuta rinuncia implicita della Germania alla propria immunità a seguito della violazione di norme di *ius cogens*.

---

precedente, attraverso un ragionamento prettamente valoriale finalizzato a mettere in luce la supposta volontà ultima del legislatore: «The Supreme Court did not have such extraordinary facts as those presently before this Court in rendering its decision in *Hess*. And the Court cannot believe that, in enacting the *Foreign Sovereign Immunities Act*, Congress contemplated a factual scenario akin to that at bar, let alone that it intended to bar U.S. citizen from seeking redress against a nation standing in the shoes of his or her would-be butcher in U.S. courts in a case such as this. Therefore, this Court concludes that neither *Hess* nor the *FSIA* itself bars this Court from hearing the plaintiff's claim». La conclusione del giudice di I grado era dunque la seguente: «What this Court holds today is that under the circumstances of this case, a nation that does not respect the civil and the human rights of an American citizen is barred from invoking United States law to block the citizen in its effort to indicate his rights».

362 *Federal Republic of Germany v. Hugo Princz*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994). Per dei commenti alla sentenza, si vedano i seguenti contributi: J. B. BERGEN, "*Princz v. The Federal Republic of Germany*: Why the Court Should Find that Violating *Jus Cogens* Norms Constitutes an Implied Waiver of Sovereign Immunity", in *Connecticut Journal of International Law*, 1999, p. 169 e ss.; C. M. CERNA, "*Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*: How Far Does the Long-Arm Jurisdiction of US Law Reach?", in *Leiden Journal of International Law*, 1995, p. 377 e ss.; T.A. JOHNSON, "A violation of *Jus Cogens* Norms as an Implicit Waiver of Immunity Under the Federal Sovereign Immunities Act", in *Maryland Journal of International Law*, 1995, p. 259 e ss.; J. A. LEVY, "As Between *Princz* and *King*: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to *Jus Cogens* Violators", in *Georgetown Law Journal* , 1997, p. 2703 e ss.; S. MATHEW, "*Princz v. Federal Republic of Germany*: A Violation of Customary International Law", in *Whittier Law Review*, 1995, p. 911 e ss.; M. REINMANN, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: Some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 410 e ss.

363 *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).

364 Oltre che sull'eccezione della rinuncia implicita, che direttamente ci interessa in questo contesto, la *Court of Appeals* decideva anche circa la riconducibilità del caso proposto alla diversa eccezione disciplinata dalla Section 1605 (a) (2) del *FSIA* denominata «commercial activity exception». Come noto, ai sensi di tale norma: «A foreign sovereign and its agencies and instrumentalities shall be immune from the jurisdiction of the courts of the United States or of the States in any case […] in which the action is based […] upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign sovereign elsewhere and that act causes a direct effect in the United States». La Corte rendeva, dunque, la propria interpretazione dei concetti di «commercial activity» e «direct effect in the United States». Mentre, da un lato, disattendeva le argomentazioni della Repubblica tedesca ed espressamente considerava il trattamento subito dal Princz – riduzione in schiavitù e sottoposizione al lavoro forzato dell'industria tedesca – quale espressione di attività commerciale, seppur indirettamente posta in essere dallo Stato straniero; dall'altro lato, constatava che detta attività commerciale non aveva avuto effetto diretto nel territorio degli Stati Uniti, tale dovendosi intendere esclusivamente quello «which has no intervening element, but rather, flows in a straight line without deviation or interruption».

La Court of Appeals, tuttavia, in linea con la giurisprudenza prevalente[365], negava l'accoglibilità di tale teoria[366].

Nell'opinione dei giudici della corte di II grado, infatti, il caso non poteva essere ricondotto all'eccezione della rinuncia implicita[367], in ragione del fatto che la tesi mal si conciliava con il carattere dell'intenzionalità sotteso alla rinuncia nel § 1605 (a) (1) del *FSIA*[368].

Non di meno, il giudice Patricia Wald, nella sua opinione dissenziente, riteneva, invece, che la violazione di una norma di *ius cogens* da parte dello Stato tedesco, ben avrebbe dovuto essere interpretata come una rinuncia implicita ad avvalersi dell'immunità[369].

---

[365] Si vedano, *ex multis*: *Foremost-McKesson, Inc. c. Islamic Republic of Iran*, 905 F.2d 438,444 (D.C. Cir. 1990); *Frolova v. U.S.S.R.*, 761 F.2d 370,377 (7th Cir. 1985); *Drexel Burnham Lambert v. Committee of Receivers*, 12 F.3d 317,326 (2d Cir. 1993).

[366] Successivamente si sono espresse in senso conforme le sentenze: *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 101 F. 3d 239 (2d Cir. 1997); *Hirsh v. State of Israel*, 962 F. Supp. 377 (S.D.N.Y. 1997); *Sampson v. Federal Republic of Germany*, No. 96 C 6242, 1997 WL 583069 (N.D. III. 1997).

[367] La sentenza in esame afferma al § 1173: «Here the *amici* argue that the third Reich impliedly waived Germany's sovereign immunity under the *FSIA* by violating *jus cogens* norms of law of nations. In their own words: "a foreign state that violates these fundamental requirements of a civilized world thereby waives its right to be treated as a sovereign". With respect, we do not think that the waiver exception to the *FSIA* can be read so broadly».

[368] Ancora la sentenza in esame statuisce al § 1174: «The *amici's jus cogens* theory of implied waiver is incompatible with the intentionality requirement implicit in par. 1605 (a) (1). […] That requirement is also reflected in the examples of the implied waiver setforth in the legislative history of par. 1605 (a) (1) of which raise either from the foreign states agreement (to arbitration or to a particular choice of law) or from its filing a responsive pleading without raising the defense of sovereign immunity. […] In some, an implied waiver depends upon the foreign government's having at some point indicated its amenability to suit».

[369] A opinione del giudice dissenziente: «A *jus cogens* norm […] is a norm accepted and recognized by the international community of State as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character». Tali norme, dunque, in virtù della loro collocazione al vertice della gerarchia delle fonti di diritto internazionale prevarrebbero tanto sulle norme pattizie che su quelle consuetudinarie. Ad opinione del giudice, non vi sarebbe alcun dubbio circa la natura cogente delle norme contro il genocidio e la schiavitù, ma le norme di *ius cogens* esisterebbero solo tanto in quanto siano riconosciute quali immancabilmente inderogabili. Il principio di inderogabilità delle norme perentorie, dunque, citando la dottrina Belsky, veniva considerato non solo come assolutamente essenziale, ma come base stessa della sopravvivenza della Comunità internazionale: «thus to preserve the international order States must abdicate any 'right' to ignore or violate such norms». A questo punto, il giudice dissenziente citava addirittura una decisione del *BundesVervassungsGericht*, secondo cui le norme di *ius cogens* «are indispensable to the existence of the law of nations as international legal order, and the observance of which can be required by *all* members of the international community». Contrariamente alle norme pattizie e consuetudinarie, dunque, quelle di *ius cogens*, vincolanti per tutte le nazioni non necessitano del consenso di alcuno Stato per la loro validità. A questo punto il giudice Wald ripercorreva brevemente l'evoluzione delle norme immunitarie: dalla teoria della "grace and comity" alla teoria dell'immunità assoluta sino a quella dell'immunità ristretta e delle eccezioni. Il processo di Norimberga veniva eletto a punto di svolta dell'intera disciplina: «Nuremberg trial represented a radical innovation in international law because previously international law had not imposed criminal penalties on a State's treatment of its citizens». Ma questo non era l'unico portato di quel processo, il quale, nell'opinione del giudice: «permantely eroded any notion that the mantle of sovereign immunity could serve to cloak an act the constitutes a crime

Un caso più recente in cui è stata rigettata la tesi della rinuncia implicita per violazione di norme cogenti è la vicenda *John Doe I, et Al. v. State of Israel et al.*

Un gruppo di individui di origine palestinese, divenuti cittadini statunitensi o aventi la residenza permanente nel territorio degli Stati Uniti, sostenevano davanti alla *District Court of District of Columbia* di aver subito dallo Stato di Israele, all'interno dei territori palestinesi occupati, delle violazioni dei propri diritti fondamentali e, pertanto, chiedevano alla Corte di esercitare la giurisdizione nei confronti dello Stato estero, sulla base del fatto che quest'ultimo, ponendo in essere violazioni di *ius cogens*, avesse rinunciato implicitamente alla propria immunità.

La *District Court*, con sentenza del 10 novembre 2005, rigettava la domanda[370].

Secondo la Corte, infatti, anche qualora avessero potuto ritenersi violate norme imperative del diritto internazionale, tali violazioni non avrebbero costituito una rinuncia implicita all'esenzione dalla giurisdzione: affermare il contrario avrebbe voluto dire "forzare" le disposizioni del *FSIA*, in quanto secondo tale legislazione la rinuncia deve essere espressa o risultare da fatti concludenti dai quali risulti palese l'intenzione dello Stato[371].

Sulla base della tesi della rinuncia implicita, al contrario, altra giurisprudenza arrivava ad affermare la giurisdizione dei tribunali statunitensi nei confronti di uno Stato estero. Così nella sentenza di appello nel caso *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* del 1992[372],

against humanity, even if that act is confined within the borders of a single sovereign State». Citando nuovamente Belsky, il giudice Wald concludeva che: «when the Nazis tore of Princz's clothes, exchanged them for a prison uniform and a tattoo, shoved him behind the spiked barbed wire fences of Auschwitz and Dachau, and sold him to the German armament industry as fodder for their war time labor operation, Germany rescinded any claim under international law to immunity from this court's jurisdiction». Rimaneva, tuttavia, da conciliare tale presa di posizione con il dettato normativo del *FSIA* ritenuto in ogni caso applicabile anche nell'opinione dissenziente. Riteneva il giudice, sulla base del principio di integrazione del diritto interno rispetto a quello internazionale, che il *FSIA* non potesse che interpretarsi quale statuto che incorpora in sé stesso gli standard riconosciuti dalla comunità degli Stati. L'unico modo, dunque, di riconciliare il dettato del *FSIA* con le norme inderogabili del diritto internazionale era quello di interpretare il § 1605 (a) (1) quale norma a cui ricondurre la rinuncia implicita all'immunità di uno Stato a seguito della violazione di norme di *ius cogens*.

[370] *John Doe I, et. Al. v. State of Israel, et Al.,* 400 F. Supp. 2d 86 (D.D.C. 2005).

[371] Nelle parole della Corte: «The judiciary is not to re-draft the *FSIA* so as to force an exception that Congress did not craft».

[372] *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992). Per un commento alla sentenza si veda: J. CARTER, "*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*: Can the *FSIA* Grant Immunity for Violations of

nonostante l'*iter* logico seguito dalla Corte si sia parzialmente distaccato dal ragionamento fin ora esposto.

Seppur, infatti, si sia ricorso alla teoria della rinuncia implicita, essa non è stata giustificata dalla violazione di norme di *ius cogens* da parte dello Stato estero, quanto piuttosto dall'avere il medesimo interpellato in prima persona le corti statunitensi.

Il caso *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* era sorto a seguito dell'imprigionamento e della tortura nel 1976, durante la notte del colpo di stato militare in Argentina, di José Siderman, in quanto ebreo.

Una volta liberato, Siderman e sua moglie vendevano una parte dei loro beni e scappavano negli Stati Uniti, dove riuscivano ad ottenere la cittadinanza.

In Argentina veniva istituito un procedimento penale, a carico dei coniugi Siderman, finalizzato ad ottenerne l'estradizione, con l'accusa di aver venduto beni che non gli appartenevano. Durante il processo, il Governo argentino chiedeva alla *Superior Court of Los Angeles*, tramite lettera di rogatoria, di inviargli una serie di documenti. La *Superior Court* ottemperava alla richiesta.

I coniugi Siderman, tuttavia, presentavano un ricorso davanti alle corti statunitensi contro l'Argentina, volto ad ottenere il risarcimento dei danni patiti a seguito dell'imprigionamento, della tortura e dell'espropriazione dei loro beni.

La *District Court*, con sentenza del 7 marzo 1985, dichiarava l'irricevibilità dell'azione.

A fronte del diniego della giurisdizione della corte di I grado, i Siderman ricorrevano in appello.

La *Court of Appeals*, con sentenza del 22 maggio del 1992, affermava la giurisdizione statunitense.

Tuttavia, la tesi sulla base della quale veniva asserita la sussistenza della giurisdizione non era quella proposta dai ricorrenti: la *Court of Appeals* riteneva, infatti, che l'Argentina, avendo ricorso alla giurisdizione statunitense con la richiesta di rogatoria, avesse rinunciato alla propria immunità.

Jus Cogens Norms", in *Brooklyn Journal of International Law*, 1993, p. 967 e ss.; P. LIEBERMAN, "Expropriation, Torture, and *Jus Cogens* Under the Foreign Sovereign Immunities Act: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*", in *University of Miami Inter-American Law Review*, 1993, p. 503 e ss.

Il primo argomento sollevato dai ricorrenti era basato sull'avvenuta violazione da parte degli organi statali argentini del divieto generale di commettere atti di tortura, divieto a cui era possibile attribuire il rango di *ius cogens*.

Nell'opinione dei ricorrenti, quando gli atti di uno Stato violino lo *ius cogens*, lo Stato autore della violazione, in relazione a quell'atto antigiuridico perde la titolarità all'immunità sovrana. Tale argomentazione si basava sul principio secondo il cui le norme imperative si collocano all'apice della gerarchia delle fonti internazionali tanto da prevalere e invalidare le altre norme di diritto internazionale in contrasto con esse.

La *Court of Appeals*, dopo aver operato una diffusa panoramica circa il concetto di *ius cogens* e delle sue differenze rispetto al semplice diritto internazionale consuetudinario, concludeva, al di là di ogni dubbio, circa l'astratta riconducibilità del divieto di tortura alle norme imperative[373]. Tuttavia, si interrogava circa le conseguenze, nel caso concreto, della violazione di norme cogenti sulla riconoscibilità o meno dell'immunità statale.

Non senza un certo rammarico («Unfortunately we do not write on a clean slate»[374]), la Corte ribadiva i principi già affermati dalla Corte suprema nel citato giudizio *Amerada Hess*[375].

Pur non occupandosi la Corte suprema, nel precedente esaminato, del contrasto tra norma immunitaria e violazione di norme di *ius cogens*, la Suprema istanza statunitense aveva tuttavia tracciato un sentiero invalicabile[376]: l'immunità è garantita in tutti quei casi che riguardino violazioni del diritto internazionale non espressamente ricomprese nelle norme regolanti le eccezioni all'immunità stessa espressamente previste nel *FSIA*[377]; *FSIA* che deve considerarsi l'unico presupposto normativo sul quale sia possibile basare la giurisdizione statunitense nei giudizi risarcitori che vedano come controparte uno Stato straniero[378].

---

[373] La *Court of Appeals* rafforzava tale affermazione citando i precedenti *Filartiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) e *Tel-Oren v. Libian Arab Republic*, 726 F.2d 774, 781 (D.C. Cir. 1984).

[374] Cfr. § 718 della sentenza in esame.

[375] *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).

[376] Nelle parole della Court of Appeals: «In *Amerada Hess*, the Court had no occasion to consider acts of torture or other violations of the peremptory norms of international law […] However the Court was so enfatic in its pronouncement […] and so specific in its formulation and method of approach […] that we conclude that if violation of *jus cogens* committed outside of the United States are to be exceptions to immunity, Congress must make them so».

[377] *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), § 439: «Immunity is granted in those cases involving alleged violations of international law that do not come within one of the *FSIA*'s exceptions».

[378] *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989), § 688: «The *FSIA* provides the sole bases for obtaining jurisdiction over a foreign State in federal court».

Superato il primo argomento, la *Court of Appeals* si soffermava sulla seconda argomentazione promossa dai ricorrenti che, in questa sede, ci interessa.

La Corte si domandava, quindi, se un'affermazione positiva della giurisdizione potesse basarsi sul già ricordato § 1605 (a) (1) del *FSIA*, che disciplina le ipotesi di rinuncia esplicita o implicita all'immunità da parte di uno Stato.

Come evidenziato, infatti, lo Stato argentino aveva attivato una procedura rogatoriale nei confronti delle corti californiane, finalizzata ad ottenere documentazione relativa a pretese operazioni penalmente rilevanti commesse dai Siderman alla vigilia della fuga.

La *Court of Appeals* riteneva, dunque, astrattamente accoglibile – pur rimettendo gli atti al giudice di I grado affinché in un giudizio di rinvio accertasse l'effettiva ricorrenza di tale ipotesi – la tesi secondo cui tale richiesta rogatoriale (così come la richiesta di estradizione presentata dall'Argentina, poi negata, da parte delle autorità italiane del signor Siderman che si trovava nel nostro Paese per ragioni personali) si inseriva in un tentativo deliberato del Governo argentino di coinvolgere gli Stati Uniti nei suoi sforzi per perseguire i ricorrenti[379].

Da ciò concludeva che tale circostanza poteva comportare una implicita rinuncia dell'Argentina all'immunità riconosciutale dal diritto internazionale[380].

Si noti, peraltro, che tale conclusione, valevole nel caso concreto e non generalizzabile, avrebbe dovuto basarsi, nell'esame della corte di I grado a cui veniva rimessa la questione, sul necessario accertamento di una connessione immediata e diretta tra l'attività esplicata dagli organi sovrani del governo argentino nelle corti statunitensi (richiesta rogatoriale) e le richieste risarcitorie del ricorrente.

Esistono, tuttavia, delle sentenze – particolarmente note – in cui i giudici hanno effettivamente applicato la teoria della rinuncia implicita all'immunità dinanzi ai tribunali di uno Stato da parte di un Paese straniero a fronte della violazione da parte di quest'ultimo di norme imperative del diritto internazionale. Mi riferisco a due delle sentenze concernenti la

[379] La *Court of Appeals* nella sentenza in esame, in particolare al § 722, ha affermato che: «The evidence indicates that Argentina deliberately involved United States court in its efforts to prosecute José Siderman».

[380] Ancora nella sentenza in esame, la *Court of Appeals*, in particolare al § 722, statuiva: «We conclude that the Sidermans have presented evidence sufficiente to support a finding that Argentina has implicitely waived its sovereign immunity with respect to their claims for torture […] If Argentina has engaged our courts in the very course of activity for which the Sidermans seek redress, it has waived its immunity as to that redress».

c.d. vicenda *Distomo*[381]: la pronuncia del Tribunale distrettuale di Levadia del 1997[382] e la sentenza dell'*Areios Pagos* del 2000[383].

Il caso *Distomo* aveva origine dai crimini perpetrati dalle forze di occupazione tedesche, nel 1944, sul territorio greco.

A fronte degli illeciti commessi, alcuni anni dopo, venivano instaurati, da parte dei parenti delle vittime delle forze armate tedesche durante l'occupazione militare, diversi procedimenti contro la Germania dinanzi alle corti greche, al fine di ottenere il risarcimento dei danni.

Tra i ricorsi presentati, si annoverava un'azione promossa davanti al Tribunale di Levadia dalla Prefettura della Voiotia e da un ampio numero di privati cittadini, volta ad ottenere una pronuncia che statuisse l'obbligo per la Germania di risarcire tanto i danni materiali quanto i danni morali patiti a seguito delle efferate atrocità compiute dai militari tedeschi a Distomo, in Beozia, il 10 giugno del 1944: le forze di occupazione avevano, in quell'occasione, ucciso più di 300 persone e dato fuoco al villaggio, come rappresaglia all'attacco partigiano subito dalle truppe tedesche.

Il Tribunale distrettuale di Levadia, con sentenza del 30 ottobre 1997, negava che, nel caso di specie, potesse essere riconosciuta allo Stato tedesco l'esenzione dalla giurisdizione greca e condannava la Germania al pagamento di un'indennità per i crimini commessi per un totale di 9,5 miliardi di dracma (circa 30 milioni di euro).

---

[381] È opportuno fin da ora segnalare che la sentenza della Corte suprema di Atene – che sarà oggetto di analisi nel presente paragrafo – non ha segnato la conclusione del caso *Distomo*. Per le vicende giudiziarie successive alla pronuncia dell'*Areios Pagos* del 2000, che hanno condotto la Grecia ad intervenire nella controversia instauratasi tra Germania e Italia dinanzi alla Corte internazionale di giustizia nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*, si rinvia al capitolo VI, § 6.2.

[382] *District Court of Levadia*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, No. 137/1997, 30 *October* 1997. Sulla sentenza cfr.: I. BANTEKAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*", in *American Journal of International Law*, 1998, p. 675 e ss; M. GAVOUNELI, "War Reparation Claims and State Immunity", in *Revue hellénique de droit international*, 1997, p. 595 e ss.

[383] *Hellenic Supreme Court*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, No. 11/00, 4 *May* 2000. Per un commento alla pronuncia si veda: M. GAVOUNELI, I. BANTEKAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000", in *The American Journal of International Law*, 2001, p. 198 e ss.; A. GATTINI, "To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to individuals' Claims for War Damages?", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 359 e ss.; E. VOURNAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*: Sovereign Immunity and the Exception for *Jus Cogens* Violations", in *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, 2002, p. 629 e ss.

Anzitutto, nella sentenza venivano ricordate brevemente le norme del codice di procedura civile greco[384] inerenti all'esercizio della giurisdizione delle corti elleniche in sede civile.

Secondo l'art. 3 del richiamato c.p.c., sono soggetti alla giurisdizione delle corti civili greche, una volta che tale giurisdizione sia stata accertata, i cittadini di nazionalità ellenica e gli stranieri; sono esenti dalla giurisdizione, invece, quegli stranieri che godono dell'immunità.

Ai sensi dell'art. 4 c.p.c. del mededimo codice, le corti elleniche accertano *motu proprio* l'assenza di giurisdizione; nel caso in cui tale assenza venga appurata, la domanda deve essere rigettata.

Inoltre – proseguiva il ragionamento del Tribunale – secondo quanto disposto dal comma 2 dell'art. 3 del c.p.c. greco, letto in combinato disposto con gli insegnamenti del diritto internazionale pubblico, si sarebbe dovuto dedurre che del privilegio dell'immunità possano essere beneficiarie le amministrazioni straniere, quali soggetti di diritto e di relazioni internazionali.

Tuttavia, il Tribunale evidenziava come l'immunità non fosse dotata di carattere assoluto, accogliendo la tesi dell'immunità ristretta e statuendo che la distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* dovesse essere operata sulla base della legge dello Stato del foro.

I giudici si soffermavano, poi, sul fatto che, secondo la regola generale riconosciuta dalla dottrina internazionalistica, dalla giurisprudenza, e dall'art. 43 del Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra per terra allegato alla IV Convenzione dell'Aja del 1907[385], l'occupazione di un territorio da parte di un esercito non incide sulla sovranità, ma piuttosto comporta un cambiamento temporaneo del soggetto che la esercita: l'occupante è tenuto a rispettare nel corso dell'occupazione tanto la legislazione nazionale dello Stato occupato, quanto le regole di diritto internazionale, tra le quali sono incluse le previsioni del citato

[384] Per uno sguardo sul sistema processuale civile nell'ordinamento greco, si veda: K. D. KERAMEUS, "Judicial Organization and Civil Procedure", in K. D. KERAMEUS, P. J. KOZYRIS (edited by), *Introduction to Greek Law*, Kluwer Law International, Deventer/Athens, 1993, p. 341 e ss. Per un approfondimento sul tema della giurisdizione, cfr.: P. YESSIOU-FALTSI, "National Monograph Greece", in P. TAELMAN (edited by), *International Encyclopaedia for Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2015, p. 93 e ss.

[385] Art. 43 del Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra allegato alla IV Convenzione dell'Aja del 1907: «Quando l'autorità del potere legittimo sia effettivamente passata nelle mani dell'occupante, questi prenderà tutte le misure che dipendano da lui per ristabilire ed assicurare, per quanto è possibile, l'ordine pubblico e la vita pubblica, rispettando, salvo impedimento assoluto, le leggi vigenti nel paese».

Regolamento e, più specificamente, quelle dell'art. 46[386], che, come generalmente riconosciuto in dottrina, costituisce norma di *ius cogens*.

Inoltre, il Tribunale aderiva all'indirizzo espresso da taluni Autori e dalla prassi internazionale prevalente – o, quantomeno, seppur discutibilmente, ritenuta tale dallo stesso –secondo cui uno Stato estero non avrebbe potuto invocare l'immunità di fronte ai tribunali di un'altra Nazione nel caso in cui l'atto contestatogli fosse stato perpetrato in violazione di una norma imperativa.

In questo caso, infatti, secondo i giudici, si sarebbe dovuta ritenere avvenuta una rinuncia implicita all'immunità da parte dello Stato straniero a seguito della violazione di *ius cogens* posta in essere.

Tale eccezione alla regola generale – che riconosce invece l'immunità – era sostenuta dai giudici sulla base di quanto statuito dalla sentenza del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, nella quale venne asserito che il diritto all'immunità non si applica qualora siano stati commessi crimini internazionali o atti vietati dal diritto internazionale. La deroga, nell'opinione del Tribunale greco che pretendeva di rifarsi ai principi di Norimberga, si fondava sui seguenti pilastri: a) quando uno Stato viola norme imperative del diritto internazionale, non può avere la legittima aspettativa di beneficiare del diritto all'immunità. Di conseguenza, si deve ritenere che questi abbia tacitamente rinunciato al diritto; b) gli atti compiuti da uno Stato in violazione di norme imperative del diritto internazionale non possono essere qualificati come atti sovrani. In questi casi si ritiene che lo Stato autore della violazione agisca in difetto di sovranità; c) gli atti che violano una norma imperativa del diritto internazionale sono nulli e invalidi e non possono generare diritti garantiti dalla legge quale l'immunità (in applicazione del principio generale di diritto *ius ex iniuria ius non oritur*); d) il riconoscimento dell'immunità da parte dei tribunali di una Nazione ad uno Stato estero che abbia commesso un atto contrario allo *ius cogens*, comporterebbe la complicità postuma delle corti dello Stato del foro rispetto alla realizzazione di un atto fortemente condannato dall'ordine pubblico internazionale; e) invocare l'immunità per atti commessi in violazione delle norme imperative del diritto internazionale, costituisce abuso del diritto; f) posto che il

[386] Art. 46 del Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra allegato alla IV Convenzione dell'Aja del 1907: «L'onore e i diritti della famiglia, la vita degli individui e la proprietà privata, come pure le convinzioni religiose e la pratica dei culti, devono essere rispettati. La proprietà privata non può essere confiscata».

principio di sovranità territoriale, come fondamento dell'ordine pubblico internazionale, presiede al principio di immunità, qualora uno Stato violi l'integrità territoriale di un altro tramite l'illecita occupazione del suo territorio, non può invocare il principio di immunità per gli atti commessi durante tale occupazione.

Pertanto, il Tribunale di Levadia concludeva che gli atti perpetrati dagli organi dello Stato tedesco durante l'occupazione militare del territorio greco, sulla base dei quali i ricorrenti avevano richiesto il risarcimento dei danni alla Germania, non potessero essere qualificati come *acta iure imperii*, in quanto commessi in violazione di norme perentorie del diritto internazionale, ovvero di quanto disposto dall'art. 46 del Regolamento sulle leggi e gli usi della guerra per terra. Tale violazione doveva essere letta quale rinuncia implicita dello Stato tedesco all'immunità.

Di conseguenza, il privilegio dell'esenzione dalla giurisdizione – di norma concesso – non trovava applicazione nel caso di specie e la Germania veniva, dunque, condannata[387].

Tuttavia, a fronte della condanna del Tribunale, lo Stato tedesco presentava ricorso davanti alla Corte suprema greca sostenendo il difetto di giurisdzione delle corti elleniche.

L'*Areios Pagos* si pronunciava con sentenza del 4 maggio del 2000, confermando che alla Germania dovesse essere negata l'esenzione dalla giurisdizione greca per l'avvenuta rinuncia da parte dello Stato tedesco all'immunità a seguito delle violazioni delle norme imperative del diritto internazionale.

La Corte suprema di Atene, in primo luogo, asseriva che in conformità all'art. 28 (1) della Costituzione greca, una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta è

[387] La decisione della Corte è stata immediatamente accolta con favore dalla dottrina ellenica, che ne ha sottolineato la portata innovativa e, per taluni aspetti, coraggiosa. Secondo quanto affermato da Gavouneli: «This is an impressive decision indeed coming from a lower provincial court on a difficult subject, wich touches upon sensitive political issues and awakes memories of atrocities forgiven but not forgotten. Having to address such a delicate question, the three judges […] acquitted themselves with honour, competence and grace. […] The Court held, very convincingly, that the obligation of the occupying power to respect the existing legislation of the occupied state and to protect the family honour, life and property of the inhabitants […] constitutes part of such *ius cogens*. A breach of such rules is then so grave as to negate the effect of any privileges accorded by international law, the privilege of state immunity included. […] Should a final word be needed, then let it be this: an excellently researched decision, prepared with sincerity and gusto, in evidence of a familiarity with international law concepts that bodes well for the future. It only it could be enforced as well…». Così M. GAVOUNELI, "War Reparation Claims and State Immunity", cit., pp. 602, 607 e 608.

parte integrante dell'ordinamento giuridico greco, e prevale su ogni disposizione di legge ad essa contraria[388].

Sulla base dell'adattamento dell'ordinamento ellenico al diritto internazionale, la Corte riconosceva, dunque, l'operatività nel sistema nazionale greco della norma di diritto internazionale consuetudinario che prevede l'immunità per uno Stato estero dalla giurisdizione civile dei tribunali ellenici, sostenendo che tale norma costituisca una conseguenza della sovranità, dell'indipendenza e dell'eguaglianza degli Stati e si proponga di evitare ogni possibile interferenza negli affari internazionali[389].

La Corte ribadiva, poi, la teoria dell'immunità ristretta, affermando che l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato estero dovesse essere riconosciuta solo con riguardo agli atti che rappresentino estrinsecazione del potere sovrano dello Stato (*acta iure imperii*); e che, viceversa, l'esercizio dalla giurisdizione non potesse escludersi qualora lo Stato avesse posto in essere atti di tipo privatistico (*acta iure gestionis*). La distinzione tra le due tipologie di atti sarebbe dovuta avvenire sulla base della *lex fori*, utilizzando il criterio della natura dell'atto perpetrato dallo Stato.

Pur richiamando in apertura tale teoria classica, la Corte greca arrivava a un superamento totale dei presupposti della stessa, negando l'immunità per atti pacificamente classificabili come *iure imperii*.

L'argomentazione della Corte si fondava sul diritto internazionale generale, ricostruito sulla base della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972[390].

Nell'opinione della Corte, infatti, tale Convenzione doveva ritenersi codificazione del pre-esistente diritto internazionale consuetudinario dell'Europa continentale[391]. Nonostante, infatti, come noto, la Convenzione sia stata ratificata da un esiguo numero di Stati – tra cui

---

[388] Articolo 28, par. 1 della Costituzione greca afferma: «1. The generally recognised rules of international law, as well as international conventions as of the time they are sanctioned by statute and become operative according to their respective conditions, shall be an integral part of domestic Greek law and shall prevail over any contrary provision of the law. The rules of international law and of international conventions shall be applicable to aliens only under the condition of reciprocity […]». In relazione allo status del diritto internazionale nell'ordinamento giuridico greco, si veda E. ROUCOUNAS, "Grèce", in P. M. EISEMANN (edited by), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Brill Nijhoff, La Haye-Londres-Boston, 1996, p. 287 e ss.; A. A. FATOUROS, "International Law in the New Greek Constitution", in *The American Journal of International Law*, 1976, p. 501 e ss.

[389] Si veda § 3 della sentenza in esame.

[390] Cfr. capitolo I, § 1.4.

[391] Cfr. § 14 della sentenza in esame. *Contra* si esprime I. M. SINCLAIR, "The European Convention on State Immunity", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1973, p. 254 e ss.

peraltro la Germania, ma non la Grecia – la Corte ha ritenuto che ciò non inficiasse la natura di diritto internazionale consuetudinario delle norme in essa contenute.

A fronte di tale specificazione, la Corte richiamava l'art. 11 della Convenzione di Basilea che, come già ricordato, prevede la c.d. *territorial tort exception*. Veniva, inoltre, precisato dalla Corte che l'eccezione avrebbe dovuto trovare applicazione indipendentemente dal fatto che l'illecito fosse stato commesso tramite *acta iure imperii* o *iure gestionis*[392].

A conferma della natura consuetudinaria dell'art. 11 della Convenzione di Basilea, l'*Areios Pagos* richiamava delle disposizioni, affini al predetto articolo, contenute in altri testi legislativi[393]; inoltre, per sostenere l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario che restringe l'immunità anche se lo Stato ha compiuto *acta iure imperii*, nel caso di un illecito commesso sul territorio dello Stato del foro da una persona presente sul territorio, richiamava le – già da noi ricordate – decisioni delle corti americane nei casi *Letelier v. Republic of Chile*[394] e *Liu v. Republic of China*[395].

Pertanto, la Corte riteneva che, nel caso oggetto del suo giudizio, dovesse applicarsi la *tort exception*, e ciò nonostante la Grecia non fosse parte della Convenzione di Basilea del 1972, in quanto l'art. 11 della Convenzione doveva ritenersi semplice codificazione di diritto internazionale consuetudinario e, pertanto, applicabile al di là dell'eventuale ratifica del trattato da parte di uno Stato.

---

[392] Cfr. § 4 della sentenza in esame. Si ricordi all'interno della Convenzione di Basilea non si distingue tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* in relazione alla c.d. *territorial tort exception* di cui all'art. 11.

[393] La Corte richiamava: Section 1605 (a) (5) del *Foreign Sovereign Immunities Act* degli Stati Uniti del 1976, 28 U.S.C. §§ 1330-1332, 1391, 1441, 1602-1611 (1194 & Supp. II 1996); Section 5 dello *State immunity Act* del Regno Unito del 1978, ch. 33; Section 6 del *Sovereign Immunity Act* del Canada del 1985, 8 R.S.C., ch S-18; Section 13 dello *State Immunity Act* dell'Australia del 1985, ch. 196; Section 6 del *Foreign State Immunity* Act del Sud Africa del 1981; Section 7 del *State Immunity Act* di Singapore del 1979; l'art. 12 del Progetto di articoli elaborato dalla Commissione di diritto internazionale sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni; l'art. 2 (2) (e) del Progetto di articoli allegato alla Risoluzione "Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement" adottata dall'Istituto di diritto internazionale nella sessione di Basilea del 1991 e reperibile al link http://www.justitiaetpace.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_03_en.PDF (Article 2 «Criteria Indicating the Competence of Courts or Other Relevant Organs of the Forum State in Relation to Jurisdictional Immunity»: «[…] 2. In the absence of agreement to the contrary, the following criteria are indicative of the competence of the relevant organs of the forum State to determine the substance of the claim, notwithstanding a claim to jurisdictional immunity by a foreign State which is a party: […] (e) The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State. […]». Cfr. §§ 5 e 6 della sentenza in esame.

[394] *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980).

[395] *Liu v. Republic of China*, 892 F. 2d 1419 (9th Cir. 1989).

La Germania non avrebbe, dunque, potuto invocare l'immunità di fronte alla Corte greca in ragione del fatto che la domanda promossa nei suoi confronti aveva ad oggetto il risarcimento del danno arrecato a persone e cose dalle condotte perpetrate dalla forze di occupazione tedesche sul territorio greco presenti al momento della verificazione dei fatti su tale territorio.

Tuttavia, l'applicazione della citata norma consuetudinaria sarebbe rimasta, anche nell'interpretazione datane dalla Corte suprema greca, subordinata allo scioglimento di un ulteriore nodo giuridico.

La stessa sentenza, infatti, riconosceva come le atrocità commesse dalla Germania fossero state compiute nel corso di un'occupazione militare direttamente connessa ad un conflitto armato. Pertanto, si poneva il problema dell'eventuale applicabilità della c.d. *armed conflict clause*, prevista, come noto, dall'art. 31 della Convenzione di Basilea del 1972. La mancata ratifica della Convenzione da parte della Grecia doveva, in questo caso, ancora una volta ritenersi irrilevante in ragione del fatto che anche l'art. 31, così come l'intero trattato, veniva considerato dalla Corte codificazione del diritto internazionale consuetudinario. Pertanto, seguendo tale interpretazione, la Corte avrebbe dovuto accordare l'immunità alla Germania essendo state le condotte dannose perpetrate durante l'occupazione militare tedesca del territorio greco.

Tuttavia, a questo punto, l'Areios Pagos dimostrava come l'art. 31 della Convenzione di Basilea non avesse rilevanza nel caso di specie, in ragione della qualificazione delle condotte all'origine della domanda come crimini.

Nell'opinione della Corte, aderente a quanto già asserito dal Tribunale distrettuale di Levadia, l'occupazione militare che consegue direttamente ad un conflitto armato, conformemente alla norma di diritto consuetudinario di cui all'art. 43 del Regolamento relativo alle leggi e agli usi della guerra per terra annesso alla IV Convenzione dell'Aja del 1907, non comporta l'integrale venir meno della sovranità dello Stato occupato. Sugli organi del governo occupante incombe, infatti, l'obbligo di continuare a garantire l'ordine pubblico, la vita pubblica, nonché – aspetto di maggior rilievo nel caso di specie – le leggi del Paese occupato. Pertanto, qualora gli organi della potenza occupante pongano in essere dei crimini

abusando del loro potere sovrano, questi non potranno, in un successivo giudizio, invocare l'immunità[396].

Avendo riguardo ai fatti oggetto della controversia, la Corte sottolineava come tra i crimini non protetti dall'immunità dovessero essere ricompresi

> «reprisals against a specific and limited number of innocent and wholly uninvolved citizens for a specific sabotage acts carried out by underground groups»[397].

In particolare, la Corte rilevava che:

> «the torts in question (murders that also constitute crimes against humanity) were directed against specific persons limited in number who resided in a specific place, who had nothing to do with the resistance activity resulting in the death of German soldiers taking part in a terror operation against the local population. They were hideous murders that objectively were not necessary in order to mantain the military occupation of the area or subdue the underground action, carried out in the territory of the forum by organs of the German Third Reich in an abuse of sovereign powers»[398].

Infine, la Corte ricordava che la commissione dei predetti crimini aveva costituito violazione di una norma di *ius cogens* da parte della Germania, ovvero del già citato art. 46 del Regolamento relativo alle leggi e agli usi della guerra terrestre annesso alla IV Convenzione dell'Aja, e, pertanto, che gli atti posti in essere dalle forze di occupazione tedesche non potevano essere qualificati come *iure imperii*.

Accogliendo, ancora una volta, quanto già asserito dal Tribunale distrettuale di Levadia, la Corte suprema greca concludeva che la violazione di norme imperative del diritto

[396] Cfr. § 10 della sentenza in esame.
[397] Cfr. §§ 10 e 11 della sentenza in esame.
[398] Cfr. §§ 14 e 15 della sentenza in esame.

internazionale costituiva una rinuncia implicita da parte dello Stato tedesco all'immunità, con conseguente inapplicabilità dell'art. 31 della Convenzione di Basilea.

La Corte rigettava, dunque, il ricorso ed il contestato difetto di giurisdizione delle corti greche lamentato dalla Germania.

Opportuno, però, è evidenziare che la decisione dell'*Areios Pagos* non è stata assunta in maniera unanime. Cinque membri della Corte suprema di Atene hanno, infatti, adottato un'opinione dissenziente[399].

Secondo i giudici di minoranza, non era possibile, anzitutto, individuare una norma di diritto internazionale consuetudinario volta a limitare l'immunità statale in relazione agli atti *iure imperii*[400]. Da un lato, nell'opinione dissenziente, la Convenzione europea sull'immunità degli Stati non rappresentava codificazione di norme di diritto internazionale consuetudinario[401], né, dall'altro, una tale limitazione all'immunità sovrana poteva riscontrarsi in altri trattati. In particolare, i giudici evidenziavano che l'assenza di un consenso degli Stati era chiaramente rappresentata dalla mancata adozione da parte della comunità internazionale di una convenzione fondata sul progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale o sulla Risoluzione dell'Istituto di diritto internazionale. Per le medesime ragioni, peraltro, un numero crescente di Paesi, anziché applicare le (in)esistenti norme di diritto internazionale, adottava, nei propri ordinamenti giuridici nazionali, testi normativi disciplinanti la giurisdizione, l'immunità degli Stati esteri e le eccezioni alla stessa; le decisioni assunte dalle corti nazionali richiamate nelle motivazioni estese dalla componente maggioritaria della Corte, non a caso erano tutte dettate in applicazione, più che del diritto internazionale, delle leggi nazionali che regolano la giuridizione delle corti del foro.

Secondo i giudici di minoranza, anche se effettivamente poteva dirsi esistente una tendenza al riconoscimento dell'immunità ristretta nella sua interpretazione più tradizionale, rimanevano, tuttavia, aperte tutte le problematiche relative all'immunità per gli *acta iure imperii*[402].

---

[399] S. Matthias (Chief Justice), T. Bakas, A. Krommydas, G. Rigos e K. Vardavakis.

[400] Per una parte della dottrina tale conclusione sarebbe troppo conservatrice, in quanto la c.d. *tort exception* sarebbe entrata a pieno titolo tra le norme di diritto internazionale consuetudinario. Cfr. sul punto: M. GAVOUNELI, I. BANTEKAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000", cit., p. 202.

[401] Cfr. § 8 della *dissenting opinion*.

[402] I giudici citavano gli artt. 5 (1) e 6 (e) del progetto Inter-Americano sulla Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati, 21 gennaio 1983, preparata dalla Commissione Giudiziaria Inter-Americana,

Inoltre, quattro membri della Corte[403], dissentivano anche rispetto alla mancata applicazione al caso di specie della c.d. *armed conflict clause*.

I giudici riscontravano come sia all'interno della Convenzione di Basilea del 1972[404], sia nel Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale[405], l'immunità venisse, a ragione, preservata, in quanto l'uso della forza costituisce un atto *iure imperii* per eccellenza. Ciò veniva confermato dall'impossibilità di rinvenire una prassi statale o una decisione giudiziaria contraria[406]. Per quanto l'azione militare oggetto del giudizio, dunque, avesse rappresentato una vera e propria atrocità, la medesima era comunque qualificabile come rappresaglia collettiva contro il nemico, e, pertanto, avrebbe dovuto ricadere all'interno della *armed conflict clause*.

Infine, i giudici dissenzienti concludevano che, anche se gli atti perpetrati dalle forze militari tedesche si fossero potuti considerare violazioni di norme di *ius cogens*, non poteva riscontrarsi l'esistenza di un'eccezione all'immunità dal momento che, nel diritto internazionale consuetudinario, non vi è alcuna norma secondo cui una violazione di norme imperative comporti da parte di uno Stato rinuncia implicita all'immunità[407].

Esistono, inoltre, ulteriori teorie che, in ragione della *ratio* che le supporta, possono essere considerate come varianti della già analizzata tesi della rinuncia implicita.

Mi riferisco, anzitutto, alla teoria secondo cui è assiomatico che, nel caso in cui uno Stato abbia ratificato un trattato in materia di diritti dell'uomo, qualora successivamente ponga in essere una violazione dei diritti garantiti all'interno della convenzione stessa, tale violazione rappresenterà una rinuncia implicita all'immunità da parte dello Stato[408].

---

reperibile al link http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-50.html. Venivano, inoltre, richiamate come prova della prassi degli Stati: *I Congresso del Partido* ([1983] 1 A.C. 244) e *Kuwait Airways Corp. V. Iraqi Airways Co.* ([1995] 3 All E.R. 694) all'interno delle quali la *House of Lords* ha stabilito che gli atti *iure imperii* godono del privilegio dell'immunità. Cfr. § 9 della *Dissenting Opinion*.

[403] S. Matthias (Chief Justice), T. Bakas, G. Rigos e K. Vardavakis.

[404] Art. 31 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972.

[405] Cfr. quanto statuito nel Commentario al Progetto di articoli sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, approvato in seconda lettura nel 1991, in particolare, con riferimento al commento di cui al par. (7) all'art. 12, secondo cui la c.d. *tort exception* non avrebbe potuto trovare applicazione nel caso di conflitto armato.

[406] Cfr. § 13 della *dissenting opinion*.

[407] Cfr. § 17 della *dissenting opionion*.

[408] Per la trattazione di tale tesi si vedano: J. J. PAUST, "Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the *FSIA*",

Secondo i sostenitori della presente tesi, la rinuncia implicita all'immunità a seguito della violazione di un diritto previsto dal trattato sarebbe la logica conseguenza della mera accettazione del medesimo trattato da parte dello Stato contraente, il quale liberamente sceglie di assoggettarsi a quanto ivi previsto: peraltro, si è affermato come nemmeno sarebbe necessario che tramite la ratifica lo Stato abbia anche accettato di essere soggetto ad un'eventuale giurisdizione rispetto alle materie previste dal trattato[409].

Pertanto, abbracciando tale teoria, si dovrebbe ritenere che gli Stati, vincolandosi alle norme di una convenzione internazionale, e, dunque, stabilendo loro stessi degli obblighi ai quali sottoporsi, rinuncino implicitamente all'immunità, nel caso pongano in essere una violazione delle norme della convenzione; e ciò semplicemente in ragione della esistenza del vincolo pattizio, facendo sì che l'eventuale previsione all'interno del trattato di un diritto di azione in capo all'individuo acquisti carattere secondario[410].

A livello giurisprudenziale, la tesi è stata applicata all'interno della sentenza del 1985 della *District Court of District of Columbia* nel caso *Von Dardel v. URRS*[411].

Nel corso della seconda guerra mondiale, il segretario della legazione svedese a Budapest, Raul Wallenberg, aveva salvato diversi ebrei ungheresi dall'olocausto, in virtù dello specifico compito demandatogli dal Governo americano, che si era avvalso della diplomazia svedese quale parte neutrale nel conflitto.

Nel 1945, Wallenberg veniva arrestato dall'Unione Sovietica e non si avevano più sue notizie fino al 1957, quando l'Unione sovietica stessa ammetteva l'arresto ed affermava che il diplomatico era morto dopo solo due anni di detenzione in carcere.

---

in *Houston Journal of International Law*, 1985, p. 49 e ss.; K. C. RANDALL, *Federal Court and the International Human Rights Paradigm*, Duke University Press, Durham, 1990, p. 96 e ss.

409 J. J. PAUST, "Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the *FSIA*", cit., p. 65.

410 Così K. C. RANDALL, *Federal Courts and the International Human Rights Paradigm*, cit., p. 96 e s.

411 *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, 623 F. Supp. 246 (D.D.C. 1985). Per un commento alla sentenza si veda: B. TELLES, "*Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*: Overcoming the Defense of Foreign Sovereign Immunity in Cases under the Alien Tort Claims Act", in *Boston College International and Comparative Law Review*, 1987, p. 343 e ss.; C. SCHNEIDER, "*Alien Tort Claims Act*-Private Right of Action-Cause of Action Inferred for Violation of Diplomatic Immunity Under the Law of Nations", in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 785 e ss.; M. R. VARDIMAN, "The *FSIA* of 1976 Does Not Preclude U.S. Courts from Exercising Jurisdiction Over the U.S.S.R. for Soviet Violations of Diplomatic Immunity", in *University of Cincinnati Law Review*, 1987, p. 923 e ss. Inoltre, per una visione di insieme di questo, come degli altri casi giurisprudenziali americani citati, cfr. E. K. BANKAS, *The State Immunity Controversy in International Law*, cit., p. 288 e ss.

Nel 1984, Guy von Dardel e Sven Hagstromer, rispettivamente fratellastro e tutore legale dell'ex segretario, ricorrevano dinanzi alla *District Court of District of Columbia* contro l'Unione Sovietica per richiedere il rilascio del diplomatico, che nel 1981 era risultato essere, contrariamente a quanto ritenuto fino a quel momento, ancora vivo, oltre che il risarcimento dei danni subiti.

L'Unione Sovietica si rifiutava di prendere parte al giudizio e far valere il suo diritto all'esenzione dalla giurisdizione di fronte alla corte statunitense, contestando la legittimità dell'azione giudiziaria stessa: si limitava, infatti, ad asserire il suo diritto all'immunità tramite i canali diplomatici con una comunicazione ufficiale agli Stati Uniti.

La *District Court*, con la sentenza del 1985, affermava la propria giurisdizione rispetto all'Unione Sovietica, ponendo alla base della sua motivazione quattro distinte argomentazioni in diritto[412], tra cui la tesi della rinuncia implicita per violazione di norme convenzionali relative alla tutela dei diritti umani e degli agenti diplomatici[413].

In particolare secondo la Corte, doveva rilevarsi come l'Unione Sovietica fosse parte della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961 e della Convenzione di New York sulla prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette del 1973. L'eventuale violazione delle disposizioni delle predette convenzioni, avrebbe costituito, nell'opinione della Corte, una rinuncia implicita da parte dell'Unione Sovietica all'immunità in ragione dell'accettata subordinazione al vincolo pattizio da parte dello Stato[414].

---

[412] In questa sede si prenderà in considerazione esclusivamente il motivo sulla rinuncia implicita, limitandosi a citare di seguito gli altri argomenti proposti:

1) Il primo motivo fatto valere aveva natura processuale, consistente nella mancata proposizione della *defense* relativa all'immunità da parte dell'Unione sovietica. Lo Stato convenuto, infatti, non aveva correttamente sollevato la questione in sede giurisdizionale, ma si era limitato ad invocare l'immunità dalla giurisdizione esclusivamente tramite canali diplomatici, in violazione di quanto previsto dal *FSIA*.

2) Il secondo argomento affermava il principio secondo il quale il *FSIA* incorporasse in sé stesso tutti gli arresti di diritto internazionale ad esso preesistenti, tra i quali certamente quelli secondo i quali un governo non è immune per gli atti commessi in patente violazione di «universally accepted law of nation».

3) Il terzo motivo, che si salda a quello della rinuncia implicita sovrapponendosi sostanzialmente ad esso, afferma che il *FSIA* trovi un limite alla propria applicazione nei trattati di cui gli Stati Uniti sono parte. Secondo tale argomentare, l'URRS non avrebbe potuto affermare la propria immunità ai sensi del *FSIA*, per atti che costituissero una violazione certa di questi trattati di cui lo Stato stesso era parte.

[413] Nell'affrontare tale tesi, la Corte da comunque atto della rarità dei precedenti in merito ed anzi della contrarietà di quelli specifici.

[414] In particolare, la Corte americana citava la monografia di R. LILLICH, F. NEWMAN, *International Human Rights: Problems of Law and Policy*, Little-Brown, Boston, 1979, p. 76. Tali Autori, riferendosi alla Carta delle Nazioni Unite, affermavano: «It would be most difficult to conclude that the charter provisions on human rights cannot legitimately be given effect by the courts in appropriate cases. Indeed, it would be

Per questo motivo, avendo riscontrato la *District Court* una violazione delle norme convenzionali, sosteneva come l'Unione sovietica non potesse andare esente dalla giurisdizione.

Negata, infatti, l'immunità in base al *Foreign Sovereign Immunities Act*, la Corte affermava la propria giurisdizione sulla base dell'*Alien Tort Statute*. Tale legge veniva applicata in quanto l'attore era straniero ed il *tort* contestato era costituito da una violazione di diritto internazionale.

La dottrina, rispetto all'ultima teoria ricordata, ha previsto un'ulteriore variante che si pone come maggiormente restrittiva.

Essa, infatti, prevede che l'esenzione dalla giurisdizione di uno Stato venga meno non ogni qual volta uno Stato violi le norme dei trattati sui diritti dell'uomo di cui è parte, ma esclusivamente qualora, essendo quest'ultimo membro delle Nazioni Unite, violi delle norme previste all'interno della Carta ONU, rappresentando tale violazione una rinuncia implicita all'immunità.

Tuttavia, tale tesi non è stata accolta dalla giurisprudenza. A titolo esemplificativo, possiamo ricordare la sentenza della *Court of Appeals* nel caso *Frolova v. USSR*[415].

La controversia vedeva come protagonista una cittadina americana, Lois Becker, la quale, durante un soggiorno di studio in Unione Sovietica, si era sposata con un cittadino russo, Andrei Frolov (diventando così la sig.ra Frolova).

---

contrary to the letter and the spirit of the supremacy clause of the constitution if the courts did not attempt to carry out a treaty provision to the fullest extent possible». La sentenza in esame a questo punto pretendeva di utilizzare a proprio sostegno il già citato precedente *Siderman de Blake c. Republic of Argentina* nel quale, secondo l'opinione del giudice del *District of Columbia*: «the Court found jurisdiction over the Republic of Argentina for claims related to the torture of one of the plaintiff "by applying the 'Law of Nations' concept"». Secondo quanto già esposto a proposito della sentenza *Siderman de Blake c. Republic of Argentina*, non possiamo non notare come l'interpretazione datane nel caso in oggetto sia tutt'altro che conforme alla lettera di quel precedente. In *Siderman*, infatti, tanto la prevalenza della 'Law of Nations' sulle eccezioni codificate dal *FSIA* (e considerate tassative dalla Corte Suprema in *Amerada Hess*), quanto la teoria della rinuncia implicita erano state rigettate. Quest'ultima teoria veniva in effetti considerata applicabile, ma solo in ragione dell'interessamento delle corti statunitensi operato in prima persona dalle autorità argentine.

[415] *Frolova c. URRS* 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985). Per un commento alla sentenza si veda: M. LEIGH, "*Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*. 761 F.2d 370", in *American Journal of International Law*, 1985, p. 79 e ss.

A seguito del ritorno di quest'ultima negli Stati Uniti, il marito decideva di raggiungerla, ma, all'atto di lasciare l'Unione Sovietica, veniva trattenuto in patria e gli veniva negato il visto, a causa delle cattive relazioni diplomatiche fra i due Paesi.

Passato circa un anno, dopo ripetuti e vani tentativi del marito di riconciliarsi alla moglie negli Stati Uniti, la sig.ra Frolova intentava una causa in quest'ultimo Paese, chiedendo che le autorità giurisdizionali statunitensi ingiungessero all'Unione Sovietica di concedere il visto e di risarcire i danni cagionati.

A seguito dell'azione legale, l'Unione Sovietica non si costituiva in giudizio, tuttavia concedeva spontaneamente il visto e il sig. Frolov raggiungeva gli Stati Uniti.

Ciò nonostante la ricorrente non abbandonava l'azione risarcitoria.

La *District Court* rigettava, però, la domanda, sulla base della "Act of State doctrine"[416]: riteneva, infatti, che il diniego del visto al sig. Frolov costituisse un atto discrezionale dell'Unione Sovietica, insuscettibile di essere sindacato dalle autorità giurisdizionali statunitensi.

La sig.ra Frolova proponeva, dunque, appello avverso tale decisione.

Sul ricorso era chiamata a pronunciarsi la *Court of Appeals*, la quale giungeva alle stesse conclusioni della *District Court*, sulla base, tuttavia, di un differente percorso argomentativo.

In questa sede ciò che ci interessa sottolineare è che la Corte ha rigettato l'argomento, fatto valere dalla ricorrente, secondo cui l'Unione Sovietica, sottoscrivendo la Carta delle Nazioni Unite e gli Accordi di Helsinki sul ricongiungimento familiare[417], aveva rinunciato implicitamente all'immunità in relazione alle eventuali violazioni di tali testi normativi da essa perpetrate.

Pertanto, il collegio affermava che le violazioni lamentate nel caso di specie dei doveri previsti dagli artt. 55 e 56 della Carta ONU[418] e di quelli previsti negli Accordi di Helsinki da

---

[416] *Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*, 558 F. Supp. 358 (N.D.III.1983).

[417] Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa. Atto finale. Helsinki, 1995, reperibile al link http://www.osce.org/it/mc/39504?download=true.

[418] L'art. 55 della Carta ONU statuisce che: «Al fine di creare le condizioni di stabilità e di benessere che sono necessarie per avere rapporti pacifici ed amichevoli fra le nazioni, basate sul rispetto del principio dell'uguaglianza dei diritti o dell'autodecisione dei popoli, le Nazioni Unite promuoveranno: a) un più elevato tenore di vita, il pieno impiego della mano d'opera, e condizioni di progresso e di sviluppo economico e sociale; b) la soluzione dei problemi internazionali economici, sociali, sanitari e simili, e la collaborazione internazionale culturale ed educativa; c) il rispetto e l'osservanza universale dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per tutti, senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione». L'art. 56 stabilisce: «I Membri si impegnano ad agire, collettivamente o singolarmente, in cooperazione con l'Organizzazione per raggiungere i fini indicati all'articolo 55».

parte dell'Unione Sovietica, non potevano essere interpretati come una rinuncia implicita di quest'ultimo Stato all'immunità.

Nelle parole della Corte:

> «Here there is absolutely no evidence from the language, structure or history of the agreements at issue that implies a waiver of the U.S.S.R.'s sovereign immunity. There is no basis for finding a waiver from the vague, general language of the agreements nor is there any reason to conclude that the nations that are parties to these agreements anticipated when signing them that American courts would be the means by which the documents' provisions would be enforced. To the contrary, as our discussion in Part II indicated, the countries that agreed to the United Nations Charter and the Helsinki Accords retained considerable discretion in implementing the provisions on which Frolova's suit is based; indeed, President Ford's statement that the latter agreement is not legally binding is a convincing rebuttal to plaintiff's argument that private citizens may enforce the Accords. Neither document implicitly waives the Soviet Union's defense of sovereign immunity».

Vi è, inoltre, un'ultima variante della teoria della rinuncia implicita formulata dalla dottrina. Secondo tale tesi l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Paese straniero verrebbe meno in tutti i casi in cui sia posta in essere una violazione dei diritti sanciti da una convenzione sui diritti dell'uomo, questa volta, però, in virtù delle norme presenti nel trattato stesso che dettino l'obbligo per gli Stati che ne sono parte di prevedere forme di tutela e risarcimento effettive per le eventuali vittime delle violazioni dei diritti previsti dal trattato stesso[419]. Si pensi, ad esempio, a quanto statuito dall'art. 2, par. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, secondo cui:

«Ciascuno degli Stati parti del presente Patto s'impegna a:

[419] Sul punto si vedano: A. BIANCHI, "Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo", cit., p. 53 e ss.; J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 171 e ss.

a) Garantire che qualsiasi persona, i cui diritti o libertà riconosciuti dal presente Patto siano stati violati, disponga di effettivi mezzi di ricorso, anche nel caso in cui la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali;
b) Garantire che l'autorità competente, giudiziaria, amministrativa o legislativa, od ogni altra autorità competente ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato, decida in merito ai diritti del ricorrente, e sviluppare la possibilità di un ricorso in sede giudiziaria;
c) Garantire che le autorità competenti diano esecuzione a qualsiasi pronuncia di accoglimento di tali ricorsi».

La tesi della rinuncia implicita e le sue varianti non appaiono nell'opinione della scrivente convincenti.

Sostenere che qualora uno Stato ponga in essere una violazione di norme di *ius cogens*, rinunci implicitamente all'immunità è, a mio avviso, un'interpretazione eccessivamente forzata e senza fondamento.

Per quanto suggestiva possa apparire l'affermazione secondo cui la commissione di un illecito di particolare gravità da parte di uno Stato, ovvero la violazione di norme cogenti, debba comportare il venir meno dell'immunità, tuttavia, desumere che la commissione di quell'illecito manifesti la volontà del suo autore di privarsi di uno dei principali benefici riconosciuti, a tutela della sua sovranità, dall'ordinamento internazionale, appare del tutto artificioso: una sorta di "ultimo tentativo" per giustificare in qualche modo, dal punto di vista giuridico, il diniego dell'esenzione dalla giurisdizione.

L'impressione è, quindi, che per raggiungere il – certo condivisibile – fine ultimo consistente nella protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, si dia una lettura delle condotte poste in essere dagli Stati eccessivamente estensiva.

Se è vero che la violazione delle norme imperative del diritto internazionale costituisce indubbiamente un illecito, al tempo stesso non si ritiene certo classificabile come manifestazione di volontà a rinunciare all'immunità.

È proprio sul concetto di rinuncia quale manifestazione di volontà che sono state avanzate le critiche, tanto dalla giurisprudenza[420] quanto dalla dottrina[421], alla tesi in esame.

Se è vero, infatti, che la volontà può essere rilevata da fatti concludenti, essa è comunque sempre imprescindibile e deve essere, seppur implicitamente, chiaramente manifestata[422]. Di conseguenza, se la rinuncia costituisce un'eccezione alla regola generale dell'immunità, presupposto per l'esercizio della giurisdizione nei confronti di uno Stato estero da parte dei tribunali di un altro Stato sarà necessariamente la riscontrabilità del consenso dell'ente statale straniero a che tale giurisdizione sia esercitata.

Per poter sostenere la ricorrenza della rinuncia implicita da parte di uno Stato, sarebbe allora necessario un *quid pluris* rispetto alla violazione delle norme imperative.

Diversi potrebbero essere i comportamenti idonei a rappresentare un'effettiva manifestazione della rinuncia. Ad esempio, un indicatore di tale volontà potrebbe essere la mancata costituzione in giudizio da parte dello Stato convenuto di fronte ai tribunali del Paese straniero; peraltro, anche in questo caso, occorrerebbe procedere con cautela nel trarre delle conclusioni[423], in quanto la contumacia dello Stato potrebbe avere un significato del tutto opposto: se, infatti, la norma immunitaria preclude la celebrazione del giudizio, la mancata costituzione potrebbe anche rappresentare da parte dello Stato convenuto un'affermazione dell'immunità *sic et simpliciter*[424]. Un altro indicatore potrebbe riscontrasi nella costituzione in giudizio dello Stato seguita dalla difesa nel merito della domanda risarcitoria, senza che alcuna eccezione circa la giurisdizione venga fatta valere dallo Stato convenuto[425].

---

[420] Cfr. sul punto: *Frolova c. URRS* 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985); *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992); *Federal Republic of Germany v. Hugo Princz*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994).

[421] Si veda per tutti F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 581.

[422] Si ricordi, peraltro, come la Convenzione sulle immunità giurisidizionali degli Stati e dei loro beni preveda, ex art. 7, il consenso all'accettazione dalla giurisdizione a requisiti particolarmente rigorosi.

[423] Ad esempio, si esprime espressamente in senso contrario la Convenzione delle Nazioni Unite sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni del 2004 all'art. 8, par. 4, secondo cui: «La mancata costituzione da parte di uno Stato in un procedimento da parte di un altro Stato non può essere interpretata come consenso da parte del primo Stato all'esercizio della giurisdizione da parte del tribunale».

[424] In particolare sul punto, Bröhmer ha affermato che l'unica manifestazione di volontà riscontrata nella prassi non si concreta nel consenso da parte di uno Stato all'esercizio della giurisdizione civile nei suoi confronti da parte di uno Stato estero, tutto il contrario: la sola manifestazione di volontà si ritiene sia la pretesa di non veder intaccato il diritto all'immunità dello Stato. Cfr. J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 191.

[425] In questo senso, ad esempio, l'art. 8, par. 1, lett. b), della Convenzione delle Nazioni Unite sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni del 2004, che afferma: «1. Uno Stato non può invocare l'immunità dalla giurisdizione in un procedimento davanti ai tribunali di un altro Stato se: […] b) è intervenuto nel procedimento o ha compiuto qualsiasi altro atto riguardo al merito della causa. Tuttavia, se lo Stato

Peraltro, volendosi confrontare con la prassi, non si può non rilevare come la tesi sia stata applicata in pochissimi casi e, anche là dove effettivamente applicata, abbia assunto una valenza del tutto secondaria.

Come abbiamo già visto, tale tesi è stata costantemente rigettata dalla giurisprudenza statunitense[426], sede avanti la quale la medesima era stata più volte invocata, salvo nel caso *Siderman de Blake*, ove, tuttavia, la *Court of Appeals*[427] ha sostenuto la rinuncia implicita non in virtù della violazione di norme cogenti, ma sulla base del fatto che la stessa Argentina avesse interpellato le autorità giurisdizionali degli Stati Uniti.

Nella sua formulazione originaria, tale tesi è stata applicata esclusivamente dalle corti greche.

Occorre, tuttavia, evidenziare che la Corte suprema di Atene ha, dapprima, richiamato la disposizione di cui all'art. 11 della Convenzione di Basilea che sancisce la c.d. *tort exception* per asserire il diniego dell'immunità alla Germania, e, solo in un secondo momento, per superare la c.d. *armed conflict clause* di cui all'art. 31 della Convenzione europea sull'immunità del 1972, che sarebbe stata applicabile al caso di specie, ha fatto ricorso alla teoria delle rinuncia implicita.

Peraltro, come ricordato, si tratta di una decisione particolarmente contrastata all'interno della Corte suprema stessa, in seno alla quale è stata pronunciata una *dissenting opinion*, che ha negato con decisione la possibilità di riscontrare una rinuncia all'immunità direttamente, seppur implicitamente, derivante dalla violazione di norme di *ius cogens*.

Anche la stessa dottrina greca, seppur in un primo momento abbia salutato con favore la decisione dell'*Areios Pagos*, sostenendo che la soluzione prescelta costituisse un approccio liberale lodevole, ha, al tempo stesso, evidenziato come la teoria suscitasse qualche perplessità e potesse essere interpretata solo come un intervento volto a promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale. In particolare, secondo quanto asserito da Gavouneli e Bantekas:

---

dimostra al tribunale di non aver potuto acquisire la conoscenza di fatti sui quali una richiesta di immunità può essere basata fino ad un momento successivo a quello in cui ha compiuto tale atto, esso può invocare l'immunità basata su tali fatti purché vi provveda appena possibile».

[426] Ci si riferisce alle già ricordate pronunce: *Federal Republic of Germany v. Hugo Princz*, 26 F.3d 1166 (D.C. Cir. 1994); *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahirya*, 101 F. 3d 239 (2d Cir. 1997); *Hirsh v. State of Israel*, 962 F. Supp. 377 (S.D.N.Y. 1997); *Sampson v. Federal Republic of Germany*, No. 96 C 6242, 1997 WL 583069 (N.D. III. 1997).

[427] *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*, 965 F.2d 699 (9th Cir. 1992).

> «[…] the argument supporting a tacit waiver of immunity in such situation is weak. All international instruments on the subject require the express consent of the interested party for submitting to the jurisdiction of the forum state. Attempts to find such implied consent in multilateral treaties have been summarily repulsed, even under the United States' Foreign Sovereign Immunities Act. The adoption of this controversial waiver argument in Voiotia can be attributed only to an acute case of judicial activism»[428].

Sembra, dunque, potersi concludere che, nonostante parte della dottrina ritenga auspicabile che qualora uno Stato ponga in essere delle violazioni di norme cogenti non debba ad esso essere riconosciuta alcuna immunità, non pare tuttavia possibile affermare una corrispondenza immediata tra infrazione dello *ius cogens* e rinuncia implicita all'immunità.

E' certo vero, infatti, che le norme cogenti vincolano uno Stato a prescindere dal suo eventuale consenso, ma da ciò non se ne può far derivare un consenso ulteriore a rinunciare all'immunità nel caso di violazione delle norme imperative. Si tratta, infatti, di due ambiti diversi, e l'unica conseguenza della violazione dello *ius cogens* sarebbe la commissione di un illecito (a prescindere dalla volontà espressa da uno Stato di sottostare al disposto della norma violata).

L'eventuale mancato riconoscimento dell'esenzione dalla giurisdizione non si ritiene, dunque, nell'opinione della scrivente, dipendere da una decisione assunta consciamente dallo Stato di rinunciare all'immunità nel momento in cui viola il diritto cogente. Se l'interprete riscontrasse, infatti, il consenso a rinunciare all'esenzione dalla giurisdizione da parte di uno Stato solo in virtù delle violazioni di norme imperative del diritto internazionale da esso perpetrate, cadrebbe in una (strumentale?) *fictio iuris*, volta ad eliminare gli ostacoli immunitari che il diritto internazionale pone alla "giustiziabilità" di uno Stato da parte dei tribunali di un Paese straniero.

[428] In questo senso M. GAVOUNELI, I. BANTEKAS, "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000", cit., p. 204.

Anche le due varianti della teoria della rinuncia implicita per violazione delle norme di un trattato, sia questo un trattato internazionale in materia di diritti umani o la Carta delle Nazioni Unite, prestano il fianco, ancor di più, a critiche che si ritengono difficilmente superabili.

Come ha sottolineato Flauss, le tesi in rappresenterebbero «une interprétation par trop constrictive de la volonté de l'Etat»[429]. Sembrerebbero, infatti, scontrarsi con la disciplina internazionalistica dei trattati, in quanto deriverebbero da un'interpretazione eccessivamente estensiva degli obblighi pattizi.

Inoltre, De Vittor, con particolare riferimento alla variante della ratifica dei trattati in materia di diritti umani, ha evidenziato come l'accoglimento della tesi, così come proposta, avrebbe delle conseguenze paradossali: la teoria troverebbe, infatti, applicazione non soltanto per le convenzioni che tutelano i diritti umani, ma per tutte le tipologie di trattati, dando luogo alla perdita dell'immunità dello Stato non solo limitatamente alle ipotesi in cui sia possibile riscontrare una violazione dei diritti umani fondamentali convenzionalmente protetti, ma più in generale ogni qual volta uno Stato violi un obbligo sancito da un trattato[430].

Rilevanti anche le considerazioni di Gergen, il quale ha affermato come, sempre più di frequente, i trattati attribuiscano ai singoli il diritto di agire in giudizio contro uno Stato che ha violato gli obblighi convenzionalmente assunti, tuttavia non viene mai previsto che lo Stato possa essere giudicato per tali violazioni nel foro di un altro Paese contraente[431].

Inoltre, anche nel caso *Von Dardel v. URRS*, unico tra i precedenti statunitensi ricordati in cui sia stata applicata detta teoria, a opionine della scrivente, risultava evidente che l'atteggiamento assunto dall'Unione Sovietica a fronte dell'esercizio della giurisdizione nei suoi confronti non poteva essere interpretato in termini di rinuncia, avendo, al contrario, la stessa invocato la propria immunità seppur solo in sede diplomatica.

Anche la variante della rinuncia implicita per effetto delle norme pattizie che sanciscono l'obbligo per gli Stati contraenti, nel caso violino dei diritti previsti dai trattati a tutela dei

[429] Si veda J.F. FLAUSS, "Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme", cit., p. 309.

[430] Così F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 582.

[431] J. A. GERGEN, "Human Rights and the Foreign Sovereign Immunity Act", in *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 765 e ss., p. 781.

diritti fondamentali dell'individuo, di prevedere delle effettive forme di tutela per le eventuali vittime delle violazioni, non sembra avere pregio.

Secondo parte della dottrina, infatti, non solo l'obbligo previsto in capo agli Stati è limitato alle violazioni perpetrate all'interno del proprio territorio, ma le forme di tutela e risarcimento che ciascuno Stato ha il dovere di adottare in caso di violazione, non devono necessariamente concretarsi nella possibilità di proporre un ricorso in sede giudiziale, potendo, invece, assumere un connotato diverso, come, ad esempio, un procedimento dinanzi ad una commissione amministrativa[432].

Alla luce delle considerazioni esposte, pertanto, sembra opportuno proseguire l'analisi per stabilire se effettivamente la tutela dei diritti umani prevalga (o possa prevalere) sulla norma immunitaria, e, nel caso di un riscontro positivo, quale ne sia la *ratio* sottesa.

3.3 La teoria della territorial tort exception

Seguendo l'impostazione adottata nei due paragrafi immediatamente precedenti, sarebbe possibile sostenere che il conflitto tra norme che prevedono l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri e norme a tutela dei diritti umani fondamentali possa essere superato ricorrendo ad una delle eccezioni tradizionalmente riconosciute in materia immunitaria.

Secondo, infatti, parte della dottrina sarebbe possibile applicare la c.d. *territorial tort exception* – termine, come noto, tecnicamente proprio delle legislazioni *statutarie* introdotte in numerosi Paesi facenti parte del sistema di *common law*, ma ormai utilizzato universalmente nel linguaggio giuridico – alle gravi violazioni di norme di *ius cogens* che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo. Ciò consentirebbe alle autorità giurisdizionali di uno Stato di esercitare la giurisdizione nei confronti di un Paese straniero, ogni qual volta quest'ultimo abbia posto in essere, tramite i propri organi, violazioni di norme imperative di diritto

[432] Si veda sul punto M. KARAGIANNAKIS, "State Immunity anf Fundamental Human Rights", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 9 e ss., spec. pp. 17 e 21, ove, in particolare, l'Autrice fa riferimento a norme che prevedono espressamente il diritto di accesso alla giustizia, come l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

internazionale che proteggono i diritti fondamentali dell'individuo, e tali violazioni e/o i loro effetti si siano verificati, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato del foro, salvi gli altri eventuali collegamenti richiesti qualora lo Stato, la cui giurisdizione sia esercitata, debba applicare una normativa *ad hoc* sull'immunità, formulata dal legislatore del proprio ordinamento nazionale, oppure derivante da una convenzione internazionale.

È dato notorio che la *territorial tort exception* sia riconosciuta[433] all'interno delle normative adottate da taluni Paesi[434], così come degli strumenti internazionali[435], e sia, altresì, ormai – diversamente da quanto avveniva in passato – pacificamente ammessa come parte integrante del diritto internazionale consuetudinario dai Paesi privi di una legislazione che disciplini la questione delle immunità degli Stati stranieri, Paesi, questi ultimi, prevalentemente, per paradosso, appartenenti al sistema di *civil law*.

Abbiamo già avuto modo di ricordare, inoltre, che tale eccezione è stata originariamente concepita, in particolare nelle disposizioni statutarie dei Paesi appartenenti al sistema di *common law*, per negare l'esenzione dalla giurisdizione nelle ipotesi in cui lo Stato estero avesse posto in essere degli illeciti sul territorio dello Stato del foro. Un esempio classico della sua

---

[433] Durante i lavori preparatori per l'adozione della risoluzione sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione dell'*Institut de Droit International*, il Brownlie notava com l'unico Paese a non ammettere la c.d. *territorial tort exception* all'interno della sua legislazione in materia immunitaria fosse il Pakistan. Cfr. *Annuaire*, *Institut de Droit international*, vol. 62, t. 1, sessione del Cairo, 1987, p. 80.

[434] Si veda a riguardo: *State Immunity Act* del Regno Unito del 1978 (Regno Unito), sez. 5 «Personal injuries and damage to property»: «A State is not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom»; lo *State Immunity Act* Canadese del 1985, sez. 6 «Death and property damage»: «A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (*a*) any death or personal or bodily injury, or (*b*) any damage to or loss of propert that occurs in Canada»; il *Foreign Sovereign Immunities Act* degli Stati Uniti del 1976, sez. 1605 (5): «a) A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case […] (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that sovereign state while acting within the scope of his office or employment»; il *Foreign State Immunity Act* del Sud-Afrca del 1981, sez. 6 «Personal injuries and damage to property»: «A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic in proceedings relating to 1 (a) the death or injury of any person; or 2. (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or ommission [sic] in the Republic»; il *Foreign State Immunities Act* australiano del 1985, sez. 13 «Personal injury and damage to property»: «A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns: (a) the death of, or personal injury to, a person; or (b) loss of or damage to tangible property; caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia». Per un approfondimento circa la *territorial tort exception* con particolare riferimento al *Foreign Sovereign Immunities Act* si rinvia a quanto già trattato nel capitolo I, § 1.3.

[435] Si veda, in particolare, quanto già esposto in relazione all'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972 e all'art. 12 della Convenzione sulle immunità giurisdizionale degli Stati e delle loro proprietà del 2004, rispettivamente ai §§ 1.4 e 1.5 del capitolo I.

applicazione in tali ordinamenti – esempio ricorrente soprattutto in passato – è il caso in cui l'auto di Stato di un Paese straniero investa, non intenzionalmente, un pedone sul territorio di un altro Stato, e venga per tale fatto convenuto in giudizio dal Paese sul cui territorio l'illecito si è verificato. In tale ipotesi è da sempre ammessa, infatti, la possibilità per lo Stato del foro di esercitare la propria giurisdizione civile nei confronti dello Stato estero autore della violazione, senza che quest'ultimo possa invocare l'immunità. Non di meno, la deroga viene applicata per altre tipologie di illeciti, compresi quelli intenzionali e caratterizzati da una particolare gravità. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai già menzionati casi *Letelier v. Republic of Chile*[436] e *Liu v. Republic of China*[437], ove i giudici statunitensi hanno applicato la *territorial tort exception* all'interno di controversie in cui era stato convenuto, per aver ordinato l'esecuzione di un omicidio sul territorio statunitense, uno Stato straniero.

I sostenitori della tesi della *territorial tort exception* quale chiave di volta per superare il contrasto tra immunità-diritti umani fondamentali compiono "un passo in più" rispetto alle ragioni per cui tale deroga è nata, ed è stata in passato applicata, sostenendo che tale eccezione possa certamente coprire anche le gravi violazioni di *ius cogens* perpetrate da uno Stato straniero, qualora queste ultime presentino gli imprescindibili collegamenti territoriali con lo Stato del foro, in assenza dei quali l'eccezione non opera[438].

Al fine, però, di "addentrarci" nelle valutazioni circa la validità di tale teoria, è opportuno, anzitutto, sottolineare alcuni aspetti.

Dobbiamo prendere atto del fatto che se, ad oggi, non vi sono dubbi circa l'esistenza della *territorial tort exception*, permangono, tuttavia, delle perplessità rispetto al suo ambito di applicazione.

---

[436] *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980). Per il caso *Letelier* si rinvia al § 3.2 del presente capitolo.

[437] *Liu v. Republic of China*, 892 F.2d 1419 (9th Cir. 1989). Per il caso *Liu* si rimanda al § 3.2 del presente capitolo.

[438] In tal senso si è espressa anche Gianelli, la quale afferma che le azioni per i danni causati da gravi e sistematiche condotte dello Stato possono ricadere nel campo di applicazione della *tort exception* «quando ne realizzino i presupposti, ciò può accadere solo occasionalmente soprattutto per l'esigenza che la condotta e/o i suoi effetti si verifichino sul territorio dello Stato del foro. In tal caso la giurisdizione viene affermata, ma non sulla base dell'applicazione di norme internazionali di rango superiore a quelle sull'immunità, come l'argomentazione sull'antinomia prefigurerebbe. È nella prospettiva della *tort exception* che in giurisprudenza sono stati esaminati vari affari concernenti violazioni gravi di norme fondamentali». Cfr. A. GIANELLI, "Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini", cit., pp. 646 e 647. Sulla tesi della prevalenza delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali sulle semplici norme consuetudinarie in materia di immunità si rinvia al capitolo IV, § 4.1.

Si tratta di problematiche che investono, tradizionalmente, la deroga suddetta, ma che, non di meno, si riflettono anche – come avremo modo di dimostrare – sulla specifica questione attinente all'applicabilità della eccezione all'ipotesi in cui l'illecito si concreti nella violazione di norme di *ius cogens*.

I problemi che si pongono riguardano, in particolare, due questioni.

Anzitutto, ci si chiede se la *territorial tort exception* debba trovare applicazione solo qualora tanto l'azione (o l'omissione), quanto il danno (sia esso coincidente con l'evento lesivo subito dal soggetto passivo della condotta dannosa, o sia, invece, da questo separato qualora patito da un terzo, nelle ipotesi più ricorrenti un parente), si siano verificati sul territorio dello Stato del foro, oppure se tale deroga possa considerarsi applicabile anche nel caso di "scissione", ovvero nel caso in cui l'azione (o l'omissione) abbia luogo sul territorio di un Paese estero, mentre il danno si sia verificato sul territorio dello Stato del foro.

Tale questione se si pone, indubbiamente, rispetto al diritto internazionale consuetudinario, diritto all'interno del quale le caratteristiche proprie della *territorial tort exception* non appaiono definite, può, allo stesso tempo, proporsi in relazione a quelle legislazioni adottate da taluni Paesi in materia immunitaria, all'interno delle quali la deroga suddetta non sia stata formulata con sufficiente specificità, e sia, dunque, suscettibile di diverse letture interpretative.

La seconda questione investe, invece, in particolar modo, tutti quei Paesi all'interno dei quali non è stata adottata una legislazione in materia immunitaria, e, pertanto, venga fatto ricorso, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, al classico criterio distintivo *acta iure imperii-acta iure gestionis*.

In tali ipotesi ci si domanda, infatti, se la *territorial tort exception* debba trovare applicazione solo ed esclusivamente per atti che rientrano all'interno delle attività *iure privatorum*, oppure se l'eccezione si estenda anche agli *acta iure imperii*.

Ma procediamo con ordine ed iniziamo ad analizzare il primo tra i due aspetti problematici richiamati.

Diversi sono gli esempi giurisprudenziali, forniti dai tribunali nazionali ed internazionali, concernenti controversie relative all'applicabilità della *territorial tort exception* alle violazioni di norme cogenti a tutela di diritti umani fondamentali da parte di uno Stato estero.

In questi casi, quello che deve essere evidenziato è che il collegamento territoriale con lo Stato del foro, che l'illecito deve presentare affinché la *territorial tort exception* trovi applicazione, risulta essere suscettibile di diverse interpretazioni, che rendono le pronunce dei tribunali difformi, anche in ipotesi che, almeno *prima facie*, potrebbero apparire analoghe.

A titolo esemplificativo, si è scelto di menzionare due pronunce attinenti l'applicabilità della deroga in questione, provenienti dalle autorità giurisdizionali del medesimo Paese, il Canada. Tali pronunce appaiono significative perché evidenziano la possibile divergenza interpretativa dell'eccezione, nonostante il fatto che, diversamente da altri Paesi, il Canada abbia adottato una disposizione *ad hoc*, ovvero la sez. 6, lett. a, dello *State Immunity Act* del 1982, sulla *territorial tort exception*, e, pertanto – perlomeno potenzialmente – non dovrebbero riscontrarsi, di fronte ai giudici di tale Paese, le medesime incertezze interpretative che spesso sorgono dinanzi alle autorità giurisdizionali che si trovano ad applicare il diritto internazionale consuetudinario.

Secondo quanto disposto dalla disposizione poc'anzi richiamata, rubricata «Death and property damage»:

> «A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (a) any death or personal or bodily injury, or (b) any damage to or loss property that occurs in Canada».

Si deve notare come la norma in parola non statuisca specificamente se, affinché la *territorial tort exception* possa trovare applicazione, occorra che tanto l'azione (od omissione), quanto il danno, si siano verificati sul territorio dello Stato del foro, oppure se sia sufficiente che il solo danno abbia avuto luogo sul territorio dello Stato del foro, potendo l'azione (od omissione) essersi verificata all'estero (l'ipotesi del c.d. illecito transfrontaliero).

È indubbio che, operando una panoramica sui dati normativi riscontrabili sia a livello nazionale – ad eccezione, naturalmente, del Canada –, sia a livello internazionale, si debba pervenire alla conclusione che la deroga di cui al nostro esame non possa trovare applicazione nei confronti di ipotesi costituenti illeciti transfrontalieri[439].

[439] Per un'ampia panoramica sulla questione si veda J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., pp. 60-64; 88-93; 96-103.

In questo senso sembrano peraltro, esprimersi, tanto l'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972, così come l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, richiedendo – come noto – per l'applicazione della deroga in questione che l'azione (o l'omissione) si sia verificata sul territorio dello Stato del foro, e che, al momento della verificazione della predetta azione (od omissione), l'autore fosse presente su tale territorio[440].

Si deve, altresì, sottolineare che l'unico Paese che sembra aver formulato, all'interno della legislazione adottata in materia immunitaria, la *territorial tort exception* in termini analoghi alla sez. 6, lett. a), dello *State Immunity Act* canadese, sono gli Stati Uniti[441].

In tale ultimo Paese, tuttavia, come a suo tempo già sottolineato, si è formata una giurisprudenza costante secondo cui la *territorial tort exception* può essere applicata solo nel caso in cui sia l'azione (od omissione), sia l'evento lesivo, abbiano avuto luogo sul territorio dello Stato del foro[442].

Nonostante quanto ricordato, tuttavia, la questione interpretativa circa la possibilità o meno di scindere, eventualmente, azione (o omissione) ed evento lesivo, per quanto concerne il collegamento territoriale con lo Stato del foro, rimane dubbia.

Nel caso *Bouzari*[443], le corti canadesi riconoscevano allo Stato iraniano l'immunità dalla giurisdizione.

La controversia sorgeva a seguito degli atti di tortura subiti dal sig. Bouzari in Iran.

---

[440] In questo senso, R. PAVONI, "Immunità degli Stati e danni psicologici subiti dai familiari di vittime di gravi violazioni dei diritti umani all'estero: la decisione *Kazemi* della Corte superiore del Québec", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 393 e ss., spec. p. 398. Peraltro, si deve sottolineare come il Commento della Commissione di diritto internazionale all'art. 12 del Progetto di articoli sull'immunità degli Stati del 1991, abbia espressamente negato che l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero potesse venire meno nel caso di illeciti transfrontalieri.

[441] Si ricordi quanto disposto dalla sez. 1605 (a) (5) del *Foreign Sovereign Immunities Act* «(a) A foreign State shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case […] (5) not otherwise encompassed in paragraph (2) above, in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign state or of any official or employee of that sovereign state while acting within the scope of his office or employment […]».

[442] Si veda, *ex multis*, Corte Suprema Americana, *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989). Per un'ampia trattazione della sentenza si rinvia al § 3.2 del presente capitolo.

[443] *Houshang Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran*, [2002] OJ No. 1624. Per un commento si veda: F. LAROCQUE, "*Bouzari v. Iran*: Testing the Limits of State Immunity in Canadian Courts", in *Canadian Yearbook of International* Law, vol. 41, 2003, p. 343 e ss.; N. J. NOVOGRODSY, "Immunity for Torture: Lessons from *Bouzari v. Iran*", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 939 e ss.

In particolare, nel 1993, il Bouzari si era recato per motivi di lavoro nello Stato iraniano, ove aveva ricevuto un'offerta – relativa alla costruzione di un oleodotto – da parte di funzionari governativi.

A seguito del diniego del sig. Bouzari di dare corso alla trattativa, lo stesso veniva imprigionato e sottoposto a torture per diversi mesi.

Una volta rilasciato, egli si recava in Canada, ove, nell'attesa di ottenere la cittadinanza del suddetto Stato, adiva le autorità giurisdizionali, convenendo in giudizio l'Iran al fine di ottenere il risarcimento dei danni, lamentando, nello specifico, una sofferenza psicofisica derivante dalle torture subite all'estero, che continuava, però, ad affliggerlo anche sul territorio canadese.

La Corte Superiore dell'Ontario, con sentenza del 1 maggio del 2002, escludeva la possibilità che potesse trovare applicazione la *territorial tort exception* prevista nella sez. 6, lett. (a) del *State Immunity Act* canadese del 1982, sulla base del fatto che non fosse possibile rinvenire il collegamento, richiesto dalla predetta disposizione, tra l'illecito commesso dallo Stato estero e lo Stato del foro.

I giudici ritenevano, infatti, che non solo l'azione (atti di tortura) aveva avuto luogo sul territorio dello Stato estero (circostanza che, anche da sola, avrebbe comportato il rigetto dell'eccezione), ma che anche l'evento dannoso (la sofferenza psicofisica) si era verificato in predetto territorio.

Nell'opinione dei giudici, dunque, non assumeva alcuna rilevanza, ai fini dell'applicabilità della *territorial tort exception*, il fatto che la sofferenza psicofisica del sig. Bouzari avesse continuato ad affliggere il ricorrente anche nel territorio dello Stato del foro.

Pertanto, in tale sentenza il criterio del *locus commissi delicti* veniva interpretato in maniera restrittiva, escludendo la possibilità che il collegamento territoriale, richiesto dalla sez. 6, lett. a), dello *State Immunity Act* canadese, potesse dirsi integrato dal fatto che i danni si fossero in parte verificati sul territorio dello Stato del foro.

La Corte di Appello dell'Ontario, con sentenza del 30 giugno 2004, confermava la sentenza della Corte superiore[444].

[444]*Houshang Bouzari et al. v. Islamic Republic of Iran*, 243 DLR (4th) 406. Per un commento alla sentenza, si veda: A. ATTARAN, J. BESNER, "Civil Liability in Canada's Courts for Torture Committed Abroad: The Unsatisfactory Interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)", in *Tort Law Review*, 2008, p. 150 e ss. Si veda, inoltre: C. DAVIDSON, "Tort au Canadien: A Proposal for Canadian Tort Legislation on Gross Violations of International Human Rights and Humanitarian Law", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*,

Tuttavia, è bene evidenziare come, diversamente dal caso *Bouzari*, le corti canadesi, nel caso *Kazemi*, negavano l'immunità ad uno Stato estero sulla base di un'interpretazione particolarmente estensiva della *territorial tort exception*.

La controversia, nell'ultimo caso citato, sorgeva a seguito della morte in Iran della giornalista e fotografa, di cittadinanza canadese, Zahra Kazemi, la quale era stata arrestata, nel giugno del 2003, a Teheran, per aver scattato delle fotografie di fronte all'istituto penitenziario di Evin, ove talune persone stavano manifestando contro la detenzione di amici e parenti.

La giornalista, una volta arrestata, veniva sottoposta a degli interrogatori, durante i quali subiva lesioni, abusi sessuali e torture, che, infine, la conducevano, nel luglio del 2003, in ospedale.

Una volta arrivata in ospedale, la Kazemi entrava in coma.

Le pressanti richieste da parte dell'autorità dell'ambasciata canadese di avere informazioni sullo stato della donna, e di consentire il trasferimento di quest'ultima in Canada, non avevano alcun successo.

Il governo iraniano dichiarava la morte della giornalista il 12 luglio del 2003.

A fronte del decesso della Kazemi, il figlio, Stephan Hashemi, presentava due ricorsi paralleli dinanzi alle corti canadesi avverso l'Iran, il Capo di Stato di tale Paese, e due individui che, all'epoca dei fatti, erano rispettivamente *Chief Public Prosecutor* di Teheran e Vice-capo dei servizi di *intelligence* del carcere davanti al quale la sig. Kazemi aveva scattato le fotografie.

Il primo ricorso presentato da Hashemi era rivolto ad ottenere un risarcimento a seguito del danno psicofisico che egli aveva subito per la morte della madre. Il secondo ricorso, invece, proposto sempre da Hashemi in qualità di liquidatore dell'*Estate* della defunta, aveva ad oggetto la richiesta di risarcimento dei danni patiti dalla Kazemi per gli atti a cui era stata soggetta in Iran.

2005, p. 1403 e ss.; J. HORLICK, J. CYR, S. REYNOLDS, A. BEHRMAN, "American and Canadian Civil Actions Alleging Human Rights Violations Abroad by Oil and Gas Companies", in *Alberta Law Review*, 2007-2008, p. 653 e ss. Opportuno, inoltre, è ricordare che la Corte Suprema del Canada, il 27 gennaio del 2005, ha respinto l'autorizzazione richiesta all'impugnazione della sentenza di appello.

La Corte superiore del Québec si pronunciava in primo grado con sentenza del 25 gennaio del 2011[445]. La Corte accoglieva il primo ricorso, ovvero quello presentato da Hashemi per i danni psicofisici da lui sofferti, negando, così, l'esenzione dalla giurisdizione allo Stato iraniano, al suo Capo di Stato e agli altri individui-organi; viceversa, il secondo ricorso, relativo ai danni patiti dalla Kazemi, veniva rigettato, sulla base del riconoscimento dell'immunità.

Tuttavia, se la decisione assunta dalla corte canadese in relazione al secondo ricorso non appare particolarmente innovativa rispetto alla giurisprudenza precedente[446], essendosi le autorità giurisdizionali limitate a ritenere non applicabile la *territorial tort exception*, di cui alla sez. 6, lett. a), dello *State Immunity Act* canadese del 1982, in quanto le lesioni ed il decesso della Kazemi erano avvenute al di fuori del territorio dello Stato del foro, degna di menzione è, invece, la decisione che ha accolto il primo ricorso, in quanto ha fornito un'interpretazione che si è posta in controtendenza rispetto a quanto statuito, fino a quel momento, dalla giurisprudenza (anche, ma non solo canadese) circa il necessario collegamento con lo Stato del foro.

La Corte sottolineava come la questione oggetto del suo giudizio dovesse essere valutata unicamente in applicazione dello *State Immunity Act* canadese, rappresentando quest'ultimo una codificazione esauriente delle norme internazionali, e, di conseguenza, non soggetto all'influenza di diverse fonti del diritto[447].

---

[445] *Kazemi v. Islamic Republic of Iran*, 2011 QCCS 196. Per un commento alla sentenza si veda: L. ABREU, P. MARIA, AND R. O. BASTOS SILVA RAPOSO, "Immunity of Jurisdiction of the State and Civil Remedy for the Practice of Torture: The *Kazemi v. Iran* Case", in *Brazilian Journal of International Law*, 2014, p. 412 e ss.; R. PAVONI, "Immunità degli Stati e danni psicologici subiti dai familiari di vittime di gravi violazioni dei diritti umani all'estero: la decisione Kazemi della Corte superiore del Québec", cit., p. 393 e ss. Si veda anche: J. TERRY, S. SHODY, "Could Canada Become a New Forum for Cases Involving Human Rights Violations Committed Abroad?", in *Commercial Litigation & Arbitration Review*, 2012, p. 63 e ss.

[446] Pavoni, in particolare, l'ha definita una «pedissequa conferma della giurisprudenza che riconosce l'immunità a Stati e organi stranieri rispetto ad azioni di risarcimento dei danni arrecati alle vittime "dirette" di gravi violazioni dei diritti umani al di fuori del territorio dello Stato del foro». Per quanto concerne la giurisprudenza precedente cfr., ad esempio, *House of Lords*, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, 14 *June* 2006, per l'analisi della quale si rinvia al capitol VI, § 6.1.

[447] Cfr. § 51 della sentenza in esame: «Consequently, the *SIA* contains all of the legal rules and principles which may be invoked to decide whether immunity should, or not, be granted to a foreign state. The *SIA* is a complete statute which suffers no intrusion from the common law, international law or Canada's international treaty obligations». Si veda anche il par. 132: «Canadian law, on the subject, is quite different in that the *SIA* appears to have codified all applicable common law principles into the *SIA* which constitutes the unique legislative source on the question of State immunity».

La prima peculiarità della decisione della Corte riguardava l'interpretazione estensiva del presupposto del «personal or bodily injury», di cui alla sez. 6, lett. a), dello *State Immunity Act*.

La sentenza in esame, dopo una disamina circa il significato da attribuire al suddetto requisito[448], riteneva, non aderendo a un precedente della stessa Corte suprema[449], che anche i danni psicologici potessero, in taluni casi, integrare la lesione prevista dalla sez. 6, lett. a) *SIA*. In particolare, nell'opinione della Corte, occorreva distinguere tra il danno *esclusivamente* psicologico, privo di rilevanza sulla salute fisica dell'individuo, ed il danno psicologico che abbia delle ripercussioni sulla salute degli individui: il primo caso non rientrerebbe all'interno dell'ambito applicativo della *tort exception*, diversamente, invece, dal secondo.

Constatando, nel caso sottoposto al loro giudizio, una particolare gravità del danno (che si traduceva in una situazione patologica assimilabile alla lesione), i giudici canadesi ritenevano che il primo requisito richiesto dalla *territorial tort exception* (esistenza della lesione) potesse dirsi integrato[450].

La seconda pecualiarità, *focus* del nostro interesse, riguardava l'interpretazione del secondo requisito richiesto, quello del collegamento con lo Stato del foro.

La Corte riteneva, infatti, diversamente dalla giurisprudenza precedente e dalle indicazioni degli strumenti tanto nazionali, quanto internazionali, che la *tort exception* ben potesse applicarsi anche ad un'ipotesi di illecito transfrontaliero.

A opinione dei giudici, pacificamente l'azione illecita aveva avuto luogo in Iran (lesioni, abuso sessuale, torture e morte della Kazemi); il danno (psicofisico del figlio Hashemi), al contrario, poteva considerarsi verificato sul territorio dello Stato del foro.

---

[448] Cfr. §§ 56 e ss.

[449] *Schreiber v. Canada*, 2002 SCC 62.. In tale caso il ricorrente aveva promosso un'azione per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito della illegittima detenzione a cui era stato sottoposto da parte del Canada, a fronte di una richiesta di estradizione che era stata presentata dalla Germania. Tuttavia, in tale ipotesi, la *tort exception* non era stata ritenuta applicabile, non potendo, nell'opinone della Corte, ritenersi un «personal or bodily injury» lo stress psicologico lamentato dal ricorrente.

[450] Nelle parole della Corte, al par. 92: «Mr. Hashemi endured this traumatic prejudice while he was residing in Canada and this is sufficient to trigger the exception in section 6 (1) *SIA*. If the Plaintiff can prove that his alleged "trauma" touches upon his physical integrity or constitutes the equivalent of a "nervous shock" as elaborated by Canadian corts in *Schreiber* and *Andrusiak*, then the immunity of the Defendants shall be non-existent. The existence, the effects and depth of his trauma are matterss that should be demonstrated at trial before the judge seized of the merits of the case. Accordingly, the recourse of Mr. Hashemi cannot be dismissed at this stage».

La sentenza in commento, e qui risiede l'argomento di maggior interesse, riteneva possibile "scindere" l'azione e il danno, ai fini dell'accertamento del necessario collegamento territoriale, ammettendo l'operatività dell'eccezione, nonostante il solo evento, e non anche l'azione lesiva, avesse avuto luogo nel territorio dello Stato adito[451].

Ciò che più rileva è che questa sentenza, con ciò inaugurando, probabilmente, un cambio di rotta duraturo, veniva confermata sia dalla Corte d'appello del Québec nel 2012[452], sia dalla Corte suprema canadese nel 2014[453].

Alla luce di quanto analizzato, si può comprendere l'importanza della questione interpretativa circa il contenuto del collegamento territoriale con lo Stato del foro richiesto dalla *territorial tort exception*, in relazione alle gravi violazioni di norme cogenti che proteggono i diritti fondamentali dei singoli individui.

Qualora, infatti, si accolga l'orientamento espresso dalle corti canadesi nel caso *Bouzari* (oltreché, a titolo esemplificativo, dalla pressoché unanime giurisprudenza statunitense), sarebbe possibile esercitare la giurisdizione nei confronti dello Stato straniero autore delle violazioni solo ed esclusivamente nel caso in cui l'azione (o l'omissione) e l'evento dannoso si siano entrambi verificati sul territorio dello Stato del foro, dovendo, viceversa, riconoscersi l'immunità nell'ipotesi in cui l'azione sia stata compiuta sul territorio di uno Stato estero, anche qualora il danno si sia verificato (o persista) nello Stato del foro; se, invece, si abbracciasse la soluzione adottata nel caso *Kazemi*, l'esenzione dalla giurisdizione dello Stato straniero dovrebbe essere negata anche nell'ipotesi in cui l'azione (o l'omissione) si sia posta in essere sul territorio dello Stato estero, a patto che, sul territorio dello Stato del foro, si sia verificato quantomeno il danno.

Quest'ultima ipotesi, fondata sulla scissione tra azione ed evento lesivo – certamente più aderente al dato letterale tanto della disposizione canadese che statunitense –, permetterebbe di garantire, finalmente – fatta salva un'unica obiezione di cui si darà conto

---

[451] Si noti come anche nel già richiamato caso *Schreiber v. Canada*, 2002 SCC 62, sentenza del 12 settembre 2002, per quanto l'immunità dello Stato estero sia stata mantenuta ferma, il fatto che l'illecito si fosse consumato per intero nel territorio dello Stato del foro non aveva assunta alcuna rilevanza circa l'esclusione della *tort exception*, che, come ricordato, era stata, invece, determinata dalla tipologia della lesione fatta valere dal ricorrente.

[452] *Islamic Republic of Iran c. Hashemi*, 2012 QCCA 1449 (Can LII).

[453] *Kazemi Estate c. Islamic Republic of* Iran, 2014 SCC 62.

nel prosieguo –, un diritto di accesso alla giustizia e, di conseguenza, la possibilità di un effettivo risarcimento sia ai familiari delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali perpetrate all'estero, sia, eventualmente – e senz'altro, come abbiamo visto, purtroppo non nel caso della Kazemi – alle vittime delle predette violazioni che non siano decedute, e abbiano, invece, fatto ritorno presso il proprio Stato di cittadinanza (ivi iniziando o continuando a patire i danni di quanto subito all'estero), adendo le autorità giurisdizionali contro lo Stato estero.

Indubbiamente se, come esemplificato nei casi richiamati, può porsi un problema interpretativo circa alla *territorial tort exception* così come formulata all'interno delle legislazioni di singoli Stati, a maggior ragione questo potrà porsi nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario, ove, non solo non vi è chiarezza circa la corretta interpretazione (nel caso di illeciti transfrontalieri) da fornirsi al criterio del collegamento territoriale richiesto della deroga, ma là dove, almeno fino a poco tempo fa, si dubitava addirittura della possibilità di riscontrare l'esistenza stessa della *territorial tort exception*.

Al momento, soltanto un punto appare certo. Per utilizzare le parole spese da Pavoni nel commentare la sentenza della Corte superiore del Québec nel caso *Kazemi*:

> «[…] è forte l'impressione che questa espansione della *tort exception* sia un segnale di crescente insofferenza dei tribunali nazionali verso esiti giudiziari che, a causa della dottrina delle immunità di diritto internazionale, rischino di privare di ogni forma di riparazione le vittime di gravi violazioni dei diritti umani. In assenza di univoche indicazioni provenienti dal diritto internazionale e posti dinanzi ad una prassi certamente in evoluzione, i giudici interni paiono orientati verso soluzioni che riflettano un equo contemperamento degli interessi in gioco offrendo giustizia sul piano sostanziale […]»[454].

[454] Così, R. PAVONI, "Immunità degli Stati e danni psicologici subiti dai familiari di vittime di gravi violazioni dei diritti umani all'estero: la decisione *Kazemi* della Corte superiore del Québec", cit., p. 399, ove, inoltre, egli prosegue affermando che la tendenza ad espandere la *tort exception* come forma di insofferenza verso il costante riconoscimento dell'immunità anche in ipotesi in cui vi siano state violazioni gravi dei diritti umani fondamentali: «[…] sembra tanto più vero per Paesi, come il Canada dove da anni sono sul punto di essere approvate leggi che, in deroga alle norme sull'immunità, consentano l'esercizio della giurisdizione civile nei confronti di Stati responsabili di gravi violazioni dei diritti umani».

Come anticipato, esiste, inoltre, un'altra problematica che riguarda la *territorial tort exception* di per sé, fin dalla sua accezione originaria, e, pertanto, da ben prima che venisse avanzata la possibilità di ricorrere a tale deroga come strumento per risolvere definitivamente il conflitto tra immunità e gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. Tuttavia, essendo la tesi che applica la *territorial tort exception* alle violazioni di norme di *ius cogens*, una mera specificazione della tradizionale eccezione, essa risulta necessariamente influenzata anche – come vedremo – da questa ulteriore problematica

Il *punctum dolens* rinvenuto riguarda, in particolare, la mancata determinazione dell'ambito applicativo della deroga in relazione al carattere degli atti.

Non è chiaro, infatti, se l'eccezione si applichi esclusivamente ai casi in cui l'illecito perpetrato sul territorio dello Stato del foro sia stato posto in essere dallo Stato straniero nell'esercizio di *acta iure gestionis*, oppure si estenda anche a quelle ipotesi in cui lo Stato estero abbia agito nell'esercizio delle proprie prerogative sovrane.

Se l'assenza di tale specificazione non appare particolarmente rilevante in taluni Paesi appartenenti al sistema di *common law*, ove, la *territorial tort exception* è espressamente regolata da una disciplina statutaria *ad hoc*, viceversa essa assume un carattere fondamentale per altri Paesi, che, essendo privi di una legge specifica che disciplini l'immunità dalla giurisdizione per uno Stato estero, sono soliti affermare o escludere l'esercizio della medesima sulla base della classica distinzione *acta iure imperii-acta iure gestionis*.

Alla luce di tale considerazione sarebbe, dunque, opportuno chiedersi se l'ambito di applicazione della *territorial tort exception* si limiti a coprire solamente quelle ipotesi riconducibili ad *acta iure privatorum*, oppure si estenda altresì agli atti che costituiscono estrinsecazione del potere sovrano dello Stato[455].

Appare immediatamente evidente come risulterebbe fondamentale formulare una risposta a tale quesito: qualora, infatti, la deroga fosse ammessa per i casi in cui uno Stato estero commetta un illecito nell'esercizio di attività *iure imperii*, si assisterebbe ad una ulteriore erosione della regola immunitaria, seppur limitata alle ipotesi in cui sussista – come già evidenziato – un legame forte con lo Stato del foro.

[455] Sulla questione si vedano, *ex multis*, le osservazioni di: J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 51 e ss.; H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 468 e ss.

A tale interrogativo la giurisprudenza ha tentato di fornire delle risposte, che, se vagliate in un'ottica generale, si caratterizzano per la loro mancanza di uniformità.

I casi più frequenti sottoposti all'attenzione dei giudici, hanno riguardato illeciti perpetrati a seguito delle attività delle forze armate di uno Stato stanziate sul territorio di un Paese straniero, e, dunque, attività tipicamente qualificabili come estrinsecazione delle prerogative sovrane di uno Stato.

Abbiamo già avuto modo di analizzare come la questione sia stata trattata a livello convenzionale[456].

Occorre, invece, adesso evidenziare quale sia stata la soluzione adottata dalla giurisprudenza nazionale, in particolare in relazione a quegli Stati privi di una legislazione in materia immunitaria, o, comunque, non aderenti ad una convenzione internazionale aventi ad oggetto la questione sull'immunità.

Per diverso tempo, le autorità giurisdizionali di tali Paesi hanno costantemente riconosciuto, proprio in applicazione della tradizionale differenza tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, l'impossibilità per i giudici di uno Stato di applicare la *territorial tort exception*, qualora l'illecito extracontrattuale sul territorio dello Stato del foro fosse stato cagionato nell'esercizio di prerogative sovrane da parte dello Stato straniero[457].

A titolo esemplificativo possiamo ricordare il caso *McElhinney*, considerato particolarmente rilevante in quanto l'argomentazione espressa dalle corti nazionali irlandesi ha ricevuto conferma di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo[458].

---

[456] In questa sede si rammenti solo che tanto la Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972, quanto la Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e delle loro proprietà dell'ONU del 2004, formulano la *tort exception* senza prevedere al suo interno alcun riferimento ad *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*. Tuttavia, mentre nella Convenzione di Basilea è stato previsto un articolo, l'art. 31, che esclude espressamente che la Convenzione pregiudichi «in alcun modo le immunità o i privilegi di cui gode uno Stato contraente per le azioni o le omissioni delle sue forze armate stanziate sul territorio di un altro Stato contraente o relative ad esse», non vi è un articolo nella Convenzione ONU che disponga nello stesso senso.

[457] Sul punto si veda ancora: J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., 103 e ss.; H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit., p. 468 e ss.

[458] Corte europea dei diritti dell'uomo, *McElhinney c. Irlanda*, cit. Per un commento alla sentenza, si veda *ex multis*: A. LANCIOTTI, A. PANETTA, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", cit., p. 335 e ss.; O. DE FROUVILLE, "Observations sur les affaires *Al-Adsani*, *Fogarty* et *McElhinney*", in *Journal de droit international*, 2002, p. 273 e ss.; M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistemica e garanzie di non impunità", cit., p.117 e ss.; M. EMBERLAND, "*McElhinney v. Ireland* App. No. 31253/96; *Al-Adsani v. United Kingdom* App. No. 35763/97; *Fogarty v. United Kingdom* App. No. 37112/97, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 699 e ss.; R. GARNETT, "State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights", in *Law Quarterly Review*, 2002, p. 367 e ss.; S. GRANATA, "Review of judgments and Decisions Delivered in 2001 by the European Court of Human Rights on Subjects

La controversia era sorta a seguito di un incidente occorso a cavallo della frontiera dell'Irlanda-Irlanda del Nord tra un cittadino irlandese, tale John McElhinney, e un soldato inglese, Anthony Ivor John Williams.

In particolare, al passaggio della frontiera, l'auto del sig. McElhinney urtava incidentalmente il militare, che era in servizio presso il posto di blocco e lo trascinava per alcuni metri, oltre la linea di confine. Il militare, allora, sparava alcuni colpi di arma da fuoco, tre dei quali all'interno del territorio della Repubblica d'Irlanda, e puntava l'arma contro il McElhinney premendo il grilletto che, però, si inceppava, risparmiando così la vita al ricorrente.

Il McElhinney si rivolgeva, dunque, alla *High Court* irlandese, convendo in giudizio il Governo britannico, oltre che il Williams, per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito dello shock post-traumatico per la condotta posta in essere nei suoi confronti da parte del soldato inglese.

La *High Court* negava, tuttavia, la propria giurisdizione, sostenendo che dovesse essere riconosciuta l'immunità nei confronti dello Stato inglese[459].

Il McElhinney si rivolgeva, dunque, alla Corte suprema irlandese, censurando la pronuncia della *High Court*, in quanto, nell'opinione del ricorrente, nel caso di specie, l'immunità non avrebbe dovuto essere riconosciuta, in ragione della riconducibilità dei fatti oggetto del giudizio all'interno dell'ambito della *territorial tort exception*.

Relevant to International Law", in *Italian Yearbook of International L*aw, 2001, p. 215 e ss.; D. L. JONES, "Article 6 Echr and immunities arising in public international law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463 e ss.; A. MOWBRAY, "European Convention on Human Rights: Report of the Evaluation Group and Recent Cases", in *Human Rights Law Review*, 2002, p. 127 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "Restrictive Interpretation of Human Rights in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", cit., p. 529 e ss.; ID.,"State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights", cit., p. 703 e ss.; M. P. PEDERSEN, "Territorial Jurisdiction in Article 1 of the European Convention on Human Rights", in *Nordic Journal of International Law*, 2004, p. 279 e ss..; I. PINGEL-LENUZZA, "Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité: la Cour de Strasbourg persiste", cit., p. 893 e ss.; C. ROZAKIS, "The Law of State Immunity Revisited: the Case Law of the European Court of Human Rights*",* cit., p. 563 e ss.; X. YANG, "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", cit., p. 333 e ss.. Cfr., più in generale, anche: M. KLOTH, *Immunities and the right of access to court under article 6 of the European convention on human rights*, cit.

[459] *John McElhinney v. Anthony Ivor John Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, 15 *April* 1994.

La Corte suprema[460] analizzava lo status del diritto internazionale consuetudinario, non disponendo all'epoca l'Irlanda – così come tuttora non dispone – di una legislazione *ad hoc* in materia immunitaria.

Nell'opinione della Corte, la *tort exception* invocata dal ricorrente doveva ritenersi un'eccezione consolidata alla regola generale dell'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero. Tuttavia, la Corte proseguiva asserendo che tale deroga potesse operare solo ed esclusivamente in relazione ad atti qualificabili come *iure privatorum*. Di conseguenza, la Corte escludeva l'applicabilità dell'eccezione nel caso di specie: la condotta tenuta dal soldato era, infatti, qualificabile come *iure imperii*, avendo quest'ultimo agito nell'esercizio dei poteri relativi alle attività di controllo lungo il confine.

La Corte, inoltre, nella sua argomentazione, si soffermava anche sugli articoli 11 e 31 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati, nonostante solo la Gran Bretagna, e non anche l'Irlanda, fosse parte di tale trattato, sostenendo che anche a voler considerare l'ipotesi oggetto del suo giudizio riconducibile alla *tort exception*, disciplinata all'art. 11 della Convenzione, tale deroga sarebbe rimasta comunque inoperante nel caso di specie per via dell'applicabilità della c.d. *armed conflict clause*, sancita dall'art. 31 della stessa Convenzione.

A fronte della statuizione della Corte suprema irlandese, il McElhinney si rivolgeva alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali[461] da parte della Repubblica d'Irlanda, in quanto tale Stato, tramite la pronuncia delle proprie autorità giurisdizionali che aveva riconosciuto l'immunità alla Gran Bretagna, aveva precluso al ricorrente la possibilità di tutelare il proprio diritto in via giudiziaria. In tale sede non veniva, però, rilevata alcuna violazione da parte dello Stato irlandese.

Anzitutto, i giudici di Stasburgo affermavano, richiamando il caso *Golder*[462], che le garanzie processuali di cui all'art. 6, in particolare l'equità, la pubblicità e la tempestività, sarebbero del tutto prive di significato qualora non fosse in alcun modo tutelata la «precondition» affinché tali garanzie possano essere effettivamente fatte valere, ovvero

[460] *McElhinney v. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*, 15 *December* 1995.

[461] Il ricorso aveva in realtà investito tanto lo Stato irlandese, quanto quello inglese. La Corte di Strasburgo ha, tuttavia, dichiarato irricevibile il ricorso promosso contro il Governo britannico.

[462] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Golder v. United Kingdom*, ricorso n. 4451/70, sentenza del 21 febbraio 1975.

l'accesso alla giustizia. La Corte ricordava, infatti, come l'art. 6 assicuri a ciascun individuo di agire giudizialmente di fronte alle corti nazionali per soddisfare le proprie pretese[463].

Nell'opinione dei giudici, il diritto di accesso alla giustizia non può, tuttavia, considerarsi assoluto, in quanto passibile di essere limitato dalle singole discipline statali. Pur essendo garantito agli Stati un certo margine di discrezionalità nell'applicazione della Convenzione, la decisione finale circa il rispetto della CEDU spetta sempre alla Corte, la quale sarà chiamata a valutare: in primo luogo, se le legislazioni nazionali, nel disciplinare tali limitazioni, comprimano eccessivamente il diritto di accesso alla giustizia; in secondo luogo, se tali limitazioni possano dirsi compatibili con l'art. 6, par. 1, in tanto in quanto perseguano uno scopo legittimo, e non violino un principio di ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati (limitazioni imposte) e gli scopi perseguiti[464].

La Corte esaminava, dunque, se le limitazioni, in questo caso, perseguissero uno scopo legittimo.

La risposta individuata era positiva: l'immunità veniva, infatti, reputata un mezzo attraverso il quale gli Stati promuovono le buone relazioni e l'eguaglianza all'interno della Comunità internazionale, in applicazione del consolidato principio di diritto internazionale *par in parem non habet imperium*[465].

Il passo successivo, compiuto dai giudici, riguardava l'accertamento del rispetto della proporzionalità.

La Corte richiamava l'art. 31, § 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, sulla base del quale affermava che l'art. 6 della CEDU dovesse essere interpretato nel contesto del diritto internazionale vigente, alla luce, dunque, non solo delle convenzioni in materia di diritti umani, ma anche dei principi generali del diritto internazionale, tra i quali deve certamente essere annoverato quello dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri[466].

La Corte osservava che, sebbene esistesse una tendenza nel diritto internazionale e comparato alla limitazione dell'immunità statale nei casi di *torts* arrecati da agenti esteri nel territorio dello Stato del foro, tale indirizzo non potesse dirsi né universale, né consolidato.

[463] Cfr. § 33 della sentenza in esame.
[464] Cfr. § 34.
[465] Cfr. § 35.
[466] Cfr. § 36.

Anzitutto, questo *trend* pareva essere riferito, nella valorizzazione datane dalla Corte, unicamente a materie di scarso respiro (per cui la disciplina originariamente nasceva), quale quella della circolazione stradale o, in generale, dei danni "assicurabili", con esclusione di tutti quei casi in cui gli atti dannosi attengano all'esercizio di prerogative primarie dello Stato estero (relazioni diplomatiche, sicurezza nazionale e internazionale, ecc.), così ricollegandosi al caso di specie analizzato (condotta del militare). La Corte, pertanto, aderiva all'interpretazione delle corti irlandesi, secondo le quali non sarebbe possibile scorgere negli sviluppi del diritto internazionale alcuna deroga alle regole immunitarie nelle ipotesi di *acta iure imperii*[467].

Quale ultimo argomento residuale, la Corte riteneva, poi, che il ricorrente non avesse esaurito i mezzi di ricorso interni a propria disposizione, in quanto ben avrebbe potuto agire contro il Regno Unito nel territorio dell'Irlanda del Nord (così come sarebbe emerso dalla lettura della corrispondenza fra i legali del McElhinney e quelli del Regno Unito, i quali esplicitamente affermavano che nessun impedimento sarebbe stato posto alla prosecuzione del giudizio sul suolo nord irlandese, e, dunque, britannico)[468].

Di conseguenza, secondo i giudici della Corte di Strasburgo, la Corte suprema irlandese aveva operato correttamente, riconoscendo l'immunità allo Stato inglese, in considerazione del fatto che le attività compiute nell'esercizio delle prerogative sovrane non possano mai costituire oggetto di deroga all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di un Paese straniero.

È opportuno sottolineare che la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo era accompagnata da numerose (tre) opinioni dissenzienti[469], che ritenevano, invece, la *tort exeception* perfettamente applicabile al caso di specie, riscontrando, quindi, una violazione dell'art 6 CEDU da parte della Repubblica d'Irlanda.

Secondo quanto asserito dai giudici nell'opinione congiunta, il diritto internazionale consuetudinario avrebbe, infatti, consentito di esercitare la giurisdizione nei confronti di uno Stato resosi responsabile di un fatto illecito, anche nel caso in cui tale fatto fosse stato

[467] Cfr. § 38.

[468] Cfr. § 39.

[469] Specificamente: un'opinione dissenziente pronunciata dal Giudice Rozakis; un'opinine dissenziente pronunciata dal Giudice Loucaides; un'opinione dissenziente, la più rilevante per estensione e partecipazione, pronunciata congiuntamente dai Giudici Caflisch, Cabral Barreto e Vajić, alla quale faremo riferimento nel prosieguo.

perpetrato nell'esercizio di prerogative sovrane, ferma restando la necessità di ravvisare il collegamento territoriale con lo Stato del foro.

A riprova di quanto affermato veniva fatto riferimento dai giudici a diverse legislazioni di Paesi di *common law*, tra cui, peraltro, alla stessa legislazione del Regno Unito, ove l'immunità è considerata cedevole nei casi riconducibili alla *territorial tort exception*, senza alcuna distinzione circa la natura *iure imperii* o *iure gestionis* dell'atto che cagiona l'illecito[470].

I giudici di minoranza, proseguendo, sottolineavano il paradosso constatato con riferimento a quei Paesi di *civil law*, i quali, in assenza di specifica legislazione in materia immunitaria, affidavano le decisioni sul tema all'interpretazione giurisprudenziale, riscontrando, tuttavia, una consonanza – suscitando qualche perplessità nella scrivente – delle decisioni rispetto a quelle a cui si perviene negli ordinamenti che hanno adottato una specifica disciplina statutaria[471].

A questo punto, i giudici proseguivano concentrandosi sull'interpretazione del diritto internazionale pattizio, e, in particolare, sull'art. 11 della Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati del 1972, statuendo che il medesimo dovesse essere considerato quale principio di diritto generalmente riconosciuto, applicabile – in virtù della prassi internazionale riportata nella *dissenting opinion* stessa – alla generalità degli Stati[472].

---

[470] Nelle parole dei giudici: «The above exceptions to absolute immunity have gradually come to be recognised by national legislators and courts, initially in continental Western Europe and, much later, in common law countries. For obvious reasons, they have been slower to emerge in the former socialist bloc, long dominated by State trading and the absence of competition. The exceptions in question have also found their way into the international law on State immunity, especially the torts exception. That this is so is shown, for example, by the State Immunity Act 1978 of the United Kingdom – the very State which claimed sovereign immunity in the instant case –, Section 5 of which provides that a foreign State is «not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom». This provision is echoed in Section 1605(a) (5) of the United States Foreign Sovereign Immunities Act (1976) and in Section 13 of Australia's Foreign States Immunities Act (International Legal Materials, Vol. 25, 1986, p. 715)».

[471] Ancora, nelle parole dei giudici: «The many countries where State immunity is an issue left to be determined by the courts – these are, paradoxically, the courts of civil law countries – follow the same rule, witness the numerous decisions listed in the International Law Commission's (ILC) commentary relating to Article 12 of its Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (Report of the ILC on the Work of its 43rd Session, 29 April- 19 July 1991, United Nations General Assembly, 46th Session, Supplement N° 10, p. 11, at pp. 103 n. 163 and 105 n. 165), as well as in the Fifth Report of the Commission's Special Rapporteur (Yearbook of the ILC 1983, Vol. II, Part One, paragraphs 76-99)».

[472] I Giudici affermavano: «The same solution has been retained in treaty law. Article 11 of the European Convention on State Immunity of 16 May 1972 (European Treaties, N° 74) provides: "A contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred." It is true that, as of the

L'opinione dissenziente si confrontava, inoltre, con l'art. 31 della medesima Convenzione, affermando che tale norma, al contrario dell'art. 11, non potesse cosiderarsi parte del diritto internazionale consuetudinario, e fosse, dunque, priva di validità generale[473].

I giudici di minoranza si focalizzavano, poi, sui vari tentativi di codificazione a livello internazionale delle regole sull'immunità statale. Si trovavano, pertanto, a constatare che tutte le proposte di convenzioni multilaterali – peraltro mai adottate – elaborate dagli Stati in relazione al tema dell'immunità statale, andassero nel senso del riconoscimento della *territorial tort exception*, anche nota come *personal injury exception*[474].

Inoltre, i giudici ricordavano, altresì, il testo dell'art. 12 del Progetto per l'adozione della Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni ed il suo commentario.

Sulla base dell'interpretazione di tale articolo, nella *dissenting opinion* veniva esteso il seguente elenco di conclusioni: 1) la *territorial tort exception*, seppur storicamente disciplinata nel settore della circolazione stradale e del c.d. rischio assicurabile può essere interpretata estensivamente sino a coprire «intentional physical harm such as assault and battery, malicious damage to property, arson or even homicide, including political assassination»; 2) tale eccezione, ovviamente, si applica solo in quei casi in cui l'atto dannoso si sia svolto sullo Stato del foro, constatando che, qualora in questi casi l'accesso alle corti fosse negato, il danneggiato non avrebbe altra strada per ottenere il risarcimento; 3) l'autore dell'atto (o dell'omissione) dannoso deve essere presente sul territorio dello Stato «at the relevant time»;

---

time of writing, the 1972 Convention was binding only on eight out of the 43 members of the Council of Europe. This does not, however, prevent some of its provisions – Article 11 for one – from reflecting generally recognised rules, as is shown by the international practice referred to in the present opinion».

[473] Nella *dissenting opinion* si legge: «It is also true that Article 31 of the same Convention stipulates an exception to the torts exception cited above by stressing that "[n]othing in this Convention shall affect any immunities or privileges enjoyed by a Contracting State in respect of anything done or omitted to be done by, or in relation to, its armed forces when on the territory of another Contracting State", but, as is and will become apparent from the practice referred to in the present opinion, this exception is specific to the Convention and has no general validity».

[474] La Corte cita specificamente: l'art. 3, lett. e) della Risoluzione adottata dall'Istituto di diritto internazionale del 2 settembre del 1991 («The organs of the forum State are competent in respect of proceedings concerning the death of, or personal injury to, a person, or loss of or damage to tangible property, which are attributable to activities of a foreign State and its agents within the national jurisdiction of the forum State»); l'art. III (f) del Progetto di articoli per una Convenzione sull'immunità dello Stato adottata dall'nternational Law Association nell'agosto del 1994 («[w]here the cause of action relates to: 1. Death or personal injury; or 2. Damage to or loss of property, and the act or omission which caused the death, injury or damage either occurred wholly or partly in the forum State or if that act or omission had a direct effect in the forum State»).

4) alcuna distinzione può essere tracciata tra i *torts* cagionati nell'esercizio dello *ius imperii* e quelli cagionati nell'esercizio dello *ius gestionis*.

Alla luce di tale giurisprudenza, e in particolare del contrasto tra l'opinione dei giudici di maggioranza e quelli di minoranza della Corte di Strasburgo, l'interrogativo di fondo – come peraltro abbiamo già avuto modo di esprimere in numerose parti di questo lavoro – rimane sempre, dunque, quello relativo alla compatibilità tra esenzione dalla giurisdizione ed esercizio delle prerogative sovrane.

Abbiamo anticipato che la problematica investe, in generale, tanto le ipotesi in cui uno Stato ponga in essere sul territorio di altro Paese straniero un illecito extracontrattuale che non rivesta gli estremi della violazione di norme internazionali cogenti, quanto quelle – per vero costituenti il nocciolo duro della questione – in cui l'illecito abbia i requisiti della grave violazione di norme di *ius cogens*.

Considerato che quest'ultima tipologia di violazioni, infatti, ricorre frequentemente nei casi in cui le forze armate di uno Stato pongano in essere delle attività sul territorio di un Paese straniero (attività che – dobbiamo ancora una volta evidenziare – sono tradizionalmente considerate *iure imperii*), l'interprete sarà costretto, a fronte di tali situazioni, a domandarsi: è possibile che trovi applicazione la *tort exception* agli eventuali illeciti, costituenti violazioni di norme imperative del diritto internazionale, perpetrati sul territorio di uno Stato da parte di un Paese estero, qualora tali violazioni siano cagionate nell'esercizio di attività tipicamente riconducibili a quelle sovrane di un'entità statale? E ancora: il fatto che le attività *iure imperii* in questione violino delle norme cogenti avrà qualche ripercussione sull'applicazione dell'eccezione legata al *locus commissi delicti*?

Una prima risposta è stata fornita dalla sentenza della Corte suprema greca del 2000 relativa al caso *Distomo*[475].

Senza soffermarci nuovamente sulla vicenda, già ampiamente trattata, ci basti in questa sede ricordare che l'*Areios Pagos* ha adottato una decisione che ha rappresentato una vera e propria controtendenza rispetto alla prassi degli Stati. Se quest'ultima, infatti, aveva sempre ritenuto dovesse essere riconosciuta l'immunità per qualsiasi atto costituente estrinsecazione

[475] *The Hellenic Supreme Court*, *Prefecture of Voiotia v. the Federal Republic of Germany*, cit., conforme a *Court of Livadia, Prefecture of Voiotia v. the Federal Republic of Germany*, cit. Per un'analisi dettagliata delle sentenze si rinvia al § 3.2 del presente capitolo.

delle prerogative sovrane statali, comprese le ipotesi in cui gli illeciti compiuti dallo Stato estero sul territorio del Paese del foro avessero costituito violazione di norme imperative del diritto internazionale, la Corte suprema greca, viceversa, negava, proprio in relazione a quest'ultima ipotesi, l'immunità.

Secondo l'Areios Pagos, la *territorial tort exception*, ricostruita sulla base della disciplina dettata dall'art. 11 della Convenzione di Basilea del 1972, Convenzione che nell'opinione della Corte doveva essere considerata codificazione del diritto internazionale consuetudinario, avrebbe dovuto trovare applicazione indipendentemente dal fatto che l'illecito fosse stato commesso tramite *acta iure imperii*.

A dire il vero però, il richiamo alle violazioni dello *ius cogens* veniva operato solo in un secondo momento, ovvero per escludere l'applicabilità della c.d. *armed conflict clause*, codificata all'interno dell'art. 31 della Convenzione europea sulle immunità degli Stati. La Corte, sosteneva, infatti, che nelle ipotesi di condotte, come quelle oggetto del giudizio, costituenti crimini internazionali, e, dunque, violazioni di norme imperative del diritto internazionale, l'attività dello Stato estero non potesse mai essere qualificata come *iure imperii*, e si dovesse ritenere implicita la rinuncia di tale Stato all'immunità dalla giurisdizione dello Stato del foro.

Anche le autorità giurisdizionali italiane si sono pronunciate sulla questione in una sentenza che, per la sua portata innovativa, può essere definita come "epocale" nel complesso panorama dei rapporti tra norme immunitarie e violazioni dei diritti umani fondamentali: mi riferisco alla sentenza della Corte di Cassazione del 2004 nel caso *Ferrini*[476].

La sentenza della Suprema Corte, infatti, è arrivata ad affermare la giurisdizione del giudice italiano nei confronti dello Stato tedesco convenuto, in relazione ad attività qualificabili come *iure imperii*, costituenti violazioni di norme cogenti del diritto internazionale, sulla base di un percorso argomentativo particolarmente strutturato, fondato, prima, sull'individuazione di un motivo principale, in ragione del quale veniva negata l'immunità allo Stato estero, per essere seguito, poi, da ben quattro argomenti a supporto logico della previa statuizione, già di per se stessa fondante il diniego.

A seguito della sua rilevanza all'interno nel quadro della giurisprudenza degli Stati nazionali sul tema oggetto della nostra disamina, sarà opportuno procedere ad un'analisi approfondita della sentenza *Ferrini*. Tuttavia, l'esame della pronuncia non sarà analiticamente

[476] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.

condotto in questa sede. Rispetto, infatti, al conflitto immunità-diritti umani fondamentali, la motivazione dirimente individuata dalla Corte di Cassazione italiana non riguarda tanto l'applicabilità della *territorial tort exception* – facente parte della quadriade di argomenti a supporto logico – al caso di specie[477], quanto, piuttosto, la possibilità di ricorrere nell'affrontare la dibattuta questione ad una gerachia (formale o, a detta di altri, sostanziale) tra le norme diritto internazionale. Si ritiene, pertanto, opportuno procedere all'esame della sentenza nella sede dedicata al criterio gerarchico, sul quale si dirà a breve[478].

Ciò nonostante, in questo contesto, preme sottolineare che la Cassazione, nella sentenza in questione, a fronte di un'analisi dei precedenti giurisprudenziali in materia di responsabilità di uno Stato per fatti illeciti perpetrati sul territorio dello Stato estero del foro, e delle disposizioni inerenti la *territorial tort exception* contenute in alcuni testi normativi che riguardano la materia immunitaria, ha esplicitamente statuito come non risulti più possibile ritenere che il criterio fondato sulla natura dell'atto lesivo sia dotato di portata generale e possa, dunque, paralizzare l'applicazione della *tort exception*: la prassi delle corti nazionali, così come i legislatori, si starebbe, infatti, evolvendo, progressivamente, verso l'adozione di un criterio differente. A riprova di quanto affermato, la Corte prendeva ad esempio l'*Anti-Terrorism and Effective Death Penalty Act*, che considerava espressione della, sempre più diffusa, tendenza ad attribuire un'importanza primaria alla protezione dei diritti umani fondamentali, nei casi di «attività delittuose di particolare gravità»[479]. La Corte, dunque, per quanto non invocasse espressamente la *territorial tort exception* quale motivo di diniego dell'immunità alla Germania, non si esimeva dal constatare (ma forse dall'affermare) la chiara evoluzione interpretativo-normativa volta ad a estendere anche ad *acta iure imperii* l'applicazione dell'eccezione alla consolidata regola immunitaria.

---

[477] Dello stesso avviso parte della dottrina, secondo cui: «Il fatto che la cattura e la deportazione del Ferrini avessero avuto luogo in territorio italiano costituisce una circostanza rilevante nella motivazione della Corte, malgrado essa sia presa in considerazione solo in un secondo momento della decisione, e cioè, come argomento *a fortiori*, al fine di distinguere il caso di specie da alcuni precedenti, apparentemente molto simili, nei quali era stato affermato che "gli Stati hanno il diritto di avvalersi dell'immunità dalla giurisdizione pur in presenza di domande dirette ad ottenere il risarcimento dei danni rilevanti dalla commissione di *crimini internazionali*"». Così P. DE SENA, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini", in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 255 e ss., spec. p. 257.

[478] Cfr. capitolo IV, § 4.1.

[479] Cfr. in particolare i §§ 10, 10.1, 10.2 della sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.

L'interpretazione data dalla Cassazione greca e da quella italiana, nonostante non possa negarsi si scontri con un costante filone giurisprudenziale che si è sempre espresso in senso opposto, non può, ad opinione della scrivente, che essere accolta positivamente, andando ad estendere la forbice della operatività delle deroghe in materia immunitaria.

Il punto di congiunzione tra le sentenze dell'*Areios Pagos* e della Corte di Cassazione sembra potersi rinvenire nel fatto che, diversamente dai giudici che le hanno precedute, esse ammettono la deroga anche per atti *iure imperii* costituenti specificamente violazione di norme cogenti.

Pertanto tre, a mio avviso, sono le opzioni: *i)* o si ritiene che tale giurisprudenza abbia inteso "spianare" la strada alla *tort exception* per tutte le tipologie di atti, siano questi *iure imperii* o *iure gestionis*; *ii)* o si ammette che l'intento delle Corti sia stato affermare che la deroga all'immunità operi sempre nel caso di *acta iure privatorum*, ed, invece, si estenda agli atti *iure imperii* solo qualora tali atti abbiano costituito violazione di norme imperative del diritto internazionale; *iii)* oppure, infine, si potrebbe forse pensare che l'intento delle Corti sia stato, piuttosto, quello di affermare che la deroga operi esclusivamente nel caso di *acta iure privatorum*, all'interno dei quali verrebbero però ricondotti mediante una *fictio iuris* anche gli *acta iure imperii* violativi del diritto cogente, in quanto le violazioni delle norme imperative farebbero perdere il carattere *iure imperii* agli atti, trasformandoli in *iure gestionis*.

Quale fosse effettivamente l'intento delle Corti non risulta chiaro.

Nella sentenza *Distomo* del 2000, infatti, l'*Areios Pagos*, dapprima, affermava l'applicabilità della disciplina della *territorial tort exception* al caso di cui al suo esame, asserendo espressamente che la deroga trovasse applicazione indipendentemente dal fatto che un illecito fosse stato perpetrato nell'esercizio di *acta iure imperii*. Sembrava, dunque, che la Corte volesse estendere la deroga indistintamente a tutte le tipologie di atti.

Tuttavia, subito dopo, la Corte suprema sosteneva che *l'armed conflict clause* non potesse operare in ragione del fatto che gli atti delle milizie tedesche, perpetrati sul territorio greco occupato, certamente costituenti violazioni di norme di *ius cogens*, non avrebbero potuto essere qualificati come *iure imperii* (aggiungendo, poi, che, con il compimento di tali condotte, la Germania avesse implicitamente rinunciato alla propria immunità). Si potrebbe sostenere, allora, che la riconducibilità alla *tort exception* degli atti delle milizie della Germania, con esclusione dell'applicabilità della *armed conflict claused*, venisse, perlomeno di fatto, ricondotta

dalla Corte alla possibilità di qualificare gli atti delle forze armate come *iure gestionis*, avendo perso in virtù della violazione delle norme cogenti il loro carattere *iure imperii*.

Inoltre non si deve dimenticare che la sentenza dell'*Areios Pagos* era accompagnata da un'opinione dissenziente, secondo cui non sarebbe stato possibile ritenere operante la *territorial tort exception* per attività di uno Stato estero qualificabili come *acta iure imperii*. Seguendo tale impostazione, si sarebbe, allora, dovuto optare per ritenere la deroga applicabile solo agli *acta iure privatorum*.

Anche avendo riguardo alla sentenza *Ferrini*, scorgere quale fosse l'effettiva volontà del consesso giudicante non è agevole.

La Corte, infatti, come ricordato, abbraccia diversi argomenti nella sua pronuncia, tentando, forse, di convincere il lettore che la corretta strada – quale che sia la logica sposata – debba sempre essere il diniego dell'immunità a fronte della commissione di crimini costituenti violazioni di norme imperative del diritto internazionale.

Non si comprende, dunque, se il Collegio intendesse affermare che, come potrebbe sembrare *prima facie*, la deroga di cui al nostro esame dovesse trovare applicazione indistintamente per gli *acta iure imperii* e per gli *acta iure gestionis*, oppure, come si potrebbe probabilmente sostenere sulla base di una meditata riflessione, che l'eccezione potesse applicarsi solo agli *acta iure gestionis*, estendendosi agli *acta iure imperii* soltanto nell'ipotesi in cui questi ultimi costituiscano violazioni di norme cogenti. L'unica opzione che sembra essere stata esclusa dalla Corte è quella della *fictio iuris*, sulla base della quale gli *acta iure imperii* muterebbero il loro carattere in *iure gestionis*, qualora andassero a violare norme imperative del diritto internazionale.

Al di là di queste questioni, che appaiono all'occhio dell'interprete particolarmente nebulose, certo è, almeno ad opinione della scrivente, che gli Stati, per quanto sempre e comunque restii ad estendere ulteriormente l'ambito delle eccezioni alla regola immunitaria, sarebbero sicuramente più propensi ad accettare una ulteriore compressione dell'esenzione dalla giurisdizione, qualora questa fosse legata a precise condizioni. Pertanto, se appare difficile sostenere che la *tort exception* possa essere sempre e comunque applicata tanto agli atti *iure gestionis* quanto agli atti *iure imperii*, sarebbe desiderabile prospettare la sua applicazione – oltre naturalmente alle ipotesi *iure gestionis* – alle ipotesi di *acta iure imperii*, costituenti gravi

violazioni di norme imperative del diritto internazionale a tutela dei diritti umani fondamentali. Tuttavia, tale possibilità, perlomeno allo stato attuale della prassi internazionale, appare poco plausibile, in quanto gli Stati potrebbero (forse) accettare l'esercizio della giurisdizione (che è, anzitutto, accertamento dei fatti di fronte alla Comunità dei consociati) da parte di un Paese estero in ipotesi di illeciti aventi un lieve disvalore, ma, al contrario, rifuggirebbero (come, in effetti, rifuggono) un vaglio delle autorità giurisdizionali straniere sulle azioni (od omissioni) di maggiore gravità che violino lo *ius cogens*.

Nel valutare la possibilità di ricomprendere all'interno della *tort exception* le violazioni commesse da uno Stato straniero delle norme di *ius cogens*, a mio avviso, esiste, tuttavia (al netto, cioè, di quanto insistentemente e ipocritamente perseguito dagli Stati), un dato dal quale non è possibile prescindere.

Mi riferisco alla disciplina dettata in materia immunitaria dalla Convenzione sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, adottata nel 2004 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che è stata oggetto di analisi all'interno del capitolo I[480].

Per quanto quest'ultima non sia ancora entrata in vigore, a causa dell'insufficiente numero di ratifiche finora raccolte, non si deve dimenticare come essa rappresenti senz'altro, ad oggi, un punto di riferimento imprescindibile per la materia di cui al nostro esame, come, peraltro, confermato dalla giurisprudenza dei tribunali, tanto nazionali quanto internazionali, che l'hanno richiamata. Di conseguenza, le considerazioni sul testo del trattato possono, forse, essere fatte valere anche a livello più generale, ovvero al di là degli stringenti limiti convenzionali.

Si ricorderà come, all'interno del paragrafo specificamente dedicato alla Convenzione di New York del 2004, si è rinviato espressamente a questa sede per la disamina della questione connessa alle violazioni di norme cogenti.

Anzitutto, ciò che deve essere premesso è che la Convenzione non prevede alcun riferimento né alle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, né alle violazioni di norme imperative del diritto internazionale.

Come ha sottolineato la dottrina, il fatto che non si rinvenga traccia della violazione di norme cogenti tra le eccezioni alla regola generale dell'immunità all'interno della

[480] Si veda, in particolare, il § 1.5.

Convenzione del 2004 non è un caso[481]: la questione era stata vagliata da parte dei redattori e scientemente esclusa dal testo finale.

Ricordiamo, infatti, che, nel 1998, il Gruppo di lavoro, creato all'interno della Commissione di diritto internazionale, è stato chiamato dall'Assemblea Generale a riesaminare il testo adottato in seconda lettura nel 1991. Tra le problematiche sostanziali e gli sviluppi della prassi statuale analizzati, il Gruppo di lavoro aveva preso in considerazione anche la questione relativa all'antinomia tra norma sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione e norme di *ius cogens* in materia di diritti umani fondamentali.

Come risulta dall'allegato al *Report* presentato dal Gruppo di lavoro[482], nell'opinione di quest'ultimo esistevano motivi per ritenere che l'immunità dovesse essere negata nel caso di decesso o lesione dell'integrità fisica di una persona cagionata da atti commessi da uno Stato in violazione di norme cogenti, relative alla tutela dei diritti umani fondamentali dell'individuo[483].

Se da un lato, infatti, veniva riconosciuto che nella maggior parte dei casi in cui il problema era stato analizzato dalle giurisdizioni nazionali, le pronunce si erano orientate nel ritenere prevalente la norma che garantisce l'immunità – nonostante alcune corti avessero mostrato quella che veniva definita una «simpathy» per le argomentazioni dei ricorrenti, fondate sulla prevalenza, a vario titolo, dei diritti umani fondamentali[484] – dall'altro, tuttavia, il Gruppo di lavoro dava atto del fatto che vi fossero ulteriori elementi che avrebbero dovuto essere valutati nel risolvere la questione.

---

[481] In questo senso si è espresso N. RONZITTI, "L'eccezione dello *jus cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 46.

[482] Si veda l'Allegato al *Report of the Working Group on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Fifty-first Session*, 1999, doc. A/54/10, reperibile al link http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_l576.pdf&lang=EFX.

[483] Secondo il § 3 dell'allegato in questione: «3. […] This development concerns the argument increasingly put forward that immunity should be denied in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *jus cogens*, particularly the prohibition of torture».

[484] I §§ 4, 5, 6 e 7 dell'allegato in questione dispongono che: «4. In the past decade, a number of civil claims have been brought in municipal courts, particularly in the United States and the United Kingdom, against foreign Governments, arising out of acts of torture committed not in the territory of the forum State but in the territory of the defendant and other States. 5. In support of these claims, plaintiffs have argued that States are not entitled to plead immunity where there has been a violation of human rights norms with the character of *jus cogens*. 6. National courts, in some cases, have shown some sympathy for this argument. 7. However, in most cases, the plea of sovereign immunity has succeeded».

C'erano stati, infatti, dei segnali di apertura verso la possibile preponderanza delle norme che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo: *in primis*, l'emendamento al *FSIA* del 1996, ovvero l'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, volto ad introdurre un'eccezione in materia di immunità[485]; *in secundis*, la nota sentenza della *House of Lords* nel caso *Pinochet*[486], che, secondo il Gruppo di lavoro, nonostante si fosse limitata ad affermare esplicitamente che l'immunità dovesse essere negata a un «former head of State», qualora questi si fosse reso responsabile di atti di tortura all'interno del proprio Stato, avrebbe funto da "apripista" ad un orientamento volto ad escludere l'immunità degli organi dello Stato, tanto dalla giurisdizione penale, quanto da quella civile, nell'ipotesi in cui tali organi si siano resi responsabili di gravi violazioni delle norme fondamentali sui diritti umani, nello specifico quelle riferite ad atti di tortura[487].

Infine, il Gruppo di lavoro specificava che:

> «The developments examined in this appendix are not specifically dealt with in the draft articles on jurisdictional immunities of States and their property. Nevertheless they are a recent development relating to immunity which should not be ignored»[488].

Malgrado le lucide considerazioni del Gruppo del 1999, che aveva correttamente percepito l'esigenza di intervenire su un problema che, come dimostrato dalla prassi degli

---

[485] Secondo il § 9 dell'allegato in questione: «9. First, the United States has amended its *Foreign Sovereign Immunities Act* to include a new exception to immunity. This exception, introduced by section 221 of the *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* of 1996, provides that immunity will not be available in any case: «in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death that was caused by an act of torture, extrajudicial killing, aircraft sabotage, hostage–taking…». A Court will decline to hear a claim if the foreign State has not been designated by the Secretary of State as a State sponsor of terrorism under federal legislation or if the claimant or victim was not a national of the United States when the act occurred».

[486] *House of Lords*, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, *ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, Judgment 24 March 1999. Per ulteriori considerazioni sulla sentenza si rinvia al capitolo IV, § 4.2.

[487] Secondo quanto disposto dai §§ 11 e 12 dell'allegato in questione: «11. Secondly, the *Pinochet* case has emphasized the limits of immunity in respect of gross human rights violations by State officials. 12. Although the judgement of the House of Lords in that case only holds that a *former* head of State is not entitled to immunity in respect of acts of torture committed in his own State and expressly states that it does not affect the correctness of decisions upholding the plea of sovereign immunity in respect of civil claims, as it was concerned with a criminal prosecution, there can be no doubt that this case, and the widespread publicity it received, has generated support for the view that State officials should not be entitled to plead immunity for acts of torture committed in their own territories in both civil and criminal actions».

[488] Così il § 13 dell'allegato in questione.

Stati, non aveva, e non ha nemmeno successivamente trovato un argine, la decisione ultima è stata quella di escludere la problematica dalla codificazione, tanto è vero che non se ne trova alcuna traccia nel testo finale della Convenzione.

Come riportato nel *Report of the Chairman of the Working Group*[489], Mr. Gerhard Hafner ha affermato che il problema non riguardasse il progetto di articoli sulle immunità degli Stati dalla giurisdizione dei Paesi esteri, e che, ad ogni modo, la questione non risultava sufficientemente "matura" per poter essere oggetto di codificazione da parte del Gruppo di lavoro. Pertanto, veniva raccomandata l'analisi della problematica da parte della Terza Commissione del diritto internazionale, impegnata sui temi dell'impunità[490].

Oltre ai motivi sottolineati da Hafner, l'assenza della possibilità di rinvenire dei riferimenti alla violazione di norme *di ius cogens* nel testo della Convenzione si ritiene debba essere ricondotta a due fondamentali motivi ostativi.

Anzitutto, come appare intuitivo, escludere dal testo una previsione che sancisse il diniego dell'immunità in caso di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo è stata dettata dal concreto rischio che gli Stati, per porsi al riparo da eventuali azioni di risarcimento dei danni nei loro confronti a seguito di violazione di norme cogenti, scegliessero di non aderire alla Convenzione. Al fine, dunque, di ricevere maggior consenso, i redattori hanno preferito addivenire ad un compromesso che non ponesse a rischio la possibilità che la Convenzione avesse seguito tra gli Stati.

D'altronde, poi, come ha ricordato Tanzi, non si deve dimenticare il contesto storico e politico all'interno del quale la Convenzione ONU è stata formulata. Tanto il trattato, quanto

---

[489] *Report of the Chairman of the Working Group*, A/C.6/54/12, 12 *November* 1999, reperibile al link www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.6/54/L.12.

[490] Si veda il *Report of the Chairman of the Working Group*, IV *The appendix to the report of the International Law Commission's Working Group*, §§ 46, 47 e 48: «46. The Working Group considered whether, in addition to the five outstanding substantive issues referred to in the preceding paragraphs, it should also take up the matter described in the appendix to the report of the International Law Commission's Working Group, namely the question of the existence or non-existence of immunity in the case of violation by a State of jus cogens norms of international law. 47. It was generally agreed that this issue, although of current interest, did not really fit into the present draft articles. Furthermore, it did not seem to be ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it. In any case, it would be up to the Sixth Committee itself, rather than the Working Group, to decide what course of action, if any, to take on the issue. 48. In this connection, the view was also expressed that the issue raised by the appendix, rather than being a Sixth Committee matter, seemed to fall within the purview of the Third Committee of the General Assembly, particularly in connection with non-impunity issues dealt with by that Committee».

le pronunce dei giudici nazionali ed internazionali si sono espresse in un clima di «emergenza relativa alla sicurezza nazionale» a seguito degli avvenimenti dell'11 settembre 2001[491].

L'esigenza, dunque, di difesa primaria percepita, soprattutto in quel momento storico, dagli Stati, si sarebbe senza dubbio posta in contrasto con un'eventuale proposta di "mutilare", a favore della tutela dei diritti umani fondamentali, la regola immunitaria, regola posta a baluardo proprio di quella sovranità ed indipendenza che gli Stati, a fronte di emergenze di questo tipo, tendono a rivendicare.

In secondo luogo, si deve ammettere che, sarebbe stato compito assai arduo definire che cosa debba intendersi per gravi violazioni dei diritti umani. La questione avrebbe quasi sicuramente impedito di trovare un accordo sul testo, e qualora fosse stata adottata la categoria di "gravi violazioni dei diritti dell'individuo" senza porre in essere alcuna specificazione, si sarebbe senz'altro dato vita alle più svariate interpretazioni, rendendo, così, necessario un intervento chiarificatore da parte del legislatore internazionale o dalla Corte internazionale di giustizia.

Entrambi gli ostacoli ricordati, peraltro, sono stati evidenziati dallo stesso Mr. Hafner, il quale ha affermato:

> « Some criticism has been levelled at the Convention on the ground that it does not remove immunity in cases involving claims for civil damages against States for serious violations of human rights. This issue was raised in the ILC and it was dropped. It was raised again in the UN General Assembly and it was dropped because, in the light of the *Al Adsani* case and other developments, it was concluded that there was no clearly established pattern by States in this regard. It was recognised, therefore, that any attempt to include such a provision would, almost certainly jeopardise the conclusion of the Convention. In my view, there are other arguments which militate against including such an exception. It is said that we must limit impunity but suing a State for civil damages does not address the issue of impunity. To remove immunity, we must prosecute the individual person or persons responsible for the serious violations and this can be

[491] In questo senso A. TANZI, "Su immunità ed evoluzione della società internazionale", in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, cit., p. 22.

undertaken in other fields but not in the context of this Convention. Anyway, what is meant by "serious violations of human rights"? What would be the scope of any such exception? Is the denial of freedom of speech a serious violation? There would be significant problems of interpretation and this was also a reason why we did not take up the issue»[492].

A modesto parere della scrivente, pur comprendendo le difficoltà testè ricordate, il riferimento alla violazione delle norme di *ius cogens* sarebbe stato indubbiamente opportuno[493], per porre fine, quanto meno tra gli Stati ratificanti – seppur limitatamente a questioni sorte successivamente rispetto alla data di entrata in vigore della Convenzione, secondo il disposto dell'art. 4 – alla dibattuta questione che, come abbiamo visto, e, peraltro avremo ancora modo di sottolineare, non smette di porsi all'attenzione di dottrina e giurisprudenza.

Sul punto, il Ronzitti ha lucidamente sottolineato che:

«l'Assemblea Generale ha perso una grande occasione. La Convenzione sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione, come ogni convenzione di codificazione, è insieme codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale. L'eccezione dello *ius cogens* avrebbe quantomeno potuto iscriversi nella direzione dello sviluppo progressivo del diritto internazionale»[494].

---

[492] Cfr. Gerhard Hafner, *Remarks at the Chatham House Conference on State Immunity and the New U.N. Convention*, 5 *October* 2005, *Transcripts and Summaries of Presentations and Discussion*, reperibile online al link https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/ilpstateimmunity.pdf.

[493] In tal senso si è espresso anche C. K. HALL, "UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol", cit., p. 411 e ss.

[494] Così N. RONZITTI, "L'eccezione dello *jus cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 46. Peraltro, è da sottolineare come tale autorevole dottrina ritenga che, nonostante la mancata formulazione della deroga in questione, la Convenzione possa ritenersi compatibile, tramite la clausola di salvaguardia prevista dal preambolo della Convenzione stessa, con un'eventuale eccezione all'immunità fondata sullo *ius cogens*. Occorre, infatti, ricordare che nel preambolo, viene affermato che: «[…] le norme del diritto internazionale consuetudinario continuano a regolare le questioni non disciplinate dalle disposizioni della presente Convenzione». Alla luce di ciò, il Ronzitti sostiene che per identificare le deroghe all'immunità dalla giurisdizione si debba tenere conto non solo delle eccezioni previste dalla Convenzione ONU, ma anche di quelle derivanti dal diritto internazionale consuetudinario, siano esse presenti o future (oltre a quelle eventualmente concordate dagli Stati tramite accordi). Secondo l'Autore è indubbio, quindi, che l'eccezione fondata sullo *ius cogens*, se non già esistente, potrà in un futuro – futuro che il Ronzitti ritiene prossimo per via del filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza della Corte suprema greca nel caso *Distomo* e dalla

In conclusione, salvo voler adottare la logica seguita da taluni Autori, i quali ritengono che un'eccezione all'immunità *ad hoc* in caso di violazione di *ius cogens* sia attualmente esistente, e compatibile con la Convenzione ONU, o che sono comunque fiduciosi sulla possibilità che questa possa affermarsi in un futuro non lontano[495], è senz'altro ad oggi percorribile la strada che riconduce le violazioni di norme di *ius cogens* all'interno dell'ambito applicativo della *territorial tort exception*, ed, in particolare, rispetto alla Convenzione, dunque, all'art. 12.

Tuttavia, a opinione della scrivente, tale teoria dovrebbe applicarsi esclusivamente come *extrema ratio*, qualora le diverse soluzioni prospettate, e maggiormente garantiste, di per sé, dei diritti fondamentali dell'individuo, siano rigettate.

La teoria della *territorial tort exception* applicata alle violazioni di norme di *ius cogens*, non può che apparire, infatti, perlomeno riduttiva nel quadro delineato dal diritto internazionale contemporaneo. Ciò in quanto – come ricordato fin dall'inizio – l'immunità di fronte ai tribunali di uno Stato viene negata ad uno Paese estero, autore di gravi violazioni di norme cogenti di diritto internazionale, solo ed esclusivamente qualora l'illecito realizzi i presupposti richiesti dalla *tort exception*, ovvero vi sia uno stretto collegamento territoriale con lo Stato del foro, essendo state le violazioni commesse, in tutto o in parte, sul territorio di quest'ultimo Stato. In mancanza del criterio territoriale, l'esenzione dalla giurisdizione dovrebbe, invece, sempre essere accordata allo Stato estero.

Come ha, ancora una volta, acutamente sottolineato il Ronzitti:

> «[…] la *tort exception*, consacrata nell'art. 12 della Convenzione di New York, a prescindere dal suo valore di norma di diritto internazionale consuetudinario, può svolgere un ruolo limitato di supplenza rispetto all'eccezione dello *ius cogens*, sia perché l'evento dannoso deve essersi verificato nello Stato del foro sia perché la portata dell'eccezione è controversa (ad es. relativamente alle attività militari)»[496].

---

sentenza della Corte di Cassazione italiana nel caso *Ferrini* – porsi, insieme alle fattispecie previste dalla Convenzione ONU, tra le deroghe previste dall'ordinamento internazionale all'immunità degli Stati. Si vedano le pp. 46 e 47.

[495] *Ibidem*.

[496] *Ibidem*, p. 67.

D'altronde se si pensa ai casi giurisprudenziali analizzati, all'interno dei quali la *territorial tort exception* è stata applicata alle condotte oggetto del giudizio, è evidente come dette condotte siano state fatte ricadere nell'ambito dell'eccezione solo incidentalmente.

Nella pronuncia della Corte suprema greca del 2000, infatti, veniva sì inizialmente invocata la *territorial tort exception* per negare l'immunità alla Germania dalla giurisdizione civile ellenica, tuttavia, questa motivazione passava poco dopo in secondo piano: al fine di negare l'applicabilità della *armed conflict clause* risultava decisivo fare specifico riferimento al carattere cogente delle norme violate per sostenere che lo Stato avesse implicitamente rinunciato all'immunità.

Inoltre, nella sentenza Ferrini la *tort exception* è soltanto uno degli argomenti logici richiamati a sostegno della motivazione principale (basata, lo si ricorda, sull'intepretazione sistematica fondata sul criterio gerarchico)[497].

Pertanto, anche in queste sentenze, in cui effettivamente è stata invocata la *territorial tort exception* per negare il riconoscimento dell'immunità ad uno Stato straniero, tale deroga non è stata dirimente e le Corti hanno sempre tentato di attribuire un valore ulteriore alle violazioni di *ius cogens*, in modo tale che potessero costituire un'argomentazione autonoma per il diniego dell'immunità.

Si deve concludere, dunque, che la via prescelta abbracciando tale teoria, non risolva in alcun modo, se non incidentalmente, il contrasto tra norme a tutela dei diritti umani fondamentali e immunità, ma si limiti a fissare la giurisdizione di uno Stato, qualora all'interno del suo territorio sia stato commesso un illecito da un Paese straniero.

Qualora cada il criterio territoriale, cade anche l'eccezione all'immunità.

---

[497] In tal senso si sono espressi anche De Sena e De Vittor, secondo i quali la Suprema Corte non ha reputato il collegamento dello Stato estero con il locus commissi delicti quale aspetto determinante. Nell'opinione degli Autori: «Ciò si deduce non tanto dal fatto che le decisioni *Al-Adsani* e *Housang Bouzari* vengono criticare per il loro fondarsi sull'assunto che solo un'espressa previsione normativa potrebbe giustificare una deroga al principio dell'immunità giurisdizionale, quanto dalla circostanza che, in un altro passo della decisione *Ferrini*, si dica espressamente che il principio dell'universalità della giurisdizione per i crimini internazionali individuali si estenderebbe "anche ai processi civili che traggono origine da tali reati". Se questo è vero il riferimento operato dalla Corte al *locus commissi delicti* non costituisce dunque argomento sufficiente per concludere che la soluzione accolta nella decisione Ferrini si limiterebbe soltanto alle ipotesi di comportamenti lesivi adottati nel territorio dello Stato del foro. Ciò è del resto evidente, considerato il peso che in questa decisione viene dato alla duplice circostanza che le violazioni oggetto del giudizio si configurassero come crimini internazionali individuali e violazioni di norme di *ius cogens*». Cfr. P. DE SENA, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini", cit., p. 258.

La *ratio*, quindi, della tutela offerta dalla *territorial tort exception* si distacca dalla logica propria della collisione oggetto della nostra analisi. Ne consegue che, ancora una volta, tale eccezione non possa dirsi in alcun modo soddisfacente, qualora l'intento dell'interprete sia individuare una soluzione sul piano internazionale, affinché il "nodo gordiano" possa essere sciolto, attraverso un dialogo effettivo tra le norme oggetto del presente studio, e non attraverso eccezioni fondate su presupposti del tutto diversi rispetto a quelli che stanno alla base delle norme che pongono il divieto di violare lo *ius cogens*, eccezioni che possono, talvolta, solo accidentalmente, attagliarsi alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

CAPITOLO IV
LA MACROCATEGORIA DELLA *HUMAN RIGHT EXCEPTION*

SOMMARIO: 4.1 La *Normative Hierarchy Theory*; 4.2 La giurisdizione universale applicata agli Stati.

4.1 La Normative Hierarchy Theory

Anticipo fin da ora, in quanto le motivazioni verranno meglio approfondite in sede di conclusioni, che, a mio modesto avviso, l'ottica corretta, che deve essere adottata dall'interprete nell'analisi del conflittuale rapporto tra la norma che sancisce l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri e le norme a protezione dei diritti umani fondamentali, è quella assunta – utilizzando una dizione tipica della dottrina – dalla c.d. *Normative Hierarchy Theory*[498].

Secondo tale tesi, largamente accolta tra gli autori[499], il contrasto tra le due categorie di norme di cui al nostro esame andrebbe risolto sulla base di una lettura sistematica delle norme dell'ordinamento internazionale fondata su un *criterio gerarchico*, in ragione del fatto che, per quanto le norme di tale ordinamento, a seconda del loro oggetto, formino dei sottosistemi autonomi, questi ultimi non costituiscono delle monadi isolate, incapaci di comunicare tra

[498] Cfr. *ex multis*: K. BARTSCH, B. ELBERLING, "*Jus Cogens* v. State Immunity. Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision", in *German Law Journal*, 2003, p. 477 e ss.; C. ESPOSITO, "*Jus Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: «A Conflict Does Exist»", in *Italian Yearbook of International Law*, 2012, p. 161 e ss.; M. KARAGIANNAKIS, "State Immunity and Fundamental Human Rights", cit., p. 11 e ss.; T. KOJI, "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights", in *European Journal of International Law*, 2001, p. 917 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", cit., p. 955 e ss.; M. REINMANN, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 404 e ss.

[499] Sul punto cfr. quanto asserito da Orakhelashvili, il quale ha affermato che: «it is no longer possible, if it ever was, to consider that the view of primacy of *jus cogens* is an isolated trend of the small minority, while the majority of scholars support the "traditional" or "orthodox" understanding of State immunity». Così A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", cit. p. 964.

loro: pertanto, qualora norme appartenenti a sottosistemi diversi si trovino a dover interagire, come nel caso di norme a tutela dei diritti umani fondamentali e norme che attribuiscono l'immunità agli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri, esse dovranno essere interpretate in maniera sistematica[500].

All'interno della *Normative Hierarchy Theory*, nonostante l'uniformità di vedute circa il criterio applicabile, ovvero il criterio gerarchico, è possibile riscontrare due diversi orientamenti, fondati rispettivamente sul carattere formale o sostanziale della gerarchia.

Secondo taluni autori, infatti, l'eventuale conflitto tra le due categorie di norme andrebbe risolto sulla base della *gerarchia formale* delle fonti del diritto internazionale.

Tale tesi, riconoscendo l'esistenza di una gerarchia che attribuisce un diverso rango alle norme del diritto internazionale da un punto di vista formale, prevede che, in caso di collisione tra norme, la soluzione al conflitto debba essere rinvenuta alla luce del diverso grado attribuito a ciascuna di esse all'interno della struttura gerarchica delle fonti. In particolare, secondo i sostenitori della presente tesi, le norme di *ius cogens* si pongono all'apice della gerarchia delle fonti del diritto internazionale e, pertanto, debbono necessariamente, in virtù del loro grado, prevalere sempre, tanto sulle norme pattizie, quanto sulle norme consuetudinarie *sic et simpliciter*. Se è vero, infatti, come taluni autori sostengono, che le norme imperative sono anch'esse norme consuetudinarie, è altrettanto vero che, rispetto alle semplici consuetudini caratterizzate da *diuturnitas* e *opinio iuris ac necessitatis*, sono dotate di un *quid pluris* consistente in una *opinio iuris* particolarmente qualificata[501]. Essendo, dunque, le norme che prevedono l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero

---

[500] Nei suddetti termini si esprime Orakhelashvili, il quale evidenzia che il regime delle immunità deve essere interpretato alla luce del diritto internazionale nel suo complesso, avendo in particolare riguardo ai diritti umani, dal momento che questi hanno assunto una rilevanza fondamentale nel corso degli ultimi decenni. *Ibidem*, p. 968.

[501] In tal senso si è espresso Ronzitti. Secondo l'Autore: «[…] le norme imperative sono norme di diritto internazionale generale, sorrette da una particolare *opinio iuris*. Gli Stati sono infatti convinti non solo dell'universale applicabilità della norma, ma anche della sua inderogabilità. In questo senso le norme imperative sono innanzitutto norme consuetudinarie, sostenute da una *opinio iuris* particolarmente qualificata (l'inderogabilità appunto) […]». Si veda N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 166. Il Conforti, sempre riferendosi alle norme di *ius cogens*, afferma: «[…] L'interprete, come nel caso del diritto consuetudinario «normale», dovrà anzitutto stabilire se una norma trova riscontro negli elementi della *diuturnitas* e dell'*opinio juris sive necessitatis*; ma dovrà altresì stabilire, sempre in base a questi elementi, se la più gran parte degli Stati considera detta norma come superiore alle comuni fonti internazionali in quanto ispirata a valori fondamentali ed universali […]». Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 2015, p. 189. Tuttavia, la dottrina non è uniforme sul punto. Si ricorda, ad esempio, che il Glennon nega addirittura l'esistenza della stessa categoria delle norme imperative. M. J. GLENNON, "De l'absurdité de droit imperative (*Jus cogens*)", cit., p. 529 e ss. Per una ricostruzione delle argomentazioni dell'Autore si rinvia al capitolo II, § 2.3.

inquadrabili come mere norme consuetudinarie, prive del carattere della cogenza, e, viceversa, le norme a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo norme di *ius cogens*, l'eventuale conflitto tra le due categorie di norme non potrebbe che risolversi a favore delle norme protettive dei diritti umani fondamentali, in virtù del loro carattere imperativo[502].

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che in caso di contrasto tra le due categorie di norme, occorra porre in essere un bilanciamento tra esse sulla base della *gerarchia sostanziale* dei valori sottesi a ciascuna norma.

La logica abbracciata da tale tesi risulta, pertanto, essere del tutto diversa rispetto a quella assunta dalla gerarchia formale: non si tenta infatti, per addivenire ad una soluzione del conflitto di attribuire un diverso grado alle norme all'interno di una formale struttura gerarchica, quanto, piuttosto, si insiste sulla naturale diversità dei valori che fondano le norme di diritto internazionale, adottando una prospettiva che viene, di regola, utilizzata dall'interprete all'interno degli ordinamenti nazionali, nel caso in cui sia necessario stabilire, a fronte di norme di pari grado, quale debba prevalere, ponendo in essere un bilanciamento dei valori fondanti le norme stesse. Gli Autori che optano per la gerarchia sostanziale, quindi, operano un bilanciamento tra i valori sottesi alle norme che entrano tra loro in collisione, e, a seconda del valore ritenuto di maggiore importanza all'interno dell'ordinamento internazionale, attribuiscono la prevalenza alla norma che lo tutela sulla norma che protegge, invece, il valore cui è riconosciuta rilevanza minore. Di conseguenza, qualora ci si trovi di

---

[502] In tal senso si esprime, ad esempio, N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 49, il quale afferma esplicitamente che: «Le norme imperative sono, nella gerarchia delle fonti, superiori alle semplici norme consuetudinarie. In caso di contrasto, le seconde devono essere disapplicate e le prime prevalgono». In senso conforme A. LANCIOTTI, A. PANETTA, "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", cit., pp. 341 e 342, ove viene affermato, con particolare riferimento alla norma di *ius cogens* che prevede il divieto di tortura: «[…] ma una volta riconosciuto rango imperativo alla norma che pone il divieto di tortura e postulata la sua superiorità gerarchica rispetto alle altre norme consuetudinarie, non si vede perché questo effetto di prevalenza non debba travolgere tutte le norme confliggenti di rango superiore». Inoltre Reimann ha sottolineato come la prevalenza delle norme a tutela dei diritti umani fondamentali sulla norma immunitaria fosse ravvisabile esclusivamente a livello internazionale, e non anche nazionale. Riferendosi in particolare all'ordinamento statunitense, affermava, quindi, l'esigenza che venisse introdotto un emendamento al *FSIA* – emendamento che peraltro, come abbiamo avuto modo di ricordare nel capitolo I, è stato effettivamente adottato – volto a negare l'immunità nel caso i diritti fondamentali dell'individuo fossero violati da uno Stato estero, in quanto, diversamente, non solo le due categorie di norme da noi considerate avrebbero avuto lo stesso valore, ma si sarebbe altresì registrata una tendenza da parte dei giudici nazionali a riconoscere la prevalenza all'immunità piuttosto che alla protezione dei diritti fondamentali dell'individuo. Così M. REINMANN, "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", cit., p. 407.

fronte a norme il cui valore sotteso risulti essere la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo da gravi violazioni del diritto internazionale, tale valore dovrà prevalere rispetto a qualsiasi altro protetto da una diversa norma di diritto internazionale, compreso quello della sovrana eguaglianza tra entità statali, fondante la norma che attribuisce l'immunità agli Stati dalla giurisdizione civile straniera, precludendo così al Paese che si sia reso responsabile di violazioni di norme poste a tutela dei diritti umani fondamentali di invocare l'esenzione dalla giurisdizione, qualora venga convenuto di fronte ai tribunali di uno Stato estero[503].

Quale che sia, pertanto, lo specifico approccio adottato – formale sulla base della gerarchia delle fonti, o sostanziale sulla base dei valori sottesi alle norme – il risultato a cui l'interprete perviene non cambia: sul piano degli effetti, infatti, le due prospettive coincidono largamente, in quanto nel caso in cui si registri un conflitto tra la norma immunitaria a tutela della sovranità degli Stati e norme cogenti che proteggono i diritti umani fondamentali, queste ultime debbono sempre prevalere sulle prime.

In giurisprudenza, la tesi in esame è stata, in particolare, divulgata, a partire dal 2004, dai giudici italiani, le cui sentenze costituiscono un vero e proprio *unicum* nel ricco quadro delle pronunce dei tribunali, tanto nazionali quanto internazionali, relative al rapporto immunità-diritti umani fondamentali.

Tuttavia, prima di soffermarci sulla giurisprudenza italiana, è opportuno fare cenno ad un ulteriore precedente che, già alcuni anni prima rispetto alle pronunce dei giudici italiani, avanzava la tesi della *Normative Hierarchy Theory*: si tratta dell'opinione dissenziente assunta da taluni giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Al-Adsani c. Regno Unito* del 2001[504].

---

[503] In questo senso si veda, ad esempio: A. CASSESE, *Diritto internazionale*, cit., 2006, p. 111; P. DE SENA, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazione di diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso *Ferrini*", cit., p. 255 e ss..; ID., "State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", in European Journal of International Law, 2005, p. 89 e ss.

[504] Corte europea dei diritti umani, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit. Si ricorda che nonostante i giudici avessero statuito all'unanimità che il Regno Unito non potesse essere reputato responsabile per la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la decisione rispetto alla impossibilità di riscontrare una violazione da parte del medesimo Stato dell'art. 6, § 1, della Convenzione era stata assunta con una maggioranza particolarmente ristretta (9 voti contro 8). Alla sentenza è stata allegata un'opinione dissenziente presentata dai giudici Caflisch e Rozakis, ai quali si sono associati i giudici Costa, Cabral Barreto, Vajić e Wildhaber. Per l'analisi della pronuncia dei giudici di maggioranza si rinvia al capitolo II, § 2.2.

Senza volerci soffermare nuovamente sui fatti ed il contenuto della sentenza sui quali si è già ampiamente detto, si ricordi solo come i giudici di maggioranza non avessero riscontrato da parte del Regno Unito una violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per aver tale Stato riconosciuto l'immunità dalla giurisdizione al Kuwait rispetto ad un'azione fondata su presunti atti di tortura perpetrati dagli organi del Paese estero nei confronti del ricorrente.

Tuttavia, in calce alla pronuncia era stata allegata un'opinione dissenziente, all'interno della quale veniva criticato il ragionamento seguito dalla maggioranza dei giudici nella sentenza, in ragione della mancata considerazione da parte di questi ultimi di un dato fondamentale dell'ordinamento internazionale.

Se, infatti, la maggioranza – nell'opinione dei giudici dissenzienti – aveva correttamente qualificato il divieto di tortura come norma di *ius cogens*, allo stesso tempo aveva peccato nel non valorizzare il fatto che l'ordinamento internazionale è un ordinamento di tipo verticistico, all'interno del quale le norme cogenti si pongono all'apice della gerarchia delle fonti, e, pertanto, nel caso in cui sia ravvisabile un conflitto tra norme cogenti e norme non dotate del medesimo rango, le norme imperative debbono necessariamente prevalere: da ciò, veniva dedotto che la norma immunitaria non essendo, come peraltro riconosciuto dalla maggioranza, una norma di *ius cogens*, ma una semplice natura consuetudinaria, e ponendosi, quindi, ad un grado inferiore rispetto alla norma cogente sul divieto di tortura, non avrebbe potuto produrre i suoi effetti tipici, proprio per la loro incompatibilità con il contenuto della norma imperativa[505].

[505] Nelle parole dei giudici nell'opinione dissenziente: «1. […] By accepting that the rule on prohibition of torture is a rule of *jus cogens*, the majority recognise that it is hierarchically higher than any other rule of international law, be it general or particular, customary or conventional, with the exception, of course, of other *jus cogens* norms. For the basic characteristic of a *jus cogens* rule is that, as a source of law in the now vertical international legal system, it overrides any other rule which does not have the same status. In the event of a conflict between a *jus cogens* rule and any other rule of international law, the former prevails. The consequence of such prevalence is that the conflicting rule is null and void, or, in any event, does not produce legal effects which are in contradiction with the content of the peremptory rule. 2. The Court's majority do not seem, on the other hand, to deny that the rules on State immunity; customary or conventional, do not belong to the category of *jus cogens*; and rightly so, because it is clear that the rules of State immunity, deriving from both customary and conventional international law, have never been considered by the international community as rules with a hierarchically higher status. It is common knowledge that, in many instances, States have, through their own initiative, waived their rights of immunity; that in many instances they have contracted out of them, or have renounced them. These instances clearly demonstrate that the rules on State immunity do not enjoy a higher status, since *jus cogens* rules, protecting as they do the "ordre public", that is the basic values of the international community, cannot be subject to unilateral or contractual forms of derogation from their imperative contents. 3. The acceptance therefore of the *jus cogens* nature of the

Nell'opinione dissenziente, veniva, inoltre, evidenziato che la distinzione operata da parte dei giudici di maggioranza tra procedimenti penali, ove apparentemente veniva accettato che la norma cogente fosse dotata della forza per privare la norma immunitaria dei suoi effetti giuridici, e procedimenti civili, all'interno dei quali non veniva riconosciuta la medesima forza alle norme di *ius cogens*, risultava, di fatto, artificiosa e dava luogo ad un'incoerenza logica. In particolare, i giudici dissenzienti criticavano la sopra citata distinzione propugnata dalla maggioranza, circa i diversi effetti delle norme cogenti all'interno dei procedimenti penali e civili, sulla base di due ragioni: la prima, in quanto questa non era stata in alcun modo prospettata dalle corti inglesi che si erano pronunciate sul caso; la seconda, in quanto essa non era in armonia con l'essenza stessa del funzionamento delle norme imperative del diritto internazionale, le quali non producono effetti sulla base della natura civile o penale del procedimento, ma solo sulla base del loro carattere cogente e della loro interazione con norme gerarchicamente inferiori[506].

---

prohibition of torture entails that a State allegedly violating it cannot invoke hierarchically lower rules (in this case, those on State immunity) to avoid the consequences of the illegality of its actions. In the circumstances of this case, Kuwait cannot validly hide behind the rules on State immunity to avoid proceedings for a serious claim of torture made before a foreign jurisdiction; and the courts of that jurisdiction (the United Kingdom) cannot accept a plea of immunity, or invoke it *ex officio*, to refuse an applicant adjudication of a torture case. Due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*. 4. The majority, while accepting that the rule on the prohibition of torture is a jus cogens norm, refuse to draw the consequences of such acceptance […]». La tesi sostenuta dai giudici di minoranza è stata salutata con favore da ampia parte della dottrina. Si vedano in particolare *ex multis*: V. BOU FRANCH, "Inmunidad del Estado y violatión de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto *Al-Adsani contra el Reino Unido*", in *Anuario Español de Derecho International*, vol. XVIII, 2002, p. 279 e ss., spec. p. 296; O. DE FROUVILLE, "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit à un tribunal et immunités de jurisdiction (*Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *McElhinney c. Irelande*), in *Journal du droit international*, 2001, p. 273 e ss., spec. p. 276 e ss.; J.-F. FLAUSS, "La competence civile universelle devant la Cour européenne des droit de l'homme"; in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2003, p. 156 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", cit. p. 965.

[506] Ancora, nelle parole dei giudici di minoranza: «They contend that a distinction must be made between criminal proceedings, where apparently they accept that a *jus cogens* rule has the overriding force to deprive the rules of sovereign immunity from their legal effects, and civil proceedings, where, in the absence of authority, they consider that the same conclusion cannot be drawn. Their position is well summarised in paragraph 66 of the judgment, where they assert that they do not find it established that "there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum State". Hence, "[t]he 1978 Act, which grants immunity to States in respect of personal injury claims not inconsistent with those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity". In our opinion, the distinction made by the majority and their conclusions are defective on two grounds. Firstly, the English courts, when dealing with the applicant's claim, never resorted to the distinction made by the majority. They

Come anticipato, tuttavia, nel diffondere la teoria oggetto del presente paragrafo, un ruolo fondamentale è stato assunto dai tribunali italiani, e, in particolare, dalla Suprema Corte di Cassazione.

Numerose sono state le sentenze che hanno affrontato, nella prospettiva della lettura sistematica fondata sul criterio gerarchico, il dibattito relativo al rapporto tra immunità giurisdizionale dello Stato e tutela dei diritti umani fondamentali.

Si è scelto di soffermarsi nel proseguo, in particolare, su due sentenze, pronunciate dalla Cassazione italiana rispettivamente in sede civile ed in sede penale, per evidenziare l'uniformità di vedute espresse dalla Corte. La Cassazione, infatti, nel proprio vaglio di legittimità sull'operato dei giudicanti inferiori, si confrontava tanto con casi civili, in cui l'attore aveva citato direttamente in giudizio lo Stato estero – in assenza di un precedente o contemporaneo giudizio penale sulla responsabilità dell'organo-individuo – quanto con casi penali, in cui la richiesta risarcitoria verso lo Stato estero era avanzata in via concorrente (a titolo di responsabilità civile per fatto altrui *ex* art. 2049 c.c.) rispetto alla pretesa azionata direttamente contro l'imputato, nel contesto di un accertamento della responsabilità anche penale dei fatti commessi da quest'ultimo.

A mio modesto avviso, il richiamo di queste due pronunce risulta particolarmente opportuno, qualora si pensi che all'interno di una è stata adottata la tesi della gerarchia formale, e nell'altra, invece, quella della gerarchia sostanziale.

---

never invoked any difference between criminal charges or civil claims, between criminal and civil proceedings, in so far as the legal force of the rules on State immunity or the applicability of the 1978 Act was concerned. The basic position of the Court of Appeal – the last court which dealt with the matter in its essence – is expressed by the observations of Lord Justice Stuart-Smith who simply denied that the prohibition of torture was a *jus cogens* rule. In reading the Lord Justice's observations, one even forms the impression that if the Court of Appeal had been convinced that the rule of prohibition of torture was a norm of *jus cogens*, they could grudgingly have admitted that the procedural bar of State immunity did not apply in the circumstances of the case. Secondly, the distinction made by the majority between civil and criminal proceedings, concerning the effect of the rule of the prohibition of torture, is not consonant with the very essence of the operation of the *jus cogens* rules. It is not the nature of the proceedings which determines the effects that a *jus cogens* rule has upon another rule of international law, but the character of the rule as a peremptory norm and its interaction with a hierarchically lower rule. The prohibition of torture, being a rule of *jus cogens*, acts in the international sphere and deprives the rule of sovereign immunity of all its legal effects in that sphere. The criminal or civil nature of the domestic proceedings is immaterial. The jurisdictional bar is lifted by the very interaction of the international rules involved, and the national judge cannot admit a plea of immunity raised by the defendant State as an element preventing him from entering into the merits of the case and from dealing with the claim of the applicant for the alleged damages inflicted upon him».

La prima sentenza che si ritiene doveroso analizzare è la pronuncia della Corte di cassazione n. 5044 del 2004 nel caso *Ferrini*[507].

Tale sentenza rappresenta una vera e propria rivoluzione nel quadro della giurisprudenza in tema di immunità, e ciò almeno per due diversi ordini di ragioni.

Anzitutto, è opportuno rammentare che se i tribunali italiani, in passato, si erano pronunciati sulla responsabilità individuale di un soggetto per la commissione di crimini internazionali, gli stessi non avevano, invece, adottato delle decisioni in relazione all'eventuale responsabilità di uno Stato straniero per i crimini suddetti[508]: la problematica inerente al rapporto tra norme internazionali cogenti poste a tutela dei diritti umani fondamentali e norme internazionali sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile non era stata, dunque, ancora fronteggiata dalle nostre corti nazionali.

---

[507] Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit. Numerosissimi, per via della sua portata innovativa, sono i commenti alla sentenza *Ferrini*. Si veda *ex multis*: A. BIANCHI, "Italian Court of Cassation ruling on immunity from suit for damages for deportation and forced labor during World War II", in *The American Journal of International Law*, 2005, p. 245. R. BARATTA, "L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra", in *Giustizia civile*, 2004, p. 1200 e ss.; A. CIAMPI, "Crimini internazionali e giurisdizione", in *Cassazione penale*, 2004, p. 2656 e ss.; F. VARI, "A proposito della sentenza 5044 del 2004 della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione sui crimini internazionali commessi dagli Stati", in P. CATALANO, M. R. MEZZANOTTE (a cura di), in *La guerra "impossibile" nell'età atomica. Dialogo delle città bombardate*, AM&D, Cagliari, 2010, p. 291 e ss.; A. GIANELLI, "Crimini internazionali ed immunità della giurisdizione nella sentenza Ferrini", cit., p. 643 e ss.; M. IOVANE, "The *Ferrini* Judgement of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claim of Reparations for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights", cit., p. 165 e ss.; N. RONZITTI, "Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime", in *Guida al diritto*, 10 aprile 2004, n. 14, p. 38 e ss.; N. COLACINO, "Limiti all'immunità giurisdizionale degli Stati per le azioni di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali (Nota a Corte di Cassazione, SS. UU., civili, 11 marzo 2004, n. 5044) (n.1)", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, p. 527 e ss.; P. DE SENA E F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso *Ferrini*", cit., p. 255 e ss.; ID., "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decisionon the *Ferrini* Case",cit., p. 89 ss.; C. FOCARELLI, "Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the *Ferrini* decision", in *International and Comparative Law Quaterly*, 2005, p. 951 e ss.; A. GATTINI, "War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision", in *Journal of International Criminal Justice,* 2005, p. 224 e ss.; L. SICO, "Sulle immunità dalla giurisdizione italiana della Repubblica federale di Germania in rapporti alle conseguenze patrimoniali di atti compiuti dalle forze armate tedesche in Italia nell'anno 1944", in *Diritto e giurisprudenza*, 2004, p. 505 e ss.; C. SINAGRA, "Nota alla sentenza della Corte di Cassazione (6 novembre 2003-11 marzo 2004 n. 5044)", in *Rivista della cooperazione giudiziaria internazionale*, 2005, p. 117 e ss.; P. SIMONE, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazioni in margine al caso *Ferrini*", in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 527 e ss.

[508] Rispetto all'affermazione da parte dei tribunali italiani della responsabilità individuale per crimini internazionali cfr., ad esempio, le sentenze della Corte di Cassazione sui responsabili del massacro delle Fosse Ardeatine: Corte di Cassazione, Sezione I penale, sentenza del 10 febbraio 1997, caso *Priebke*; Corte di Cassazione, sezione I penale, sentenza del 16 novembre 1998, caso *Hass*. Sul caso *Priebke*, cfr. M. STARITA, "La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso *Priebke*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 86 e ss.

In secondo luogo, si deve evidenziare che la Corte, nel pronunciarsi per la prima volta sulla *quaestio*, ha svolto il ruolo di vero e proprio "battistrada" per un nuovo filone giurisprudenziale squisitamente italiano, che disconosce l'immunità nei confronti di uno Stato estero, qualora quest'ultimo si sia reso responsabile di crimini internazionali.

Si anticipa fin da ora che, almeno nell'opinione della scrivente, la motivazione portante della sentenza, che riconosce il venire meno di fronte alla giurisdizione italiana dell'immunità giurisdizionale dello Stato tedesco, a seguito della commissione da parte degli organi di quest'ultimo di crimini internazionali, perpetrati in parte sul territorio italiano, è quella che si fonda sul criterio gerarchico.

Non di meno, all'interno della pronuncia, la Cassazione ha dato atto, a mio parere *a fortiori*, di ulteriori argomentazioni che dimostrerebbero l'illogicità di una pronuncia di segno inverso, nel senso del riconoscimento dell'immunità.

Pertanto, nonostante in questa sede il nostro *focus* investa l'argomento gerarchico, si darà conto anche delle altre argomentazioni sostenute dalla Corte per rafforzare la validità della sua tesi da un punto di vista logico, argomentazioni che sono già state considerate[509] (o verranno richiamate[510]) all'interno del presente lavoro quali espressioni di teorie *ad hoc*, elaborate talvolta da dottrina e giurisprudenza per risolvere il conflitto.

Il signor Luigi Ferrini, di cittadinanza italiana, dopo l'occupazione, seguita all'8 settembre del 1943, del territorio italiano da parte della Germania, era stato catturato, il 4 agosto del 1944, nelle vicinanze di Arezzo da alcuni militari tedeschi, ed era stato deportato all'interno di uno dei *Lager* di sterminio situato a Kahla[511], ove veniva costretto al lavoro forzato, in violazione dell'articolo 52 del regolamento annesso alla IV Convenzione dell'Aja sulle leggi e gli usi della guerra terrestre, fino al 20 aprile del 1945[512].

---

[509] Cfr. in particolare quanto affermato nel capitolo III, § 3.3. dedicato alla tesi della tutela dei diritti umani fondamentali sulla base della *territorial tort exception*.

[510] Ci si riferisce a quanto verrà asserito all'interno del presente capitolo, al § 4.2 relativo alla tesi dell'applicabilità anche agli Stati dei principi della giurisdizione universale, di norma applicati esclusivamente nei confronti degli individui organi che si siano resi responsabili di un crimine internazionale.

[511] In particolare il signor Ferrini veniva sottoposto ad un regime di lavoro forzato volto alla costruzione di armi da guerra. All'interno del *Lager* di Kahla, infatti, si trovava l'industria bellica del Reich: la Reimagh Werke (Reich Marschall Hermann Göring Werke) e la Messerschmitt erano impegnate nella realizzazione di aeroplani, missili ed altri tipi di armi da guerra.

[512] L'art. 52 del Regolamento concernente le leggi e gli usi della guerra per terra del 18 ottobre 1907, che, secondo quanto statuito espressamente dalla sentenza del tribunale militare di Norimberga del 30 settembre 1946, ha assunto valore di diritto internazionale consuetudinario, afferma che: «Non saranno

A fronte di tali fatti, qualificabili come crimini di guerra[513], il signor Ferrini nel 1998[514] conveniva in giudizio la Germania per ottenere il risarcimento del danno patrimoniale ed extrapatrimoniale sofferto.

Lo Stato tedesco si difendeva sostenendo che l'autorità giudiziaria italiana non potesse entrare nel merito della vicenda per difetto di giurisdizione.

Il Tribunale di Arezzo, con sentenza del 3 novembre del 2000, riconosceva l'assenza della giurisdizione italiana in ragione dell'applicabilità della norma consuetudinaria sull'immunità ristretta: gli atti perpetrati dalle forze militari tedesche nei confronti del signor Ferrini erano, infatti, qualificabili come *acta iure imperii* e, di conseguenza, sottratti alla giurisdizione dello Stato straniero, nel caso di specie l'Italia.

---

chieste ai comuni o agli abitanti requisizioni in natura e servizi, salvo che per le necessità dell'esercito di occupazione. I contributi saranno proporzionati alle risorse del paese e tali da non implicare per le popolazioni l'obbligo di prender parte alle operazioni della guerra contro la loro patria. Tali requisizioni e tali servizi saranno richiesti solo previa autorizzazione del comandante nel luogo occupato. Le prestazioni fornite in natura saranno, per quanto possibile, retribuite in contanti; in caso diverso, saranno comprovate mediante ricevuta e il pagamento delle somme dovute sarà eseguito il più presto possibile».

[513] La deportazione della popolazione del territorio occupato ed il lavoro forzato sono classificati come crimini internazionali. Sul punto confronta, in particolare: lo Statuto del Tribunale militare internazionale di Norimberga ove all'art. 6 b) è precisato che nella categoria dei crimini di guerra rientra anche «la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; […]»; la sentenza pronunciata dal Tribunale di Norimberga il 30 settembre 1946 ove la deportazione per lavoro forzato venne considerata violazione della Convenzione relativa alle leggi e agli usi della guerra terrestre del 1907 in relazione al già ricordato art. 52 del Regolamento allegato; risoluzione 95-I dell'11 settembre 1946 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la quale venne confermato che la deportazione per lavori forzati costituisce crimine internazionale, specificamente crimine di guerra; il principio VI parte dei principi di diritto internazionale adottati dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite nel 1950, che afferma: «I seguenti crimini sono perseguibili come crimini secondo il diritto internazionale: […] b) Crimini di guerra: Violazioni delle leggi e degli usi di guerra, i quali comprendono, senza limitarsi ad essi: omicidio volontario, maltrattamento o deportazione per essere costretti a lavoro schiavistico […]»; le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite n. 827/93 del 25 maggio 1993 e risoluzione n. 955/94 dell'8 novembre 1994, che hanno adottato, rispettivamente, lo statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (v. artt. 2 e 5) e del Tribunale penale internazionale del Rwanda (v. art. 3); l'art. 8 dello Statuto della Corte penale internazionale del 1998: «1. La Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, in particolare quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala. 2. Agli effetti dello Statuto, si intende per "crimini di guerra": a) Gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949, vale a dire uno qualsiasi dei seguenti atti posti in essere contro persone o beni protetti dalle norme delle Convenzioni di Ginevra: i) omicidio volontario; ii) tortura o trattamenti inumani, compresi gli esperimenti biologici; iii) cagionare volontariamente grandi sofferenze o gravi lesioni all'integrità fisica o alla salute; iv) distruzione ed appropriazione di beni, non giustificate da necessità militari o compiute su larga scala illegalmente ed arbitrariamente; v) costringere un prigioniero di guerra o altra persona protetta a prestare servizio nelle forze armate di una potenza nemica; vi) privare volontariamente un prigioniero di guerra o altra persona protetta del suo diritto ad un equo e regolare processo; vii) deportazione, trasferimento o detenzione illegale; […]».

[514] L'atto veniva notificato il 23 settembre del 1998.

Avverso la pronuncia di I grado, il signor Ferrini proponeva impugnazione alla Corte di Appello di Firenze che, tuttavia, con sentenza del 14 gennaio del 2002, rigettava l'appello. All'interno della sentenza la Corte ribadiva quanto asserito dal Tribunale di Arezzo, qualificando gli atti posti in essere dalle forze armate della Germania come estrinsecazione della sovranità dello Stato straniero, senza tuttavia negare che vi fosse stata una grave violazione dei diritti fondamentali dell'individuo. La Corte di Appello asseriva, dunque, che nonostante le gravi violazioni subite dal ricorrente, dovesse essere riconosciuta l'immunità allo Stato tedesco, in quanto qualora si fosse negata l'esenzione di tale Stato dalla giurisdizione civile italiana, si sarebbe violata una norma di diritto internazionale consuetudinario ben consolidata.

Il giudice di secondo grado, nella sua pronuncia, specificava altresì che il difetto di giurisdizione nazionale fosse stato correttamente riscontrato dal giudice di prime cure, in quanto la giurisdizione non era rinvenibile né sulla base di quanto disposto dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale[515], non essendo quest'ultima suscettibile di essere applicata rispetto a materie relative all'esercizio da parte dell'autorità statale di *acta iure imperii*, né ponendo come fondamento l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948[516], in considerazione del fatto che le disposizioni della dichiarazione non potevano ritenersi dotate di valore precettivo immediato.

Il Ferrini, a fronte della decisione della Corte di Appello, decideva di ricorrere per cassazione sulla base di quattro distinti motivi, rispetto ai quali la Germania resisteva.

Si anticipa fin da ora che la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha cassato la sentenza di II grado, ritenendo che la Corte di Appello avesse erroneamente riconosciuto l'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione italiana.

---

[515] La Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 1968 è stata sostituita dal Regolamento c.d. Bruxelles I, ovvero dal Regolamento (CE) n. 44/01 del Consiglio europeo, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Si vedano in particolare gli artt. 2, 3, 4, 5, 6 e 6 bis.

[516] La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo è stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 9 dicembre del 1948 a New York. In particolare l'art. 8 statuisce: «Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

Il primo motivo addotto dal ricorrente consisteva nella violazione e falsa applicazione degli articoli 1, 5, numero 3 e 57 della, già citata, Convenzione di Bruxelles del 1968[517].

Secondo il signor Ferrini, infatti, la Corte di Appello di Firenze non aveva tenuto conto dei criteri che la Convenzione detta per stabilire la competenza giurisdizionale.

Nel ricorso veniva sottolineato che: l'attore aveva cittadinanza italiana, dunque di uno Stato contraente, ed il convenuto era la Germania, altro Stato contraente; la pretesa risarcitoria si basava su fatti perpetrati all'interno del territorio italiano; la domanda risarcitoria proposta nei confronti dello Stato tedesco aveva natura «civile», considerato che il diritto, tanto italiano, quanto tedesco, riconosce tale attributo alle domande promosse nei confronti di enti pubblici; essendo il rapporto tra consuetudine e accordo disciplinato in base al principio di specialità, la Convenzione posteriore prevaleva sulle norme di diritto internazionale consuetudinario anteriori, ovvero, nel caso di specie, su quelle inerenti l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato estero; il convenuto, anche se domiciliato in uno Stato diverso rispetto a quello in cui l'evento dannoso si era verificato, poteva essere citato dinanzi la giurisdizione dello Stato straniero parte della Convenzione in cui il danno aveva avuto luogo. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, il ricorrente affermava che il caso

[517] Art. 1: «La presente convenzione si applica in materia civile e commerciale e indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale. Essa non concerne, in particolare, la materia fiscale, doganale ed amministrativa (3). Sono esclusi dal campo di applicazione della presente convenzione:1) lo stato e la capacità delle persone fisiche, il regime patrimoniale fra coniugi, i testamenti e le successioni; 2) i fallimenti, concordati ed altre procedure affini; 3) la sicurezza sociale; 4) l'arbitrato». Art. 5 n. 3: «Il convenuto domiciliato nel territorio di uno Stato contraente può essere citato in un altro Stato contraente: […] 3) in materia di delitti o quasi-delitti, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto». Art. 57: «1. La presente convenzione non deroga alle convenzioni di cui gli Stati contraenti sono o saranno parti e che, in materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni. 2. Al fine di assicurare la sua interpretazione uniforme, il paragrafo 1 è applicato nel modo seguente: a) la presente convenzione non impedisce che il giudice di uno Stato contraente che sia parte di una convenzione relativa ad una materia particolare possa fondare la propria competenza su tale convenzione, anche se il convenuto è domiciliato nel territorio di uno Stato contraente che non è parte di tale convenzione. Il tribunale adito applica in ogni caso l'articolo 20 della presente convenzione; b) le decisioni rese in uno Stato contraente da un giudice che abbia fondato la propria competenza su una convenzione relativa ad una materia particolare sono riconosciute ed eseguite negli altri Stati contraenti conformemente alla presente convenzione. Se una convenzione relativa ad una materia particolare di cui sono parti lo Stato d'origine e lo Stato richiesto determina le condizioni del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni, si applicano tali condizioni. È comunque possibile applicare le disposizioni della presente convenzione concernente la procedura relativa al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni. 3. La presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale, il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni e che sono o saranno contenute negli atti delle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti».

rientrasse nell'ambito di applicazione della Convenzione del 1968 e dovesse, dunque, essere riconosciuta la giurisdizione italiana.

La Corte di Cassazione rigettava il primo motivo, sostenendo che la pretesa risarcitoria, nel caso di specie, non potesse essere qualificata come «civile» e assoggettata alla disciplina dettata dalla Convenzione di Bruxelles, in quanto, secondo l'orientamento costante della Corte di giustizia delle Comunità europee[518], la Convenzione non trovava applicazione per *acta iure imperii*[519].

Nel terzo motivo – che veniva analizzato dalla Suprema Corte immediatamente dopo il primo motivo per consequenzialità logica – il ricorrente sosteneva che fossero stati violati gli articoli 2 e 3 del Protocollo aggiuntivo alla Convenzione del 1968[520], non avendo la Corte di Appello di Firenze azionato il meccanismo del rinvio pregiudiziale, con il quale avrebbe dovuto demandare alla Corte di giustizia CE la questione interpretativa inerente all'ambito applicativo della Convenzione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto assorbito nel primo motivo il terzo[521], precisando che, anche qualora il rinvio pregiudiziale debba essere obbligatoriamente proposto[522], tale obbligatorietà è sempre, per così dire, relativa, in quanto il giudice nazionale potrebbe

---

[518] Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, 21 aprile 1993, causa 171/91; 16 dicembre 1980, causa 814/79; 14 ottobre 1976, causa 29/76.

[519] Cfr. § 2.1 della sentenza in esame.

[520] Protocollo relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee della Convenzione del 27 settembre del 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, firmato a Lussemburgo il 3 giugno del 1971. Specificamente l'articolo 2 statuisce: «Le seguenti giurisdizioni hanno il potere di domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi, in via pregiudiziale, su una questione di interpretazione: 1. in Belgio: la Cour de Cassation - het Hof van Cassatie, e le Conseil d'État - de Raad van State, nella Repubblica federale di Germania: die obersten Gerichtshöfe des Bundes, in Francia: la Cour de Cassation et le Conseil d'État, in Italia: la Corte Suprema di Cassazione, nel Lussemburgo: la Cour supérieure de justice siégeant comme Cour de cassation, nei Paesi Bassi: de Hoge Raad; 2. le giurisdizioni degli Stati contraenti quando giudicano in grado d'appello; 3. nei casi previsti dall'articolo 37 della convenzione, le giurisdizioni indicate nello stesso articolo». L'art. 3 afferma: «1. Quando una questione relativa all'interpretazione della convenzione e degli altri testi di cui all'articolo 1 viene sollevata in un giudizio pendente davanti ad una delle giurisdizioni indicate nell'articolo 2, punto 1, tale giurisdizione, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, è tenuta a domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. 2. Quando una questione del genere è sollevata davanti ad una delle giurisdizioni indicate nell'articolo 2, punti 2 e 3, tale giurisdizione può, alle condizioni determinate nel paragrafo 1, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione».

[521] Cfr. § 3 della sentenza in esame.

[522] Ex art. 234, comma 3, Trattato CE il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee deve necessariamente essere promosso dal giudice nazionale solo qualora quest'ultimo sia giudice di ultima istanza. Si noti che oggi, grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 234 TCE è stato sostituito dall'art. 267 TFUE che continua, tuttavia, a mantenere immutata la regola suddetta.

legittimamente ritenere che la soluzione di una questione interpretativa sia evidente e non necessiti di essere demandata alla Corte di giustizia[523].

Peraltro, la Corte sottolineava che, nel caso posto alla sua attenzione, il problema dell'eventuale necessità di rinvio nemmeno si configurava, in quanto non poteva ritenersi esistente alcun obbligo facente capo alla Corte di Appello, in ragione del fatto che tale Corte non si era pronunciata quale giudice di ultima istanza.

Nel secondo e quarto motivo, il signor Ferrini lamentava la violazione dell'art. 10 e dell'art. 24 della Carta Costituzionale.

La denuncia atteneva, specificamente, alla qualificazione, effettuata dalla Corte di Appello di Firenze, del principio che prevede l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione di un Paese estero come norma di diritto internazionale consuetudinario, e al riconoscimento dell'operatività dell'immunità anche nell'ipotesi in cui lo Stato avesse violato norme relative alla tutela dei diritti fondamentali della persona a carattere cogente.

In relazione a questo secondo aspetto, il sig. Ferrini sosteneva l'impossibilità di ricondurre nell'alveo degli *acta iure imperii* la deportazione ed il lavoro forzato. Secondo il ricorrente, tali fatti non potevano essere considerati un esercizio della potestà di imperio della Germania, in ragione del loro carattere criminoso. Nel ricorso presentato dal Ferrini si leggeva:

> «sarebbe giuridicamente improponibile l'asserzione che i fini pubblici di uno Stato in caso di conflitto armato consisterebbero nell'obiettivo di commettere sistematicamente crimini di guerra e contro l'umanità. La questione dell'immunità dello Stato, quindi, non può prescindere dalla qualificazione dell'atto stesso, che è all'origine della presente causa e per il quale l'attore chiede un risarcimento del danno. Il sequestro e la deportazione […] non è minimamente riferibile ai fini pubblici di uno Stato sovrano, anche in stato di guerra»[524].

La Corte di Cassazione analizzava separatamente i due profili fatti valere dal ricorrente.

[523] In questo senso si veda Corte di giustizia delle Comunità europee, 6 ottobre 1982, causa 283/81; 16 gennaio 1974, causa 166/73; 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62; Corte di Cassazione n. 10359/96.

[524] Dall'atto notificato il 23 settembre del 1998.

Riguardo al primo profilo, la Suprema Corte sottolineava, anzitutto, come, indubbiamente, l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione di un Paese straniero fosse prevista da una norma di diritto internazionale consuetudinario e, in secondo luogo, che tale norma fosse operante, seppur con una portata ristretta rispetto al passato[525], all'interno dell'ordinamento italiano grazie al rinvio formale prodotto dall'art. 10, c. 1 Cost. all'ordinamento internazionale. Pertanto, la Corte concludeva sul punto che la censura proposta era infondata[526].

Per quanto attiene il secondo profilo inerente al rapporto tra il principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri e norme di *ius cogens*, invece, la Cassazione poneva in essere un articolato ragionamento al termine del quale riconosceva la fondatezza della censura promossa dal signor Ferrini.

Passando in rassegna, dapprima, la sentenza della Corte di Cassazione sul caso *Cermis*[527] e, poi, le pronunce sul caso *McElhinney*[528], ove, come già ricordato, si discuteva se determinati atti posti in essere dagli organi di uno Stato estero fossero inquadrabili o meno come *acta iure imperii*, la Corte concludeva che, nel caso di specie, gli atti compiuti dalle forze militari tedesche dovevano necessariamente essere considerati come estrinsecazione delle prerogative sovrane della Germania, in quanto compiuti durante le operazioni belliche[529].

Tuttavia, una volta chiarito questo punto, la Corte affermava l'eterogeneità dell'oggetto della decisione rispetto a quello affrontato nei precedenti citati. Secondo, infatti, quanto statuito nella sentenza:

---

[525] Il riferimento operato dalla Corte riguarda il passaggio dall'immunità assoluta all'immunità ristretta, tanto è vero che vengono richiamate due sentenze che avevano riconosciuto che la regola dell'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero dovesse valere soltanto per *acta iure gestionis*, e non anche per *acta iure imperii*. Cfr. in particolare la già ampiamente analizzata Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 3 agosto 2000, n. 530 (per la quale si rinvia al capitolo III, § 3.1) e Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 3 febbraio 1996, n. 919.

[526] Cfr. § 5 della sentenza in esame.

[527] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 3 agosto 2000, n. 530.

[528] *Supreme Court of Ireland*, *McElhinney v. williams and Her Majesty's Secretary of State for* Northern Ireland, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, *McElhinney c. Irlanda*, cit. Cfr. capitolo III, § 3.3.

[529] Ciampi ha evidenziato che se la tesi del ricorrente fosse stata ritenuta valida, ovvero, fosse stato negato il carattere sovrano delle attività concretatesi in crimini internazionali, si sarebbe finito «per accedere ad una mistificazione: il diritto internazionale ricorrerebbe ad una finzione per far fronte ad un dato incontrovertibile della realtà storica e dell'attualità delle relazioni internazionali e della politica interna degli Stati». Così A. CIAMPI, "Crimini internazionali e giurisdizione", in *Cassazione penale*, 2004, p. 2656 e ss., spec. p. 2691.

«Il problema che si pone […] è quello di accertare se l'immunità dalla giurisdizione possa operare anche in presenza di comportamenti che, a differenza di quelli considerati nel paragrafo precedente[530], assumono connotati di estrema gravità, configurandosi, in forza di norme consuetudinarie di diritto internazionale, quali crimini internazionali, in quanto lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali»[531].

Prima di passare ad analizzare il rapporto tra le due categorie di norme, la Corte si pronunciava su una questione preliminare, ovvero se gli atti compiuti da uno Stato durante un conflitto armato fossero suscettibili di sindacato giurisdizionale.

In una pronuncia del 2002[532], infatti, le Sezioni Unite avevano ritenuto insindacabili gli atti suddetti, in quanto rappresentativi di una funzione di indirizzo politico esercitata dallo Stato.

---

530 La Corte si riferiva ai casi testé richiamati: *Cermis* e *McElhinney*.

531 Cfr. § 7 della sentenza in esame.

532 Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 5 giugno del 2002, n. 8157, caso *Marković*, con la quale è stato dichiarato il difetto di giurisdizione a fronte della domanda di risarcimento che era stata proposta contro la Presidenza del Consiglio e del Ministero della difesa italiano per aver distrutto un obiettivo non militare, in particolare un immobile della Radiotelevisione serba di Belgrado, cagionando la morte di alcuni civili, durante le operazioni NATO contro la Repubblica federale di Jugoslavia. I familiari delle vittime avevano, infatti, convenuto dinanzi al Tribunale di Roma, chiedendo il risarcimento dei danni, le autorità italiane ritenute responsabili dei decessi, sostenendo che lo Stato italiano fosse responsabile, in quanto: essendo parte della NATO, aveva concorso alla determinazione del *modus* sulla base del quale le ostilità erano state condotte; l'operazione militare, che aveva distrutto l'immobile, era stata compiuta a partire dal suo territorio, dal momento che il missile era stato lanciato da un aereo NATO decollato dalla base militare di Aviano. Avendo le amministrazioni italiane convenute proposto regolamento preventivo di giurisdizione, la Cassazione si pronunciava sul caso. Sull'ordinanza della Suprema Corte cfr.: M. FRULLI, "When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 406 e ss. Peraltro è da sottolineare che a seguito della pronuncia della Cassazione che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione, i familiari delle vittime presentavano ricorso contro l'Italia alla Corte di Strasburgo, sostenendo che tale Stato avesse violato con la predetta ordinanza l'art. 6, § 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950. Tuttavia, la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza nel caso *Marković*, (*Marković et. altri c. Italia*, ric. n. 1398/03, sentenza del 14 dicembre 2006), per quanto riconoscesse l'applicabilità dell'art. 6, § 1, della CEDU alle controversie avente ad oggetto l'immunità dalla giurisdizione degli atti politici, dichiarava che lo Stato italiano non avesse posto in essere con la propria condotta alcuna violazione. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte di Strasburgo, la Cassazione italiana nell'ordinanza si era pronunciata circa l'estensione del controllo che può essere esercitato dalle autorità giurisdizionali su un atto politico, senza consacrare in alcun modo l'immunità. La preclusione per i ricorrenti di perseguire lo Stato italiano in giudizio sarebbe dipesa dai principi a sostegno del diritto di azione sostanziale propri dell'ordinamento interno. Pertanto, i ricorrenti non potevano invocare il diritto ad un esame del merito fondato sull'art. 6, § 1, della Convenzione del 1950. Alla sentenza, adottata a maggioranza di 10 voti contro 7, sono state però allegate due opinioni concorrenti (una del giudice Costa, e una dei giudici Bratza e Rozakis) e un'opinione dissenziente di Zagrebelsky. Secondo quest'ultima opinione, la Cassazione italiana aveva superato lo scopo legittimo e la proporzionalità sulla base

Nonostante la pronuncia testé ricordata, la Cassazione, nel caso di specie, riconosceva che l'insindacabilità del *modus* in cui le attività espressione della sovranità pubblica vengono esercitate, non impedisce che siano tuttavia accertati i reati e le relative responsabilità, tanto sul piano penale quanto su quello civile, eventualmente da queste derivanti.

Inoltre, veniva ricordato dalla Corte che le norme sui crimini internazionali, ovvero quelle norme che tutelano i diritti fondamentali della persona umana punendo i comportamenti violativi di tali diritti, sono parte dell'ordinamento italiano in virtù dell'adattamento ex art. 10 c. 1 Cost., e, pertanto, passibili di costituire parametro per valutare l'ingiustizia di un danno derivante da fatti altrui[533].

Alla luce delle predette considerazioni, la Corte affermava che la deportazione e il lavoro forzato – fondamento della domanda del signor Ferrini – erano senz'altro qualificabili come crimini di guerra in base al diritto internazionale generale, sottolineando, inoltre, come la gravità dei predetti crimini fosse stata riconosciuta dalla Germania stessa, tramite l'istituzione della fondazione "Memoria, responsabilità, e futuro", che era rivolta, oltre a mantenere vivido il ricordo degli accadimenti, a garantire alle vittime un indennizzo[534].

A fronte dell'accertata commissione da parte dello Stato tedesco di crimini internazionali, residuava a carico della Cassazione l'arduo compito di stabilire se dovesse comunque essere riconosciuta allo Stato estero l'immunità dalla giurisdizione italiana sulla base del fatto che i crimini ricadevano nell'ambito degli atti *iure imperii*.

La Corte richiamava, allora, la sentenza della Corte suprema greca del 2000 nel caso *Distomo*[535], ritenendo che la conclusione a cui era addivenuta tale pronuncia, ovvero il mancato riconoscimento dell'immunità di un Paese che si sia reso responsabile, attraverso i propri organi, di atti gravemente lesivi dei diritti umani nel territorio dello Stato del foro,

---

dei quali può essere riconosciuta l'insindacabilità dell'atto politico. Sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. B. RANDAZZO, "Il caso *Markovic*", in *europeanrights.eu*, 22 giugno 2007, reperibile al link http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=32.

[533] Cfr. § 7.1 della sentenza in esame.

[534] La fondazione è stata istituita con legge 2 agosto 2000. Ad essa hanno partecipato le imprese tedesche presso le quali le vittime avevano prestato lavoro forzato. Per ottenere l'indennizzo è stato stabilito che i «lavoratori forzati» dovessero avere determinati requisiti. Di fatto, molte delle domande presentate alla fondazione vennero respinte. L'importanza, tuttavia, dell'istituzione di tale fondazione è risultata indubbia ai fini della sentenza *Ferrini*, in ragione del fatto che, come affermato dalla stessa Cassazione al § 7.4: «conferma che i fatti posti dal ricorrente a fondamento della propria pretesa non costituivano episodi isolati, ma rispondevano ad una precisa strategia perseguita in quell'epoca, con ferma determinazione, dello Stato tedesco».

[535] *The Hellenic Supreme Court, Prefecture of Voiotia c. the Federal Republic of Germany*, cit.

dovesse essere pienamente condivisa, anche se in forza di ragioni diverse da quelle sostenute dalla Corte greca[536].

A questo punto, la Cassazione individuava il motivo sulla base del quale doveva essere negata l'immunità dalla giurisdizione italiana allo Stato tedesco, motivo al quale facevano seguito ben quattro diverse argomentazioni a dimostrazione, secondo la sentenza, dell'illogicità di un'eventuale diversa conclusione.

L'articolato *iter* argomentativo della Corte si fondava, anzitutto, sulla considerazione che gli atti commessi dalle forze armate tedesche fossero indubbiamente *acta iure imperii*, ma che, al tempo stesso, costituissero crimini internazionali.

Sulla base di tale assunto, la Cassazione forniva la motivazione a sostegno del diniego dell'immunità a favore della tutela dei diritti umani fondamentali, affermando che:

> «È ricorrente l'affermazione che i crimini internazionali "minacciano l'umanità intera e minano le fondamenta stesse della coesistenza internazionale"[537]. Si tratta, infatti, di delitti che si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità[538] dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento

[536] La Cassazione italiana criticava la soluzione adottata dall'Areios Pagos, facendo propria l'opinione di quella dottrina che ritiene difficile poter desumere dal comportamento di uno Stato la rinuncia ad essere beneficiario dell'immunità dalla giurisdizione di un Paese estero. In particolare, nelle parole della Corte al par. 8.2 della sentenza: «[…] è agevole replicare che non vi è atto il quale presupponga necessariamente una determinata volontà. Una rinuncia non può quindi essere ipotizzata in astratto, ma solo riscontrata in concreto, se i fatti accertati consentono di qualificare un determinato contegno come «abdicativo». Del resto, appare improbabile che colui che si rende colpevole di violazioni coì gravi intenda rinunciare al beneficio che gli deriva dall'immunità giurisdizionale, trattandosi di prerogativa che (se non impedisce del tutto) rende certamente più difficile l'accertamento della sua responsabilità». Per un'analisi delle argomentazioni critiche circa la possibilità di desumere da un comportamento statale una manifestazione di rinuncia, seppur implicita, all'immunità, si rinvia alle considerazioni esposte nel capitolo III, § 3.2.

[537] La Corte richiamava, in particolare, quanto affermato dalla Corte costituzionale ungherese, con sentenza n. 53 del 1993.

[538] La Cassazione menzionava sul punto l'art. 40 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001 che apre il capitolo III dedicato alle gravi violazioni derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale. L'articolo, in particolare, individua l'ambito applicativo del capitolo III asserendo: «1. Il presente capitolo si applica alla responsabilità internazionale che discende da una violazione grave da parte dello Stato di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale. 2. Una violazione di un obbligo di tal genere è grave se implica da parte dello Stato responsabile una violazione evidente e sistematica del dovere di adempiere l'obbligo».

internazionale prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario[539], e, quindi, anche su quelle in tema di immunità»[540].

La Cassazione ricorreva, dunque, per risolvere il conflitto tra le norme di *ius cogens* a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e la norma consuetudinaria sull'immunità, alla teoria della *gerarchia formale* delle fonti del diritto internazionale, sostenendo che le norme imperative, ponendosi all'apice della struttura gerarchica delle fonti, debbano necessariamente prevalere sulle norme di rango inferiore.

---

[539] La Corte faceva qui riferimento a diverse pronunce, tra cui la sentenza del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, caso *Furundzija* (per la quale si rinvia al capitolo II, § 2.3) ai §§ 153-155, secondo cui: «153. While the erga omnes nature just mentioned appertains to the area of international enforcement (*lato sensu*), the other major feature of the principle proscribing torture relates to the hierarchy of rules in the international normative order. Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or *jus cogens*, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules. The most conspicuous consequence of this higher rank is that the principle at issue cannot be derogated from by States through international treaties or local or special customs or even general customary rules not endowed with the same normative force. 154. Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate. 155. The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorising torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the *jus cogens* value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void *ab initio*, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had *locus standi* before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act. What is even more important is that perpetrators of torture acting upon or benefiting from those national measures may nevertheless be held criminally responsible for torture, whether in a foreign State, or in their own State under a subsequent regime. In short, in spite of possible national authorisation by legislative or judicial bodies to violate the principle banning torture, individuals remain bound to comply with that principle. As the International Military Tribunal at Nuremberg put it: "individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State"».Venivano, inoltre, richiamate la sentenza del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, 14 gennaio 2000, *Kupreskić*, par. 520 secondo cui: «[…] most norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide, are also peremptory norms of international law or *jus cogens*, i.e. of a non-derogable and overriding character»; e la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., § 61 (per la quale si rinvia al capitol II, § 2.2).

[540] Cfr. il § 9 della sentenza in esame.

Come anticipato, a sostegno della sua motivazione, la Corte forniva una serie di argomenti, riferendosi a specifici dati normativi, alla luce dei quali il diniego dell'immunità nei confronti della Germania sarebbe stata l'unica soluzione logicamente possibile.

Il primo argomento della Corte si fondava sui principi propri della giurisdizione universale.

La Cassazione sottolineava, in particolare, che i crimini internazionali, in ragione dell'irrinunciabile *ratio* sulla quale si fondano, sono imprescrittibili[541] e giustiziabili sulla base dei principi della giurisdizione universale[542], giurisdizione che sarebbe valsa tanto per i procedimenti penali aventi ad oggetto la commissione di crimini internazionali, quanto per i processi civili promossi per ottenere il risarcimento dei danni a seguito della perpetrazione di tali crimini e, pertanto, anche nel caso di specie[543].

---

[541] Cfr. sul punto: Convenzione Onu sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità, del 26 novembre 1968; Convenzione europea sulla non applicabilità delle prescrizioni ai crimini di guerra e ai crimini contro l'umanità del Consiglio d'Europa, del 25 gennaio 1974; art. 29 dello Statuto della Corte penale internazionale: «I crimini di competenza della Corte non sono soggetti ad alcun termine di prescrizione».

[542] Si veda, ancora, la sentenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, caso *Furundzija*, § 156: «Furthermore, at the individual level, that is, that of criminal liability, it would seem that one of the consequences of the *jus cogens* character bestowed by the international community upon the prohibition of torture is that every State is entitled to investigate, prosecute and punish or extradite individuals accused of torture, who are present in a territory under its jurisdiction. Indeed, it would be inconsistent on the one hand to prohibit torture to such an extent as to restrict the normally unfettered treaty-making power of sovereign States, and on the other hand bar States from prosecuting and punishing those torturers who have engaged in this odious practice abroad. This legal basis for States' universal jurisdiction over torture bears out and strengthens the legal foundation for such jurisdiction found by other courts in the inherently universal character of the crime. It has been held that international crimes being universally condemned wherever they occur, every State has the right to prosecute and punish the authors of such crimes. As stated in general terms by the Supreme Court of Israel in *Eichmann*, and echoed by a USA court in *Demjanjuk*, «it is the universal character of the crimes in question [i.e. international crimes] which vests in every State the authority to try and punish those who participated in their commission»". Si ricorda, inoltre, che talvolta la repressione dei crimini internazionali è obbligatoria. Sul punto cfr. art. 146 della IV Convenzione di Ginevra relativa alla protezione delle persone civili in tempo di guerra del 1949: "Le Alte Parti contraenti s'impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso o dato ordine di commettere l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso o di aver dato l'ordine di commettere l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai suoi propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti […]».

[543] Cfr. § 9 della sentenza in esame.

Pare a chi scrive, dunque, che la Corte abbia inteso estendere, sulla base di un'interpretazione analogica indubbiamente discutibile[544], i principi della giurisdizione universale, formulati esclusivamente in relazione agli individui, anche agli Stati.

Tale impressione viene, peraltro, confermata dalla lettura dell'*obiter dictum* finale della sentenza, ove la Cassazione esplicitamente affermava:

> «è appena il caso di rilevare che, essendo essi qualificabili come crimini internazionali, la giurisdizione andrebbe comunque individuata secondo i principi della giurisdizione universale»[545].

Il secondo argomento della Corte riguardava, invece, il diffuso convincimento secondo cui la perpetrazione di un crimine internazionale dovesse necessariamente comportare, anche con riguardo agli Stati, e non solo agli individui che materialmente hanno posto in essere il crimine, una reazione più rigorosa di quella prevista per le altre tipologie di illeciti.

In particolare, la Cassazione ricordava come ciò venisse confermato da due dati: *in primis*, dal fatto che gli Stati terzi rispetto ad un crimine internazionale avrebbero l'obbligo di non riconoscere le situazioni scaturenti dalla sua commissione[546], e, *in secundis*, dall'art. 41 del Progetto sulla responsabilità internazionale dello Stato[547].

Alla luce delle riflessioni suddette, la Corte asseriva che:

> «Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti si pone in palese contrasto con i dati normativi appena ricordati, poiché detto riconoscimento, lungi dal favorire,

---

[544] Si rinvia alle considerazioni contenute nel presente capitolo, al § 4.2, specificamente avente ad oggetto l'applicazione dei principi della giurisdizione universale agli Stati.

[545] Cfr. il § 12 della sentenza in esame.

[546] Sul punto veniva, ancora una volta, richiamata dalla Corte la sentenza del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia, 10 dicembre 1998, caso *Furundzija*, § 155.

[547] L'art. 41, rubricato «Conseguenze particolari di una violazione grave di un obbligo ai sensi del presente capitolo», del Progetto sulla responsabilità internazionale dello Stato, il quale stabilisce che: «1. Gli Stati devono cooperare per porre fine con mezzi leciti ad ogni violazione grave ai sensi dell'articolo 40. 2. Nessuno Stato riconoscerà come legittima una situazione creata attraverso una violazione grave ai sensi dell'articolo 40, nè presterà aiuto o assistenza nel mantenere tale situazione. 3. Quest'articolo non reca pregiudizio alle altre conseguenze previste nella presente parte ed alle ulteriori conseguenze che una violazione, cui si applica il presente capitolo, può comportare ai sensi del diritto internazionale».

ostacola la tutela di valori, la cui protezione è da considerare invece, alla stregua di tali norme e principi, essenziale per l'intera Comunità internazionale»[548].

Pertanto, la Corte – forte delle argomentazioni ricordate – ribadiva, ancora una volta, come, nella sua opinione, andasse sposata la tesi della gerarchia formale:

«[…] non può esservi dubbio che l'antinomia debba essere risolta dando prevalenza alle norme di rango più elevato, come puntualizzato nelle opinioni dissenzienti espresse dai giudici di minoranza (otto contro nove) allegate alla sentenza *Al-Adsani*: quindi, escludendo che, in siffatte ipotesi, lo Stato possa giovarsi dell'immunità dalla giurisdizione straniera»[549].

A nulla, secondo la Corte, avrebbe rilevato l'assenza di un'espressa deroga al principio dell'immunità riguardante le norme cogenti[550].

La Cassazione ha, infatti, correttamente affermato che il diritto internazionale si fonda su un sistema rappresentato dall'incontro di più norme. Tali norme, proprio in quanto parti integranti di un *unicum*, devono essere oggetto non di interpretazione separata bensì di una lettura unitaria[551]. Considerando, dunque, che tra i principi fondamentali dell'ordinamento internazionale rientrava, nell'opinione della Cassazione, anche il rispetto dei diritti inviolabili

[548] Cfr. § 9.1 della sentenza in esame.

[549] La Corte sosteneva, inoltre, che: «In questa prospettiva sembra collocarsi la sentenza *Furundzija*, che, come già sottolineato al par. 155 annovera tra gli effetti della violazione di norme di questo tipo, operanti "a livello interstatale", la possibilità, per le vittime, "di avviare un'azione civile di risarcimento davanti ai tribunali di uno Stato straniero"».

[550] Cfr. § 9.2 della sentenza in esame. La Corte ricordava come in passato l'assenza di una previsione normativa che sancisse un'espressa deroga all'immunità nel caso di violazione di norme di *ius cogens* era stata opposta come argomentazione per affermare l'esenzione dalla giurisdizione, richiamando, ancora una volta, il § 61 della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit. Veniva, inoltre, ricordato quanto affermato dalla Corte superiore di giustizia dell'Ontario, *Houshang Bouzari c. Repubblica Islamica dell'Iran*, sentenza del 1 maggio 2002, al § 63, secondo cui: «An examination of the decisions of national courts and international tribunals, as well as state legislation with respect to sovereign immunity, indicates that there is no principle of customary international law which provides an exception from state immunity where an act of torture has been committed outside the forum, even for acts contrary to *jus cogens* […]».

[551] La Corte, in questo caso, estende alle norme di diritto internazionale consuetudinario quanto era già stato affermato in alcune pronunce in relazione al diritto convenzionale. Cfr. sul punto Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., § 55 che, con riferimento alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, afferma: «[…] The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity […]». Le stesse parole vengono utilizzate nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *McElhinney c. Irlanda*, cit., § 36.

della persona umana[552], era necessario che questo principio si coordinasse con gli altri principi che ispirano l'ordinamento in questione, tra cui il principio della sovrana uguaglianza degli Stati di cui l'immunità è corollario.

La terza argomentazione della Corte, volta a rafforzare la tesi secondo cui le norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali dovessero prevalere sulle semplici norme consuetudinarie in materia immunitaria, in ragione della gerarchia formale delle fonti di diritto internazionale, si fondava sulla c.d. *tort exception*, e l'indubbia possibilità di registrare degli importanti sviluppi – principalmente sul piano legislativo, ma non solo – nell'applicazione di tale deroga in presenza di attività delittuose, caratterizzate da una particolare gravità, violative dei diritti umani fondamentali, anche ove inquadrabili fra gli *acta iure imperii*.

Anzitutto, la Cassazione riconosceva, che la giurisprudenza antecedente[553] si era sempre orientata verso l'attribuzione dell'immunità ad uno Stato, anche qualora a fondamento delle domande risarcitorie vi fosse stata la perpetrazione di un crimine internazionale; tuttavia, poco dopo, precisava che i casi giudicati dalle altre giurisdizioni riguardavano ipotesi in cui l'illecito era stato commesso in uno Stato diverso da quello in cui l'azione risarcitoria era stata promossa, mentre la domanda del signor Ferrini, come già ricordato, si fondava su fatti costituenti crimini internazionali avvenuti parzialmente in Italia, cioè sul territorio dello Stato del foro[554].

La Corte si soffermava, poi, sul fatto che, sia in dottrina, sia in giurisprudenza poteva rilevarsi, rispetto alla materia della responsabilità per fatto illecito, commesso, in tutto o in

---

[552] La Cassazione richiamava, a titolo esemplificativo: Corte internazionale di giustizia, sentenza del 9 aprile 1949, *Regno Unito c. Albania*; Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in Nicaragua e contro il Nicaragua*.

[553] La Corte ricordava a titolo esemplificativo: le pronunce nel caso *Al-Adsani*; Corte superiore di giustizia dell'Ontario, sentenza del 1 maggio 2002, *Houshang Bouzari c. Repubblica Islamica dell'Iran*; House of Lords, sentenza del 24 marzo 1999, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others*, *ex parte Pinochet*, ove nell'opinione espressa da Lord Hutton veniva incidentalmente affermato che il Cile, qualora fosse stata presentata un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni per i crimini commessi durante il regime di Pinochet, avrebbe potuto invocare l'immunità di fronte ai tribunali britannici in ragione del fatto che tali crimini non erano stati perpetrati sul territorio dello Stato del foro; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 12 dicembre 2002, *Kalogeropoulou e altri c. Grecia e Germania*. In particolare, le considerazioni delle predette sentenze potevano essere riassunte in un'unica argomentazione, argomentazione non condivisa dalla Cassazione. Tali pronunce si erano, infatti, fondate sul fatto che una deroga all'immunità potesse essere ammessa solo se espressamente formulata.

[554] Cfr. § 10 della sentenza in esame.

parte, da uno Stato sul territorio di un Paese straniero, un progressivo superamento del tradizionale criterio *acta iure imperii-acta iure gestionis*.

Veniva, infatti, ricordato come, sia all'interno del caso *Al-Adsani*[555], sia in quello *Bouzari*[556], le rispettive corti giudicanti avrebbero potuto evocare l'immunità sulla base del fatto che gli atti su cui si fondavano le domande, ovvero atti di tortura commessi da pubblici agenti e funzionari su persone in carcere, erano *acta iure imperii*; ciò nonostante le decisioni delle corti a favore dell'esenzione dalla giurisdizione venivano articolate sulla base di un diverso argomento, ovvero sul fatto che gli atti criminosi erano stati commessi nel territorio di uno Stato diverso rispetto a quello in cui la giurisdizione era stata adita.

Inoltre la Corte di Cassazione passava in rassegna, seppur brevemente, le legislazioni di diversi Paesi, notando che il criterio del *locus commissi delicti* era stato scelto come criterio regolatore delle controversie attinenti a domande a carattere risarcitorio per danni a cose o persone presentate davanti ad uno Stato contro un Paese estero, nel caso in cui quest'ultimo avesse opposto l'immunità all'esercizio della giurisdizione dello Stato del foro, senza subordinare l'operatività di tale eccezione alla distinzione *acta iure imperii-iure gestionis*[557].

La Corte concludeva, dunque, che, sulla base delle legislazioni richiamate, non potesse essere accolto l'orientamento espresso dalla maggioranza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *McElhinney*. Come noto, secondo il predetto orientamento, infatti,

---

555 *England Court of Appeals*, *Al-Adsani v. Republic of Kuwait*, 1996.

556 Corte superiore di giustizia dell'Ontario, sentenza del 1 maggio 2002, *Houshang Bouzari c. Repubblica Islamica dell'Iran*.

557 Cfr. a riguardo: *State Immunity Act* del Regno Unito del 1978 (Regno Unito), sez. 5 «Personal injuries and damage to property»: «A State is not immune as respects proceedings in respect of (a) death or personal injury; or (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission in the United Kingdom»; lo *State Immunity Act* Canadese del 1985, sez. 6 «Death and property damage»: «A foreign state is not immune from the jurisdiction of a court in any proceedings that relate to (*a*) any death or personal or bodily injury, or (*b*) any damage to or loss of propert that occurs in Canada»; il *Foreign Sovereign Immunities Act* degli Stati Uniti del 1976, sez. 1605.5, per il quale si rinvia a quanto già analizzato all'interno del capitolo I, § 1.3; il *Foreign State Immunity Act* del Sud-Afrca del 1981, sez. 6 «Personal injuries and damage to property»: «A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of the courts of the Republic in proceedings relating to 1 (a) the death or injury of any person; or 2. (b) damage to or loss of tangible property, caused by an act or ommission [sic] in the Republic.»; il *Foreign State Immunities Act* australiano del 1985, sez. 13 «Personal injury and damage to property»: «A foreign State is not immune in a proceeding in so far as the proceeding concerns: (a) the death of, or personal injury to, a person; or (b) loss of or damage to tangible property; caused by an act or omission done or omitted to be done in Australia». La Corte richiamava, inoltre, l'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972, e l'art. 12 dell'allora Progetto di convenzione ONU sull'immunità degli Stati e dei loro beni. Sul punto la Cassazione ricordava anche come nella sentenza dell'Areios Pagos del 2000 nel caso *Distomo* fosse stato asserito che il nuovo criterio aveva assunto il valore di norma di diritto internazionale consuetudinario e che, ad ogni modo, esso impediva che quello fondato sulla natura dell'atto lesivo potesse ancora essere ritenuto criterio di carattere generale.

l'applicabilità delle norme espresse dalle legislazioni nazionali e dalle convenzioni internazionali sulla risoluzione delle controversie aventi ad oggetto domande risarcitorie promosse davanti ad uno Stato per crimini commessi da uno Stato estero fondate sul luogo di realizzazione dell'azione criminosa era limitata esclusivamente agli *acta iure gestionis*, mentre nel caso di *acta iure imperii*, si sarebbe sempre e comunque dovuta riconoscere l'immunità. La Cassazione riteneva, piuttosto, dovesse concordarsi con l'opinione dissenziente dei giudici Caflisch, Cabral Barreto e Vajić, secondo i quali la distinzione fondata sulla natura dell'atto *iure imperii* o *iure gestionis* non avrebbe avuto alcuna rilevanza rispetto alla *tort exception*.

La Corte, pertanto, affermava che:

> «Dette disposizioni […] denotano quindi una tendenza al superamento della teoria dell'immunità ristretta. Anzi, secondo quel che si afferma nella sentenza *Voiotia*, il criterio da esse espresso avrebbe ormai assunto il valore di una norma consuetudinaria. È comunque certo che la loro presenza impedisce che il criterio fondato sulla natura dell'atto lesivo possa essere considerato ancora di portata generale»[558].

La Cassazione ricordava, inoltre, che a seguito dell'adozione dell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996, emendamento al *Foreign Sovereign Immunities Act*, era stata introdotta una nuova eccezione alla regola generale immunitaria, qualora le domande risarcitorie riguardino fatti di tortura, assassinio, sabotaggio di aereo, presa di ostaggi che avessero determinato lesioni personali o morte. Secondo la Corte, la norma, nonostante il suo ambito di applicazione circoscritto, era rappresentativa della riscontrata tendenza al superamento del criterio della natura dell'atto in relazione alle controversie aventi ad oggetto degli illeciti, e dell'importanza attribuita alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo rispetto alla protezione dell'interesse di uno Stato a vedersi riconosciuta l'immunità[559].

---

[558] Cfr. § 10.1 della sentenza in esame.

[559] Cfr. § 10. 2 della sentenza in esame, ove la Corte richiamava numerose sentenze che avevano applicato l'eccezione prevista dall'emendamento al *FSIA*: *Alejandre v. Republic of Cuba*, del 17 dicembre 1997; *Flatow v. Islamic Republic of Iran* dell'11 marzo 1998; *Cicippio v. Islamic Repubblic of Iran*, del 27 agosto 1998; *Anderson v. Islamica Republic of Iran*, del 24 marzo 2000; *Eisenfeld v. Islamic Republic of Iran*, dell'11 luglio 2000; *Higgins v. Islamic Republic of Iran*, del 21 settembre 2000; *Sutherland v. Islamic Republic of Iran*, del 25 giugno 2001; *Polhill v. Islamic Republic of Iran*, del 23 agosto 2001; *Wagner v. Islamic Republic of Iran*, del 6 novembre 2001; *Mousa*

Infine, l'ultima argomentazione sulla base della quale la Cassazione ha inteso consolidare, dal punto di vista logico la propria decisione si basava sull'analogia – in realtà non pacifica – tra l'immunità funzionale e l'immunità dello Stato.

La Corte, in particolare, abbracciava l'opinione, secondo cui l'immunità funzionale discenderebbe dall'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, sostenendo che l'immunità dell'organo non sarebbe altro che una mera specificazione dell'immunità riconosciuta allo Stato e si porrebbe, pertanto, rispetto a quest'ultima, in un rapporto di genere a specie. Tale relazione sarebbe giustificata dalla necessità di impedire la vanificazione dell'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato estero, consentendo allo Stato del foro di agire nei confronti della persona che ha materialmente posto in essere l'attività contestata allo Stato straniero.

Alla luce di tale assunto, la Corte ricordava che se è ormai indubbio che a fronte della commissione di un crimine internazionale l'immunità funzionale degli organi dello Stato estero non possa essere invocata[560], sarà allora altrettanto certo che in caso di crimini

---

v. Islamic Republic of Iran, del 19 settembre 2001; *Jenco v. Islamic Republic of Iran* del 2001; *Da Liberti v. Islamic Republic of Irak* del 5 dicembre 2001.

[560] Cfr. art. 7 dello Statuto del Tribunale internazionale militare di Norimberga: «La condizione ufficiale degli accusati sia come capi di Stato, sia come alti funzionari governativi, non potrà essere considerata né come esimente da responsabilità, né come circostanza idonea a giustificare una diminuzione della pena»; art. 7, rubricato "Responsabilità penale personale", dello Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia: «1. La persona che abbia progettato, istigato, ordinato, commesso o in qualunque modo abbia aiutato e incoraggiato a progettare, preparare o eseguire un crimine di cui agli articoli da 2 a 5 del presente Statuto, è individualmente responsabile di tale crimine. 2. La posizione ufficiale della persona accusata, sia esso capo di Stato o di governo o funzionario governativo responsabile, non sottrae tale persona alla responsabilità penale né può costituire motivo di attenuazione della pena. 3. Il fatto che taluno degli atti di cui agli articoli 2 - 5 del presente Statuto siano stati commessi da persona gerarchicamente subordinata non esclude la responsabilità penale del superiore se egli sapeva o aveva modo di sapere che il subordinato stava per commettere quell'atto, o lo aveva commesso e il superiore non ha preso le necessarie e ragionevoli misure per impedire tali atti o punirne l'autore. 4. Il fatto che la persona accusata abbia agito in esecuzione di un ordine del governo o di un superiore non sottrae l'agente alla responsabilità penale, ma può essere considerato motivo di attenuazione della pena, se il Tribunale internazionale ritiene che così richieda l'equità»; art. 6, rubricato «Responsabilità penale individuale», dello Statuto del Tribunale per il Rwanda «1. Chiunque abbia progettato, istigato, ordinato, commesso o in ogni altra maniera aiutato ed incoraggiato la progettazione, preparazione o esecuzione di uno dei crimini elencati negli articoli da 2 a 4 del presente Statuto è individualmente responsabile di tale crimine. 2. La posizione ufficiale di un imputato, sia come capo di Stato o di governo, sia come alto funzionario di governo, non lo esonera dalla propria responsabilità penale e non costituisce un motivo d'attenuazione della pena. 3. Il fatto che uno qualunque degli atti indicati negli articoli da 2 a 4 del presente Statuto sia stato commesso da un subordinato non esime il suo o la sua superiore dalla propria responsabilità penale se costui o costei sapeva o aveva ragioni per sapere che il subordinato si apprestava a commettere quest'atto o l'aveva compiuto ed il o la superiore non ha adottato le misure necessarie e ragionevoli per impedire il compimento di tali atti o punirne gli autori. 4. Il fatto che un imputato abbia agito in esecuzione di un ordine di un governo o di un superiore non lo esonera dalla propria responsabilità penale, ma può essere considerato come un motivo di diminuzione della pena se il Tribunale internazionale

internazionali non possa essere riconosciuta allo Stato l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato estero[561].

In conclusione, la Corte, come anticipato, accoglieva, dunque, il ricorso presentato dal signor Ferrini e cassava la sentenza della Corte di Appello di Firenze con rinvio[562].

Come premesso, appare opportuno soffermarsi su un'altra sentenza della Corte di Cassazione, al fine di dare conto del progressivo consolidamento da parte delle autorità giurisdizionali italiane dell'orientamento inaugurato dalla pronuncia *Ferrini*.

In particolare, si è scelto di analizzare una sentenza del 2009 della I sezione penale della Suprema Corte relativa al caso *Milde*, anche noto come la strage di Civitella in Val di Chiana e Bucine, Cornia e San Pancrazio[563].

---

lo ritiene conforme a giustizia»; art. 27, rubricato «Irrilevanza della qualifica ufficiale», dello Statuto della Corte penale internazionale: «1. Il presente Statuto si applica a tutti in modo uguale senza qualsivoglia distinzione basata sulla qualifica ufficiale. In modo particolare la qualifica ufficiale di capo di Stato o di governo, di membro di un governo o di un parlamento, di rappresentante detto o di agente di uno Stato non esonera in alcun caso una persona dalla sua responsabilità penale per quanto concesse il presente Statuto e non costituisce in quanto tale motivo di riduzione della pena. 2. Le immunità o regole di procedura speciale eventualmente inerenti alla qualifica ufficiale di una persona in forza del diritto interno o del diritto internazionale non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona». Per quanto concerne la giurisprudenza si veda: Corte suprema di Israele, 29 maggio 1962, caso *Eichmann*; Corte d'appello federale del secondo circuito, 30 maggio 1980, caso *Filartiga c. Peña-Irala*; Corte distrettuale del Massachussets, 12 aprile 1995, caso *Xuncax v. Gramajo*; Corte distrettuale di New York, 18 aprile 1998, caso *Cabri c. Assasie Guimah*.

561 Cfr. il § 11 della sentenza in esame.

562 Si segnala, peraltro, come il Tribunale di Arezzo, con sentenza del 12 aprile del 2007, sosteneva che, nonostante potesse certamente esercitare la giurisdizione rispetto al caso, l'azione di risarcimento dovesse essere rigettata perché prescritta. Tuttavia, la Corte di Appello di Firenze, con sentenza del 17 febbraio del 2011, condannava la Germania al pagamento dei danni cagionati al sig. Ferrini e alle spese di giudizio, affermando che l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione non è assoluta e non può essere invocata da uno Stato qualora questo si sia reso responsabile di crimini internazionali.

563 Corte di Cassazione, sezione I penale, sentenza pronunciata il 21 ottobre del 2008, e depositata il 13 gennaio del 2009, n. 1072. Per un commento sulla sentenza Milde si veda: A. CIAMPI, "The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War", in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 597 e ss.; ID., "L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les jurisdictions italiennes", in *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 45 e ss.; M. DE VITO, "La Corte di cassazione italiana consolida il proprio orientamento sui limiti di applicazione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile straniera in caso di crimini internazionali", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 502 e ss.; C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 363 e ss.; M. FRULLI, "La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana", cit., p. 442 e ss.; M. NISTICÒ, "Crimini internazionali, tutela dei diritti umani e responsabilità patrimoniale dello Stato straniero verso le vittime", in *Rassegna della giustizia militare*, 2009, p. 7 e ss.; N. RONZITTI, "Germania responsabile delle stragi di civili compiute dai soldati durante il conflitto mondiale", cit., p. 56 e ss.; A. VECCHI, "Di fronte ai crimini contro l'umanità il principio della "immunità giurisdizionale ristretta" incontra un limite prevalente", in *Diritto e giustizia online*, 31 gennaio 2009, p. 31.

Al di là delle – condivisibili o meno – valutazioni operate dalla Corte, che andremo nel proseguo ad approfondire, si deve riconoscere come tale sentenza risulti particolarmente significativa per almeno tre ordini di ragioni[564].

In primo luogo, occorre ricordare che i precedenti giurisprudenziali italiani a seguito dei quali la Germania era stata condannata al risarcimento dei danni, avevano riguardato esclusivamente ricorsi di natura civile. Nel caso della strage di Civitella è stato, invece, citato lo Stato tedesco come responsabile civile all'interno di un procedimento penale: pertanto, a differenza delle precedenti condanne della Corte in sede civile[565], nel caso di specie i crimini addebitati alla Germania erano stati oggetto di accertamento in sede penale.

In secondo luogo, se in passato la Cassazione si era espressa a seguito della proposizione di un regolamento preventivo di giurisdizione, oppure – come nella *Ferrini* – come giudice di ultima istanza, che aveva riformato il giudizio espresso dalle corti inferiori, nel caso di specie, la Cassazione si è pronunciata sì come giudice di ultima istanza, ma a seguito della condanna in doppia conforme, ribadendo a sua volta la decisione della Corte d'Appello.

Infine, mentre normalmente in sede penale si era sempre ed esclusivamente dato luogo all'accertamento, tanto penale quanto civile, della responsabilità dell'individuo-organo di uno Stato straniero, in questo caso, per la prima volta, l'accertamento della responsabilità civile in sede penale è stato esteso allo Stato di appartenenza dell'individuo-organo[566].

---

564 Le ragioni sono state evidenziate da M. FRULLI, "La «derogabilità» della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana", cit., p. 443.

565 Ci si riferisce, in particolare, al caso *Ferrini* e al caso *Mantelli* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, ordinanze n. 14200-14212 del 6 maggio 2008) ove a fondamento delle domande di risarcimento dei danni presentate nei confronti della Germania erano state poste delle condotte costituenti crimini internazionali che, tuttavia, non erano state oggetto di accertamento in sede penale.

566 Considerata la recente proliferazione delle legislazioni nazionali che prevedono la responsabilità penale degli enti, sarebbe interessante domandarsi se lo Stato non possa essere ritenuto responsabile anche penalmente per la commissione dei crimini internazionali. Se, infatti, talvolta risulta dubbia l'applicabilità della regola che prevede per uno Stato l'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese estero, potrebbe forse non opporsi alcuna ragione – perlomeno giuridica – all'eventuale formazione di una nuova regola che detti la responsabilità penale per lo Stato in quei casi in cui siano perpetrate gravi violazione dei diritti umani fondamentali, diritti tutelati da norme di *ius cogens*. Peraltro, se si volesse applicare, come una parte della dottrina ritiene corretto, l'analogia tra immunità dell'organo e immunità dello Stato, si dovrebbe necessariamente concludere che lo Stato risponda, così come l'organo che ha materialmente posto in essere la condotta, anche penalmente.

Il Tribunale militare di La Spezia[567], con sentenza n. 49 del 10 ottobre 2006, condannava alla pena dell'ergastolo Max Josef Milde, sergente della divisione paracadutisti corazzata "Hermann Göring", in quanto ritenuto responsabile, ex art. 185 c.p.m.g.[568], di concorso nel delitto di violenza con omicidio contro privati nemici, pluriaggravata e continuata.

Egli, infatti, il 29 giugno del 1944, aveva contribuito all'uccisione nei paesi di Civitella, Cornia e San Pancrazio, di 203 persone, agendo senza necessità e senza giustificato motivo, con crudeltà e premeditazione, usando violenza sessuale sulle donne e compiendo scempio di cadaveri, nel corso di un rastrellamento contro i partigiani e la popolazione civile, a seguito dell'uccisione nei giorni antecedenti di quattro militari tedeschi durante uno scontro a fuoco con i partigiani.

Con la medesima sentenza veniva dichiarato il non doversi procedere, per estinzione del reato a seguito della morte del reo, nei confronti di Siegfred Böttcher, tenente della divisione suddetta e imputato per i medesimi fatti di Milde.

Inoltre il Tribunale, a fronte delle domande proposte dai familiari delle vittime che si erano costituite parti civili nel processo[569], condannava al risarcimento dei danni Milde, in solido con la Germania che era stata citata in giudizio in qualità di responsabile civile, e stabiliva delle provvisionali immediatamente esecutive.

Lo Stato tedesco si era difeso sollevando l'eccezione dell'immunità dalla giurisdizione italiana.

---

[567] Sul rito penale militare si veda P. P. RIVELLO, *Il procedimento militare*, Giuffrè, Milano, 2010.

[568] L'art. 185 del codice penale militare di guerra, rubricato "Violenza di militari italiani contro privati nemici o di abitanti dei territori occupati contro militari italiani", afferma che: "Il militare, che, senza necessità o, comunque, senza giustificato motivo, per cause non estranee alla guerra, usa violenza contro privati nemici, che non prendono parte alle operazioni militari, è punito con la reclusione militare fino a due anni. Se la violenza consiste nell'omicidio, ancorché tentato o preterintenzionale, o in una lesione personale gravissima o grave, si applicano le pene stabilite dal codice penale. Tuttavia, la pena detentiva temporanea può essere aumentata. Le stesse pene si applicano agli abitanti del territorio dello Stato nemico occupato dalle Forze armate dello Stato italiano, i quali usano violenza contro alcuna delle persone a esse appartenenti".

[569] Sulla questione della costituzione di parte civile nel processo penale militare, si veda A. SPERANZONI, "Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra", in S. BUZZELLI, M. DE PAOLIS, A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 207 e ss., ove in particolare si sottolinea, specificamente a p. 210, che: "[…] Il definitivo ingresso del danneggiato dal reato nel processo penale militare avvenne per effetto della sent. 60 del 1996 con cui la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.m.p. con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.". Sul punto si veda, inoltre, P.P. RIVELLO, "Dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale l'art. 270 c.p.m.p., che impediva la costituzione di parte civile nel processo penale militare", in *Cassazione penale*, 1996, p. 1742 e ss.

Tuttavia, il Tribunale Militare aveva ritenuto il principio dell'immunità inoperante, richiamando la giurisprudenza *Ferrini* e sostenendo che, in quel caso, la Cassazione:

> «pur dando atto che le norme consuetudinarie del diritto internazionale impongono agli Stati l'obbligo di astenersi dall'esercitare il potere giurisdizionale nei confronti degli Stati stranieri, ha affermato che la portata di tale principio, un tempo di carattere assoluto, è andata progressivamente restringendosi […], fino a risultare superata in presenza di crimini internazionali. Infatti, secondo la Corte, tali crimini minacciano l'intera umanità e minano le fondamenta della convivenza internazionale, costituendo una violazione particolarmente grave dei diritti fondamentali della persona umana. La tutela di questi diritti è affidata a norme inderogabili, che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale e che prevalgono su ogni altra norma di carattere consuetudinario e convenzionale. Pertanto, l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile non opera a fronte di comportamenti di estrema gravità; che si configurano, in forza di norme consuetudinarie internazionali, quali crimini internazionali lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali».

Avverso la sentenza di I grado veniva proposta impugnazione tanto da Milde quanto dallo Stato tedesco.

Tuttavia, la Corte Militare di Appello di Roma, con sentenza n. 72 del 18 dicembre 2007, confermava le statuizioni della pronuncia di I grado.

In particolare, la Corte Militare di Appello riteneva corretta: la ricostruzione fattuale della partecipazione e del contributo causale del Milde all'eccidio, la qualificazione della sua condotta come integrante la fattispecie di cui all'art. 185 c.p.m.g., l'assenza delle scriminanti dell'adempimento di un dovere e dello stato di necessità, nonché l'insussistenza delle condizioni affinché potessero trovare applicazione le circostanze attenuanti generiche.

La Corte rigettava, inoltre, l'appello della Germania fondato sull'inammissibilità e l'improponibilità dell'azione civile nei suoi confronti sulla base dell'art. 77 del Trattato di pace del 1947[570] e dell'Accordo di Bonn del 1961[571], e sull'impossibilità di essere convenuta in giudizio davanti alla giurisdizione italiana per via dell'operatività delle norme di diritto internazionale consuetudinario che precludono l'esercizio da parte di uno Stato della giurisdizione civile nei confronti di un Paese straniero per *acta iure imperii*, anche nel caso in cui siano state commesse gravi violazioni dei diritti umani fondamentali.

Nell'opinione della Corte d'Appello, le argomentazioni della Germania dovevano essere disattese, in quanto i principi dell'ordinamento internazionale, compreso quello di sovrana eguaglianza da cui discende l'immunità statale dalla giurisdizione civile, possono subire una "compressione" della propria portata, qualora debba essere valutato, contestualmente ad essi, il necessario, ed ormai primario nell'ordinamento internazionale, rispetto dei valori della persona umana. Anche la Corte di II grado, così come il giudice di prime cure, richiamava sul punto la giurisprudenza *Ferrini*, affermando che la norma consuetudinaria sull'immunità non poteva ritenersi assoluta, in ragione del limite costituito dalla perpetrazione da parte di uno Stato di atti di una gravità tale da configurare crimini internazionali. Secondo la Corte, in particolare, i crimini di guerra sono sanzionati da norme

[570] Il Trattato di pace del 10 febbraio 1947 è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con d.lgs. 28 novembre 1947, n. 1430, G.U. n. 295 del 24 dicembre 1947. In particolare l'art. 77 statuisce: "1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente Trattato i beni esistenti in Germania ed appartenenti allo Stato italiano ed a cittadini italiani, non saranno più considerati come beni nemici e tutte le restrizioni fondate su tale qualifica saranno abrogate. 2. I beni identificabili appartenenti allo Stato italiano ed a cittadini italiani, che le Forze Armate germaniche o le autorità germaniche abbiano trasferito con la violenza o la costrizione, dal territorio italiano in Germania, dopo il 3 settembre 1943, daranno luogo a restituzione. 3. La restituzione e la rimessa in pristino dei beni italiani saranno effettuate in conformità delle misure che saranno adottate dalle Potenze che occupano la Germania. 4. Senza pregiudizio di tali disposizioni e di quelle altre disposizioni che fossero adottate in favore dell'Italia e dei cittadini italiani dalle Potenze che occupano la Germania, l'Italia rinuncia, a suo nome e a nome dei cittadini italiani, a qualsiasi domanda contro la Germania e i cittadini germanici pendente alla data dell'8 maggio 1945, salvo quelle risultanti da contratti o da altre obbligazioni che fossero in forza, ed ai diritti che fossero stati acquisiti, prima del 1° settembre 1939. Questa rinuncia sarà considerata applicarsi ai debiti, a tutte le ragioni di carattere interstatale relative ad accordi conclusi nel corso della guerra e a tutte le domande di risarcimento di perdite o di danni occorsi durante la guerra. 5. L'Italia si impegna a prendere tutti i provvedimenti necessari per facilitare quei trasferimenti dei beni germanici in Italia, che verranno stabiliti da quelle fra le Potenze occupanti la Germania che abbia facoltà di disporre di detti beni".

[571] L'Accordo regola alcune questioni patrimoniali, economiche e finanziarie del 2 giugno 1961, ed è stato reso esecutivo in Italia con d.p.r. 14 aprile 1962, n. 1263, G.U. n. 186 del 30 luglio 1964. In particolare, il Governo italiano, con tale Accordo, ha dichiarato che: "sono definite tutte le rivendicazioni […] di persone fisiche e giuridiche italiane […] derivanti da diritti o ragioni sorti nel periodo tra il 1 settembre e l'8 maggio 1945", assumendo l'impegno a tenere "indenne la Repubblica Federale di Germania da ogni eventuale azione o altra pretesa legale".

di *ius cogens*, che prevedono l'obbligo di risarcire tanto il danno patrimoniale quanto quello non patrimoniale causato alle vittime.

A fronte della pronuncia di II grado, lo Stato tedesco proponeva ricorso per cassazione sulla base di tre motivi.

Nei primi due motivi, i difensori della Germania denunciavano l'inosservanza e l'erronea applicazione di norme penali, sostanziali e processuali, ex art. 606, c. 1, lett. b) e c) c.p.p., per difetto di giurisdizione e per improcedibilità, inammissibilità e improponibilità dell'azione civile, in relazione alla violazione degli obblighi internazionali assunti dall'Italia con l'art. 77 del Trattato di pace del 10 febbraio del 1947, con l'accordo per il regolamento di alcune questioni di carattere patrimoniale, economico e finanziario sottoscritto a Bonn il 2 giugno del 1961, con le rispettive leggi di esecuzione dei due trattati nell'ordinamento italiano, nonché per la violazione dell'art. 10, c. 1 della Carta costituzionale.

In particolare lo Stato tedesco, richiamava l'art. 77 c. 4 del Trattato di pace del 1947 e la sua legge di esecuzione, in quanto, secondo tale disposizione, l'Italia avrebbe rinunciato, sia a suo nome, sia a nome dei suoi cittadini, a qualsiasi domanda di risarcimento nei confronti della Germania e dei cittadini tedeschi pendente alla data dell'8 maggio 1945, con la sola eccezione dei diritti acquisiti prima del 1939.

In relazione all'Accordo di Bonn e alla sua esecuzione, lo Stato tedesco sosteneva che, a fronte di una somma da lui versata all'Italia, il Governo italiano aveva dichiarato definite le rivendicazioni nei confronti della Germania per i diritti sorti in capo alle persone fisiche e giuridiche italiane tra il 1 settembre e l'8 maggio 1945, assumendosi l'impegno di tenere indenne lo Stato tedesco da ogni eventuale azione o pretesa legale.

Secondo la Germania, la validità degli accordi stipulati con l'Italia era indubbia, non essendo possibile ritenere applicabile l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969[572], che, come noto, sancisce la nullità delle convenzioni che, al momento della loro conclusione, risultino contrarie alle norme imperative del diritto internazionale, non essendo il diritto al risarcimento dei danni civili previsto da una norma di *ius cogens*.

[572] Per quanto concerne l'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 si rinvia a quanto già esposto nel capitolo II, § 2.3.

Il terzo motivo presentato dalla difesa tedesca riguardava, invece, vizi logici e giuridici della motivazione della Corte di Appello, ex art. 606, c. 1, lett. b) ed e), per violazione della legge penale e per carenza e manifesta illogicità.

Nell'ottica della Germania, la Corte militare di II grado non aveva considerato la recente evoluzione del diritto internazionale per quanto concerne l'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati stranieri, ed aveva, dunque, interpretato ed applicato erroneamente le norme di diritto internazionale in materia immunitaria, ritenendo riscontrabile un'eccezione nel caso di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali protetti da norme di *ius cogens*.

A sostegno di tale motivo di gravame, veniva richiamata la giurisprudenza delle corti nazionali di altri Paesi che avevano negato la possibilità di ravvisare la sussistenza di un'eccezione umanitaria alla regola generale dell'immunità[573], ed alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo[574], all'interno delle quali era stato specificato che l'immunità dovesse sempre essere riconosciuta anche a fronte della violazione di norme cogenti.

La decisione della Corte di Appello aveva, dunque, secondo lo Stato tedesco, erroneamente seguito «l'isolata» tesi proposta dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza *Ferrini*, tesi che non poteva trovare giustificazione nemmeno attraverso il richiamo di alcune decisioni delle corti statunitensi[575], che avevano sì riconosciuto un'eccezione alla regola generale dell'immunità, ma sulla base dell'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* del 1996.

Infine, veniva, altresì ricordato come nemmeno nella Convenzione delle Nazioni Unite del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni – ritenuta dalla Germania codificazione del diritto internazionale consuetudinario vigente – fosse possibile rinvenire una *human rights exception* all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri.

La difesa del responsabile civile depositava, inoltre, una memoria difensiva[576] nella quale veniva trascritto il parere redatto dal Professor Gattini.

---

[573] Nel ricorso, ad esempio, venivano richiamate la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 15 febbraio del 2006 relativa al caso *Distomo* (si veda il capitolo VI, § 6.2) e la sentenza della *House of Lords* inglese del 14 giugno 2006 relativa al caso *Jones and Mitchell c. Saudi Arabia* (per la quale si rinvia al capitolo VI, § 6.1)

[574] Tra le sentenze indicate ricordiamo, ad esempio: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit.

[575] Ad esempio, veniva richiamata la sentenza del 27 agosto del 1998, *Cicippio v. Islamic Republic of Iran*.

[576] La memoria è stata depositata il 30 settembre 2008.

Nel parere era criticata la posizione sostenuta dalla Corte di Cassazione nella sentenza *Ferrini*, che veniva definita come un «unicum» all'interno del vasto quadro giurisprudenziale in materia immunitaria, costituente un «arresto episodico»[577].

Pertanto, i difensori della Germania chiedevano che la sentenza della Corte di Appello, in relazione ai capi civili in base ai quali lo Stato tedesco era stato, solidalmente al Milde, condannato al risarcimento dei danni, fosse annullata senza rinvio.

I difensori delle parti civili affermavano l'inammissibilità del ricorso tedesco, sostenendo che sui capi civili della sentenza di II grado doveva ritenersi calato il giudicato, in quanto, in sede di appello, i difensori dello Stato tedesco non erano stati investiti di procura speciale e, pertanto, non erano legittimati a proporre impugnazione.

La Corte di Cassazione, con sentenza del 13 gennaio del 2009, n. 1072, confermava la condanna nei confronti della Germania, ritenendo che la sentenza della Corte Militare di Appello avesse correttamente negato l'immunità giurisdizionale rispetto alla cognizione della domanda di risarcimento dei danni proposta contro il responsabile civile.

Ma procediamo con ordine.

Anzitutto, il Collegio rilevava che dovesse ritenersi manifestamente infondata l'eccezione presentata dai difensori delle parti civili, inerente alla mancanza di procura speciale in capo ai difensori dello Stato tedesco per la proposizione delle impugnazioni.

La Cassazione aveva riscontrato che il mandato era stato inserito in un atto allegato all'appello, all'interno del quale era stato specificato che la procura era attribuita per promuovere il giudizio di II grado avverso la pronuncia del Tribunale militare di La Spezia. Era, inoltre, stato rilasciato, in calce al ricorso per cassazione, mandato difensivo con il quale era stato conferito, dalla Germania, il potere ai difensori di proporre impugnazione avverso la sentenza di appello[578].

La Suprema Corte aveva, poi, affermato che la ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio doveva ritenersi, ormai, incontrovertibile.

---

[577] Per le critiche mosse da Gattini alla sentenza *Ferrini*, si rinvia alla parte conclusiva del paragrafo, e al capitolo VI, § 6.1.

[578] Cfr. § 1 della sentenza in esame.

Il ricorso per cassazione, infatti, era stato presentato unicamente dallo Stato tedesco[579], che si era limitato ad impugnare la sentenza di appello in relazione al mancato riconoscimento dell'immunità nei suoi confronti, senza contestare né l'accertamento dei fatti operato dal giudice di prime cure, e confermato dai giudici di II grado[580], né il fatto di essere stato chiamato a rispondere delle condotte commesse in Italia dalle truppe naziste del Terzo Reich[581].

Di conseguenza, la Corte chiariva che, nel valutare il ricorso, avrebbe ritenuto accertata la commissione da parte di Max Josef Milde, in qualità di organo dello Stato tedesco, del reato di violenza con omicidio contro privati nemici e la riconducibilità di tale reato nell'ambito dei crimini internazionali di guerra[582].

Il Collegio passava, dunque, ad analizzare la questione sollevata dalla Germania circa l'erronea interpretazione ed applicazione da parte della Corte Militare di Appello delle norme internazionali in materia immunitaria.

Come asserito dalla stessa Cassazione:

> «il tema di indagine e di decisione devoluto alla cognizione di questa Corte si risolve nello stabilire se la norma consuetudinaria di diritto internazionale che riconosce l'immunità giurisdizionale degli Stati per gli atti compiuti nell'esercizio della sovranità debba essere o no applicata anche nell'ipotesi di condotte consistenti in crimini internazionali»[583].

---

[579] Il Milde ed il suo difensore non avevano, infatti, impugnato la sentenza di appello, che aveva confermato la condanna dell'imputato all'ergastolo per il delitto ex art. 185 c.p.m.g., considerato quale crimine internazionale.

[580] La Germania non aveva disconosciuto che il Milde avesse operato in qualità di individuo-organo dello Stato nel partecipare alla rappresaglia nei confronti della popolazione civile a seguito dell'uccisione da parte dei partigiani di quattro militari tedeschi.

[581] Opportuno è ricordare che la Germania si è astenuta dall'eccepire di non essere successore del Terzo Reich. Di norma, lo Stato tedesco si è sempre assunto una responsabilità politica e morale per i crimini internazionali posti in essere dal Reich, sia attraverso dichiarazioni ufficiali sia con la conclusione di accordi internazionali volti a risarcire le vittime. Tuttavia, la Germania ha sempre negato una responsabilità di natura giuridica di fronte alle autorità giudiziarie nazionali.

[582] L'art. 185 c.p.m.g., annoverato tra i reati contro le leggi e gli usi della guerra, trova la sua *ratio* di tutela nella salvaguardia delle regole dettate dagli Stati per disciplinare la violenza nei conflitti armati con lo specifico fine, tra gli altri, di proteggere la persona umana. Siamo, dunque, in presenza di una norma incriminatrice, riconducibile al novero dei crimini internazionali di guerra, strettamente collegati al diritto internazionale umanitario. Cfr. par. 2 della sentenza in esame, che richiama la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. I penale, 8 novembre 2007, n. 4060, *Sommer ed altri*, riguardante il massacro di S. Anna di Stazzema compiuto dai militari dello Stato tedesco con modalità analoghe a quelle del caso Milde.

[583] Cfr. § 3 della sentenza in esame.

Per rispondere a tale quesito, la Suprema Corte ha ritenuto opportuno ripercorrere brevemente l'orientamento assunto dalla giurisprudenza italiana di legittimità in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione civile italiana.

Anzitutto, la Cassazione sottolineava come, per lungo tempo, le autorità giurisdizionali avessero accolto la prospettiva dell'immunità ristretta, in base alla quale è precluso ai tribunali di uno Stato l'esercizio della giurisdizione civile nei confronti di un Paese estero, qualora l'azione promossa nei confronti di quest'ultimo abbia ad oggetto *acta iure imperii*[584].

Tuttavia, veniva, poi, rilevato come l'orientamento dei giudici italiani fosse, ad un certo punto, mutato.

Il Collegio ricordava che a partire dalla sentenza *Ferrini*, infatti, si era assistito in giurisprudenza, tanto civile[585] quanto penale[586], ad un'ulteriore erosione della regola immunitaria, consistente nell'impossibilità di riconoscere l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato ad un Paese estero, qualora quest'ultimo si fosse reso responsabile di crimini internazionali, e ciò anche se tali crimini fossero riconducibili alla sfera delle sue attività sovrane.

Alla luce delle sentenze da essa richiamate, la Cassazione statuiva che fosse ormai, nella giurisprudenza di legittimità, consolidato l'orientamento che esclude l'immunità per gli Stati che si siano resi responsabili di crimini internazionali[587].

---

[584] In particolare la Corte richiamava, a titolo esemplificativo, alcune pronunce che avevano affermato la tesi dell'immunità ristretta: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 12 giugno 1999, n. 328; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 3 febbraio 1996, n. 919; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili sentenza del 24 settembre 1993, n. 9675; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 30 maggio 1990, n. 5091

[585] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 27 maggio 2005, n. 11225; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 29 maggio 2008, n. 14199; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza del 29 maggio 2008, n. 14201.

[586] Corte di Cassazione, Sezione I penale, 19 giugno 2008, caso *Lozano*. In particolare, in tale sentenza, la Cassazione ha escluso, richiamando la giurisprudenza *Ferrini*, la possibilità di riconoscere l'immunità funzionale dalla giurisdizione penale ad un individuo-organo di uno Stato estero per atti eseguiti *iure imperii*, costituenti gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, ovvero crimini lesivi dei diritti fondamentali dell'individuo. Nella sentenza *Milde*, la Cassazione evidenziava come, a suo avviso, il richiamo operato nella sentenza *Lozano* alla *Ferrini* dovesse considerarsi "puntuale e affatto pertinente", in ragione del fatto che, come già ricordato, tra gli argomenti logici posti a rafforzamento della pronuncia della Suprema Corte n. 5044 del 2004, era stato utilizzato anche quello che riteneva non vi fosse alcuna valida ragione per riconoscere l'immunità ad uno Stato estero qualora l'immunità funzionale non possa trovare applicazione, essendo quest'ultima una mera specificazione della prima, volta a garantire che il divieto di convenire in giudizio, di fronte ai tribunali di uno Stato, lo Stato estero, non sia vanificato convenendo in giudizio l'individuo-organo.

[587] Cfr. § 3 della sentenza in esame.

La Corte proseguiva, dunque, statuendo che:

«Il Collegio intende esprimere piena e convinta adesione a tale orientamento ermeneutico la cui esattezza trova completa conferma nel concorso di precisi ed affidabili argomenti di ordine logico e sistematico che inequivocamente convergono nel dimostrare che il principio consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati non ha una portata assoluta e indiscriminata, ma è destinato a rimanere inoperante nelle fattispecie nelle quali con esso concorra il principio di diritto internazionale consuetudinario che legittima l'esercizio dei mezzi di tutela apprestati per la reintegrazione dei danni provocati da crimini internazionali originati da gravi lesioni dei diritti inviolabili della persona umana»[588].

Nonostante, a questo punto, la soluzione accolta fosse già palese, la Cassazione prendeva in considerazione la tesi della difesa tedesca, secondo cui, avendo riguardo alla prassi internazionale, l'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile di un altro Paese risultava essere un principio assoluto, insuscettibile di essere derogato, e ciò anche nel caso in cui fossero stati commessi dallo Stato straniero dei crimini internazionali.

La Suprema Corte riteneva tale doglianza infondata.

Il Collegio richiamava, infatti, ancora una volta, la sentenza *Ferrini*, sostenendo che all'interno di tale pronuncia fosse stata condotta, in modo attento ed esauriente, una disamina della prassi internazionale, dalla quale era risultato che: le decisioni straniere che avevano riconosciuto l'immunità di uno Stato estero dalla giurisdizione civile avevano riguardato situazioni diverse rispetto a quelle oggetto del giudizio[589]; non solo in Italia, ma anche in altri

[588] Cfr. § 4 della sentenza in esame.

[589] Cfr. § 10 della sentenza *Ferrini* (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044). Focarelli sottolinea come la Corte, richiamando la *Ferrini*, sembrava riferirsi a quella parte della pronuncia in cui i giudici avevano ricordato che le decisioni straniere, affermative dell'immunità avevano riguardato esclusivamente ipotesi in cui i crimini erano stati perpetrati in uno Stato diverso dallo Stato del foro. Come noto, invece, nel caso *Milde*, i crimini, oggetto di giudizio, erano stati commessi nello Stato del foro. Secondo l'Autore sembrava, allora, che la Corte avesse inteso porre l'attenzione sul criterio del *locus commissi delicti*; tuttavia, proseguendo nell'analisi della sentenza, Focarelli nota come il Collegio non abbia, poi, conferito alcuna rilevanza al criterio predetto. Pertanto, nell'opinione dell'Autore, il riferimento fatto dalla Cassazione all'esaustività della *Ferrini* appariva tutt'altro che chiaro. Se il riferimento, infatti, doveva intendersi allo *ius cogens*, invece che al luogo di commissione dei crimini, "allora resta oscuro perché la Corte [abbia continuato] a richiamare il *locus commissi delicti* come elemento idoneo a differenziare i casi sorti dinanzi ai

Paesi, fosse possibile riscontrare l'esistenza di decisioni che si erano pronunciate favorevolmente rispetto al diniego dell'immunità, a fronte della commissione da parte di uno Stato estero di crimini internazionali[590].

La Cassazione ricordava, poi, che lo stesso tipo di indagine effettuato nella *Ferrini* era stato operato dalla Corte Militare di Appello. A tale disamina, la Suprema Corte dichiarava di aderire integralmente, ritenendo non necessario, in assenza di prospettazioni critiche maggiormente convincenti, procedere ad analizzare nuovamente la prassi internazionale.

Al di là di tali considerazioni, il Collegio evidenziava come il conflitto immunità-violazione dei diritti umani fondamentali non potesse di certo essere risolto ricorrendo ad un criterio, fondato sulla prassi, di tipo quantitativo.

In particolare, nelle parole della Cassazione:

> «la soluzione della questione dibattuta non *può* corrispondere ad un esito di tipo meramente quantitativo e non *può* dipendere, perciò, soltanto dal numero, maggiore o minore, delle decisioni che aderiscono all'una o all'altra posizione. In proposito deve osservarsi che se è vero che l'esame della prassi dei tribunali dei vari Stati costituisce uno strumento importante per l'accertamento del vigore delle norme consuetudinarie di diritto internazionale, è non di meno certo che il compito dell'interprete non può ridursi ad un computo aritmetico dei dati desunti dalla prassi, dovendo tenersi conto, oltre che delle difficoltà di verifica della reale esistenza delle consuetudini, anche della consistenza qualitativa di esse, delle interrelazioni riscontrabili tra le stesse, dell'operatività dei nessi di interdipendenza e di collocazione gerarchica operanti in diretta funzione del rango attribuito a ciascuna di quelle norme rispetto alla scala dei valori generalmente accolta dall'ordinamento internazionale»[591] (corsivo nostro).

La Corte, a questo punto, affermava, in conformità al metodo utilizzato dalla *Ferrini*, e, dunque, fornendo prima una motivazione principale, seguita da due argomentazioni a

tribunali italiani". Cfr. C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 377.

[590] Cfr. §§ 8 e 8.1 della sentenza *Ferrini*.

[591] Cfr. § 4 della sentenza in esame.

sostegno della tesi reggente avanzata, che nel caso in cui le norme relative all'immunità si scontrino con quelle previste a tutela dei diritti umani fondamentali, queste ultime debbano sempre prevalere sulle prime.

L'*iter* logico seguito dalla Cassazione, nell'addivenire a tale soluzione, partiva dal presupposto che la coesistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario comporta sempre la necessità di verificare, avendo riguardo al loro ambito di applicazione, se queste siano compatibili ovvero alternative tra loro.

La Corte riconosceva come risulti indubbia, ad oggi, l'esistenza di una norma consuetudinaria che sancisce l'immunità ristretta all'interno dell'ordinamento internazionale, così come è altrettanto indiscussa la presenza, nell'ordinamento predetto, di norme consuetudinarie che tutelano i diritti fondamentali dell'individuo[592], diritti la cui violazione dà luogo alla commissione di crimini internazionali[593], i quali segnano «il punto di rottura tollerabile della sovranità»[594].

Alla luce di tali considerazioni, la Suprema Corte affermava che:

> «il principio del rispetto della "sovrana uguaglianza" degli Stati deve restare privo di effetti nell'ipotesi di crimini contro l'umanità, ossia di gravi azioni criminose la cui vera sostanza consiste in un abuso della sovranità statuale»[595].

---

[592] La Corte evidenziava come taluni di questi principi fondamentali, riconosciuti da diverso tempo dall'intera comunità internazionale, siano stati proclamati all'interno di alcuni trattati internazionali. In particolare, la Corte ricordava: il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966; la Convenzione dell'Aja sul rispetto delle leggi e degli usi della guerra del 1907; le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 ed i Protocolli Addizionali a tali Convenzioni del 1977. Cfr. par. 5 della sentenza in esame.

[593] La Cassazione affermava che: "All'interno della categoria dei crimini internazionali una particolare collocazione deve essere attribuita ai crimini contro l'immunità, vale a dire – secondo l'insegnamento della migliore dottrina – a quegli atti qualificati dalle seguenti connotazioni: a) si tratta di crimini particolarmente odiosi in quanto comportano una serie lesione della dignità umana ovvero una grave violazione di uno o più esseri umani; b) non corrispondono ad eventi sporadici o isolati, ma costituiscono una prassi estesa o sistematica di atrocità; c) devono essere perseguiti e puniti tanto se commessi durante un conflitto bellico quanto se commessi in tempo di pace; d) le vittime sono costituite da civili o, se commessi in tempo di guerra, da persone che non prendono parte alle ostilità armate". Cfr., ancora, il § 5 della sentenza in esame.

[594] La Corte richiama espressamente, in questo punto, quanto statuito dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza 29 maggio 2008, n. 14201 (sulla quale si veda: F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso *Mantelli*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 632 e ss.; C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati Stranieri per crimini, *jus cogens* e dinamica del diritto internazionale", cit., p. 738 e ss.).

[595] Cfr., di nuovo, il § 5 della sentenza in esame.

La Corte, a questo punto, evidenziava come la chiave di volta per valutare se l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero trovi un limite effettivo nel rispetto delle norme che proteggono i diritti umani fondamentali – nei casi in cui le due diverse categorie di norme debbano essere contemporaneamente applicate – dovesse essere individuata nel coordinamento tra tali disposizioni effettuato sulla base di giudizi di valore, giudizi che devono essere conformi alle opzioni abbracciate dall'ordinamento internazionale[596]».

Alla luce di tale opzione interpretativa, la Cassazione affermava, dunque, la necessaria prevalenza delle norme a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo rispetto alla norma immunitaria:

> «La differente consistenza qualitativa delle norme consuetudinarie è confermata dal diverso valore e dalla diversa forza di resistenza ad esse attribuiti dall'ordinamento internazionale, dato che in dottrina e in giurisprudenza è pacifica l'opinione secondo cui il principio consuetudinario dell'immunità giurisdizionale degli Stati è derogabile mediante apposite convenzioni, mentre le norme consuetudinarie formatesi a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo non sono derogabili e appartengono al sistema di norme imperative del diritto internazionale generale o di *ius cogens*. La preminenza di tale categoria di norme risulta inequivocamente dal contenuto dell'art. 53 della Convenzione sul diritto dei trattati, adottata a Vienna il 23.5.1969 […]»[597].

Il Collegio ricordava come fosse stato, diverse volte, affermato in giurisprudenza che la prevalenza delle norme a tutela dei diritti umani fondamentali dovesse, infatti, giustificarsi

[596] Cfr. § 6 della sentenza in esame, all'interno del quale la Cassazione afferma di accogliere "per la loro chiarezza e per la loro incisività argomentativa" le considerazioni della sentenza Lozano (Corte di Cassazione, Sezione I penale, 19 giugno 2008, n. 31171), la quale aveva affermato, al par. 6, che: "dalla parallela e antinomica esistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi, entrambi di portata generale, consegue, come logico corollario, che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di *ius cogens*, quindi alla garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana".

[597] Cfr. § 6 della sentenza in esame.

sulla base dell'appartenenza di queste ultime alla categoria di norme cogenti, poste all'apice della gerarchia delle fonti di diritto internazionale[598].

Come anticipato, la Corte forniva, poi, due argomentazioni a sostegno della tesi principale.

In primo luogo, venivano richiamati i risultati dell'interpretazione logica, sottolineando come questi si ponessero in «piena consonanza» con l'interpretazione sistematica[599].

La Cassazione sottolineava che se le norme che proteggono i diritti fondamentali dell'individuo sono espressione di principi «universali» ed «inderogabili» per la Comunità internazionale, la coerenza interna dell'ordinamento internazionale impone che, affinché la preminenza di tali diritti sia effettiva, e non meramente formale, ad eventuali violazioni debbano sempre fare seguito delle reazioni repressive (nel caso di specie la comminazione delle sanzioni reintegratorie richieste dalle parti civili). In caso contrario, secondo il Collegio:

> «non avrebbe senso dichiarare il primato dei diritti fondamentali della persona, e, poi, contraddittoriamente escludere la possibilità di accesso al giudice negando, in tal modo, agli individui la possibilità di utilizzare i mezzi indispensabili ad assicurare l'effettività e la preminenza di quei diritti fondamentali conculcati dall'azione criminosa di uno Stato»[600].

In secondo luogo, la Suprema Corte asseriva che, a prescindere dal risultato raggiunto, occorresse sempre tenere fermo il metodo di indagine: è necessario, infatti, che i risultati ottenuti rispettino sempre i valori ed i principi dell'ordinamento costituzionale italiano[601]: il «trasformatore permanente», come lo definiva il Perassi, ovvero l'art. 10 c. 1 Cost., prevede, infatti, l'adattamento dell'ordinamento italiano alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, ma fermo restando il limite invalicabile costituito dal rispetto dei principi fondamentali del sistema costituzionale attuale, tra cui, senza alcun dubbio, si annoverano i diritti fondamentali della persona[602].

---

[598] La Corte, ancora una volta, richiamava la sentenza *Ferrini*.

[599] Cfr. § 7 della sentenza in esame.

[600] *Ibidem*.

[601] *Ibidem*.

[602] Da questo punto di vista la Corte è stata "profetica" in quanto ha fornito l'argomentazione cardine sulla quale si dipana, come vedremo, la recente sentenza della Consulta del 22 ottobre 2014, n. 238.

Il Collegio concludeva, dunque, che essendosi la richiesta delle parti civili fondata sulla perpetrazione di un crimine internazionale – in particolare un crimine di guerra – la Corte Militare di Appello avesse correttamente escluso l'immunità della Germania.

La Corte si pronunciava, infine, sulle altre eccezioni – ovvero quelle non attinenti all'immunità – che erano state formulate dallo Stato tedesco per contestare la legittimità delle richieste di risarcimento fatte valere dalle parti civili.

Rispetto alla presunta violazione dell'art. 77 c. 4 del Trattato di Pace del 1947, la Suprema Corte non solo condivideva le motivazioni espresse dalla Corte Militare di Appello, ma ne lodava «l'ineccepibile correttezza logica e giuridica»[603].

Nell'opinione della Cassazione, la Corte di II grado aveva, infatti, correttamente rilevato che la Germania non era parte di detto Trattato, e, pertanto, non potesse invocarne la violazione. Inoltre, la Corte Militare di Appello aveva, altrettanto giustamente, ricordato che, ad ogni modo, il Trattato ha ad oggetto diritti di natura reale relativi esclusivamente a danni materiali, e non anche morali, come quelli fatti valere nel caso di specie dai parenti delle vittime dell'eccidio. Conseguentemente, non poteva ritersi applicabile tale disciplina pattizia, essendo quest'ultima prevista esclusivamente per diritti differenti da quelli che dovevano essere valutati dalla Corte nel suo giudizio.

Inoltre, la Cassazione affermando che la Repubblica Federale di Germania non era parte del Trattato, escludeva che quest'ultimo potesse trovare applicazione anche qualora si fosse ammesso che la sua disciplina potesse estendersi ai diritti di natura reale relativi a danni morali.

In relazione all'Accordo di Bonn del 1961, la Corte, ancora una volta richiamando ed elogiando quanto statuito in appello[604], ha ritenuto corretta l'esclusione della sua operatività nel caso di specie.

Tale Accordo riguardava, infatti, le rivendicazioni economiche pendenti al momento della sua firma: pertanto, esso non poteva di certo essere invocato per una causa che, al momento della sua stipulazione, non era nemmeno iniziata.

---

[603] Cfr. § 8 della sentenza in esame.

[604] La Cassazione affermava che la Corte Militare di Appello "con attenta ed adeguata utilizzazione di precisi elementi di ordine letterale e logico, ha ricostruito l'ambito applicativo dell'Accordo […]". Cfr. § 8 della sentenza in esame.

La Corte riteneva, altresì, che, in ogni caso, non vi fosse alcuna valida ragione per sostenere, così come affermato nel ricorso dai difensori dello Stato tedesco, la possibilità che la somma versata da parte della Germania all'Italia, a seguito dell'Accordo di Bonn, coprisse anche i danni morali cagionati dai crimini commessi. Di conseguenza, anche qualora si fosse voluto ritenere l'Accordo applicabile da un punto di vista temporale al caso sottoposto all'esame della Corte, si sarebbe comunque, infine, concluso per la sua irrilevanza ai fini della controversia.

Una volta analizzate tali sentenze, e, dunque, chiarita, tramite le parole delle autorità giurisdizionali, la concezione che si fonda su una lettura sistematica che applica il criterio gerarchico, sia esso formale o sostanziale, occorre valutare la validità della tesi esposta, confrontandoci con le critiche che sono state avanzate tanto in sede giurisprudenziale[605] quanto in sede dottrinale[606].

La prima critica – che peraltro costituisce l'obiezione principale opposta a molte delle costruzioni teoriche che tentano di giustificare la prevalenza delle norme che tutelano i diritti umani fondamentali sulle norme immunitarie – è stata mossa da quella parte della dottrina strenuamente attaccata alla prassi.

Se ormai, come si è già avuto modo di rilevare, è opinione diffusa che la norma consuetudinaria sull'immunità sia dotata di carattere fluido e, dunque, sia possibile ipotizzare che essa sia soggetta a delle modifiche ed, in particolare, a delle deroghe ulteriori rispetto a quelle specificamente codificate in testi normativi o pacificamente riconosciute come parte del diritto internazionale consuetudinario, si dovrebbe ritenere, perlomeno a livello teorico, del tutto ammissibile che possa costituire eccezione all'immunità anche l'eventuale violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, sulla base di una gerarchia formale o sostanziale tra norme.

---

[605] Cfr., ad esempio, *House of Lords,* sentenza del 13 giugno 2006, *Jones and Mitchell v. Saudi Arabia*, sulla quale si dirà ampiamente nel prosieguo. Si anticipa, tuttavia, fin da ora che Lord Bingham of Cornhill, al par. 22 della sentenza, ha affermato, con particolare riferimento alla sentenza *Ferrini*, che: "The *Ferrini* decision cannot in my opinion be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law".

[606] Cfr., ad esempio, R. LUZZATTO, I. QUEIROLO, "Sovranità territoriale, «jurisdiction» e regole di immunità", cit., p. 203 e ss., spec. p. 212 e 213, i quali affermano quanto asserito nella sentenza *Ferrini* è meramente espressione di una tendenza a "valorizzare il rispetto dei diritti fondamentali della persona".

Tuttavia, i sostenitori dell'insopprimibile legame con la prassi, ritengono che per affermare la sussistenza di questa ulteriore limitazione, occorrerebbe che tale eccezione fosse riscontrabile all'interno della giurisprudenza dei vari Stati: solo a fronte della effettiva possibilità di rinvenire la deroga nelle pronunce delle autorità giurisdizionali dei membri della Comunità internazionale, sarebbe possibile asserire l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario che, sulla base della *Normative Hierarchy Theory*, riconosca il venire meno dell'immunità di fronte alla violazione delle norme a tutela dei diritti umani fondamentali in ragione del diverso grado, o del diverso valore, delle categorie di norme in conflitto[607].

Seguendo l'impostazione data da quest'ultima parte della dottrina, si dovrebbe allora riconoscere che, avendo riguardo alle sentenze dei tribunali nazionali ed internazionali, il numero di pronunce che si sono espresse a favore dell'applicazione della *Normative Hierarchy Theory* appare particolarmente modesto, e, di fatto, limitato alla giurisprudenza italiana.

Di conseguenza, l'esiguità del dato quantitativo ha condotto diversi Autori ad escludere l'accoglibilità della sussistenza di una deroga umanitaria all'immunità giustificata dalla teoria della gerarchia formale o sostanziale.

Il Focarelli, in sede di commento alla sentenza *Milde*, ha riconosciuto come le autorità giurisdizionali italiane, fin dalla sentenza *Ferrini*, abbiano dovuto affrontare il problema della coesistenza, all'interno dell'ordinamento internazionale, di norme volte a tutelare i diritti umani fondamentali dell'individuo e a fornire rimedi contro la loro violazione, e delle norme

---

[607] Cfr. C. FOCARELLI, "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", cit., pp. 647-648, il quale ritiene inammissibile un approccio deduttivo, che faccia discendere dalle norme imperative effetti "speciali" o "derogatori", effetti che non trovano conferma nella prassi e nell'*opinio iuris* degli Stati membri della Comunità internazionale. In senso conforme si è espresso F. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 232 e ss., p. 242, ove l'Autore prendendo in considerazione la tesi "tradizionale" che considera le norme di *ius cogens* nient'altro che norme di diritto internazionale consuetudinario non derogabili convenzionalmente, e la tesi che, invece, ritiene che le norme cogenti si pongano all'apice dell'ordinamento internazionale, tanto da prevalere sia su eventuali accordi incompatibili, sia su norme di diritto internazionale consuetudinario prive del carattere della cogenza, afferma: «[…] dovendo in *subiecta materia* la prevalenza dell'una o dell'altra tesi essere valutata sul piano a propria volta del diritto internazionale generale data l'assenza di disposizioni che affrontino specificamente la questione nelle convenzioni internazionali sinora adottate in materia, la prassi degli Stati, come documentata dalla netta maggioranza della giurisprudenza tanto interna quanto internazionale, non possa dirsi a sostegno della seconda tesi. Detta giurisprudenza tende infatti ad escludere, per quanto qui rileva, un tale effetto di assoluta prevalenza delle regole poste a protezione dei diritti umani fondamentali della persona umana anche su altre regole di diritto internazionale generale di carattere dispositivo, come quella in materia di immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione».

che, riconoscendo ad uno Stato l'esenzione dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri nel caso di *acta iure imperii* – come di norma sono qualificate le gravi violazioni dei diritti dell'uomo –, precludono al singolo di ricorrere allo specifico rimedio della tutela giurisdizionale, qualora lo Stato ritenuto immune per *acta iure imperii* sia autore di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. Inoltre, l'Autore ha, altresì, ammesso che il problema pare porsi in termini di bilanciamento tra le due categorie di norme, per poter stabilire a quale delle due debba essere attribuita prevalenza, così come, peraltro, affermato dalla Cassazione italiana. Ciò nonostante, sul punto, il Focarelli ha, poi, affermato che:

> «La tentazione è […] di dare prevalenza, come la Corte ha fatto, alle norme che genericamente proteggono i diritti umani, fondandosi sulla loro natura cogente e/o su altre considerazioni di ordine logico o sistematico. Si finisce così tuttavia per ignorare, o quanto meno per depotenziare il *dato di fatto* che la prassi internazionale *specifica* in materia di immunità in caso di crimini depone *in senso contrario*. Per chi, come la Corte, ritiene che l'immunità debba "cedere" alle norme sui diritti umani e sui crimini internazionali, il problema tende a porsi in termini di individuazione di "ragioni" logiche o sistematiche, ovvero di "giudizi di valore", che per qualche loro proprietà speciale o superiore si presume possano giustificare una soluzione *prima facie* contraria alla (o comunque indipendente dalla) prassi internazionale»[608]

L'Autore ritiene che la tesi fondata sul criterio gerarchico sarebbe, dunque, ammissibile solo se supportata dalla prassi, e, viceversa, in assenza di tale supporto, non possa essere accolta, andando, di fatto, a risolversi in una vera e propria *fictio*, in quanto i sostenitori di tale tesi andrebbero ad affermare l'esistenza di una norma consuetudinaria in assenza di quei

[608] In questo senso C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 363 e ss. Ancora, sul punto, Focarelli, a pp. 405 e 406, afferma: "Si sarebbe tentati di dar ragione alla Corte pensando all'esigenza di giustizia che deve assistere il diritto c.d. positivo, nonché all'impossibilità nell'analisi giuridica, di eludere realmente aspetti di carattere extra-normativo. Ma quando dal principio del diritto conforme a giustizia si passa al concreto ci si rendo conto come la moderazione non sia mai eccessiva. […] L'interprete non avrebbe che i limiti della sua fantasia, dal momento che dal principio della protezione di diritti umani fondamentali si può arrivare ad una serie di conseguenze logiche pressoché illimitata, a prescindere se la prassi della comunità degli Stati deponga in senso contrario e sulla base di una valutazione più qualitativa che aritmetica della prassi stessa".

caratteri (*diuturnitas* ed *opinio iuris ac necessitatis*) in virtù dei quali la norma consuetudinaria può dirsi esistente[609].

A mio modesto avviso, tuttavia, la critica del Focarelli può essere esposta a confutazione.

Nonostante si debba riconoscere che, avendo riguardo alla prassi, la *Normative Hierarchy Theory* – come peraltro già sottolineato – non è stata accolta, se non in rari casi, dalla giurisprudenza, tale dato non dovrebbe assumere una rilevanza decisiva affinché possa o meno dirsi corretta l'impostazione che segue il criterio gerarchico.

La *Normative Hierarchy Theory* muove, infatti, da un ragionamento diverso rispetto a valutazioni quantitative, fondandosi su una lettura sistematica dell'ordinamento internazionale.

È opportuno ricordare che la norma consuetudinaria che prevede l'immunità ha origine antica, mentre la categoria delle norme di *ius cogens* è stata individuata in epoca più recente. Se, perciò, originariamente la norma immunitaria non doveva essere oggetto di coordinamento con le norme cogenti, non essendosi queste ultime ancora affermate nell'ordinamento internazionale, la situazione è successivamente mutata, tanto è vero che *costantemente* la giurisprudenza e la dottrina si sono trovate di fronte al problema di doversi confrontare, da una parte, con le richieste degli individui di ottenere una forma di riparazione da parte degli Stati esteri autori delle violazioni e, dall'altra, con la norma sull'immunità che esclude la possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti dei suddetti Stati in caso di *acta iure imperii*.

I giudici "nel fare i conti" con la questione *de cuius* non possono, a mio giudizio, prescindere da una lettura sistematica delle norme, lettura che, inevitabilmente, tanto a livello internazionale, quanto a livello nazionale – perlomeno con riferimento all'ordinamento italiano – comporta la prevalenza delle norme a tutela dei diritti umani fondamentali, e ciò,

---

[609] *Ibidem*, spec. p. 368. In particolare, nelle parole dell'Autore: "resta ferma la centralità della prassi internazionale nella rilevazione del diritto internazionale consuetudinario. Il comportamento che la generalità degli Stati segue con la convinzione della sua doverosità giuridica corrisponde a quanto gli Stati, destinatari del diritto internazionale, considerano o meno diritto internazionale *comune*. Se i giudici di uno Stato applicano una presunta norma internazionale che non corrisponde alla prassi generalizzata degli Stati, quella norma non è una norma «internazionale» per il semplice motivo che tutti gli altri Stati non la considerano tale. Si può naturalmente obiettare che è per l'appunto la prassi generalizzata a sorreggere le norme sui diritti umani e sui crimini internazionali. Ma si può rispondere che la prassi *generica* sui diritti umani e sui crimini internazionali, benché possa trovare conferma in alcune norme, non può assorbire, o rendere irrilevante, la prassi *specifica* sul diniego dell'immunità soprattutto se questa prassi specifica è, come è, di segno decisamente contrario".

sia qualora si ritenga potersi individuare una gerarchia formale delle fonti di diritto internazionale, sia nel caso si opti, invece, per un approccio fondato sui valori intrinseci alle singole norme.

Il dato quantitativo perderebbe, dunque, di rilevanza.

La lettura sistematica, infatti, non impone in alcun modo, nella sommessa opinione della scrivente, che si sia consolidata una norma di diritto internazionale consuetudinario che riconosca l'esistenza di un'eccezione umanitaria all'immunità.

L'interpretazione sistematica, che conduce a sostenere che l'immunità possa subire una deroga in caso di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, ha origine, piuttosto, dal presupposto contrario, ovvero che *manchi* allo stato attuale del diritto internazionale, tanto consuetudinario quanto pattizio, una norma che chiarisca se in presenza di gravi violazioni delle norme cogenti che tutelano i diritti umani fondamentali, l'immunità dalla giurisdizione di uno Stato debba essere riconosciuta o meno al Paese estero autore, tramite *acta iure imperii*, delle violazioni predette.

Tale mancanza non può di certo essere sopita avendo riguardo al numero di sentenze dei tribunali che nelle ipotesi di violazioni ricordate hanno accordato, piuttosto che disconoscerla, l'immunità agli Stati. Avendo riguardo, infatti, alle sentenze – che in parte abbiamo già analizzato e in parte analizzeremo nel proseguo del presente lavoro – solo un dato è evidente: se è vero che si può sostenere che le pronunce si esprimono, per la maggior parte, a favore dell'immunità, si deve, al tempo stesso, ammettere che la ragione in virtù della quale l'esenzione dalla giurisdizione viene concessa non risulta affatto chiara.

I motivi posti a fondamento delle decisioni risultano essere i più disparati. E ciò non vale solo per le sentenze che riconoscono l'esenzione dalla giurisdizione civile di uno Stato per un Paese estero, ma anche per quelle sentenze che hanno disconosciuto l'immunità. Pensiamo alla sentenza *Ferrini*. In tale sentenza, come ricordato, l'argomento principale si fondava sulla gerarchia formale[610], ma a sostegno sono state anche richiamate una serie di

[610] Sottolineo che, anche se a mio avviso nella sentenza è stata adottata una soluzione del conflitto tra norme utilizzando una gerarchia formale, parte della dottrina ha, invece, ritenuto che la *Ferrini* abbia affermato la prevalenza delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali ricorrendo alla gerarchia sostanziale, e, quindi, facendo leva, piuttosto che sulla prevalenza formale delle norme di *ius cogens*, sull'importanza sostanziale dei valori sottesi da tali norme. Secondo la dottrina richiamata, il ricorso alla gerarchia sostanziale risultava evidente in certi passaggi della sentenza: § 9 "i crimini internazionali […] si concretano nella violazione […] dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme inderogabili che si collcano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere

argomentazioni ulteriori. Per quanto non possa che dirsi apprezzabile lo sforzo operato dai giudici di legittimità in tale sede, nel cercare di enucleare una giustificazione giuridica che supportasse il diniego dell'immunità, la sentenza lascia all'interprete una sensazione di "spaesamento"[611]: la proposizione da parte della Corte di un argomento dopo l'altro, infatti, invece che fornire una conferma circa la possibilità di negare l'esenzione dalla giurisdizione, rende chiaro come i giudici stessero cercando "a tentoni" di individuare "la strada" che porta alla soluzione del conflitto[612].

Di conseguenza, se si parte dal presupposto che in materia di immunità l'unica norma consuetudinaria ad oggi certa, così come peraltro confermato dalle Convenzioni internazionali in materia, sia quella che prevede l'immunità ristretta, si dovrebbe sostenere che si ricada in una *fictio* giuridica sia nel caso in cui si affermi l'esistenza di una norma consuetudinaria che sancisce la prevalenza dell'immunità anche nel caso di violazione di norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali commesse da uno Stato *iure imperii*, sia, viceversa, qualora si reputi esistente una norma di diritto internazionale consuetudinario che preveda un'eccezione umanitaria.

L'eccezione, a mio modesto avviso, c'è.

Essa, tuttavia, non può essere affermata sulla base di un inesistente dato normativo, tutto il contrario: essa va ricercata tra i dati normativi "tangibili", e gli unici dati che possono, perlomeno al momento, effettivamente dirsi esistenti sono la norma consuetudinaria che si limita ad esprimere l'immunità relativa – senza affrontare in alcun modo la questione della

convenzionale che consuetudinario e, quindi, anche su quelle in tema di immunità"; par. 9.1 "Il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione in favore degli Stati che si siano resi responsabili di tali misfatti […] ostacola la tutela di valori, la cui protezione è d considerare […] essenziale per l'intera Comunità internazionale". Cfr. P. DE SENA, F. DE VITTOR, "State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case", cit., p. 101 e ss.

611 Si vedano le considerazioni di Focarelli circa la *Ferrini*. L'Autore, in particolare, afferma che nella sentenza: "[…] il ragionamento era tutt'altro che univoco. La Corte, se da un lato aveva effettivamente esaminato le sentenze dei giudici sia interni che internazionali mostrando che si trattava di casi relativi a crimini commessi in Stati diversi dal foro, aveva poi comunque finito per sostenere che la giurisdizione per i crimini commessi nel foro fosse oggetto di una «tendenza» al superamento della teoria dell'immunità ristretta (par. 10.1) e per riconoscere in ogni caso il diniego dell'immunità si imponeva in virtù anche di altre ragioni, tra le quali l'universalità della giurisdizione – assai singolarmente applicata agli Stati, nonostante valga per gli individui autori dei crimini – e soprattutto lo *jus cogens*". Cfr. C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni «qualitative»", cit., p. 409.

612 Sul punto cfr. *Ibidem*, p. 409: "L'effetto finale sicuro della giurisprudenza Ferrini probabilmente ben presente nella mente dei giudici della Corte ma lasciato latente, è la promozione dell'eccezione umanitaria all'immunità".

violazione di norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali – e le norme imperative di diritto internazionale a tutela dei diritti dell'uomo.

A fronte di tale situazione, l'unica via attraverso la quale è possibile venire a capo dell'eventuale conflitto che in certi casi – purtroppo, come risulta dalla giurisprudenza, ricorrenti – si va ad instaurare tra le due categorie di norme richiamate è quella dell'interpretazione sistematica.

Da questo punto di vista, l'ordinamento internazionale non sembra essere così diverso dagli ordinamenti interni. Qualora, infatti, si registri in un ordinamento nazionale – quale, ad esempio, quello italiano – un conflitto tra norme, due sono le vie praticabili: se le norme hanno un rango diverso all'interno della gerarchia delle fonti, il contrasto andrà risolto a favore della norma di grado superiore; qualora invece le norme siano dotate di pari rango, allora, il conflitto verrà risolto sulla base di un bilanciamento dei valori.

Peraltro, come abbiamo anticipato all'inizio del presente paragrafo, poco importa se per procedere all'interpretazione sistematica trovi applicazione il criterio della gerarchia formale o della gerarchia sostanziale, considerato che, quale che sia il criterio sposato, la soluzione alla quale si perviene sarà sempre la medesima: nel caso in cui si ritenga – come abbiamo visto sostenere da taluni – rinvenibile una gerarchia formale tra le fonti del diritto internazionale, in base alla quale le norme cogenti si pongono all'apice della gerarchia delle fonti, le norme a tutela dei diritti umani fondamentali dovranno sempre prevalere sulle semplici norme consuetudinarie in materia immunitaria, proprio in virtù del loro carattere cogente; qualora invece – come altra parte della dottrina sostiene – una gerarchia formale tra le fonti, all'interno dell'ordinamento internazionale, non possa ritenersi ammissibile per il carattere particolarmente decentrato di tale ordinamento, le norme che tutelano i diritti umani fondamentali dovranno sempre e comunque prevalere sulle norme in materia di immunità, in ragione della gerarchia sostanziale, e, dunque, in virtù dei valori ad esse sottesi, reputati di importanza primaria rispetto a tutti gli altri valori dell'ordinamento internazionale, incluso il valore della sovrana eguaglianza degli Stati posto a fondamento delle norme immunitarie.

Anche tale impostazione, a mio avviso corretta, è stata, però, criticata da parte della dottrina.

Sono almeno due le obiezioni, per quanto di natura diversa, che vengono avanzate rispetto alla possibilità di operare una lettura sistematica delle tipologie di norme richiamate sulla base di un criterio gerarchico.

Taluni Autori sostengono che affinché possa operarsi una valutazione fondata sul rango delle norme, occorrerebbe che tali norme avessero il medesimo oggetto.

Secondo De Vittor, le norme di *ius cogens* riscontrabili nell'ordinamento internazionale si limiterebbero a prevedere il divieto di porre in essere gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, senza prevedere, però, quali siano le eventuali conseguenze derivanti dal predetto divieto. Di conseguenza, non si potrebbe ritenere che la norma consuetudinaria sull'immunità ceda il passo alla norma di *ius cogens*, in quanto esse regolamenterebbero due situazioni diverse.

Nell'opinione dell'Autrice, per poter legittimamente negare l'esenzione dalla giurisdizione attraverso un bilanciamento, sarebbe necessario, infatti, che la norma consuetudinaria in materia di immunità avesse come "controaltare" una norma a carattere cogente che statuisse espressamente che, a fronte della violazione dei diritti umani fondamentali dell'individuo, uno Stato è tenuto in sede giurisdizionale a non riconoscere l'immunità allo Stato straniero autore delle violazioni, anche nel caso queste siano state commesse tramite *acta iure imperii*[613]. Solo ed esclusivamente in quest'ultimo caso sarebbe possibile ammettere l'esistenza di una *human rights exception* alla luce di una lettura sistematica delle norme fondata sul criterio gerarchico.

La necessità della medesimezza dell'oggetto, per poter operare un bilanciamento che si concluda a favore delle norme imperative del diritto internazionale, è stata evidenziata anche da Zimmermann[614].

---

[613] In tal senso cfr. F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali degli individui", cit., p. 589. Nelle parole dell'Autrice: "L'unico modo per ovviare il problema alla mancanza di prassi […] 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. 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".

[614] A. ZIMMERMANN, "Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*. Some Critical Remarks", cit., p. 434 e ss.

Secondo l'Autore, la *Normative Hierarchy Theory* cadrebbe nell'errore di distaccarsi dalla nozione di *ius cogens* recepita nell'art. 53 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, andando ad ampliarla eccessivamente.

Tale articolo, infatti, non prevederebbe in alcun modo che le norme imperative del diritto internazionale abbiano come effetto quello di rendere nulle le norme consuetudinarie che si pongano in contrasto con esse[615]: l'effetto suddetto, nell'opinione dell'Autore, potrebbe prodursi esclusivamente a fronte dell'eventuale medesimezza dell'oggetto delle norme cogenti e delle norme consuetudinarie *sic et simpliciter*[616].

Le tesi esposte appaiono, però, ad opinione della scrivente, anch'esse controvertibili.

Sostenere che occorra una norma ulteriore, a carattere cogente, che stabilisca espressamente il venire meno dell'immunità dinanzi ai tribunali di un Paese estero per uno Stato che si sia reso responsabile di violazioni delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali, andrebbe a svilire, svuotandole di valore, le norme di *ius cogens* primarie che sanciscono il divieto di porre in essere violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo. Non riconoscere che tali norme, oltre a sancire un divieto, permettano di sanzionare le condotte ad esse contrarie, negherebbe, di fatto, quel rilievo primario che viene a queste pacificamente attribuito nell'ordinamento internazionale.

Quale sarebbe, allora, il significato della rilevanza di tali disposizioni, se venisse ad esse sottratta la portata sanzionatoria? L'interprete dovrebbe, allora, forse ritenere che le norme cogenti siano mere statuizioni di principio, prive di effetti sul piano pratico? Una lettura di questo tipo, non sembra trovare conferma. O si nega il diritto internazionale cogente – con ciò sostanzialmente azzerando l'evoluzione degli ultimi settant'anni della disciplina – o si deve riconoscere come quest'ultimo sia dotato di una rilevanza tale nell'ordinamento internazionale da impedire l'operatività di disposizioni ad esso contrarie.

---

[615] L'Autore sottolinea, in particolare, come anche in sede di lavori preparatori alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, i redattori si limitavano a trattare gli effetti dello *ius cogens* circa le norme pattizie, senza tentare di estendere gli effetti delle norme cogenti anche a norme di diritto internazionale consuetudinario che si ponessero eventualmente in conflitto con esse. *Ibidem*, spec. p. 437 e s..

[616] L'Autore ricorda, a titolo esemplificativo, la norma che prevede il divieto di tortura, sostenendo che, sebbene non vi sia alcun dubbio sul fatto che tale norma debba essere qualificata come dotata di carattere cogente, non sarebbe corretto affermare che da ciò derivi la possibilità di ritenere esistente un ulteriore norma di *ius cogens*, che consenta alle autorità giurisdizionali di uno Stato di negare ad un Paese estero, che si sia reso responsabile della violazione del divieto di tortura, l'immunità dalla giurisdizione civile. *Ibidem*, spec. p. 438. In questo senso, peraltro, si è espresso anche J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 195.

La seconda obiezione che, in ragione della diversità delle norme in conflitto, ritiene che non sia possibile accogliere la tesi della lettura sistematica fondata sul criterio gerarchico, non riguarda l'oggetto delle norme, ma la loro eterogeneità strutturale.

Dal momento che sulla base di tale asserzione è stata sviluppata una costruzione teorica autonoma, spesso richiamata dalle autorità giurisdizionali, si ritiene opportuno sviluppare l'argomentazione in altra sede ad essa specificamente dedicata[617].

Tuttavia, si anticipa che i sostenitori della teoria dell'eterogeneità strutturale ritengono impossibile procedere ad un'interpretazione sistematica delle norme fondata sul criterio gerarchico, in ragione del fatto che le norme cogenti che tutelano i diritti umani fondamentali sono norme sostanziali, e, viceversa, le norme che prevedono l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero sono norme processuali. Di conseguenza, sarebbe preclusa la possibilità *a priori* che si configuri un conflitto tra tali categorie, in ragione del fatto che esse opererebbero su due piani, e, soprattutto, in due momenti diversi dei procedimenti[618].

Fin da ora si deve, però, evidenziare che, a mio giudizio, i sostenitori della tesi della eterogeneità strutturale tra norme dimenticherebbero, come peraltro sottolineato da acuta dottrina, un dato fondamentale nella loro "equazione".

Per utilizzare le parole del Ronzitti:

> «[…] tale argomentazione non tiene conto della particolare valenza dello *ius cogens*. O se ne nega l'esistenza, oppure, se la si ammette, è giocoforza collocarlo tra i principi fondanti dell'ordinamento internazionale a protezione di valori superiori a quelli protetti da semplici norme consuetudinarie. Per definizione non esistono antinomie tra norme cogenti, mentre queste possono ben sussistere tra norme consuetudinarie e norme cogenti»[619]

---

[617] Cfr. capitolo VI.

[618] Cfr., *ex multis*, A. GATTINI, "War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision", cit., p. 236, il quale afferma: "the assertion of the automatic prevalence of *ius cogens* over State immunity is a non sequitur, because the two sets of rules concern two different perspectives".

[619] Così N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 49, il quale sottolinea anche che: "una norma cogente posteriore può modificare una norma cogente anteriore, ma la norma cogente renderebbe antigiuridico ogni comportamento posteriore contrario. La prassi posteriore contraria ad una norma imperativa non potrebbe dar luogo alla nascita di una norma giuridica, tranne che non si voglia configurare una «rottura» dell'ordinamento.

L'approccio della tesi dell'eterogeneità strutturale delle norme sarebbe, dunque, da rigettare, in quanto peccherebbe di formalismo[620].

Per quanto diversificate, le norme di diritto internazionale sono, infatti, parte del medesimo ordinamento, e, pertanto, nella logica che deve trovare applicazione per ogni sistema di norme – diritto internazionale incluso – le disposizioni debbono essere oggetto di una lettura unitaria, che tenga conto, per quanto una norma possa essere specifica, del sistema normativo all'interno della quale essa si colloca.

Sembra, dunque, in quest'ottica, ancora più densa di significato la sentenza della Cassazione nel caso *Ferrini*, nella parte in cui, con riferimento al rispetto dei diritti inviolabili della persona umana come valore fondamentale dell'ordinamento internazionale, ha statuito che:

> «L'emersione di tale principio non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato, e, in particolare, di quello sulla "sovrana eguaglianza" degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera". Le norme giuridiche non vanno interpretate le une separatamente dalle altre, poiché si completano e si integrano a vicenda, condizionandosi reciprocamente nella loro applicazione»[621].

Il fatto che, qualora si registri un contrasto tra norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali e norme immunitarie, ci si trovi di fronte a norme aventi natura diversa – sostanziale, le prime, e, processuale, le seconde – non inficerebbe in alcun modo un loro coordinamento. Proprio il fatto che si possa riscontrare una loro collisione, non sarebbe altro che la prova del loro "contatto".

La lettura sistematica che ne dovrebbe conseguire dovrebbe, poi, rendere conto del fatto che il diritto cogente, ad oggi, in virtù del suo valore – formale o sostanziale che dir si

---

[620] Cfr., ad esempio, l'opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ric. n. 35763/97. Il giudice dissenziente ha, infatti, con specifico riferimento alla tortura, affermato: "[…] every State has a duty to *contribute* to the punishment of torture and cannot hide behind formalist arguments to avoid having to give judgment".

[621] *Ibidem*, spec. pp. 55 e 56. L'Autore riportava specificamente un passo della *Ferrini* di cui al § 9.2.

voglia – influenza ogni settore del diritto internazionale, senza distinguere le norme in base alla loro struttura.

Estremamente problematica, tanto da risultare – *prima facie* – convincente, è la critica mossa da Nigro, con specifico riferimento alla gerarchia sostanziale.

Nell'opinione di tale Autrice, infatti, qualora, prescindendo dalla prassi, si ricorresse ad una gerarchia sostanziale per risolvere il conflitto tra le due categorie di norme di cui alla nostra analisi, si rischierebbe di permettere a valutazioni meramente soggettive, inerenti all'importanza dei valori sottesi alle norme stesse, di contribuire all'individuazione del contenuto di altre norme giuridiche.

Come affermato dalla stessa Autrice:

> «In altri termini, nella misura in cui non vi sia una prassi diffusa degli Stati che la preveda, la prevalenza delle norme a protezione dei diritti umani fondamentali rischierebbe di essere giustificata sulla base di mere percezioni soggettive di quali siano i valori maggiormente meritevoli di tutela nel diritto internazionale»[622].

Questa prospettiva, a giudizio di Nigro, darebbe origine ad un problema di difficile superamento per l'interprete, ovvero il dover individuare quali siano i valori fondamentali, tra quelli su cui si fonda lo stesso ordinamento internazionale, e, soprattutto, quale sia il criterio sulla base dei quali operare tale valutazione.

L'Autrice si domanda, infatti, se occorrerebbe, in tal caso, ricercare tali valori avendo esclusivamente riguardo alle norme a protezione dei diritti umani fondamentali, oppure se l'indagine dovrebbe estendersi anche a norme che tutelano altri valori particolarmente rilevanti per l'ordinamento internazionale.

Rispondere al quesito sarebbe, come immediatamente percepibile, di estrema importanza, in quanto se ci si limitasse ad un'indagine tra le norme a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, la norma che sancisce l'immunità per gli Stati non rientrerebbe automaticamente nel novero delle norme espressive dei valori primari. Di conseguenza si

[622] R. NIGRO, "Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?", cit., pp. 818 e 819.

dovrebbe escludere la possibilità che, a fronte di un contrasto tra norma immunitaria e norme a tutela dei diritti umani fondamentali, la prima possa prevalere sulle seconde. Viceversa, qualora tra i valori primari venissero ricompresi anche valori diversi dai diritti umani fondamentali, allora il conflitto tra le norme di cui al nostro esame diventerebbe un vero e proprio "nodo gordiano": tra tali valori dovrebbe rientrare anche quello sotteso alla norma immunitaria, ovvero la sovrana eguaglianza tra gli Stati? E nel caso di risposta affermativa, sarebbe così certo che il valore preponderante dovrebbe risultare quello dei diritti umani invece che la sovrana eguaglianza tra entità statali?

Nigro sul punto richiama espressamente l'opinione del Focarelli circa l'ordine interstatale globale[623]. Questi ritiene, infatti, che tale ordine costituisca "un valore assolutamente fondamentale", che, tra le varie funzioni, assolve anche quella di tutelare la persona umana[624].

Partendo da tale presupposto, e, dovendosi ammettere che la sovrana eguaglianza tra gli Stati costituisce uno dei pilastri portanti dell'ordine interstatale, sarebbe, allora, del tutto condivisibile l'opinione di Nigro: risulterebbe, infatti, quanto meno dubbia la correttezza dell'eventuale riconoscimento della prevalenza delle norme a protezione dei diritti umani fondamentali rispetto alla norma immunitaria[625].

Tuttavia occorre ricordare un dato ineludibile.

---

[623] *Ibidem*, spec. p. 819, nota 17.

[624] Secondo Focarelli: "Un valore che il diritto internazionale persegue è anzitutto l'«ordine», o se si vuole il minimo disordine compatibile con le circostanze di sistema. Senza un qualche ordine di fondo in una collettività non è possibile perseguire e raggiungere altri valori. […] Non ci sembra persuasiva la tesi diffusa secondo cui occorrerebbe oggi distinguere tra «vecchio» (o «tradizionale» o «stato-centrico») e «nuovo» (o «umano-centrico» diritto internazionale, il primo concentrato sull'ordine e sulla coesistenza degli Stati e il secondo invece concentrato sui valori fondamentali comuni e in particolare sulla persona umana. Si tratta di un'impostazione per certi aspetti fuorviante perché lascia supporre che sia possibile un diritto internazionale «senza ordine», esclusivamente dedicato alla protezione dei valori «globali» attuali come i diritti umani, l'ambiente, ecc. In realtà *è proprio l'ordine interstatale* che oggi protegge la persona umana. Sono gli Stati *tra loro* che creano norme internazionali sulla persona umana ed è dagli Stati che ci si aspetta il loro rispetto. Non c'è alcuna opposizione tra «vecchio» e «nuovo» diritto internazionale se non il fatto che gli Stati oggi creano norme, come quelle a protezione della persona umana, che non esistevano in passato, il che senz'altro dimostra che il diritto internazionale è cambiato ma non che è *radicalmente* cambiato nel senso del superamento dello stato-centrismo". Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 823.

[625] Come affermato da Bull, infatti, dalla considerazione che l'ordine interstatale globale rappresenta un valore fondamentale per l'ordinamento internazionale, non segue necessariamente il fatto che tale ordine debba sempre prevalere rispetto ad altri valori. Cfr. H. BULL, *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, cit., p. 74 e ss.

Sarebbe, infatti, difficile, ad oggi, sostenere che un'eventuale bilanciamento tra i valori sottesi a delle norme possa essere discrezionale, qualora siano coinvolte norme pacificamente qualificate come cogenti.

Anche qualora si ritenga che lo *ius cogens* non si ponga al vertice della gerarchia delle fonti, in quanto parlare di una gerarchia vera e propria per l'ordinamento internazionale non risulterebbe appropriato, si deve ammettere che tali norme tutelino valori primari per l'ordinamento internazionale, in quanto, sposando la tesi che ritiene possibile annoverare le norme cogenti tra le norme consuetudinarie, esse sarebbero dotate di quell'*opinio iuris* particolarmente qualificata, di cui, invece, le mere norme consuetudinarie risultano essere prive.

Pertanto, anche se è indubbiamente vero che l'eguaglianza sovrana tra gli Stati sia, non solo uno dei valori di fondo insostituibili dell'ordinamento internazionale, ma probabilmente anche il valore da cui l'ordinamento stesso ha avuto origine, allo stesso tempo non si può affermare che la norma immunitaria, espressione del predetto valore, rientri tra le norme imperative del diritto internazionale.

Ne consegue che una valutazione rispetto al valore che deve prevalere nel caso di conflitto tra la norma che prevede l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero, e le norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali non assumerà mai un carattere soggettivo, in quanto è la Comunità internazionale stessa ad affermare il valore primario delle norme di *ius cogens*.

L'interprete, dunque, non avrebbe alcuna forbice discrezionale nel momento in cui rilevi l'esistenza di un conflitto tra le norme oggetto del nostro esame: si troverebbe, infatti, di fronte a valori entrambi fondamentali, ma la scelta rispetto a quale di questi due valori sia maggiormente meritevole di tutela nel diritto internazionale sarebbe già tratta, facendo sì che l'interprete si limiti ad attenersi a quanto espresso dai membri della Comunità internazionale.

In conclusione, sebbene, ad opinione della scrivente, la tesi in questa sede esposta rappresenti la prospettiva corretta da assumere a fronte della possibile collisione tra norme immunitarie e norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali, le numerose critiche avanzate in dottrina, e – come avremo modo di sottolineare – spesso accolte in giurisprudenza, ci spingono a proseguire l'indagine per verificare se sia possibile individuare

delle costruzioni teoriche che rappresentino un'alternativa pregevole alla *Normative Hierarchy Theory* per la soluzione della *vexata quaestio*.

4.2 La giurisdizione universale applicata agli Stati

Una seconda teoria che sostiene la possibilità di formulare un'eccezione umanitaria *ad hoc* all'immunità, si fonda sull'estensione anche agli Stati stranieri della giurisdizione universale, di norma applicata esclusivamente nei confronti degli individui.

Prima di procedere, però, in maniera estesa, ad analizzare la prospettiva assunta dai sostenitori di tale tesi, appare opportuno premettere dei brevi cenni di carattere più generale circa il principio della giurisdizione penale universale.

Come noto, il principio della giurisdizione universale *consente* ad uno Stato di esercitare la propria giurisdizione *penale* rispetto ad *individui* che si siano resi responsabili di *crimini internazionali*, *indipendentemente dal luogo in cui tali fattispecie criminose siano state perpetrate*, e ciò in ragione dell'interesse universale della Comunità internazionale nel suo insieme di vedere perseguiti e sanzionati i responsabili dei crimini suddetti[626].

[626] Ampissima la letteratura riguardo alla giurisdizione penale universale. Si veda *ex multis*: G. ABI-SAAB, "The Proper Role of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 596 e ss.; A. CASSESE, "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 589 e ss.; K. COOMBES, "Universal Jurisdiction: A Means to End Impunity or a Threat to Friendly International Relations?", in *The George Washington International Law Review*, 2011, p. 419 e ss.; H. DONNEDIEU DE VABRES, "The System of Universal Jurisdiction: Historical Origins and Contemporary Forms", in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 906 e ss.; M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bâle, Genève-Munich-Bruxelles, 2000; M. INAZUMI, *Universal Jurisdiction in Modern International Law*, Intersentia, Antwerpen, 2005; E. KONTOROVICH, "The inefficiency of Universal Jurisdiction", in *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 389 e ss.; F. LATTANZI, "Quelques réflexions sur le principe de jurisdiction universelle", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (edited by), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 461 e ss.; S. MACEDO (edited by), *Universal Jurisdiction National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004; M. R. MAURO, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Cedam, Padova, 2012; R. O'KEEFE, "Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept", in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 735 e ss.; A. ORIOLO, *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008; M. A. PASCULLI, *Studio sulla giurisdizione penale universale*, Cedam, Padova, 2013; ID., *Una umanità una giustizia: contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Cedam, Padova, 2011; C. RANDALL, "Universal Jurisdiction and International Law", in *Texas Law Review*, 1987-1988, p. 785 e ss.; L. REYDAMS, *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003; J. RUBY, "An Evolution Theory of Universal Jurisdiction", in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2009, p. 567 e ss.. Numerosi, inoltre,

La peculiarità di tale principio è rappresentata dalla possibilità di attivare la giurisdizione da parte di uno Stato in assenza degli ordinari collegamenti che vengono richiesti in materia penale da parte degli ordinamenti nazionali.

Se, infatti, affinché i tribunali di uno Stato possano processare un individuo occorre, di norma, che il reato sia stato commesso, in tutto o in parte, all'interno del territorio dello Stato del foro (principio di territorialità), oppure che l'autore abbia la nazionalità dello Stato del foro (principio della nazionalità attiva), o, che la vittima del reato sia cittadino dello Stato del foro (principio della nazionalità passiva), oppure, infine, che vi sia un interesse da parte dello Stato a proteggere i propri interessi di politica estera o sicurezza nazionale, nel caso della giurisdizione universale non è, invece, richiesto alcun criterio di collegamento, al di fuori della presenza dell'autore del crimine sul territorio dello Stato al momento in cui questo intende porre in essere il giudizio (il c.d. *forum deprehensionis*).

La giurisdizione penale universale si presenta, dunque, come giurisdizione "a maglie larghe" rispetto alla ordinaria giurisdizione prevista dagli ordinamenti statali, tuttavia il collegamento del *forum deprehensionis* risulta imprescindibile, in quanto le norme internazionali a tutela dei diritti umani impediscono la celebrazione di un processo in contumacia[627].

---

sono stati gli studi di istituzioni scientifiche e organizzazioni non governative. Si veda, ad esempio: la Risoluzione dell'Institut de droit international, *La compétence universelle en matière pénale à l'égard du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre*, Cracovia 2005, con *Rapporteur* C. Tomuschat, reperibile al link: http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf. Sulla Risoluzione v. C. KREß, "Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de droit international*", in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 561 e ss. Si veda, ancora: CENTRE FOR STUDIES AND RESERCH IN INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS (edited by), *La justice pénale international*, Brill-Nijhoff, Leiden, 2007; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, "Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences", in *International Law Association*, *Report of the 69th Conference*, London, 2000, p. 243 e ss.; AMNESTY INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction: 14 Principles on the Effective Exercise of Universal Jurisdiction*, doc. IOR 53/01/99, reperibile al link: https://www.amnestyusa.org/sites/default/files/pdfs/ij_14principles.pdf; ID., *Universal Jurisdiction – A Preliminary Survey of Legislation Around the World*, doc. 53/019/2012, scaricabile al link: https://www.amnesty.org/en/documents/IOR53/019/2012/en/.

[627] Per la verità occorre ricordare che esiste uno Statuto che consente il processo in contumacia. Si tratta dello Statuto del Tribunale speciale per il Libano che afferma all'art. 22, rubricato "Trials *in absentia*": "1. The Special Tribunal shall conduct trial proceedings in the absence of the accused, if he or she: (a) Has expressly and in writing waived his or her right to be present; (b) Has not been handed over to the Tribunal by the State authorities concerned; (c) Has absconded or otherwise cannot be found and all reasonable steps have been taken to secure his or her appearance before the Tribunal and to inform him or her of the charges confirmed by the Pre-Trial Judge. 2. When hearings are conducted in the absence of the accused, the Special Tribunal shall ensure that: (a) The accused has been notified, or served with the indictment, or notice has otherwise been given of the indictment through publication in the media or communication to the State of residence or nationality; (b) The accused has designated a defence counsel of his or her own choosing, to be remunerated either by the accused or, if the accused is proved to be indigent, by the Tribunal; (c) Whenever the accused refuses or fails to appoint a defence counsel, such counsel has been assigned by the Defence

Se, di norma, quindi, l'esercizio della giurisdizione penale è strettamente connessa alla sovranità di ciascuna entità statale sul proprio territorio, la giurisdizione penale universale si atteggia diversamente.

Le radici del principio dell'universalità della giurisdizione (sugli individui) devono essere rinvenute non nella sovranità degli enti statali accompagnata da un interesse specifico e personale di uno Stato, quanto piuttosto nell'esigenza di natura collettiva facente capo alla comunità internazionale nel suo insieme di reprimere violazioni particolarmente gravi, come nel caso in cui siano stati commessi crimini internazionali[628].

Pertanto, l'assenza di un collegamento tra lo Stato che intende esercitare la giurisdizione e l'individuo che si presume autore di un crimine appare nulla più che una conseguenza diretta della natura intrinseca del crimine stesso che si intende accertare e reprimere, il quale comporta la possibilità per ogni Stato di perseguire l'autore di una così grave violazione[629].

Utilizzando le parole di Mauro:

> «In altri termini, gli Stati reagiscono a una violazione perpetrata a danno dello stesso ordine giuridico internazionale. Si potrebbe quasi sostenere che si ha un'applicazione del cosiddetto principio di protezione, riferito, però, agli interessi primari della comunità internazionale e non di un singolo Stato. Il singolo Stato agirebbe, in tal modo, in rappresentanza della comunità internazionale e

Office of the Tribunal with a view to ensuring full representation of the interests and rights of the accused. 3. In case of conviction in absentia, the accused, if he or she had not designated a defence counsel of his or her choosing, shall have the right to be retried in his or her presence before the Special Tribunal, unless he or she accepts the judgement".

[628] Cfr. Corte distrettuale di Israele, sentenza del 12 dicembre 1961, caso *Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*. In tale pronuncia, la Corte, al par. 12, ha affermato che: "The abhorrent crimes defined in this Law are crimes not under Israeli law alone. These crimes which offended the whole of mankind and shocked the conscience of nations are grave offences against the law of nations itself ("*delicta juris gentium*"). Therefore, so far from international law negating or limiting the jurisdiction of countries with respect to such crimes, in the absence of an International Court, the international law is in need of the judicial and legislative authorities of every country, to give effect to its penal injunctions and to bring criminals to trial. The jurisdiction to try crimes under international law is universal".

[629] Si veda sul tema: L. KING-IRANI, *Universal Jurisdiction for Humanitarian Crimes*, GlassHouse, London, 2012; R. KEEFE, "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 811 e ss.; M. LANGER, "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", in *American Journal of International Law*, 2011, p. 1 e ss.; C. TOMUSCHAT, "La competence universelle en matière pénale à l'égard du crime de genocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2005, vol. 71, p. 213 e ss..

l'esercizio della giurisdizione universale secondo alcuni costituirebbe una sorta di *actio popularis*»[630].

La nascita di tale principio viene tradizionalmente ricondotta alla repressione della pirateria[631].

È dato notorio che il contrasto alla pirateria, in passato, era esercitato liberamente da parte di qualsiasi Stato, senza che occorresse un legame tra gli atti perpetrati e lo Stato repressore ai fini della giurisdizione.

Nel XIX secolo, diversi Governi avevano sostenuto che alla pirateria dovesse essere equiparata la tratta degli schiavi – tanto che quest'ultima veniva definita "quasi pirateria"[632] – e che, in virtù di tale comparazione, dovesse trovare, anche per tale ipotesi criminosa, l'applicazione della giurisdizione penale universale[633].

Proprio sulla base di tale presupposto, si era sostenuto che la giurisdizione universale dovesse estendersi anche ai crimini internazionali.

Ben presto, tuttavia, ci si è resi conto di come le ragioni sottese all'esercizio della giurisdizione, rispettivamente per atti di pirateria e crimini internazionali, fossero tra loro non uniformi[634].

Come ha affermato il Focarelli:

«Nel caso dei pirati […] l'esercizio universale della giurisdizione deriva dal fatto "sistemico" per cui ogni individuo deve tendenzialmente trovarsi assoggettato alla

---

[630] In questo senso si è espressa M. R. MAURO, "Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 343 e ss., spec. p. 355.

[631] Per un contributo circa il rapporto attuale tra giurisdizione universale e pirateria, si rinvia a: E. KONTOROVICH, S. ART, "An Empiracal Examination of Universal Jurisdiction for Piracy", in *American Journal of International Law*, 2010, p. 436 e ss.

[632] È opportuno ricordare, tuttavia, che, di fatto, non vi è mai stato un orientamento univoco circa la sovrapponibilità del commercio degli schiavi alla pirateria, tanto è vero che l'Alta Corte dell'Ammiragliato della Gran Bretagna, con la sentenza del 15 dicembre 1917, nel caso *Le Louis*, ha sottolineato che i commercianti di schiavi non compiono atti da filibustieri. Questi ultimi sono definiti come nemici della razza umana in quanto rinnegano e saccheggiano ogni Paese indiscriminatamente, sia sulle coste sia depredando i vascelli, e creando così un allarme ed un clima di terrore universale. I commercianti di schiavi, invece, limitano la tratta solo a certi Paesi, senza suscitare alcun timore negli altri Stati.

[633] Si veda, sul punto: W. G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1984, spec. p. 554 e ss.

[634] In questo senso, E. KONTOROVICH, "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", in *Harvard International Law Journal*, 2004, p. 183 e ss.

giurisdizione di uno Stato, sul presupposto poi che ogni Stato risponda agli altri Stati e venga così assicurato un governo coordinato dalla comunità universale degli individui. L'universalità della giurisdizione per la repressione dei crimini internazionali si ricollega invece alla loro gravità. In altre parole, mentre la pirateria costituisce in sé una minaccia al sistema globale, anche quando non consiste in atti particolarmente efferrati, i crimini internazionali non costituiscono di regola una minaccia al sistema come tale, quanto piuttosto degli atti *sentiti* in un certo momento storico come intollerabili al punto che l'eventualità che restino impuniti viene ridotta normativamente quanto più possibile»[635].

A prescindere dalla *ratio* originaria sottesa alla giurisdizione universale per i crimini internazionali, ciò che, ad oggi, occorre rilevare è il fatto che tale principio è stato accolto all'interno delle legislazioni di taluni Paesi, seppur con differenti declinazioni che rendono difficoltoso individuarne caratteri comuni[636].

---

[635] Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., pp. 1270-1271.

[636] Secondo il già ricordato rapporto stilato da Amnesty International nel 2012, *Universal Jurisdiction – A Preliminary Survey of Legislation Around the World*, doc. 53/019/2012 (vedi nota 612), apparentemente 147 sono gli Stati che hanno adottato leggi sulla giurisdizione penale universale per uno o più crimini internazionali. Tra i Paesi che hanno adottato all'interno delle loro legislazioni nazionali il principio predetto è possibile, ad esempio, annoverare: Germania, Belgio, Paesi Bassi, Svizzera, Spagna, Austria, Canada. Tuttavia, ciascuno Stato ammette tale principio solo in relazione a determinati crimini, o categorie di crimini, che sono espressamente specificati nei testi normativi, così come sono puntualizzate le circostanze ed i soggetti per i quali la giurisdizione universale non può essere esercitata.

In Germania, il codice dei crimini contro il diritto internazionale del 2002 (*Völkerstrafgesetzbuch*) prevede che la giurisdizione universale possa applicarsi al genocidio, ai crimini di guerra, ai crimini contro l'umanità e altri gravi reati. In particolare, secondo l'art. 1: "Dieses Gesetz gilt für alle in ihm bezeichneten Straftaten gegen das Völkerrecht, für die in ihm bezeichneten Verbrechen auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist". Tuttavia, la giurisdizione tedesca non può essere esercitata nei confronti di quei soggetti beneficiari delle immunità previste dal diritto internazionale. È, inoltre, possibile la repressione da parte dei tribunali tedeschi dei crimini internazionali commessi all'estero da autori stranieri su vittime straniere, a condizione della riscontrabilità del *forum deprehensionis*, e che nessun altro tribunale – nazionale o internazionale – abbia esercitato previamente la propria giurisdizione. Per un commento alla legislazione tedesca, v.: M. LANGER, "Universal Jurisdiction as Janus-faced: The Dual Nature of the German International Criminal Code", in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 737 e ss.

Il 16 giugno del 1993, Il Belgio ha adottato una legge (*Loi relative aux violations graves du droit international humanitaire*), che è stata oggetto di numerose modifiche. Secondo quanto statuito dall'art. 7 di tale legge, nella sua originaria formulazione, se si presumeva che un individuo, privo della cittadinanza belga, avesse compiuto un crimine nel territorio del Belgio o nei confronti di un cittadino belga, vi era la possibilità per i tribunali di tale Stato di esercitare la giurisdizione. La legge aveva inizialmente ad oggetto solo i crimini di guerra, in particolare le infrazioni gravi alle Convenzioni di Ginevra del 1949 e ai Protocolli addizionali del 1977. Tuttavia, successivamente, nel 1999, tale legge veniva emendata: in primo luogo, era esteso il suo ambito applicativo anche ai crimini contro l'umanità e al genocidio; in secondo luogo, veniva eliminata la possibilità per il presunto autore del crimine di invocare l'immunità funzionale. In tal modo, era, di fatto, previsto un

L'universalità dalla giurisdizione si ritiene, inoltre, venga sancita dalle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949. Esiste, infatti, un complesso di norme[637] che sanciscono

esercizio illimitato della giurisdizione universale. A seguito, però, della applicazione della legge belga, che aveva comportato l'esercizio della giurisdizione di tale Paese nei confronti di organi sovrani degli Stati stranieri, venivano presentate numerose proteste, pure approdate innanzi la Corte internazionale di giustizia – ad esempio da parte della Repubblica Democratica del Congo per un mandato di arresto emesso dal Belgio nei confronti del Ministro degli esteri congolese – che conducevano all'abrogazione della legge. A seguito dell'abrogazione della prima norma, veniva adottata la legge del 23 aprile del 2003, che subordinava l'esercizio della giurisdizione ad almeno un criterio di collegamento. Ma l'evoluzione legislativa non poteve dirsi terminata: con la legge del 5 agosto del 2003, completata dalla legge del 22 maggio del 2006, il Belgio "ha fatto macchina indietro" (Così B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., p. 223) e ha ammesso l'esercizio della giurisdizione universale in relazione al genocidio, ai crimini contro l'umanità, ai crimini di guerra, e ad altri reati ad essi connessi in presenza di determinate condizioni: che l'accusato sia cittadino belga o abbia la sua residenza principale in Belgio; o che la vittima abbia la cittadinanza belga o soggiorni in Belgio da almeno 3 anni, in maniera regolare, effettiva e abituale, al momento della commissione del crimine. Viene, inoltre, e questa è certamente la caratteristica di maggior interesse della novella in parola, esclusa la possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti di quelle persone coperte dall'immunità, secondo quanto disposto dal diritto internazionale.

In Svizzera la disciplina in materia è dettata dall'art. 264*m* del codice penale svizzero, rubricato "Reati commessi all'estero", secondo cui: "È punibile anche colui che ha commesso all'estero un reato previsto dai titoli dodicesimo^{bis}, dodicesimo^{ter} o dall'articolo 264*k,* se si trova in Svizzera e non è estradato a un altro Stato o consegnato a un tribunale penale internazionale di cui la Svizzera riconosce la competenza".

Per quanto concerne la Spagna, inizialmente con la legge organica del potere giudiziario del 1 luglio 1985, è stata prevista la possibilità per i giudici spagnoli di esercitare la giurisdizione universale in relazione a determinati crimini. L'unico requisito che veniva richiesto era la presenza sul territorio dello Stato dei soggetti nei confronti dei quali si intendeva procedere. Tuttavia, tale legge è stata nel corso degli anni oggetto di diverse pronunce. Il Tribunal supremo, con sentenza del 25 febbraio del 2003, ne ha dato un'interpretazione restrittiva, sostenendo che fosse necessario un collegamento – ulteriore rispetto al mero *foro deprehensionis* – che giustificasse l'esercizio della giurisdizione universale. Lo stesso Tribunal ha, poi, confermato il suo orientamento con una pronuncia del 15 novembre del 2004. Tuttavia, il Tribunal constitucional, con sentenza del 26 settembre del 2005, ha statuito l'illegittimità dell'interpretazione del Tribunal supremo, in quanto costituente una restrizione *contra legem* della giurisdizione prevista dalla legge organica. Non si deve dimenticare, però, che il Tribunal constitutional, nella stessa sentenza, ha evidenziato come la giurisdizione universale fosse dotata di mero carattere sussidiario. Con legge del 3 novembre del 2009 è stata espressamente limitata la competenza dei giudici spagnoli ad esercitare la giurisdizione universale, prevedendo che occorra sempre la presenza sul territorio spagnolo del presunto reo o un altro criterio di collegamento tra l'ordinamento spagnolo ed il crimine (si veda: M. FRULLI, "La Spagna modifica le norme relative alla giurisdizione universale: le ragioni di una riforma annunciata, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 120 e ss.). Recentemente è stata adottata una nuova legge (n.1/2004 del 13 marzo 2014) che statuisce che l'esercizio della giurisdizione penale universale da parte dei giudici spagnoli debba avere sempre natura sussidiaria. Inoltre, la legge anzidetta prevede il rispetto di una serie di criteri affinché tale giurisdizione possa operare: il *forum deprehensionis*; la nazionalità spagnola di una delle vittime; l'esistenza di un altro elemento di connessione rilevante per la Spagna.

[637] Art. 49 della I Convenzione per migliorare la sorte dei feriti e delle forze armate in campagna, che apre il capitolo IX rubricato "Repressione degli abusi e delle infrazioni", secondo cui: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente [cfr. art. 50 che prevede come gravi infrazioni: "omicidio intenzionale, tortura o trattamenti inumani, compresi esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l'integrità corporale o la salute, la distruzione o l'appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari"]. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque

la regola dell'*aut dedere aut iudicare*[638], in base alle quali ogni Stato parte delle Convenzioni è tenuto a giudicare il presunto autore di un crimine, a prescindere dalla sua nazionalità, qualora

sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Ogni Parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente. Gli imputati fruiranno, in ogni circostanza, di garanzie di procedura e di libera difesa che non saranno minori di quelle previste dagli articoli 105 e seguenti della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra"; art. 50 della II Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle forze armate sul mare, che statuisce: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, una delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, una di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce, e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, purché questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Ogni Parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente. Gli imputati fruiranno, in ogni circostanza, di garanzie di procedura e di libera difesa che non saranno minori di quelle previste dagli articoli 105 e seguenti della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra"; art. 129 della III Convenzione relativa al trattamento dei prigionieri di guerra, secondo cui: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai suoi propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Ogni parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente. Gli imputati fruiranno, in ogni circostanza, di garanzie di procedura e di libera difesa che non saranno minori di quelle previste dagli articoli 105 e seguenti della presente Convenzione"; art. 146 della IV Convenzione per la protezione delle persone civili in tempo di guerra, che stabilisce: "Le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso o dato ordine di commettere l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente. Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso o di aver dato l'ordine di commettere l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai suoi propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti. Ogni Parte contraente prenderà i provvedimenti necessari per far cessare gli atti contrari alle disposizioni della presente Convenzione, che non siano le infrazioni gravi precisate nell'articolo seguente. Gli imputati fruiranno, in ogni circostanza, di garanzie di procedura e di libera difesa che non saranno minori di quelle previste dagli articoli 105 e seguenti della Convenzione di Ginevra del 12 agosto 1949 relativa al trattamento dei prigionieri di guerra".

[638] Sul principio dell'*aut dedere aut iudicare* si veda, *ex multis*: M. C. BASSIOUNI, E. WISE, Aut Dedere aut Judicare*: The Duty to extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995; A. CALIGIURI, *L'obbligo* aut dedere aut judicare *nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012; C. TIRIBELLI, "*Aut dedere aut judicare*: A Response to Impunity in International Criminal Law?", in *Skri Lanka Journal of International Law*, 2009, p. 231 e ss.

quest'ultimo si trovi sul territorio dello Stato, salvo che lo Stato stesso non decida di estradarlo ad un altro Paese che intenda processarlo.

Viene, dunque, confermato, a livello pattizio, che l'unico collegamento richiesto affinché l'obbligo si configuri è quello del *forum deprehensionis*. Al di fuori della presenza sul territorio dello Stato del presunto criminale, non è richiesto alcun "punto di contatto": in questo senso pare potersi affermare che le norme delle Convenzioni di Ginevra del 1949 prevedano una forma addirittura rafforzata, o in qualche modo eterogenea, di giurisdizione universale. Si afferma ciò sulla base di una semplice constatazione: uno dei caratteri fondamentali della giurisdizione universale è costituito dalla sua natura facoltativa e non obbligatoria per lo Stato. Le norme delle Convenzioni di Ginevra, nello stabilire un'alternativa secca fra il giudizio e l'estradizione (a favore, dunque, di un altro giudizio) darebbero, perciò, vita ad un principio a sé stante, originato dal combinato disposto della giurisdizione universale con il principio *aut dedere aut iudicare*[639].

Chiarite tali premesse, possiamo procedere – come anticipato – ad analizzare, più nel dettaglio, la tesi di quella parte della dottrina[640] e giurisprudenza[641] che ritiene possibile estendere la *ratio* del principio della giurisdizione universale, formulato per perseguire gli individui che si siano resi responsabili di crimini internazionali, anche alla giustiziabilità delle

---

[639] La dottrina si riferisce in questi casi più che ad una giurisdizione universale *stricto sensu*, alla c.d. giurisdizione "quasi universale", che sarebbe universale soltanto per gli Stati aderenti alle convenzioni e nei limiti fissati dai trattati stessi. Si veda sul punto C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1270.

[640] In questo senso: A. BIANCHI, "L'immunité des États et les violations graves des droits de l'homme: la function de l'interprète dans la determination du droit international", cit., p. 79 e ss.; ID., "Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo", cit., p. 27 e ss.; ID., "Immunity *versus* Human Rights: The *Pinochet* Case", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 237 e ss.; ID., "Overcoming the Hurdle of State Immunity in the Domestic Enforcement of International Human Rights", cit., p. 405 e ss.; D. F. DONOVAN, A. ROBERTS, "The Emerging Recognition of Unniversal Civil Jurisdiction", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 142 e ss.; D. F. DONOVAN, "Universal Civil Jurisdiction – The Next Frontier?", in *American Society of International Law, Proceedings of the 99th Annual Meeting, Washington D.C.*, 2005, p. 117; J. A. GERGEN, "Human Rights and the Foreign Sovereign Immunities Act", cit., p. 765 e ss.; M. T. KAMMINGA, "Universal Civil Jurisdiction: Is it Legal? Is It Desiderable?", in *ivi*, p. 123 e ss.; L. MCGREGOR, "The Need to Resolve the Paradoxes of the Civil Dimension of Universal Jurisdiction", in *ivi*, p. 125 e ss.; P. D. MORA, "The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle", in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 367 e ss.; K. PARLETT, "Universal Civil Jurisdiction for Torture", in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 385 e ss.; L. REYDAMS, "Universal Jurisdiction in Context", in *ivi*, p. 118 e ss.; B. VAN SCHAACK, "Justice Without Borders: Universal Civil Jurisdiction", in *American Society of International Law, Proceedings of the 99th Annual Meeting, Washington D.C.*, 2005, p. 120 e ss.; C. RYNGAERT, "Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2007, p. 3 e ss.. Si veda anche: AMNESTY INTERNATIONAL, *Universal Jurisdiction: The scope of universal civil jurisdiction*, doc. IOR 53/008/2007, scaricabile al link: https://www.amnesty.org/en/documents/ior53/008/2007/en/.

[641] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.

condotte attribuibili agli *Stati* nazionali nei procedimenti risarcitori a carattere *civile* di fronte ai tribunali degli Stati stranieri per gravi violazioni delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali.

Tale teoria è stata, anzitutto, formulata dalla dottrina in relazione alle pronunce emesse da parte di alcuni tribunali nazionali, che avevano iniziato a porre sotto processo i vertici politici e amministrativi di quei Paesi in cui si erano consumate gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo[642].

---

[642] Si consideri, quale caso paradigmatico, quello che ha interessato l'ex dittatore cileno Pinochet. Cfr. *House of Lords*, sentenza del 24 marzo 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex Parte Pinochet*. Per un commento alla sentenza si veda: J.-Y. DE CARA, "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", in *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 72 e ss.; P. DE SENA, "Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso *Pinochet*" , in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 33 e ss.; W. J. HOROWITZ, "*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex Parte Pinochet*: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for *Jus Cogens* Violations", in *Fordham International Law Journal*, 1999, p. 489 e ss.; R. JENNINGS, "The *Pinochet Extradition* Case in the English Courts", in L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (edited by), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*: *Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 2001, p. 677 e ss.; N. S. RODLEY, "Breaking the Cycle of Immunity for Gross Violations of Human Rights: The *Pinochet* Case in Perspective", in *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 11 e ss.; S. VILLALPANDO, "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999", in *Revue générale de droit international public*, 2000, p. 393 e ss. Per quanto rileva in questa sede, si ripercorranno brevemente le argomentazioni sostenute dalla *House of Lords* che, con la sentenza del 24 marzo del 1999, ha concesso l'estradizione richiesta dalla magistratura spagnola affinché Pinochet fosse processato in quel Paese per una pluralità di reati, tra i quali la tortura ai danni (anche, ma non solo) di cittadini spagnoli. In detto arresto giurisprudenziale, la Camera dei Lord ripercorreva le caratteristiche dell'immunità goduta dai capi di Stato stranieri, distinguendo tra immunità *ratione personae* ed immunità *ratione materiae*. Mentre la prima, che si estende a tutti gli atti posti in essere dal Capo di Stato, tanto nella sfera pubblica che in quella privata, sta e cade con la durata del mandato, la seconda, che si applica ai soli atti ufficiali compiuti per ragioni di servizio, accompagna il rappresentante dello Stato straniero anche dopo la cessazione della carica, ciò al fine di salvaguardare l'integrità delle attività dello Stato straniero durante il periodo in cui la persona fisica ne era rappresentante. La *House of Lords*, dopo aver constatato che la sola immunità *ratione materiae* si sarebbe potuta applicare a Pinochet in quanto ex Capo di Stato, si domandava, quindi, se fosse possibile qualificare l'organizzazione della tortura su ampia scala, contestata all'ex dittatore, come attività compiuta nell'esercizio delle funzioni ufficiali del medesimo. Con decisione a maggioranza, la Camera dei Lord, sulla scorta dell'entrata in vigore della Convenzione di New York del 1984 contro la tortura (resa esecutiva nel Regno Unito dal *Criminal Justice Act* del 1988), riteneva impossibile qualificare gli atti di tortura quale esercizio ufficiale da parte del rappresentante del Governo straniero della funzione statale. Di conseguenza, la Camera, non sussistendo l'immunità nei confronti di Pinochet, affermava la possibilità che venisse esercitata la giurisdizione penale universale, in virtù di quanto disposto dalla stessa Convenzione contro la tortura. Di particolare rilievo è l'opinione concorrente del giudice Millett, il quale, pur aderendo alle conclusioni della maggioranza, affermava che l'organizzazione e l'esecuzione della tortura non potessero rientrare, anche prima dell'entrata in vigore della ricordata Convenzione di New York, tra le funzioni pubbliche per le quali era prevista l'immunità *ratione materiae*. Secondo il Lord, infatti, la tortura avrebbe comunque costituito una violazione delle norme imperative del diritto internazionale, e, qualora fosse stata eseguita con le dovute caratteristiche di gravità ed estensione, avrebbe dovuto essere considerata come un attacco giuridico all'ordine internazionale, attacco che avrebbe costituito il presupposto per l'attrazione del Pinochet alla giurisdizione universale per i crimini internazionali.

In particolare, Bianchi, in un articolo di commento alla sentenza *Pinochet*[643], sottolinea come sarebbe del tutto incongruo, qualora l'individuo-organo di uno Stato ponesse in essere un crimine internazionale, continuare a riconoscere l'immunità allo Stato dell'individuo dalla giurisdizione civile di un Paese estero per il crimine commesso, negando, invece, l'immunità dalla giurisdizione penale del Paese straniero all'individuo-organo.

L'Autore pone a fondamento del suo *iter* argomentativo la possibilità di rinvenire una sorta di analogia tra due delle immunità previste dal diritto internazionale, ovvero l'immunità dell'individuo-organo di uno Stato in ragione delle funzioni da esso svolte e l'immunità attribuita allo Stato[644].

Partendo da tale assunto – peraltro, come abbiamo già avuto modo di sottolineare, certo discutibile[645] – Bianchi sostiene che se l'immunità funzionale viene riconosciuta con la precisa finalità di assicurare la possibilità allo Stato di cui l'individuo è organo di agire liberamente, senza subire alcuna interferenza nell'esercizio della propria sovranità da parte di altre entità statali, ammettere la possibilità per un Paese estero di esercitare la giurisdizione penale nei confronti di tale individuo vanificherebbe la *ratio* stessa dell'immunità *ratione materiae*, rappresentando, di fatto, un *vulnus* nei confronti della sovranità dello Stato.

Pertanto, nell'opinione dell'Autore, se si riconosce la possibilità di esercitare la giurisdizione penale nei confronti di un individuo-organo, gioco-forza si dovrebbe ritenere

---

643 A. BIANCHI, "Immunity *versus* Human Rights: The *Pinochet* Case", cit., p. 237 e ss.

644 Si ricorda, peraltro, come la correlazione tra l'immunità dell'individuo-organo *ratione materiae* e l'immunità dello Stato sia stata successivamente sottolineata anche dai Giudici di Cassazione nella sentenza *Ferrini*, a sostegno logico della motivazione principale fondata sulla prevalenza dello *ius cogens* rispetto alla norma immunitaria. In particolare, al par. 11 veniva espressamente affermato che "l'immunità funzionale […] risponde all'esigenza di impedire che il divieto di convenire in giudizio lo Stato straniero possa essere vanificato agendo nei confronti della persona mediante la quale la sua attività si è esternata. Ma se il rilievo è esatto, come sembra a questa Corte, deve allora convenirsi con quanti affermano che l'immunità funzionale non può trovare applicazione, perché l'atto compiuto si configura quale crimine internazionale, non vi è alcuna valida ragione per tener ferma l'immunità dello Stato e per negare, conseguentemente, che la sua responsabilità possa essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria di uno Stato straniero". Parte della dottrina ritiene corretto ritenere esistente, ancora oggi, un collegamento funzionale tra immunità *ratione materiae* e immunità degli Stati, in quanto il fondamento di entrambe sarebbe sempre il medesimo, ovvero il rispetto della sovranità di ciascuno Stato nell'esercizio dei suoi poteri di organizzazione. Per un'ampia analisi circa il fondamento delle immunità degli organi statali e del loro rapporto con l'immunità degli Stati, si veda: P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Giuffrè, Milano, 1996; M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti di organi sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2007. Sul punto, si rinvia anche al *Preliminary Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, Special Rapporteur C. E. Hernández, 31 maggio 2012, doc. A/CN.4/654, reperibile al link: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/357/18/PDF/N1235718.pdf?OpenElement.

645 Si veda il § 4.1 del presente capitolo.

che anche l'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile possa essere intaccata; in caso contrario, ci si troverebbe di fronte ad un'incoerenza dell'ordinamento internazionale a livello sistemico che risulterebbe senz'altro difficile da giustificare: sarebbe, infatti, concesso intaccare la sovranità dello Stato attivando un procedimento penale nei confronti di colui che materialmente svolge le funzioni statuali, ma non sarebbe ammesso aggredire la medesima sovranità tramite un'azione civile[646].

La tesi che afferma l'estensibilità della giurisdizione universale anche agli Stati in ambito civile, come anticipato, è stata avanzata anche dalla Corte di Cassazione italiana nel caso *Ferrini*.

Per quanto, come noto, infatti, il disconoscimento dell'immunità alla Germania sia stato operato sulla base della prevalenza delle norme di *ius cogens* rispetto alla norma immunitaria, la Corte ricordava una serie di argomenti logici a supporto della sua statuizione principale, tra cui anche l'universalità dalla giurisdizione.

Tuttavia, in questo caso, l'universalità non veniva fatta discendere dalla possibilità di rinvenire un'analogia tra immunità dello Stato ed immunità dell'individuo (analogia che, come predetto, veniva utilizzata come argomento *a fortiori* a sé stante), ma dal fatto che quelle di *ius cogens* siano norme inderogabili, che si pongono all'apice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su tutte le altre[647].

---

[646] A. BIANCHI, "Immunity *versus* Human Rights: The *Pinochet* Case", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 237 e ss., spec. pp. 264 e 265, secondo cui: "Presumably, after the *Pinochet* case, while state and state officials would continue to be held immune in civil proceedings in the United Kingdom for acts of torture and, arguably, other crimes of international law, as regards criminal proceedings they might be held accountable and no plea of immunity might be available to them. […] this creates a manifest inconsistency which ought to be remedied by denying immunity also to state and state officials in the civil proceedings. […] the argument that the immunity *ratione materiae* of state officials is necessary not to circumvent the immunity of a state can be used to maintain that once it is held that no plea of immunity is available to state officials for crimes against international law which presuppose or require state action, the immunity of the state can be easily circumvented by bringing criminal proceeding against state officials".

[647] Si veda il § 9 della sentenza *Ferrini*, secondo cui: "i crimini internazionali […] si concretano nella violazione, particolarmente grave per intensità o sistematicità, […] dei diritti fondamentali della persona umana, la cui tutela è affidata a norme inderogabili che si collocano al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalendo su ogni altra norma, sia di carattere convenzionale che consuetudinario […] e quindi anche su quelle in tema di immunità. *Per questo* […] ogni Stato può reprimerli indipendentemente dal luogo in cui sono stati commessi, secondo i principi della giurisdizione universale […] *Per la stessa ragione*, non si dubita che il principio dell'universalità dalla giurisdizione valga anche per i processi civili che traggono origine da tali reati [crimini internazionali]" (corsivo aggiunto). E, ancora, la stessa sentenza al par. 12 afferma: "[…] Si è posto in evidenza che i fatti sui quali si fonda la domanda si siano verificati anche in Italia. Ma è appena il caso di rilevare che, essendo essi qualificabili come crimini internazionali, la giurisdizione andrebbe comunque individuata secondo i principi della giurisdizione universale". Peraltro, taluni Autori hanno espresso delle perplessità circa l'utilizzo, a sostegno della tesi principale, dell'argomento della universalità dalla giurisdizione,

Alla luce di quanto premesso, non stupisce che tale argomentare abbia prestato il fianco a numerose critiche.

Il primo dato che salta immediamente all'occhio dell'interprete è la diversità delle richiamate giurisdizioni, ovvero quella penale e quella civile.

In particolare, in dottrina, è stato sottolineato, infatti, come i presupposti valoriali e gli scopi perseguiti, posti alla base della scelta di sottoporre – in via universale – ad incriminazione le persone fisiche che si siano rese autrici di crimini internazionali, differiscano considerevolmente da quelli propri della giurisdizione civile: se da una parte, la giurisdizione penale è rivolta a prevenire e reprimere coloro che si siano resi responsabili di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo, dall'altra la giurisdizione civile è, invece, tesa a garantire alle vittime dei crimini internazionali un "semplice" risarcimento del danno subìto[648].

Di conseguenza, tale dottrina ritiene dubbia la tesi di quegli Autori che, sulla base dell'analogia tra immunità funzionale ed immunità dello Stato, fondano la possibilità di ritenere esercitabile la giurisdizione civile universale da parte di uno Stato nei confronti di un Paese che si sia reso responsabile, tramite i propri individui-organi, di crimini internazionali, sostenendo che, essi, focalizzando l'attenzione sull'analogia, abbiano, di fatto, perso di vista le macroscopiche distinzioni tra giurisdizione penale e civile[649].

---

sostenendo che non ve ne fosse alcun bisogno, essendo stati i crimini oggetto del giudizio della Corte commessi, in parte, sul territorio dello Stato del foro. Si veda, sul punto: A. EL BOUDOUHI, "La motivation de la jurisprudence récente de la *Corte suprema di cassazione* italienne sur les immunités jurisdictionelles de l'état", in *Revue générale de droit international public*, 2010, p. 747 e ss., spec. p. 768.; A. GATTINI, "The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time for a Change in the Law?", in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 173 e ss., spec. p. 185 e s.; F. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", cit., pp. 253 e s; P. D. MORA, "The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle", cit., p. 387 e s..

[648] In questo senso si è espressa F. DE VITTOR, "L'immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 591, la quale afferma: "A ben vedere […] 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 iuris gentium* corrisponde, in primo luogo, ad un'esigenza pubblica, condivisa dall'intera comunità internazionale, di punire il criminale, e quindi di realizzare la funzione tanto preventiva quanto repressiva della pena. Viceversa la funzione principale del processo civile è quella di dare una riparazione al singolo individuo che abbia subìto danni per l'effetto del fatto illecito. […]".

[649] In particolare De Vittor, evidenzia come l'importanza della differenza tra giurisdizione civile e penale fosse stata reputata fondamentale anche da Lord Hutton e Lord Phillips of Worth Matravers nella sentenza *Pinochet*. Sul punto v. F. DE VITTOR, "L'immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 591. In senso contrario si è, invece, espresso Bianchi, il quale ritiene che: "The Law

Tuttavia, se tale critica appare senz'altro pregevole, altra parte della letteratura – che peraltro si anticipa rigetta a sua volta la tesi della giurisdizione universale, ma sulla base di presupposti diversi – ha ritenuto possa essere superata.

In particolare, Marongiu Buonaiuti ha riconosciuto come non si possa di certo dimenticare che l'esercizio della giurisdizione civile – per quanto tale giurisdizione sia dotata delle sue peculiarità – non può dirsi del tutto slegato dall'esercizio della giurisdizione penale, e ciò in ragione del fatto che contribuisce alla repressione dei crimini internazionali, attraverso la riparazione delle conseguenze dell'illecito[650]. Conferma di tale dato sarebbe rinvenibile, nell'opinione dell'Autore[651], tanto in quegli ordinamenti in cui è previsto l'istituto della costituzione di parte civile nel procedimento penale[652], quanto nell'art. 5, par. 4, del regolamento n. 44/2001 in relazione all'esercizio della giurisdizione nell'ambito dello spazio giuridico europeo[653], così come, ancora, in talune disposizioni di determinate convenzioni internazionali[654].

Lords, with few exceptions, generally regarded the above case law [*Al-Adsani*] as irrilevant for its being concerned exclusively with civil proceedings". Così A. BIANCHI, "Immunity *versus* Human Rights: The *Pinochet* Case", cit., p. 264. Anche tra coloro che teorizzano la *human rights exception* vi sono delle perplessità circa il ricorso ad un'analogia tra giurisdizione penale e giurisdizione civile. Ad esempio Ronzitti sostiene che: "L'eccezione all'immunità dalla giurisdizione deve essere fondata sul particolare valore della norma cogente e difficilmente potrà essere fatta un'analogia con l'immunità dalla giurisdizione penale dell'organo, che viene meno qualora sia violata una norma imperativa. Un conto, infatti, è l'immunità dalla giurisdizione civile, un altro è l'immunità dalla giurisdizione penale". Si veda N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 66.

650 F. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", cit., pag. 251, secondo cui: "Per quanto specificamente attiene all'applicazione della regola della giurisdizione universale relativamente ad azioni risarcitorie in sede civile, […] deve darsi atto che queste azioni nel tendere in sostanza alla riparazione delle conseguenze del crimine concorrono con l'azione penale nella repressione di quest'ultimo".

651 *Ibidem*, spec. pp. 251 e 252.

652 Si pensi, *in primis*, proprio all'ordinamento italiano. In particolare, il codice di procedura penale, dedica alla costituzione di parte civile, all'interno del libro I relativo ai soggetti, il titolo V, rubricato "Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria". Sulla costituzione di parte civile nel processo penale, si veda: F. CORDERO, Procedura Penale, 8 ed., Giuffrè, Milano, 2006, p. 257 e ss.

653 L'art. 5, § 4, del regolamento n. 44/2001 afferma che: "La persona domiciliata nel territorio da uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: […] 4) qualora si tratti di un'azione di risarcimento di danni o di restituzione, nascente da reato, davanti al giudice presso il quale è esercitata l'azione penale, sempre che secondo la propria legge tale giudice possa conoscere dell'azione civile".

654 Si pensi, ad esempio, all'art. 14 della Convenzione di New York del 1984 contro la tortura, secondo cui: "1. Ogni Stato garantisce, nel suo sistema giuridico, alla vittima di un atto di tortura, il diritto di ottenere riparazione e di essere equamente risarcito ed in maniera adeguata, inclusi i mezzi necessari alla sua riabilitazione più completa possibile. In caso di morte della vittima, risultante da un atto di tortura, gli aventi causa di quest'ultima hanno diritto al risarcimento. 2. Il presente articolo non esclude alcun diritto al risarcimento cui la vittima od ogni altra persona avrebbe diritto in virtù delle leggi nazionali". Un'altra

Non solo: i giudizi civili rivestirebbero, nell'opinione di Donovan e Roberts[655], una funzione complementare rispetto a quelli penali, anche agli occhi della generalità dei consociati (dispiegando, peraltro, i medesimi effetti general-preventivi).

Se da un lato è certamente vero che, all'interno di un giudizio civile le parti private agiscano a fini prevalentemente risarcitori, non dovrebbe, tuttavia, ignorarsi il fatto che tali giudizi svolgano parallelamente un'importante funzione pubblica, legata, anzitutto, all'accertamento della verità storica, così come all'affermazione di norme e principi a tutela dell'individuo, cui lo Stato non è disposto a rinunciare, ed intende tutelare[656].

---

disposizione esemplificativa è l'art. 75, rubricato "Riparazioni a favore delle vittime", dello Statuto della Corte penale internazionale, secondo cui: "1. La Corte stabilisce i principi applicabili a forme di riparazione come la restituzione, l'indennizzo o la ribailitazione da concedere alle riparazioni alle vittime o ai loro aventi diritto. Su tale base la Corte, può, su richiesta o di sua spontanea volontà in circostanze eccezionali, determinare nella sua decisione l'entità e la portata di ogni danno, perdita o pregiudizio cagionato alle vittime o ai loro aventi diritto, indicando i principi che guidano la sua decisione. 2. La Corte può emanare contro una persona condannata un'ordinanza che indica la riparazione dovuta alle vittime o ai loro aventi diritto. Tale riparazione può avere forma, in modo particolare, di restituzione, di indennizzo o di riabilitazione. Se del caso, la Corte può decidere che l'indennizzo concesso a titolo di riparazione sia versato tramite il Fondo di garanzia di cui all'art. 79. 3. Prima di emanare un ordine ai sensi del presente articolo, la Corte può sollecitare e terrà conto delle osservazioni della persona condannata, delle vittime, delle altre persone interessate o degli Stati interessati, e delle osservazioni formulate a nome di tali persone o dei loro aventi diritto. 4. Nell'esercizio dei poteri che le sono conferiti dal presente articolo, dopo che una persona è stata condannata per un reato che rientra nella giurisdizione della Corte, quest'ultima può stabilire se, per dare effetto ad un ordine che può emanare ai sensi del presente articolo, sia necessario ricorrere ai provvedimenti di cui all'articolo 93, paragrafo 1. 5. Gli Stati Parte fanno applicare le decisioni ai sensi del presente articolo come se le disposizioni dell'art. 109 fossero applicabili al presente articolo. 6. Nulla nel presente articolo sarà interpretato come lesivo dei diritti che la legislazione nazionale o internazionale riconoscono alle vittime".

[655] Per tali autori sarebbe possibile rinvenire, seppur in via embrionale e con riferimento agli individui, più che agli Stati, la nascita di una prassi statale relativa all'esercizio della giurisdizione universale civile, forse in grado, se confermata nel tempo, di dare vita ad una nuova norma di natura consuetudinaria. Tale prassi sarebbe influenzata dall'emersione di una tendenza sul piano internazionale ad affiancare alla mera sanzione penale (disciplinata ovviamente sul piano internazionale) anche misure di ristoro di natura prettamente riparatorio-civilistica, quali restituzioni o compensazioni, al fine di garantire una tutela effettiva alle vittime di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. D. F. DONOVAN, A. ROBERTS, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", cit., spec. p. 153; fra i riferimenti citati dagli autori, v. UN Commission on Human Rights, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International of Humanitarian Law*, Resolution of General Assembly 16 december 2005, UN Doc.E/CN.4/2005/L.10/Add.11, reperibile al link:
http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/147.
La Risoluzione è peraltro accompagnata da un *Introductory Note* di T. VAN BOVEN, rinvenibile al seguente link: http://legal.un.org/avl/ha/ga_60-147/ga_60-147.html.

[656] D. F. DONOVAN, A. ROBERTS, "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", cit., spec. p. 154. Gli Autori aggiungono, inoltre, che: "The close relationship between criminal sanctions and civil remedies is confirmed by the *action civile* recognized in many civil law states, by which a civil claim for compensation is attached to a criminal prosecution. Hence, in these states, when universal or extraterritorial jurisdiction is exercised over offences such as genocide, crimes against humanity, and war crimes, a victim may seek monetary compensation in that proceeding. Without making the same distinction between criminal and civil jurisdiction as in many common law states, these countries woyld indirectly permit a form of universal civil jurisdiction".

Tuttavia, come anticipato, anche Marongiu Buonaiuti rigetta la tesi di cui al nostro esame.

Egli, infatti, anche ammettendo la possibilità di ritenere la giurisdizione civile dotata di un ruolo concorrente rispetto alla giurisdizione penale nella repressione dei crimini internazionali, ritiene che un accostamento tra le due giurisdizioni sia precluso dall'impossibilità di rinvenire gli elementi di "base/strutturali" che caratterizzano l'esercizio della universalità della giurisdizione penale anche in sede civile.

Anzitutto, l'Autore sostiene che, per attivare un parallelismo tra le due giurisdizioni occorrerebbe che entrambe fossero esercitate nei confronti del medesimo soggetto.

Egli rileva che nel caso della giurisdizione penale il convenuto è l'individuo-organo che ha materialmente posto in essere il crimine, mentre, viceversa, nella giurisdizione civile il convenuto è lo Stato di cui l'individuo è organo[657].

Questa osservazione potrebbe forse essere superata, sostenendo che, perlomeno negli ordinamenti che ammettono la costituzione di parte civile nel processo penale, potrebbe essere rinvenuta, di fatto, un'identità – anche se non "perfetta" – tra persona fisica (mandatario) e persona giuridica (mandante) in quei casi in cui venga chiamato a rispondere quale responsabile civile, solidalmente con l'imputato individuo-organo, anche lo Stato.

Tuttavia vi è una seconda ragione sulla base della quale Marongiu Buonaiuti esclude un parallelismo, ragione sulla quale sarebbe difficile non concordare.

Egli, infatti, ribadisce che la caratteristica principale che distingue la giurisdizione penale universale dalla giurisdizione penale ordinaria prevista dagli ordinamenti nazionali, è costituita dal necessario collegamento del c.d. *forum deprehensionis*. Se, senza dubbio, tale criterio risulta applicabile per gli individui, non si comprende, tuttavia, come possa trovare affermazione rispetto agli Stati. Utilizzando le parole dell'Autore:

> «[…] la stessa struttura della giurisdizione universale, che prevede tendenzialmente come requisito la presenza del soggetto responsabile nel territorio dello Stato che intende procedere, si rivela inapplicabile nei confronti di

[657] F. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", cit., p. 252.

uno Stato, il quale non può evidentemente essere ad alcun titolo considerato 'presente' all'interno di un altro Stato»[658].

L'assenza nella giurisdizione civile universale del criterio principale che caratterizza la giurisdizione penale universale, ad opinione di predetta dottrina, paventerebbe la possibilità che gli Stati esteri esercitino la giurisdizione civile nei confronti degli altri Stati nella più totale discrezionalità, in assenza dell'individuazione di un altro criterio che sostituisca quello del *forum deprehensionis*, con l'evidente rischio di abusi[659].

A ciò sarebbe da aggiungere anche un altro dato.

La giurisdizione universale, così come originariamente formulata, riguarda esclusivamente i procedimenti *penali*, celebrati nei confronti di *persone fisiche*, sulla base del c.d. *forum deprehensionis*. Viceversa, la giurisdizione civile universale che dottrina e giurisprudenza tentano di sostenere nella teoria di cui al nostro esame, riguarderebbe procedimenti *civili*, in cui sia stato convenuto uno Stato, dunque una *persona giuridica*, in assenza del *forum deprehensionis*. L'unico elemento in comune che le due ipotesi di giurisdizione universale presenterebbero, sarebbe quello delle condotte che legittimano i procedimenti, ovvero i c.d. *crimina iuris gentium*.

Di conseguenza, credo sarebbe legittimo domandarsi: se il tentativo di parte della dottrina è estendere la giurisdizione universale prevista in ambito penale nei confronti degli individui anche alla giurisdizione civile esercitata nei confronti degli Stati, mancando tra le due l'identità dell'oggetto, l'identità del carattere della giurisdizione, e mancando altresì l'identità del criterio a fronte del quale le giurisdizioni stesse sarebbero esercitate, che cosa rimarrebbe dell'originaria giurisdizione universale? Non sarebbe, allora, forse opportuno tentare di svincolarsi, per affermare la possibilità di esercitare la giurisdizione nei confronti degli Stati, dall'analogia tra giurisdizione penale e civile e tentare una nuova strada *ad hoc* formulata su presupposti del tutto diversi (come di fatto, peraltro, già è)?

---

[658] *Ibidem*. Tale obiezione era stata, peraltro, già espressa da taluni Autori in riferimento a quanto asserito nella sentenza *Ferrini* rispetto all'universalità della giurisdizione. Si veda, in particolare: A. EL BOUDOUHI, "La motivation de la jurisprudence récente de la *Corte suprema di cassazione* italienne sur les immunités jurisdictionelles de l'état", cit. p. 769 e s.; A. GATTINI, "War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* decision", cit., p. 231.

[659] *Ibidem*, spec. p. 252 e 253, nota 54 e riferimenti ivi indicati.

Quanto esposto, sarebbe senz'altro sufficiente per escludere, a parere della scrivente, la possibilità di ritenere la tesi in esame possibile fondamento per la *human rights exception*.

Tuttavia, in dottrina è possibile rinvenire ulteriori critiche.

De Vittor, in particolare, individua, perlomeno altre tre ragioni sulla base delle quali la teoria dovrebbe essere rigettata.

Anzitutto, l'Autrice rileva come la stessa giurisdizione penale universale nei confronti delle persone fisiche – non casualmente, ma in esecuzione di un preciso obbligo di diritto

internazionale[660] – è stata sinora esercitata solo nei confronti di soggetti che avessero cessato la propria carica, sopravvivendo, negli altri casi, l'immunità funzionale[661].

Secondo la ricostruzione proposta da De Vittor, la ragione di tale orientamento dovrebbe essere rinvenuta nel fatto che debba considerarsi illegittimo ostacolare l'esercizio da parte di uno Stato, tramite i propri individui-organi, delle sue prerogative sovrane. Viene, dunque, applicata anche in questo caso quell'analogia tra l'immunità dell'individuo-organo e immunità dello Stato, che parte della dottrina, come abbiamo avuto modo di sottolineare,

---

[660] Cfr. sul punto Corte internazionale di giustizia, sentenza del 14 febbraio 2002, sul *Mandato di Arresto* (*Repubblica Democratica del Congo c. Belgio*). La controversia sorgeva a seguito dell'emissione da parte della magistratura belga di un mandato di arresto internazionale nei confronti del Ministro degli esteri del Congo a quel momento in carica, per l'asserita commissione di violazioni gravi del diritto internazionale umanitario e di crimini contro l'umanità. Avverso l'emissione di tale mandato, il Congo adiva la Corte internazionale di giustizia, chiedendo che detta Corte dichiarasse l'avvenuta violazione delle proprie prerogative sovrane conseguenti all'emissione del mandato. La Corte, dopo aver esaminato le disposizioni della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961, e della Convenzione di New York sulle missioni speciali del 1969 e averne constatato la non utilità ai fini della risoluzione della questione, si pronunciava sulla base del diritto internazionale consuetudinario. Affermava, dunque, che le immunità riconosciute ad un Ministro degli esteri in carica "are not granted for their personal benefit, but to ensure the effective performance of their functions on behalf of their respective States (par. 53)". Dunque, proseguiva la Corte, "the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties. (par. 54)". Si badi che in tale pronuncia, la Corte riconosce un'immunità *ratione personae* della massima estensione: "The consequences of such impediment to the exercise of those official functions are equally serious, regardless of whether the Minister for Foreign Affairs was, at the time of arrest, present in the territory of the arresting State on an «official» visit or a «private» visit, regardless of whether the arrest relates to acts allegedly performed before the person became the Minister for Foreign Affairs or to acts performed while in office, and regardless of whether the arrest relates to alleged acts performed in an «official» capacity or a «private» capacity (par. 55)". La Corte si occupa, poi, del rapporto tra competenza delle corti nazionali e regole immunitarie: "the rules governing the jurisdiction of national courts must be carefully distinguished from those governing jurisdictional immunities: jurisdiction does not imply absence of immunity, while absence of immunity does not imply jurisdiction. (par. 59)". A questo punto la Corte si spinge in un ragionamento che ben potrebbe, da solo, valere da critica alla teoria che si sta esponendo: "although various international conventions or the prevention and punishment of certain serious crimes impose or States obligations of prosecution or extradiction, thereby requiring them to extend their criminal jurisdiction, such extension of jurisdiction in no way affects immunities under customary international law […]. These remain opposable before the courts of a foreign State, even where those courts exercise such a jurisdiction under these conventions. (par. 59)". Per un commento alla pronuncia della Corte si veda, *ex multis*: A. CASSESE, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 853 e ss.; J. SALMON, "Libre ropos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique), in *Revue belge de droit international*, 2002, p. 512 e ss.; J. VERHOEVEN, "Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandet d'arrêt du 11 avril 2000", in *Revue belge de droit international*, 2002, p. 531 e ss.; S. ZAPPALÀ, "La sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Congo c. Belgio in tema di immunità dalla giurisdizione del ministro degli esteri", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1711 e ss.

[661] Si veda, ad esempio: *House of Lords*, sentenza del 24 marzo 1999, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex Parte Pinochet*; Cour de Cassation, sentenza del 13 maggio 2001, caso *Gheddafi*; Corte internazionale di giustizia, sentenza del 14 febbraio 2002, sul *Mandato di Arresto* (*Repubblica Democratica del Congo c. Belgio*).

pone a fondamento della tesi della giurisdizione civile universale: pretendere di incriminare, pur per *crimina iuris gentium*, esponenti di governi in carica, lederebbe la capacità di quei governi di esercitare le proprie prerogative sovrane[662]. Partendo ancora una volta da tale assunto, si dovrebbe concludere che lo Stato non possa, allora, non ricevere tutela nel caso di atti che rappresentano estrinsecazione del suo potere sovrano. In altre parole, i critici della teoria in esame ne hanno, per così dire, rovesciato le fondamenta, sulla base di una semplice constatazione: l'alternanza governativa non comporta alcuna soluzione di continuità della sovranità statale; dunque, lo Stato non cessa mai dalla carica e, di conseguenza, non può mai essere perseguito civilmente.

Peraltro, seguendo tale approccio, ci si chiede se i termini della questione non debbano essere ribaltati. Se cioè la rigidità dimostrata dalla maggior parte delle Corti e dei consessi internazionali circa il riconoscimento di una giurisdizione contro gli Stati stranieri non abbia essa stessa prodotto una controspinta della comunità internazionale verso l'affievolimento delle garanzie delle persone fisiche, oggi direttamente perseguibili per le violazioni di norme imperative qualificabili come crimini internazionali da loro commesse. Se così fosse, a sommessa opinione della scrivente, ci troveremmo, ancora una volta, di fronte ad una soluzione che brilla nella sua ipocrisia e che si distingue per il suo manifestare "la mano forte" nei confronti di persone fisiche, nella maggior parte dei casi non più all'apice della loro avventura politica-amministrativa-militare e, dunque, assoggettabili alla giurisdizione penale internazionale, e non nei confronti di quei soggetti-Stati che avrebbero la capacità, anzitutto patrimoniale, di porre rimedio ai danni cagionati.

In secondo luogo, De Vittor sottolinea come non solo dalle norme sulla tutela giurisdizionale penale per i crimini commessi dalle persone fisiche non è possibile ricavare – per analogia – un limite all'immunità statale; ma, al contrario, sarebbe proprio quest'ultima, a seconda di quale sia la sua portata ed estensione, a limitare la possibilità di punire le condotte criminali poste in essere dagli organi statali (individui), i quali diventano perseguibili solo quando il processo nei loro confronti non è più in grado di dispiegare effetti pregiudizievoli sull'autorità statale di provenienza. Tale dato apparirebbe, ad avviso dell'Autrice, confermato

[662] Per utilizzare le parole dell'Autrice: "se la *ratio* della norma che impone di garantire l'immunità dell'individuo organo fintantoché egli conservi tale qualità è quella di garantire allo Stato piena libertà nell'espletamento delle sue funzioni […] la stessa ragione impone di garantire l'immunità dello Stato nel suo complesso". Così F. DE VITTOR, "L'immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 593.

dal fatto che, salvo il caso *Pinochet*, nelle ipotesi in cui la giurisdizione penale nei confronti degli individui è stata ammessa, la responsabilità è stata sempre vagliata in relazione ad attività non considerate, perlomeno direttamente, estrinsecazione di attività degli Stati di appartenenza degli individui[663].

Infine, l'Autrice sostiene che tale tesi parrebbe non reggere nemmeno qualora la si inserisca nel quadro sistematico di riferimento: non sembrerebbe casuale il fatto che, avendo riguardo alle leggi interne in materia di giurisdizione universale, non sarebbe possibile rinvenire alcun riferimento alla previsione di limiti per l'immunità statale[664].

A riguardo, tuttavia, si potrebbe certo controbattere che la logica interna agli ordinamenti nazionali non dovrebbe necessariamente coincidere con la logica adottata nell'ambito dell'ordinamento internazionale. Inoltre, si deve rilevare come, di certo, risulterebbe difficile in testi che si riferiscono alla giurisdizione *penale* individuare dei riferimenti agli Stati, e ciò in ragione del fatto che questi ultimi – salvi cauti esperimenti dottrinali sul punto[665] – non possono mai essere ritenuti penalmente responsabili.

Un'ultima osservazione.

Al di là delle critiche finora ricordate, si deve prendere atto del fatto che non esiste alcuna uniformità di vedute circa la *ratio* della tesi che estende la giurisdizione universale agli Stati nell'ambito dei procedimenti civili, nemmeno tra gli stessi sostenitori di tale teoria.

Un conto sarebbe affermare l'esercizio della giurisdizione civile universale nei confronti di uno Stato sulla base dell'analogia tra Stato e individuo-organo, altro conto sostenere la possibilità di rinvenire tale giurisdizione come effetto derogatorio provocato dalle norme cogenti.

Risulta, pertanto, alquanto difficile agli occhi dell'interprete non dubitare circa la bontà di tale ricostruzione teorica.

È senz'altro possibile, infatti, che alla medesima soluzione si possa pervenire attraverso *iter* logici distinti. Pensiamo alla tesi della prevalenza dello *ius cogens* rispetto alla norma immunitaria, analizzata nel paragrafo precedente. In quel caso la prevalenza delle norme

---

663 *Ibidem*, spec. pp. 593 e 594.

664 *Ibidem*, spec. p. 594, la quale cita ad esempio la legge belga del 1999 come esempio di legislazione nazionale che limita il proprio ambito applicativo agli individui.

665 Si rinvia a quanto detto nel capitolo I, § 1.2.

cogenti, con conseguente disapplicazione della norma consuetudinaria, è dettata da una lettura sistematica dell'ordinamento internazionale attraverso il criterio della gerarchia formale, oppure attraverso quello della gerarchia sostanziale. Si tratta indubbiamente di criteri distinti, ma che, di fatto, sono entrambi riconducibili ad una "importanza superiore" riconosciuta alle norme perentorie: o sulla base della gerarchia delle fonti di diritto internazionale; o sulla base del valore che si ritiene degno di maggiore tutela attraverso un bilanciamento tra i valori sottesi alle norme.

Al contrario, nel caso delle opzioni teoriche che formulano la tesi della giurisdizione civile universale nei confronti degli Stati, i percorsi argomentativi sono assai distanti gli uni dagli altri, e l'impressione che si ha, maneggiandoli, è di trovarsi di fronte ad un quadro piuttosto confuso, ove si procede per tentativi.

Peraltro, se potrebbe forse sembrare ammissibile vagliare la possibilità che lo *ius cogens* determini quale effetto speciale l'universalità dalla giurisdizione, anche civile, si nutrono forti dubbi sulla validità di un ragionamento fondato sull'analogia, il cui utilizzo nell'ambito del diritto viene cautamente valutato, e, sostanzialmente, nella maggior parte dei casi, rifuggito.

Pertanto, considerata la dubbia validità anche della tesi oggetto del presente paragrafo, ancora una volta, si ritiene di dover procedere oltre, al fine di accertare se siano state elaborate delle teorie che, anche qualora non risolutive, possano, perlomeno, essere dotate di basi giuridiche più solide di quella che procede per mere analogie.

CAPITOLO V

LA MACROCATEGORIA DEGLI ISTITUTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE NON SPECIFICAMENTE ATTINENTI ALLA MATERIA IMMUNITARIA

SOMMARIO: 5.1 La teoria della contromisura; 5.2 La teoria della protezione diplomatica

5.1 La teoria della contromisura

Secondo la logica espressa dalla teoria della contromisura[666], partendo dal presupposto che la violazione da parte di uno Stato dei diritti umani fondamentali costituisce un illecito

[666] La possibilità di negare dinanzi ai tribunali di uno Stato l'immunità ad uno Stato estero che si sia reso responsabile di gravi violazioni del diritto internazionale a titolo di contromisura è stata presa in considerazione da ampia parte della dottrina. Si veda, *ex multis*: A. ATTERITANO, "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 33, spec. p. 36 e ss.; A. BIANCHI, "Overcoming the Hurdle of State Immunity in the Domestic Enforcement of International Human Rights", cit., p. 414 e ss; C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1994; C. FORCESE, "De-Immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity", cit., p. 166 e s.; P. TARRE MOSER, "Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to *Jus Cogens* Violation: the Human Rights Answer to the ICJ Decision on the *Ferrini* Case", in *Goettingen Journal of International Law*, 2012, p. 809 e ss.; K. N. TRAPP, A. MILLS, "Smooth Runs the Water Where the Brook is Deep: the Obscured Complexities of *Germany v. Italy*", in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 153 e ss., spec. p. 163 e ss.; S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 36 e ss.; E. ZOLLER, *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1985, spec. pp. 121-123. Si veda, inoltre, quanto affermato nel *Report on Civil Actions in English Courts for Serious Human Rights Violations Abroad* della *Human Rights Committee*, *International Law Association* (*British Branch*), in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 151 e ss., secondo cui adottare eventualmente la tesi della contromisura come soluzione al conflitto tra le categorie di norme immunità-diritti umani «may support reform of national law on the basis that international law *permits* the assertion of jurisdiction in these circumstances, though it does not require it». La teoria della contromisura è stata, inoltre, accolta con specifico riferimento alla tortura, anche dal Comitato delle Nazioni Unite contro la tortura. All'interno, infatti, del *Summary Record of the Second Part (Public) of the 646th Meeting, 6 May 2005* (UN Doc. CAT/C/SR.646/Add.1), reperibile al link: http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsmoIqL9rS46HZROnmdQS5bOM3MtzmipTYsHZe3WjYd6fNFV%2BTCj%2FpCUuNssOcJ6KcSu17s7q4bI0Hbx%2BB7FV4hUbGCVT3GQB56veHyzFjo%2BmrK%2FcKOeHfzuqtZqAl2of%2FA%3D%3D, è stato affemato al § 67: «[…] as a countermeasure permitted under international public law, a State could remove immunity from another State – a permitted action to respond to torture carried out by that State. There was no peremptory norm of general international law that prevented States from withdrawing immunity from foreign States in such cases to claim for liability for torture». Si ricorda, inoltre, che Lattanzi ha affermato che la negazione dell'immunità potrebbe essere considerata una forma di garanzia privativa. Cfr. F. LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Giuffrè, Milano, 1983, spec. p. 400 e ss. Si segnala che

particolarmente grave, lo Stato, i cui cittadini siano stati vittime della violazione[667], avrebbe la facoltà di rispondere all'atto internazionalmente illecito subìto, ponendo a usa volta in essere, tramite le proprie autorità giurisdizionali, un illecito, ovvero negando al Paese straniero l'immunità dalla giurisdizione civile.

Si coglie, dunque, immediatamente la differenza di tale tesi rispetto alle teorie finora esposte: mentre, infatti, gli altri orientamenti analizzati ritengono che, in caso di violazioni dei diritti umani fondamentali dell'individuo, il diniego dell'immunità sia legittimato da una norma di diritto internazionale consuetudinario, o dall'esito del bilanciamento tra norme di *ius cogens* e semplici norme consuetudinarie, la tesi della contromisura riconosce l'illegittimità dell'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici di uno Stato nei confronti di un Paese straniero, ritenendo, pertanto, che tale condotta costituisca un illecito, la cui antigiuridicità

---

in dottrina, a seguito della pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, nel caso *Immunità dello Stato dalla giurisdzione* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), è stato sostenuto che l'Italia, qualora la Germania avesse continuato a rifiutarsi di fornire una effettiva riparazione alle vittime del II conflitto mondiale, avrebbe potuto non attuare la sentenza a titolo di rappresaglia pacifica. In tal senso si è espresso G. CATALDI, "L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Germania c. Italia*: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti umani fondamentali?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 137 e ss., spec. p. 145. *Contra* la tesi della contromisura: J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., pp. 159, 192 e ss.; F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 601 e ss. Inoltre, P. DE SENA, "Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso *Pinochet*", cit., p. 972 e ss., ha, in particolare, criticato la tesi della contromisura, alla luce del rapporto con la norma sull'esercizio della giurisdizione sull'individuo-organo.

667 Secondo Vezzani: «La giurisdizione nei confronti di un ente soggetto di diritto internazionale, o dei suoi organi, potrebbe essere esercitata a titolo di contromisura anche a prescindere dalla nazionalità degli attori nel processo civile […] là dove si assuma corretta la tesi secondo cui anche gli Stati "terzi" (non specificamente lesi) possono adottare contromisure in risposta alla violazione di obblighi *erga omnes* o *erga omnes partes*. In siffatta ipotesi, di azioni a tutela degli interessi collettivi della comunità internazionale, non rileverebbe neppure la circostanza che l'individuo leso abbia (anche) la nazionalità dello Stato convenuto». Così, S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 44 e i riferimenti ivi indicati, in particolare alla nota 30. Sulla possibilità che soggetti diversi dallo Stato direttamente leso dall'illecito commesso dallo Stato offensore, adottino contromisure nei confronti di quest'ultimo (ovvero la c.d. autotutela collettiva) in caso di violazioni di obblighi *erga omnes*, si veda, *ex multis*: C. FOCARELLI, "Le contromisure pacifiche collettive e la nozione di obblighi *erga omnes*" in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 52 e ss.; G. GAJA, "Les obligations et le droits *erga omnes* en droit international", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2005, p. 117 e ss.; E. KATSELLI PROUKAKI, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Routledge, London, 2010; ID., "Countermeasures: Concept and Substance in the Protection of Collective Interests", in K. H. KAIKOBAD, M. BOHLANDER (edited by), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Nijhoff, Leiden, 2009, p. 401 e ss.; P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi* «erga omnes», cit., 2013; ID., "Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 957 e ss.; M. RAGAZZI, *The Concept of International Obligations* Erga Omnes, Oxford University Press, Oxford, 1997; C. J. TAMS, *Enforcing Obligations* erga omnes *in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

viene meno soltanto in ragione del previo atto internazionalmente illecito commesso dallo Stato offensore.

Tuttavia, è bene fin da ora premettere che, se vi è uniformità di vedute in dottrina circa la possibilità di qualificare determinate condotte di uno Stato come contromisure – si pensi ai classici esempi di embargo commerciale oppure di congelamento dei conti correnti bancari dello Stato offensore – non pochi dubbi sorgono rispetto a tale qualificazione nell'ipotesi in cui siano le autorità giurisdizionali dello Stato offeso, tramite una sentenza, a porre in essere un illecito, ovvero qualora neghino l'immunità al Paese estero offensore come risposta al precedente illecito perpetrato da quest'ultimo.

Tra i sostenitori della tesi del mancato riconoscimento dell'esenzione dalla giurisdizione come forma di contromisura, c'è chi ha recentemente individuato dei requisiti che debbono necessariamente ricorrere affinché la teoria stessa possa validamente operare[668].

Tra tali requisiti spiccano quelli propri della disciplina generale delle contromisure.

Si permetta, pertanto, in quanto funzionale ai fini della nostra trattazione, un breve *excursus* sull'istituto della contromisura nel diritto internazionale[669].

---

668 S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 36 e ss.

669 Sulla vastissima letteratura in materia di contromisure, si veda: J. ALCAIDE FERNANDEZ, "Contre-mesures et règlement des différends", in *Revue générale de droit international public*, 2004, p. 347 e ss.; D. ALLAND, "The definition of Countermeasures", in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (edited by), *The Law of International Responsibility*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2010, p. 1127 e ss.; ID., *Justice privée et ordre juridique international. Etude théorique des contre-mesures en droit international public*, Pedone, Paris, 1994; M. AZNAR GÓMEZ, "Réponse: La distinction entre sanctions et contre-mesures", in *Revue belge de droit international*, 2013, p. 111 e ss.; D. W. BOWETT, "International Law and Economic Coercion", in *Virginia Journal of International Law*, 1976, p. 248 e ss.; B. E. CARTER, *International Economic Sanction*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; A. DE GUTTRY, *Le rappresaglie non comportanti l'uso della coercizione militare nel diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1985; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-defence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; O. Y. ELEGAB, *The Legality of Non-forcible Counter-measures in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1988; C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, Giuffré, 1994; ID., "La reciprocità nel trattamento degli stranieri in Italia come forma di ritorsione o rappresaglia", in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 825 e ss.; M. L. FORLATI PICCHIO, *La sanzione nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1974; M. IOVANE, "Contromisure", in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, p. 1447 e ss.; Y. MATSUI, "Countermeasures in the International Legal Order", in *Japanese Yearbook of International Law*, 1994, p. 1 e ss.; M. NOORTMANN, *Countermeasure in International Law: Five Salient Cases*, Gadjah Mada University press, Yogyakarta, 2005; L.-A. SICILIANOS, *Les réactions décentralisées à l'illicite. Des contre-mesures à la légitime défence*, L.G.D.J., Paris, 1990; ID., "Countermeasures in Response to Grave Violations of Obligations Owed to the International Communit", in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (edited by), *The Law of International Responsibility*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2010, p. 1137 e ss.; C. TOMUSCHAT, "Repressalie und Retorsion", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1973, p. 179 e ss.; E. ZOLLER, *Peacetime Unilateral Remedies: An Analysis of Countermeasures,* Transantional Publishers, Dobbs Ferry, 1984.

Comunemente la contromisura può essere definita come una condotta, facoltativa e non obbligata, consistente in una violazione di una norma consuetudinaria o pattizia o contenuta in decisioni di organi internazionali, posta in essere da uno Stato a seguito della commissione nei suoi confronti, da parte di un altro Paese, di un atto internazionalmente illecito[670].

Qualora uno Stato, infatti, violi una qualsiasi norma di diritto internazionale, perpetrando così un atto internazionalmente illecito, l'ordinamento internazionale consente allo Stato offeso di reagire ponendo a sua volta in essere un illecito nei confronti del Paese offensore, illecito che, tuttavia, atteggiandosi come mera risposta alla violazione altrui, perde il suo carattere di illiceità, divenendo, pertanto, lecito: ci si trova, dunque, di fronte ad una causa di giustificazione internazionale.

Da ciò consegue evidentemente che, secondo le regole di diritto internazionale, la normale reazione ad un illecito, consiste nell'autotutela, ovvero nel farsi giustizia da sé[671]: la contromisura può consistere sia nella stessa violazione commessa dallo Stato offensore (in tal caso si parla di "reciprocità" o "identità" dell'offesa) sia in una diversa violazione.

---

[670] Come affermato da Focarelli: «Una contromisura può consistere […] nella violazione di un qualsiasi tipo di norma internazionale [...] ed essere diretta a rispondere alla violazione altrui di qualsiasi tipo di norma internazionale». Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1957.

[671] Gioia evidenzia la differenza riscontrabile tra ordinamenti nazionali ed ordinamento internazionale rispetto all'attuazione coercitiva del diritto. Egli, in particolare, da atto del fatto che: «Nel diritto interno statale, l'autotutela è, come regola generale, vietata ai privati dall legge, ed anzi, in casi particolari, essa è addirittura punita con sanzioni penali, dal momento che il privato non dovrebbe avere altra via per ottenere giustizia se non quella giudiziaria: i privati possono ricorrervi solo in casi eccezionali e tassativamente previsti dalla legge. Pertanto, nel diritto interno statale l'autotutela è un fatto eccezionale e l'attuazione coercitiva del diritto è monopolio dello Stato e normalmente presuppone e, dunque, consegue all'accertamento imparziale del diritto in sede giudiziaria. Le cose stanno diversamente nel diritto internazionale, che è un ordinamento giuridico non altrettanto sviluppato. […] la società internazionale, in quanto composta soprattutto da Stati sovrani, è una società non gerarchicamente organizzata e da ciò deriva il decentramento delle attività di produzione, accertamento e attuazione coercitiva del diritto internazionale: l'autotutela rappresenta, in questo contesto, il modo in cui gli Stati provvedono in maniera decentrata all'attuazione coercitiva del diritto internazionale». Inoltre, egli afferma che, nonostante l'istituzione dell'ONU, e, dunque, del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite, abbia in parte attenuato tale situazione, «resta […] tuttora vero che, mentre nel diritto interno statale l'autotutela è un fatto eccezionale, nel diritto internazionale, essa costituisce, invece, la regola generale». A. GIOIA, *Diritto internazionale*, cit., p. 461. Si veda anche il Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, all'interno del quale, con riferimento alla Parte III «Attuazione della responsabilità internazionale di uno Stato», capitolo II «Contromisure», viene affermato che: «Countermeasures are a feature of a decentralized system by which injured States may seek to vindicate their rights and to restore the legal relationship with the responsible State which has been ruptured by the internationally wrongful act».

Il termine contromisura è di recente formulazione[672].

In passato, per indicare una contromisura, si era soliti utilizzare, il termine "rappresaglia" che ricomprendeva indiscriminatamente tanto le misure pacifiche, quanto le misure implicanti l'uso della forza in risposta all'illecito altrui.

Attualmente, tuttavia, tale dizione non può più dirsi corretta[673]. Ciò in ragione del fatto che, contrariamente all'epoca precedente la seconda guerra mondiale in cui la rappresaglia armata era ammissibile, oggi il divieto dell'uso della forza, preclude che possano essere attivate rappresaglie armate[674]. Pertanto, appare più opportuno utilizzare il termine

---

[672] Il termine si ritiene, in particolare, abbia cominciato a diffondersi con la sentenza arbitrale del 9 dicembre 1978 nel caso *Servizi aerei* (*Stati Uniti c. Francia*). La controversia sorgeva a seguito della proposta della Pan Am – il vettore designato dagli Stati Uniti, sulla base di un Accordo di quest'ultimo Stato con la Francia concluso nel 1946, per effettuare i servizi intercontinentali Los Angeles-Parigi via Londra – di effettuare a Londra il "change of gauge", ovvero il trasferimento dei passeggeri provenienti dagli Stati Uniti su un volo di dimensioni più piccole per raggiungere Parigi. A fronte del ripetuto rifiuto della richiesta da parte dello Stato francese, il *Civil Aeronautic Board* degli Stati Uniti, nel 1978, emetteva, a titolo di contromisura, un *order* con cui veniva revocata l'autorizzazione per l'Air France di effettuare, via Montreal, voli Los Angeles-Parigi, fino a quando la Francia non avesse accettato la richiesta avanzata dal vettore statunitense. La questione veniva sottoposta ad un Tribunale arbitrale, il quale era chiamato ad accertare se esistesse in capo agli Stati Uniti sia il diritto di ottenere il "change of gauge", sia il diritto di negare l'autorizzazione alla Francia di effettuare alcuni voli come risposta al rifiuto francese di ottemperare la richiesta della Pan Am. La sentenza, che si pronunciava a favore degli Stati Uniti, in particolare al § 81 affermava: «[…] If a situation arises which, in one State's view, results in the violation of an international obligation by another State, the first State is entitled, within the limits set by the general rules of international law pertaining to the use of armed force, to affirm its rights through "counter-measures"». Sulla sentenza si vedano i seguenti commenti: J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, "L'interprétation de l'accord franco-américain relative au transport aérien international changement d'appareil a Londres", *in Annuaire français de droit international*, 1979, p. 314 e ss.; L. FISLER DAMROSCH, "Retaliation or Arbitration – or Both? The 1978 United States –France Aviation Dispute", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 785 e ss.; C. GREENWOOD, "The U.S. French Air Services Arbitration", in *The Cambridge Law Journal*, 1979, p. 233 e ss.; J. RACINE, B. GODET, "Analyse de la sentence du tribunal arbitral dans le conflit franco-américain relative aux ruptures de charge", in *Revue française de droit aérien*, 1979, p. 399 e ss. Successivamente tale dizione è stata ampiamente seguita in dottrina (si veda ad esempio P. REUTEUR, *Droit international public*, Presses universitaires de France, Paris, 1983, p. 465; P. M. DUPUY, "Observations sur la pratique récente des «sanctions» de l'illecite", in *Revue géneral de droit inernational public*, 1983, p. 527. Entrambi gli autori hanno raccomandato l'utilizzo del termine per il suo carattere di neutralità e comprensività), fatta propria dalla Corte internazionale di giustizia, ad esempio, nella sentenza relativa al caso del *Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran* (*Iran c. Stati* Uniti) del 24 maggio 1980 e nella pronuncia nel caso delle *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua* (*Nicaragua c. Stati Uniti*) del 27 giugno 1986, e, infine, utilizzata anche dalla Commissione di diritto internazionale nei lavori, e poi nel Progetto adottato, sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001.

[673] Il termine contromisura è stato per diverso tempo utilizzato come sinonimo di rappresaglia dalla dottrina. Si vedano, *ex multis*: B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., pp. 358-361; M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*. Giuffré, Milano, 1991, p. 440.

[674] L'impossibilità che l'autotutela attivata da uno Stato possa consistere nella minaccia o nell'uso della forza si è andata formando alla fine del secondo conflitto mondiale. In particolare tale divieto è stato riconosciuto anche dalla Corte internazionale di giustizia, la quale ha rimarcato che sia il diritto consuetudinario, sia l'art. 2, § 4, della Carta delle Nazioni Unite (considerato peraltro codificazione del diritto consuetudinario), vietano la minaccia o l'uso della forza. Cfr. sul punto: Corte internazionale di giustizia, *Attività militari e paramilitari degli Stati Uniti in Nicaragua e contro il Nicaragua* (*Nicaragua c. Stati Uniti*), cit., § 187 e

"contromisura" onde evitare equivoci ed escludere, così, dal possibile ambito di reazioni ad un illecito forme di autotutela implicanti l'uso della forza: per contromisure si fa unicamente riferimento alla possibilità per lo Stato offeso di attivare, a fronte di un illecito subìto, reazioni pacifiche.

La finalità perseguita dalla contromisura non ha, tuttavia, come potrebbe apparire *prima facie*, carattere punitivo, nonostante, come ammesso dal Conforti, tale scopo non sia di certo ad essa del tutto estraneo[675]. Si ritiene, infatti, che la contromisura sia diretta ad ottenere la cessazione, se ancora in corso, dell'illecito e la sua riparazione, in modo tale da ripristinare l'ordine giuridico violato[676].

Occorre, inoltre, evidenziare che la possibilità da parte di uno Stato di adottare contromisure, per quanto pacifiche, non risulta illimitata.

Esistono una serie di condizioni che debbono necessariamente essere rispettate affinché la condotta dello Stato rientri all'interno dei limiti – in un gioco di parole – "dell'illecito che diviene lecito". Viceversa, infatti, la condotta statuale in risposta alla violazione di diritto internazionale perpetrata dal Paese straniero, non potrà ricadere nell'ambito delle cause di esclusione dell'illecito, con la conseguenza che si possa configurare la responsabilità internazionale non solo in capo allo Stato che per primo ha violato il diritto internazionale, ma anche al Paese che ha reagito alla violazione ponendo a sua volta in essere un illecito.

---

ss.; Corte internazionale di giustizia, nel caso *Piattaforme petrolifere* (*Iran c. Stati Uniti*), sentenza del 6 novembre 2003, § 43 e ss. e § 65 e ss. Il divieto dell'uso della forza è pacificamente riconosciuto, oggi, come norma imperativa del diritto internazionale, al quale può unicamente essere opposto il limite della legittima difesa, disciplinata ex art. 51 della Carta ONU, considerata, insieme alle contromisure pacifiche, una delle forme di autotutela degli Stati.

675 Cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 413. Sulla possibilità di rinvenire una funzione non solo risarcitoria, ma anche punitiva della contromisura, si veda anche: A. SERENI, *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. III, p. 1559.

676 Si veda quanto asserito nel Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, il quale rispetto alla Parte III «Attuazione della responsabilità internazionale di uno Stato», capitolo II «Contromisure», afferma: «This chapter deals with the conditions for and limitations on the taking of countermeasures by an injured State. In other words, it deals with measures that would otherwise be contrary to the international obligations of an injured State *vis-à-vis* the responsible State, if they were not taken by the former in response to an internationally wrongful act by the latter in order to procure cessation and reparation». La concezione espressa si ritiene riflessa nel Progetto di articoli all'art. 49, rubricato «Oggetto e limiti delle contromisure», al § 1: «Uno Stato leso può adottare contromisure nei confronti di uno Stato che sia responsabile di un atto internazionalmente illecito soltanto al fine di indurre lo Stato a conformarsi ai propri obblighi ai sensi della parte II».

I limiti ai quali sono soggetti gli Stati nell'adozione di contromisure discendono da quelli previsti per le rappresaglie armate, che sono stati chiaramente indicati nella sentenza arbitrale *Naulilaa* del 1928[677].

Ad oggi, tuttavia, il regime delle condizioni si ritiene espressamente sancito all'interno del testo del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001[678].

Secondo le disposizioni contenute nel Progetto, le reazioni dello Stato per essere qualificate come contromisure dovrebbero presentare determinate caratteristiche, quali: la proporzionalità ex art. 51; la temporaneità di cui agli artt. 49, § 2, 52, § 3, e 53; il previo

[677] Sentenza arbitrale del 31 luglio 1928, caso *Naulilaa* (*Germania c. Portogallo*). La controversia sorgeva tra i due Stati durante il I conflitto mondiale. Alcuni soldati portoghesi, nell'ottobre del 1914, anno in cui il Portogallo era ancora neutrale (essendo stato coinvolto nella guerra dalla Germania solo nel 1916), uccidevano tre soldati tedeschi all'interno della colonia della Germania in Angola. A fronte di tale vicenda, la Germania inviava dei soldati sul territorio angolano che ponevano in essere diversi attacchi alle postazioni portoghesi. Tra le azioni compiute dai militari tedeschi, veniva distrutto il forte di Naulilaa. Il Portogallo chiedeva, dunque, alla Germania di risarcire i danni cagionati, ma lo Stato tedesco si rifiutava, sostenendo di aver agito a titolo di rappresaglia. La questione veniva sottoposta ad arbitrato. La sentenza del Tribunale, del 31 luglio 1928, condannava la Germania al risarcimento dei danni. Dopo aver, infatti, definito la rappresaglia, asserendo che: «La représaille est un acte de propre justice (Selbsthilfehandlung) de l'État lésé, acte répondant – après sommation restée infructueuse – à un acte contraire au droit des gens de l'État offenseur. Elle a pour effet de suspendre momentanément, dans les rapports des deux États, l'observation de telle ou telle règle du droit des gens», il Tribunale proseguiva sostenendo che: «Elle est limitée par les expériences de l'humanité et les règles de la bonne foi, applicables dans les rapports d'État à État. Elle serait illégale si un acte préalable, contraire au droit des gens, n'en avait fourni le motif. Elle tend à imposer, à l'État offenseur, la réparation de l'offense ou le retour à la légalité, en évitation de nouvelles offenses. Cette définition n'exige pas que la représaille reste proportionnée à l'offense. […] Même si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer, comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées». Sulla base di tali considerazioni, il Tribunale concludeva che le azioni perpetrate dalla Germania non potevano essere qualificate come atti di rappresaglia, ma dovevano, invece, essere considerati dei meri illeciti, e ciò in quanto non erano giustificati da un precedente illecito commesso ai danni dello Stato tedesco dal Portogallo («Suivant la décision de principe prise plus haut au sujet de l'incident de Naulilaa, la mort du Dr Schultze-Jena et des deux officiers qui l'accompagnaient, n'a pas été la conséquence d'un acte contraire au droit des gens des autorités portugaises»). La Corte aggiungeva, inoltre, che, anche qualora fosse stato possibile riscontrare un previo illecito da parte del Portogallo, non si sarebbero comunque potute ritenere legittime le azioni della Germania, in ragione, anzitutto, della mancata intimazione da parte dello Stato tedesco al Portogallo di riparare i danni cagionati, e, in secondo luogo, della sproporzione della reazione della Germania rispetto all'illecito dello Stato portoghese («Les arbitres arrivent donc à la conclusion que les agressions allemandes d'octobre, novembre et décembre 1914, à la frontière de l'Angola, ne peuvent être considérées comme représailles licites de l'incident de Naulilaa ou d'actes postérieurs des autorités portugaises, ce faute de motif suffisant, de sommation préalable et d'une proportion admissible entre l'offense alléguée et les représailles exercées»). Sulla sentenza si veda il commento di: J. ZOLLMANN, "L'affaire *Naulilaa* entre le Portugal et l'Allemagne, 1914-1933. Réflexions sur l'histoire politique d'une sentence arbitrale internationale, 1914-1933", in *Journal of the History of International Law*, 2013, p. 201 e ss.

[678] Sul Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati della Commissione di diritto internazionale del 2001 si rinvia ai commenti già segnalati all'interno del capitolo II, § 2.3.

esaurimento dei mezzi di soluzione concordata delle controversie sancito dall'art. 52; il rispetto di una serie di obblighi previsti dall'art. 50.

Per quanto attiene il primo requisito, ovvero la proporzionalità[679], si ritiene che le contromisure adottate dallo Stato offeso debbano sempre essere proporzionate all'illecito subito dallo Stato offensore[680].

L'art. 51, rubricato «proporzionalità», statuisce che:

> «Le contromisure devono essere commisurate al pregiudizio subito, tenendo conto della gravità dell'atto internazionalmente illecito e dei diritti in gioco».

I criteri utilizzati per determinare, dunque, seppur approssimativamente, la proporzionalità sono due: il primo è un criterio quantitativo, dovendo la contromisura azionata dallo Stato essere commisurata al pregiudizio patito dallo Stato offeso; il secondo è un criterio qualitativo, in quanto nella valutazione occorre tenere conto anche dell'importanza della norma violata e della gravità dell'illecito[681].

L'interpretazione dell'attributo della proporzionalità delle contromisure è, tuttavia, particolarmente ampia.

Non viene, infatti, richiesta la "reciprocità" o "identità", ovvero la perfetta corrispondenza tra le violazioni dei due Stati, potendo lo Stato offeso reagire attraverso una violazione diversa rispetto a quella subita, quanto, piuttosto, l'assenza di una eccessiva

---

679 Sul requisito della proporzionalità delle contromisure, si veda: E. CANNIZZARO, "The role of proportionality in the Law of International Countermeasures", in *European Journal of International Law*, 2001, p. 889 e ss.; T. M. FRANCK, "On proportionality of Countermeasures in International Law" in *American Journal of International Law*, 2008, p. 715 e ss.; R. KOLB, "La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle", in M. L. FORLATI PICCHIO, L. A. SICILIANOS (edited by*), Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004, p. 379 e ss.; C. WICKER, *The Concept of Proportionality and State Crimes in International Law: An Analysis of the Scope of Proportionality in The Right of Self-defence and in the Regime of International Countermeasures and an Evalutation of the Concept of State Crimes*, Lang Peter, Frankfurt am Main, 2006.

680 Si segnala fin da ora che, nonostante il dettato dell'art. 51 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, e l'unanime convinzione in dottrina circa la necessità della proporzionalità, il Focarelli asserisce che la prassi statale non attesta l'esigenza di tale requisito. Nell'opione dell'Autore, di fatto, gli Stati che hanno adottato contromisure non hanno mai abbracciato una logica fondata sulla proporzionalità degli atti perpetrati rispetto all'illecito subito, né tanto meno gli Stati verso i quali la contromisura è stata attivata hanno mai lamentato un'eventuale sproporzione. Così C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., p. 396 e ss.

681 Si riferisce espressamente alla c.d. proporzionalità «quantitativa» e alla proporzionalità «qualitativa» il Gioia. Cfr. A. GIOIA, *Diritto internazionale*, cit., p. 467.

sproporzione tra i due illeciti[682]: qualora vi sia una sproporzione della contromisura, quest'ultima diviene illecita per la parte eccedente.

La Commissione di diritto internazionale, nel commento all'art. 51 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati, ha ripercorso la giurisprudenza che ha fornito un'interpretazione di cosa debba intendersi per proporzionalità.

Anzitutto è stata ricordata la sentenza *Naulilaa* del 1928, che seppur – come detto – faceva specifico riferimento alle rappresaglie armate, ha affermato che:

> «Même si l'on admettait que le droit des gens n'exige pas que la représaille se mesure approximativement à l'offense, on devrait certainement considérer, comme excessives et partant illicites, des représailles hors de toute proportion avec l'acte qui les a motivées».

Successivamente la Commissione, ha ricordato come il requisito della proporzionatà – questa volta con riferimento esclusivamente alle contromisure pacifiche – sia stato vagliato nel dettaglio dalla sentenza arbitrale del 1978 nel caso *Servizi aerei*, all'interno della quale è stato statuito che:

> «It is generally agreed that all counter-measures must, in the first instance, have some degree of equivalence with the alleged breach: this is a well-known rule […] It has been observed, generally, that judging the "proportionality" of counter-measures is not an easy task and can at best be accomplished by approximation. In the Tribunal's view, it is essential, in a dispute between States, to take into account not only the injuries suffered by the companies concerned but also the importance of the questions of principle arising from the alleged breach»[683].

---

[682] Sul punto il Conforti ha affermato: «è chiaro pure che, se si vuole essere certi che la reazione non sia sproporzionata, la strada più praticabile è quella di farla consistere nella violazione del *medesimo* obbligo violato». Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 422. Si ritiene, tuttavia, condivisibile quanto osservato dal Focarelli rispetto alla presunta proporzionalità della "reciprocità": «Per la verità, non è detto che una contromisura reciproca sia necessariamente proporzionata, se la proporzionalità si commisura ai danni, dal momento che un identico illecito (ad esempio la sospensione dei servizi aerei in violazione di un trattato) può produrre danni di assai diversa entità a seconda del traffico aereo complessivo di ciascuno dei due Stati». Si veda C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1960.

[683] § 83 della sentenza arbitrale del 9 dicembre 1978 nel caso *Servizi aerei* (*Stati Uniti c. Francia*).

Infine, la Commissione ricordava la pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 25 settembre del 1997 sul Progetto *Gabcíkovo-Nagymaros*, la quale ha ribadito che:

> «In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered, taking account of the rights in question»[684].

Essendo le contromisure volte ad ottenere la cessazione dell'illecito – qualora questo sia ancora in atto – e la sua riparazione, esse devono sempre avere carattere temporaneo[685],

---

[684] § 85 della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Progetto *Gabcíkovo-Nagymaros* (*Ungheria c. Slovacchia*), 25 settembre 19997. La controversia sorgeva a seguito del Trattato concluso tra Ungheria e Cecoslovacchia circa la costruzione degli impianti sul Danubio di produzione di energia elettrica. Il 16 settembre 1977, infatti, i due Stati avevano concluso un trattato volto ad erigere un sistema di dighe, che prevedeva due impianti, uno a Gabcíkovo, in territorio cecoslovacco, e uno a Nagymaros, in territorio ungherese, ed un canale di raccordo che avrebbe deviato le acque del fiume. Tuttavia, nel 1981, venivano avviati tra i due Stati dei negoziati volti a ritardare l'inizio dei lavori a causa di difficoltà economiche. Nel 1988, l'Ungheria sospendeva i lavori a Nagymaros, in quanto il Parlamento aveva raccomandato al Governo una revisione del progetto per motivi di tutela ambientale. Ritenendo che l'Ungheria avesse violato con la sospensione dei lavori il Trattato del 1977, la Cecoslovacchia rispondeva al presunto illecito subìto ponendo in essere una deviazione unilaterale del Danubio. Nel 1992, l'Ungheria adiva, dunque, la Corte internazionale di giustizia contro la Cecoslovacchia, chiedendo alla Corte dell'Aja di pronunciarsi circa la legittimità della contromisura adottata da quest'ultimo Paese nei suoi confronti. La Corte, dapprima, affermava che la contromisura adottata dalla Cecoslovacchia non poteva considerarsi lecita in quanto non era stato rispettato il requisito della proporzionalità; tuttavia, concludeva che il Trattato del 1977, contrariamente a quanto sostenuto dall'Ungheria, non poteva considerarsi estinto sulla base dell'art. 60 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in considerazione del fatto che, l'Ungheria stessa aveva, per prima, violato il suddetto Trattato e, pertanto, non aveva, proprio a causa del suo precedente inadempimento, la facoltà di invocare l'inadempimento della controparte per porre fine alla convenzione. Per dei commenti alla sentenza, si veda: P. H. F. BEKKER, "*Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*), Judgment", in *American Journal of International Law*, 1998, p. 273 e ss.; I. L. BOSTIAN, "The International Court of Justice Decision concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*)", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1998, p. 186 e ss.; M. FITZMAURICE, "Case Analysis: The *Gabcíkovo-Nagymaros* Case: The Law of Treaties", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 321 e ss.; A. KOE, "Damming the Danube: The International Court of Justice and the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary v. Slovakia*)", in *Sydney Law Review*, 1998, p. 612 e ss.; R. LEFEBER, "Case Analysis: The *Gabcíkovo-Nagymaros Project* and the Law of State Responsibility", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 609 e ss.; P. N. OKOWA, M. D. EVANS, "Case Concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*)", in *The International and Comparative Law Quarterly* ,1998, p. 688 e ss.; D. REICHERT-FACILIDES, "Down the Danube: The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case Concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project*", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 837 e ss..

[685] La temporaneità delle contromisure è espressamente statuita dall'art. 49, § 2, del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale degli Stati, secondo cui: «Le contromisure sono limitate al non rispetto *temporaneo* di obblighi internazionali dello Stato che agisce nei confronti dello Stato responsabile» (corsivo aggiunto).

ed essere reversibili – per quanto possibile – nei loro effetti, in modo tale da non compromettere le relazioni internazionali tra gli Stati.

Pertanto, come previsto dall'art. 53 del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, le contromisure dovranno cessare una volta che lo Stato offensore abbia adempiuto alle conseguenze giuridiche che discendono dalla sua responsabilità internazionale (obbligo di cessazione e non reiterazione, e riparazione del pregiudizio nelle diverse forme possibili).

Inoltre, una volta che l'illecito dello Stato offensore venga meno, la contromisura dovrà cessare (art 52, § 3, lett. a), così come quest'ultima dovrà immediatamente essere sospesa nel caso in cui la controversia penda davanti ad una autorità giurisdizionale che abbia il potere di assumere una decisione vincolante per gli Stati (art. 52, § 3, lett. b): qualora lo Stato leso non ottemperi al proprio obbligo di porre fine alla contromisura, questa perderà il carattere di liceità, divenendo un semplice illecito, salvo che lo Stato offensore non abbia attivato in buona fede la procedura di soluzione delle controversie.

Inoltre, affinché possa essere legittimamente adottata una contromisura, occorre che lo Stato offeso ottemperi ad una serie di obblighi preventivi[686] indicati espressamente dall'art. 52, § 1, del Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati. Ci si riferisce al previo esaurimento dei mezzi di soluzione concordata delle controversie.

Secondo tale articolo, infatti, lo Stato leso, prima di adottare una contromisura deve: conformemente all'art. 43 del Progetto del 2001, comunicare la propria pretesa allo Stato offensore, specificando quale condotta quest'ultimo dovrebbe adottare per porre fine – se dotato di carattere continuativo – all'illecito, e la forma che la riparazione dovrebbe assumere[687] (§ 1, lett. a); comunicare allo Stato responsabile della violazione ogni decisione di prendere contromisure, ed offrire la possibilità di porre in essere una negoziazione (§ 1, lett. b) [688].

---

[686] Sugli obblighi preventivi, cfr. A. GIANELLI, *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Giuffrè, Milano, 1997.

[687] La necessità di tale requisito è stata ribadita all'interno della sentenza del 1997 della Corte internazionale di giustizia nel citato caso *Gabcíkovo-Nagymaros*, ove, ai §§ 83 e 84, è stato affermato, che: «In order to be justifiable, a countermeasure must meet certain conditions […] In the first place it must be taken in response to a previous international wrongful act of another State and must be directed against that State. […] Secondly, the injured State must have called upon the State committing the wrongful act to discontinue its wrongful conduct or to make reparation for it».

[688] Tuttavia, il Conforti ha affermato che non si possa ritenere esistente una «regola rigida» rispetto all'obbligo di esperire, prima dell'adozione della contromisura, un previo tentativo di soluzione concordata

Tuttavia, è possibile che le contromisure siano adottate con urgenza, senza che gli adempimenti preventivi siano esperiti, qualora lo Stato ritenga l'attivazione dell'autotutela necessaria al fine di tutelare i propri diritti (§ 2).

Esistono, infine, una serie di obblighi, previsti dall'art. 50 del Progetto del 2001, che lo Stato leso non può mai violare nell'attivare una contromisura, e ciò in ragione del carattere materiale dell'obbligo (art. 50, § 1 lett. a); b); c); d)) oppure della funzione dall'obbligo svolta nelle relazioni tra Stati (art. 50, § 2, lett. b)).

Anzitutto, lo Stato offeso non può più adottare contromisure contrarie alle norme imperative del diritto internazionale.

Tale statuizione è giustificata dal fatto che se si ritiene una norma di *ius cogens* inderogabile, così come affermato nell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, essa non può essere violata nemmeno nel caso in cui uno Stato ricorra all'autotutela per fare fronte ad un illecito posto in essere nei suoi confronti da parte di uno Stato[689].

Specificamente, all'interno dell'art. 50, viene posto il divieto di adottare contromisure che si concretino nel ricorso alla forza armata (par. 1, lett. a). Come, infatti, abbiamo già avuto modo di analizzare, attualmente il diritto internazionale vieta l'uso della forza nei rapporti internazionali, salve le eccezioni ricordate[690].

In secondo luogo, l'art. 50 prevede che non possano essere attivate a titolo di contromisura le violazioni di: obblighi di tutela dei diritti umani fondamentali (§ 1, lett. b); obblighi di carattere umanitario che vietano rappresaglie (§ 1, lett. c); altri obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale (§ 1, lett. d)[691].

---

della controversia, in quanto la prassi sul punto risulta tutt'altro che univoca. Così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 423. Nello stesso senso il Focarelli secondo cui: «La prassi statale per la verità non attesta che lo Stato leso debba procedere ad attività intimative o negoziali prima di adottare una contromisura pacifica, e ciò anche quando sia obbligato convenzionalmente a sottoporre la controversia ad un giudice o ad un arbitro internazionale». Cfr. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1963.

689 In senso conforme: B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 422 e C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 1961.

690 Tra le eccezioni, oltre alle ipotesi già ricordate, vi è anche la possibilità dell'uso della forza all'interno del quadro del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite.

691 Peraltro, come osservato dal Gioia, l'art. 50 si limita a specificare la regola generale dettata dall'art. 26 del Progetto del 2001 sulla responsabilità internazionale dello Stato, rubricato «Rispetto di norme imperative», secondo cui: «Nessuna disposizione del presente capitolo esclude l'illiceità di ogni atto di uno Stato che non sia conforme ad un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale». A. GIOIA, *Diritto internazionale*, cit., p. 464.

Infine, non sono ammesse nemmeno contromisure che non rispettino l'inviolabilità di agenti, locali, archivi e documenti diplomatici o consolari (§ 2, lett. b)).

Sul punto il Commentario specifica:

> «[…] the scope of prohibited countermeasures under article 50, paragraph 2 (b), is limited to those obligations which are designed to guarantee the physical safety and inviolability (including the jurisdictional immunity) of diplomatic agents, premises, archives and documents in all circumstances, including armed conflict. The same applies, *mutatis mutandis*, to consular officials»[692].

La funzione svolta dall'obbligo di garantire la sicurezza e l'inviolabilità degli agenti diplomatici e consolari risulta essenziale per il mantenimento di relazioni diplomatiche e consolari amichevoli tra gli Stati, evitando che – così come accaduto a Teheran[693] – il

[692] Nel suo commento all'art. 50, § 2, lett. b), la Commissione di diritto internazionale richiamava la sentenza del 24 maggio 1980, nel caso *Personale diplomatico e consolare statunitense a Teheran* (*Stati Uniti c. Iran*). Come noto, nel novembre del 1979, un gruppo di militari islamici occupava l'ambasciata statunitense a Teheran, prendendo in ostaggio il personale diplomatico al suo interno. Gli Stati Uniti, a fronte della condotta dello Stato iraniano, si rivolgevano alla Corte internazionale di giustizia, davanti alla quale, tuttavia, l'Iran non compariva, limitandosi a inviare delle lettere in cui veniva sostenuto che la condotta di occupazione posta in essere fosse lecita in quanto mera risposta ai previ illeciti commessi dagli Stati Uniti, consistenti nell'ingerenza negli affari interni iraniani e nella perpetrazione di crimini contro la popolazione di tale Stato. La Corte riteneva che la condotta iraniana non potesse essere giustificata a titolo di contromisura: anzitutto, sosteneva che non fosse ravvisabile un previo illecito da parte degli Stati Uniti, e, secondariamente, affermava che anche qualora fosse stato possibile riscontrare un illecito da parte dello Stato di invio, lo Stato ospite non avrebbe potuto reagire ponendo in essere delle violazioni delle immunità diplomatiche e consolari. Taluni autori hanno sostenuto che la statuizione della Corte dovesse essere oggetto di una lettura estensiva, ovvero che si dovesse ritenere l'inviolabilità assoluta delle immunità diplomatiche e consolari, anche a seguito di violazioni del medesimo tipo da parte dello Stato offensore primario. Tuttavia altri autori, avendo riguardo anche alla prassi legislativa degli Stati, hanno ricondotto la portata esplicativa della sentenza unicamente al caso concretamente descritto e affrontato, negando, invece, che il divieto affermato possa estendersi anche in situazioni di reciprocità; situazioni, cioè, nelle quali lo Stato di invio, per primo, intacchi le immunità diplomatiche e consolari degli agenti dello Stato ospite. Per un commento alla sentenza: R. FALK, "The Iran Hostage Crisis: Easy Answers and Hard Questions", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 411 e ss.; L. FERRARI BRAVO, "La Corte internazionale di giustizia e la questione degli «ostaggi» americani a Teheran", in *La Comunità internazionale*, 1981, p. 377 e ss.; L. GROSS, "The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 395 e ss.; M. JANIS, "The Role of the International Court in the Hostages Crisis", in *Connecticut Law Review*, 1980, p. 263 e ss.; A. JEFFERY, "The American Hostages in Tehran: The ICJ and the Legality of the Rescue Missions", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 717 e ss.; A. RAFAT, "The Iran Hostage Crisis and the International Court of Justice: Aspects of the *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*", in *Denver Journal of Internatational Law & Policy*, 1980, p. 425 e ss.

[693] Cfr. nota precedente.

personale diplomatico e consolare di uno Stato possa divenire ostaggio di un altro Paese a fronte dei presunti illeciti ascritti da quest'ultimo allo Stato di invio.

Una volta presa in rassegna, seppur velocemente, la disciplina delle contromisure, è possibile passare ad analizzare quelli che sono i requisiti ai quali parte della dottrina, sostenitrice della tesi del diniego dell'immunità come forma di aututela, subordina l'operatività della teoria stessa.

Il primo requisito che deve essere riscontrato, consiste nel previo esperimento, da parte delle vittime delle violazioni perpetrate da uno Stato estero, dei mezzi di ricorso giurisdizionale apprestati da quest'ultimo, sempre che tali mezzi possano essere considerati effettivamente percorribili ed efficaci[694].

Si è altresì argomentato che, avendo come riferimento costante le – appena ricordate – disposizioni contenute nel Progetto sulla responsabilità internazionale degli Stati del 2001, il diniego di concedere l'immunità da parte dei giudici nazionali a titolo di contromisura non potrebbe prescindere da quegli adempimenti preventivi, poc'anzi analizzati, che debbono essere ottemperati dagli organi governativi dello Stato leso prima di azionare l'autotutela.

L'intervento giurisdizionale, infatti, nell'ottica della contromisura, sarebbe subordinato all'azione del governo nazionale, il quale deve aver previamente contestato l'illecito allo Stato straniero autore della violazione, chiesto la riparazione, offerto la possibilità di risolvere la controversia attraverso mezzo pacifici e, infine, prefigurato la possibilità di adottare contromisure[695].

---

[694] L'assolvimento di tale requisito avvicinerebbe, peraltro, i sostenitori di tale teoria a coloro che propugnano il c.d. *last resort argument*, a opinione dei quali, l'immunità potrebbe essere disconosciuta solo in quelle ipotesi in cui la giurisdizione nazionale debba considerarsi l'unica possibilità di effettiva tutela per i soggetti danneggiati, difettando ogni rimedio alternativo. Cfr. B. CONFORTI, "The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a Missed Opportunity", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 135 e ss., spec. p. 138 e ss.

[695] In tal senso, anche se in termini dubitativi, F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Cedam, Padova, 2013, p. 499 e s. Altra dottrina, riferendosi alla possibilità che Stati terzi, ovvero non direttamente lesi dalla condotta dello Stato offensore, possano adottare contromisure, sostiene che il ricorso dovrebbe in tal caso essere preceduto dalla sola richiesta di cessazione dell'illecito e non anche dal tentativo di risolvere la controversia con mezzi pacifici. Cfr. A. DE GUTTRY, *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1985, p. 304 e ss. Vezzani, spingendosi oltre, ritiene che: «nessun adempimento preventivo sarebbe necessario, da parte dello Stato richiesto del riconoscimento e dell'esecuzione [di una sentenza pronunciata da altro Paese], là dove tutti i dovuti tentativi sul piano internazionale fossero stati esperiti infruttuosamente dallo Stato che ha emanato la sentenza». Così S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 56.

Si è a questo punto obiettato in dottrina[696] che subordinare la facoltà di *ius dicere* ad un'azione politica da parte dell'esecutivo, oltre a costituire una minaccia per l'indipendenza dell'autorità giudiziaria, contrasti con la linea di evoluzione tendenziale della materia in esame, che va nel senso della sempre maggiore depoliticizzazione e giurisdizionalizzazione delle decisioni concernenti le immunità[697].

I sostenitori della tesi, tuttavia, hanno risposto all'obiezione avanzata, negando che il necessario intervento governativo limiti l'esercizio del potere giurisdizionale delle corti. Al contrario, questo costituirebbe:

> «un presupposto indispensabile per rimuovere un ostacolo, posto dallo stesso diritto internazionale (e dal diritto interno che lo incorpora) all'esercizio della giurisdizione e dunque all'effettivo godimento del diritto dei singoli di accesso al giudice»[698].

Terzo requisito che gioca un ruolo fondamentale nel possibile disconoscimento dell'immunità a titolo di contromisura è quello della proporzionalità.

Si è, infatti, affermato che la violazione di obblighi sì pregnanti quali quelli in materia di immunità, obblighi di primaria rilevanza sistemica nel diritto internazionale, sarebbe giustificata quale reazione, esclusivamente a fronte di illeciti particolarmente qualificati.

> «L'esercizio della giurisdizione può di per sé non determinare l'insorgere di alcun danno materiale, ben potendo un procedimento giurisdizionale concludersi con una decisione favorevole alla parte convenuta. In ogni caso il mancato rispetto di immunità giurisdizionali darà sempre adito ad un pregiudizio morale, andando a ledere la sovranità di uno Stato o l'indipendenza di un'organizzazione internazionale»[699].

---

[696] Cfr. A. ATTERITANO, "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", cit., p. 36.

[697] Così, ad esempio, il *Foreign Sovereign Immunities Act* statunitense.

[698] Così S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit. p. 55.

[699] *Ibidem*, p. 60.

Procedendo a ritroso, la dottrina esaminata pretende di enucleare gli illeciti che giustificherebbero l'esercizio della contromisura a partire da un'analisi sugli effetti della stessa.

A fronte delle molteplici forme, dell'estensione e gravità differenziata di pregiudizio cui uno Stato può andare incontro a seguito del diniego dell'immunità, reputata norma strutturale dell'ordinamento internazionale, si è ritenuto che l'illecito di base, dal quale scaturisce la contromisura, non possa essere determinato sulla base di un giudizio meramente aritmetico-retributivo di equivalenza tra danno patito e danno inflitto.

Tre sono le principali categorie di norme che giustificherebbero il diniego dell'immunità da parte dei giudici a titolo di contromisura.

In primo luogo, secondo un ragionamento di natura sinallagmatica, il diniego dell'immunità sarebbe ammissibile nei confronti di quello Stato straniero che abbia violato proprio le norme riguardanti l'immunità. Il ricorso alla contromisura, in questa ipotesi, avrebbe, infatti, la specifica

> "funzione di riequilibrare il rapporto sinallagmatico attraverso una risposta esattamente equivalente all'offesa subita"[700].

La seconda categoria di norme – non rilevante tuttavia ai fini della nostra analisi – la violazione delle quali legittimerebbe la contromisura in esame comprenderebbe quelle disposizioni internazionali che impongono alle organizzazioni internazionali l'obbligo di risolvere determinate controversie, con i dipendenti o privati contraenti, attraverso mezzi pacifici di natura arbitrale o giurisdizionale. Ci si riferisce a quelle ipotesi in cui una organizzazione internazionale non accetti di sottoporre una controversia a un tribunale statale, contemporaneamente rifiutandosi di collaborare in buona fede all'instaurazione di un procedimento arbitrale o di un altro meccanismo di soluzione stragiudiziale delle controversie. Secondo i sostenitori di tale teoria, in questi casi:

[700] *Ibidem*, p. 62.

«l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato (nei cui confronti sussisteva l'obbligo internazionale) costituisce variazione più idonea ad assicurare il rispetto dell'obbligo»[701].

Certamente più rilevante, anche nell'ottica del presente lavoro, è la terza categoria relativa a quelle norme che impongono obblighi di natura solidale a tutela di valori fondamentali della comunità internazionale.

In questi casi, la contromisura avrebbe uno scopo immediatamente coercitivo, tendente cioè ad obbligare lo Stato artefice della violazione a conformarsi agli obblighi internazionalmente imposti e riparare il danno cagionato[702].

Nell'opinione della presente dottrina da noi analizzata, il requisito della proporzionalità sarebbe certamente assolto, ad esempio, in tutti quei casi in cui l'attore sia stato vittima di condotte poste in essere da uno Stato estero in violazione delle norme di *ius cogens*, a patto che l'attore abbia inutilmente esperito i rimedi giurisdizionali davanti agli organi dello Stato autore della violazione (ove possibile), e che lo Stato del foro abbia attivato le procedure pre contromisura di cui già detto.

È opportuno segnalare, come peraltro riconosciuto dalla stessa dottrina che promuove la tesi del diniego dell'immunità come contromisura, che i precedenti giurisprudenziali a sostegno di tale teoria sono scarsi[703], se non addirittura assenti[704], ed in ogni caso nel loro complesso poco significativi.

---

[701] *Ibidem*, p. 63.

[702] E. CANNIZZARO, "The role of proportionality in the Law of International Countermeasures", cit., p. 910 e s. Si badi che secondo Vezzani: «ai presenti fini non è di per sé dirimente la natura, cogente o meno, delle norme che prevedono l'obbligo di garantire l'accesso al giudice o di fornire una riparazione alle vittime di crimini internazionali». Così S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 64.

[703] Si veda, ad esempio, Focarelli, il quale, nella sua monografia sulle contromisure del 1994, richiamava come esempi di sentenze costituenti contromisure esclusivamente: *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980); *Von Dardel v. Union of Soviet of Socialist Republics*, 623 F. Supp. 246 (D.D.C. 1985); *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*, 830 F.2d 421 (2th. Cir. 1987). Si veda C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., pp. 124-129. Tuttavia, all'interno del Trattato di diritto internazionale del 2015, lo stesso Autore afferma che: «Di tale questione nella prassi non vi è traccia», mostrando, dunque, di aver mutato opinione rispetto alla possibile qualificazione del diniego dell'immunità, nei precedenti giurisprudenziali statunitensi, quale forme di contromisura. Cfr. C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 917.

[704] In particolare si veda P. TARRE MOSER, "Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to *Jus Cogens* Violation: the Human Rights Answer to the ICJ Decision on the *Ferrini* Case",

Ciò non di meno, taluni Autori ritengono che potrebbero forse rinvenirsi, all'interno delle legislazioni nazionali di quegli Stati che hanno legiferato in materia di immunità, alcune disposizioni suscettibili di essere interpretate come imponenti l'obbligo di disconoscere l'immunità proprio come forma di contromisura.

Un primo esempio, anche se non particolarmente significativo perché estremamente circoscritto in termini di "reciprocità", potrebbero essere le legislazioni di Giamaica[705] e Malawi[706]. Ai sensi di tali testi normativi, detti Stati si riservano il diritto di negare l'immunità a quei Paesi che non ottemperino agli obblighi di privilegi ed immunità dovuti nei loro confronti.

La medesima logica sottende, inoltre, la Legge federale svizzera del 2007[707], c.d. legge dello Stato ospite (LSO), la quale, all'art. 31, assegna al Consiglio federale l'obbligo di sorvegliare l'osservanza dei privilegi delle immunità e delle facilitazioni accordati,

---

cit., p. 827. Ancora, in questo senso S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., pp. 38 e s.

[705] Per quanto concerne la legislazione giamaicana si veda in particolare: *The Diplomatic Immunities and Privileges Act* del 1964, reperibile al link http://moj.gov.jm/sites/default/files/laws/The%20Diplomatic%20Immunities%20and%20Privileges%20Act.pdf. Cfr. in particolare quanto disposto all'art. 13, rubricato «Reciprocal Treatment» secondo cui: «(1) Nothing in this Act shall be construed as precluding the Minister from withdrawing (i) any immunities or privileges conferred by or under or specified in the provisions of Part 11, in respect of any sovereign Power or any class of persons employed by such Power on the grounds that such Power is failing to accord corresponding immunities or privileges in respect of Jamaica; or (ii) any immunities or privileges referred to in Part 111 or in the Second Schedule from any representatives or nationals of any- sovereign Power on the grounds that such Power is failing to-accord corresponding immunities or privileges in respect of Jamaica, or from declining to accord. any such immunity or privilege as may be conferred by order or direction under the provisions of this Act on any such grounds as aforesaid. (2) The Minister may by order confer irnmunities or privileges other than those conferred by or under or specified in the provisions of Part 11 in respect of my sovereign Power or any class of persons employed by such Power if in the opinion of the Minister such immunities or privileges are necessary to accord with corresponding immunities or privileges granted by such Power in respect of Jamaica».

[706] Per la legislazione del Malawi cfr.: *Immunities and Privileges* (*Extention and Miscellaneus Provisions*) *Ordinance* del 1964, reperibile al link http://legal.un.org/UNJuridicalYearbook/pdfs/english/ByChapter/chpI/1964/chpI.pdf. Secondo quanto previsto dall'art. 13: «Nothing in this Ordinance shall be construed as precluding the Minister from withdrawing (a) any immunities or privileges conferred by or under the provisions of section 9, in respect of any foreign sovereign power or Commonwealth country or any class of persons employed by such power or country on the grounds that such power or country, as the case may be, is failing to accord corresponding immunities or privileges to Nyasaland; or (b) any immunities or privileges referred to in Part IV of the Fourth Schedule from any representatives or nationals of any foreign sovereign power or Commonwealth country on the grounds that such power or country is failing to accord corresponding immunities and privileges to Nyasaland, or from declining to accord any such immunity or privilege as may be conferred by order or direction under the foregoing provisions of this Ordinance on any such grounds as aforesaid».

[707] La legge federale dello Stato ospite, adottata dalle Camere federali il 22 giugno del 2007, è reperibile al link: https://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/20061778/200801010000/192.12.pdf.

contemporaneamente attribuendogli la facoltà di prendere le misure necessarie in caso di abuso, ivi compresa la revoca delle medesime[708].

Di maggior interesse si rivelano essere due legislazioni nord americane: il già analizzato *AntiTerrorist and Effective Death Penalty Act* statunitense del 1996 e lo *State Immunity Act* canadese del 1985[709], così come emendato dal *Justice for Victims of Terrorism Act* del 2012[710].

Come noto, l'*AntiTerrorist and Effective Death Penalty Act*, ha introdotto nel corpo del *Foreign Sovereign Immunities Act* un'ulteriore eccezione all'immunità, che consente ai cittadini, ai membri delle forze armate, nonché ai *contractors* degli Stati Uniti, vittime di una serie di condotte (*act of torture*, *extra judicial killing* etc.) perpetrate da uno Stato straniero, sostenitore del terrorismo internazionale ai sensi della *black list* elaborata dal Dipartimento di Stato, di agire direttamente nei confronti di tale Stato.

Questa deroga è riportata da parte di certa dottrina allo schema della contromisura, in ragione del fatto che il diniego della giurisdizione si porrebbe come reazione alla condotta dello Stato di supporto al terrorismo internazionale, costituente l'illecito di base[711].

Tuttavia è bene evidenziare che l'emendamento statunitense si discosta dalla logica propria della contromisura fin ora sostenuta, in quanto gli attori sono facoltizzati ad agire in via diretta senza alcuna necessità di rispettare gli adempimenti preliminari di *cui supra* (previo esaurimento degli strumenti di tutela offerti dallo Stato autore della violazione etc.), anche se è comunque previsto che, prima di intraprendere l'azione, l'attore debba aver offerto allo Stato straniero una ragionevole opportunità di risolvere la controversia in via arbitrale.

Inoltre, le medesime norme attribuiscono ai giudici statunitensi il potere di condannare lo Stato straniero al pagamento di *punitive damages* (*U.S. Code Sec.* 1605 A (c) (4))[712], con ciò

---

[708] Art. 31, rubricato «Osservanza dei privilegi, delle immunità e delle facilitazioni», prevede: «Il Consiglio federale sorveglia l'osservanza dei privilegi, delle immunità e delle facilitazioni accordati e prende le misure necessarie quando ne accerta un abuso. Può, se del caso, denunciare gli accordi conclusi o ritirare i privilegi, le immunità e le facilitazioni accordati. 2 Il Consiglio federale può delegare al Dipartimento la competenza di ritirare i privilegi, le immunità e le facilitazioni a una persona beneficiaria».

[709] Lo *State Immunity Act* canadese del 1985 è reperibile al link http://laws.justice.gc.ca/eng/acts/S-18/page-1.html.

[710] Il *Justice for Victims of Terrorism Act* del 2012 è reperibile al link http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/j-2.5/FullText.html.

[711] In questo senso, ad esempio, si sono espressi: K. N. TRAPP, A. MILLS, "Smooth Runs the Water Where the Brook is Deep: the Obscured Complexities of *Germany v. Italy*", cit., p. 165 e s.

[712] Cfr. ad esempio: *Gates v. Syrian Arab Republic*, 580 F. Supp. 2d 53 (D.D.C. 2008), con la quale la *District Court* che ha condannato la Syria al pagamento di 150 milioni di dollari di danni punitivi, nonché *Acosta v. Islamic Republic of Iran*, 574 F. Supp. 2d 15 (D.D.C. 2008), con cui i giudici statunitensi hanno condannato l'Iran al pagamento di 300 milioni di dollari di danni punitivi. Pare piuttosto difficile scorgere in questi due

discostandosi ulteriormente dai connotati della contromisura, la quale – come già ricordato – non avrebbe, almeno secondo la dottrina prevalente, finalità punitiva.

Lo *State Immunity Act* canadese, così come emendato dal *Justice for Victims of Terrorism Act*, rappresenta un esempio di legislazione ancor più avanzato nella tutela dei soggetti danneggiati. Pur essenzialmente modellato sulla scorta della legislazione statunitense, la normativa canadese assegna la legittimazione attiva ad agire non soltanto ai propri cittadini ma anche ai residenti in Canada, nonché, in generale, ai cittadini stranieri, a patto che l'azione presenti una «real and substantive connection» con lo Stato canadese.

esempi il rispetto del criterio di proporzionalità. Si osservi, peraltro, come, a fronte di una previsione in sede giurisdizionale così invasiva, il Governo degli Stati Uniti sia intervenuto per evitare che venisse data esecuzione alle sentenze: a fronte, infatti, dell'emendamento approvato dal Congresso nel 1998, che avrebbe consentito la possibilità di aggredire i beni coperti da immunità diplomatiche di proprietà di uno Stato straniero per dare attuazione a sentenze di condanna rese contro quest'ultimo sulla base della c.d. *terrorist exception*, il Presidente in carica si avvalse della facoltà di veto ad esso concessa per interessi di sicurezza nazionale. Si è trattata di una scelta governativa finalizzata a garantire la possibilità di addivenire alla risoluzione delle controversie internazionali sulla base di soluzioni concordate non necessariamente giurisdizionali.

Inoltre, il Canada si impegna al riconoscimento delle sentenze di condanna di Stati stranieri per atti di terrorismo inclusi nella propria *black list*[713] (si badi che, in questo caso, viene meno anche il requisito della connessione con il territorio canadese)[714].

È opinione della scrivente che i riferimenti legislativi sopra riportati, difficilmente possano dirsi esemplificativi di una tendenza statale a riconoscere positivamente la competenza delle proprie Corti a titolo di "contromisura giurisdizionale"[715].

---

[713] Art. 4: «(1) Any person that has suffered loss or damage in or outside Canada on or after January 1, 1985 as a result of an act or omission that is, or had it been committed in Canada would be, punishable under Part II.1 of the *Criminal Code,* may, in any court of competent jurisdiction, bring an action to recover an amount equal to the loss or damage proved to have been suffered by the person and obtain any additional amount that the court may allow, from any of the following: (a) any listed entity, or foreign state whose immunity is lifted under section 6.1 of the *State Immunity Act*, or other person that committed the act or omission that resulted in the loss or damage; or (b) a foreign state whose immunity is lifted under section 6.1 of the *State Immunity Act*, or listed entity or other person that – for the benefit of or otherwise in relation to the listed entity referred to in paragraph (a) committed an act or omission that is, or had it been committed in Canada would be, punishable under any of sections 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 of the *Criminal Code.* (2) A court may hear and determine the action referred to in subsection (1) only if the action has a real and substantial connection to Canada or the plaintiff is a Canadian citizen or a permanent resident as defined in subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Immigration Act*. (2.1) In an action under subsection (1), the defendant is presumed to have committed the act or omission that resulted in the loss or damage to the plaintiff if the court finds that (a) a listed entity caused or contributed to the loss or damage by committing an act or omission that is, or had it been committed in Canada would be, punishable under Part II.1 of the *Criminal Code* and (b) the defendant – for the benefit of or otherwise in relation to the listed entity referred to in paragraph (a) committed an act or omission that is, or had it been committed in Canada would be, punishable under any of sections 83.02 to 83.04 and 83.18 to 83.23 of the *Criminal Code*. (3) A limitation or prescription period in respect of an action brought under subsection (1) does not begin before the day on which this section comes into force and is suspended during any period in which the person that suffered the loss or damage (a) is incapable of beginning the action because of any physical, mental or psychological condition; or (b) is unable to ascertain the identity of the listed entity, person or foreign state referred to in paragraph (1)(a) or (b). (4) The court may refuse to hear a claim against a foreign state under subsection (1) if the loss or damage to the plaintiff occurred in the foreign state and the plaintiff has not given the foreign state a reasonable opportunity to submit the dispute to arbitration in accordance with accepted international rules of arbitration. (5) A court of competent jurisdiction must recognize a judgment of a foreign court that, in addition to meeting the criteria under Canadian law for being recognized in Canada, is in favour of a person that has suffered loss or damage referred to in subsection (1). However, if the judgment is against a foreign state, that state must be set out on the list referred to in subsection 6.1(2) of the *State Immunity Act* for the judgment to be recognized».

[714] La normativa canadese pare riconoscere un maggior grado di effettività della tutela rispetto a quella statunitense, anche in considerazione del fatto che ai sensi della sec. 12 (1) (b) del *FSIA* è espressamente prevista la facoltà di limitare l'immunità anche nella fase esecutiva non prevedendo, peraltro, alcun potere degli organi esecutivi di impedire l'adozione di misure coercitive per ragioni di opportunità politica.

[715] Opinione, d'altra parte, condivisa dalla stessa dottrina favorevole alla tesi della contromisura, secondo cui il tentativo di interpretare il diniego dell'immunità per gli Stati esteri, prevista dalle disposizioni di taluni Stati, come contromisura, non condurrebbe al risultato sperato, in quanto «nella loro attuale formulazione, le normative in questione non garantiscono il rispetto dei requisiti procedurali e sostanziali necessari». Cfr. S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 82.

Ci si chiede, allora, se – al di là dei comprensibili *desiderata* di certa dottrina – sia dunque possibile scorgere, tanto nella prassi amministrativa, giudiziaria o legislativa, un qualche appiglio che possa fondare la negazione dell'immunità statale a titolo di contromisura o se, invece, non colgano nel segno le critiche, che sarà nostra cura analizzare, mosse dalla dottrina maggioritaria.

La tesi in esame presenta indubbiamente degli aspetti positivi che non debbono essere sottovalutati.

Occorre anzitutto ammettere, come peraltro riconosciuto dagli stessi Autori che si sono espressi criticamente sulla teoria della contromisura[716], che essa ha il pregio di distaccarsi dalle altre teorie propugnate per risolvere il conflitto violazione diritti umani fondamentali-immunità degli Stati dalla giurisdzione civile.

La tesi in esame non cerca, infatti, di affermare una (in)esistente regola di diritto internazionale consuetudinario che sancisca la legittimità del mancato riconoscimento dell'immunità nei confronti dello Stato accusato di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, limitandosi a ritenere applicabile la disciplina dettata per le contromisure anche in questo discusso ambito.

In secondo luogo, accogliendo la teoria della contromisura si renderebbe possibile ampliare notevolmente la forbice entro la quale può essere esercitata dai tribunali di uno Stato la giurisdizione civile nei confronti di un Paese straniero.

Come sottolineato da Vezzani:

> «Ammettere l'esercizio della giurisdizione a titolo di contromisura consentirebbe […] un'estensione della giurisdizione anche a ipotesi che non siano contemplate come eccezioni alla regola dell'immunità dagli eventuali accordi (bilaterali o multilaterali) applicabili, relativi alle immunità giurisdizionali […] degli Stati»[717].

[716] In questo senso si è espressa, ad esempio, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 601.

[717] Così S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 41.

Infine, come avremo modo di approfondire all'interno del VI capitolo, molte delle tesi da noi fin ora esposte sono state espressamente rigettate da parte della Corte internazionale di giustizia all'interno della sentenza del 2012 relativa al caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*[718]; viceversa, non avendo l'Italia inserito tra gli argomenti a sua difesa la teoria della contromisura[719], la Corte non si è espressa a riguardo, lasciando, dunque, aperta la possibilità che il diniego dell'immunità ad uno Stato da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato estero venga giustificato invocando la causa di esclusione dell'illecito.

Il fatto che la Corte non si sia pronunciata sulla tesi di cui al nostro esame, non potrebbe, infatti, essere interpretato come preclusione a far valere eventualmente tale argomento.

---

[718] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionali dello Stato* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit.

[719] La tesi della contromisura è stata, in realtà, vagliata da parte della difesa della Germania ma solo per dimostrare come essa non potesse essere ritenuta pregevole. Cfr. quanto affermato da Tomuschat durante l'udienza del 12 settembre 201, reperibile al link http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16677.pdf: «V. Assumption of jurisdiction as countermeasure? 14. It is true that countermeasures are an acknowledged concept. Countermeasures have been included in the ILC's Articles on Responsibility of States. Yet they may not be taken at random. According to Article 49 of those Articles, they are permissible only with a view to inducing a State responsible for an internationally wrongful act "to comply with its obligations under Part Two". They would also presuppose meeting specific procedural requirements. Countermeasures based on the grave misdeeds perpetrated by the German occupation forces in Italy from September 1943 to May 1945 are to be categorically discarded. World War II is definitely over, since no less than 66 years, and Germany and Italy are strong partners within the European Union. Likewise, it would be outright absurd to argue that the jurisdiction of the Italian courts may be justified as a countermeasure responding to Germany's failure to fulfil its duty of reparation. There is no such failure, and for more than 40 years, from the conclusion of the two compensation treaties of 1961 until the culmination of the Ferrini case, Italy never made any representation to Germany in that sense. Lastly, Italy has never contended that the assumption of jurisdiction by the Corte di Cassazione was legally justified as a countermeasure». Peraltro, secondo Vezzani, per quanto l'Italia non abbia esplicitamente invocato la teoria in esame, un riferimento alla contromisura potrebbe scorgersi, seppur indirettamente, al § 6.39 della contromemoria presentata dall'Italia il 22 dicembre del 2009, reperibile al link http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16648.pdf, secondo cui: «Italy believes, without going into the discussion about the *jus cogens* nature of the violations and without aiming at a general holding that *jus cogens* violations require that immunities of all kinds be set aside, that in the present cases Italian judges did not commit an unlawful act since lifting Germany's immunity was the only appropriate and proportionate remedy to the ongoing violation by Germany of its obligations to offer effective reparation to Italian war crimes victims». Tuttavia, come lo stesso Autore sostiene, vi sarebbe una ragione per cui l'Italia non avrebbe inserito tra i motivi di ricorso anche la tesi della contromisura, ovvero l'assenza dei requisiti, già esposti nel corso della presente trattazione, che dovrebbero necessariamente ricorrere affinché la contromisura possa essere attivata dai giudici di uno Stato. Cfr. S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 38. Dubbia è comunque, ad avviso della scrivente, la rinvenibilità nelle parole della difesa italiana sovra citate, di un riferimento, ancorché implicito, all'istituto della contromisura. La difesa italiana si riferiva, infatti, specificamente all'argomento del *last resort*, che, per quanto da un certo punto di vista possa presentare degli elementi in comune con la tesi della contromisura, ha una *ratio* del tutto a sé stante.

Secondo Vezzani, pertanto, la tesi della contromisura meriterebbe di essere ulteriormente approfondita, ponendosi, almeno ad oggi, come unico strumento giuridico

> «funzionale al superamento dell'ostacolo frapposto alla "granitica" sentenza della Corte internazionale di giustizia allo sviluppo di una prassi statale maggiormente in linea con pressanti esigenze di giustizia ed orientata ad una tutela effettiva di valori superiori alla comunità internazionale»[720].

Tuttavia, i fattori positivi elencati, a partire dal lodevole impegno profuso nel ricercare una diversa base giuridica alla soluzione del conflitto, non sono stati sufficienti per preservare la teoria in esame dagli appunti della dottrina.

La prima, a mio modesto avviso difficilmente confutabile, critica, attiene alla separazione dei poteri all'interno degli ordinamenti nazionali tra potere esecutivo e potere giudiziario.

Occorre non dimenticare, infatti, che le contromisure sono di norma prerogativa del Governo, ponendosi come tipico esempio di atti che rientrano nella discrezionalità di quest'ultimo. Pertanto, ci si pone il dubbio circa la legittimità dell'adozione di una contromisura da parte dei giudici interni: nel momento in cui le autorità giurisdizionali di uno Stato disconoscano l'esenzione dalla giurisdizione nei confronti di uno Stato straniero porranno in essere un illecito *sic et simpliciter*, ovvero un illecito la cui antigiuridicità verrebbe elisa dalla commissione di un previo illecito da parte dello Stato estero secondo la logica della causa di giustificazione internazionale?

Per dirla con le parole di Focarelli:

> «Per la verità appare singolare che i giudici di uno Stato possano adottare "contromisure" vere e proprie. Le contromisure infatti sono atti discrezionali e si addicono all'Esecutivo, che può adottarle o non adottarle alla luce delle ragioni più varie, ivi compresa l'opportunità politica in un certo momento nei rapporti con un certo Stato. La *facoltà* di adottare contromisure infatti significa soltanto che

[720] *Ibidem*, p. 40.

lo Stato *può* adottarle, rimanendo fermo che può anche *non* adottarle, e quindi le adotterà soltanto se lo trova conveniente»[721].

Viceversa, la stessa libertà facente capo al Governo, non è attribuita alle autorità giurisdizionali.

I giudici, infatti, sono tenuti ad applicare il diritto, senza avere alcuna discrezionalità in merito.

Come osservato anche da Ronzitti, dunque, se appare «logicamente ammissibile» affermare la possibilità che a titolo di contromisura venga negata l'immunità ad uno Stato che abbia commesso una grave violazione dei diritti fondamentali dell'individuo, problemi di non poco conto sorgono qualora tale tesi venga in considerazione nei sistemi di *civil law*[722]. Non di meno, ad un'attenta riflessione, non si potrà non notare come dei problemi si pongano anche nei sistemi di *common law*.

L'applicazione di tale tesi darebbe, infatti, luogo in ogni caso ad un vero e proprio corto circuito logico.

Partendo dal presupposto che le autorità giurisdizionali sono sempre tenute ad applicare il diritto del proprio Stato, compreso il diritto internazionale recepito all'interno dell'ordinamento nazionale, appare opportuno operare una distinzione tra paesi di *common law* e di *civil law*.

Se nei sistemi di *common law*, come di fatto è per molti Stati, è stata adottata una legislazione in materia immunitaria, e tale legislazione stabilisca in determinati casi che ad uno Stato estero debba essere negata l'immunità dalla giurisdizione civile, i giudici nazionali saranno obbligati ad applicare il diritto interno, e pertanto a negare l'esenzione dalla giurisdizione, a prescindere dal fatto che tale diniego possa costituire o meno una contromisura a livello internazionale.

Si ritiene, pertanto, che, in queste ipotesi, non si possa parlare di "contromisura giudiziaria", in ragione del fatto che i giudici si limitano esclusivamente ad applicare il diritto vigente nel proprio Stato, sottraendosi alle logiche proprie della contromisura.

---

[721] Si veda C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 917.

[722] Così N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 50.

Nei paesi di *civil law*, invece, ove non è rinvenibile una legislazione in materia immunitaria, i giudici, applicando il diritto internazionale recepito nell'ordinamento interno, si trovano di fronte ad una norma che non attribuisce l'obbligo di adottare la contromisura, ma la mera *facoltà*. Di conseguenza, le autorità giurisdizionali si troverebbero investiti del compito, loro non proprio, di assumere una decisione facente capo, di norma, al Governo.

Utilizzando, ancora una volta, le parole di Focarelli

> «il giudice […]allora si trova ad amministrare il diritto sulla base di considerazioni di opportunità che di regola *ad esso* sono precluse e riservate all'Esecutivo»[723] (corsivo aggiunto).

Sarebbe, dunque, sufficiente quanto evidenziato per ritenere anche la teoria della contromisura l'ennesimo "buco nell'acqua" formulato da taluni Autori per risolvere il conflitto tra la violazione di diritti umani fondamentali e l'immunità.

Ciò non di meno, è possibile individuare degli appunti ulteriori mossi dalla dottrina, principalmente fondati sulla costruzione formale e la lettura della prassi.

Per quanto concerne il primo aspetto, si ritiene che la tesi produca quello che è stato definito un «circular argument»[724].

Si deve ammettere, infatti, che nel momento in cui si celebri un giudizio, a seguito dell'azione esercitata contro uno Stato straniero da parte di un individuo di fronte ai tribunali del suo Stato di cittadinanza per la violazione dei diritti umani fondamentali, la violazione sia meramente presunta, in quanto l'effettivo accertamento si avrà solo una volta terminato il giudizio.

---

[723] Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 918.

[724] Così si è espresso J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 193. *Contra* S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., p. 54: «È facile replicare che una simile anticipazione svolta dai giudici tutte le volte in cui essi siano investiti di azioni nei confronti di uno Stato straniero e debbano stabilire se quest'ultimo abbia agito o meno *iure imperii*». Peraltro, lo stesso ragionamento potrebbe valere per qualsiasi tipologia di contromisura adottata, invece che dalle autorità giurisdizionali, dagli organi esecutivi di uno Stato, qualora si pensi che l'autotutela non presuppone un accertamento consensuale o imparziale dell'illecito altrui. Come ha sottolineato Gioia: «Può darsi, dunque, che uno Stato ricorra all'autotutela sulla base di un accertamento unilaterale dell'illecito altrui: così facendo, esso agisce, in teoria, a proprio rischio, nel senso che, qualora l'accertamento unilaterale si rivelasse infondato, potrebbe trovarsi a rispondere del suo proprio illecito, rivelatosi non giustificabile a titolo di autotutela». Così A. GIOIA, *Diritto internazionale*, cit., p. 465.

Pertanto, la celebrazione del processo stesso si pone come «risposta» alla violazione[725]: considerato che il giudizio potrebbe concludersi con l'affermazione della non imputabilità allo Stato estero della violazione, lo Stato del foro, avendo negato a monte l'immunità e svolto il processo, rischierebbe di aver posto in essere non una legittima contromisura, quanto piuttosto un illecito *sic et simpliciter* fondato sulla mera presunzione di una violazione[726].

Peraltro, anche partendo da un diverso presupposto, ovvero sostenendo che la violazione dei diritti umani fondamentali da parte dello Stato straniero sia stata rilevata in un momento pregiudiziale, si finirebbe in un "vicolo cieco". Attribuendo, infatti, al giudice il mero compito di quantificare il risarcimento dovuto dallo Stato straniero all'individuo, sarebbero lesi i principi processuali fondamentali e comuni agli ordinamenti nazionali[727].

Vi è, inoltre, un'ulteriore critica che risulta, agli occhi della dottrina, di difficile superamento.

Mi riferisco a quanto sostenuto da De Vittor in relazione alla prassi.

L'Autrice muove, in particolare, da valutazioni di natura quantitativa per sostenere che, a fronte dell'esiguo numero di casi che in passato sono stati richiamati da coloro che hanno sostenuto la tesi della contromisura a fondamento di quanto da loro asserito – casi peraltro ricondubili esclusivamente alla giurisprudenza nordamericana – non sarebbe di certo possibile ritenere esistente una consuetudine internazionale, anche qualora fosse in corso di formazione[728].

Sicuramente questo argomento appare difficile da smentire.

Proprio il Focarelli, nel commento alla sentenza della Corte di Cassazione italiana nel caso *Milde* di cui si è trattato, criticava le valutazioni «qualitative» della Corte, sostenendo che l'accertamento di una consuetudine internazionale, per una delle caratteristiche intrinseche

---

[725] In questo senso si veda F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., pp. 601 e 602.

[726] Di tale problema è parso essersi avveduto anche il Focarelli: «Il diniego dell'immunità 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 essere favorevole allo Stato convenuto in giudizio) come pure dal fatto che l'immunità sia poi stata riconosciuta da un giudice di diverso grado». Egli, tuttavia, non ha fornito alcuna soluzione alla questione. Cfr. C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., p. 124.

[727] Cfr. F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 602.

[728] *Ibidem*. L'Autrice, in particolare, si riferisce ai tre soli casi richiamati da Focarelli all'interno della sua monografia sulle contromisure.

di tale fonte (*diuturnitas*), non possa mai prescindere da valutazioni «quantitative»[729]. Non si vedrebbe, allora, come un Autore che attribuisca tanta rilevanza alla prassi, possa svincolarsi dall'obiezione esposta[730].

Tuttavia, perlomeno a parere della scrivente, la tesi non potrebbe essere accolta – se ci si attiene all'importanza che parte della dottrina attribuisce alla prassi – non per l'esiguo numero di casi individuti a sostegno della teoria, quanto piuttosto per l'erronea interpretazione che di tali casi è stata data.

Se si presta attenzione alle motivazioni delle sentenze americane richiamate da taluni Autori a fondamento della tesi della contromisura, non affiora alcuna volontà da parte dei giudici di porre in essere un illecito, quale risposta all'avvenuta perpetrazione di un previo atto internazionalmente illecito da parte dello Stato straniero, e, quindi, avente il carattere di contromisura[731].

Tutto il contrario: le corti statunitensi hanno sempre dimostrato che il diniego dell'esenzione dalla giurisdizione fosse un comportamento da esse ritenuto lecito, se non addirittura "dovuto".

Si ricordi, infatti, che, nel caso *Letelier v. Chile*, la *District Court for District of Columbia*[732] ha negato l'immunità al Cile dalla giurisdzione statunitense in quanto gli atti oggetto della controversia non potevano ritenersi ricadenti nella sfera degli atti sovrani dello Stato in quanto lesivi del diritto internazionale e del diritto interno.

In *Von Dardel*, la *District Court for District of Columbia*[733] si è espressa a favore del diniego dell'esenzione dalla giurisdizione in virtù, tra le varie ragioni, anche del fatto che la violazione delle norme di *ius cogens* doveva ritenersi una rinuncia implicita all'immunità e, di conseguenza, avrebbe dovuto trovare applicazione l'eccezione di cui al § 1605 (a) (1) del *FSIA*.

Infine, nel caso *Amerada Hess Shipping v. Argentine Republic*, venne affermata dalla *Court of Appeals*[734] la giurisdizione statunitense, disconoscendo l'immunità, sulla base dell'*Alien Tort*

---

[729] Cfr. l'articolo di C. FOCARELLI, "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda si valutazioni «qualitative»", cit., p. 363 e ss.

[730] Peraltro, come già notato, pare che il Focarelli abbia mutato opinione rispetto all'ammissibilità delle contromisure giudiziarie, ammettendo a sua volta come non esista traccia di tali contromisure nella prassi.

[731] Ancora, in questo senso si veda quanto affermato da F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 602.

[732] *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980).

[733] *Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*, 623 F. Supp. 246 (D.D.C. 1985).

[734] *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic* 830 F.2d 421 (2d Cir. 1987).

Claim Act, ritenuto l'unico atto per valutare la giurisdizione dei tribunali americani a fronte di violazioni del diritto internazionale.

Si tratta di tre sentenze che, seppur diversamente motivate, presentano un comune filo conduttore, costituito dal fatto che il disconoscimento dell'immunità è sempre stato ritenuto un atto lecito da parte delle corti che lo hanno previsto.

Come possano, dunque, tali pronunce essere lette quale espressione di un intento da parte dei tribunali di commettere un illecito internazionale a titolo di contromisura, non risulta chiaro.

La tesi non sembra convincente nemmeno se si assume un'ottica diversa, ovvero qualora si ritenga che, al di là della volontà dei giudici e della qualificazione formale della soluzione da essi adottata, le decisioni richiamate abbiano comunque costituito una contromisura di fatto[735].

Un comportamento statale per essere ritenuto una contromisura dovrà, infatti, produrne anche gli effeti tipici.

Emblematica appare l'assenza di una ripercussione sui rapporti interstatali della decisione della *Court of Appeals* nel caso *Amerada Hess*[736].

Se, infatti, è vero che la Corte di II grado aveva negato l'immunità dalla giurisdizione allo Stato argentino, la Corte Suprema riaffermò, invece, l'esenzione dalla giurisdizione per tale Stato[737].

A riguardo taluni Autori che hanno promosso la tesi della contromisura, hanno sostenuto che se un giudice ha disconosciuto l'immunità, indipendentemente dal fatto che questa venga successivamente affermata da un giudice di grado superiore, si avrà un illecito

---

[735] Focarelli, peraltro, ha osservato che «sono assai scarsi i casi in cui i soggetti reagenti hanno qualificato, esplicitamente o implicitamente, il proprio comportamento (oltre l'altrui) come in sé illecito e quindi come contromisura […]. Il problema influisce in concreto sui casi che dovrebbero o meno includersi nella prassi utilizzabile ai fini della ricostruzione del regime delle contromisure. A noi sembra che, anzitutto, non si pongano dubbi allorché lo stesso soggetto qualifichi il proprio comportamento come contromisura; se, anche, infatti, ad un esame obiettivo dovesse risultare il contrario, resterebbe come dato rilevante il fatto che il soggetto si sia comportato ed abbia manifestato la propria convinzione giuridica sul presupposto che si trattasse di una contromisura. Quando invece, come in genere accade, il soggetto reagente non qualifica, o qualifica con termini generici ed atecnici (del tipo "sanzione", "reazione" e simili), il proprio comportamento come contromisura riteniamo sia decisiva la valutazione obiettiva dell'interprete effettuata in base al diritto *materiale* vigente. Potranno così risultare inclusi nella prassi anche casi che i soggetti interessati non hanno qualificato ma che siano stati configurati come contromisure dall'interprete ed in generale dalla dottrina". Così C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., p. 9, nota 16.

[736] *Ibidem.*

[737] *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428 (1989).

internazionale[738]. Nondimeno, un'altra corrente dottrinale ritiene, invece, che un'eventuale pronuncia da parte di una giurisdizione superiore a favore dell'immunità sia un dato imprescindibile tra i criteri da utilizzarsi nella valutazione della riconducibilità di una pronuncia ad una contromisura o meno[739]. Non realizzandosi, infatti, grazie alla pronuncia del giudice di grado superiore, alcuna conseguenza nel campo delle relazioni internazionali tra Stati, si dovrebbe concludere, nell'opinione dell'ultima dottrina richiamata, per l'impossibilità di qualificare come una forma di contromisura la pronuncia che abbia eventualmente, in un grado di giudizio inferiore, disconosciuto l'immunità.

Si deve, peraltro, ammettere che i problemi derivanti dalla prassi potrebbero facilmente essere superati qualora ci si ponesse nella prospettiva assunta da taluni Autori, che ritengono che la teoria della contromisura debba essere valutata unicamente in una prospettiva non *de iure condito*, ma *de iure condendo*.

Interessante, in quest'ottica, quanto asserito da Vezzani.

Secondo l'Autore, può, infatti, dirsi avviato, ormai da diverso tempo, un percorso volto a considerare cedevoli le norme immunitarie a fronte di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, a seguito della progressiva affermazione, a fianco della sovrana eguaglianza degli Stati, di altri valori della comunità internazionale, in particolare la tutela dei diritti individuali.

Egli, in particolare, ritiene che testimonianza di tale tendenza siano l'abbandono dell'immunità assoluta in favore dell'immunità ristretta, oltre alla perdita dell'immunità funzionale degli organi stranieri accusati di aver commesso crimini internazionali[740].

Per l'Autore, il ricorso alla teoria della contromisura sarebbe giustificato, nel lungo periodo, dagli effetti c.d. conformativi che si potrebbero ottenere, nell'ottica di possibile

---

[738] Cfr. C. FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., p. 124.

[739] Si veda F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., pp. 603 e 604. L'Autrice afferma, in particolare, che, forse potrebbe ritenersi la sentenza della *District Court* (488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980)), nel caso *Letelier*, come una contromisura. A seguito, infatti, di tale pronuncia veniva, come noto, concluso un accordo tra Stati Uniti e Cile per giungere ad una soluzione della questione in base al quale il Cile avrebbe versato una somma di denaro a titolo di riparazione al Governo statunitense, se fosse stata dichiarata dagli Stati Uniti l'illegittimità della sentenza che aveva disconosciuto l'immunità del Cile. La mancata concessione della esenzione dalla giurisdizione statunitense venne, dunque, valutata sicuramente dal Cile, e – seppur esclusivamente in virtù della logica "*do ut des*" della negoziazione che è andata a garantire di fatto il conseguimento di una forma di riparazione – anche dagli Stati Uniti, come illecito.

[740] S. VEZZANI, "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", cit., pp. 60 e s.

contributo allo sviluppo del diritto internazionale, in grado, lentamente, di scalfire la regola immunitaria qualora uno Stato straniero si sia reso responsabile di gravi violazioni degli obblighi in materia dei diritti umani:

> «È vero che, là dove uno Stato adotti un comportamento a titolo di contromisura, non può dirsi che tale comportamento si accompagni ad un'*opinio iuris* in ordine alla conformità alle norme primarie della condotta tenuta. Tuttavia, la violazione dell'obbligo posto da una norma internazionale, al ricorrere di determinate circostanze, può essere indicativa della diffusione di un convincimento circa la necessità sociale di modificare il bilanciamento dei valori ed esigenze, operato dalla norma primaria violata, di modo da modificarne il contenuto riducendone l'ambito di applicazione»[741].

In definitiva, secondo Vezzani, la dottrina della contromisura avrebbe una funzione strumentale e costituirebbe un mezzo attraverso il quale raggiungere, con il diffondersi di una prassi di negazione – quale che ne sia la ragione – dell'immunità, un nuovo bilanciamento fra norme primarie, volto a far prevalere sulla regola immunitaria, il rispetto dei diritti umani fondamentali.

Per quanto la suddetta prospettiva *de iure condendo*, svincolandosi dal dato della prassi, appare senz'altro maggiormente condivisibile rispetto a quella adottata da taluni Autori *de iure condito*, le ulteriori critiche ascrivibili alla tesi, fanno dubitare della sua validità.

Si conclude, pertanto, che anche questa teoria, sembra non potersi considerare quale un'adeguata giustificazione a fronte della mancata applicazione della regola immunitaria.

5.2 La teoria della protezione diplomatica

Un'impostazione che si distingue dalle tesi precedentemente analizzate è quella adottata da chi cerca di risolvere la questione attraverso un'interpretazione evolutiva dell'istituto della protezione diplomatica.

---

[741] *Ibidem*, p. 83.

Ciò in quanto, non si tenta di proporre una eccezione alla regola dell'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero al fine di superare il contrasto tra violazione dei diritti umani e norma immunitaria. Al contrario, viene adottato un ragionamento che risulta particolarmente innovativo, in quanto pone in dubbio i termini in base ai quali è stato formulato il problema.

La logica sottesa alla teoria della protezione diplomatica si fonda, infatti, su una riflessione che, abbracciando quell'ottica "umanitarista" dalla quale, però, il giurista deve distaccarsi, suonerebbe piuttosto impopolare: la previsione di un'eccezione alla regola dell'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di uno Stato straniero è possibile o necessaria? E, ancora, qualora si rispondesse affermativamente a tale quesito, occorrerebbe chiedersi: quali sarebbero le conseguenze derivanti dalla previsione di tale eccezione?[742]

L'approccio seguito è stato, quindi, elaborato a fronte di una visione critica delle teorie fin ora analizzate, ritenendo che la questione inerente all'introduzione di un'eccezione in materia immunitaria sia sempre stata affrontata «in modo piuttosto superficiale»[743].

I sostenitori di tale tesi riconoscono che, senza dubbio, la previsione di una deroga all'immunità in caso di violazione dei diritti umani potrebbe produrre degli effetti positivi.

In primo luogo, quello immediatamente percepibile, sarebbe l'esplicazione di una funzione deterrente[744].

Gli Stati, qualora fosse introdotta un'eccezione umanitaria, sarebbero certo più restii a porre in essere violazioni dei diritti umani fondamentali, in quanto consci di non poter più godere di fronte ai tribunali degli Stati stranieri dell'immunità di cui al momento sembrano beneficiare, e, pertanto, di poter eventualmente essere condannati in sede giurisdizionale – qualora le violazioni fossero accertate – al risarcimento dei danni.

---

[742] In questo senso, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 604. Per le medesime considerazioni con specifico riferimento alla tortura, si veda: R. GARNETT, "The Defence of State Immunity for Acts of Torture", cit., p. 123 e ss.

[743] Così, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 575, ove l'Autrice prosegue affermando: «[…] 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».

[744] *Ibidem*, pp. 604 e 605.

Un'altra ragione che dovrebbe porsi a favore dell'introduzione della deroga umanitaria all'immunità consisterebbe nel garantire all'individuo quella tutela effettiva[745] che, in passato, non diversamente da oggi, veniva, e ancora viene, invocata.

L'eccezione permetterebbe, infatti, di assicurare, anzitutto, il diritto di accesso alla giustizia del singolo il cui esercizio è ostacolato, quando non addirittura negato, dal riconoscimento da parte dei tribunali di uno Stato dell'immunità per un Paese estero, oltre a garantire, la già ricordata, eventuale riparazione nel caso fosse giudizialmente appurata la lesione dei diritti fondamentali dell'uomo.

Ciò nonostante, al fine di poter operare una scelta ponderata rispetto all'opportunità o meno di introdurre la deroga, occorrerebbe soffermarsi, in base al ragionamento seguito dai propugnatori della teoria oggetto del presente paragrafo, su degli aspetti ulteriori, che condurrebbero alla conclusione di escludere che la previsione di una *human rights exception* sia indicata[746].

La scelta di non prevedere tale tipo di eccezione dipenderebbe dal fatto che – come anticipato – la questione affrontata involge necessariamente delle valutazioni politiche, dalle quali sarebbe difficile prescindere: la natura di queste valutazioni ne impedirebbe l'analisi in sede giudiziale, dovendo, invece, essere prese in considerazione nelle sedi istituzionali a ciò preposte.

Dimostrazione di quanto asserito deriverebbe dalla prassi.

La dottrina richiamata ha, infatti, evidenziato come le ipotesi, in cui in passato si è posto il problema "violazione diritti umani-immunità" abbiano sempre presentato uno spiccato legame con la politica tra i vari Stati e, nella maggior parte dei casi, l'esito finale delle vicende si sia concretato in un accordo internazionale tra le entità statali coinvolte nella controversia[747].

Un approccio di questo tipo, seppur, *in prima facie*, lasci perplessi escludendo l'opportunità della formulazione di una *human rights exception*, potrebbe indubbiamente presentare degli aspetti positivi da non sottovalutare.

Anzitutto, occorre ammettere che qualora fossero adottate da parte dei tribunali di uno Stato pronunce che, non riconoscendo l'immunità di un Paese estero, condannassero

---

[745] *Ibidem*, p. 604.
[746] *Ibidem,* p. 605.
[747] Si pensi, ad esempio, ai già analizzati – si veda il capitolo III, § 3.2 – casi *Letelier* e *Princz*.

quest'ultimo al risarcimento dei danni per le condotte perpetrate in violazione dei diritti umani fondamentali, gli effetti delle decisioni potrebbero del tutto essere vanificati dalla mancata esecuzione ad esse data da parte dello Stato convenuto e condannato. Una tutela effettiva, invece, alle vittime delle condotte dello Stato straniero potrebbe essere accordata tramite un'altra via ovvero attraverso negoziati tra gli enti statali che, come poc'anzi evidenziato, contrariamente alle autorità giurisdizionali, sarebbero pienamente legittimati a prendere in considerazione anche dati di natura morale e/o economica e/o politica e potrebbero, dunque, tenendo conto della capacità economica dello Stato, concordare un risarcimento[748]. A titolo esemplificativo si pensi all'impossibilità per la Germania di essere solvente qualora a tutte le vittime dei crimini commessi dal Terzo Reich, nel corso della seconda guerra mondiale, fosse accordato un risarcimento dai tribunali di uno Stato straniero pari a quello richiesto, ad esempio, nel caso *Princz*[749].

Inoltre, non si deve sottovalutare che ricorrendo ai negoziati tra Stati, nel caso di violazioni a carattere massivo, potrebbe essere garantita una tutela diffusa per gli individui.

Al posto di decisioni giudiziarie che accorderebbero il risarcimento al singolo ricorrente, potrebbero essere raggiunti degli accordi che consentano, collettivamente, a tutte le vittime di ottenere una riparazione equamente distribuita[750]. Pertanto, lo sfavore mostrato all'introduzione dell'eccezione umanitaria, potrebbe risultare giustificato non solo da valutazioni di opportunità che si concentrano sul contemperamento delle esigenze degli Stati, ma anche – in un certo senso – degli individui, esigenze che possono essere effettivamente fatte valere sul piano delle relazioni internazionali tra enti statali[751].

Alla luce di tali considerazioni, si deve rilevare come una parte della dottrina abbia preferito soffermarsi sugli aspetti positivi che deriverebbero dalla mancata introduzione della eccezione umanitaria all'immunità, individuando un diverso strumento capace di garantire

---

[748] Cfr. F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 605.

[749] Si veda, A. ZIMMERMANN, "Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*: Some Critical Remarks", cit., p. 436.

[750] Così F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 606.

[751] In questo senso si è espresso anche Bröhmer, il quale ha affermato che nel caso in cui si riscontri che uno Stato abbia posto in essere delle violazioni di massa (l'Autore ricorda, ad esempio, le aggressioni armate o le guerre civili), la sede opportuna affinché venga prevista una riparazione sarà l'ambito delle relazioni interstatali, e non i tribunali di uno Stato estero ai quali le vittime, cittadini di quest'ultimo Stato, si rivolgano per ottenere un risarcimento dei danni cagionati dal Paese autore delle violazioni. Cfr. J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., p. 207.

comunque la tutela dei diritti umani fondamentali degli individui, consistente nella protezione diplomatica[752].

Il presupposto sulla base del quale è stata formulata tale opzione deriva dalla diversa lettura data alla prassi rispetto a quella operata dalle altre teorie finora analizzate.

Secondo l'orientamento dei sostenitori della tesi oggetto del presente paragrafo, in passato la dottrina avrebbe errato nell'analizzare esclusivamente le singole pronunce giurisprudenziali, senza valutare le vicende nel loro complesso e, dunque, non tenendo conto degli eventuali epiloghi difformi rispetto alle decisioni inizialmente adottate.

Spesso, prendendo in considerazione l'evoluzione dei vari casi, e perciò avendo riguardo tanto a pronunce di giurisdizioni superiori, tanto a soluzioni extragiudiziali alle quali si sia pervenuti successivamente, si deve notare, infatti, come le decisioni inizialmente assunte dai giudici siano rimaste lettera morta[753].

Inoltre, un aspetto significativo, che sovente è stato sottovalutato, riguarda il fatto che in molti casi gli Stati convenuti davanti ai tribunali di un Paese estero si siano rifiutati di partecipare al giudizio[754].

È stato, allora, affermato che per individuare l'effettiva e concreta tendenza della prassi internazionale, fosse necessario non limitarsi ad avere riguardo alle singole sentenze, ma si dovesse, invece, andare oltre, prendendo in considerazione la conclusione di ciascun caso[755].

---

[752] Si veda, *ex multis*: J.F. FLAUSS, "Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'Homme", in *Schweizerische Zeitschrift für Internationationales und Europäisches Recht*, 2003, p. 1 e ss.; C. TOMUSCHAT, "L'immunité des États en cas de violations graves des droits de l'homme", in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 51 e ss.

[753] A titolo esemplificativo, si ricordi il caso *Letelier*, in cui, nonostante la pronuncia della *District Court of District of Columbia* che aveva disconosciuto l'immunità al Cile, la vicenda si concludeva sulla base di un accordo tra gli Stati Uniti e lo Stato cileno, attraverso il quale gli Stati Uniti si impegnavano a riconoscere l'illegittimità della decisione della corte di I grado, a fronte dell'impegno assunto dal Cile di pagare una somma *ex gratia*. Ulteriore esempio di decisioni rimaste prive di esecuzione, sono le sentenze greche del 1997 e del 2000 nel caso *Distomo*. In questa sede, ci basti ricordare come la sentenza del Tribunale di Levadia del 1997, confermata dall'*Areios Pagos* nel 2000, abbia ritenuto che non potesse riconoscersi l'immunità alla Germania dalla giurisdizione greca. Tuttavia, l'analisi dell'intera vicenda, ha posto in luce come le sentenze predette siano, in realtà, rimaste, di fatto, ineseguite (per l'analisi delle sentenze e degli sviluppi successivi della vicenda si rimanda, rispettivamente, per *Letelier* al capitolo III, § 3.2 e per *Distomo* al capitolo VI, § 6.2).

[754] Ci si riferisce, ad esempio, all'atteggiamento del Cile nel caso *Letelier*. Altri esempi già ricordati sono il comportamento dell'Unione Sovietica nelle vicende *Von Dardel* e *Frolova*, o ancora alla condotta dello Stato tedesco davanti al Tribunale di Levadia nel caso *Distomo* (si rinvia per tutte al capitolo III, § 3.2).

[755] F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 609. In questo senso si è espresso anche M. IOVANE, "The *Ferrini* Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights", cit., p. 191, il quale ha affermato: «Cases must be evaluated from their inception to their

Ciò ha posto in luce due elementi.

Anzitutto, il fatto che gli Stati abbiano sempre sostenuto la necessità che fosse loro riconosciuta l'immunità dinanzi alla giurisdizione di Stati esteri, nella piena convinzione dell'obbligatorietà della norma[756].

In secondo luogo, che, nonostante diverse pronunce si siano espresse a favore dell'immunità dei Paesi stranieri dalla giurisdizione civile, talvolta le vittime delle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali hanno ottenuto una riparazione, non in sede giudiziale, ma tramite un accordo tra Stati[757].

Proprio su quest'ultimo elemento, la dottrina si è soffermata, asserendo che:

> «ciò che […] sembra importante mettere in luce è la similitudine tra quell'accordo ed i tradizionali *lump-sum agreements*[758], con la conseguenza che tutta la vicenda pare facilmente interpretabile secondo lo schema classico della protezione diplomatica […] 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»[759].

A fronte della violazione dei diritti umani fondamentali di un individuo da parte di un Paese straniero, lo Stato di cittadinanza del singolo i cui diritti siano stati lesi, avrebbe la possibilità di attivarsi, facendo propria la causa dell'individuo e agendo, di conseguenza, nei confronti del Paese autore della violazione. Proprio dall'esercizio della protezione diplomatica potrebbe scaturire un accordo attraverso il quale dirimere la controversia.

---

conclusion and beyond, taking into account also the solution they managed to reach outside the judicial proceedings where sovereign immunity had been invoked».

[756] *Ibidem*, p. 609.

[757] Un esempio è l'accordo stipulato tra Stati Uniti e Germania nel caso *Princz*.

[758] Per *lump-sum agreement* si intende «un accordo che fissa in modo forfettario l'ammontare dell'indennizzo dovuto dallo Stato nazionalizzatore, con effetto liberatorio per quest'ultimo nei confronti di ogni successiva pretesa individuale». Così P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 788. Si tratta, dunque di «accordi di compensazione globale […] Questi accordi altro non sono che una transazione tra lo Stato nazionalizzatore e quello di cittadinanza degli stranieri espropriati, tramite il quale si fissano il quantum, le modalità e i destinatari dell'indennizzo». Così F. GALGANO, F. MARELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010, pp. 825 e s.

[759] F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., pp. 610 e s.

In quest'ottica, non avrebbe importanza l'eventuale riconoscimento dell'immunità dello Stato estero in sede giurisdizionale, in quanto la tutela dei diritti fondamentali degli individui a cui la *human rights exception* tende, verrebbe comunque garantita in via diplomatica.

Affinché la protezione diplomatica possa essere attivata da uno Stato, occorre, tuttavia, non dimenticare che una serie di condizioni debbono essere rispettate.

Come noto, il classico istituto della protezione diplomatica[760] attribuisce il diritto ad uno Stato di intervenire a tutela dei propri cittadini, qualora questi ultimi abbiano subito un danno cagionato dalla violazione di una norma di diritto internazionale da parte di un Paese straniero[761]: lo Stato di cui le persone sono cittadini, infatti, agisce nei confronti del Paese autore dell'illecito attivando «rimostranze, richieste di risarcimento o l'instaurazione di un procedimento conciliativo o giurisdizionale purché ne ricorrano i presupposti»[762], con la finalità di ottenere la cessazione della violazione ed il risarcimento del danno causato al proprio cittadino.

Preliminarmente, due aspetti – su cui ritorneremo per segnalarne i recenti profili evolutivi – dell'istituto, meritano di essere evidenziati.

In primo luogo, la tutela pretesa dagli Stati – seppur indirettamente e, per così dire, in seconda battuta essa ricada positivamente sugli individui – è, in linea di principio, una tutela

---

[760] Sul classico istituto della protezione diplomatica, la letteratura è particolarmente ampia. Si veda, *ex multis*: C. F. AMERASINGHE, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008; S. BARIATTI, "Protezione Diplomatica", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1997, p. 144 e ss.; E. M. BORCHARD, "Basic Elements of Diplomatic Protection of the Citizens Abroad", in *American Journal of International Law*, 1913, p. 497 e ss.; E. CALEVI, "In tema di protezione diplomatica", in *Giurisprudenza italiana*, 2012, pag. 1788 e ss.; L. CONDORELLI, "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle", in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 5 e ss.; J. F. FLAUSS (a cura di), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003; M. FRAGOLA, "La théorie traditionnelle de la protection diplomatique des individus en droit international et la perspective du droit de l'Union europeenne", in *European Scientific Journal*, 2014, p. 435 e ss.; G. I. F. LEIGH, "Nationality and Diplomatic Protection", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1971, p. 453 e ss.; R. B. LILLICH, "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack", in *American Journal of International Law*, 1975, p. 359 e ss.; B. NASCIMBENE, *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013; ID., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984; A. PANELLA (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive: Messina, 13-14 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, 2009; M. TAMBURINI, *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Cedam, Padova, 1984; S. TOUZÉ, *La protection des droits nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Pedone, Parigi, 2007.

[761] Il trattamento degli stranieri, come noto, riguarda tanto le persone fisiche che le persone giuridiche. Tuttavia, per quanto rileva ai fini della nostra analisi, ci si limiterà a prendere in considerazione gli aspetti che investono le sole persone fisiche.

[762] Così N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 364.

della personalità dello Stato stesso. Da un punto di vista sostanziale, infatti, il diritto leso, e di cui si chiede ristoro, è proprio quello facente capo allo Stato nazionale, che si considera attinto in prima persona dalla violazione commessa ai danni del proprio cittadino da un Paese estero[763].

In secondo luogo, unico titolare del diritto di agire alla protezione diplomatica è lo Stato di cittadinanza dell'individuo danneggiato. Il singolo non avrà, dunque, la possibilità di attivare l'istituto in questione: la scelta di esercitare o meno la protezione diplomatica sarà rimessa esclusivamente alla discrezionalità dello Stato.

Non si deve dimenticare, infatti, che la protezione diplomatica si caratterizza tradizionalmente per essere uno degli istituti espressione tipica del diritto internazionale.

Se è vero che il diritto internazionale è sorto come un diritto per gli Stati, è altrettanto indubbio come l'istituto della protezione diplomatica ne sia la classica rappresentazione, essendo parte di quelle norme poste a protezione degli Stati, in particolare tra quelle relative al trattamento delle persone fisiche e giuridiche straniere.

Pertanto, nonostante, di norma, beneficiari ultimi della protezione diplomatica siano gli individui, cittadini dello Stato che interviene a fronte della violazione di diritto internazionale commessa da un Paese estero, la loro tutela è meramente mediata[764].

Il fatto che titolare esclusivo del diritto di agire in protezione diplomatica, così come del diritto sostanziale violato dall'illecito dello Stato estero, fosse unicamente lo Stato di cittadinanza dell'individuo danneggiato, e non l'individuo stesso, è stato, in passato, più volte affermato. Proprio in tal senso si è espressa la Corte permanente di giustizia internazionale nel 1924:

> «It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by

[763] Si riporta quanto affermato da Nascimbene sul punto: «Secondo un'impostazione tradizionale l'esercizio della protezione diplomatica in caso di violazione di un diritto commessa da uno Stato straniero all'estero nei confronti del cittadino costituiva una prerogativa statale (l'individuo non rilevando in quanto tale), che veniva esercitata dallo Stato di origine sulla base di una "finzione". La protezione dei diritti del cittadino era assicurata, infatti, "fingendo" che la violazione fosse stata, in realtà, perpetrata ai danni dello Stato stesso». Così B. NASCIMBENE, "L'individuo e la tutela dei diritti umani", in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 435.

[764] Come affermato chiaramente da Bassu: «Concedendo la protezione diplomatica, uno Stato agisce a proprio nome in favore della parte offesa». Così A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2.

another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law»[765].

Alla luce di quanto detto, l'individuo, dunque, non sarebbe titolare di alcun diritto a che lo Stato nazionale eserciti la protezione diplomatica, ferma restando la possibilità che eventualmente sia lo stesso ordinamento dello Stato di cittadinanza dell'individuo a disporre diversamente.

A conferma di tale statuizione, si deve, peraltro, ricordare che il diritto internazionale classico prevedeva che la riparazione effettuata dallo Stato straniero autore dell'illecito fosse

[765] Così Corte permanente di giustizia internazionale, *Mavrommatis* (*Grecia c. Regno Unito*) (eccezione preliminare), sentenza del 30 agosto 1924, p. 12. La controversia in oggetto era sorta a seguito del parziale mancato riconoscimento da parte delle autorità palestinesi ed inglesi dei diritti che erano stati acquisiti da un cittadino greco, M. Mavrommatis. Quando ancora, infatti, il territorio palestinese era ricompreso sotto il Governo ottomano, il Mavrommatis aveva stipulato dei contratti con il predetto governo per svolgere dei lavori pubblici in Palestina. Tuttavia, nel 1930, a seguito del primo conflitto mondiale, e del conseguente smembramento dell'Impero ottomano, il territorio palestinese venne sottoposto a mandato britannico. Fu da quel momento che le autorità britanniche e palestinesi iniziarono a non riconoscere più i diritti del Mavrommatis. A fronte di tale comportamento, la Grecia, in quanto Stato di cittadinanza dell'individuo danneggiato, esercitò la protezione diplomatica a favore del suo cittadino, adendo in particolare la Corte permanente di giustizia internazionale contro il Regno Unito. Come affermato nelle pp. 11 e 12 della sentenza: la Grecia «is asserting its own rights by claiming from His Britannic Majesty's Government an indemnity on the ground that M. Mavrommatis, one of its subjects, has been treated by the Palestine or British authorities in a manner incompatible with certain international obligations which they were bound to observe. In the case of the Mavrommatis concessions it is true that the dispute was at first between a private person and a State - i.e. between M. Mavrommatis and Great Britain. Subsequently, the Greek Government took up the case. The dispute then entered upon a new phase; it entered the domain of international law, and became a dispute between two States. Henceforward therefore it is a dispute which may ormay not fall under the jurisdiction of the Permanent Court of International Justice». Per un commento si veda: N. BENTWICH, "The Jurisdiction of the International Court of Justice over Concession in a Mandated Territory", in *Law Quarterly Review*, 1928, p. 450 e ss.; E. M. BORCHARD, "The *Mavrommatis* Concessions Cases", in *American Journal of International Law*, 1925, p. 728 e ss.; J. HOSTIE, "Affaire *Mavrommatis*", in *Revue de droit international*, 1933, p. 80 e ss.; A. KUHN, "The *Mavrommatis* Case on Readaptation of the Jerusalem Concessions", in *American Journal of International Law*, 1928, p. 383 e ss.; O. SPIERMANN, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; A. VERMEER-KÜNZLI, "As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 37 e ss.. Nello stesso senso si è espressa la Corte permanente di giustizia internazionale, *Panevezys-Saldutiskis Railway* (*Estonia v. Lithuania*), sentenza del 28 febbraio 1939, p. 16: «[…] In the opinion of the Court, the rule of international law on which the first Lithuanian objection is based is that in taking up the case of one of its nationals, by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own right, the right to ensure in the person of its nationals respect for the rules of international law […]».

dovuta non direttamente all'individuo leso, ma allo Stato di cittadinanza di quest'ultimo: pertanto la possibilità per il singolo di essere risarcito era esclusivamente eventuale[766], dipendendo, *in primis*, dallo Stato autore della violazione, e, qualora a fronte della protezione diplomatica quest'ultimo avesse posto in essere la riparazione, *in secundis*, dall'effettiva attribuzione del risarcimento percepito dallo Stato di cittadinanza all'individuo.

Ponendosi, dunque, la protezione diplomatica come un diritto statuale, è sempre stata riconosciuta allo Stato la piena discrezionalità nel decidere se attivarsi o meno, a tutela del proprio cittadino, nei confronti del Paese autore dell'illecito.

Anche tale punto ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, secondo cui:

> «78. The Court would here observe that, within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law. […] 79. The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It retains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case. Since the claim of the State is not identical with that of the individual or corporate person whose cause is espoused, the State enjoys complete freedom of action. […]»[767].

---

[766] Si veda N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 364.

[767] Corte internazionale di giustizia, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited,* (*Belgio c. Spagna*), sentenza del 15 febbraio del 1970. La *Barcelona Traction* era una società canadese, con sede a Toronto, con alcuni interessi in Spagna. Tale società aveva emesso in Spagna, in diversi tempi, delle obbligazioni, ma ad un certo punto non era stata più in grado di pagare gli interessi. Pertanto, a seguito della richiesta dei possessori delle obbligazioni, era stato dichiarato il fallimento della società. A seguito del fallimento, diversi Paesi, tra cui il Belgio, si erano rivolti, tramite le vie diplomatiche, al Governo spagnolo con la finalità di proteggere i propri interessi. Il Belgio, in particolare sosteneva che, nonostante i titoli fossero stati trasferiti a fiduciari americani prima dell'esplosione della seconda guerra mondiale per il timore di un'eventuale invasione tedesca, la maggior parte delle azioni dovesse ritenersi appartenente a persone fisiche e giuridiche belga. Tuttavia, i sindaci del fallimento ottennero l'autorizzazione dalle autorità giurisdizionali spagnole a vendere tutte le azioni. Il Belgio ricorreva, dunque, dopo aver tentato senza successo di addivenire ad un compromesso con il Governo spagnolo, alla Corte internazionale di giustizia accusando le autorità spagnole di aver agito nei confronti della

Nel 2006 è stato adottato dalla Commissione del diritto internazionale un Progetto di articoli sulla protezione diplomatica[768], con relativo commento, che potrebbe, in un futuro, costituire il fondamento per una conferenza di codificazione.

Alla luce delle disposizioni contenute nel Progetto, occorre evidenziare quali siano i presupposti richiesti perché uno Stato possa legittimamente intraprendere tale percorso.

Il primo presupposto si fonda sul necessario collegamento tra lo Stato che intenda attivare l'istituto e l'individuo che ha subito dei danni a seguito di un illecito internazionale commesso da un altro Paese.

Affinché uno Stato possa agire in protezione diplomatica, occorre, infatti, che l'individuo danneggiato abbia la sua cittadinanza[769] (tanto al momento in cui si è realizzato il

---

società *Barcelona Traction* in maniera non conforme alla normativa internazionale relativa al trattamento degli stranieri e, pertanto, chiedeva un congruo indennizzo. Per un commento si veda: H. W. BRIGGS, "*Barcelona Traction*: the *jus standi* of Belgium", in *American Journal of International Law*, 1971, p. 327 e ss; L. C. CAFLISCH, "The protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the *Barcelona Traction* Case", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht*, 1971, p. 162 e ss.; A. GIANELLI, "La protezione diplomatica dopo la sentenza concernente la Barcelona traction", in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 762 e ss.; R. HIGGINS, "Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.", in *Virginia Journal of International Law*, 1970, p. 327 e ss.. Inoltre, per le stesse considerazioni richiamate nella sentenza della Corte dell'Aja nel caso *Barcelona Traction*, si veda quanto già precedentemente affermato nel caso *Nottebohm*: Corte internazionale di giustizia, *Nottebohm* (*Liechtenstein c. Guatemala*), sentenza del 6 aprile del 1955, che a p. 24 afferma: «Diplomatic protection and protection by means of international judicial proceedings constitute measures for the defence of the rights of the State […]». Sul caso si vedano i commenti: P. DE VISSCHER, "L'Affaire *Nottebohm*", in *Revue générale de droit international public*, 1956, p. 263 e ss.; J. H. GLAZER, "Affaire *Nottebohm* (*Liechtenstein v. Guatemala*). A Critique", in *Georgetown Law Journal*, 1955, p. 313 e ss.; D. HARRIS, "The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm* Case", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1969, p. 275 e ss.; J. L. KUNZ, "The *Nottebohm* Judgment (Second Phase)", in *American Journal of International Law*, 1960, p. 536 e ss. Da segnalare come la dottrina abbia evidenziato che le note affermazioni contenute nelle pronunce relative ai casi *Mavrommatis*, *Ferrovie Panevezys-Saldutiskis*, *Barcelona Traction* e *Nottebohm* «siano una diretta conseguenza dell'opinione che esclude qualsiasi rilievo internazionale all'individuo e ai suoi diritti e che […] si fonda su una netta distinzione tra interesse dello Stato leso e l'interesse dell'individuo, con la prevalenza del primo sul secondo. La valutazione circa l'opportunità di un'azione internazionale rientra, infatti, esclusivamente nell'ambito della discrezionalità dello Stato medesimo, tanto da poterla esercitare anche contro la volontà dell'individuo». Così A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica: sviluppi recenti*, cit., p. 3.

[768] Il Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale, adottato nel 2006 con la risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 18 dicembre 2006, n. 61/35, è reperibile al link http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf Per un commento si veda: A. PANELLA, "Il progetto di articoli della commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica; codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2008, pag. 54 e ss.

[769] Articolo 3, rubricato «Protection by the State of nationality», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, afferma che: «1. The State entitled to exercise diplomatic protection is the State of nationality. 2. Notwithstanding paragraph 1, diplomatic protection may be exercised by a State in respect of a person that is not its national in accordance with draft article 8». Sul requisito della cittadinanza come presupposto per l'esercizio della protezione diplomatica da

danno, quanto nel successivo momento di attivazione dei canali diplomatici[770]), salvo si tratti di un apolide o un rifugiato. In quest'ultimo caso la protezione sarà ammessa a condizione che, al tempo della verificazione del danno e della data in cui viene attivata la protezione, l'apolide o il rifugiato sia legalmente e abitualmente residente in uno Stato, e che sia proprio quest'ultimo ad esercitare la protezione diplomatica nonostante il mancato legame della cittadinanza[771].

parte di uno Stato, si veda: G. BALLADORE PALLIERI, "La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini della protezione diplomatica", in *Scritti Perassi*, I, Giuffrè, Milano, 1957, p. 111 e ss.; P. M. BLASER, *La nationalité et la protecion juridique internationale de l'individu*, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, 1962; I. BROWNLIE, "The Relations of Nationality in Public International Law", in *British Year Book of International Law*, 1963, p. 284 e ss.; J. CUTHBERT, *Nationality and Diplomatic Protection*, Sijthoff, Leyden, 1969; F. DURANTE, "L'accertamento della nazionalità della domanda da parte del giudice internazionale alla protezione diplomatica", in *Annali di diritto internazionale*, 1953, p. 53 e ss.; A. GIANELLI, "Sul significato attuale della nazionalità quale presupposto per l'esercizio della protezione diplomatica di individui", in G. ARANGIO-RUIZ, F. SALERNO, C. FIORAVANTI (a cura di), *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, Jovene, Napoli, 2013; C. JOSEPH, *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations*, Sijthoff, Leyden, 1970; H. F. VAN PANHUYS, *The role of Nationality in International Law*, Sijthoff, Leyden, 1959.

[770] Art. 5, rubricato «Continuous nationality of a natural person», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, afferma che: «1. A State is entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who was a national of that State continuously from the date of injury to the date of the official presentation of the claim. Continuity is presumed if that nationality existed at both these dates. 2. Notwithstanding paragraph 1, a State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is its national at the date of the official presentation of the claim but was not a national at the date of injury, provided that the person had the nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law. 3. Diplomatic protection shall not be exercised by the present State of nationality in respect of a person against a former State of nationality of that person for an injury caused when that person was a national of the former State of nationality and not of the present State of nationality. 4. A State is no longer entitled to exercise diplomatic protection in respect of a person who acquires the nationality of the State against which the claim is brought after the date of the official presentation of the claim».

[771] Articolo 8, rubricato «Stateless persons and refugees», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, statuisce che: «1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State. 2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State. 3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee». Da segnalare come Pustorino si sia espresso criticamente rispetto alla previsione del par. 3 dell'art. 8, che esclude la possibilità di apprestare protezione diplomatica contro lo Stato di nazionalità dei rifugiati, sostenendo – a ragione – che proprio tale Stato «spesso è il responsabile principale delle violazioni subite dai rifugiati». Così P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 72, nota 18.

Il Progetto chiarisce anche che cosa debba intendersi per Stato di cittadinanza, sostenendo che si tratti del Paese di cui la persona fisica abbia acquisito la nazionalità in virtù delle leggi dello Stato stesso[772].

Il secondo presupposto richiesto è il previo esaurimento dei ricorsi interni[773].

Risulta, infatti, necessario, che, prima dell'attivazione statale, l'individuo abbia previamente esperito tutti i rimedi forniti dal Paese che, violando la norma internazionale, ha cagionato i danni[774].

Esistono, tuttavia dei casi, in cui il rispetto di tale condizione non è richiesta, ovvero qualora: lo Stato del foro sia privo di un apparato giurisdizionale adeguato o comunque non sia in grado di garantire lo svolgimento di procedimenti effettivi; il procedimento subisca un ritardo ingiustificato; non sussista una rilevante connessione, al tempo in cui è stato cagionato il danno, tra la persona danneggiata e lo Stato ritenuto responsabile; all'individuo sia precluso di esperire rimedi locali; lo Stato responsabile dell'illecito abbia rinunciato al rispetto della condizione del previo esaurimento dei ricorsi interni da parte del singolo cittadino del Paese che intende promuovere la protezione diplomatica[775].

---

[772] Art. 4, rubricato «State of nationality of a natural person», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, afferma che: «For the purposes of the diplomatic protection of a natural person, a State of nationality means a State whose nationality that person has acquired, in accordance with the law of that State, by birth, descent, naturalization, succession of States or in any other manner, not inconsistent with international law».

[773] Sul punto si veda *ex multis*: A. AMERASINGHE, "The Formal Character of the Rule of Local Remedies", in *Zeitschrift für ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1965, p. 445 e ss.; A. A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge-London-New York, 1983; J. CHAPPEZ, *La règle de l'épuisement de voies de rocours internes*, Pedone, Paris, 1972; G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1967; T. HAESLER, *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Sijthoff, Leyden, 1968; R. B. LILLICH, "The Effectiveness of the Local Remedies Rule Today", in *Proceeding of the American Society of International Law*, vol. 58, 1964, p. 101 e ss.; T. MERON, "The Incidence of the Rule of Exhaustation of Local Remedies", in *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 84 e ss.; C. P. PANAYOTACOS, *La règle de l'épuisement des recours internes en théorie et ne pratique*, Pedone, Paris, 1952.

[774] Articolo 14, rubricato «Exhaustion of local remedies», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, statuisce che: «1. A State may not present an international claim in respect of an injury to a national or other person referred to in draft article 8 before the injured person has, subject to draft article 15, exhausted all local remedies. 2. "Local remedies" means legal remedies which are open to an injured person before the judicial or administrative courts or bodies, whether ordinary or special, of the State alleged to be responsible for causing the injury. 3. Local remedies shall be exhausted where an international claim, or request for a declaratory judgement related to the claim, is brought preponderantly on the basis of an injury to a national or other person referred to in draft article 8».

[775] Art. 15, rubricato «Exceptions to the local remedies rule», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, afferma che: «Local remedies do not need to be exhausted where: (*a*) There are no reasonably available local remedies to provide effective redress, or the local remedies provide no reasonable possibility of such redress; (*b*) There is undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible; (*c*) There was no relevant connection between the

In presenza delle condizioni richiamate, secondo i sostenitori della teoria della protezione diplomatica, lo Stato, in favore del proprio cittadino, potrebbe raggiungere in via extragiudiziale quello scopo che – inutilmente – altra parte della dottrina ha sostenuto potesse essere perseguito in sede giurisdizionale.

Secondo i fautori della tesi oggetto del presente paragrafo, i tribunali di uno Stato dovrebbero, a fronte di un'azione promossa da un individuo contro uno Stato estero per violazione dei diritti umani fondamentali, riconoscere sempre l'immunità al Paese straniero (pur nei limiti dell'immunità relativa).

Tuttavia, l'affermazione dell'esenzione dalla giurisdizione per lo Stato straniero non precluderebbe la tutela dell'individuo, che sarebbe garantita tramite l'attivazione della protezione diplomatica e, in particolare, di un eventuale accordo risarcitorio tra lo Stato autore della violazione e lo Stato di cittadinanza dell'individuo leso: una volta concluso, infatti, l'accordo, lo Stato dovrebbe trasferire al soggetto, i cui diritti siano stati violati, la compensazione ottenuta[776].

All'interno della tesi della protezione diplomatica, è stata elaborata, inoltre, un'ulteriore sottoteoria che deve la sua formulazione a De Vittor: si tratta della c.d. teoria della protezione diplomatica "aggravata"[777].

Tale teoria è il risultato di alcune delle interferenze, che sono state poste in luce negli ultimi anni dalla dottrina, tra la materia del trattamento delle persone fisiche straniere e quella della protezione dei diritti umani. I punti di contatto che sono stati individuati hanno fatto sì

injured person and the State alleged to be responsible at the date of injury; (*d*) The injured person is manifestly precluded from pursuing local remedies; or (*e*) The State alleged to be responsible has waived the requirement that local remedies be exhausted».

[776] Si veda, quanto disposto dall'art. 19, rubricato «Recommended Practice», del Progetto di articoli della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica, secondo cui: «A State entitled to exercise diplomatic protection according to the present draft articles, should: (*a*) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when a significant injury has occurred; (*b*) Take into account, wherever feasible, the views of injured persons with regard to resort to diplomatic protection and the reparation to be sought; and (*c*) Transfer to the injured person any compensation obtained for the injury from the responsible State subject to any reasonable deductions».

[777] F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 608 e ss.

che, nonostante il residuare di opinioni contrarie[778], parte della dottrina affronti congiuntamente la trattazione delle due tematiche[779].

Presupposto, dunque, della sottoteoria che andremo ad analizzare, è l'influenza che gli sviluppi più significativi in materia di diritti umani avrebbero avuto sull'istituto della protezione diplomatica[780]. Appare, dunque, opportuno, soffermarci – seppur brevemente –

---

[778] Si veda, *ex multis*: N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 353, il quale, nonostante ammetta i punti di contatto tra le due materie, sostiene che occorra una trattazione separata in virtù delle specificità di cui ciascuna materia è dotata, in particolare afferma: «- le norme in materia di diritti umani sono, di regola, formulate a garanzia di tutti gli individui (cittadini e stranieri) sottoposti al potere di imperio dello Stato; al contrario, quelle relative agli stranieri hanno per oggetto una ben più limitata categoria di persone; - talune norme in materia di diritti umani, ad es. buona parte di quelle relative ai diritti politici, attribuiscono diritti ai cittadini, ma non necessariamente agli stranieri; - mentre le norme a protezione dei diritti umani hanno per oggetto la tutela dell'individuo, quelle relative agli stranieri sono poste a protezione degli Stati e solo in forma mediata dall'individuo; - vi sono taluni istituti, come la protezione diplomatica, che sono peculiari del trattamento degli stranieri; - esistono norme che specificamente hanno per oggetto gli stranieri, come quelle relative all'ingresso nel territorio, ai richiedenti asilo o ai lavoratori migranti». Focarelli, inoltre, sostiene che: «[…] nonostante esista una chiara tendenza alla sovrapposizione tra le norme sul trattamento degli stranieri e le norme sui diritti umani, la distinzione è tuttora rilevante». Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 945.

[779] Cfr. B. NASCIMBENE, "L'individuo e la tutela dei diritti umani", cit., p. 433 afferma: «Il riconoscimento dei diritti allo straniero è uno dei profili più significativi dell'evoluzione dei "diritti dell'uomo". L'apertura e la maggior considerazione per tale materia ha, invero, profondamente inciso in un ambito soggettivo che, tradizionalmente non prevedeva alcun obbligo dello Stato nei confronti dello straniero […]».

[780] In questo senso si veda: P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 71. Inoltre, per ulteriori spunti relativi all'influenza dei progressi in materia di diritti umani sulla protezione diplomatica, si veda: M. BENNOUNA, "La protection diplomatique: du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l'homme", in A. CONSTANTINIDE, K. K. KOUFA (edited by), *The Diversity of international Law: essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Nijhoff, Leiden, 2009, p. 481 e ss.; E. MILANO, "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p. 59 e ss.; M. I. PAPA, "Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669 e ss.; T. PERGANTIS, "Toward a "Humanization" of Diplomatic Protection?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht*, 2006, p. 351 e ss.; S. T. PESCH, "The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law", in N. WEIß, J.-M. THOUVENIN (edited by), *The Influence of Human Right on International Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2015, spec. p. 55 e ss.; M. PINTO, "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", in *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 513 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, "Impact on the Law of Diplomatic Protection", in M. T. KAMMINGA, M. SCHEININ (edited by), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford Univerisity Press, Oxford, 2009, p. 211 e ss..; P. WEIS, "Diplomatic protection of Nationals and International Protection of Human Rights", in *Human Rights Journal*, 1971, p. 643 e ss.. In giurisprudenza, si segnala una pronuncia della Corte internazionale di giustizia che ha ampliato la lista dei diritti sostanziali che determinano la legittimità della protezione diplomatica: cfr. Corte internazionale di giustizia, *Diallo* (*Guinea c. Repubblica Democratica del Congo*) (eccezioni preliminari), decisione del 24 maggio 2007. *Diallo*, cittadino della Repubblica di Guinea, dopo essersi stabilito in Zaire (ora Repubblica Democratica del Congo), aveva ivi fondato una società, la *Africom-Zaire*. A seguito del mancato pagamento di alcuni debiti da parte dello Zaire relativi alla consegna di merci, il *Diallo* chiedeva l'adempimento allo Stato. A seguito di tale richiesta, il cittadino della Guinea veniva, prima, arrestato con l'accusa di residenza illegale sul territorio dello Zaire e, poi, espulso. La Repubblica di Guinea si rivolgeva, dunque, alla Corte internazionale di giustizia, in protezione diplomatica del suo cittadino, sostenendo che lo Zaire avesse violato le norme internazionali sul trattamento degli stranieri e quelle sui diritti umani. Si vedano i commenti di: A. ALVAREZ-JIMENEZ, "Foreign Investors, Diplomatic Protection and the

sulle principali "contaminazioni" che sono state rilevate, e che emergono nel già citato articolato della Commissione di diritto internazionale del 2006.

Pertanto, ci atteremo a quanto previsto dal Progetto per individuare i tratti principali di tale influenza, che sembrano essere almeno cinque.

Anzitutto, se, inizialmente, come anticipato, il titolare del diritto sostanziale, violato in una data situazione e conferente ad un Paese il diritto di agire in protezione diplomatica, era considerato unicamente lo Stato, nel corso degli anni la situazione è progressivamente mutata, fino ad arrivare a ritenere anche l'individuo soggetto titolare del diritto sostanziale violato.

Lo Stato, dunque, qualora ponga in essere la protezione diplomatica, interverrebbe a tutela non soltanto delle proprie prerogative, ma anche di un diritto dell'individuo[781].

International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case", in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2007, p. 437 e ss.; ID., "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice", in *The Journal of War Investment&Trade*, 2008, p. 51 e ss.; S. DORIGO, "Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso Diallo di fronte alla Corte internazionale di giustizia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 705 e ss.; S. J. KNIGHT, A. J. O'BRIEN, "*Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea v. Democratic Republid of Congo*): Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Right, in *Melbourne Journal of International Law*, 2008, p. 151 e ss.

[781] Bennouna ha affermato la necessità di dare rilevanza all'interno della disciplina della protezione diplomatica a tale aspetto. Si veda M. BENNOUNA, "La protection diplomatique, un droit de l'État?", in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorum Liber. Paix, Développement, Démocratie*, vol. I, Bruxelles, 1998, p. 245 e ss., spec. p. 248 e ss.

Tale innovativa concezione è stata affermata dalla Corte internazionale di giustizia, con particolare riferimento all'art. 36, par. 1, lett. b) della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari[782], nelle sentenze *LaGrand*[783] e *Avena*[784].

[782] L'art. 36, rubricato «Comunicazione con i cittadini dello Stato di invio», della Convenzione sulle relazioni consolari, adottata a Vienna il 24 aprile del 1963, statuisce che: «1. Al fine di facilitare l'esercizio delle funzioni consolari relative ai cittadini dello Stato di invio: a) il funzionario consolare deve avere la libertà di comunicare con i cittadini dello Stato di invio e di recarsi da loro. I cittadini dello Stato di invio devono avere la stessa libertà di comunicare con i funzionari consolari e di recarsi da loro; b) se l'interessato ne fa domanda, le autorità competenti dello Stato di residenza debbono avvertire senza indugio l'ufficio consolare dello Stato di invio quando, entro la circoscrizione consolare, un cittadino di tale Stato sia arrestato, incarcerato o sottoposto a detenzione preventiva o qualsiasi altra forma di detenzione. Ogni comunicazione indirizzata all'ufficio consolare della persona arrestata, incarcerata o sottoposta a detenzione preventiva o qualsiasi altra forma di detenzione, deve egualmente essere trasmessa dalle dette autorità senza indugio. Queste debbono senza indugio informare l'interessato dei suoi diritti ai sensi del presente comma; c) i funzionari consolari hanno il diritto di recarsi dal cittadino dello Stato di invio, che sia incarcerato, in stato di detenzione preventiva o d'ogni altra forma di detenzione, di intrattenersi e corrispondere con lui e di provvedere alla sua rappresentanza in giudizio. Essi hanno parimenti il diritto di recarsi da un cittadino dello Stato di invio, che sia incercerato o detenuto in esecuzione di un giudizio nella loro circoscrizione. Nondimeno, i funzionari consolari devono astenersi dall'intervenire a favore di un cittadino incarcerato oppure in stato di detenzione preventiva o di qualsiasi altra forma di detenzione, qualora l'interessato si opponga espressamente. 2. I diritti di cui al paragrafo 1 del presente articolo devono essere esercitati nell'ambito delle leggi e regolamenti dello Stato di residenza, ma è inteso che queste leggi e regolamenti devono permettere la piena attuazione degli scopi per i quali i diritti sono accordati in virtù del presente capitolo».

[783] Corte internazionale di giustizia, *LaGrand* (*Germania c. Stati Uniti*), sentenza del 27 giugno 2001. La controversia sorgeva a seguito della mancata informativa da parte delle autorità statunitensi a due cittadini tedeschi, i fratelli LaGrand – i quali erano stati arrestati, giudicati ed, infine, condannati in primo grado, nel 1984, alla pena di morte per omicidio e altri reati, con conferma della condanna in tutti i successivi gradi di giudizio – della possibilità di rivolgersi alle proprie autorità consolari ex art. 36, § 1, lett. b) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963. I LaGrand erano venuti a sapere per loro conto, e non perché informati come avrebbero dovuto essere in base al trattato di cui sia gli Stati Uniti sia la Germania facevano parte fin dall'epoca dell'arresto, del loro diritto di cui all'art. 36 della Convenzione ed avevano, quindi, contattato le autorità consolari tedesche nel 1992. Le autorità consolari statunitensi notificavano ai LaGrand il loro diritto di ricorrere alle autorità consolari dello Stato di cittadinanza soltanto nel 1998. Nel 1999, la Corte suprema degli Stati Uniti decideva di giustiziare i fratelli LaGrand in due date diverse: il 24 febbraio 1999 e il 3 marzo 1999. Dopo aver tentato, senza successo, le vie diplomatiche, la Germania si rivolgeva alla Corte internazionale di giustizia il 2 marzo del 1999 per ottenere la sospensione, fino alla sentenza di merito che si sarebbe dovuta pronunciare sulla violazione da parte degli Stati Uniti dell'obbligo sancito dalla Convenzione di Vienna del 1963, dell'esecuzione del secondo fratello, che, diversamente dal primo, non era ancora stato giustiziato. Nonostante l'emissione da parte della Corte internazionale di giustizia dell'ordinanza, l'esecuzione del secondo fratello avveniva comunque. La Corte condannava, nel 2001, gli Stati Uniti per la violazione fatta valere dalla Germania. Per un commento alla sentenza si veda: C. DRINAN, "Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after *LaGrand*", in *Stanford Law Review*, 2002, p. 1303 e ss.; J. FITZPATRICK, "Unreality of International Law in the United States and the *LaGrand* case", in *Yale Journal of International Law*, 2002, p. 427 e ss.; J. QUEENGLEY, "*LaGrand*: A Challenge to the U.S. Judiciary", in *Yale Journal of International Law*, 2002, p. 435 e ss.; H. S. SCHIFFMAN, "The *LaGrand* Decision: the Evolving Legal Landscape of the Vienna Convention on Consular Relations in U.S. Death Penalty Cases", in *Santa Clara Law Review*, 2001-2002, p. 1999 e ss..; C. J. TAMS, "Consular Assistant: Rights, Remedies, and Responsibility. Comments on the ICJ's Judgment in the *LaGrand* Case", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1257 e ss.

[784] Corte internazionale di giustizia, sentenza del 31 marzo 2004, caso *Avena* (*Messico c. Stati Uniti*). Il caso sottoposto all'attenzione della Corte internazionale di giustizia era simile alla controversia sorta tra Germania e Stati Uniti nel caso *LaGrand*. Gli Stati Uniti, infatti, avevano giudicato, dichiarato colpevoli e

Nelle parole della Corte nel caso *La Grand*:

«The Court notes that Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State. It provides that, at the request of the detained person, the receiving State must inform the consular post of the sending State of the individual's detention "without delay". It provides further that any communication by the detained person addressed to the consular post of the sending State must be forwarded to it by authorities of the receiving State "without delay". Significantly, this subparagraph ends with the following language: "The said authorities shall inform the person concerned without delay of *his rights* under this subparagraph" (emphasis added). Moreover, under Article 36, paragraph 1 (c), the sending State's right to provide consular assistance to the detained person may not be exercised "if he expressly opposes such action". […] Based on the text of these provisions, the Court concludes that Article 36, paragraph 1, creates individual rights, which, by virtue of Article 1 of the Optional Protocol, may be invoked in this Court by the national State of the detained person. These rights were violated in the present case»[785].

Ancora, la Corte nel caso *Avena*, richiamando, peraltro, il § 77 della sentenza *LaGrand*, affermava:

condannato a morte 52 cittadini messicani, senza averli mai informati del loro diritto ex art. 36, § 1, lett. b) della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 1963. Il Messico si era, dunque, rivolto alla Corte internazionale di giustizia nel 2003, lamentando la violazione da parte degli Stati Uniti del trattato internazionale predetto, non solo con riferimento all'art. 32, § 1 lett. b), ma anche in relazione all'art. 36, § 1 lett. a), avendo gli Stati Uniti precluso alle autorità messicane di esercitare il loro diritto di comunicare con i propri cittadini arrestati sul territorio statunitense, e all'art. 36, § 2, sostenendo che la regola prevista dal sistema statunitense che preclude di proporre come motivo in appello un vizio di procedura non invocato in primo grado, impedisse il riesame delle sentenze statutinesi che avevano violato la Convenzione di Vienna del 1963. La Corte internazionale di giustizia ha sostanzialmente riaffermato quanto statuito nella sua precedente giurisprudenza *LaGrand*. Per un commento alla sentenza si veda: L. E. CARTER, "Lessons from *Avena*: the Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations", in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2004-2005, p. 259 e ss., ID., "Compliance with ICJ Provisional Measures and the Meaning of Review and Reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: *Avena and other Messican Nationals* (*Mex. v. U.S.*)", in *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 117 e ss.; C. HOPPE, "Implementation of *LaGrand* and *Avena* in Germany and United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 317 e ss.; D. L. SHELTON, "Case concerning *Avena and other Messican Nationals* (*Mex v. U.S.)",* in *The American Journal of International Law*, 2004, p. 559 e ss.

[785] Corte internazionale di giustizia, *LaGrand* (*Germania c. Stati Uniti*), cit., § 77.

«[…] It would further observe that violations of the rights of the individual under Article 36 may entail a violation of the rights of the sending State, and that violations of the rights of the latter may entail a violation of the rights of the individual. In these special circumstances of interdependence of the rights of the State and of individual rights, Mexico may, in submitting a claim in its own name, request the Court to rule on the violation of rights which it claims to have suffered both directly and through the violation of individual rights conferred on Mexican nationals under Article 36, paragraph 1 (b) […]»[786].

Tale aspetto pare sia stato assimilato all'interno del Progetto della Commissione di diritto internazionale del 2006.

Infatti, mentre all'interno dell'art. 1, rubricato «Definition and scope», del Progetto approvato in prima lettura nel 2004[787], è stato statuito:

«Diplomatic protection consists of resort to diplomatic action or other means of peaceful settlement *by a State adopting in its own right the cause of its national* in respect of an injury to that national arising from an internationally wrongful act of another State» (corsivo aggiunto),

diversa è la formulazione dello stesso articolo recepita all'interno del Progetto del 2006, secondo cui:

«For the purposes of the present draft articles, diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State *for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the*

[786] Corte internazionale di giustizia, *Avena* (*Messico c. Stati Uniti*), cit., § 40.

[787] Il testo del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica approvato in prima lettura il 24 maggio del 2004, doc. A/CN.4/L.647, è reperibile al link: http://legal.un.org/docs/?symbol=A/CN.4/L.647

former State with a view to the implementation of such responsibility». (corsivo aggiunto)

La versione adottata nel 2006 dalla Commissione di diritto internazionale appare, quindi, particolarmente significativa, in quanto, diversamente dal testo del 2004, lascia aperta la possibilità che il diritto sostanziale violato, per il quale viene attivata la protezione diplomatica, sia qualificabile come diritto facente capo anche all'individuo[788].

Un ulteriore effetto prodotto dall'evoluzione della materia dei diritti umani sull'istituto in questione, può essere evidenziato avendo riguardo alla formulazione dell'art. 8 del Progetto del 2006, che – come già ricordato – prevede la possibilità anche per apolidi e rifugiati di godere della protezione diplomatica a certe condizioni.

Tale disposizione, come affermato in dottrina, sarebbe una conseguenza dell'evoluzione del diritto internazionale – tanto consuetudinario, quanto pattizio – con riferimento agli apolidi e rifugiati[789].

L'influenza degli sviluppi in materia di diritti umani sembra si sia dispiegata anche sulle già citate condizioni necessarie affinché la protezione possa essere attivata.

In primis, si deve segnalare come l'originario presupposto della nazionalità dell'individuo appaia particolarmente affievolito rispetto al passato.

Ciò andrebbe ad evidenziare il progressivo avvicinamento dell'istituto alla concezione di tutela accolta in materia di diritti umani che, diversamente da quella che ha caratterizzato la nascita della protezione diplomatica, sarebbe estranea a certi criteri, come ad esempio quello della cittadinanza, prevedendo una protezione ad ampio raggio dell'individuo in quanto tale.

---

[788] In questo senso si veda, P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 72. Sul punto Nascimbene ha affermato: «Nella formulazione attuale, la disposizione lascia aperta la questione se la protezione diplomatica sia esercitata dallo Stato di origine a tutela di un proprio diritto, o piuttosto di un diritto del cittadino o di entrambi, con ciò rappresentando, eventualmente, un'evoluzione rispetto alla accennata visione tradizionale». Così B. NASCIMBENE, "L'individuo e la tutela dei diritti umani", cit., pp. 435 e s.

[789] Si veda, P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 72. Sul punto si veda anche Nascimbene che, in particolare, afferma: «L'art. 8 del Progetto viene […] senz'altro qualificata come norma di sviluppo progressivo del diritto internazionale, che superando la visione tradizionale che riserva l'esercizio della protezione diplomatica a tutela dei soli propri cittadini, ne consente l'esercizio allo Stato anche nei confronti del non cittadino qualora sia apolide o rifugiato». Così Cfr. B. NASCIMBENE, "L'individuo e la tutela dei diritti umani", cit., p. 436.

La predetta propensione troverebbe conferma all'interno di numerose disposizioni del Progetto del 2006.

Oltre a quella di cui all'art. 8, vengono in considerazione le disposizioni dell'art. 7, che ammette la protezione diplomatica da parte di uno Stato anche nel caso in cui la nazionalità dell'individuo che ha subito la violazione sia meramente predominante[790], e quelle dell'art. 18, il quale attribuisce allo Stato di bandiera della nave la facoltà di agire in protezione diplomatica dell'equipaggio a prescindere dalla nazionalità dei membri di quest'ultimo[791].

Inoltre, anche sulla seconda condizione richiesta affinché la protezione diplomatica possa essere esercitata, ovvero il previo esaurimento dei ricorsi interni, sembrerebbe avere inciso l'evoluzione in materia di diritti umani.

Avendo riguardo al testo dell'art. 15 del Progetto della Commissione di diritto internazionale, non si può non rilevare come anche tale condizione risulti, infatti, più blanda rispetto al passato, essendo prevista la possibilità di non dover rispettare l'esaurimento dei ricorsi interni qualora, ad esempio, vi sia un «undue delay in the remedial process which is attributable to the State alleged to be responsible».

Infine, vi è un ultimo aspetto della protezione diplomatica sul quale pare abbiano avuto delle ripercussioni gli sviluppi in materia di diritti umani.

Da alcuni anni, infatti, la dottrina ha iniziato ad interrogarsi sulla possibilità di rinvenire, nell'ambito dell'ordinamento internazionale, un diritto individuale alla protezione diplomatica, ovvero un diritto per il singolo, che abbia subito dei danni da parte di un Paese straniero, di poter pretendere l'attivazione dell'istituto da parte del suo Stato nazionale, e, di conseguenza, sulla possibilità per tale individuo di rivolgersi ai tribunali interni del proprio Stato a fronte del mancato esercizio da parte di quest'ultimo della protezione richiesta[792].

---

[790] Articolo 7, rubricato «Multiple nationality and claim against a State of nationality», del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica del 2006, che statuisce: «A State of nationality may not exercise diplomatic protection in respect of a person against a State of which that person is also a national unless the nationality of the former State is predominant, both at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim».

[791] Articolo 18, rubricato «Protection of ships' crews», del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica del 2006, afferma che: «The right of the State of nationality of the members of the crew of a ship to exercise diplomatic protection is not affected by the right of the State of nationality of a ship to seek redress on behalf of such crew members, irrespective of their nationality, when they have been injured in connection with an injury to the vessel resulting from an internationally wrongful act».

[792] Si veda, *ex multis*, Pustorino, il quale ricollega, come vedremo, tale possibilità in particolare all'importanza che ha assunto il diritto di accesso alla giustizia. Così P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 73 e ss. Per ulteriore indicazioni relative alla configurabilità di un diritto

Di recente, come abbiamo già sottolineato, è sorta la convinzione, avallata dalla Corte internazionale di giustizia, che titolare del diritto sostanziale violato dall'illecito di un Paese estero, a tutela del quale lo Stato di cittadinanza dell'individuo danneggiato agisca in protezione diplomatica, non sia solo lo Stato, ma anche l'individuo.

Seguendo tale impostazione, si potrebbe, allora, forse sostenere la possibilità che in capo al singolo vi sia un vero e proprio diritto[793] – previsto da una norma internazionale o, quanto meno, da un principio generale di diritto – di attivare lo Stato di cittadinanza affinché quest'ultimo eserciti la protezione diplomatica. Di conseguenza, in questo modo, si andrebbe, altresì, a comprimere la discrezionalità che, tradizionalmente, è sempre stata riconosciuta allo Stato rispetto alla possibilità di esercitare o meno la protezione diplomatica. Ciò in quanto, qualora il Paese di cittadinanza dell'individuo non si attivasse, ovvero la protezione venisse

dell'individuo alla protezione diplomatica, con particolare riferimento alle gravi violazioni dei diritti umani, si veda: BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica: sviluppi recenti*, cit.; S. FORLATI, "Protection diplomatique, droits de l'homme et reclamations «directes» devant la Cour internationale de Justice", in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 101 e ss.; A. GATTINI, "Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica", in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 455 e ss.; P.H. KOOJMANS, "Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, vol. III, p. 1980 e ss; P. PUSTORINO, "Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 68 e ss.; A. VERMEER-KÜNZLI, "Restricting Discretion: A Judicial review of Diplomatic Protection", in *Nordic Journal of International Law*, 2006, p. 279 e ss.. In particolare, Bassu spiega la ragione sottesa alla recente indagine, posta in essere da dottrina e giurisprudenza, circa l'esistenza di un diritto alla protezione diplomatica per l'individuo: «La mancata presa in considerazione dei diritti individuali da parte della dottrina classica relativamente all'istituto della protezione diplomatica è da mettere in relazione con l'orientamento che in quegli anni la dottrina internazionalistica aveva seguito per quanto riguarda il ruolo dell'individuo nel diritto internazionale. Così come non si riconosceva all'individuo un *locus standi* nella comunità internazionale, non si ammetteva che nell'istituto della protezione diplomatica avesse rilievo l'interesse del privato. Se questa impostazione era del tutto coerente con un indirizzo che in quegli anni negava una autonoma rilevanza ai diritti individuali, delle perplessità nascono se si considerano i grandi mutamenti che rispetto alla condizione dell'individuo si sono prodotti. A partire dalla fine della II guerra mondiale si è, infatti, assistito all'affermazione sia di norme internazionali primarie che gli attribuiscono dei diritti e degli obblighi, sia di norme secondarie che gli riconoscono un ruolo importante nell'attivazione di alcuni procedimenti di accertamento del diritto, previsti in particolar modo da trattati relativi alla tutela dei diritti dell'uomo». Così A. BASSU, *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica: sviluppi recenti*, cit., pp. 3 e s.

[793] In dottrina è stata altresì avanzata la possibilità che piuttosto che un vero e proprio diritto alla protezione diplomatica in capo all'individuo, si possa ritenere sussistente un interesse legittimo. Tale ipotesi è stata fondata sulla sentenza della Corte di Cassazione, sentenza del 19 ottobre 2011, n. 21581. La sentenza ha annullato una decisione del Consiglio di Stato secondo cui non poteva essere riconosciuto in capo ad un cittadino italiano, il diritto a che l'Italia intervenisse nei confronti di quest'ultimo in protezione diplomatica. Si veda sul punto: P. PUSTORINO, "Protezione diplomatica e interesse legittimo dell'individuo", in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 156 e ss.

esercitata tramite modalità non idonee, la persona fisica potrebbe adire i tribunali nazionali per lamentare la lesione di una propria prerogativa individuale.

La dottrina si è, dunque, recentemente interrogata su tale possibilità.

Anzitutto, è stato rilevato come, all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, sia possibile, ad oggi, affermare l'esistenza di un principio generale di diritto che attribuisce agli individui il diritto di accesso alla giustizia al fine di accertare la proporzionalità, la ragionevolezza e la non arbitrarietà della decisione assunta dallo Stato in tema di protezione diplomatica, potendo obbligare il governo a riesaminare la questione in caso contrario[794].

Diverse sono state le pronunce delle autorità giurisdizionali degli ordinamenti interni che si sono espresse in tal senso[795].

---

[794] P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 73.

[795] Sul punto cfr. *Supreme Court of Judicature* (*Court of Appeals*), *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, 6 *november* 2002, la quale ha evidenziato che l'accesso alla giustizia fosse connesso alla gravità della violazione subita dall'individuo. Il caso *Abbasi* nasceva dal ricorso alle corti britanniche presentato dalla madre del sign. Abbasi. Quest'ultimo, cittadino inglese, era stato fatto prigioniero, durante l'occupazione del territorio afghano, dall'esercito statunitense, e, successivamente, trasferito e detenuto nel carcere di Guantanamo. Oltre a lamentare la violazione dei diritti umani fondamentali dell'Abbasi – trattenuto in assenza di qualsiasi guarantigia giurisdizionale da uno Stato estero, le cui corti interne, peraltro, seppure solo in primo grado, avevano ricusato la possibilità di conoscere della legittimità della detenzione in corso – il ricorrente citava in giudizio il Ministero degli esteri britannico al fine di ottenere un sindacato giurisdizionale sull'efficacia dell'azione diplomatica posta in essere dal proprio Paese a tutela del cittadino recluso. All'esito di una sentenza estremamente articolata, la Corte Suprema inglese elaborava una pluralità di considerazioni: in primo luogo, negava che tanto il diritto internazionale, quanto la Convenzione europea dei diritti umani, impongano agli Stati un obbligo di protezione verso i propri cittadini; tuttavia, notava come quello alla protezione diplomatica dovesse considerarsi, se non un diritto individuale, un interesse legittimo del singolo, nascente dall'estrema discrezionalità di cui l'esecutivo gode nel suo esercizio, esecutivo il quale, nel caso della Gran Bretagna, aveva ripetutamente, ufficialmente e pubblicamente esposto i contenuti e le linee guida di quella che era, e sarebbe stata, la propria azione per quel che concerne la protezione dei cittadini (facendo così insorgere l'interesse legittimo di cui sopra); a fronte di tale ultima considerazione, la Corte ben si attribuiva il diritto di sindacare la ragionevolezza e la correttezza (nel senso della conformità rispetto alle illegittime aspettative ingenerate) dell'azione governativa. L'atteggiamento della Corte Suprema si dimostrava, comunque, particolarmente cauto, là dove affermava come le proprie prerogative non potessero spingersi fino al sindacato di aree di esclusiva discrezionalità amministrativa, quali quelle afferenti la politica estera nella sua accezione più generale. Per un commento alla sentenza si veda: C. KILROY, "*R.* (on the application of *Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*: Reviewing the Prerogative", in *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 222 e ss.; L. VIERUCCI, "Il caso *Abbasi*: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 911 ss. Per ulteriori riferimenti a pronunce dei tribunali nazionali, che hanno riconosciuto l'esistenza del diritto per il singolo di accedere alla giustizia per un controllo sui caratteri della decisione dello Stato in materia di protezione diplomatica, si veda P. PUSTORINO, "Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 68 e ss., il quale cita, ad esempio, *Tribunal fédéral suisse*, *Groupement X c. Conseil fédéral*, 2 *juillet* 2004, che ha interpretato le norme costituzionali svizzere conformemente all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il caso deciso dal Tribunale era sorto a seguito del ricorso presentato da una società di diritto svizzero, la *Groupement X*, al fine di ottenere l'annullamento di una decisione con la quale il Consiglio federale si era rifiutato di attivare l'istituto della protezione diplomatica in relazione ad una controversia concernente l'applicazione di un contratto stipulato tra la società svizzera ed il CERN. Per un commento alla sentenza, si veda: F. FLAUSS, "Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection

Accertata l'esistenza, a livello nazionale, di un diritto di accesso alla giustizia per verificare la riscontrabilità dei requisiti che devono caratterizzare l'esercizio della protezione diplomatica, parte della dottrina ha avanzato, quindi, l'ipotesi di poter rinvenire, nel caso di gravi violazioni da parte dello Stato estero, anche l'esistenza di un vero e proprio diritto facente capo all'individuo alla protezione diplomatica.

diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, *Groupement X c./Conseil fédéral*", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 407 ss. Cfr., in quanto significativa sul punto, anche: Corte internazionale di giustizia, *Diallo* (*Repubblica di Guinea c. Repubblica Democratica del Congo*) (eccezioni preliminari), cit., che, al § 33, considerando quanto previsto dall'art. 1 del Progetto di articoli sulla protezione diplomatica della Commissione di diritto internazionale del 2006, afferma: «Owing to the substantive development of international law over recent decades in respect of the rights it accords to individuals, the scope *ratione materiae* of diplomatic protection, originally limited to alleged violations of the minimum standard of treatment of aliens, has subsequently widened to include, *inter alia*, internationally guaranteed human rights».

Si è osservato come, senza dubbio, depongano a favore dell'esistenza di tale diritto sia alcune disposizioni degli ordinamenti nazionali[796] sia talune pronunce giurisprudenziali[797].

[796] In questo senso si esprime anche il commentario al Progetto di articoli sulla protezione diplomatica della Commissione di diritto internazionale del 2006, con particolare riferimento all'art. 19, che prevede: «(3) […] The Constitutions of many States recognize the right of the individual to receive diplomatic protection for injuries suffered abroad, which must carry with it the corresponding duty of the State to exercise protection […]». Per le disposizioni degli ordinamenti interni che prevedono per lo Stato l'obbligo di attivare la protezione diplomatica, cfr. il *First Report on Diplomatic Protection* 7 *March and* 20 *April* 2000, *Special Rapporteur* J. R. Dugard, doc. A/CN.4/506, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, che statuisce al par. 80: «Discussions in the Sixth Committee revealed that some members of the international legal community believed that the individual should be entitled to diplomatic protection as a matter of right. Although limited, there is in fact some State practice to support this view. Constitutional provisions in a number of States, mainly those belonging to the former communist bloc, recognize the right of the individual to receive diplomatic protection for injuries suffered abroad. These include: Albania, Belarus, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Cambodia, China, Croatia, Estonia, Georgia, Guyana, Hungary, Italy, Kazakhstan, Lao People's Democratic Republic, Latvia, Lithuania, Poland, Portugal, Republic of Korea, Romania, Russian Federation, Spain, the former Yugoslav Republic of Macedonia, Turkey, Ukraine, Viet Nam and Yugoslavia. Usually the relevant article of the Constitution contains formulations such as the "the State shall protect the le- gitimate rights of X nationals abroad" or "nationals of Y shall enjoy protection while residing abroad". The Italian, Spanish and Turkish constitutional provisions contain very vague and loose formulations, providing for the protection of certain rights of workers abroad, or in the case of Spain, state that the State "shall try to safeguard the economic and social rights" of its nationals working abroad. The Constitution of the former Yugoslav Republic of Macedonia is even more limited, stating that the State "cares for" the well-being of its nationals abroad. At the other end of the spectrum, the Constitutions of the Republic of Korea and Guyana establish the "duty" of those States to protect their nationals abroad. Ukraine "guarantees" protection and the Polish Constitution talks about the right of the individual national to protection abroad, whereas the Hungarian Constitution states that "every Hungarian citizen is entitled to protection by the Republic of Hungary" while residing abroad. It is uncertain whether and to what extent those rights are enforceable under the municipal law of those countries, and whether they go beyond the right of access to consular officials abroad. On the other hand, they suggest that certain States consider diplomatic protection for their nationals abroad to be desiderable». Si veda, inoltre, quanto asserito dall'art. 23 TFUE, secondo cui: «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali richiesti per garantire detta tutela. Il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, può adottare direttive che stabiliscono le misure di coordinamento e cooperazione necessarie per facilitare tale tutela» e dall'art. 46, rubricato «Tutela diplomatica e consolare», della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato». Per alcuni considerazioni sulla protezione diplomatica all'interno dell'Unione europea, si veda: R. LA ROSA, "La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio delle norme internazionali in materia", in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 133 e ss.

[797] Cfr., ad esempio, *The South Africa Constitutional Court*, *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa*, 4 *august* 2004. Il caso riguardava l'avvenuto arresto di Samule Kaunda e altri sessantotto sud-africani che erano stati arrestati in Zimbawe. Tali individui erano potenzialmente suscettibili di un'estradizione in Guinea equatoriale, ove sarebbero stati accusati di avere preso parte al tentato colpo di Stato. Temendo di essere estradati in Guinea equatoriale, ove sarebbero stati sottoposti ad un ingiusto processo e condannati a morte, tali individui presentavano ricorso alla *High Court* di Pretoria affinché il Governo Sud Africano si assicurasse che i loro diritti previsti dalla Costituzione Sud Africana non venissero violati. A seguito del rigetto della domanda da parte della Corte di primo grado, i ricorrenti agivano innanzi la suprema istanza e la

Ad ulteriore sostegno di tale tendenza si porrebbe, inoltre, il già ricordato art. 19 del Progetto della Commissione di diritto internazionale sulla protezione diplomatica del 2006. Secondo la lett. a) di tale articolo, infatti, uno Stato titolare in base al Progetto di agire in protezione diplomatica dovrebbe "*a*) Give due consideration to the possibility of exercising diplomatic protection, especially when *a significant injury* has occurred". (corsivo aggiunto)

---

questione veniva, da ultimo, decisa dalla Corte costituzionale. La sentenza della Corte si rivelava particolarmente articolata. Da un lato, la Corte riteneva potesse rendersi un'interpretazione delle norme costituzionali sudafricane per cui: «There may be a duty on government, consistent with its obligations under international law, to take action to protect one of its citizens against a gross abuse of international human rights norms. A request to government for assistance in such circumstances where the evidence is clear would be difficult, and in extreme cases possibly impossible to refuse. It is unlikely that such a request would ever be refused by government, but if it were, the decision would be justiciable and a court would order the government to take appropriate action» (§ 69). Successivamente, tuttavia, procedeva all'analisi del *case law* delle Corti supreme che avevano affrontato la questione, non potendo non notare il particolare *self restraint* da esse manifestato (v. in particolare, *Supreme Court of Judicature* (*Court of Appeals*), *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, cit.). La Corte sudafricana, nell'impostare la problematica alla luce del diritto internazionale ne sottolineava un aspetto - a suo dire - particolarmente ironico. L'affermazione dell'esistenza di un diritto consuetudinario alla protezione diplomatica, infatti, passava attraverso la ricognizione della prassi giurisprudenziale degli Stati, che, in definitiva, contribuiva in maniera sostanziale a determinarlo. Anziché alla luce del diritto internazionale, la questione veniva risolta alla luce del diritto costituzionale sudafricano, nel senso della sindacabilità delle scelte dell'esecutivo in materia di protezione diplomatica, sindacabilità, tuttavia, limitata alla censura per irrazionalità intrinseca o malafede del governo nelle scelte adottate. Veniva, dunque, affermata l'esistenza di un diritto alla protezione diplomatica, ma, contemporaneamente, riconosciuta l'ampia discrezionalità di cui gode l'esecutivo nelle sue modalità attuative. Per un commento alla sentenza si veda: M. COOMBS, "*Kaunda v. President of the Republic of South Africa*. Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 6 e ss. Si veda, inoltre, quanto statuito dal Tribunale di I grado per le Comunità europee (ora dell'Unione europea), *Chafiq Ayadi c. Consiglio dell'Unione europea*, decisione del 12 luglio 2006 (T-253/02). A seguito dell'11 settembre 2001, il Consiglio di sicurezza ONU adottava delle risoluzioni affinché gli Stati membri delle Nazioni Unite congelassero i fondi e le risorse finanziarie delle persone e degli enti associate a Osama bin Laden, Al-Quaeda e ai Talebani. In particolare, il Consiglio di sicurezza istitutiva un Comitato per le sanzioni, chiamato ad identificare i terroristi e mantenere una lista aggiornata. Le risoluzioni sono state rese esecutive all'interno delle Comunità europee tramite alcuni regolamenti del Consiglio. La controversia decisa dal Tribunale di I grado riguardava la legittimità di uno dei regolamenti attuativi delle risoluzioni che, in particolare, aveva inserito nella lista comunitaria dei terrosti il sig. Chafiq Ayadi. Il Tribunale affermava che le direttive del Comitato delle sanzioni ed il regolamento impugnato prevedessero per l'individuo il diritto di richiedere al Comitato delle sanzioni il riesame del caso, tramite l'intermediazione del governo del Paese in cui fosse residente o cittadino, al fine di ottenere la cancellazione dalla lista. Pertanto, gli Stati membri dell'Unione europea avrebbero avuto un obbligo, ex art. 6 del TUE, di agire in protezione diplomatica a tutela dei singoli individui (cfr. § 146). In senso analogo si è espressa anche la sentenza del Tribunale di I grado per le Comunità europee ora dell'Unione europea), *Faraj Hassan c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle comunità europee*, decisione del 12 luglio 2006 (T-49/04). Cfr. M. ARCARI, "Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni del Consiglio di Sicurezza", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 670 e ss. Si veda, inoltre, più in generale sulla questione il contributo di M. GESTRI, "Consiglio di Sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in 'protezione diplomatica' dei singoli?", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, *Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 353 e ss.

Tuttavia, come affermato dalla stessa Commissione del diritto internazionale, l'articolo è ispirato allo sviluppo progressivo del diritto internazionale[798].

In effetti, nonostante gli indubbi spiragli aperti dalla giurisprudenza e dal Progetto del 2006, nei quali si intravede la possibilità di ipotizzare, in una prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione di un diritto ad ottenere la protezione diplomatica da parte del proprio Stato nazionale per un individuo, la dottrina maggioritaria ritiene che sia ancora prematuro sostenere l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario che si esprima in tal senso[799].

Tuttavia, come rilevato da Pustorino:

> «pur non potendosi attualmente sostenere che esista un diritto individuale alla protezione diplomatica da parte dello Stato nazionale, appare tuttavia legittimo ritenere che si stia progressivamente consolidando non soltanto nel diritto interno, ma anche nel diritto internazionale e comunitario, una tendenza a garantire siffatta protezione almeno nei casi di *gross violations* dei diritti umani»[800].

Le considerazioni finora esposte sono funzionali alla teoria elaborata da De Vittor, la quale ha ritenuto che, *de lege ferenda*, possa ipotizzarsi la previsione di una protezione diplomatica *ad hoc* nell'ipotesi in cui uno Stato abbia posto in essere gravi violazioni dei diritti umani fondamentali[801].

---

[798] Nel commento all'art. 19 del Progetto sulla protezione diplomatica della Commissione di diritto internazionale del 2006 si legge: «(3) A State is not under international law obliged to exercise diplomatic protection on behalf of a national who has been injured as a result of an internationally wrongful act attributable to another State. The discretionary nature of the State's right to exercise diplomatic protection is affirmed by draft article 2 of the present draft articles and has been asserted by the International Court of Justice and national courts, as shown in the commentary to draft article 2. Despite this there is growing support for the view that there is some obligation, however imperfect, on States, either under international law or national law, to protect their nationals abroad when they are subjected to significant human rights violations. […] it is possible to seriously suggest that international law already recognizes the existence of some obligation on the part of a State to consider the possibility of exercising diplomatic protection on behalf of a national who has suffered a significant injury abroad. If customary international law has not yet reached this stage of development then draft article 19, subparagraph (a), must be seen as an exercise in progressive development».

[799] Si veda, *ex multis*, N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, cit., p. 365.

[800] Si veda, P. PUSTORINO, "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", cit., p. 77.

[801] Più precisamente De Vittor parla di un "adattamento al tema del tradizionale istituto della protezione diplomatica". Così F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 576.

Tale teoria avrebbe non solo il merito – proprio della teoria generale sulla protezione diplomatica – di assicurare agli individui di ricevere una tutela effettiva qualora subiscano gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, prescindendo dagli esiti giurisdizionali delle vicende e, nello specifico, distaccandosi dalle valutazioni inerenti all'esistenza o meno di una *human rights exception* alla norma generale sull'immunità, ma anche l'ulteriore pregio di prevedere una sorta di tutela "rafforzata", in quanto la protezione diplomatica prospettata presenterebbe delle caratteristiche che renderebbero la tutela dell'individuo ulteriormente garantita.

Secondo l'Autrice, infatti, sarebbe possibile, nelle ipotesi in cui uno Stato ponga in essere delle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, rilevare un diverso atteggiarsi del *modus operandi* dell'istituto, cagionato dall'importanza che tali diritti rivestono nell'ordinamento internazionale.

Due sarebbero gli elementi che andrebbero a distinguere la protezione diplomatica "aggravata".

In primo luogo, verrebbe meno uno dei presupposti fondamentali, normalmente imprescindibili, affinché l'istituto in questione possa essere attivato. Mi riferisco al legame di nazionalità che, di regola, deve sussistere tra lo Stato che esercita la protezione diplomatica e l'individuo al quale la tutela, seppur in via mediata, è rivolta: il collegamento della nazionalità tra individuo danneggiato e Stato che agisce in protezione diplomatica perderebbe, infatti, il suo carattere di essenzialità[802].

Nell'opinione di De Vittor, dunque, i diritti umani fondamentali avrebbero assunto una rilevanza tale da far sì che, al fine di assicurarne la loro tutela, l'ordinamento internazionale avrebbe acconsentito allo "scardinamento" di uno degli istituti più classici del diritto internazionale.

A tali conclusioni, l'Autrice sarebbe addivenuta tramite quella lettura che non si limita a considerare i singoli casi attenendosi agli esiti giudiziari, ma si estende alla vicenda complessiva, abbracciando anche gli eventuali sviluppi diplomatici.

È proprio sulla base di questo presupposto che, a titolo esemplificativo, è stato richiamato da De Vittor il caso *Letelier*.

[802] *Ibidem*, p. 611.

Come noto, la *District Court for District of Columbia*[803] aveva disconosciuto l'immunità allo Stato cileno dalla giurisdizione statunitense e, proprio per questo motivo, spesso i teorici della *human rights exception* hanno fatto riferimento a tale pronuncia per sostenere la loro tesi (seppur nelle diverse forme che abbiamo analizzato).

Tuttavia, secondo De Vittor, adottando l'ottica omnicomprensiva che si estende fino ai profili diplomatici della vicenda, sarebbe possibile ricondurre il caso allo schema classico della protezione diplomatica.

Nelle parole dell'Autrice:

> «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 dell'immunità giurisdizionale – può essere 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»[804].

A conclusione della vicenda, come già ricordato, gli Stati Uniti ed il Cile hanno, infatti, adottato un accordo con il quale il governo cileno ha accettato di pagare al governo statunitense una somma *ex gratia*, a fronte dell'assenso degli Stati Uniti a riconoscere l'illegittimità della sentenza pronunciata in primo grado.

Pertanto, se la protezione diplomatica prevede che a fronte di un illecito posto in essere da uno Stato straniero nei confronti di un individuo, lo Stato di cittadinanza di quest'ultimo possa attivarsi a tutela del proprio cittadino, secondo De Vittor deve necessariamente ritenersi che il caso *Letelier* sia un perfetto esempio di applicazione dell'istituto dotato però di una peculiarità: a fronte dell'illecito commesso dal Cile, infatti, gli Stati Uniti, al fine di ottenere un risarcimento dei danni per *Letelier*, avevano fatto propria la causa di quest'ultimo, attivando la protezione diplomatica che aveva condotto al pagamento da parte del Cile del risarcimento, e ciò nonostante il *Letelier* avesse cittadinanza non statunitense, bensì cilena[805].

---

[803] *Letelier v. Republic of Chile*, cit.

[804] Così, F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 612.

[805] F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 613.

Tuttavia, l'Autrice ha evidenziato come il Cile, a fronte della decisione della corte statunitense di primo grado, si fosse limitato a contestare la sede e la forma di tutela prescelta dagli Stati Uniti, senza sindacare in alcun modo il fatto che gli Stati Uniti avessero agito a tutela di un individuo straniero: né nell'accordo, né nella decisione arbitrale, infatti, venne fatto riferimento ad una distinzione tra cittadini statunitensi e cittadini cileni[806].

A sostegno della tesi di una protezione diplomatica "aggravata", svincolata dal legame di nazionalità tra Stato che attiva la protezione e cittadino danneggiato dal Paese autore dell'illecito, l'Autrice richiamava anche (l'allora) proposta di Dugard, accolta dalla Commissione di diritto internazionale, contenuta nell'art. 8 del *First Report on diplomatic protection*[807]. Tale articolo consentiva allo Stato di residenza abituale e legale di apolidi e rifugiati di esercitare la protezione diplomatica a favore di tali individui anche in assenza del legame di nazionalità[808].

Per stessa ammissione dell'Autrice, la norma, essendo limitata al caso di apolidi e rifugiati, non poteva ritenersi un elemento a favore di un generale orientamento volto ad eliminare il requisito della cittadinanza come presupposto per la protezione diplomatica; tuttavia, al tempo stesso, la *ratio* sottesa a tale previsione sarebbe chiaramente stata l'esigenza di statuire una tutela nei confronti dell'uomo in quanto tale, a prescindere da ulteriori e diversi criteri compreso quello di cittadinanza[809].

Nell'opinione di De Vittor, il secondo elemento caratterizzante la protezione diplomatica "aggravata", sarebbe costituito dall'esistenza di un vero e proprio diritto per l'individuo, sancito dall'ordinamento interno degli Stati, alla protezione stessa[810].

---

[806] Addirittura nella sentenza arbitrale, al § 22, si legge: «The Commission has also kept in mind the need to apply the same rules to the members of the families of Orlando Letelier and Ronni Moffitt, with no differentation whatever by reason of their nationality».

[807] L'art. 8 del *First Report on Diplomatic Protection*, *Special Rapporteur* J. R. Dugard, 7 *March and* 20 *April* del 2000, doc. A/CN.4/506, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, statuiva: «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 the State?]; provided the injury occurred after that person became a legal resident of the claimant State».

[808] Si ricorda come, seppur con una formulazione parzialmente diversa, anche la nuova formulazione dell'art. 8 adottata dal Progetto di articoli sulla protezione diplomatica del 2006, consenta allo Stato di residenza abituale e legale di apolidi e rifugiati di esercitare la protezione diplomatica.

[809] Si veda F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 614.

[810] *Ibidem*, spec. p. 616.

Secondo l'Autrice, infatti, sarebbe possibile, rinvenire all'interno degli ordinamenti nazionali una tendenza a prevedere un obbligo in capo agli Stati di agire in protezione diplomatica dei propri cittadini (e non solo), qualora questi siano stati vittime di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali da parte di uno Stato estero. Tale obbligo deriverebbe dall'esigenza di sopperire alla mancata protezione effettiva degli individui cagionata dall'operatività a livello giurisdizionale della norma immunitaria che, in assenza di un'eccezione umanitaria, impone sempre di garantire agli Stati l'esenzione dalla giurisdizione dai tribunali di uno Stato straniero[811].

A sostegno di quanto asserito, De Vittor richiama, anzitutto, il caso *Princz*, evidenziando tre elementi della vicenda considerata nel suo complesso, ovvero che: *in primis*, la *District Court* aveva affermato il diritto costituzionalmente garantito per un individuo di ricorrere alla giurisdizione del proprio Stato per convenire in giudizio un Paese straniero al fine di chiedere il risarcimento dei danni patiti[812]; *in secundis*, la *Court of Appeals* aveva ritenuto che dovesse sempre essere riconosciuta l'immunità ad uno Stato di fronte ai tribunali di un Paese estero[813]; infine, il Governo statunitense, grazie all'azione diplomatica che aveva condotto ad un accordo con la Germania, aveva garantito al *Princz* quella riparazione di cui questi avrebbe eventualmente beneficiato se fosse stato riconosciuto il suo diritto in sede giurisdizionale. Dalla lettura in combinato disposto di questi tre elementi, l'Autrice fa discendere la possibilità di ritenere esistente un diritto dell'individuo alla protezione diplomatica, qualora in sede giurisdizionale la sua tutela sia impedita dall'operatività della norma immunitaria[814].

De Vittor riconosce, però, come il solo caso *Princz* non sia di certo sufficiente per ritenere sussistente all'interno dell'ordinamento internazionale un diritto dell'individuo alla protezione diplomatica nei casi di gravi violazioni dei diritti umani, anche se, le considerazioni rispetto a tale caso avrebbero potuto assumere una maggiore rilevanza se collegate alla proposta del *Special Rapporteur* Dugard, nel *First Report on Diplomatic Protection* del 2000, di prevedere l'obbligo a carico degli Stati di esercitare la protezione diplomatica qualora lo *ius*

[811] *Ibidem*, spec. p. 616.
[812] *Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*, cit.
[813] *Federal Republic of Germany v. Hugo Princz*, cit.
[814] *Ibidem*, spec. p. 616.

cogens fosse violato da uno Stato estero[815]; una proposta che, tuttavia, oltre ad essere stata definita dallo stesso Dugard «an exercise in progressive development»[816], successivamente non è stata accolta dalla Commissione di diritto internazionale.

A fronte di tali considerazioni, De Vittor conclude che:

> «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 di 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.

---

[815] Art. 4 del *First Report on Diplomatic Protection* del 7 *March and* 20 *April* 2000, *Special Rapporteur* J. R. Dugard, doc. A/CN.4/506, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf: «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 theinjured person upon a 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 indipendent national authoriry».

[816] In particolare, nel commento all'art. 4 del *First Report on Diplomatic Protection* del 7 *March and* 20 *April* 2000, *Special Rapporteur* J. R. Dugard, doc. A/CN.4/506, reperibile al link http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_506.pdf, si legge ai §§ 87 e 88: «87. In sum, there are signs in recent State practice, constitutions and legal opinion of support for the view that States have not only a right but a legal obligation to protect their nationals abroad. This approach is clearly in conflict with the traditional view. It cannot, however, be dismissed out of hand as it accords with the principal goal of contemporary international law - the advancement of the human rights of the individual rather than the sovereign powers of the State. This issue is therefore one that needs to be considered, if necessary by way of progressive development. This would accord with the suggestion by Orrego Vicuña in his 2000 report to the International Law Association Committee on diplomatic protection that: "The discretion exercised by a government in refusing to spouse a claim on behalf of the individual should be subject to judicial review in the context of due process". 88. Article 4 seeks to give effect to developments of this kind. As it involves an exercise in progressive development, rather than codification, care is taken to limit the proposed duty on States to particularly serious cases, to give States a wide margin of appreciation, and to restrict the duty on States to nationals with a genuine link to the State of nationality».

> 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»[817].

Alla luce di quanto affermato, sembrerebbe, dunque, opportuno, secondo i sostenitori della tesi della protezione diplomatica, adottare una logica nuova, che si distacchi dal tentativo di affermare sul piano giurisdizionale il superamento dell'immunità a favore delle norme sui diritti umani fondamentali.

Nell'ottica che questa parte della dottrina abbraccia, a livello giurisdizionale, infatti, dovrebbe sempre essere riconosciuta, nei limiti dell'immunità relativa, l'esenzione di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero. Sulla base di tale presupposto, è stato sostenuto, tuttavia, che il riconoscimento dell'immunità non vada ad inficiare la tutela dei diritti fondamentali degli individui.

Secondo gli Autori, il risultato che sarebbe perseguito dalla *human rights exception*, ovvero la possibilità attribuita ai singoli di essere beneficiari, a seguito di un ricorso agli organi giurisdizionali del proprio Paese, di una riparazione eventualmente garantita dalle pronunce giurisprudenziali di condanna emesse nei confronti di un Paese estero a seguito delle violazioni – se accertate – dei diritti umani fondamentali, potrebbe essere ugualmente conseguito in sede extra-giudiziale attraverso l'istituto della protezione diplomatica.

Tale impostazione avrebbe l'indubbio vantaggio di porre fine a un conflitto che da anni affligge autorità giurisdizionali, dottrina e istituzioni politiche, in quanto renderebbe del tutto inutile, tanto la previsione di una eccezione umanitaria all'immunità, quanto lo stesso dibattito sulle due categorie di norme oggetto del nostro esame.

Inoltre, la tesi della protezione diplomatica consentirebbe un ampio margine di manovra agli Stati per addivenire ad una soluzione della vicenda. Non si sarebbe più legati

---

[817] F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", cit., p. 617.

necessariamente all'esercizio della giurisdizione, ma si potrebbe, invece, ricorrere a dei diversi canali.

Qualora, poi, si raggiungesse un accordo interstatale sarebbe eventualmente possibile soddisfare equamente, nel caso di un illecito macro-offensivo, tutte le vittime della violazione, garantendo così una tutela ad ampio raggio, che in sede giurisdizionale non sarebbe possibile, o, quanto meno, risulterebbe difficilmente possibile attribuire.

Infine, come già ricordato, qualora si intavolasse un dialogo tra gli esecutivi, si avrebbe il vantaggio di prendere in considerazione quelle valutazioni morali, politiche ed economiche – dalle quali risulta indubbiamente nel caso di massive violazioni dei diritti umani fondamentali difficoltoso prescindere – che, in sede giurisdizionale, non potrebbero (e soprattutto non dovrebbero) assumere rilevanza.

Se, dunque, questa soluzione appare apprezzabile da diversi punti di vista, al tempo stesso non si possono nascondere delle perplessità.

È vero che la tesi prospetta una soluzione difficilmente criticabile, in quanto lo scopo ultimo a cui tenderebbe il riconoscimento della prevalenza delle norme a tutela dei diritti umani fondamentali sulla norma immunitaria verrebbe comunque raggiunto.

Tuttavia, vi è differenza tra riconoscere un diritto a un individuo che può essere liberamente da questi attivato davanti ad un'istanza giurisdizionale, e, invece, un diritto per il singolo, quale quello sotteso alla protezione diplomatica, che si intende sempre mediato da parte dello Stato.

L'individuo, infatti, sarà beneficiario della tutela della protezione diplomatica solo qualora lo Stato si attivi in tal senso, non potendo autonomamente far valere il suo diritto, e ciò nonostante gli importanti sviluppi che la materia ha avuto negli ultimi anni: riconoscere in sede giurisdizionale, dunque, la prevalenza delle norme a protezione dei diritti umani sulla norma che sancisce l'esenzione dalla giurisdizione, attribuirebbe la possibilità all'individuo di sottrarsi ad un'eventuale inerzia dello Stato sul piano diplomatico e, pertanto, di avere il pieno "controllo" dell'azione.

Peraltro, se forse la protezione diplomatica potrebbe "raggirare" i termini del problema, e sopire le istanze di giustizia degli individui, non si può ignorare dal punto di vista sistematico del diritto internazionale come la questione in sede giurisdizionale continui a porsi.

Riconoscere l'immunità sembrerebbe, infatti, perlomeno dubbio, se non iniquo, in quanto la prevalenza della norma immunitaria non troverebbe giustificazione in base alla risoluzione di un conflitto tra norme – conflitto che indubbiamente si pone come peraltro sostenuto da quasi tutte le sentenze, perlomeno riconoscendo i termini del problema – ma da un'aprioristica decisione di non indagare lo status della norma immunitaria in favore di una via che, nonostante possa avere la sua attrattiva, si limita a far distogliere all'interprete l'attenzione da un problema che si è posto, persiste e verrà riscontrato ancora in futuro.

CAPITOLO VI
LA MACROCATEGORIA DELL'ETEROGENEITÁ STRUTTURALE TRA NORME

SOMMARIO: 6.1 La costruzione teorica; 6.2 La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012

6.1 La costruzione teorica

L'ultima costruzione teorica che sarà oggetto della nostra analisi si fonda su un dato consolidato della materia immunitaria.

Se è vero, come abbiamo avuto modo di sottolineare, che numerosi aspetti della regola classica secondo cui uno Stato avrebbe diritto all'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese straniero sono oggetto di opinioni discordanti, è altrettanto certo che taluni profili appaiono, invece, pacificamente acquisiti.

Tra questi profili, uno in particolare è stato utilizzato da dottrina e giurisprudenza per formulare una costruzione teorica, che – diversamente dalle altre tesi finora analizzate – ritiene che sul piano giurisdizionale non sia *mai* possibile riscontrare un conflitto tra la norma immunitaria e le norme di *ius cogens* che tutelano i diritti umani fondamentali. Mi riferisco, specificamente, al dato indiscusso inerente alla natura della norma immunitaria: come noto, infatti, la regola che sancisce l'esenzione per uno Stato dalla giurisdizione di un Paese straniero ha natura *procedurale*[818].

Tale norma si annovera tra quelle in base alle quali i giudici stabiliscono se sussista o meno la giurisdizione rispetto alla domanda promossa, e, pertanto, opera in un momento antecedente alla vera e propria celebrazione del giudizio, ponendosi tra le questioni c.d. preliminari: qualora sia accertata la sussistenza dell'immunità, non sarà possibile proseguire oltre e il procedimento dovrà dirsi concluso; viceversa, nel caso in cui non sia riscontrata l'immunità, le autorità giurisdizionali celebreranno il giudizio *stricto sensu*, prendendo in considerazione le questioni attinenti al merito della controversia.

[818] Cfr. Capitolo I, § 1.2.

Diversamente dalla norma immunitaria, invece, le norme a tutela dei diritti umani fondamentali sono norme dotate di natura *sostanziale*.

Tali norme fanno parte di quelle che vengono utilizzate dai giudici per valutare il merito della questione loro sottoposta, e, di conseguenza, vengono in considerazione in un momento successivo rispetto alle questioni preliminari, ovvero all'interno di quello che potremmo chiamare il "cuore" del procedimento.

Alla luce di quanto predetto, si può, dunque, immediatamente comprendere la ragione in base alla quale parte della dottrina e della giurisprudenza sostengono l'impossibilità di rinvenire una collisione tra la norma immunitaria e le norme cogenti che proteggono i diritti fondamentali dell'individuo, ovvero l'eterogeneità strutturale tra tali norme[819].

Utilizzando le parole di Fox, che riassumono il punto della questione:

> «State immunity is a procedural rule going to the jurisdiction of a national court. It does not go to substantive law; it does not contradict a prohibition contained in a *jus cogens* norm but merely diverts any breach of it to a different

[819] In questo senso cfr., *ex multis*: D. AKANDE, S. SHAH, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", in *European Journal of International Law*, 2010, p. 815 e ss., p. 832 e ss.; C. APPELBAUM, *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen*, Duncker&Humblot GmbH, Berlin, 2007, p. 260 e ss.; J. BRÖHMER, *State Immunity and the Violation of Human Rights*, cit., pp. 145-147; L. M. CAPLAN, "State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory", cit., p. 741 e ss.; F. DE VITTOR, "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali degli individui", cit., p. 589; S. EL BOUDOUHI, "La motivation de la jurisprudence récente de la *Corte suprema di cassazione* italienne sur les immunités jurisdictionelles de l'état", cit., p. 774: H. FOX, P. WEBB, *The Law of State Immunity*, cit.; A. GATTINI, "The Dispute on Jurisdictional Immunity of the State before the ICJ: Is the Time Rape for a Change in the Law?", cit., p. 178 e ss.; ID.,"War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision", cit., p. 224 e ss.; R. KOLB, "Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens*", cit., p. 837 e ss.; F. M. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini Internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", cit., p. 244; L. MCGREGOR, "State Immunity and *Jus Cogens*", cit., p. 437 e ss.; C. J. TAMS, "Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens*. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Al-Adsani* gegen Vereinigtes Königreich vom 21 November 2001", in *Archiv des Völkerrechts*, 2002, p. 331 e ss.; C. TOMUSCHAT, *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2014; ID., "L'immunité des Etats en cas de violation grave des droits de l'homme", cit., p. 51 e ss.; R. VAN ALEBEEK, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 316 e ss.; J. VERHOEVEN, "Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002)", in *Recuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2008, p. 15 e ss.; E. VOYAKIS, "Access to Court v. State Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 297 e ss.; X. YANG, "*Jus cogens* and State Immunity", cit., p. 131 e ss.; A. ZIMMERMANN, "Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*. Some Critical Remarks", cit., p. 438 e ss.

method of settlement. Arguably then, there is no substantive content in the procedural plea of State immunity upon which a *jus cogens* mandate can bite»[820].

Le due categorie di norme oggetto del nostro studio, dunque, in ragione della loro diversa classificazione *rationae materiae*, opererebbero in due momenti del procedimento distinti, e, tra loro, non sovrapponibili.

Nel caso in cui venga instaurata una controversia di fronte ai tribunali di uno Stato contro un Paese estero, ad esempio a seguito della presunta perpetrazione da parte di quest'ultimo di atti costituenti gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, la norma sull'immunità, rientrando tra i c.d. *ordinatoria litis*, troverà immediatamente applicazione. Pertanto, nel caso in cui venga accertato che debba essere riconosciuta allo Stato l'immunità dalla giurisdizione, al giudice sarà preclusa la valutazione di ogni questione relativa ai c.d. *meritoria litis*[821], e, di conseguenza, anche dell'eventuale violazione da parte dello Stato estero delle norme sui diritti fondamentali dell'individuo; viceversa, qualora venga negata l'immunità allo Stato straniero, e, dunque, sia consentito allo Stato del foro esercitare la propria giurisdizione, il giudice potrà liberamente considerare le questioni di merito, questioni all'interno delle quali rientrerà anche la presunta violazione delle norme sostanziali a tutela dei diritti umani fondamentali.

Sulla base di quanto premesso, i teorici dell'eterogeneità strutturale ritengono che l'individuazione di un ordine tra le due categorie di norme sarebbe del tutto scorretta[822]. La diversità della natura e delle questioni regolamentate da queste ultime determinerebbe, infatti, l'impossibilità *a priori* di rilevare una contrapposizione, in ragione del semplice fatto che tali norme non potrebbero mai nemmeno entrare in contatto tra loro all'interno di un procedimento. Ne conseguirebbe che delle eventuali valutazioni circa la primazia delle norme di *ius cogens* rispetto alle norme immunitarie, non sarebbero, in questo caso, praticabili.

---

[820] H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 525.

[821] Sulla distinzione tra *ordinatoria litis* e *decisoria litis* e sul fatto che dall'applicazione delle norme sull'immunità derivi l'irrilevanza delle norme sostanziali, si veda K. D. KERAMEUS, "Enforcement in the International Context", in *Recueil des cours*, *collected courses of the Hague Academy of International Law*, 1997, 264, p. 183 e ss., il quale in particolare a p. 376 afferma: «the differentation between *ordinatoria litis* and *decisoria litis*, which assumes a body of legal rules governing the discharge of judicial duties by the court and applicable to all cases before it, irrespective of what material norms might come into play under the local rules of conflict».

[822] In dottrina è stato, infatti, evidenziato come abbia senso discutere di un ordine tra le norme giuridiche solo nel caso sia possibile riscontrare un conflitto sostanziale. Si veda, per tutti, E. VOYAKIS, "Access to Court v. State Immunity", cit., p. 320.

Secondo i sostenitori della tesi di cui al nostro esame, per ricondurre il ragionamento dell'interprete sul piano del bilanciamento, e, pertanto, tentare di individuare una possibile prevalenza di una categoria di norme sull'altra, occorrerebbe accertare che le medesime operino su di uno stesso piano, condividendo la materia oggetto di regolazione[823]. Sarebbe, in particolare, necessario, così come taluni sostengono[824], dimostrare che le norme sostanziali di *ius cogens*, che vietano le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, siano in grado di produrre delle corrispondenti norme processuali dotate, a loro volta, del carattere della cogenza, norme processuali che prevedano espressamente che non possa mai essere riconosciuta l'immunità dalla giurisdizione straniera agli Stati che abbiano violato le norme imperative sostanziali.

Come da noi già sottolineato in altra sede, risulta evidente, dunque, che la teoria dell'eterogeneità strutturale si contrappone direttamente alla *Normative Hierarchy Theory*, secondo cui, invece, non solo sarebbe rilevabile un conflitto tra le categorie di norme, ma tale conflitto dovrebbe essere risolto sulla base di una lettura sistematica delle disposizioni fondata su un criterio gerarchico. Il netto contrasto rinvenibile tra le due teorie fa sì che esse siano spesso prese in considerazione da dottrina e giurisprudenza l'una in contrapposizione rispetto all'altra. Pertanto, oltre alle considerazioni inserite all'interno del presente capitolo, si rinvia, per un quadro d'insieme, a quanto già detto nel paragrafo specificamente dedicato alla *Normative Hierarchy Theory*[825], ed in particolare alla parte inerente alle critiche a tale teoria.

Si anticipa fin da ora che la tesi dell'eterogeneità tra norme è stata abbracciata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 2012 relativa al caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*[826].

Tale teoria era, però, già stata avanzata in giurisprudenza sia da parte della stessa Corte dell'Aja in un noto precedente, sia da parte di talune autorità giurisdizionali nazionali.

---

[823] *Ibidem*.

[824] Cfr. *House of Lords*, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, 14 *June* 2006 (sulla quale si dirà a breve), in particolare Lord Hoffman § 45.

[825] Cfr. capitolo IV, § 4.1.

[826] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia: Grecia interveniente*), cit. per la cui analisi si veda *infra.*

Anzitutto, nella già ricordata sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2002 nel caso del *Mandato di arresto dell'11 aprile 2000*[827] – per quanto, lo si ricorda, la controversia non attenesse strettamente all'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero, ma all'immunità di un Ministro degli affari esteri (congolese) dalla giurisdizione straniera (belga) – veniva affermato che la regola sull'immunità è una regola di natura procedurale, del tutto distinta e separata dalla legge sostanziale che stabilisce se il comportamento per cui eventualmente l'immunità è riconosciuta sia lecito o illecito[828].

Un esempio, invece, spesso richiamato da dottrina e giurisprudenza, di applicazione della teoria di cui al nostro esame da parte di giudici nazionali è costituito dalla sentenza della *House of Lords* nel caso *Jones* del 2006[829].

Il sig. Jones e altri ricorrenti convenivano in giudizio di fronte alle autorità giurisdizionali inglesi l'Arabia Saudita e alcuni suoi funzionari, al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito di presunti maltrattamenti, tra cui anche atti di tortura, che avevano avuto luogo all'interno di un carcere saudita nel 2001.

In primo grado le domande, sia nei confronti dello Stato, sia nei confronti degli individui-organi, venivano rigettate in applicazione della regola immunitaria.

In appello veniva confermata l'inammissibilità dell'azione nei confronti dell'Arabia Saudita, ma veniva accolta la domanda rispetto agli ufficiali del Governo, in quanto l'immunità spettante allo Stato non si sarebbe estesa anche ai suoi individui-organi[830].

---

[827] Corte internazionale di giustizia, *Mandato di arresto 11 aprile 2000* (*Repubblica Democratica del Congo c. Belgio*), cit. Per la trattazione del caso si rinvia a quanto già detto nel capitolo IV, § 4.2.

[828] *Ibidem*, § 60, ove, specificamente, la Corte statuiva che: «The Court emphasizes, however, that the immunity from jurisdiction enjoyed by incumbent Ministers for Foreign Affairs does not mean that they enjoy impunity in respect of any crimes they might have committed, irrespective of their gravity. Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is *procedural* in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility» (corsivo aggiunto).

[829] *House of Lords*, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia, Mitchell and others v. Al-Dali and others and Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, cit. Per un commento alla sentenza si veda: F. DE VITTOR, "Immunità di Stati stranieri e dei loro organi dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: il caso *Jones*, *Mitchell and others*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 144 e ss.; P. DI CIACCIO, "A Tort Manifesto-Impunity through Immunity in *Jones v. the Kingdom of Saudi Arabia*", in *Sydney Law Review*, 2008, p. 551 e ss.; O. JONES, "*Jones v. Ministry of Interior of Kingdom of Saudi Arabia*: An Exercise in Interpretation", in *Singapore Yearbook of International Law*, 2007, p. 163 e ss.; A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", cit., p. 955 e ss.

[830] *Court of Appeal*, *Civil Division*, *Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya and another*; *Mitchell and others v. Al-Dali and others*, 28 *October* 2001, [2004] EWCA Civ 1394.

La decisione della Corte di Appello veniva impugnata tanto dall'Arabia Saudita, a proprio nome e a nome dei suoi funzionari, quanto dal Jones e dagli altri individui che avevano promosso inizialmente l'azione.

In particolare, si ricordi che il sig. Jones e le altre vittime degli atti di tortura sostenevano che non potesse essere riconosciuta l'immunità dalla giurisdizione inglese allo Stato estero così come ai suoi individui-organi, in quanto tale esenzione si sarebbe posta in contrasto sia con la norma di *ius cogens* che prevede il divieto di tortura, norma – nell'opinione dei ricorrenti – sempre prevalente rispetto alle altre norme dell'ordinamento internazionale, sia con il diritto di accesso alla giustizia sancito dall'art. 6, § 1, della CEDU.

L'Arabia saudita, sosteneva, invece, che in virtù di una consolidata norma di diritto internazionale, non avrebbe potuto essere esercitata la giurisdizione né nei suoi confronti, né nei confronti dei suoi organi.

La *House of Lords* si pronunciava con sentenza il 14 giugno del 2006.

Senza volerci in questa sede soffermare sulle statuizioni espresse circa la questione del riconoscimento o meno dell'immunità attinente agli individui-organi[831], ricordiamo che la Camera dei Lord confermava il giudizio di appello rispetto alla posizione dell'Arabia Saudita: i giudici concordavano, infatti, nel ritenere che, sia in base al diritto internazionale, sia in base a quanto disposto dallo *State Immunity Act* del 1978, deve sempre essere accordata di fronte alle autorità giurisdizionali di uno Stato l'immunità ad un Paese estero per tutti gli atti *iure imperii* compiuti da quest'ultimo, anche nell'ipotesi in cui i predetti atti vìolino i diritti umani fondamentali protetti da norme imperative del diritto internazionale, e che, di conseguenza, non fosse nemmeno possibile ritenere che il riconoscimento dell'immunità violasse l'art. 6, § 1, CEDU.

Ripercorrendo i passi più significativi della pronuncia, si deve, anzitutto, sottolineare come Lord Bingham of Cornhill avesse correttamente inquadrato la questione, sostenendo che oggetto del giudizio della Camera avrebbe dovuto essere il rapporto tra due princìpi fondamentali del diritto internazionale: l'antico principio dell'immunità dalla giurisdizione che uno Stato deve attribuire, salvo in specifiche circostanze, ad un Paese estero, e il più recente, seppur parimenti importante, principio che sancisce il divieto di tortura. Secondo il

[831] Peraltro si sottolinea che la Camera dei Lord, riformando il giudizio di appello rispetto a questo punto, riconosceva l'immunità anche nei confronti dei funzionari del Governo saudita.

giudice era, dunque, necessario individuare l'equilibrio sussistente, in base al diritto internazionale, tra tali princìpi[832].

Il Lord ricordava che il "cuore" del ricorso presentato dal Jones e dalle altre vittime si fondava sul fatto che il divieto di tortura previsto dal diritto internazionale, in virtù dello status fondamentale che ha assunto, precluda, qualora gli individui-organi di uno Stato abbiano commesso atti di tortura, la possibilità di riconoscere l'immunità a tale Stato dalla giurisdizione civile di un Paese straniero, in quanto i predetti atti non potrebbero essere qualificati come *acta iure imperii*[833].

Nell'affrontare il problema sottoposto alla sua attenzione, il giudice faceva riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Adsani*[834], e, specificamente, a quanto asserito dai giudici di maggioranza, secondo i quali – come a noi, peraltro, ben noto – il riconoscimento dell'immunità non comporta una limitazione illegittima al diritto di accesso alla giustizia per gli individui, nemmeno qualora l'immunità venga accordata a fronte di gravi violazioni di norme di *ius cogens*, essendo conforme a quanto statuito dal diritto internazionale. Il giudice richiamava, inoltre, la sentenza della Corte di Strasburgo sul caso *Kalogeropoulou*[835], dal contenuto sostanzialmente speculare alla pronuncia *Al-Adsani*. Nell'opinione del giudice, la Camera dei Lords si sarebbe dovuta distaccare dall'orientamento espresso nelle predette sentenze solo qualora le ragioni in esse espresse non fossero risultate chiare, o il diritto applicabile fosse significativamente mutato dalla data in cui le sentenze erano state emesse, ipotesi che egli non riteneva riscontrabili[836].

---

[832] Cfr. § 1 della sentenza in esame, secondo cui: «The issue at the heart of these conjoined appeals is whether the English court has jurisdiction to entertain proceedings brought here by claimants against a foreign state and its officials at whose hands the claimants say that they suffered systematic torture, in the territory of the foreign state. The issue turns on the relationship, in these circumstances, between two principles of international law. One principle, historically the older of the two, is that one sovereign state will not, save in certain specified instances, assert its judicial authority over another. The second principle, of more recent vintage but of the highest authority among principles of international law, is one that condemns and criminalises the official practice of torture, requires states to suppress the practice and provides for the trial and punishment of officials found to be guilty of it. Thus, like the Court of Appeal of Ontario in *Bouzari v Islamic Republic of Iran* (2004) 71 OR (3d) 675, para 95, the House must consider the balance currently struck in international law "between the condemnation of torture as an international crime against humanity and the principle that states must treat each other as equals not to be subjected to each other's jurisdiction"».

[833] Si veda il § 17 della sentenza in esame.

[834] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit.

[835] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kalogeropoulou c. Grecia e Germania*, ric. n. 59021/00, 12 dicembre 2002. Per alcuni cenni sulla sentenza si rinvia al § 6.2.

[836] Cfr. § 18 della sentenza in esame: «The Grand Chamber's decision in *Al-Adsani* is very much in point, since it concerned the grant of immunity to Kuwait under the 1978 Act, which had the effect of defeating the applicant's claim in England for damages for torture allegedly inflicted upon him in Kuwait. The

Il giudice analizzava, poi, la prassi richiamata dal Jones e dagli altri ricorrenti sulla base della quale questi sostenevano potessero essere desunti degli argomenti a favore del diniego dell'immunità nel caso di violazioni di norme cogenti. Tuttavia, il Lord riteneva che la prassi indicata non potesse ritenersi corrispondente allo status del diritto internazionale. Ad esempio, con particolare riferimento alla sentenza *Ferrini* dalla Corte di Cassazione italiana[837] –comprensibilmente invocata a supporto della propria tesi da parte dei ricorrenti – Lord Bingham of Cornhill asseriva che:

> «the *Ferrini* decision cannot in my opinion be treated as an accurate statement of international law as generally understood; and one swallow does not make a rule of international law»[838].

Il giudice concludeva, dunque, che il ricorso presentato da Jones e dagli altri individui non potesse essere accolto per il combinato disporsi di quattro ordini di motivi[839].

La parte della motivazione che, in questa sede, ci interessa sottolineare riguarda – come prevedibile – l'eterogeneità tra norme.

---

claimants are entitled to point out that a powerful minority of the court found a violation of the applicant's right of access to a court under article 6 of the European Convention. The majority, however, held that the grant of sovereign immunity to a state in civil proceedings pursued the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between states through the respect of another state's sovereignty (para 54); that the European Convention on Human Rights should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it formed part, including those relating to the grant of state immunity (para 55); and that some restrictions on the right of access to a court must be regarded as inherent, including those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of state immunity (para 56). The majority were unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before the court any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a state no longer enjoyed immunity from civil suit in the courts of another state where acts of torture were alleged (par. 61) While noting the growing recognition of the overriding importance of the prohibition of torture, the majority did not find it established that there was yet acceptance in international law of the proposition that states were not entitled to immunity in respect of civil claims for damages for alleged torture committed outside the forum state (para 66) […]».

[837] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.

[838] Cfr. §§ 19-23 della sentenza in esame. In particolare sulla sentenza *Ferrini* si veda il § 22.

[839] Oltre a quanto riportato di seguito nel testo, gli altri motivi sulla base dei quali Lord Bingham of Cornhill sosteneva che il ricorso dovesse essere rigettato erano: in primo luogo, il fatto che l'art. 14 della Convenzione sulla tortura del 1984 non prevede la possibilità di esercitare la giurisdizione civile universale, limitandosi esclusivamente ad ammettere la repressione di atti di tortura avvenuti sul territorio dello Stato del foro; in secondo luogo, che la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità degli Stati e dei loro beni del 2004 non prevede un'eccezione all'immunità nel caso siano state compiute violazioni di norme di *ius cogens*; infine, che risulta impossibile rinvenire nella prassi internazionale un assenso da parte degli Stati circa l'esistenza di una deroga all'immunità a fronte della violazione di norme a carattere perentorio. Cfr. i §§ 25-27 della sentenza in esame.

Lord Bingham of Cornhill richiamava, infatti, la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 2002 sul *Mandato di arresto dell'11 aprile del 2000*, sostenendo, dunque, che l'immunità, in quanto norma procedurale, possa essere riconosciuta anche qualora oggetto del procedimento siano crimini contro l'umanità[840].

In particolare secondo il giudice:

> «Thus, even in such a context, the international law prohibition of such crimes, having the same standing as the prohibition of torture, does not prevail. It follows that such a prohibition does not automatically override all other rules of international law»[841].

Il Lord, così, evidenziava implicitamente come la questione relativa al riconoscimento o meno dell'immunità da parte di uno Stato nei confronti di un Paese straniero dovesse del tutto prescindere dalla eventuale violazione da parte di quest'ultimo di norme di *ius cogens* a tutela dei diritti umani fondamentali.

Il giudice faceva altresì riferimento alla sentenza della Corte dell'Aja nel caso relativo alle *Attività armate sul territorio del Congo* del 2006[842], sottolineando che:

> «The International Court of Justice has made plain that breach of *jus cogens* norm of international law does not suffice to confer jurisdiction»[843].

Infine, il giudice riportava il – da noi già citato – passo della monografia di Fox, per rimarcare che la diversità tra norme sull'immunità e norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali esclude la possibilità che le norme di *ius cogens* possano avere delle ripercussioni sulle norme immunitarie[844].

---

[840] Si veda il § 24 della sentenza in esame.

[841] *Ibidem*.

[842] Corte internazionale di giustizia*, Attività armate sul territorio del Congo* (Nuova *requête*) *(*Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda), cit., in particolare cfr. § 64. Sulla sentenza si rinvia a quanto già detto nel capitolo II, § 2.3.

[843] Si veda il § 24 della sentenza in esame.

[844] *Ibidem*.

Una soluzione simile a quella prospettata da Lord Bingham of Cornhill, veniva presentata al Collegio da parte di Lord Hoffman.

Secondo l'opinione del giudice non vi era alcun dubbio circa la riconducibilità del divieto di tortura ad una norma imperativa del diritto internazionale[845], tuttavia, egli si chiedeva se tale norma potesse – così come sostenuto da Jones e gli altri ricorrenti – considerarsi confliggente con la norma che sancisce l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero[846].

La conclusione a cui perveniva il Lord era negativa.

Richiamando il passo di Fox[847], già citato da parte di Lord Bingham of Cornhill, anche Lord Hoffman sosteneva l'eterogeneità tra la norma sull'immunità e le norme cogenti a protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Di conseguenza, secondo le parole del Lord:

> «To produce a conflict with state immunity, it is therefore necessary to show that the prohibition on torture has generated *an ancillary procedural rule* which, by way of exception to state immunity, entitles or perhaps requires states to assume civil jurisdiction over other states in cases in which torture is alleged. Such a rule may be desirable and, since international law changes, may have developed. But, contrary to the assertion of the minority in *Al-Adsani*, it is not entailed by the prohibition of torture»[848] (corsivo aggiunto).

Lord Hoffman indagava, poi, se fosse possibile rinvenire una deroga all'immunità per violazioni delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali, avendo riguardo alle Convenzioni internazionali, alle decisioni giudiziarie, nonché alle opinioni della dottrina[849].

Tuttavia, sulla base dell'analisi da lui condotta, riteneva di dover escludere che si fosse affermata tale eccezione.

---

[845] In particolare, Lord Hoffman ricordava, al §43, come il riconoscimento del divieto di tortura quale norma di *ius cogens* fosse stato operato dalla *House of Lords* nel caso *R v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, Ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, cit.

[846] Si veda il § 43 della sentenza in esame.

[847] Si veda il § 44 della sentenza in esame.

[848] Così il § 45 della sentenza in esame.

[849] Cfr. i §§ 46-63 della sentenza in esame.

In particolare, rispetto alla sentenza *Ferrini*, il giudice sottolineava che dovesse considerarsi corretto quanto asserito da De Sena e De Vittor[850], secondo i quali – come da noi già in altra sede ricordato[851] – la sentenza doveva essere interpretata come manifestazione della volontà della Cassazione italiana di attribuire la priorità al valore sotteso al divieto di tortura piuttosto che al valore sottostante l'immunità degli Stati. Tuttavia, il giudice, negava che la tecnica del bilanciamento tra valori potesse trovare applicazione nel caso di specie, sostenendo che:

«As Professor Dworkin demonstrated in *Law's Empire* (1986), the ordering of competing principles according to the importance of the values which they embody is a basic technique of adjudication. But the same approach cannot be adopted in international law, which is based upon the common consent of nations. It is not for a national court to "develop" international law by unilaterally adopting a version of that law which, however desirable, forward-looking and reflective of values it may be, is simply not accepted by other states»[852].

La Camera dei Lords, accogliendo le opinioni di Lord Bingham of Cornhill e di Lord Hoffman, rigettavano, dunque, come anticipato, il ricorso del sig. Jones e degli altri individui che erano stati vittime di tortura, confermando che l'Arabia Saudita fosse immune dalla giurisdizione inglese.

Nei capitoli precedenti abbiamo scelto, rispetto ad ogni tesi riportata, di analizzare prima i caratteri principali della teoria sulla base della ricostruzione fatta dalla dottrina, attraverso il supporto delle decisioni giurisprudenziali che l'hanno accolta, per poi passare a vagliare la tesi criticamente al fine di "testare" la sua fondatezza.

Anche per la teoria dell'eterogeneità delle norme si è in parte già seguita e si seguirà la predetta impostazione.

---

[850] P. DE SENA, F. DE VITTOR, "State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", cit., p. 89 e ss.

[851] Cfr. capitolo IV, § 4.1.

[852] Così il § 63 della sentenza in esame.

Tuttavia, si è ritenuto opportuno formulare un paragrafo *ad hoc* sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012 nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*.

Come anticipato, infatti, in tale sentenza la Corte dell'Aja ha abbracciato la tesi dell'eterogeneità tra norme, tesi che rappresenta – senza dubbio – il nucleo centrale della sua pronuncia: si è reputato, pertanto, corretto inserire la sua trattazione all'interno del capitolo dedicato alla teoria in esame.

La pronuncia della Corte, però, assume, nell'ottica del presente lavoro, un'importanza fondamentale per almeno due ulteriori ordini di ragioni. *In primis*, in quanto essa rappresenta il punto di arrivo che ci siamo posti all'inizio del nostro percorso, e, *in secundis*, in virtù del fatto che non soltanto i giudici dell'Aja si sono schierati a favore della tesi dell'eterogeneità, ma si sono altresì pronunciati – in maniera lapidaria – su altre tesi che sono state oggetto della nostra indagine.

Di conseguenza, la scelta operata dalla scrivente è stata quella di prevedere una trattazione analitica del contenuto della sentenza, con la duplice finalità di vagliare criticamente la tesi alla quale il capitolo è dedicato, e di chiarire il punto di vista assunto dalla Corte rispetto alle altre tesi da noi esposte nel corso della trattazione su cui ci pronunceremo, da ultimo, in sede di conclusioni.

6.2 La sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012

Con *requête* presentata alla Corte internazionale di giustizia il 23 dicembre del 2008, la Germania introduceva una controversia nei confronti dell'Italia, sostenendo che quest'ultima si fosse resa responsabile della violazione dell'obbligo internazionale di rispettare l'immunità dello Stato tedesco tanto dalla giurisdizione civile di cognizione, quanto da quella esecutiva[853].

Anzitutto, la Germania lamentava come le autorità giurisdizionali italiane avessero concesso l'istituzione nei suoi confronti di numerose cause di risarcimento dei danni, intentate da cittadini italiani a seguito delle violazioni del diritto internazionale umanitario da

[853] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*), *Requête della Repubblica Federale di Germania*, 23 dicembre 2008.

essi subite, tra il settembre del 1943 e il maggio del 1945, da parte delle forze del III Reich, negando sistematicamente l'immunità, che, in base al diritto internazionale, avrebbe dovuto, invece, essere riconosciuta al Paese convenuto in giudizio[854].

In secondo luogo, lo Stato tedesco contestava la legittimità dei procedimenti di *exequatur*, con i quali i giudici italiani avevano reso esecutive, all'interno del loro ordinamento nazionale, le sentenze emesse dalle autorità giurisdizionali elleniche, che – così come le corti italiane – avevano condannato lo Stato tedesco al risarcimento dei danni cagionati dai crimini commessi dalle forze armate del Reich, durante il secondo conflitto mondiale, ai danni della popolazione civile[855].

Infine, la Germania sosteneva l'illegittimità delle misure esecutive, iscritte a seguito delle pronunce di *exequatur* dei giudici italiani, su beni di proprietà tedesca presenti sul territorio italiano non destinati ad uso commerciale, in particolare la confisca di Villa Vigoni, centro volto alla promozione di scambi culturali italo-tedeschi situato sul lago di Como[856].

In ragione di quanto detto, lo Stato tedesco chiedeva alla Corte di accertare e dichiarare:

i) che l'Italia avesse commesso una violazione degli obblighi di diritto internazionale derivante dalla mancata applicazione dell'immunità

---

[854] Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, cit.; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Repubblica Federale di Germania c. Presidenza del Consiglio dei Ministri, Marocco, Borello et. al., Mantelli, OIM, Daimlerschrysler AG, Fondazione Memoria, responsabilità e futuro*, ordinanza del 29 maggio del 2008, n. 14201; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Repubblica Federale di Germania c. Presidenza del Consiglio dei Ministri e Maietta*, ordinanza del 29 maggio 2008, n. 14209; Corte di Cassazione, sezione I penale, *Imp. Milde* cit. Inoltre, si ricordi che diversi procedimenti contro lo Stato tedesco erano, al momento della *rêquete* di quest'ultimo, pendenti dinanzi alle autorità giurisdizionali italiane (24 dinanzi ai tribunali e 2 di fronte alle Corti di Appello). Al di là dei commenti già indicati nel capitolo IV, § 4.1, ove sono state analizzate specificamente alcune delle sentenze dei giudici italiani poc'anzi richiamate, si segnalano, in questa sede, degli ulteriori contributi dottrinali attinenti all'orientamento assunto dalle corti italiane a partire dalla sentenza *Ferrini*: A. ATTERITANO, "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", cit., p. 33 e ss.; S. EL BOUGOUHI, "La motivation de la jurisprudence récente de la *Corte suprema di Cassazione* italienne sur les immunités jurisdictionnelles de l'état", in *Revue générale de droit international public*, cit.; A. CIAMPI, "L'Immunité de l'État responsible de crimes internationaux devant les juridictions italienne", cit., p. 45 e ss.; A. GATTINI, "The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change in the Law?", cit., p. 173 e ss.; R. PAVONI, "A Decade of Italian Case Law on the Immunity of Foreign States: Light and Shadows", in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 73 e ss.; E. SCISO, "Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, p. 1201 e ss.

[855] Per l'*iter* che ha condotto all'adozione da parte della autorità giurisdizionali italiane a dichiarare esecutive le sentenze greche si rinvia *infra*.

[856] Circa l'iscrizione di ipoteca su Villa Vigoni si veda *infra*.

giurisdizionale della Germania nei procedimenti instaurati davanti alle proprie autorità giurisdizionali;

ii) che l'Italia avesse violato l'immunità dalla giurisdizione esecutiva della Germania iscrivendo ipoteca su Villa Vigoni;

iii) che l'Italia avesse nuovamente violato l'immunità tedesca attraverso l'*exequatur* concesso alle sentenze greche;

iv) la responsabilità internazionale dello Stato italiano;

v) la condanna della Repubblica italiana ad adottare tutte le misure necessarie al fine di garantire che non fossero eseguite le decisioni emesse in violazione della norma immunitaria;

vi) la condanna dell'Italia ad assumere tutte le misure volte ad assicurare che in futuro le autorità giurisdizionali di tale Stato non accogliessero eventuali domande presentate contro la Germania, qualora queste ultime fossero fondate sulle medesime circostanze delle decisioni che, secondo lo Stato tedesco, avevano violato il diritto internazionale.

L'Italia, dal canto suo, chiedeva alla Corte di rigettare le domande presentate dalla Germania, ritenendo che queste fossero infondate. Tuttavia, lo Stato italiano specificava che non vi sarebbe stata alcuna obiezione, qualora la Corte avesse disposto di dare luogo alla cancellazione dell'ipoteca iscritta su Villa Vigoni[857].

Occorre ricordare che la Grecia, il 13 gennaio 2011, ex art. 62 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia[858], presentava un'istanza di intervento nel procedimento, in ragione

[857] Si ricordi che l'Italia, a fronte della *rêquete* tedesca, presentava una contro-memoria, all'interno della quale era ricompresa una domanda riconvenzionale, con la quale l'Italia chiedeva alla Corte di accertare la responsabilità della Germania per la violazione dell'obbligo di risarcire le vittime italiane dei crimini commessi dal Terzo Reich durante la II guerra mondiale, e di condannare il predetto Stato ad offrire alle vittime un'adeguata riparazione. Si veda: Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*), contromemoria italiana, 22 dicembre 2009. Tuttavia, tale domanda veniva rigettata dalla Corte internazionale di giustizia, con ordinanza del 6 luglio 2010, in quanto, eccedendo la competenza della Corte, era dichiarata inammissibile ex art. 80, § 1 delle Regole della Corte internazionale di giustizia, secondo cui: «A counter-claim may be presented provided that it is directly connected with the subject-matter of the claim of the other party and that it comes within the jurisdiction of the Court». Si veda: Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*), ordinanza del 6 luglio 2010.

[858] L'art. 62 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia afferma che:

«1. Quando uno Stato reputi avere un interesse d'ordine giuridico in un litigio, può chiedere alla Corte d'essere ammesso ad intervenire in causa. 2. La Corte decide».

del fatto che: anzitutto, uno dei punti della *requête* dello Stato tedesco riguardava, come anticipato, la violazione da parte delle autorità giurisdizionali italiane dell'immunità per l'*exequatur* di decisioni delle autorità giurisdizionali elleniche; in secondo luogo, andandosi la Corte a pronunciare rispetto alla possibilità di ritenere sussistente o meno una deroga all'immunità nel caso di violazione di norme cogenti, la pronuncia avrebbe assunto una rilevanza fondamentale anche per la Grecia, in quanto avrebbe avuto degli effetti sui procedimenti pendenti dinanzi alle corti del suddetto Stato per i medesimi fatti per i quali l'Italia aveva negato l'immunità alla Germania[859].

Appare, allora, in questa sede opportuno aprire una breve parentesi sulla "questione greca" per approfondire, e meglio comprendere, le ragioni dell'intervento della Repubblica ellenica nella controversia tra Germania e Italia.

Si ricorderà come, in precedenza, sono state oggetto di analisi due sentenze greche relative al caso *Distomo*: in particolare la sentenza del *Protodikeio* di Levadia del 25 settembre del 1997, e la sentenza di conferma del I grado dell'*Areios Pagos* del 4 maggio del 2000[860].

Tuttavia, la vicenda inerente al caso *Distomo* non si è conclusa con le appena riportate pronunce.

Il 25 giugno del 2000, infatti, il Governo tedesco, tramite una dichiarazione, asseriva che, a suo giudizio, la sentenza della Corte suprema greca si ponesse in contrasto con il diritto

---

Per un commento circa la partecipazione del terzo nei procedimenti davanti alla Corte internazionale di giustizia, con particolare riferimento al caso di cui al nostro esame, si veda B. I. BONAFÈ, "Il caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 371 e ss.; S. FORLATI, "Intervento nel processo ai sensi dell'art. 62 dello Statuto: quale coerenza nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia?", in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 1167 e ss.

[859] Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*), Istanza del Governo della Repubblica Ellenica per intervenire nel procedimento, 13 gennaio 2011. In particolare, la Grecia sosteneva che: «the effect of the the judgment that the ICJ will hand down in this case concerning the jurisdictional immunity of the State will be of major importance to the Italian legal order and certainly to the Greek legal order […] Further, an ICJ decision on the effects of the principle of jurisdictional immunity of States when faced with a *jus cogens* rule of international law – such as the prohibition on violation of fundamental rules of humanitarian law – will guide the Greek courts in this regard. It will thus have a significant effect on pending and potential lawsuits brought by individuals before those courts».

[860] *Tribunal of Livadia*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, cit; *Areios Pagos*, *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, cit. Per l'analisi di ambedue le sentenze si rinvia al capitolo III, § 3.2.

internazionale[861]. A fronte di tale dichiarazione, il Governo ellenico si rifiutava di autorizzare l'esecuzione sui beni tedeschi[862].

I vincitori della causa di merito davanti al Tribunale di Levadia si rivolgevano, allora, alle autorità giurisdizionali tedesche affinché la Germania ottemperasse al risarcimento al quale era stata condannata.

Sulla questione si pronunciava il *Bundesgerichtshof* nel 2003[863], il quale, con una sentenza diametralmente opposta rispetto a quelle adottate dai giudici greci, respingeva la domanda, confermando le sentenze del *Landgericht* di Bonn[864] e dell'*Oberlandesgericht* di Colonia.

---

[861] La dichiarazione del Governo tedesco è reperibile in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 206 e ss.

[862] Secondo, infatti, quanto disposto dall'art. 923 del c.p.c. greco, affinché possa essere data esecuzione nella Repubblica ellenica ad una sentenza pronunciata contro uno Stato estero, è necessaria l'autorizzazione del Ministro della giustizia. Il diniego all'autorizzazione è stato, poi, confermato dalla Corte di Appello di Atene con sentenza del 14 febbraio 2001 e, definitivamente, dalla Corte Suprema greca con le decisioni n. 36 e 37 del 28 giugno del 2002. È opportuno ricordare, inoltre, che in un caso analogo al *Distomo*, la Corte Suprema Speciale greca, con una sentenza del 2002, sconfessava la precedente giurisprudenza del Tribunale di Levadia e dell'*Areios Pagos*. Si veda: *Special Supreme Court*, *Margellos v. Federal Republic of Germany*, No. 6/2002, 17 *September* 2002. In particolare, la sentenza veniva pronunciata a seguito del ricorso presentato nel 1995 alle autorità giurisdizionali elleniche, volto ad ottenere il risarcimento dei danni, da parte di alcuni individui a seguito del massacro compiuto dalle forze armate tedesche nel 1944 nel villaggio greco di Lidoriki. Nel 2001, l'*Areios Pagos* aveva deferito il caso alla Corte Suprema Speciale, in quanto, conformemente all'art. 100, § 1, lett. f), della Costituzione ellenica, tale Corte esercita la giurisdizione circa: «the settlement of controversies related to the designation of rules of international law as generally acknowledged in accordance with article 28 paragraph 1». La Corte Suprema Speciale greca, in particolare, rilevava che dovesse necessariamente escludersi l'applicabilità dell'art. 11 della Convenzione europea sull'immunità degli Stati in relazione alle attività delle forze armate straniere commesse sul territorio dello Stato del foro. Nell'opinione della Corte, infatti, l'immunità di uno Stato per le attività predette è sempre prevista, anche nel caso in cui tali attività si siano concretate nella commissione di crimini internazionali sul territorio dello Stato straniero del foro, non solo sulla base di quanto disposto dall'art. 31 della Convenzione di Basilea, ma anche sulla base del diritto internazionale consuetudinario. La Corte, infatti, sosteneva che per affermare la sussistenza di un'eccezione all'immunità nel caso di illeciti commessi dale forze armate di un Paese straniero sul territorio dello Stato del foro sarebbe occorsa la: «proof of a general practice in the international legal order as well as the convinction that this has become a binding rule of law is required for such rules (general rules of international law) to be recognized as existing». Inoltre, la Corte precisava che non avrebbe potuto creare «such a rule for the first time nor reach a conclusion over its existence, if the aforementioned facts do not exist». Di conseguenza, la Corte concludeva che non vi fosse allo stato del diritto internazionale alcuna limitazione o eccezione sulla base della quale poter ritenere inoperante la norma che attribuisce l'immunità ad uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero nel caso di violazione di norme cogenti, e, pertanto, dovesse essere riconosciuta l'esenzione dalla giurisdizione ellenica alla Germania. Per un commento alla sentenza della Corte Suprema Speciale greca si veda: M. PANEZI, "Sovereign immunity and Violation of *Ius Cogens* Norms", in *Revue hellénique de droit international*, 2003, p. 199 e ss.

[863] *Federal Court of Justice*, *Greek citizens v. Federal Republic of Germany*, case No. III ZR 245/98, 26 *June* 2003. Per un commento alla sentenza si veda: S. PITTROF, "Compensation Claim for Human Rights breaches Committed by German Armed Forces Abroad during the Second World War: Federal Constitutional Court hands Down Decisions in the *Distomo* Case", in *German Law Journal*, 2004, p. 15 e ss.

[864] *Landgericht Bonn*, *Greek citizens v. Federal Republic of Germany*, 1 O 358/95, 23 *June* 1997.

In particolare, secondo la Corte Suprema federale tedesca, nonostante la Germania fosse parte della Convenzione di Basilea del 1972 sull'immunità degli Stati, per la soluzione del caso sottoposto alla sua attenzione tale trattato non assumeva particolare valenza: la Grecia non era, infatti, parte di tale Convenzione, e quest'ultima non poteva dirsi codificazione del diritto internazionale generale.

Tuttavia, secondo il *Bundesgerichtshof*, anche a voler ragionare nei termini della Convenzione suddetta, i fatti di Distomo, sulla base dei quali i ricorrenti chiedevano il risarcimento dei danni, non avrebbero potuto ricadere all'interno dell'art. 11 del trattato, in quanto tale articolo riguardava tipi di illecito differenti da quelli posti in essere dalle forze armate di un Paese occupante. La Corte Suprema, infatti, evidenziava che anche ammettendo che i fatti oggetto della causa fossero riconducibili all'art. 11 della Convenzione, si sarebbe, comunque, dovuta riconoscere l'immunità in virtù della c.d. *armed conflict clause*, di cui all'art. 31 della Convenzione stessa, trattandosi di attività poste in essere da forze armate straniere stanziate sul territorio dello Stato del foro.

Nella sentenza veniva, inoltre, chiarito che il diritto internazionale generale non prevede alcuna eccezione all'immunità di uno Stato estero dalla giurisdizione civile di un altro Paese nel caso di violazione di norme di *ius cogens* da parte degli organi dello Stato straniero, e che riconoscere l'esistenza di tale deroga non sarebbe stato conforme allo status del diritto internazionale.

Infine, la Corte statuiva che tra i motivi per i quali non veniva data esecuzione alla sentenza dell'*Areios Pagos*, vi era anche un'ulteriore ragione fondata sul principio di irretroattività della legge: anche a voler supporre, infatti, che nel diritto internazionale fosse stata riscontrabile un'eccezione alla regola che prevede l'immunità nei confronti di un Paese di fronte ai tribunali di uno Stato estero, qualora siano state violate delle norme cogenti, tale deroga non avrebbe di certo potuto dirsi esistente al momento della commissione dei fatti, e, pertanto, non avrebbe potuto trovare applicazione nei procedimenti davanti alle autorità giurisdizionali elleniche.

La questione giungeva, infine, di fronte alla Corte costituzionale federale tedesca, per violazione dei diritti fondamentali degli individui costituzionalmente garantiti, tra i quali il diritto di accesso alla giustizia.

Il *Bundesverfassungsgericht*, tuttavia, con sentenza del 15 febbraio 2006[865], respingeva il ricorso, limitandosi ad asserire che l'unica eccezione rilevabile in materia immunitaria fosse quella riconducibile alla teoria dell'immunità ristretta *stricto sensu*, e negando l'esistenza di un vero e proprio diritto ad ottenere un indennizzo per violazione del diritto bellico.

I vincitori della causa di merito davanti al Tribunale di Levadia, in via parallela e contemporanea, proponevano, inoltre, ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo avverso la Grecia e la Germania.

I ricorrenti lamentavano, in particolare, la violazione dell'art. 6, § 1, della CEDU e dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa[866], sia da parte della Germania, non avendo tale Stato ottemperato alla sentenza greca, sia da parte della Grecia, non avendo tale Paese posto in essere le procedure volte a garantire l'esecuzione della decisione.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, con pronuncia del 2002[867], dichiarava l'istanza irricevibile per manifesta infondatezza nei confronti di ambo gli Stati.

Tale sentenza non sarà oggetto di un'analisi approfondita in ragione – come, peraltro, già anticipato – del suo contenuto speculare alla sentenza del 2001, pronunciata dalla medesima Corte, nel caso *Al-Adsani*[868]: la Corte europea dei diritti dell'uomo si limitava, infatti, nel caso *Kalogeropoulou* ad estendere la portata della pronuncia *Al-Adsani* al procedimento esecutivo[869].

---

865 *Federal Constitutional Court of Germany*, case No. 2 Bvr 1476/03, 15 *February* 2006. Per un commento alla sentenza si veda: M. RAU, "State Liability for Violations of International Humanitarian Law – The *Distomo* Case Before the German Federal Constitutional Court", in *German Law Journal*, 2007, p. 701 e ss.

866 Art. 1, rubricato «Protezione della proprietà», del Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottato a Parigi il 20 marzo del 1952: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

867 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany*, cit. Per un commento alla sentenza e ai temi da essa affrontati, si veda: K. BARTSCH, B. ELBERLING, "*Jus Cogens* vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogero-Poulou et al. v. Greece and Germany* Decision", cit., p. 477 e ss.; O. LOPES PEGNA, "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 33 e ss.; E. VOYAKIS, "Access to Court v. State Immunity", cit., p. 297 e ss.; X. YANG, "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", cit., p. 333 e ss.

868 Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit.

869 In particolare, la Corte affermava che non fosse possibile riscontrare alcun obbligo per lo Stato greco di assicurare il recupero del credito vantato attraverso una procedura esecutiva, e ciò nonostante l'avvenuta condanna dello Stato tedesco a risarcire i danni ai ricorrenti dinanzi ai tribunali ellenici: pertanto,

Pertanto, in questa sede, ci basti ricordare che nella sua sentenza del 2002, la Corte europea dei diritti dell'uomo ribadiva l'impossibilità di riscontrare all'interno dell'ordinamento internazionale una norma che limiti l'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile di un altro Stato nel caso in cui siano stati commessi crimini internazionali. Tuttavia, diversamente da quanto asserito nella sentenza del 2001, la Corte, nel caso di specie, precisava che l'assenza di tale norma dovesse considerarsi corrispondente allo status del diritto internazionale, non escludendo, conseguentemente, eventuali sviluppi futuri del diritto consuetudinario in senso opposto[870].

L'esecuzione della sentenza greca veniva, infine, richiesta di fronte ai giudici italiani, in ragione del peculiare filone giurisprudenziale – da noi già analizzato[871] – sviluppatosi all'interno del nostro Paese.

In primo luogo, la Corte di Appello di Firenze, con decisione del 20 marzo 2007, disponeva l'esecutività della sentenza dell'*Areios Pagos* del 4 maggio del 2000, nella parte in cui tale sentenza condannava la Germania alle spese di giudizio a favore dell'Amministrazione Regionale della Voiotia. La Corte di Cassazione, con ordinanza del 29 maggio 2008, confermava la statuizione della Corte di Appello[872].

In secondo luogo, la Corte di Appello di Firenze, con decisione del 25 novembre del 2008, disponeva l'esecutività della sentenza del Tribunale di Levadia del 25 settembre 1997, relativamente alla condanna nei confronti della Germania a risarcire i danni. La Corte di

---

la mancata autorizzazione del Ministro della giustizia greco a procedere all'esecuzione sui beni della Germania presenti in Grecia, non integrava una restrizione ingiustificata dell'art. 6 della CEDU.

[870] Nelle parole della Corte: «[…] The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity […]». Secondo Distefano nell'affermazione dei giudici di Strasburgo è possibile notare «un atteggiamento di timida apertura alla soluzione opposta». Così M. DISTEFANO, "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", cit., p. 132.

[871] Si rinvia al capitolo IV, § 4.1.

[872] Corte di Appello di Firenze, *Repubblica Federale di Germania c. Amministrazione regionale della Voiotia*, sentenza del 20 marzo 2007, n. 486; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Repubblica Federale di Germania c. Amministrazione regionale della Voiotia*, ordinanza del 29 maggio 2008, n. 14199. Per un commento si veda: M. BORDONI, "L'ordine pubblico internazionale nella sentenza della Cassazione sulla esecuzione della decisione greca relativa al caso *Distomo*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 496 e ss.; P. FRANZINA, "Norme sull'efficacia delle decisioni straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, in caso di gravi violazioni dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 638 e ss.; O. LOPES PEGNA, "Riconoscimento automatico di sentenze straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile", in *Rivista di diritto internazionale*, p. 796 e ss.

Cassazione, ancora una volta, confermava la decisione della Corte di Appello con ordinanza del 20 maggio 2011[873].

Il 7 giugno del 2007, i ricorrenti ellenici, conformemente alla decisione della Corte di Appello del 25 novembre del 2008, iscrivevano nel registro immobiliare dell'ufficio provinciale di Como ipoteca giudiziale su Villa Vigoni.

Tuttavia, l'Avvocatura dello Stato per il distretto di Milano, con un'istanza presentata il 6 giugno del 2008, chiedeva al Tribunale di Como che l'ipoteca venisse cancellata.

A seguito del ricorso presentato dallo Stato tedesco alla Corte internazionale di giustizia, il Governo italiano decideva di sospendere, con apposita decretazione d'urgenza[874], l'efficacia dei titoli esecutivi nei confronti della Germania nelle more del giudizio di fronte alla Corte dell'Aja.

La Corte dell'Aja autorizzava la Grecia, con ordinanza del 4 luglio del 2011, ad intervenire nel procedimento in qualità di non-parte, stabilendo, quindi, che il suo intervento fosse limitato alla questione dell'esecuzione delle sentenze elleniche dichiarata da parte delle autorità giurisdizionali italiane[875].

Una volta chiarite le ragioni dell'intervento della Grecia all'interno del procedimento, possiamo passare ad analizzare il contenuto della pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012, che – lo si anticipa – accoglieva il ricorso tedesco in relazione

---

873 Corte di Appello di Firenze, *Repubblica Federale di Germania c. Autogestione Prefettizia di Voiotia*, sentenza del 25 novembre del 2008, n. 1696; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, *Repubblica Federale di Germania c. Autogestione Prefettizia di Voiotia*, ordinanza del 20 maggio 2011, n. 11163. Per un commento si veda: M. FRULLI, "The Times they are A-Changing' – the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes' Victims", in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 1129 e ss.

874 Il Decreto legge del 28 aprile 2010, n. 63, all'art. 1, in G.U. 29 aprile 2010, n. 99, dopo le modifiche apportate alla legge di conversione del 23 giugno 2010, n. 98, in G.U. del 29 giugno 2010, n. 147, ha stabilito, con termine prorogato al 31 dicembre 2012 tramite Decreto legge del 29 dicembre 2011, n. 216, anch'esso convertito con modificazioni nella l. 24 febbraio 2012, n. 14, in S.O. n. 36 relativo alla G.U. del 27 febbraio 2012, n. 48, che: «l'efficacia dei titoli esecutivi nei confronti di uno Stato estero è sospesa di diritto qualora lo Stato estero abbia presentato un ricorso dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, diretto all'accertamento della propria immunità dalla giurisdizione italiana, in relazione a controversie oggettivamente connesse a detti titoli esecutivi». Sulla predetta decretazione d'urgenza si veda: E. SCISO, "L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione dopo la conversione del decreto-legge 28 aprile 2010, n. 63", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 802 e ss.

875 Corte internazionale di giustiza, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*), ordinanza del 4 luglio 2011. Per un commento si veda: S. RAFFEINER, "Nota a margine dell'ordinanza della CIG sull'intervento della Grecia nella controversia italo-tedesca: tra tutela dell'interesse e visione d'insieme", in *La Comunità internazionale*, 2011, p. 675 e ss.

a tutti i motivi presentati, ritenendo, dunque, l'Italia responsabile della violazione dell'obbligo internazionale di rispettare l'immunità giurisdizionale della Germania[876]. Tuttavia, si segnala che la decisione non è stata adottata in modo unanime[877].

Ma procediamo con ordine.

Nella sentenza, la Corte, anzitutto, ricostruiva brevemente i fatti processuali[878]; prendeva, poi, in considerazione il quadro storico e fattuale all'interno del quale la controversia si inseriva[879]; infine, dopo aver individuato la materia oggetto della controversia

---

[876] La sentenza, molto attesa nell'ambito della Comunità internazionale, è stata oggetto di numerosissimi commenti. Peraltro, anche prima che la Corte dell'Aja si pronunciasse diversi sono stati i contributi circa la controversia pendente. Senza pretese di esaustività si rinvia a: A. ATTERITANO, "Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 271 e ss.; J. C. BARKER, "I. International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy*), Judgment of 3 february 2012", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 741 e ss.; A. BIANCHI, "Gazing at the crystal ball (again): state immunity and *jus cogens* beyond *Germany v. Italy*", in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, p. 457 e ss.; ID., "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", cit., p. 293 e ss.; P. C. BORNKAMM, "State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State*", in *German Law Journal*, 2012, p. 773 e ss.; A. CIAMPI, "The International Court of Justice between «Reason of State» and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 374 e ss.; B. CONFORTI, "The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of the Foreign States: a Missed Opportunity", cit., p. 133 e ss.; A. GATTINI, "The Dispute on Jurisdictional Immunity of the State before the ICJ: Is the Time Rape for a Change in Law?", in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 178 e ss.; L. GRADONI, A. TANZI, "Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012", in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203 e ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", cit., p. 232 e ss.; H. MUIR WATT, "Le droits fondamentaux devant le juges nationaux à l'épreue des immunités juridictionnelles", in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 539 e ss.; M. PANEBIANCO, F. BUONOMENNA, "Corte internazionale di giustizia (3 febbraio 2012): *Jura immunitatis* o *Jura humanitatis*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2012, p. 22 e ss.; R. PAVONI, "An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading on the United States Practice in Jurisdictional Immunities", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 143 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, "Il rapporto tra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2012, p. 310 e ss.; N. RONZITTI, "L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati", cit., p. 89 e ss.; A. G. TALMON, "*Jus Cogens* after *Germany v. Italy*: Substantive and Procedural Rules Distinguished", in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 979 e ss.; G. SERRANÒ, "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionale dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 617 e ss.; K. N. TRAPP, A. MILLS, "Smooth Runs the Water Where the Brook is Deep: the Obscured Complexities of *Germany v. Italy*", cit., p. 153 e ss.

[877] Le opinioni separate, in particolare, sono state tre (dei giudici Koroma, Keith e Bennouna), così come tre sono state le opinioni dissenzienti (dei giudici Cançado Trindade, Yusuf, Gaja).

[878] Si vedano i §§ 1-19 della sentenza in esame.

[879] Si vedano i §§ 20-26 della sentenza in esame. In particolare la Corte ricordava che: «In June 1940, Italy entered the Second World War as an ally of the German Reich. In September 1943, following the removal of Mussolini from power, Italy surrendered to the Allies and, the following month, declared war on Germany. German forces, however, occupied much of Italian territory and, between October 1943 and the end of the War, perpetrated many atrocities against the population of that territory, including massacres of civilians and

e accertato la sussistenza della sua giurisdizione[880], procedeva ad analizzare le questioni sollevate dallo Stato tedesco tramite la *rêquete*, dichiarando esplicitamente che avrebbe vagliato nell'ordine:

i) *le presunte violazioni da parte delle autorità giurisdizionali italiane dell'immunità nei confronti della Germania a seguito dell'accoglimento delle azioni promosse da cittadini italiani nei confronti del predetto Stato*;

ii) *le misure esecutive adottate nei confronti di beni di proprietà della Germania siti in Italia*;

---

the deportation of large numbers of civilians for use as forced labour. In addition, German forces took prisoner, both inside Italy and elsewhere in Europe, several hundred thousand members of the Italian armed forces. Most of these prisoners […] were denied the status of prisoner of war and deported to Germany and German-occupied territories for use as forced labour». Inoltre, la Corte richiamava: l'art. 77 del Trattato di Pace del 1947; la Legge sulle Compensazioni per le persecuzioni naziste del 1953, così come emendata nel 1965; gli Accordi stipulati tra Italia e Germania nel 1951 (i c.d. Accordi di Bonn); la Legge federale del 2 agosto del 2002 con cui era stato istituito dalla Germania la Fondazione "Memoria, Responsabilità e Futuro". Infine, la Corte si soffermava sia sulle pronunce dei giudici italiani che secondo lo Stato tedesco avevano violato la sua immunità, sia sulle sentenze elleniche a cui le autorità giurisdizionali italiane avevano dato esecuzione, e che – sempre, nell'opinione dello Stato tedesco – erano state adottate in violazione della regola che sancisce l'esenzione dalla giurisdizione davanti ai giudici di uno Stato per un Paese straniero.

[880] Si vedano i §§ 37-51 della sentenza in esame. La Corte, in particolare, rilevava che la materia oggetto della controversia, sulla quale essa avrebbe dovuto esprimersi, dovesse ritenersi limitata alle richieste tedesche. Al § 39, infatti, la Corte affermava: «The subject-matter of a dispute brought before the Court is delimited by the claims submitted to it by the parties. In the present case, since there is no longer any counter-claim before the Court and Italy has requested the Court to "adjudge Germany's claims to be unfounded", it is those claims that delimit the subject-matter of the dispute which the Court is called upon to settle […]». La Corte, poi, proseguiva, sostenendo che: «It is in respect of those claims that the Court must determine whether it has jurisdiction to entertain the case». A questo punto, la Corte riconosceva che l'Italia non aveva sollevato alcuna obiezione circa l'esercizio della giurisdizione da parte della Corte o sull'ammissibilità della *rêquete* tedesca. Tuttavia, i giudici dell'Aja sottolineavano come, in conformità ad una giurisprudenza consolidata (Cfr. *Appello relativo alla giurisdizione del Consiglio ICAO* (*India c. Pakistan*), sentenza del 18 agosto 1972, § 13), essa fosse chiamata sempre ad accertare la sussistenza della propria giurisdizione, anche *proprio motu*. Il ricorso della Germania era stato presentato alla Corte internazionale di giustizia sulla base dell'art. 1 della Convenzione europea per la risoluzione pacifica delle controversie, secondo cui: «The High Contracting Parties shall submit to the judgement of the International Court of Justice all international legal disputes which may arise between them including, in particular, those concerning: a. the interpretation of a treaty; b. any question of international law; c. the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d. the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation». La Corte richiamava anche l'art. 27 della Convenzione predetta, il quale prevede una limitazione *ratione temporis* circa l'applicabilità della Convenzione. L'art. 27, infatti, statuisce che: «The provisions of this Convention shall not apply to: a. disputes relating to facts or situations prior to the entry into force of this Convention as between the parties to the dispute; b. disputes concerning questions which by international law are solely within the domestic jurisdiction of States». I giudici rilevavano che, sebbene, i fatti sottoposti a giudizio fossero stati commessi tra il 1943-1945, la questione di diritto internazionale adita di fronte alla Corte riguardava la ben successiva affermazione della giurisdizione italiana con conseguente diniego dell'immunità da parte dello Stato tedesco tra il 2004 e il 2011, in un periodo, dunque, certamente successivo rispetto all'entrata in vigore della Convenzione tra le Parti (1961).

*iii) la presunta violazione da parte delle corti italiane dell'immunità dello Stato tedesco a fronte dell'*exequatur *di sentenze greche.*

i) Circa le presunte violazioni da parte delle autorità giurisdizionali italiane dell'immunità nei confronti della Germania a seguito dell'accoglimento delle azioni promosse da cittadini italiani nei confronti del predetto Stato

La Corte, anzitutto, inquadrava il problema giuridico sottoposto al suo giudizio.

Analizzando la natura degli atti che erano stati oggetto delle pronunce giurisprudenziali italiane, i giudici dell'Aja concludevano che tali atti potessero essere qualificati come manifestazione di un totale disprezzo per le più elementari valori di umanità, distinguendo gli atti compiuti dal Reich in tre diverse categorie.

La prima categoria ricomprendeva l'uccisione su larga scala della popolazione civile nei territori italiani occupati dalle forze naziste, come parte di una precisa politica di rappresaglia[881]. La seconda categoria aveva ad oggetto la deportazione ed il lavoro forzato al quale erano stati sottoposti civili italiani[882]. La terza, ed ultima categoria, riguardava, invece, il mancato riconoscimento dello *status* di prigionieri di guerra, e delle protezioni che derivano dal predetto *status*, ai membri delle forze armate italiane che ne avrebbero, invece, avuto diritto, e la sottoposizione anche di questi ultimi al lavoro forzato.

La Corte affermava, poi, che non vi fosse alcun dubbio circa la possibilità di qualificare le categorie poc'anzi ricordate come gravi violazioni del diritto internazionale applicabile tra il 1943-1945, facendo, in particolare, riferimento agli artt. 6 (b) e (c) dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga del 1945[883], precisando che i princìpi

[881] In particolare, la Corte ricordava a titolo esemplificativo la strage di Civitella in Val di Chiana, Cornia e San Pancrazio da parte della divisione delle forze armate tedesche "Hermann Göring", per la quale si rinvia a quanto già detto nell'analisi della sentenza *Milde* (capitolo IV, § 4.1).

[882] La Corte faceva qui riferimento al caso del sig. Luigi Ferrini, per il quale si rinvia a quanto già detto in sede di approfondimento della sentenza *Ferrini* (capitolo IV, § 4.1).

[883] L'art. 6 dello Statuto del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga, afferma che: «Il Tribunale istituito in base all'Accordo menzionato nel precedente articolo 1 per il giudizio e la punizione dei grandi criminali di guerra dei paesi europei dell'Asse sarà competente a giudicare e punire tutti coloro che, agendo per conto dei Paesi Europei dell'Asse, avranno commesso sia individualmente, sia quali membri di una organizzazione, uno dei delitti seguenti. Gli atti sotto menzionati, o uno qualunque di essi, costituiscono crimini sottoposti alla giurisdizione del Tribunale e comportano una responsabilità individuale: a) Crimini contro la pace: vale a dire la progettazione, la preparazione, lo scatenamento e la continuazione di una guerra d'aggressione, o d'una guerra in violazione di trattati, assicurazioni o accordi internazionali, ovvero la partecipazione a un piano concertato o a un complotto per commettere una delle precedenti azioni; b) Crimini di guerra: vale a dire la violazione delle leggi e degli usi di guerra. Queste violazioni includono, senza esserne

contenuti in tale Carta erano stati successivamente ribaditi dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione n. 95 del 1946[884].

Tuttavia, la Corte sottolineava come, nel caso di specie, non fosse chiamata a pronunciarsi circa le richiamate gravi violazioni del diritto internazionale dei conflitti armati, senza dubbio perpetrate dalla Germania ai danni di cittadini italiani – come, peraltro, riconosciuto dello stesso Stato tedesco[885] – durante il secondo conflitto mondiale, ma di doversi esprimere su una diversa questione, ovvero se le autorità giurisdizionali italiane – a fronte dei ricorsi presentati dalle vittime dei crimini nazisti – avessero dovuto accordare l'immunità allo Stato tedesco convenuto in giudizio.

Successivamente i giudici constatavano come le Parti della controversia fossero entrambe d'accordo sulla legge applicabile, ed, in particolare, sul fatto che l'immunità fosse una regola di diritto internazionale, e non una «comity»[886].

Ciò chiarito, la Corte stabiliva di dover procedere all'accertamento dell'esistenza o meno di un obbligo in capo ai giudici italiani di riconoscere alla Germania l'immunità sulla base del diritto internazionale consuetudinario, non essendo applicabile ai rapporti tra le parti della controversia alcuna convenzione in materia immunitaria: solo, infatti, la Germania risultava essere parte della Convenzione europea sull'immunità degli Stati del 1972, e nessuno

---

limitate, l'assassinio; il maltrattamento o la deportazione per lavori forzati, o per qualsiasi altro scopo, delle popolazioni civili dei territori occupati o che vi si trovano; l'assassinio o il maltrattamento di prigionieri di guerra o di naufraghi; l'esecuzione di ostaggi; il saccheggio di beni pubblici o privati; la distruzione ingiustificata di città e di villaggi, ovvero le devastazioni non giustificate da esigenze d'ordine militare; c) Crimini contro l'umanità: vale a dire l'assassino, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e qualsiasi altro atto inumano commesso ai danni di una qualsiasi popolazione civile, prima e durante la guerra, ovvero le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, quando tali atti o persecuzioni – abbiano costituito o meno una violazione del diritto interno del Paese dove sono state perpetrate – siano state commesse nell'esecuzione di uno dei crimini rientranti nella competenza del Tribunale, o in connessione con uno di siffatti crimini. I dirigenti, gli organizzatori, gli istigatori o i complici che abbiano preso parte alla elaborazione o all'esecuzione di un piano concertato o di un'intesa criminosa per commettere uno qualunque dei crimini sopra definiti, sono responsabili di tutti gli atti compiuti da parte di qualsiasi persona in esecuzione di tale piano».

[884] Assemblea generale delle Nazioni Unite, Risoluzione n. 95 dell'11 dicembre 1946, *Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nürnberg Tribunal*, reperibile al link: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_e.pdf. Si veda il § 52 della sentenza in esame.

[885] Si veda la Dichiarazione congiunta della Germania e dell'Italia, resa a Trieste il 18 novembre del 2008.

[886] Si veda il § 53 della sentenza in esame: «However, the Court is not called upon to decide whether these acts were illegal, a point which is not contested. The question for the Court is whether or not, in proceedings regarding claims for compensation arising out of those acts, the Italian courts were obliged to accord Germany immunity. In that context, the Court notes that there is a considerable measure of agreement between the Parties regarding the applicable law. In particular, both Parties agree that immunity is governed by international law and is not a mere matter of comity».

dei due Stati era, invece, parte della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004 (peraltro, all'epoca, così come oggi, non ancora in vigore)[887].

Nell'opinione dei giudici, dunque, occorreva *in primis* ricostruire, in conformità all'art. 38, par. 1, lett. b), dello Statuto della Corte stessa[888], se potesse dirsi esistente una norma consuetudinaria in materia immunitaria sulla base degli elementi tipici della consuetudine, ovvero *diuturnitas* e *opinio iuris ac necessitatis*[889]; e, solo eventualmente *in secundis*, nel caso tale consuetudine fosse rinvenuta, quale fosse la sua portata e quali fossero i suoi effetti.

In particolare, veniva specificato che per verificare l'elemento oggettivo della consuetudine si sarebbe avuto riguardo alle pronunce delle autorità giurisdizionali nazionali che avevano affrontato la questione dell'immunità, alle legislazioni di quei Paesi che avevano adottato delle leggi in materia immunitaria, alle richieste presentate da parte degli Stati di fronte alle autorità giurisdizionali straniere, e alle dichiarazioni avanzate dai Paesi, prima, durante lo studio che era stato intrapreso dalla Commissione di diritto internazionale per la

[887] Si veda il § 54 della sentenza in esame, secondo cui: «As between Germany and Italy, any entitlement to immunity can be derived only from customary international law, rather than treaty. Although Germany is one of the eight States parties to the European Convention on State Immunity of 16 May 1972 […], Italy is not a party and the Convention is accordingly not binding upon it. Neither State is party to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted on 2 December 2004 […]».

[888] L'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia afferma che: «1. La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche. 2. La presente disposizione non pregiudica la facoltà della Corte di statuire *ex aequo et bono* se le parti vi consentono».

[889] In particolare, la Corte faceva riferimento alla sua pronuncia nel caso *Delimitazione della Piattaforma Continentale del Mare del Nord* (*North Sea Continental Shelf Cases* (*Federal Republic of Germany v. Denmark*; *Fedeal Republic of Germany v. Netherlands*, *judgment* 20 *February* 1969, § 77: «The essential point in this connection-and it seems necessary to stress it-is that even if these instances of action by non-parties to the Convention were much more numerous than they in fact are, they would not, even in the aggregate, suffice in themselves to constitute the *opinio juris*; - for, in order to achieve this result, two conditions must be fulfilled. Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it. The need for such a belief, i.e., the existence of a subjective element, is implicit in the very notion of the *opinio juris sive necessitatis*. The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty».

codificazione della materia, nonché, poi, in sede di adozione della Convenzione ONU sull'immunità del 2004.

Rispetto all'elemento soggettivo della consuetudine, invece, la Corte riteneva di dover vagliare se gli Stati, nel domandare o nel concedere l'immunità ritenessero di agire conformemente ad un obbligo internazionale, o, al contrario affermassero il diritto di esercitare la propria giurisdizione nei confronti di Paesi stranieri[890].

La Corte arrivava alla conclusione che l'immunità – nonostante in passato si fosse dibattuto a lungo circa la sua origine ed i principi ad essa sottesi – fosse stata riconosciuta quale norma di diritto internazionale consuetudinario dalla Commissione di diritto internazionale nel 1980, sulla base di un'indagine approfondita che aveva avuto ad oggetto la prassi statuale, ed aveva trovato successivamente conferma durante i lavori di codificazione della Convenzione ONU sull'immunità: si poteva, pertanto, affermare che esistesse (ed in effetti esista) un diritto in capo agli Stati di vedersi riconosciuta l'immunità di fronte ai tribunali dei Paesi esteri, diritto al quale corrispondeva un dovere per gli Stati di concedere l'esenzione dalla propria giurisdizione ai Paesi stranieri[891].

Secondo i giudici, la norma immunitaria ricopriva, peraltro, una ruolo fondamentale nell'ambito dell'ordinamento internazionale e delle relazioni tra gli Stati, essendo espressione, sia del principio di sovrana eguaglianza tra entità statali, previsto dall'art. 2, § 1, della Carta delle Nazioni Unite[892], sia del principio che sancisce la sovranità per ciascuno Stato sul proprio territorio; qualunque deroga, pertanto, alla generale esenzione dalla giurisdizione avrebbe rappresentato un allontanamento dal principio, fondamentale per la struttura dell'ordinamento internazionale, della sovrana eguaglianza[893].

La Corte passava, poi, ad analizzare quale dovesse essere il diritto applicabile al caso in al esame da un punto di vista temporale: se, come sostenuto dalla Germania, avesse dovuto trovare applicazione il diritto esistente al momento della commissione dei fatti che avevano dato origine ai procedimenti dinanzi alle autorità giurisdizionali italiane, ovvero, come, invece affermato dall'Italia, quello in vigore al momento dell'apertura dei procedimenti.

---

[890] Si veda il § 55 della sentenza in esame.

[891] Si veda il § 56 della sentenza in esame.

[892] L'art. 2, par. 1, della Carta ONU afferma che: «L'Organizzazione ed i suoi Membri, nel perseguire i fini enunciati nell'art. 1, devono agire in conformità ai seguenti princìpi: 1. L'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri. […]».

[893] Si veda il § 57 della sentenza in esame.

I giudici facevano riferimento all'art. 13 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale dello Stato del 2001, il quale sancisce espressamente il principio *tempus regit actum*, e sostenevano che, essendo oggetto del loro giudizio le pronunce delle autorità giurisdizionali italiane, avrebbe dovuto essere applicato il diritto vigente al momento della celebrazione dei procedimenti in Italia[894]. Veniva, inoltre, affermato – così introducendo l'argomento che costituisce il *focus* centrale del nostro interesse – che:

> «the law of immunity is essentially procedural in nature[895]. It regulates the exercise of jurisdiction in respect of particular conduct and is thus entirely distinct from the substantive law which determines whether that conduct is lawful or unlawful»[896].

Attraverso tale ragionamento, la Corte giustificava, dunque, la mancata applicazione del diritto esistente tra il 1943-1945 al caso di cui al suo esame.

I giudici della Corte passavano, poi, a pronunciarsi circa la portata e gli effetti della norma consuetudinaria sull'immunità.

Veniva, anzitutto, sottolineato come, ormai, molti Stati – tra i quali venivano ricompresi anche Italia e Germania – riconoscano l'immunità relativa, con la conseguenza che l'esenzione viene riconosciuta solo nelle ipotesi in cui lo Stato straniero abbia posto in essere *acta iure imperii*, e, viceversa, negata nel caso di *acta iure privatorum*[897]. Tuttavia, la Corte riteneva di non doversi soffermare sull'ultima categoria di atti richiamati, dal momento che – come, peraltro, pacificamente riconosciuto dallo Stato italiano – gli atti del Reich tedesco erano classificabili senza dubbio come *iure imperii*, nonostante il loro carattere illecito.

Ciò premesso, la Corte affermava che la distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis* non investisse in nessun modo la questione attinente alla liceità degli atti medesimi. Mentre, infatti, la distinzione tra attività che costituiscono estrinsecazione delle prerogative sovrane dello Stato e atti che vengono posti in essere da uno Stato al pari di un qualsiasi operatore

---

[894] Si veda il §58 della sentenza in esame.

[895] La Corte sul punto richiamava la – già da noi ricordata – sentenza del 2002 nel caso sul *Mandato di arresto* (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of Congo v. Belgium*), cit.), al § 60.

[896] Si veda, ancora, il § 58 della sentenza in esame.

[897] Si veda il § 59 della sentenza in esame.

privato riguarda i c.d. *ordinatoria litis*, la questione dell'illiceità o meno degli atti rileva solo tra i c.d. *meritoria litis*.

I giudici sottolineavano come la peculiarità del caso sottoposto alla loro attenzione, riguardasse il fatto che la stessa Germania aveva riconosciuto l'illiceità degli atti da essa perpetrati. Tale fatto però non incideva in alcun modo sulla classificazione di questi ultimi come *iure imperii*[898].

Dopo aver constatato, dunque, che entrambe le Parti della controversia concordavano sul fatto che dovesse essere riconosciuta ad uno Stato estero l'immunità per *iure imperii*, la Corte procedeva a vagliare gli argomenti difensivi fatti valere dall'Italia.

1.Nello specifico sulla c.d. tort exception

Si ricordi come la difesa italiana sosteneva che si fosse formata nell'ambito del diritto internazionale consuetudinario una deroga alla regola immunitaria (la c.d. *territorial tort exception)*, nell'ipotesi in cui uno Stato ponga in essere atti sul territorio dello Stato del foro che cagionino la morte o lesioni personali a persone, oppure danni a cose, e ciò anche qualora tali atti siano qualificabili come *iure imperii*. Il Governo italiano riconosceva che tale argomentare trovasse applicazione solo per quelle azioni promosse, dinanzi alle proprie autorità giurisdizionali, aventi ad oggetto atti che le forze armate straniere avevano perpetrato sul territorio italiano, e non anche quelle concernenti atti commessi all'estero nei confronti di cittadini italiani. In particolare, la difesa italiana invocava a sostegno della tesi dell'applicabilità della *tort exception*: l'art. 11 della Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati; l'art. 12 della Convenzione ONU di New York del 2004; le disposizioni adottate all'interno delle legislazioni di nove Stati[899] simili alle norme pattizie richiamate, sostenendo, inoltre, che la c.d. *armed conflict clause*, di cui all'art. 31 della Convenzione di Basilea, non incidesse in alcun modo sull'eccezione, in quanto tale clausola era stata formulata

[898] Si veda il § 60 della sentenza in esame.

[899] In particolare, l'Italia sottolineava come le legislazioni in materia immunitaria del Regno Unito e di Singapore prevedessero la *tort exception*, ma escludessero espressamente la sua applicabilità agli atti delle forze armate straniere; viceversa, veniva sottolineato come all'interno di numerosi altri Paesi (Argentina, Canada, Israele, Giappone, Sud Africa e Stati Uniti d'America) fosse possibile rinvenire una prassi che affermava la giurisdizione nei confronti degli Stati stranieri anche nel caso di *torts* cagionati dalle forze armate di questi ultimi sul territorio dello Stato del foro.

esclusivamente al fine di evitare eventuali conflitti tra quanto disposto dalla Convenzione europea in materia immunitaria e eventuali *Status of Forces Agreements*.

Nell'opinione dello Stato tedesco, invece, né l'art. 11 della Convenzione di Basilea, né l'art. 12 della Convenzione ONU dovevano ritenersi rispecchianti il diritto internazionale consuetudinario nella misura in cui neghino l'immunità ad uno Stato per *acta iure imperii*. Secondo la Germania, ad ogni modo, anche qualora tali disposizioni si fossero potute ritenere applicabili agli *acta iure imperii*, non avrebbero potuto essere fatte valere in quei procedimenti avanti ad oggetto gli atti delle forze armate. Inoltre, lo Stato tedesco ricordava che, fatta eccezione per le pronunce italiane e quelle greche nel caso *Distomo*, non erano rinvenibili nel quadro della giurisprudenza nazionale degli Stati decisioni che avessero negato l'immunità alle loro forze armate durante un conflitto armato, e che, al contrario, numerose erano le decisioni che avevano espressamente negato in tali casi la giurisdizione sulla base del fatto che lo Stato convenuto beneficiasse dell'immunità.

I giudici della Corte, anzitutto, notavano come la *tort exception* fosse sorta per disciplinare i casi di morte o lesioni a persone, o danni a cose, derivanti da incidenti stradali o da altri danni assicurabili. Inoltre, la Corte notava che nessuna tra le legislazioni richiamate dall'Italia ponesse in essere, rispetto alla deroga in oggetto, alcuna distinzione tra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*[900]; allo stesso modo, tale distinzione non era stata codificata nemmeno nell'art. 11 della Convenzione di Basilea e nell'art. 12 della Convenzione ONU[901].

La Corte, tuttavia, evitava di prendere posizione sulla questione, affermando:

---

[900] Si veda, ancora, il § 64 della sentenza, ove i giudici, inoltre, ricordavano che la Corte suprema canadese aveva espressamente statuito che la legislazione statuale in materia immunitaria non fosse soggetta a distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*. Si veda: *Schreiber v. Federal Republic of Germany* 2002 SCC 62, §§ 33-36.

[901] La Corte, rispetto alla mancata previsione nell'art. 12 della Convenzione ONU della distinzione tra attività *iure imperii* e *iure gestionis*, affermava, al § 64, che: «The International Law Commission's commentary on the text of what became Article 12 of the United Nations Convention makes clear that this was a deliberate choice and that the provision was not intended to be restricted to *acta jure gestionis* (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II (2), p. 45, para. 8)». Ciò veniva, inoltre, confermato dalle critiche presentate da taluni Paesi rispetto alla formulazione dell'art. 12 della predetta Convenzione: «In criticizing the International Law Commission's draft of what became Article 12, China commented in 1990 that "the article had gone even further than the restrictive doctrine, for it made no distinction between sovereign acts and private law acts" (United Nations doc. A/C.6/45/SR.25, p. 2) and the United States, commenting in 2004 on the draft United Nations Convention, stated that Article 12 "must be interpreted and applied consistently with the time-honoured distinction between acts *jure imperii* and acts *jure gestionis*» since to extend jurisdiction without regard to that distinction «would be contrary to the existing principles of international law" (United Nations doc. A/C.6/59/SR.13, p. 10, para. 63)».

«[…] that is not called upon in the present proceedings to resolve the question whether there is a customary international law a "tort exception" to State immunity applicable to *acta jure imperii* in general. The issue before the Court is confined to acts committed on the territory of the forum State by the armed forces of a foreign State, and other organs of State working in co-operation with those armed forces, in the course of conducting an armed conflict»[902].

Smarcato il tema dell'applicabilità dell'eccezione anche agli atti *iure imperii*, i giudici analizzavano, allora, le norme pattizie richiamate dall'Italia, sostenendo, in particolare, che, esse non potessero supportare in alcun modo la tesi della difesa, non essendo né la Convenzione di Basilea né la Convenzione di New York applicabili tra le Parti della controversia. Le disposizioni suddette avrebbero potuto assumere un qualche valore soltanto qualora potessero dirsi chiarificatrici del contenuto del diritto internazionale consuetudinario[903].

Con specifico riferimento all'art. 11 della Convenzione di Basilea, la Corte rilevava come tale articolo dovesse leggersi in combinato disposto con l'art. 31 della stessa Convenzione.

Contrariamente a quanto affermato dalla difesa italiana, la Corte di giustizia riteneva che detta ultima disposizione non avesse ad oggetto esclusivamente ipotesi di *Status of Forces Agreement*, così come non prevedesse alcuna distinzione tra atti commessi in tempo di pace o durante un conflitto armato. I giudici concordavano invece con l'Italia sul fatto che l'art. 31 si ponesse come clausola di salvaguardia, con la conseguenza che la questione dell'immunità di uno Stato per gli atti compiuti dalle forze armate ricadesse al di fuori dell'ambito applicativo della Convenzione, e, pertanto, tale questione dovesse essere risolta sulla base del diritto internazionale consuetudinario.

Ciò premesso, la Corte concludeva negando che l'art. 11 fosse invocabile quale clausola di diniego dell'immunità per gli illeciti perpetrati dalle forze armate dello Stato convenuto sul

[902] Si veda il § 65 della sentenza in esame.
[903] Si veda il § 66 della sentenza in esame.

territorio del Paese del foro, citando a proprio sostegno tanto il Rapporto esplicativo alla Convenzione di Basilea, quanto la giurisprudenza di diverse corti nazionali[904].

La Corte evidenziava, poi, come nemmeno l'art. 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, potesse essere ritenuto un elemento a sostegno del fatto che il diritto internazionale consuetudinario ammettesse l'applicabilità della *tort exception* agli atti commessi dalle forze armate di uno Stato straniero sul territorio dello Stato del foro. Per quanto, infatti, i giudici riconoscessero l'impossibilità di rinvenire all'interno del testo della predetta Convenzione una disposizione analoga all'art. 31 della Convenzione di Basilea, il fatto che la *tort exception* dovesse escludersi nel caso di atti commessi dalle forze armate straniere sul territorio del Paese del foro, sarebbe comunque stato deducibile da quanto asserito tanto dal Commentario all'art. 12 della Convenzione ONU, quanto dalle parole del Presidente del comitato *ad hoc*, Mr. Hafner[905].

Successivamente, i giudici notavano che ben 9 su 10 dei Paesi che avevano adottato una legislazione in materia immunitaria, ai quali le Parti della controversia avevano fatto

---

[904] Si vedano i §§ 67 e 68 della sentenza in esame, ove la Corte riportava quanto asserito nell'*Explanatory Report* alla Convenzione di Basilea rispetto all'art. 31: «The Convention is not intended to govern situations which may arise in the event of armed conflict; nor can it be invoked to resolve problems which may arise between allied States as a result of the stationing of forces. These problems are generally dealt with by special agreements». La Corte richiamava, inoltre, diverse pronunce dei tribunali nazionali che hanno asserito l'assenza di effetti da parte dell'art. 11 della Convenzione circa i *torts* commessi dalle forze armate straniere sul territorio dello Stato del foro. Si vedano, in particolare: Corte di I istanza di Ghent, sentenza del 18 febbraio del 2000, *Botelberghe v. German State*; Corte suprema irlandese, sentenza del 15 dicembre 1995, *McElhinney c. Williams*; Corte Costituzionale slovena, sentenza dell'8 marzo del 2001, causa n. UP-13/99-24; Corte suprema speciale greca, sentenza n. 2 del 17 settembre 2002, *Margellos v. Federal Republic of Germany*; Corte suprema polacca, sentenza del 29 ottobre 2010, Ref. No. IV CSK 465/09, *Natoniewski v. Federal Republic of Germany*.

[905] Si veda il § 69 della sentenza in esame, ove la Corte affermava: «[…]the International Law Commission's commentary on the text of Article 12 states that that provision does not apply to "situations involving armed conflicts" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1991, Vol. II (2), p. 46, para. 10). Moreover, in presenting to the Sixth Committee of the General Assembly the Report of the *Ad Hoc* Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (United Nations doc. A/59/22), the Chairman of the *Ad Hoc* Committee stated that the draft Convention had been prepared on the basis of a general understanding that military activities were not covered (United Nations doc. A/C.6/59/SR.13, p. 6, para. 36)». La Corte, inoltre, aggiungeva, nello stesso paragrafo, che: «No State questioned this interpretation. Moreover, the Court notes that two of the States which have so far ratified the Convention, Norway and Sweden, made declarations in identical terms stating their understanding that "the Convention does not apply to military activities, including the activities of armed forces during an armed conflict, as those terms are understood under international humanitarian law, and activities undertaken by military forces of a State in the exercise of their official duties" (United Nations doc. C.N.280.2006.TREATIES-2 and United Nations doc. C.N.912.2009.TREATIES-1). In the light of these various statements, the Court concludes that the inclusion in the Convention of Article 12 cannot be taken as affording any support to the contention that customary international law denies State immunity in tort proceedings relating to acts occasioning death, personal injury or damage to property committed in the territory of the forum State by the armed forces and associated organs of another State in the context of an armed conflict».

riferimento, conoscessero una disposizione concernente la *tort exception*[906]. Tuttavia, dopo aver passato brevemente in rassegna ciascuna legislazione statale, e pur rilevando che soltanto gli *State Immunity Act* di Regno Unito e Singapore contenessero una disposizione che escluda dall'ambito di applicazione della normativa immunitaria gli atti delle forze armate straniere (sul modello dell'art. 31 della Convenzione di Basilea), concludeva che in nessuno degli Stati analizzati (compresi i 7 che non negavano esplicitamente l'applicabilità della *tort exception* all'attività delle *armed forces*) le corti nazionali fossero state chiamate ad applicare dette leggi in casi aventi ad oggetto *torts* cagionati dagli atti delle forze armate di un Paese straniero sul territorio dello Stato del foro, durante una situazione di conflitto armato[907].

La Corte procedeva, poi, a vagliare diverse sentenze delle corti nazionali riguardanti la questione dell'immunità per uno Stato estero le cui forze armate avessero posto in essere illeciti sul territorio dello Stato del foro. Sulla base dell'analisi condotta, i giudici prendevano atto del fatto che tali sentenze, nonostante non si fossero espressamente pronunciate circa

---

[906] Si veda il § 70 della sentenza in esame. In particolare i nove Paesi richiamati, che hanno adottato nella loro legislazione una deroga in caso di *torts* commessi da uno Stato estero sul territorio dello Stato del foro, sono: USA, *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976, 28 USC, Sect. 1605 (a) (5); United Kingdom *State Immunity Act* 1978, Sect. 5 ; South Africa *Foreign States Immunities Act* 1981, Sect. 6; *Canada State Immunity Act* 1985, Sect. 6 ; Australia *Foreign States Immunities Act* 1985, Sect. 13; Singapore *State Immunity Act* 1985, Sect. 7 ; Argentina Law No. 24.488 (*Statute on the Immunity of Foreign States before Argentine Tribunals*) 1995, Art. 2 (e); Israel *Foreign State Immunity Law* 2008, Sect. 5; and Japan, *Act on the Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State*, 2009, Art. 10. L'unico Stato dotato di legislazione immunitaria a fare eccezione è il Pakistan: *State Immunity Ordinance*, 1981.

[907] Si veda il § 71 della sentenza in esame: «Two of these statutes (the United Kingdom *State Immunity Act* 1978, Section 16 (2) and the Singapore *State Immunity Act* 1985, Section 19 (2) (a)) contain provisions that exclude proceedings relating to the acts of foreign armed forces from their application. The corresponding provisions in the Canadian, Australian and Israeli statutes exclude only the acts of visiting forces present with the consent of the host State or matters covered by legislation regarding such visiting forces (Canada *State Immunity Act* 1985, Section 16; Australia *Foreign States Immunities Act* 1985, Section 6; Israel *Foreign State Immunity Law* 2008, Section 22). The legislation of South Africa, Argentina and Japan contains no exclusion clause. However, the Japanese statute (in Article 3) states that its provisions "shall not affect the privileges or immunities enjoyed by a foreign State . . . based on treaties or the established international law". The United States *Foreign Sovereign Immunities Act* 1976 contains no provision specifically addressing claims relating to the acts of foreign armed forces but its provision that there is no immunity in respect of claims "in which money damages are sought against a foreign State for personal injury or death, or damage to or loss of property, occurring in the United States and caused by the tortious act or omission of that foreign State" (Sec. 1605 (a) (5)) is subject to an exception for "any claim based upon the exercise or performance or the failure to exercise or perform a discretionary function regardless of whether the discretion be abused" (Sec. 1605 (a) (5) (A)). Interpreting this provision, which has no counterpart in the legislation of other States, a court in the United States has held that a foreign State whose agents committed an assassination in the United States was not entitled to immunity (*Letelier v. Republic of Chile* (1980), *Federal Supplement (F. Supp.)*, Vol. 488, p. 665 ; ILR, Vol. 63, p. 378 (United States District Court, District of Columbia)). However, the Court is not aware of any case in the United States where the courts have been called upon to apply this provision to acts performed by the armed forces and associated organs of foreign States in the course of an armed conflict […]».

lo specifico problema oggetto del giudizio (atti delle forze armate di uno Stato straniero sul territorio dello Stato del foro durante un conflitto armato), suggerissero costantemente, come peraltro confermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che uno Stato ha sempre diritto a beneficiare dell'esenzione dalla giurisdizione per *acta iure imperii* commessi dalle proprie forze armate sul territorio dello Stato straniero del foro[908].

Infine, venivano prese in considerazione dai giudici quelle pronunce giurisprudenziali che si erano espresse circa la *specifica* questione dell'immunità di uno Stato per gli atti commessi sul territorio di un Paese straniero da parte delle proprie forze armate *durante un conflitto armato* (e in particolare durante la seconda guerra mondiale), in quanto costituenti la prassi maggiormente pertinente rispetto al caso sottoposto al loro esame.

Sul punto, i giudici rilevavano come la Corte di Cassazione francese avesse ritenuto la Germania immune per gli atti perpetrati ai danni dei cittadini francesi durante la II guerra mondiale, e che tale orientamento fosse stato accolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[909].

---

[908] Si veda il § 72 della sentenza in esame: «[…]The question whether a State is entitled to immunity in proceedings concerning torts allegedly committed by its armed forces when stationed on or visiting the territory of another State, with the consent of the latter, has been considered by national courts on a number of occasions. Decisions of the courts of Egypt (*Bassionni Amrane v. John, Gazette des Tribunaux mixtes d'Egypte*, January 1934, p. 108 ; *Annual Digest*, Vol. 7, p. 187), Belgium (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications v. Office d'aide mutuelle, Cour d'appel,* Brussels, *Pasicrisie belge*, 1957, Vol. 144, 2nd Part, p. 88 ; *ILR*, Vol. 23, p. 205) and Germany (*Immunity of the United Kingdom*, Court of Appeal of Schleswig, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, Vol. 7, p. 400; ILR, Vol. 24, p. 207) are earlier examples of national courts according immunity where the acts of foreign armed forces were characterized as *acta jure imperii*. Since then, several national courts have held that a State is immune with respect to damage caused by warships (*United States of America v. Eemshaven Port Authority*, Supreme Court of the Netherlands, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, No. 567 ; ILR, Vol. 127, p. 225 ; *Allianz Via Insurance v. United States of America* (1999), *Cour d'appel*, Aix-en-Provence, 2nd Chamber, judgment of 3 September 1999, ILR, Vol. 127, p. 148) or military exercises (FILT-CGIL *Trento v. United States of America*, Italian Court of Cassation, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 83, 2000, p. 1155; ILR, Vol. 128, p. 644). The United Kingdom courts have held that customary international law required immunity in proceedings for torts committed by foreign armed forces on United Kingdom territory if the acts in question were *acta jure imperii* (*Littrell v. United States of America* (No. 2), Court of Appeal, [1995] 1 *Weekly Law Reports* (*WLR*) 82; *ILR*, Vol. 100, p. 438; *Holland v. Lampen-Wolfe*, House of Lords, [2000] 1 WLR 1573; *ILR*, Vol. 119, p. 367). The Supreme Court of Ireland held that international law required that a foreign State be accorded immunity in respect of acts *jure imperii* carried out by members of its armed forces even when on the territory of the forum State without the forum State's permission (*McElhinney v. Williams*, [1995] 3 *Irish Reports* 382; ILR, Vol. 104, p. 691). The Grand Chamber of the European Court of Human Rights later held that this decision reflected a widely held view of international law so that the grant of immunity could not be regarded as incompatible with the European Convention on Human Rights (*McElhinney v. Ireland* [GC], application No. 31253/96, judgment of 21 November 2001, *ECHR Reports* 2001-XI, p. 39; ILR, Vol. 123, p. 73, para. 38)».

[909] Si veda il § 73 della sentenza in esame: «[…]In this context, the *Cour de cassation* in France has consistently held that Germany was entitled to immunity in a series of cases brought by claimants who had been deported from occupied French territory during the Second World War (*No. 02-45961*, 16 December 2003, *Bull. civ.*, 2003, I, No. 258, p. 206 (the *Bucheron* case); *No. 03-41851*, 2 June 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, No.

Anche le Corti supreme di Slovenia e Polonia avevano concesso l'immunità allo Stato tedesco per gli illeciti perpetrati dalle forze armate di quest'ultimo sul loro territorio nel II conflitto mondiale. Ancora, i giudici constatavano come l'immunità fosse stata nelle medesime situazioni confermata anche da tribunali inferiori di altri Paesi, e dalle stesse corti tedesche[910].

L'unico Stato in cui la Corte riteneva fosse possibile rinvenire una prassi giudiziaria, favorevole al diniego dell'immunità (oltre naturalmente allo Stato italiano, le cui pronunce erano oggetto del procedimento dinanzi alla Corte), era la Grecia nel ricordato caso *Distomo*.

Tuttavia, i giudici dell'Aja ritenevano che tale precedente non potesse assumere rilevanza, essendo stato smentito successivamente dalla sentenza della Corte suprema speciale greca nel caso *Margellos* del 2002, così come, poi, da altre sentenze di tribunali minori, nonché dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[911]. La Corte dell'Aja affermava, pertanto,

158, p. 132 (the *X* case) and *No. 04-47504*, 3 January 2006 (the *Grosz* case)). The Court also notes that the European Court of Human Rights held in Grosz v. France (application No. 14717/06, decision of 16 June 2009) that France had not contravened the European Convention on Human Rights in the proceedings which were the subject of the 2006 *Cour de cassation* judgment (*Judgment No. 04-47504*), because the *Cour de cassation* had given effect to an immunity required by international law».

[910] Si vedano i §§ 74 e 75 della sentenza in esame: «74. The highest courts in Slovenia and Poland have also held that Germany was entitled to immunity in respect of unlawful acts perpetrated on their territory by its armed forces during the Second World War. In 2001 the Constitutional Court of Slovenia ruled that Germany was entitled to immunity in an action brought by a claimant who had been deported to Germany during the German occupation and that the Supreme Court of Slovenia had not acted arbitrarily in upholding that immunity (*Case No. Up-13/99*, judgment of 8 March 2001). The Supreme Court of Poland held, in *Natoniewski v. Federal Republic of Germany* (judgment of 29 October 2010, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), that Germany was entitled to immunity in an action brought by a claimant who in 1944 had suffered injuries when German forces burned his village in occupied Poland and murdered several hundred of its inhabitants. The Supreme Court, after an extensive review of the decisions in *Ferrini*, *Distomo* and *Margellos*, as well as the provisions of the European Convention and the United Nations Convention and a range of other materials, concluded that States remained entitled to immunity in respect of torts allegedly committed by their armed forces in the course of an armed conflict. Judgments by lower courts in Belgium (judgment of the Court of First Instance of Ghent in 2000 in *Botelberghe v. German State*), Serbia (judgment of the Court of First Instance of Leskovac, 1 November 2001) and Brazil (*Barreto v. Federal Republic of Germany*, Federal Court, Rio de Janeiro, judgment of 9 July 2008 holding Germany immune in proceedings regarding the sinking of a Brazilian fishing vessel by a German submarine in Brazilian waters) have also held that Germany was immune in actions for acts of war committed on their territory or in their waters. 75. Finally, the Court notes that the German courts have also concluded that the territorial tort principle did not remove a State's entitlement to immunity under international law in respect of acts committed by its armed forces, even where those acts took place on the territory of the forum State (judgment of the Federal Supreme Court of 26 June 2003 (*Greek Citizens v. Federal Republic of Germany*, case No. III ZR 245/98, *NJW*, 2003, p. 3488; *ILR*, Vol. 129, p. 556), declining to give effect in Germany to the Greek judgment in the *Distomo* case on the ground that it had been given in breach of Germany's entitlement to immunity)».

[911] Si veda il § 76 della sentenza in esame: «The judgment of the Hellenic Supreme Court in the *Distomo* case in 2000 contains an extensive discussion of the territorial tort principle without any suggestion that it does not extend to the acts of armed forces during an armed conflict. However, the Greek Special Supreme Court, in its judgment in *Margellos v. Federal Republic of Germany* (case No. 6/2002, *ILR*, Vol. 129, p. 525),

che la prassi greca andasse a contraddire, più che a supportare, come era invece sembrato *prima facie*, l'argomentazione italiana.

Alla luce dell'analisi condotta, i giudici affermavano che la prassi degli Stati fosse orientata nel ritenere che l'immunità per *acta iure imperii* continuasse a trovare applicazione in tutti quei procedimenti instaurati di fronte ai tribunali di uno Stato a fronte di illeciti commessi da parte di truppe armate straniere durante un conflitto armato, anche qualora gli illeciti avessero avuto luogo sul territorio dello Stato del foro.

La prassi si riteneva sostenuta da un'*opinio iuris*, dal momento che tanto gli Stati, quanto la giurisprudenza avevano affermato che fosse il diritto internazionale consuetudinario a prescrivere in tali casi l'immunità. Significativa risultava, a riguardo, anche la totale assenza non solo di giurisprudenza di segno opposto, ma anche di dichiarazioni rese dagli Stati sia in sede di lavori preparatori della Commissione di diritto internazionale, sia per l'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite, così come di un qualsiasi altro elemento che smentisse l'immunità da parte del diritto internazionale consuetudinario[912].

La Corte, pertanto, rispetto al primo motivo fatto valere dalla difesa italiana, concludeva che:

> «In light of the foregoing, the Court considers that customary international law continues to require that a State be accorded immunity in proceedings for torts allegedly committed on the territory of another State by its armed forces and

repudiated the reasoning of the Supreme Court in *Distomo* and held that Germany was entitled to immunity. In particular, the Special Supreme Court held that the territorial tort principle was not applicable to the acts of the armed forces of a State in the conduct of armed conflict. While that judgment does not alter the outcome in the *Distomo* case, a matter considered below, Greece has informed the Court that courts and other bodies in Greece faced with the same issue of whether immunity is applicable to torts allegedly committed by foreign armed forces in Greece are required to follow the stance taken by the Special Supreme Court in its decision in *Margellos* unless they consider that customary international law has changed since the *Margellos* judgment. Germany has pointed out that, since the judgment in *Margellos* was given, no Greek court has denied immunity in proceedings brought against Germany in respect of torts allegedly committed by German armed forces during the Second World War and in a 2009 decision (*Decision No. 853/2009*), the Supreme Court, although deciding the case on a different ground, approved the reasoning in *Margellos*. In view of the judgment in *Margellos* and the dictum in the 2009 case, as well as the decision of the Greek Government not to permit enforcement of the *Distomo* judgment in Greece itself and the Government's defence of that decision before the European Court of Human Rights in *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (application No. 59021/00, decision of 12 December 2002, *ECHR Reports* 2002-X, p. 417; *ILR*, Vol. 129, p. 537), the Court concludes that Greek State practice taken as a whole actually contradicts, rather than supports, Italy's argument».

[912] Si veda il § 77 della sentenza in esame.

other organs of State in the course of conducting an armed conflict. […] The Court therefore concludes that, contrary to what had been argued by Italy in the present proceedings, the decision of the Italian courts to deny immunity to Germany cannot be justified on the basis of the territorial tort principle»[913].

2. Nello specifico sulla questione e sulle circostanze dei ricorsi presentati dinanzi alle corti italiane

La Corte ricordava che il Governo italiano aveva presentato come secondo argomento, applicabile – diversamente dal primo – a tutti i procedimenti italiani oggetto del giudizio, a difesa dell'avvenuto disconoscimento dell'immunità allo Stato tedesco, la particolare natura degli atti tedeschi in giudizio e le circostanze in cui tali azioni erano state esperite. In particolare, l'argomento si articolava in tre punti. L'Italia aveva, infatti, affermato che: anzitutto, (A) gli atti posti alla base delle azioni civili avevano costituito gravi violazioni del diritto internazionale applicabile ai conflitti armati, violazioni pari a crimini di guerra e crimini contro l'umanità; in secondo luogo, (B) le norme violate erano norme di *ius cogens*; infine, (C) essendo state negate tutte le altre forme di riparazione, l'esercizio della giurisdizione da parte delle autorità italiane rappresentava l'unico rimedio possibile per le vittime.

La Corte affermava di voler considerare i tre punti separatamente, nonostante fosse conscia del fatto che, durante la discussione, l'Italia avesse sostenuto che il diniego dell'immunità era il risultato del combinato disposto dei tre punti (D=A+B+C)[914].

A. La gravità delle violazioni perpetrate

I giudici, una volta convenuto con l'Italia circa la necessità di qualificare gli atti oggetto dei procedimenti come crimini internazionali, erano, pertanto, chiamati ad accertare se la commissione di tali crimini da parte dello Stato tedesco lo avesse privato del diritto all'immunità di fronte alle autorità giurisdizionali italiane[915].

---

[913] §§ 78 e 79 della sentenza in esame. *Contra* sull'applicabilità della *terrotorial tort exception* ad alcune delle vicende oggetto delle sentenze italiane, in particolare quelle aventi riguardo ad atti commessi in parte sul territorio dello Stato del Foro, v. la *dissenting opinion* del giudice *ad hoc* Gaja. Il giudice *ad hoc*, dopo aver posto in essere una minuziosa indagine circa la prassi relativa all'applicabilità della *tort exception*, concludeva che fosse possibile riscontrare un quadro particolarmente disomogeneo. Pertanto, egli sosteneva che tale eccezione si ponesse in una c.d. "zona grigia" e che gli Stati avessero la possibilità di assumere decisioni differenti senza contravvenire al diritto internazionale consuetudinario.

[914] Così il § 80 della sentenza in esame.

[915] Si veda il § 81 della sentenza in esame.

La Corte andava immediatamente ad affermare quello che in dottrina è stato accolto come il "cuore" del suo ragionamento, asserendo che:

> «At the outset […] the Court must observe that the proposition that the availability of immunity will be to some extent dependent upon the gravity of the unlawful act presents a logical problem. Immunity from jurisdiction is an immunity not merely from being subjected to an adverse judgment but from being subjected to the trial process. It is, therefore, necessarily preliminary in nature. Consequently, a national court is required to determine whether or not a foreign State is entitled to immunity as a matter of international law before it can hear the merits of the case brought before it and before the facts have been established»[916].

Sulla base di tale considerazione, i giudici proseguivano sostenendo che, se il diniego dell'immunità dipendesse dal fatto che uno Stato abbia commesso una grave violazione dei diritti umani fondamentali, oppure del diritto dei conflitti armati, sarebbe necessario, affinché i tribunali di un Paese estero possano accertare la sussistenza della loro giurisdizione, operare una valutazione nel merito[917].

La Corte procedeva, dunque, ad accertare se il diritto internazionale consuetudinario si fosse sviluppato nel senso di ammettere una deroga all'immunità dalla giurisdizione civile dei Paesi stranieri per quegli Stati che si fossero resi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali o del diritto dei conflitti armati.

I giudici ritenevano che, fatte salve le sentenze italiane oggetto del loro esame, non esistesse quasi altro dato nella prassi degli Stati[918] che facesse deporre a favore

---

[916] Così il § 82 della sentenza in esame.

[917] *Ibidem*.

[918] Compresa la giurisprudenza greca. V. § 83: «[…] Although the Hellenic Supreme Court in the *Distomo* case adopted a form of that proposition, the Special Supreme Court in *Margellos* repudiated that approach two years later. As the Court has noted in paragraph 76 above, under Greek law it is the stance adopted in *Margellos* which must be followed in later cases unless the Greek courts find that there has been a change in customary international law since 2002, which they have not done. As with the territorial tort principle, the Court considers that Greek practice, taken as a whole, tends to deny that the proposition advanced by Italy has become part of customary international law».

dell'orientamento che nega l'immunità, anche in quei casi in cui ad essere violate siano norme perentorie[919].

I giudici richiamavano diverse sentenze nazionali a sostegno di quanto statuito[920], e, *a fortiori*, sottolineavano che lo stesso Governo italiano fosse apparso, durante il procedimento, incerto su tale aspetto[921], così come, peraltro, già era sembrata incerta la Corte di Cassazione in alcune sue pronunce[922].

I giudici chiarivano, poi, che non si sarebbero soffermati sulla pronuncia del 24 marzo del 1999 della *House of Lords* nel caso *Pinochet*, e ciò nonostante l'importanza che nella sentenza *Ferrini* era stata attribuita alla pronuncia britannica. La Corte dell'Aja riteneva che il caso *Pinochet* fosse profondamente diverso rispetto a quello oggetto del suo giudizio, non avendo riguardato l'immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile, ma l'immunità di un ex Capo di Stato dalla giurisdizione penale. Inoltre, anche a voler passare sopra a tali differenze, la *ratio* sulla base della quale i giudici inglesi avevano fondato la loro statuizione risiedeva sulla Convenzione contro la tortura del 1984, priva, dunque, di raccordo con il caso oggetto del giudizio in esame[923].

---

[919] V. § 84 della sentenza in esame.

[920] Si veda il § 85: «[…]Arguments to the effect that international law no longer required State immunity in cases of allegations of serious violations of international human rights law, war crimes or crimes against humanity have been rejected by the courts in Canada (Bouzari v. Islamic Republic of Iran, Court of Appeal of Ontario, [2004] *Dominion Law Reports* (DLR), 4th Series, Vol. 243, p. 406; *ILR*, Vol. 128, p. 586; allegations of torture), France (judgment of the Court of Appeal of Paris, 9 September 2002, and *Cour de cassation*, *No. 02-45961*, 16 December 2003, *Bulletin civil de la Cour de cassation* (*Bull. civ.*), 2003, I, No. 258, p. 206 (the *Bucheron* case); *Cour de cassation*, No. 03-41851, 2 June 2004, *Bull. civ.*, 2004, I, No. 158, p. 132 (the *X* case) and *Cour de cassation*, *No. 04-47504*, 3 January 2006 (the *Grosz* case); allegations of crimes against humanity), Slovenia (*case No. Up-13/99*, Constitutional Court of Slovenia; allegations of war crimes and crimes against humanity), New Zealand (*Fang v. Jiang, High Court*, [2007] *New Zealand Administrative Reports* (NZAR), p. 420; ILR, Vol. 141, p. 702 ; allegations of torture), Poland (*Natoniewski*, Supreme Court, 2010, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299 ; allegations of war crimes and crimes against humanity) and the United Kingdom (*Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 *Appeal Cases* (AC) 270; *ILR*, Vol. 129, p. 629 ; allegations of torture)».

[921] Si veda il § 86: «The Court notes that, in its response to a question posed by a Member of the Court, Italy itself appeared to demonstrate uncertainty about this aspect of its case. Italy commented, "Italy is aware of the view according to which war crimes and crimes against humanity could not be considered to be sovereign acts for which the State is entitled to invoke the defence of sovereign immunity . . . While Italy acknowledges that in this area the law of State immunity is undergoing a process of change, it also recognizes that it is not clear at this stage whether this process will result in a new general exception to immunity – namely a rule denying immunity with respect to every claim for compensation arising out [of] international crimes" […]».

[922] Ancora, § 86: «A similar uncertainty is evident in the orders of the Italian Court of Cassation in *Mantelli* and *Maietta* (orders of 29 May 2008)».

[923] Si veda il § 87 della sentenza in esame, ove veniva, altresì, ricordato che la distinzione tra procedimento penale e procedimento civile era stata nuovamente sottolineata dalla *House of Lords*, nel caso

Rispetto, poi, al richiamo che era stato operato dalla difesa italiana all'*Antiterrorim and Effective Death Penalty Act*[924], la Corte affermava che tale emendamento rappresentasse un *unicum* normativo: infatti, fra gli Stati, diversi dagli USA, che avevano adottato una legislazione immunitaria *ad hoc*, nessuno conosceva deroghe all'esenzione dalla giurisdizione fondate sulla gravità degli atti perpetrati dallo Stato estero[925].

I giudici rilevavano, inoltre, che eccezioni alla regola immunitaria fondate sulla gravità degli atti o sulla violazione di norme cogenti, non erano rinvenibili nemmeno nella Convenzione di Basilea del 1972, nella Convenzione di New York del 2004, e nella Convenzione inter-americana[926].

Infine, la Corte dell'Aja prendeva atto del fatto che anche la Corte europea dei diritti umani avesse, sulla base di una giurisprudenza costante, rigettato la tesi secondo cui gli Stati debbano negare l'immunità ai Paesi esteri che si siano resi responsabili di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali[927].

Jones del 2006, ove, in particolare Lord Bingham aveva asserito che tale distinzione fosse stata fondamentale per la decisione.

[924] Cfr. sul contenuto dell'*Antiterrorism Act* il capitolo I, § 1.3.

[925] V. § 88 della sentenza in esame.

[926] Si veda § 89 della sentenza in esame, in cui, veniva dalla Corte sottolineata l'importanza dell'assenza di una deroga all'immunità per gravi violazioni delle norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali: «[…] The absence of any such provision from the United Nations Convention is particularly significant, because the question whether such a provision was necessary was raised at the time that the text of what became the Convention was under consideration. In 1999 the International Law Commission established a Working Group which considered certain developments in practice regarding some issues of State immunity which had been identified by the Sixth Committee of the General Assembly. In an appendix to its report, the Working Group referred, as an additional matter, to developments regarding claims «in the case of death or personal injury resulting from acts of a State in violation of human rights norms having the character of *jus cogens*» and stated that this issue was one which should not be ignored, although it did not recommend any amendment to the text of the International Law Commission Articles (*Yearbook of the International Law Commission*, 1999, Vol. II (2), pp. 171-172). The matter was then considered by the Working Group established by the Sixth Committee of the General Assembly, which reported later in 1999 that it had decided not to take up the matter as "it did not seem to be ripe enough for the Working Group to engage in a codification exercise over it" and commented that it was for the Sixth Committee to decide what course of action, if any, should be taken (United Nations doc. A/C.6/54/L.12, p. 7, para. 13). During the subsequent debates in the Sixth Committee no State suggested that a *jus cogens* limitation to immunity should be included in the Convention. The Court considers that this history indicates that, at the time of adoption of the United Nations Convention in 2004, States did not consider that customary international law limited immunity in the manner now suggested by Italy».

[927] Si veda il § 90 della sentenza in esame, ove la Corte faceva specifico riferimento a due sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo quanto statuito dal par. 61 della sentenza del 21 novembre del 2001, *Al-Adsani c. Regno Unito*, ricorso n. 35763/97: «Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged». In senso conforme anche la sentenza del 12 dicembre del 2002, *Kalogeopoulou e altri v. Grecia e Germania*, ricorso

Di conseguenza, i giudici concludevano che:

> «[…] under customary international law […], a State is not deprived of immunity by reason of the fact that it is accused of serious violations of international human rights law or the international law of armed conflict. In reaching that conclusion, the Court must emphasize that it is addressing only the immunity of the State itself from the jurisdiction of the courts of other States; the question of whether, and if so to what extent, immunity might apply in criminal proceedings against an official of the State is not in issue in the present case»[928].

B. La relazione tra norme di ius cogens *e l'immunità dello Stato*

La Corte passava, poi, ad analizzare il secondo punto della argomentazione presentata dalla difesa italiana, che attribuiva particolare enfasi al fatto che i crimini commessi dalla Germania tra il 1943 e il 1945 ai danni dei cittadini italiani costituissero violazioni di norme cogenti.

L'Italia, in particolare, partendo dal presupposto che fosse riscontrabile un conflitto tra le norme imperative del diritto internazionale dei conflitti armati e le norma consuetudinaria che concede ad uno Stato l'immunità dalla giurisdizione civile di un Paese straniero, riteneva che tale conflitto avrebbe dovuto risolversi con la prevalenza delle norme di *ius cogens*, dovendo queste ultime sempre primeggiare rispetto a qualsiasi norma di diritto internazionale che si ponga in contrasto con esse.

I giudici dell'Aja sostenevano che, in realtà:

> «[…] no such conflict exists. Assuming for this purpose that the rules of the law of armed conflict which prohibit the murder of civilians in occupied territory, the deportation of civilian inhabitants to slave labour and the deportation of prisoners of war to slave labour are rules of *jus cogens*, there is no conflict between those rules and the rules on State immunity. The two sets of rules address

n. 59021/00, in cui la Corte di Strasburgo affermava: «The Court does not find it established, however, that there is yet acceptance in international law of the proposition that States are not entitled to immunity in respect of civil claims for damages brought against them in another State for crimes against humanity».

[928] Si veda il § 91 della sentenza in esame.

different matters. The rules of State immunity are procedural in character and are confined to determining whether or not the courts of one State may exercise jurisdiction in respect of another State. They do not bear upon the question whether or not the conduct in respect of which the proceedings are brought was lawful or unlawful»[929].

Nell'opinione dei giudici, quanto detto giustificava l'applicazione della norma contemporanea sull'immunità anche a procedimenti aventi ad oggetto azioni perpetrate tra il 1943 ed il 1945, senza che potesse dirsi violato il principio che sancisce l'irretroattività della legge circa questioni attinenti alla legalità e alla responsabilità (come noto, le leggi processuali si reggono sul principio del *tempus regit actum*). Per la stessa ragione, il riconoscimento dell'immunità da parte dei tribunali di uno Stato nei confronti di un Paese estero non avrebbe mai significato riconoscere quale lecita una situazione risultante dalla violazione di una norma perentoria, o prestare aiuto o assistenza al mantenimento della predetta situazione, con la conseguenza che non poteva dirsi violato quanto statuito nell'art. 41 del Progetto sulla responsabilità internazionale dello Stato del 2001[930].

L'applicazione delle norme consuetudinarie in materia immunitaria, secondo i giudici, non comportava, dunque, alcun conflitto, né con le norme violate dalla Germania[931], né con l'obbligo per tale Stato di riparare l'illecito commesso, essendo il predetto obbligo sussistente indipendentemente dalle norme concernenti i mezzi mediante i quali esso trovi effettivamente applicazione, norme tra le quali vi è, appunto, anche quella che stabilisce eventualmente l'immunità di uno Stato estero.

La Corte aggiungeva, inoltre, che dopo un secolo, il Novecento, in cui a seguito di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali da parte di uno Stato nei confronti dei cittadini di un Paese estero, la prassi statale prevedeva di trovare un accordo: o sul fatto che non dovesse essere prestata alcuna riparazione; o sul pagamento da parte dello Stato autore delle violazioni di una somma forfettaria versata a titolo di riparazione; risultava difficile ritenere che il diritto internazionale prevedesse, a carico dello Stato responsabile delle violazioni, un obbligo

[929] Si veda il § 93 della sentenza in esame.

[930] *Ibidem*.

[931] Ovvero «rules prohibiting murder, deportation, and slave labour took place in the period 1943-1945» (v. § 94).

inderogabile, accettato e riconosciuto dalla Comunità internazionale nel suo insieme, di risarcire singolarmente ciascuna vittima[932].

I giudici approfondivano, poi, il ragionamento accennato rispetto al rapporto tra la norma consuetudinaria in materia di immunità e le norme di *ius cogens*.

In particolare, la Corte ricordava, anzitutto, come le norme imperative del diritto internazionale fossero norme inderogabili. Ciò premesso, tuttavia, evidenziava come le norme processuali che definiscono lo scopo e l'estensione della giurisdizione, e che stabiliscono quando la giurisdizione possa essere esercitata, non deroghino in alcun modo a quelle norme sostanziali dotate del carattere della cogenza, evidenziando come tale approccio fosse già stato adottato all'interno di due precedenti pronunce[933].

I giudici ribadivano, ancora una volta, che l'argomento fondato sul fatto che le norme di *ius cogens* avrebbero l'effetto di far venire meno l'immunità, fosse già stato respinto da numerose decisioni dei tribunali nazionali[934]. Specificavano, proseguendo, di non volere tenere conto, come dato della prassi a sostegno di una conclusione diversa, della sentenza della *Cour de Cassation* francese del 2011 nel caso *La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya*. Ciò (discutibilmente, ad opinione della scrivente) in ragione del fatto che anche in quella sentenza non vi era stato disconoscimento dell'immunità, seppur a cagione del merito della controversia (nei fatti oggetto di giudizio non era stata riscontrata una violazione di norme di *ius cogens*), ed in presenza di un contrario principio di diritto, secondo cui la violazione di

---

[932] Ancora, si veda il § 94 della sentenza in esame.

[933] Al § 95 della sentenza in esame, la Corte, in particolare, affermava: «In *Armed Activities*, it held that the fact that a rule has the status of *jus cogens* does not confer upon the Court a jurisdiction which it would not otherwise possess (*Armed Activities on the Territory of the Congo* (*New Application: 2002*) (*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*), Jurisdiction and Admissibility, *Judgment, I.C.J. Reports 2006*, p. 32, para. 64, and p. 52, para. 125). In *Arrest Warrant*, the Court held, albeit without express reference to the concept of *jus cogens*, that the fact that a Minister for Foreign Affairs was accused of criminal violations of rules which undoubtedly possess the character of *jus cogens* did not deprive the Democratic Republic of the Congo of the entitlement which it possessed as a matter of customary international law to demand immunity on his behalf (*Arrest Warrant of 11 April 2000* (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 24, para. 58, and p. 33, para. 78). The Court considers that the same reasoning is applicable to the application of the customary international law regarding the immunity of one State from proceedings in the courts of another».

[934] Si veda il § 96 della sentenza in esame: «[…] this argument about the effect of *jus cogens* displacing the law of State immunity has been rejected by the national courts of the United Kingdom (*Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 AC 270; *ILR*, Vol. 129, p. 629), Canada (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of Appeal of Ontario, DLR, 4th Series, Vol. 243, p. 406 ; *ILR*, Vol. 128, p. 586), Poland (*Natoniewski*, Supreme Court, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), Slovenia (*case No. Up-13/99*, Constitutional Court of Slovenia), New Zealand (*Fang v. Jiang, High Court*, [2007] *NZAR*, p. 420; ILR, Vol. 141, p. 702) and Greece (*Margellos*, Special Supreme Court, *ILR*, Vol. 129, p. 525), as well as by the European Court of Human Rights in *Al-Adsani v. United Kingdom* and *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany* (which are discussed in paragraph 90 above), in each case after careful consideration […]».

una norma imperativa ben avrebbe potuto comportare una limitazione all'immunità[935]. Pertanto, la Corte asseriva che le uniche decisioni rinvenibili nel quadro della giurisprudenza nazionale degli Stati a favore della prevalenza delle norme cogenti rispetto alla norma consuetudinaria sull'immunità erano quelle italiane oggetto di giudizio.

I giudici, dopo aver ricordato che nessuna delle legislazioni vagliate prevedesse una limitazione dell'immunità nel caso fossero state allegate violazioni di norme di *ius cogens*[936], concludevano quindi che:

> «[…] even on the assumption that the proceedings in the Italian courts involved violations of *jus cogens* rules, the applicability of the customary international law on State immunity was not affected»[937].

C. Last Resort Argument

Infine, la Corte passava ad analizzare l'ultimo punto incluso nell'argomento proposto dalla difesa italiana, secondo cui i giudici italiani avevano legittimamente negato l'immunità alla Germania, in quanto tutti gli altri tentativi che erano stati compiuti per consentire la riparazione di un ampio numero vittime non avevano avuto un esito positivo.

Lo Stato tedesco sosteneva, invece, che, dopo la seconda guerra mondiale, aveva fatto notevoli sacrifici, sia finanziari sia di altra natura, per porre in essere una riparazione attraverso una serie di accordi inter-statali, sulla base dei quali, conformemente alle realtà economiche del tempo, nessuno Stato Alleato avrebbe ricevuto una compensazione per la totalità delle perdite che le popolazioni avessero sofferto. Inoltre, la Germania sottolineava di avere effettuato dei versamenti nei confronti dell'Italia sulla base dei due accordi del 1961, e di aver posto in essere un ulteriore versamento in base alla Legge federale del 2000 nei confronti di vari cittadini italiani che erano stati deportati e costretti al lavoro forzato sul territorio tedesco.

---

[935] Ancora, al § 96 della sentenza in esame: «The Court does not consider the judgment of the French *Cour de cassation* of 9 March 2011 in *La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya* (case No. 09-14743, 9 March 2011, *Bull. civ.*, March 2011, No. 49, p. 49) as supporting a different conclusion. The *Cour de cassation* in that case stated only that, even if a *jus cogens* norm could constitute a legitimate restriction on State immunity, such a restriction could not be justified on the facts of that case».

[936] Si veda, ancora, il § 96 della sentenza in esame che richiama i §§ 70 e 71.

[937] Così il § 97 della sentenza in esame. *Contra* v. la *dissenting opinion* del giudice Cançado Trindade, su cui *infra.*

Sul punto, i giudici dell'Aja evidenziavano, anzitutto, che la Germania si era attivata al fine di prevedere un risarcimento per quegli italiani nei confronti dei quali erano stati perpetrati crimini di guerra e crimini contro l'umanità; tuttavia, essi riconoscevano, poi, – «con sorpresa» e «rammarico» – come lo Stato tedesco avesse escluso dai meccanismi riparatòri – generalmente previsti per i prigionieri di guerra di altri Paesi – molti reclami presentati da militari italiani, in ragione del fatto che a questi ultimi, pur assoggettati a lavoro forzato durante la prigionia, le autorità naziste, all'epoca della detenzione, avevano negato lo *status*, ed il trattamento, di prigionieri di guerra[938].

Inoltre, la Corte sottolineava che, anche in un contesto diverso rispetto a quello attinente al caso di specie, ed, in particolare, nell'ambito dell'immunità dalla giurisdizione penale degli individui-organi di uno Stato, il fatto che l'immunità potesse impedire l'esercizio della giurisdizione non incideva in alcun modo circa l'applicabilità delle norme sostanziali di diritto internazionale. Pertanto, la Corte evidenziava che la questione relativa alla sussistenza del diritto in capo ad uno Stato all'immunità di fronte ai tribunali di un Paese estero fosse una questione completamente distinta da quella attinente alla responsabilità internazionale dello Stato e all'obbligo di riparazione sul medesimo incombente[939].

Ciò premesso, i giudici rigettavano la tesi secondo cui le corti italiane fossero legittimate a negare l'esenzione dalla giurisdizione allo Stato tedesco, non avendo quest'ultimo disposto un effettivo risarcimento per le vittime dei crimini del III Reich.

La Corte asseriva, infatti, che avendo riguardo alle legislazioni nazionali in materia immunitaria, alle decisioni delle autorità giurisdizionali degli Stati e alle Convenzioni sull'immunità, non vi fosse alcun fondamento per sostenere che in mancanza di mezzi alternativi per assicurare il risarcimento, l'immunità dello Stato estero dovesse legittimamente venire meno, quale *extrema ratio*, affinché le vittime potessero effettivamente conseguire un risarcimento[940].

Ad avviso dei giudici della Corte, peraltro, anche qualora si fosse voluta accogliere la teoria sostenuta dall'Italia, sarebbero sorte numerose problematiche di tipo pratico, e ciò in

[938] Così il § 99 della sentenza in esame.
[939] Si veda il § 100 della sentenza in esame.
[940] Si veda il § 101 della sentenza in esame.

particolare in un contesto come quello del caso di specie, ove le richieste di risarcimento erano state oggetto di un ampio dibattito tra i Governi degli Stati[941].

In conclusione, la Corte, nonostante fosse conscia che l'attribuzione dell'immunità allo Stato tedesco avrebbe ben potuto negare ai cittadini italiani il risarcimento, affermava che la celebrazione dei procedimenti da parte delle autorità giurisdizionali italiane avesse costituito violazione del diritto internazionale, aggiungendo che le questioni relative il risarcimento avrebbero potuto essere oggetto di negoziati ulteriori tra le Parti della controversia[942].

D. Il combinato disposto delle circostanze (A+B+C)

I giudici, da ultimo, prendevano in considerazione l'effetto derivante dalla combinazione dei tre punti su cui si fondava la seconda argomentazione, in quanto, come anticipato, l'Italia aveva sostenuto che il diniego dell'immunità alla Germania fosse giustificato dalla lettura congiunta: della gravità delle violazioni (A), della natura cogente delle norme violate (B), e dell'assenza di rimedi alternativi che assicurassero un risarcimento alle vittime (C).

Tuttavia, la Corte ribadiva che il diniego dell'immunità alla Germania da parte delle corti italiane non avrebbe comunque potuto dirsi legittimo.

Nelle parole dei giudici:

---

[941] In particolare, nelle parole della Corte, al § 102: «[…] If one follows the Italian argument, while such discussions were still ongoing and had a prospect of achieving a successful outcome, then it seems that immunity would still prevail, whereas, again according to this argument, immunity would presumably cease to apply at some point when prospects for an inter-State settlement were considered to have disappeared. Yet national courts in one of the countries concerned are unlikely to be well placed to determine when that point has been reached. Moreover, if a lump sum settlement has been made – which has been the normal practice in the aftermath of war, as Italy recognizes – then the determination of whether a particular claimant continued to have an entitlement to compensation would entail an investigation by the court of the details of that settlement and the manner in which the State which had received funds (in this case the State in which the court in question is located) has distributed those funds. Where the State receiving funds as part of what was intended as a comprehensive settlement in the aftermath of an armed conflict has elected to use those funds to rebuild its national economy and infrastructure, rather than distributing them to individual victims amongst its nationals, it is difficult to see why the fact that those individuals had not received a share in the money should be a reason for entitling them to claim against the State that had transferred money to their State of nationality».

[942] Si veda il § 104 della sentenza in esame. *Contra* v. la *dissenting opinion* del giudice Yusuf, secondo il quale la maggioranza aveva vagliato la questione del c.d. *last resort argument* in maniera eccessivamente sbrigativa, quando invece a tale argomento si sarebbe dovuta attribuire rilevanza centrale. A suo giudizio, infatti, qualora nessun mezzo alternativo di soddisfazione delle vittime risulti disponibile, il diritto risarcitorio di queste ultime, attuabile nella sola sede giurisdizionale, dovrebbe ritenersi prevalente rispetto alla regola dell'immunità statale.

«The Court has already held that none of the three strands of the second Italian argument would, of itself, justify the action of the Italian courts. It is not persuaded that they would have that effect if taken together. Nothing in the examination of State practice lends support to the proposition that the concurrent presence of two, or even all three, of these elements would justify the refusal by a national court to accord to a respondent State the immunity to which it would otherwise be entitled.

In so far as the argument based on the combined effect of the circumstances is to be understood as meaning that the national court should balance the different factors, assessing the respective weight, on the one hand, of the various circumstances that might justify the exercise of its jurisdiction, and, on the other hand, of the interests attaching to the protection of immunity, such an approach would disregard the very nature of State immunity. As explained in paragraph 56 above, according to international law, State immunity, where it exists, is a right of the foreign State. In addition, as explained in paragraph 82 of this Judgment, national courts have to determine questions of immunity at the outset of the proceedings, before consideration of the merits. Immunity cannot, therefore, be made dependent upon the outcome of a balancing exercise of the specific circumstances of each case to be conducted by the national court before which immunity is claimed»[943].

La Corte affermava, dunque, che l'Italia nel negare l'immunità alla Germania, immunità che la Corte aveva riscontrato sussistere sulla base del diritto internazionale consuetudinario, avesse posto in essere una violazione degli obblighi dovuti dallo Stato italiano nei confronti di quello tedesco[944].

[943] § 106.

[944] Si veda il § 107. La Corte, poi, al § 108, statuiva che non si sarebbe pronunciata su una serie di questioni, che, anche se considerate di indubbia importanza, ricadevano al di fuori dei limiti del caso di specie: «It is, therefore, unnecessary for the Court to consider a number of questions which were discussed at some length by the Parties. In particular, the Court need not rule on whether, as Italy contends, international law confers upon the individual victim of a violation of the law of armed conflict a directly enforceable right to claim compensation. Nor need it rule on whether, as Germany maintains, Article 77, paragraph 4, of the Treaty of Peace or the provisions of the 1961 Agreements amounted to a binding waiver of the claims which are the subject of the Italian proceedings. […]The question whether Germany still has a responsibility towards Italy, or individual Italians, in respect of war crimes and crimes against humanity committed by it during the

II. Circa le misure esecutive adottate nei confronti di beni di proprietà della Germania siti in Italia

Ricordiamo, inoltre, – nonostante la questione attinente all'immunità di uno Stato dall'esecuzione di un Paese straniero non sia oggetto del presente lavoro – quanto deciso dalla Corte rispetto alla presunta illegittimità, fatta valere dalla Germania, delle misure esecutive disposte nei confronti di Villa Vigoni, misure, peraltro, sospese, da parte del Governo italiano, in pendenza del procedimento dinanzi ai giudici dell'Aja.

Secondo quanto affermato dallo Stato tedesco, le predette misure costituivano una violazione della dovuta immunità dalla giurisdizione esecutiva.

L'Italia non si difendeva rispetto a tale doglianza, ma, al contrario, come anticipato, sosteneva di non aver alcuna riserva rispetto ad un'eventuale decisione della Corte che disponesse l'obbligo di cancellare l'iscrizione di ipoteca su Villa Vigoni.

Nell'opinione dello Stato tedesco, le misure predette avevano violato l'art. 19 della Convenzione ONU del 2004 sulle immunità dello Stato, Convenzione che, seppur non ancora entrata in vigore, costituiva, a giudizio della Germania, codificazione del diritto internazionale consuetudinario.

La Corte, anzitutto, evidenziava che l'immunità di cui beneficiano gli Stati rispetto alle misure esecutive nei confronti di loro beni situati su un territorio straniero, andasse ben oltre l'immunità dalla giurisdizione di cui tali Stati godono dinanzi ai tribunali di un Paese estero. Di conseguenza, i giudici asserivano che, anche qualora venisse legittimamente negata da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato l'esenzione dalla giurisdizione ad un Paese straniero, e, dunque, a seguito della celebrazione del giudizio, quest'ultimo Stato venisse eventualmente condannato, da ciò non conseguirebbe mai automaticamente la possibilità che lo Stato condannato sia soggetto, sul territorio dello Stato del foro o sul territorio di uno Stato terzo, a delle misure coercitive che diano attuazione alla sentenza emessa nei suoi confronti.

I giudici della Corte chiarivano, infatti, che un conto sono le norme di diritto internazionale consuetudinario che disciplinano l'immunità dalla giurisdizione di cognizione,

Second World War does not affect Germany's entitlement to immunity. Similarly, the Court's ruling on the issue of immunity can have no effect on whatever responsibility Germany may have».

un conto sono, invece, le norme consuetudinarie che riguardano le misure esecutive: si tratta di norme distinte, che trovano applicazione separatamente[945].

Alla luce di tale premessa, la Corte riteneva di potersi pronunciare circa la legittimità dell'avvenuta iscrizione di ipoteca su Villa Vigoni rispetto all'immunità di cui un Paese gode dalle misure esecutive sui suoi beni da parte di uno Stato estero, senza doversi esprimere sull'eventuale violazione da parte delle decisioni delle autorità giurisdizionali elleniche, sulla base delle quali le misure esecutive erano state adottate, dell'immunità dalla giurisdizione di cognizione della Germania[946].

I giudici affermavano che non fosse necessario accertare se, come sostenuto dalla Germania, l'art. 19 dovesse dirsi integrale codificazione del diritto internazionale consuetudinario[947], ma fosse sufficiente stabilire se, prima dell'adozione delle misure esecutive, una delle condizioni previste dal predetto articolo fosse stata rispettata. In particolare, la Corte si riferiva al divieto di sottoporre a misure esecutive i beni adibiti dallo Stato estero al perseguimento di scopi governativi non commerciali, salvo il consenso dello Stato proprietario e la volontaria messa a disposizione del bene in sede giudiziaria. A conferma della sua statuizione, la Corte faceva riferimento ad una prassi giurisprudenziale consolidata[948].

Alla luce di queste premesse, i giudici ritenevano, infine, l'Italia responsabile della violazione della regola immunitaria che sancisce l'immunità per un Paese estero dalle misure esecutive, in quanto: Villa Vigoni doveva senza dubbio essere qualificato come bene funzionale al perseguimento di scopi governativi non commerciali, essendo, come noto, sede di un centro culturale rivolto alla promozione degli scambi culturali tra Germania e Italia, sulla base di un accordo concluso dai due Stati nel 1986; lo Stato tedesco non aveva prestato il proprio consenso all'adozione nei confronti del predetto bene di misure esecutive, né aveva assegnato Villa Vigoni per la soddisfazione di eventuali azioni promosse nei suoi confronti.

---

[945] Si veda il § 113 della sentenza in esame.

[946] Si veda il § 114 della sentenza in esame.

[947] Si veda il § 117 della sentenza in esame.

[948] Si veda il § 118 della sentenza in esame, ove, in particolare la Corte richiamava: «the decision of the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) of 14 December 1977 (BVerfGE, Vol. 46, p. 342; ILR, Vol. 65, p. 146), by the judgment of the Swiss Federal Tribunal of 30 April 1986 in *Kingdom of Spain v. Société X* (*Annuaire suisse de droit international*, Vol. 43, 1987, p. 158; ILR, Vol. 82, p. 44), as well as the judgment of the House of Lords of 12 April 1984 in *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* ([1984] 1 AC 580; ILR, Vol. 74, p. 170) and the judgment of the Spanish Constitutional Court of 1 July 1992 in *Abbott v. Republic of South Africa* (*Revista española de derecho internacional*, Vol. 44, 1992, p. 565; ILR, Vol. 113, p. 414)».

*III. Circa la presunta violazione da parte delle corti italiane dell'immunità dello Stato tedesco a fronte dell'*exequatur *di sentenze greche*

Come noto, con il terzo motivo di ricorso, la Germania aveva chiesto la condanna dell'Italia per l'*exequatur* con cui le corti italiane avevano riconosciuto e dichiarato eseguibili, all'interno dell'ordinamento italiano, le sentenze delle autorità giurisdizionali elleniche, le quali avevano condannato lo Stato tedesco per i crimini perpetrati sul territorio greco durante il secondo conflitto mondiale.

Ad opinione dello Stato tedesco, infatti, le predette decisioni rese dai tribunali italiani costituivano violazione della sua immunità dalla giurisdizione di cognizione, dal momento che le pronunce greche, alle quali avevano dato attuazione, erano state a loro volta emesse in violazione dell'immunità sovrana: in particolare, lo Stato tedesco riteneva che la violazione da parte delle autorità giurisdizionali elleniche della sua immunità fosse riconducibile ai medesimi motivi fatti valere in relazione al mancato riconoscimento dell'esenzione dalla giurisdizione da parte delle autorità italiane.

Al contrario, l'Italia sosteneva, sulla base delle medesime argomentazioni sopra riassunte, che l'immunità dello Stato tedesco non era stata violata, né dalle decisioni delle corti greche, né dalle decisioni delle corti italiane che avevano dato esecuzione alle sentenze elleniche.

I giudici dell'Aja chiarivano, anzitutto, di non doversi pronunciare circa l'eventuale violazione dell'immunità della Germania dall'esecuzione, ma di dover stabilire se le decisioni dei giudici italiani, che avevano riconosciuto l'*exequatur* delle sentenze greche, avessero violato l'immunità dello Stato tedesco dalla giurisdizione di cognizione, indipendentemente da ogni misura esecutiva successivamente adottata[949].

[949] La Corte, in particolare al § 124, affermava che: «It should first be noted that the claim in Germany's third submission is entirely separate and distinct from that set out in the preceding one, which has been discussed in Section IV above (paragraphs 109 to 120). The Court is no longer concerned here to determine whether a measure of constraint – such as the legal charge on Villa Vigoni – violated Germany's immunity from enforcement […]While there is a link between these two aspects – since the measure of constraint against Villa Vigoni could only have been imposed on the basis of the judgment of the Florence Court of Appeal according *exequatur* in respect of the judgment of the Greek court in Livadia – the two issues nonetheless remain clearly distinct. That discussed in the preceding section related to immunity from enforcement; that which the Court will now consider addresses immunity from jurisdiction. As recalled above, these two forms of immunity are governed by different sets of rules».

La Corte chiariva, anzitutto, il motivo per cui, nella sua opinione, il problema dell'immunità giurisdizionale non riguardava le sentenze emesse dai giudici di uno Stato che si erano pronunciati circa il merito delle domande promosse nei confronti di un Paese estero, ma investiva, invece, quelle sentenze con cui le autorità giurisdizionali di uno Stato avevano dichiarato eseguibili decisioni straniere pronunciate nei confronti di uno Stato terzo[950].

I giudici dell'Aja ricordavano che, nella (erronea) prospettiva adottata dalle Parti della controversia, la questione relativa alla violazione o meno, da parte dei giudici ai quali era stato richiesto *l'exequatur*, dell'immunità dello stato straniero, dipendesse unicamente dal rispetto o meno di tale immunità da parte di quei giudici che avevano pronunciato la sentenza primigenia[951].

Tuttavia, la Corte riteneva di dover affrontare la questione da un punto di vista diverso, ritenendo l'approccio assunto dalle Parti non corretto[952].

Secondo quanto affermato dalla Corte, infatti, quando viene presentata ai giudici di uno Stato una richiesta di *exequatur* di una pronuncia estera emessa nei confronti di un Paese terzo, lo stesso Stato richiesto, è chiamato ad esercitare la giurisdizione nei confronti di quello Stato terzo rispetto al quale la sentenza originaria è stata pronunciata. Per quanto, infatti, le autorità giurisdizionali dello Stato che devono decidere se concedere o meno l'*exequatur* non siano chiamate a giudicare il merito della questione su cui si è già pronunciato il giudice straniero,

---

950 Al § 125, sottolineava che: «[…]The difficulty arises from the fact that, in such cases, the court is not being asked to give judgment directly against a foreign State invoking jurisdictional immunity, but to enforce a decision already rendered by a court of another State, which is deemed to have itself examined and applied the rules governing the jurisdictional immunity of the respondent State».

951 Al § 126, specificava: "[…] In other words, both Parties appeared to make the question whether or not the Florence Court of Appeal had violated Germany's jurisdictional immunity in declaring enforceable the Livadia and Hellenic Supreme Court decisions dependent on whether those decisions had themselves violated the jurisdictional immunity on which Germany had relied in its defence against the proceedings brought against it in Greece».

952 Si veda il § 127 della sentenza in esame, secondo cui: «There is nothing to prevent national courts from ascertaining, before granting exequatur, that the foreign judgment was not rendered in breach of the immunity of the respondent State. However, for the purposes of the present case, the Court considers that it must address the issue from a significantly different viewpoint. In its view, it is unnecessary, in order to determine whether the Florence Court of Appeal violated Germany's jurisdictional immunity, to rule on the question of whether the decisions of the Greek courts did themselves violate that immunity – something, moreover, which it could not do, since that would be to rule on the rights and obligations of a State, Greece, which does not have the status of party to the present proceedings […] The relevant question, from the Court's point of view and for the purposes of the present case, is whether the Italian courts did themselves respect Germany's immunity from jurisdiction in allowing the application for *exequatur*, and not whether the Greek court having rendered the judgment of which *exequatur* is sought had respected Germany's jurisdictional immunity. In a situation of this kind, the replies to these two questions may not necessarily be the same; it is only the first question which the Court needs to address here».

esse esercitano, comunque, un potere giurisdizionale, che consiste nell'attribuire alla pronuncia del giudice straniero i medesimi effetti che posseggono le sentenze di merito emesse nel loro ordinamento di riferimento. Di conseguenza, la Corte evidenziava che i procedimenti promossi per richiedere l'*exequatur* debbono ritenersi come effettivamente condotti contro lo Stato terzo, ovvero quello Stato che è stato oggetto della sentenza da eseguire[953].

Quest'ultima considerazione trovava conferma, secondo i giudici dell'Aja, nell'art. 6, par. 2, della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004[954].

Ad avviso della Corte, da ciò discendeva che:

> «[…] the court seised of an application for *exequatur* of a foreign judgment rendered against a third State has to ask itself whether the respondent State enjoys immunity from jurisdiction – having regard to the nature of the case in which that judgment was given – before the courts of the State in which *exequatur* proceedings have been instituted. In other words, it has to ask itself whether, in the event that it had itself been seised of the merits of a dispute identical to that which was the subject of the foreign judgment, it would have been obliged under international law to accord immunity to the respondent State»[955].

I giudici dell'Aja concludevano, quindi, che le corti italiane avevano violato la norma immunitaria nei confronti della Germania attraverso la dichiarazione di esecutività delle pronunce greche. Ciò in ragione del fatto che, se i giudici italiani fossero stati chiamati a

---

[953] Si veda il § 128 della sentenza in esame.

[954] L'art. 6, rubricato «Modalità di attuazione delle immunità degli Stati», della Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004 afferma che: «1. Uno Stato attua l'immunità degli Stati prevista nell'articolo 5 astenendosi dall'esercitare la sua giurisdizione in un procedimento davanti ai propri tribunali contro un altro Stato e, a tal fine, vigilando affinché i suoi tribunali decidano d'ufficio che l'immunità dell'altro Stato prevista nell'articolo 5 sia rispettata. 2. Un procedimento davanti a un tribunale di uno Stato è considerato promosso contro un altro Stato quando quest'ultimo: a) è citato come parte nel procedimento; o b) non è citato come parte nel procedimento, ma il procedimento è di fatto mirato a recare pregiudizio ai suoi beni, diritti, interessi o attività". In particolare, si noti, come al par. 129 della sentenza venisse ribadito che: "[…] That is indeed why Germany was entitled to object to the decisions of the Florence Court of Appeal granting *exequatur* – although it did so without success – and to appeal to the Italian Court of Cassation against the judgments confirming those decisions».

[955] Così il § 130 della sentenza in esame.

giudicare nel merito un caso identico a quello che era stato oggetto delle decisioni delle corti elleniche, sarebbero stati obbligati, per le ragioni già esposte, a garantire l'immunità allo Stato tedesco: di conseguenza, non avrebbero potuto riconoscere e dichiarare eseguibili le sentenze greche senza violare il diritto all'immunità della Germania[956].

La Corte chiariva, inoltre, che, al fine affermare la suddetta violazione da parte delle autorità giurisdizionali italiane, non era necessario stabilire se la Grecia avesse con le sue pronunce violato a sua volta l'immunità della Germania[957].

In conclusione, la Corte si pronunciava come segue rispetto alle istanze avanzate dallo Stato tedesco:

i) venivano accolte le prime tre richieste e, dunque, dichiarata la violazione da parte dell'Italia dell'immunità giurisdizionale di cui la Germania gode ai sensi del diritto internazionale, tanto dal punto di vista dei giudizi di cognizione, quanto dal punto di vista esecutivo (Villa Vigoni), quanto, infine, in relazione alla concessione dell'*exequatur*;

ii) non veniva, invece, considerato necessario addivenire ad una pronuncia di responsabilità internazionale a carico dell'Italia, stante la già avvenuta declaratoria di violazione delle regole internazionali sull'immunità;

iii) veniva ordinato all'Italia di far cessare gli effetti pregiudizievoli per la Germania delle violazioni accertate attraverso l'emanazione di provvedimenti legislativi o qualsiasi altro mezzo idoneo a discrezione del Governo italiano;

iv) nessuna formale decisione veniva, infine, presa circa l'ultima richiesta tedesca, finalizzata ad ottenere una pronuncia dalla Corte che inibisse la nuova emanazione di sentenze italiane del medesimo segno di quelle oggetto di giudizio, in quanto i giudici dell'Aja ritenevano di poter confidare nella buona fede delle autorità giurisdizionali italiane nel dare effettiva applicazione alle pronunce del Consesso internazionale.

---

[956] Così § 131 della sentenza in esame.

[957] In particolare, al § 132 della sentenza, la Corte statuiva che: «In order to reach such a decision, it is unnecessary to rule on the question whether the Greek courts did themselves violate Germany's immunity, a question which is not before the Court, and on which, moreover, it cannot rule, for the reasons recalled earlier. The Court will confine itself to noting, in general terms, that it may perfectly well happen, in certain circumstances, that the judgment rendered on the merits did not violate the jurisdictional immunity of the respondent State, for example because the latter had waived its immunity before the courts hearing the case on the merits, but that the *exequatur* proceedings instituted in another State are barred by the respondent's immunity. That is why the two issues are distinct, and why it is not for this Judgment to rule on the legality of the decisions of the Greek courts».

Dopo aver "sviscerato" il contenuto della sentenza della Corte, contenuto che – come evidenziato – sarà funzionale per le conclusioni, occorre tornare al motivo principale per cui si è proceduto in questa sede all'analisi della pronuncia, ovvero il filo conduttore del presente capitolo: i giudici dell'Aja, confermando la propria giurisprudenza, hanno, infatti, propugnato la tesi dell'eterogeneità strutturale tra norme.

Anche tale tesi – lo si è anticipato –, così come le altre vagliate, è esposta a critiche il cui superamento, perlomeno a modesto parere della scrivente, risulta dubbio.

Anzitutto, secondo una parte della dottrina, la tesi dell'eterogeneità strutturale sarebbe connotata da un eccessivo formalismo[958].

Sostenere, infatti, che le categorie di norme di cui al nostro esame riguardino fattispecie diverse, e, pertanto, siano insuscettibili di entrare tra loro in collisione, apparirebbe agli occhi di taluni interpreti una forzatura, volta sostanzialmente a ricercare una sorta di *escamotage* per non affrontare un problema che, di fatto, continua a porsi, ovvero l'esistenza di un conflitto.

La difficoltà e "l'imbarazzo" per le autorità giurisdizionali degli Stati, così come per le corti internazionali, dovuta al fatto di riconoscere e promuovere da un lato la tutela dei diritti umani fondamentali, e, invece, di concedere l'immunità dall'altro – a protezione del baluardo della sovrana eguaglianza – agli Stati esteri, anche in quei casi in cui questi ultimi si siano resi responsabili di gravi violazioni di norme cogenti volte a garantire i diritti fondamentali dei singoli, spinge i giudici a ricercare all'interno dell'ordinamento internazionale degli strumenti attraverso i quali poter evitare di dover fronteggiare la "scomoda" ed innegabile realtà dell'esistenza di un conflitto, e di porsi il conseguente problema di come tale conflitto vada risolto.

Coglie il punto Pisillo Mazzeschi in un commento critico alla sentenza della Corte internazionale di giustizia, in cui afferma che gli argomenti della Corte:

> «[…] tendono tutti a distinguere nettamente il problema delle norme primarie e sostanziali violate dalla Germania […] dalla questione dell'immunità, considerata come preliminare e di natura meramente procedurale. Tali argomenti

[958] Cfr., *ex multis*: N. RONZITTI, "Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime", cit., pp. 39 e s.

costituiscono, a mio avviso, strumenti giuridici, forse eleganti, minuziosi e sofisticati, ma in realtà del tutto astratti e formalistici, per evitare di affrontare il punto cruciale della controversia, ovvero il possibile conflitto tra norme consuetudinarie ed il modo di risolverlo»[959].

Seppur in termini diversi e più generali, sembra essere della stessa opinione De Vittor, la quale, commentando la sentenza della *House of Lords* nel caso *Jones*, sostiene che i giudici sono apparsi più preoccupati di trovare in qualche modo conferma alla loro posizione favorevole all'immunità, piuttosto che sforzarsi di individuare gli elementi in grado di promuovere lo sviluppo progressivo del diritto atto a tutelare gli individui dalle gravi violazioni dei propri diritti fondamentali[960].

Peraltro, già con la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Adsani*, anche il giudice Ferrari Bravo, nella sua opinione dissenziente, aveva "denunciato", anche se non riferendosi esplicitamente alla tesi dell'eterogeneità strutturale – in quanto come a noi noto la tesi adottata nella sentenza della CEDU è stata un'altra – , l'ipocrisia delle decisioni formalistiche degli Stati nazionali, sostenendo – a mio giudizio correttamente – che se è imposto da parte di norme imperative del diritto internazionale un particolare divieto agli Stati – quale, nel caso *Al-Adsani* il divieto di tortura – questi ultimi debbono necessariamente contribuire alla punizione dei comportamenti violativi del divieto, senza nascondersi dietro argomentazioni di tipo formalistico per evitare di pronunciarsi. Di conseguenza, il giudice concludeva che la Corte di Strasburgo, con la decisione dei giudici di maggioranza avesse perso un'occasione per "spezzare" il circolo vizioso del formalismo in

[959] R. PISILLO MAZZESCHI, "Il rapporto fra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", cit., p. 314.

[960] F. DE VITTOR, "Immunità di Stati stranieri e dei loro organi dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: il caso *Jones*, *Mitchell and others*", cit., pp. 147 e s., ove, in particolare, l'Autrice sostiene che l'intento dei Lords di ricercare conferma della propria opinione favorevole all'immunità: «[…] si nota soprattutto nell'uso, o meglio nel *non*-uso che essi fanno della sentenza della Corte di Cassazione italiana nel caso *Ferrini*». Dopo aver ricordato le statuizioni di Lord Hoffman rispetto alla sentenza della Suprema Corte italiana, De Vittor prosegue asserendo che: «Vero è che le conclusioni cui sono giunti i giudici italiani nella sentenza *Ferrini* sono contraddette da un'abbondante prassi sia interna che internazionale […]; tuttavia, esattamente al contrario di quanto sostenuto da Lord Hoffman, in tema di immunità dalla giurisdizione sta proprio ai giudici interni il compito di 'sviluppare' il diritto al fine di adeguarlo alle esigenze di una società in continua evoluzione, esattamente come è successo per il passaggio dalla regola dell'immunità assoluta a quella dell'immunità relativa».

favore di una decisione coraggiosa orientata a condannare gli atti di tortura. Per utilizzare le parole del giudice: «What a pity!»[961].

Altra parte della dottrina si schiera, ancora più apertamente, contro la tesi dell'eterogeneità strutturale, non limitandosi ad affermare che tale teoria peccherebbe di formalismo, ma spingendosi ben oltre. Taluni Autori, infatti, ritengono che i sostenitori della tesi di cui al nostro esame incorrano in un vero e proprio errore nel momento in cui affermano l'impossibilità di rinvenire un conflitto tra le due categorie di norme.

Il ragionamento seguito dai critici si fonda sulla tanto dibattuta questione – da noi posta poco prima di iniziare ad esaminare nello specifico le singole macrocategorie – degli effetti c.d. speciali dello *ius cogens*.

Secondo tali Autori, infatti, qualora sia accertato che una norma sia dotata all'interno dell'ordinamento internazionale del carattere della perentorietà, diventerebbe artificioso sostenere che tale carattere proprio della norma primaria non si estenda anche alle norme secondarie, in quanto, in caso contrario, le norme di *ius cogens* sarebbero private di una effettiva tutela giudiziaria. Chiaramente un'eventuale assenza di una protezione a livello giurisdizionale risulterebbe agli occhi dei suddetti interpreti un'incoerenza di sistema: come potrebbe, infatti, riconoscersi la supremazia valoriale di determinate norme senza poi garantire dei rimedi in caso di loro violazione? A che cosa servirebbe dichiarare l'esistenza sulla carta di un nucleo di norme dal carattere fondamentale se poi se ne impedisse l'effettiva attuazione anche dal punto di vista della tutela giudiziaria? Per fare un esempio pratico: a cosa servirebbe sostenere la natura imperativa della norma che sancisce il divieto di commettere crimini di guerra, se poi fosse sempre riconosciuta agli Stati autori di tali crimini l'immunità dalla giurisdizione? Si dovrebbe forse pensare che l'effetto di tali norme sia limitato esclusivamente agli individui (peraltro, si evidenzia – nonostante la questione non sia oggetto della nostra analisi – anche in questo caso, con una serie di eccezioni)?

I medesimi interrogativi sono stati condivisi, in seno al collegio della Corte dell'Aja, proprio nel caso appena esaminato, dal giudice Cançado Trindade, autore, come già ricordato, di un'articolata *dissenting opinion*. Ad opinione del giudice dissenziente, infatti, la

[961] Corte europea dei diritti dell'uomo, *Al-Adsani c. Regno Unito*, cit., *Opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo*.

violazione di norme di *ius cogens*, attraverso la perpetrazione di crimini internazionali[962], non può non essere considerata in sede giurisdizionale e, in definitiva, rimossa attraverso il ricorso a preclusioni di natura processuale[963], siano anche quelle relative all'immunità statale[964] (§ 288 e ss. dell'*opinion*). La gravità di tali violazioni comporterebbe necessariamente l'abbattimento di qualsiasi ostacolo procedurale che impedisca di fatto il diritto al risarcimento in favore delle vittime dei crimini[965], con ciò propugnando, così come la scrivente propugna, la necessità di un'interpretazione sistematica, non *atomizzante*, del diritto applicabile[966]. Pertanto, da un lato il giudice contesta l'impossibilità di riscontrare un conflitto tra le norme immunitarie e quelle cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali, dall'altro risolve tale conflitto assegnando la prevalenza a queste ultime[967].

Anche sulla base di tali considerazioni, ma rimanendo nel solco di un'interpretazione che comunque distingua fra norme *ad effetto* sostanziale e norme *anche ad effetto* processuale, parte della dottrina ritiene che sia effettivamente possibile – così come reputato necessario da Lord Hoffman nella sentenza sul caso *Jones* – sostenere che la norme di *ius cogens* che prescrivono il divieto di porre in essere condotte lesive dei diritti umani fondamentali abbiano generato una *ancillary procedural rule*, a sua volta dotata di natura perentoria, che

---

962 Il giudice, in particolare, rigetta la distinzione fatta propria dalla maggioranza fra *acta iure gestionis* ed *acta iure imperiii*. Per Cançado Trindade (§ 289), in questo caso, non ci troveremmo di fronte ad *acta iure imperii* quanto a *delicta iure imperii*, in quanto tali, immeritevoli di alcuna tutela.

963 Per Cançado Trindade (§ 294), addirittura, la distinzione operata dai giudici di maggioranza fra norme a contenuto sostanziale e processuale sarebbe totalmente priva di pregio. Vere e proprie chiacchiere al vento... «Such undue methodology is coupled with inadequate and unpersuasive conceptualizations, of the kind so widespread in the legal profession, such as, inter alia, the counterpositions of "primary" to "secondary" rules, or of "procedural" to "substantive" rules, or of obligations of "conduct" to those of "result". Words, words, words . . . Where are the values?».

964 Immunità che, nell'opinione di Cançado Trindade, non costituisce un diritto dello Stato, quanto piuttosto una sua prerogativa o privilegio, in quanto tale, non esercitabile in modo da condurre ad una «manifesta ingiustizia».

965 Qui la critica all'impostazione dei giudici di maggioranza si fa pungente. L'approccio ricostruttivo della Corte (ed il peso assegnato all'analisi della prassi della giurisprudenza nazionale), infatti, disvelerebbe una concezione iper-positivista, abbandonerebbe gli stessi valori sottesi al diritto internazionale e condurrebbe ad una situazione di costante "sottosviluppo" del diritto internazionale stesso, anziché ad una sua progressiva evoluzione.

966 V. § 298 della *dissenting opinion*: «State immunities cannot keep on being approached in the light of an atomized or self-sufficient outlook (contemplating State immunities in a void), but rather pursuant to a comprehensive view of contemporary international law as a whole, and its role in the international community».

967 Ogni ragionamento di segno opposto condurrebbe di fatto, nell'opinione del giudice (§ 256), alla deprivazione di qualsiasi significato dello *ius cogens* stesso: «The fact remains that a conflict does exist, and the Court's reasoning leads to what I perceive as a groundless deconstruction of jus cogens, depriving this latter of its effects and legal consequences».

preclude il riconoscimento dell'immunità agli Stati nel caso in cui le norme cogenti, impositive del divieto, siano violate. Solo in questo modo, infatti, verrebbe assicurato il venire meno di ogni eventuale limite alla concreta attuazione della norma imperativa[968].

Accogliendo tale impostazione, muterebbe necessariamente l'ottica sulla base della quale intraprendere l'indagine.

Se, infatti, presupponendo, così come asserito dai sostenitori della tesi dell'eterogeneità strutturale, che la diversità tra le due categorie di norme non solo le renda insuscettibili di entrare tra loro in conflitto, ma addirittura in contatto, partendo, invece, dalla premessa che le norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali avrebbero prodotto anche una norma sui rimedi a carattere processuale, la questione tornerebbe nuovamente a porsi nei termini in cui finora è stata affrontata: essendo tanto la norma sull'immunità, quanto le norme protettive dei diritti umani fondamentali, entrambe dotate di un carattere uniforme – ovvero la natura (anche, nel caso delle seconde) processuale – e di un contenuto tra loro incompatibile, sarebbe necessario – ancora una volta – individuare un criterio sulla base del quale risolvere la collisione che si va ad instaurare tra esse.

Secondo tale dottrina, si dovrebbe, allora, per la soluzione del conflitto – proprio in ragione dell'identica natura delle norme – ricorrere al criterio gerarchico[969].

Come abbiamo già avuto modo di evidenziare, applicando il criterio gerarchico – sia esso formale o sostanziale – le norme cogenti dovrebbero sempre essere reputate prevalenti, e, dunque, determinare il disconoscimento dell'immunità[970].

---

[968] *Contra* questa impostazione, come abbiamo già avuto modo di evidenziare (per il dibattito circa gli effetti dello *ius cogens* si rinvia a quanto già detto nel capitolo II, § 2.3), il Focarelli, il quale, nel "difendere" la sentenza della Corte internazionale di giustizia – in quanto, nell'opinione dell'Autore, avendo la Corte dell'Aja applicato il diritto esistente è giunta all'unica soluzione possibile – , sostiene che riconoscere allo *ius cogens* un effetto speciale, fondato sull'estensione del suo carattere dalle norme sostanziali ai rimedi, muoverebbe «da una concezione inferenziale dello *jus cogens*» del tutto sconnesso dalla prassi, la quale, invece, «[…] depone nel senso che la norma sostanziale è cogente ma l'immunità deve essere riconosciuta». L'Autore, in particolare, afferma in maniera conclusiva e lapidaria che: «Può darsi che la prassi sia più incoerente o formalistica di come ci si aspetterebbe ma la prassi è degli Stati mentre le inferenze sono della dottrina e il diritto internazionale lo fanno gli Stati, che poi sono in grado di farlo rispettare (e quindi anche di proteggere le persone) in virtù della loro legittimazione politica, non gli studiosi». Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 913. In questo senso si veda anche S. KNUCHEL, "State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*", in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2011, p. 149 e ss.

[969] Cfr, *ex multis*, A. ORAKHELASHVILI, "State Immunity and International Public Order", cit., p. 258.

[970] Per la tesi dell'interpretazione sistematica fondata sul criterio gerarchico e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a quanto già trattato all'interno del capitolo IV, § 4.1.

Peraltro, occorre evidenziare che anche qualora volesse ritenersi corretta l'impostazione assunta dalla tesi dell'eterogeneità strutturale tra norme, si dovrebbe, comunque, ammettere che gli esiti a cui essa conduce risultano senz'altro distanti da quella diffusa volontà all'interno della Comunità internazionale di garantire una tutela effettiva ed adeguata ai diritti umani fondamentali.

Così come affermato da Frulli:

> «Se l'esercizio della giurisdizione dei tribunali interni continuerà ad essere precluso dall'immunità degli Stati, una norma procedurale rischia di pregiudicare il diritto sostanziale delle vittime dei crimini internazionali al risarcimento dei danni lasciando che alcuni tra i più gravi illeciti internazionali siano sanzionati solo attraverso i procedimenti penali nei confronti degli organi che li hanno materialmente posti in essere»[971].

Come già ricordato all'interno del presente lavoro, se la Comunità internazionale prestasse effettivamente acquiescenza ad una soluzione di questo tipo ci troveremmo di fronte ad una situazione fortemente ipocrita. Sarebbe, infatti, consentito – così come giusto che sia – perseguire gli individui responsabili delle gravi violazioni dei diritti umani fondamentali in quanto autori materiali dei fatti illeciti; tuttavia, verrebbe preclusa la possibilità di assoggettare gli Stati, per i medesimi illeciti, alla giurisdizione straniera. Ciò rischierebbe di far assumere agli individui – certamente responsabili – anche un ruolo che ad essi non spetterebbe, ovvero quello di "capro espiatorio" degli Stati. Peraltro, è indubbio che – nella logica propria della Comunità internazionale, fondata sulle relazioni internazionali tra enti statali – tale approccio, se forse in linea con i desiderata degli Stati – i quali, come ben noto, sono fortemente restii ad acconsentire ad intromissioni all'interno della loro sfera di sovranità –, non potrebbe che apparire "riduttivo", in quanto proprio quelle entità che sarebbero dotate della capacità, *in primis* economica, per fare fronte ai danni cagionati, non potrebbero essere chiamati in causa.

[971] M. FRULLI, "La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana", cit., p. 447 e s.

Conclusioni

In un bellissimo articolo sulla retorica e diritto in relazione alla Corte internazionale di giustizia, in particolare con riferimento alla sentenza del 3 febbraio 2012 sul caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*[972], Bianchi concludeva il suo contributo sostenendo che, a seguito della predetta sentenza, avrebbe, finalmente, trovato fine, una volta per tutte, il dibattito – tanto dottrinale, quanto giurisprudenziale – relativo al conflitto, in sede giudiziaria, tra norme che sanciscono l'immunità per uno Stato dalla giurisdizione civile di un Paese estero e norme a tutela dei diritti umani fondamentali, avendo la Corte espressamente sancito che la norma immunitaria deve trovare applicazione anche a fronte di gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'individuo.

L'Autore, addirittura, si spingeva ad affermare:

> «[…] I libri di testo saranno emendati nelle nuove edizioni; lo spazio riservato a questa questione certamente ridotto e, inevitabilmente, ciascuno di essi concluderà la rilevante sezione con la frase '[N]el 2012, nel caso relativo all'*Immunità giurisdizionale dello Stato*, la Corte ha affermato in maniera conclusiva che…'. Che questo avvenga è difficile dubitare. Come è del tutto probabile che d'ora in avanti i docenti sconsiglieranno di scrivere tesi e i mentori accademici sconsiglieranno di scrivere libri sull'argomento, essendo intervenuta una sentenza della CIG sull'argomento»[973].

Potrebbe sembrare, allora, *prima facie*, che l'analisi da noi condotta all'interno del presente lavoro, altro non sia stata che un mero esercizio ricostruttivo dei termini di una problematica oramai dotata solo di un valore storico, avendo perso il suo carattere di attualità grazie alla calata della scure della Corte internazionale di giustizia, o, peggio, una trattazione volta a dimostrare la possibilità di superare i "fragili" argomenti sostenuti nella sentenza dai giudici dell'Aja.

Nulla di tutto ciò.

---

[972] A. BIANCHI, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", cit., p. 307.
[973] *Ibidem*.

Come, infatti, spesso è – non solo nel diritto – le cose non sono mai come sembrano.

Sicuramente in ambito accademico, così come in altri settori, vi era un grande fermento nell'attesa che la Corte internazionale di giustizia si pronunciasse sulla questione sottopostale, così come confermano i numerosissimi commenti della dottrina quando ancora la causa risultava pendente di fronte ai giudici dell'Aja. È altresì indubbio come effettivamente la sentenza della Corte, una volta pronunciata, abbia avuto un effetto dirompente[974], consentendo ai sostenitori dell'impossibilità di ravvisare una deroga umanitaria all'immunità – pur nelle loro diverse accezioni teoriche – di "cantare vittoria", e frustrando le aspettative di coloro che, invece, speravano che la Corte si sarebbe espressa in termini diversi[975].

Ciò nonostante, numerose considerazioni meritano di essere messe in luce.

Anzitutto, con riferimento al "famigerato" dato della prassi, che, nonostante a mio avviso – come in parte si è evidenziato, e, ancora, si avrà modo di sottolineare a breve – non sia dotato di portata dirimente, è – come ricordato durante l'intero corso della trattazione – considerato da taluni imprescindibile.

Se dovessimo, allora, avere riguardo alle sentenze pronunciate dalle corti nazionali ed internazionali successivamente al 3 febbraio 2012, ovvero dalla data che taluni hanno, sostanzialmente, reputato come "l'anno zero" – sostenendo, dunque, che esista un *ante Corte internazionale di giustizia* e un *dopo Corte internazionale di giustizia* – quello con cui l'interprete si troverebbe a "fare i conti" – e con cui, in effetti, "ha fatto i conti" – è un quadro particolarmente frammentario, in cui sono rinvenibili pronunce che vanno in direzioni diametralmente opposte le une dalle altre.

---

974 Ciò in particolare è dovuto al fatto che le sentenze della Corte internazionale di giustizia sono percepite come una sorta di "testo sacro". In questo senso, *ex multis*: R. JENNINGS, "The Role of International Court of Justice", in *British Yearbook of International Law*, 1997, p. 1 e ss., spec. p. 41. Cfr. anche L. CONDORELLI, "L'autorité de la decision des juridictions internationals permanents", in *La juridiction internationale permanente*, *Société Française pour le Droit International*, *Colloque de Lyon*, Pedone, Paris, 1987, spec. p. 277 e ss., il quale afferma che la Corte sarebbe in grado, perlomeno in parte, di colmare la mancanza all'interno dell'ordinamento internazionale della figura del legislatore, figura, invece, sempre presente negli ordinamenti nazionali. Ancora, Bianchi, con particolare riferimento alla comunità scientifica degli internazionalisti, afferma che: «[…] c'è […] una radicata credenza che la CIG possa autorevolmente determinare lo stato del diritto internazionale e la direzione del suo eventuale sviluppo». A. BIANCHI, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", cit., p. 300.

975 Si veda *ex multis* N. RONZITTI, "L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati", cit., p. 94, il quale afferma che la sentenza: «non tiene conto degli sviluppi del diritto internazionale e, quel che è più grave, non lascia nessuno spiraglio aperto per il futuro».

La Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Jones*, con sentenza del 14 gennaio del 2014, ad esempio, ha confermato la lettura della *quaestio* data dalla Corte internazionale di giustizia, richiamando espressamente quest'ultima pronuncia[976].

Come già abbiamo avuto modo di riportare[977], Jones e gli altri attori soccombenti si rivolgevano alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando che il Regno Unito avesse violato l'art. 6, § 1, della CEDU, riconoscendo in sede di giurisdizione civile l'immunità tanto all'Arabia Saudita quanto ai suoi individui-organi. I giudici di Strasburgo, al contrario, affermavano la natura non assoluta, ma suscettibile di limitazioni, del diritto di accesso alla giustizia. Limitazioni, nelle parole della Corte, ammissibili qualora volte a perseguire uno scopo legittimo e proporzionate rispetto all'obiettivo perseguito. La Corte, dunque, affermava la legittimità della concessione dell'immunità, in quel caso all'Arabia Saudita, negando l'avvenuta violazione dell'art. 6 della CEDU, in quanto, da un lato, il riconoscimento da parte dei giudici di uno Stato dell'esenzione dalla giurisdizione nei confronti di un Paese estero è rivolto al perseguimento del fine legittimo, quello di assicurare relazioni pacifiche tra gli Stati della Comunità internazionale; e, dall'altro, la limitazione al diritto di accesso alla giustizia non può dirsi sproporzionata, in quanto derivante dall'applicazione di una norma di diritto internazionale consuetudinario[978]. Una norma, secondo i giudici di Strasburgo, che non prevede alcuna eccezione, pur a fronte di violazioni di norme cogenti da parte dello Stato convenuto, così come già statuito dalla Corte internazionale di giustizia:

> «[...] it is not necessary for the Court to examine all of these developments in detail since the recent judgment of the International Court of Justice in *Germany v. Italy* […] – which must be considered by this Court as authoritative as regards

[976] *Jones e altri c. Regno Unito,* ric. nn. 34356/06 e 40528/06, 14 gennaio 2014. Per un commento alla sentenza, si veda: C. I. KEITNER, "*Jones v. United Kingdom*", in *American Journal of International Law*, 2014, p. 302 e ss.; P. D. MORA, "Case Note: *Jones v. the United Kingdom*: Article 6(1) ECHR and the Immunities of States and Their Officials for Acts of Torture", in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 608 e ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, "Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso *Jones* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215 e ss.; C. RYNGAERT, "*Jones v. United Kingdom*: The European Court of Human Rights Restricts Individual Accountability for Torture", in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, p. 47 e ss.

[977] Si rinvia al capitolo VI, § 6.1.

[978] La Corte ha, dunque, con tale sentenza, confermato i propri precedenti giurisprudenziali in materia di immunità e diritto di accesso alla giustizia. Cfr., in particolare, le già ricordate pronunce: *Al-Adsani c. Regno Unito* cit.; *Fogarty c. Regno Unito*, cit.; *McElhinney c. Irlanda,* cit.; *Kalogeropoulou c. Grecia e Germania,* cit.

the content of customary international law – clearly establishes that, by February 2012, no *jus cogens* exception to State immunity had yet crystallized. The application by the English courts of the provisions of the 1978 Act to uphold the Kingdom of Saudi Arabia's claim to immunity in 2006 cannot therefore be said to have amounted to an unjustified restriction on the applicant's access to a court. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention as regards the striking out of Mr Jones' complaint against the Kingdom of Saudi Arabia»[979].

Tuttavia, anche altre pronunce meritano in questa sede di essere menzionate, pronunce di tutt'altro segno, difformi rispetto all'insegnamento della Corte dell'Aja.

Partendo dalla giurisprudenza di quei Paesi che hanno adottato una legislazione in materia immunitaria, deve essere ricordata la sentenza della *District Court for the District of Columbia* del 29 gennaio 2013.

Taluni cittadini statunitensi, in quel caso, si rivolgevano alle autorità giurisdizionali del proprio Paese sostenendo di aver subito, a seguito di atti di terrorismo compiuti nei loro confronti al di fuori del territorio statunitense, lesioni personali e perdite di beni. La *District Court* condannava la Siria, in quanto Stato *sponsor* dell'organizzazione terroristica incriminata, a risarcire i danni, tanto materiali, quanto morali, cagionati alle vittime, e ciò sulla base del § 1605 (A) del *Foreign Sovereign Immunities Act*, così come emendato nel 1996 e nel 1998.

Ad una prima analisi, tale pronuncia potrebbe essere considerata poco rilevante: anzitutto, come noto, le sentenze della Corte internazionale di giustizia vincolano solo ed esclusivamente le parti della controversia[980]; in secondo luogo, la pronuncia della *District Court* è stata adottata nell'ambito di un ordinamento nazionale munito di una legislazione *ad hoc* sull'immunità, ove non è necessario confrontarsi con il diritto internazionale consuetudinario, qualora la questione possa essere risolta ricorrendo alla specifica legge in

[979] *Jones e altri c. Regno Unito*, cit., § 198.

[980] È certo vero, come già ricordato, che in senso tecnico solo le parti della controversia sottoposta alla Corte sono vincolate dagli esiti del giudizio di quest'ultima. Tuttavia, la già evidenziata "sacralità" delle pronunce dei giudici dell'Aja, fa sì che anche gli altri Stati, estranei alla controversia, tendano a seguire con attenzione le decisioni della Corte, e, di fatto, ad attenersi alle sue statuizioni. Sul punto si rinvia alle considerazioni di R. HIGGINS, *Problem and Process. International Law and How We Use It*, Oxford University Press, Oxford, 1994, spec. p. 202 e s.

materia; infine, detta sentenza era fondata sull'*Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, rispetto al quale – abbiamo già avuto modo di evidenziare – sussistono diverse perplessità sia in dottrina sia in giurisprudenza[981].

Tuttavia, la sentenza della Corte internazionale di giustizia è stata "rigettata" anche all'interno di quei Paesi ove non è stata promulgata alcuna legge *ad hoc* sull'immunità, e che, dunque, sono costretti a ricorrere al diritto internazionale consuetudinario per disciplinare la *subiecta materia*.

Mi riferisco, in particolare e ancora una volta, alla Repubblica italiana, il cui sostanziale "rigetto" della sentenza dei giudici dell'Aja appare connotato da una specifica rilevanza, anche in ragione del fatto che tale Paese, in quanto parte della controversia di fronte alla Corte, avrebbe dovuto conformarsi a quanto statuito da quest'ultima.

Inizialmente, l'Italia ha seguito il *dictum* della Corte internazionale di giustizia, e ciò, sia attraverso l'adesione da parte del Governo alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004[982], sia tramite le pronunce dei giudici nazionali, seppur in queste ultime siano state manifestate espressamente delle perplessità[983].

---

981 Si ricordi come la stessa Corte internazionale di giustizia, *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*: *Grecia interveniente*), cit., al § 88, ha ritenuto l'emendamento al *FSIA* del 1996 del tutto irrilevante, sostenendo che esso rappresenti un *unicum* tra le legislazioni che sono state adottate in materia immunitaria: nessun altro Stato ha, infatti, adottato una limitazione all'immunità fondata sulla gravità degli atti commessi.

982 L. 14 gennaio 2013, n. 5, G.U. del 29 gennaio 2013 n. 24.

983 Si veda, ad esempio: Corte di Cassazione, Sezione I penale, sentenza n. 32139 del 30 maggio 2012. In tale sentenza, la Corte, al § 6, affermava: «Ritiene il Collegio doversi valutare l'effetto che sullo stato dei "principi viventi" in tema di giurisdizione ha avuto [la sentenza della Corte internazionale di giustizia], e pertanto esaminandol[a] come *dictum* del Giudice internazionale ben prima che come fonte di una soluzione giuridica dotata di elevata plausibilità: ci si riferisce in particolare alla affermazione per la quale, allo stato attuale del diritto internazionale, si deve escludere che le violazioni dello *jus cogens* siano suscettibili di incidere sul diritto all'immunità che spetta agli Stati e si deve, di contro, affermare che esse interessano la sola conservazione della sovranità, nessuna - per quanto esecrabile - condotta potendo raggiungere il valore di "punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità" nazionale. Alla chiarezza di tale *dictum* va altresì giustapposto il rilievo per il quale, come rilevato dalla decisione del 3/2/2012, nessuna Corte Suprema ha espresso pronunziati animati dagli stessi principi assunti dalle Sezioni Unite di questa Corte a fondamento delle decisioni del 2004 e del 2008. E pertanto, se è ben vero che non è dato desumere dalla statuizione della Corte internazionale argomenti in grado di sconfessare la persuasività e solidità giuridica dei principi fino ad ora affermati da questa Corte, tale statuizione, nel rammentato quadro di sostanziale isolamento della posizione del Giudice italiano, consiglia certamente di valutare le statuizioni del 2004 e del 2008 – espressamente intese come fonti di un contributo "all'emersione di una regola conformativa dell'immunità dello Stato estero" – come un tentativo, dettato da esigenze di affermazione di principi di civiltà giuridica, che, in difetto della sua "convalida" da parte della Comunità internazionale della quale la Corte dell'Aja è il massimo momento di sintesi giurisdizionale, non è stato, o non è stato ancora, fornito della necessaria condivisione, e che, per questa ineluttabile considerazione, non può essere portato ad ulteriori applicazioni. […]».

La "rottura" dello Stato italiano rispetto a quanto stabilito dalla Corte internazionale di giustizia si è avuta, invece, con la nota sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014[984].

Si ricapitolino, brevemente, i termini della questione di diritto posta all'interesse della Corte costituzionale.

Si veda, inoltre: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza n. 4284 del 20 novembre 2012, la quale affermava: «[…] questa Corte penale, pur esprimendo perplessità sulle argomentazioni adottate dalla Corte internazionale di giustizia […], ha in estrema sintesi ritenuto che la tesi inaugurata dalla menzionata Cass. n. 5044 del 2004 (secondo cui, come si è visto, il principio dello *jus cogens* deroga all'immunità giurisdizionale degli Stati) è rimasta isolata e non è stata "convalidata dalla comunità internazionale", di cui la Corte internazionale di giustizia è massima espressione, sicché il principio dello *jus cogens* non può essere portato ad ulteriori applicazioni».

[984] Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 22 ottobre 2014. Numerosissimi sono stati i commenti alla sentenza, che ha suscitato notevole interesse nella dottrina. Senza alcuna pretesa di esaustività si rinvia, tra gli altri, ai commenti di M. ARCARI, "Zoom Out: Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014" in *QUIL – Questions of International Law*, 16/11/2014; R. BIN, "L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014", in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 11/1/2016; M. BOTHE, "The decision of the Italian Constitutional Court concerning the jurisdictional immunities of Germany", in *The Italian Yearbook of International Law*, 2014, p. 25 e ss.; T. CANTELMO, V. CAPUOZZO, "Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015, in www.federalismi.it del 13/01/2016; M. CASTELLANETA, "La Consulta apre la strada ai risarcimenti", in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2014, n. 47, p. 94 e ss.; G. CATALDI "A historic decision of the Italian Constitutional Court on the balance between the Italian legal order's fundamental values and customary international law", in *The Italian Yearbook of International* Law, 2014, p. 37 e ss.; A. CIAMPI, "La dichiarazione d'incostituzionalità delle leggi di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e di adattamento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015; A. CHIUSOLO, "Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la «giuristocrazia»?", in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 14/07/2015; N. COLACINO, "La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui *«crimina» iure imperi"*, in *Questione giustizia* n. 1/2015, p. 70 e ss.; P. DE SENA, "Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale", in *SIDIBlog* del 30/10/2015; ID., "The Judgement of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: a Tentative Analysis under International Law", in *Questions of International Law, Zoom out*, del 16/11/2014; ID., "Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)", in *SIDIBlog* del 17/11/2014; R. DICKMANN, "Il «Diritto al giudice» di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, (Nota a Corte Cost., sent. N. 238 del 22 ottobre 2014), in *federalismi.it*, n. 22/2014; M. LONGOBARDO, "The Italian Constitutional Court's Ruling against State Immunity When International Crimes Occur: Thoughts on Decision No. 238 of 2014", in *Melbourne Journal of International Law*, 2015, p. 255 e ss.; F. M. PALOMBINO, "Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 502 e ss.; M. I. PAPA, "Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014", in *Rivista AIC*, 3/2015, p. 1 e ss.; A. RUGGERI, "La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)", in *Consulta online*, 17 novembre 2014; A. TANZI, "Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte Costituzionale", in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13 e ss.

Il Tribunale di Firenze, nel gennaio del 2014, con tre ordinanze del medesimo tenore[985], sollevava tre autonome questioni di legittimità costituzionale rispetto agli artt. 2 e 24 della Cost.

La prima questione riguardava la norma prodotta nell'ordinamento italiano mediante l'adattamento, ex art. 10, c. 1, Cost., alla consuetudine internazionale relativa all'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile dei Paesi esteri, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio del 2012, nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich.

La seconda questione investiva l'art. 1 della L. del 17 agosto 1957, n. 848[986], limitatamente alla parte in cui, recependo l'art. 94 dello Statuto ONU[987], obbligava le autorità giurisdizionali italiane ad adeguarsi alla suddetta pronuncia della Corte dell'Aja, in particolare rispetto al punto in cui essa stabiliva l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich, almeno in parte nel territorio italiano

La terza questione aveva ad oggetto l'art. 1 (*recte*: art. 3) della L. 14 gennaio 2013, n. 5[988], con cui – come noto – l'Italia aderiva alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità

---

985 Si trattava in particolare delle ordinanze n. 84, n. 85 e n. 113 del 2014 attinenti a tre casi in cui il Tribunale era stato adito dalle vittime, o dagli aventi causa di queste ultime, al fine di ottenere dallo Stato tedesco il risarcimento dei danni dalla Germania, a seguito della deportazione delle predette vittime, durante il secondo conflitto mondiale, sul territorio tedesco e la loro sottoposizione ai lavori forzati, e, in un caso, della morte di uno dei cittadini italiani deportati.

986 L'art. 1 della L. 17 agosto 1957, n. 848, Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, GU Serie Generale n. 238 del 25 settembre 1957 - Suppl. Ordinario n. 2380, statuisce che: «Piena ed intera esecuzione è data allo Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945, a decorrere dal 14 dicembre 1955, data di ammissione dell'Italia alle Nazioni Unite».

987 L'art. 94 dello Statuto della Carta delle Nazioni Unite dispone che: «1. Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte. 2. Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione».

988 Secondo quanto disposto dall'art. 3 della L. 14 gennaio 2013, n. 5, rubricato «Esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia»: «1. Ai fini di cui all'articolo 94, paragrafo 1, dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945 e reso esecutivo dalla legge 17 agosto 1957, n. 848, quando la Corte internazionale di giustizia, con sentenza che ha definito un procedimento di cui è stato parte lo Stato italiano, ha escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile, il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle stesse condotte rileva, d'ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo».

giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, in special modo nella parte in cui essa stabiliva l'obbligo del giudice italiano di negare la propria giurisdizione nella cognizione della causa civile di risarcimento del danno per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* dal Terzo Reich nel territorio italiano.

Per quanto concerne la prima questione, anzitutto, i giudici riconoscevano, conformemente all'impostazione del quesito da parte del giudice *a quo*, che il *thema decidendum* non avesse ad oggetto lo scrutinio circa l'interpretazione data da parte della Corte internazionale di giustizia della norma consuetudinaria sull'immunità. I giudici delle leggi, in particolare, ricordavano come non avrebbero potuto procedere a tale scrutinio, e ciò in quanto, trattandosi di una norma di diritto internazionale, e, pertanto, esterna rispetto all'ordinamento giuridico italiano, la sua applicazione, in virtù dell'art. 10, c. 1, Cost., da parte delle autorità giurisdizionali italiane avrebbe dovuto sempre essere operata sulla base del c.d. principio di conformità, ovvero attenendosi all'interpretazione datane nell'ordinamento da cui essa trae origine[989].

Ciò premesso, la Corte delimitava, dunque, il proprio ambito di giudizio, affermando di essere chiamata a valutare la compatibilità costituzionale tra la norma internazionale che, ex art. 10 c. 1 Cost., sarebbe dovuta entrare nell'ordinamento interno con un rango equivalente a quello costituzionale, e i principi fondamentali e i diritti inviolabili dell'uomo, considerati quali elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale e, dunque, intangibili o, perlomeno, soggetti al minimo sacrificio[990], e sostenendo, altresì, che, qualora detta compatibilità non fosse stata riscontrata, «la norma internazionale, per la parte confliggente con i principi ed i diritti inviolabili, non [sarebbe potuta entrare] nell'ordinamento italiano e non [avrebbe potuto] essere quindi applicata»[991].

Alla luce di quanto evidenziato, i giudici delle leggi affermavano che la norma consuetudinaria sull'immunità, nell'interpretazione datane dalla Corte internazionale di

[989] Si veda il § 3.1 della sentenza in esame, ove veniva precisato: «In questa occasione, la norma che interessa è stata interpretata dalla CIG, precisamente in vista della definizione della controversia tra Germania ed Italia, avente ad oggetto la giurisdizione del giudice italiano su atti imputabili alla RFG […] l'interpretazione da parte della CIG è un'interpretazione particolarmente qualificata, che non consente un sindacato da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa questa Corte […]».

[990] Si veda il § 3.1 della sentenza in esame.

[991] Si veda il § 3.4 della sentenza in esame. La Corte applicava, dunque, la teoria dei controlimiti. Come noto, tale teoria viene utilizzata per sbarrare l'ingresso a quelle norme appartenenti a diversi ordinamenti giuridici (ad esempio: norme di diritto dell'Unione europea) che si pongono in contrasto con la Costituzione.

giustizia, risultasse incompatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero gli artt. 2 e 24 della Cost., determinandone un sacrificio sproporzionato e, pertanto, non dovesse considerarsi operante il rinvio ex art. 10, c. 1, Cost., con la conseguenza che «la parte della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati che confligge con i predetti principi fondamentali non è entrata nell'ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto»[992].

La prima questione veniva, pertanto, respinta dalla Corte, in quanto non fondata[993].

Quanto, poi, all'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848, i giudici di Palazzo della Consulta dichiaravano l'illegittimità costituzionale di tale disposizione, rilevando un contrasto con gli artt. 2 e 24 Cost. nella parte in cui (limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite), obbligava il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.

---

[992] Più nello specifico, i giudici delle leggi: ricostruivano l'evoluzione della norma consuetudinaria in materia di immunità, sottolineando come essa da assoluta fosse divenuta nel tempo relativa (§ 3.3 della sentenza in esame); si soffermavano, al fine di operare un bilanciamento con la norma consuetudinaria in materia di immunità, sulle norme parametro, sottolineando come l'art. 2 Cost. «è la norma sostanziale posta, tra i principi fondamentali della Carta costituzionale, a presidio dell'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona, tra i quali, nella specie conferente a titolo primario, la dignità», e l'art. 24 Cost. «è anch'esso a presidio della dignità della persona, tutelando il suo diritto ad accedere alla giustizia per far valere il proprio diritto inviolabile», e riaffermando, sulla base della loro giurisprudenza consolidata, come entrambi gli articoli contengono principi supremi dell'ordinamento (§ 3.4 della sentenza in esame); ammettevano che il diritto alla tutela giurisdizionale, nonostante sia un principio supremo, può subire delle limitazioni, e ciò in ipotesi di immunità dalla giurisdizione di Stati esteri previste dal diritto internazionale, specificando, tuttavia, che dette limitazioni devono fondarsi su un «interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i "principi supremi" dell'ordinamento costituzionale» e che «la norma che stabilisce il limite deve garantire una rigorosa valutazione di tale interesse alla stregua delle esigenze del caso concreto» (§ 3.4 della sentenza in esame); ravvisavano che la norma consuetudinaria sull'immunità, così come interpretata nella sentenza della Corte dell'Aja nel caso *Germania c. Italia*, «nella parte in cui esclude la giurisdizione del giudice a conoscere delle richieste di risarcimento dei danni delle vittime di crimini contro l'umanità e di gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona, determina il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle suddette vittime», e che, inoltre, non fosse possibile in alcun modo individuare «nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, un interesse pubblico tale da risultare preminente al punto da giustificare il sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (artt. 2 e 24 Cost.) lesi da condotte riconosciute quali crimini internazionali» (§ 3.4); ribadendo che l'immunità è garantita solo con riferimento agli atti che sono manifestazione della funzione sovrana dello Stato straniero con i quali esplicita tipicamente la propria potestà di governo, affermavano che: «l'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione del giudice italiano consentita dagli artt. 2 e 24 Cost. protegge la funzione, non anche comportamenti che non attengono all'esercizio tipico della potestà di governo, ma sono espressamente ritenuti e qualificati illegittimi, in quanto lesivi di diritti inviolabili» (§ 3.4 della sentenza in esame);

[993] Tuttavia secondo una parte della dottrina, la questione non avrebbe dovuto essere dichiarata infondata, quanto piuttosto inammissibile. Si veda, *ex multis*: A. RUGGERI, "La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)", in *Consulta online*, 17 novembre 2014, pp. 2 e 3 reperibile al link: http://www.giurcost.org/studi/ruggeri42.pdf. In senso conforme si veda: A. TANZI, "Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte Costituzionale", in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13 e ss., spec. p. 16.

La Corte Costituzionale specificava che tale contrasto dovesse riscontrarsi «con esclusivo e specifico riguardo al contenuto della sentenza della CIG, che ha interpretato la norma internazionale generale sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri come comprensiva dell'ipotesi di atti ritenuti qualificati come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona»[994], imponendo, pertanto, con tale interpretazione, al giudice italiano di disconoscere la propria giurisdizione con riferimento ai procedimenti instaurati da individui vittime delle condotte predette.

Quanto, infine, all'art. 3 della legge n. 5 del 2013, la Corte costituzionale dopo aver affermato, sulla base dei lavori parlamentari precedenti l'approvazione della legge oggetto di scrutinio, che l'introduzione dell'art. 3 era dovuta alla volontà di consentire l'esecuzione della sentenza della CIG del 3 febbraio 2012, dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione rispetto agli artt. 2 e 24 Cost., riportandosi alle argomentazioni già svolte con riferimento alle altre norme sottoposte a scrutinio costituzionale[995].

Non intendiamo in questa sede addentrarci oltre sulla sentenza, in quanto seppur questa sia dotata indubbiamente di rilevanza fondamentale per una molteplicità di ragioni, così come, peraltro, ampiamente confermato dai commenti dottrinali che l'hanno seguita[996], essa assume un'ottica che si "allontana" dall'approccio proprio del presente lavoro.

Come evidenziato nella premessa alla trattazione, infatti, l'obiettivo che la scrivente si è posta, nell'indagare il tema oggetto di ricerca, è quello di dimostrare, anzitutto, che nell'ambito dell'ordinamento internazionale *esiste* un conflitto tra norme immunitarie e norme a tutela dei diritti umani fondamentali, e che, in secondo luogo, tale conflitto è suscettibile di essere *immediatamente* risolto sul piano internazionale a favore della tutela dei diritti umani fondamentali, dunque, ancor prima che le autorità giurisdizionali di uno Stato debbano eventualmente ricorrere agli strumenti a loro disposizione nell'ambito dell'ordinamento

---

994 Si veda il § 4.1 della sentenza in esame. Sul punto appare importante riportare che la Corte ha ritenuto di dichiarare l'illegittimità della norma di adattamento non potendo il suo giudizio incidere sulla legittimità di una norma esterna e che al di fuori di quanto deriva dalla pronuncia *de qua* resta inalterato il rispetto da parte dell'Italia agli obblighi internazionali derivanti dall'adesione alla Carta delle Nazioni Unite.

995 Si veda il § 5.1 della sentenza in esame.

996 Come sottolineato da Cantelmo e Capuozzo, la sentenza della Consulta avrebbe una particolare rilevanza in quanto: anzitutto, è espressione di «una chiusura del nostro ordinamento alla portata attuale della norma consuetudinaria internazionale»; in secondo luogo, getta «le basi per una prassi modificatrice». Si vedano T. CANTELMO, V. CAPUOZZO, "Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015", in *federalismi.it*, 13 gennaio 2016.

nazionale (controlimiti), al fine di evitare che l'immunità degli Stati possa prevalere sulla protezione dei diritti fondamentali del singolo.

Alla luce di quanto ricordato, appare, allora, evidente come la sentenza della Consulta sia dotata, nell'ottica del nostro lavoro, di una rilevanza secondaria, avendo sì le autorità giurisdizionali italiane effettivamente "vanificato", per quanto concerne la sua applicabilità nell'ordinamento italiano, la pronuncia della Corte dell'Aja[997], ma avendo raggiunto tale risultato attraverso una risorsa propria dell'ordinamento nazionale, ovvero tramite l'applicazione della teoria dei controlimiti.

Quello che a noi, invece, interessa provare è che, essendo già individuabile sul piano internazionale una soluzione del conflitto *pro* diritti umani fondamentali, i giudici degli Stati nazionali si dovrebbero limitare a seguire tale soluzione per garantire l'effettiva protezione dei suddetti diritti, senza la necessità di attivare alcun "freno di emergenza"[998].

Nonostante quanto chiarito, la sentenza dei tredici fornisce comunque alla nostra analisi un contributo importante, dimostrando, ancora una volta, che, al di là del valore che si voglia dare alla prassi, valore che – ribadisco – la stessa scrivente, diversamente da altri[999], non ritiene fondamentale, le sentenze *post Corte internazionale di giustizia* pongono in luce un dato sulle orme del quale non solo il presente lavoro ha avuto origine e si è sviluppato, ma si va altresì ora a chiudere: la questione relativa al complicato rapporto tra immunità e diritti umani fondamentali in sede giudiziaria non ha mai smesso di porsi[1000].

---

997 In questi termini si è espresso anche N. RONZITTI, "Crimini di guerra e risarcimenti", in *affarinternazionali.it*, 18 novembre 2014.

998 In definitiva l'ottica del lavoro può essere riassunta in un'acuta osservazione che Focarelli ha formulato rispetto alla citata sentenza della Corte Costituzionale, asserendo che: «La dottrina che in passato era favorevole all'eccezione umanitaria nel diritto internazionale tende oggi a vedere con altrettanto favore la "rivincita" operata dalla Corte costituzionale e quasi a pensare che si tratti di una vittoria del diritto internazionale, mentre in realtà resta fermo che il diritto internazionale non è fatto né disfatto da singoli Stati quali che siano". Così C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., pp. 914 e s.

999 Si prenda, ad esempio, quanto asserito dallo stesso Focarelli, strenuo sostenitore della necessità di legare l'analisi del diritto internazionale alla prassi, in apertura di una sua già citata monografia: «Il […] lavoro si fonda sull'idea, largamente accreditata, ma non sempre applicata rigorosamente, che il diritto internazionale debba ricostruirsi in base ai dati della prassi. Ciò significa che i dati scaturenti dai comportamenti dei soggetti internazionali prevarranno sempre sulle opinioni dottrinali, per quanto autorevoli esse possano essere, come pure sulle dichiarazioni verbali rese in astratto dagli stessi soggetti internazionali. A noi sembra indubbio insomma che quel che conta, e che deve imporsi nei casi dubbi, sia ciò che i soggetti fanno e non ciò che i soggetti dicono». Così C. FOCARELLI*, Le contromisure nel diritto internazionale*, cit., p. 8.

1000 Come ammesso da Sciso: «La questione dei limiti alla immunità giurisdizionale dello Stato straniero in sede civile, per dar corso ad azioni risarcitorie promosse dalle vittime di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali (quali atti di tortura o crimini contro l'umanità) presumibilmente attribuibili allo Stato, continua ad impegnare le corti statali, con esiti e considerazioni diversi da quelli che hanno ispirato la Corte

Ecco che, allora, l'apparentemente datato dibattito circa la corretta costruzione teorica da adottare per addivenire a sostenere – alternativamente – l'impossibilità di configurare davvero un conflitto tra le due categorie di norme, oppure l'esistenza di tale collisione, e, in quest'ultimo caso, se il contrasto debba essere risolto a favore dell'immunità o dei diritti umani fondamentali, e su quali basi, torna *in auge* e giustifica la scelta operata dalla scrivente circa il tema di ricerca.

A questo punto, occorre, dunque, ripercorrendo brevemente le costruzioni teoriche affrontate nel percorso compiuto, "tirare le somme".

Anzitutto, si evidenzi che, sulla base delle teorie da noi analizzate, è possibile distinguere due orientamenti principali: un primo orientamento che esclude si possa riscontrare un conflitto in sede giudiziale tra la categoria delle norme immunitarie e le norme cogenti a tutela dei diritti umani fondamentali; un secondo orientamento che ritiene, invece, tale conflitto rilevabile.

L'unica teoria che si inserisce all'interno del primo orientamento è la c.d. tesi della eterogeneità strutturale delle norme, accolta – da ultima – dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012.

Secondo i sostenitori di tale tesi, come noto, non è in alcun modo possibile sostenere l'esistenza di una collisione in sede giurisdizionale tra le norme sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile e le norme di *ius cogens* a tutela dei diritti umani fondamentali, in ragione della loro diversa natura: le prime, infatti, a carattere processuale, trovano applicazione preliminarmente rispetto al giudizio *stricto sensu*, essendo volte a regolamentare la questione della giurisdizione; le seconde, invece, a carattere sostanziale, sono prese in considerazione dal giudice in quello che si potrebbe definire "il cuore" del giudizio, permettendo di stabilire se le condotte oggetto dell'azione promossa siano qualificabili come lecite o illecite.

Tuttavia – come evidenziato nel corso dell'intera trattazione e ribadito poc'anzi – appare difficile sostenere che in virtù della diversa natura delle norme considerate non sia ravvisabile alcun conflitto.

---

internazionale di giustizia». Così E. SCISO, "L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", cit., p. 549.

Dire che l'immunità è una norma a carattere processuale, e, pertanto, attinente esclusivamente ai c.d. *ordinatoria litis*, e le norme a tutela dei diritti umani fondamentali sono norme a carattere sostanziale, e, di conseguenza, vengano in considerazione solo in sede di *meritoria litis*, potrebbe anche – nei limiti da noi già segnalati – dirsi un'impostazione corretta dal punto di vista teorico, ma, di fatto, andrebbe sempre e comunque ad essere smentita, in quanto la collisione tra le due categorie di norme ricordate è sempre stata percepita (*ante Corte internazionale di giustizia*) e continua ad essere sentita (*post Corte internazionale di giustizia*) tanto dalla dottrina, quanto dalla giurisprudenza.

Peraltro, si ricordi come, ad opinione di parte della dottrina, l'impostazione teorica fondata sull'eterogeneità strutturale delle norme debba essere rigettata in ragione del fatto che la cogenza di determinate norme che pongono il divieto di violare i diritti umani fondamentali, si estende anche ai rimedi, consentendo, dunque, di riscontrare nell'ordinamento internazionale l'esistenza di una norma imperativa a carattere processuale che preclude specificamente il riconoscimento da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato dell'immunità nei confronti di un Paese estero, qualora quest'ultimo si sia reso responsabile di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali.

Escluso, dunque, il primo orientamento che ritiene non sia ravvisabile un contrasto tra le due categorie di norme, occorre ora soffermarci sul secondo, che, invece, ammette l'esistenza di una collisione tra norme immunitarie e norme a tutela dei diritti umani fondamentali.

Come noto, all'interno di tale orientamento si collocano molteplici teorie.

Anzitutto, vi sono quelle tesi accomunate dal fatto di risolvere il conflitto tra le categorie di norme da noi richiamate, utilizzando delle eccezioni consolidate in materia immunitaria non specificamente attinenti alla questione delle gravi violazioni dei diritti fondamentali del singolo.

La prima teoria si limita ad applicare *sic et simpliciter* l'immunità ristretta, ritenendo che: nel caso in cui le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali siano state perpetrate tramite *acta iure privatorum*, l'immunità allo Stato estero autore di tali violazioni non debba essere riconosciuta; viceversa, nell'ipotesi in cui le violazioni siano state commesse mediante *acta iure imperii*, debba sempre essere concessa allo Stato responsabile l'esenzione dalla giurisdizione straniera.

Tale teoria appare senza dubbio insoddisfacente agli occhi dell'interprete.

Le norme sui diritti umani non assumono, infatti, alcun valore proprio all'interno di questa costruzione teorica – salvo voler affermare, con ciò sostanzialmente stravolgendo la teoria in esame, che nel momento in cui leda un diritto umano fondamentale l'azione statale perda *ipso facto* la sua natura *iure imperii* – rendendola, dunque, inidonea a valorizzare la natura imperativa delle norme violate.

La seconda teoria esaminata, quella della rinuncia implicita, pur suggestiva, parrebbe peccare di una certa disinvoltura. Sarebbe, infatti, difficile non riconoscere un sostanziale grado di arbitrio nel considerare operante una rinuncia implicita all'immunità in tutti quei casi in cui lo Stato – spesso proprio confidando nella sua immunità – agisca in violazione dei diritti umani fondamentali.

La terza teoria da noi vagliata, fondata sulla *territorial tort exception*, potrebbe indubbiamente rivelarsi soddisfacente in una molteplicità di casi.

Essa, infatti, postula la possibilità di ritenere ricadenti nell'ambito di applicazione dell'eccezione le ipotesi in cui siano state poste in essere da parte di uno Stato condotte violative di norme imperative del diritto internazionale sul territorio del Paese del foro.

Restano, tuttavia, almeno due nodi problematici: da un lato, la tutela (dunque, ancora una volta, la prevalenza delle norme cogenti) dei diritti degli individui qualora la lesione avvenga al di fuori del territorio dello Stato del foro; dall'altro, la medesima tutela in quelle ipotesi in cui la distinzione tra atti di natura privatistica e di natura sovrana dello Stato, "uscita dalla porta", "rientri", almeno parzialmente, "dalla finestra" sotto forma di *armed conflict clause*, così come – di fatto – affermato dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio del 2012.

Di conseguenza, anche questa teoria, seppur suscettibile di proteggere incidentalmente numerose situazioni in cui si riscontrino gravi violazioni dei diritti umani fondamentali, appare, perlomeno a fronte del suo attuale status di estensione (rispetto al quale, peraltro, si registrano numerose incertezze interpretative), non del tutto idonea a raggiungere gli scopi da noi auspicati.

Ricordiamo, inoltre, le tesi sostenute da coloro che ritengono che il conflitto tra le due categorie di norme possa essere superato ricorrendo ad istituti classici del diritto internazionale, che non attengono specificamente alla materia immunitaria.

La prima teoria si fonda sull'istituto delle contromisure. Sottolineando, da un lato, l'intento certamente meritorio dei sostenitori di questa teoria, ma rimandando al capitolo relativo l'analisi puntuale dei limiti, anzitutto sistematici, che la medesima ha dimostrato di possedere, non possiamo in questa sede non evidenziare la principale perplessità che ci conduce a rigettare senza indugio una simile ricostruzione teorica. Come ampiamente analizzato, la base di partenza della teoria della contromisura è costituita dalla considerazione del riconoscimento della giurisdizione quale illecito internazionale, la cui antigiuridicità viene meno a seguito della realizzazione dell'illecito originario da parte dello Stato estero. Propugnando noi una tesi che si fonda sull'interpretazione sistematica del diritto internazionale che vede l'immunità legittimamente cedere di fronte alla realizzazione di gravi violazioni di norme cogenti, non potremo, dunque, accettare un'impostazione che veda nel riconoscimento della giurisdizione una fattispecie, seppur "scriminata" di illecito internazionale.

La seconda teoria che si avvale di un istituto del diritto internazionale per risolvere il contrasto tra norme immunitarie e norme a tutela dei diritti umani fondamentali è quella fondata sulla protezione diplomatica, la quale assume un'ottica del tutto a sé stante.

I sostenitori di tale tesi ritengono, infatti, che sul piano giurisdizionale il conflitto vada sempre risolto – nei limiti dell'immunità ristretta – a favore della norma immunitaria; tuttavia, a loro avviso, la tutela dei diritti umani fondamentali non verrebbe in alcun modo inficiata dall'esentare lo Stato estero, autore delle violazioni, dalla giurisdizione dei giudici del Paese di cui le vittime hanno la cittadinanza, in quanto tali diritti troverebbero comunque tutela, non in sede giudiziale bensì in sede extra-giudiziale, attraverso, per l'appunto, la protezione diplomatica.

Nonostante, su di un piano applicativo (e con riferimento alla soddisfazione risarcitoria dei ricorrenti) tale teoria possa anche comportare degli effetti positivi, il maggior limite di questa impostazione è quello di "aggirare", di fatto inutilmente, il problema del contrasto tra norme in sede giurisdizionale.

È vero, infatti, che l'eventuale soddisfazione delle vittime delle gravi violazioni attraverso l'esercizio della protezione diplomatica da parte del proprio Stato, avrebbe la diretta conseguenza di porre fine all'indagine circa quale tra le due categorie di norme da noi finora richiamate debba prevalere, non ponendosi *ab origine* la questione sul piano giudiziario.

Tuttavia, due considerazioni si impongono: da un lato nella maggior parte dei casi analizzati le vittime non hanno conseguito alcuna tutela effettiva attraverso la via politico-diplomatica, con ciò rimanendo nella necessità di adire un rimedio giurisdizionale; dall'altro, anche qualora l'avessero raggiunta, si ritiene che l'abbandono della via giurisdizionale per la tutela dei diritti, per quanto in certi casi più "comodo", contrasti con la natura del diritto stesso, degradato, con ciò, ad interesse legittimo, tutelabile unicamente quando concorrente con l'interesse dello Stato ad attivare la protezione.

Rimane, dunque, un'ultima categoria di teorie da richiamare, quella della c.d. *human rights exception*.

Tra le costruzioni teoriche rinvenibili all'interno di tale macrocategoria vi è, anzitutto, quella della giurisdizione universale applicata agli Stati. Tale teoria, seppur indubbiamente fondata su condivisibili esigenze di giustizia e coerenza sistematica – postulando che risulti illogica la sopravvivenza dell'immunità statale a fronte della cessazione di quella dell'individuo-organo – si fonda su di una estensione analogica di dubbia legittimità. Come noto, infatti, le regole disciplinanti le immunità delle persone fisiche e degli Stati, seppur accomunate dalla medesima *ratio* di fondo, presentano, ciascuna, peculiarità proprie e non fungibili, le une con le altre. Inoltre, tale teoria non si limiterebbe ad estendere agli Stati una disciplina dettata per gli individui, ma, altresì, a riterrebbe sostituibile nell'equazione che disconosce l'immunità la giurisdizione penale con quella civile.

Cambiando, dunque, non solo i destinatari della giurisdizione, ma, addirittura, la natura stessa della responsabilità (penale o civile) da accertare in giudizio, tale teoria si rivela, in effetti, ben poco solida e, sostanzialmente, frutto di meri *desiderata*.

La seconda costruzione teorica che postula la sussistenza di una *human rights exception* e che – come ho anticipato nel corso del lavoro – assume, a mio giudizio, l'ottica che l'interprete dovrebbe fare propria nel vagliare il conflitto tra le categorie di norme in esame, è quella della *Normative Hierarchy Theory*. Come noto, tale impostazione è stata espressamente rigettata dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato*.

Per esporre le ragioni in base alle quali ritengo che tale costruzione teorica sia quella corretta, prenderò le mosse da alcune osservazioni di Focarelli attinenti specificamente alla detta sentenza dei giudici dell'Aja.

Secondo l'opinione di tale Autore:

«Naturalmente la sentenza della Corte internazionale di giustizia può essere criticata, e non c'è dubbio che alcuni suoi passi siano da criticare, ma era fuori luogo attendersi un esito diverso, di fronte, tra l'altro, alla stessa difesa dell'Italia dinanzi alla Corte che "ammette che in questo settore il diritto dell'immunità statale stia attraversando un processo di cambiamento", chiamando così la Corte a stabilire come diritto vigente un diritto che stava *forse* emergendo. La Corte internazionale di giustizia non ha il compito di imporre agli Stati nella loro generalità le nuove "tendenze" del diritto internazionale promosse da un singolo Stato, ma soltanto di statuire il diritto esistente nel momento in cui viene chiamata a farlo. È vero che spesso il "diritto (consuetudinario) vigente" è dubbio o controverso, ma non in questo caso»[1001]. (corsivo aggiunto)

A mio modesto avviso, per quanto l'approccio di tale Autore sia comprensibile, e ciò in particolare nella prospettiva da esso assunta, ovvero una prospettiva strettamente connessa alla prassi, non riuscirebbe a cogliere nel segno.

Forse è vero che non sarebbe stata possibile una conclusione diversa da parte della Corte, nel senso che essa avrebbe comunque dovuto condannare nel caso di specie l'Italia, ma a tale conclusione si sarebbe dovuti addivenire (probabilmente) sulla base di ragioni diverse rispetto a quelle sostenute[1002].

[1001] C. FOCARELLI, *Trattato di diritto internazionale*, cit., p. 911. Ancora, Focarelli, a p. 912 e s. afferma con riferimento alle critiche che sono state mosse alla Corte internazionale di giustizia: «A nostro giudizio le critiche sono eccessive. Aspettarsi dalla Corte un'apertura, come molti commentatori hanno lamentato, di fronte ad una prassi pressoché univoca in senso favorevole all'immunità è chiedere troppo. […] tutte le critiche mosse alla Corte di basano su richieste di "maggior giustizia" che al momento non corrispondono alla prassi generalizzata degli Stati. Non c'è dubbio che come idee per promuovere un nuovo diritto internazionale tali critiche siano meritevoli, ma quando negano o aggirano l'evidenza diventano difficilmente condivisibili».

[1002] Sul punto si è espresso Ronzitti, il quale ha evidenziato che la Corte internazionale di giustizia tra scegliere se ritenere insussistente la possibilità di configurare un conflitto tra categorie di norme processuali e categorie di norme sostanziali o sancire la prevalenza delle norme a protezione dei diritti umani fondamentali in ragione del loro carattere cogente rispetto alle mere norme consuetudinarie sull'immunità, avrebbe potuto abbracciare una terza via: «Se la Corte avesse in qualche modo legato la questione dell'immunità dalla giurisdizione al merito della controversia avrebbe ben potuto, per respingere l'argomentazione del diritto cogente, affermare l'inesistenza di tali categorie di norme al momento in cui gli illeciti erano stati commessi e che in tale periodo lo Stato era sicuramente immune da giurisdizione. Ciò avrebbe consentito di dare ragione alla Germania e nello stesso tempo spezzare una lancia a favore di futuri procedimenti sull'immunità giurisdizionale relativi a fatti verificatisi dopo che la norma sui crimini internazionali è divenuta di *ius cogens*. Invece neppure un *obiter*

Inoltre, mi trovo d'accordo sul fatto che la Corte internazionale di giustizia sia chiamata a pronunciarsi circa il diritto esistente al momento del suo giudizio[1003], senza doversi fare promotrice di tendenze evolutive, tanto più qualora portavoce di tali tendenze sia uno Stato solo (o poco più di uno) della Comunità internazionale.

Tuttavia, ciò che non è vero è che in questo caso il diritto consuetudinario vigente non sia dubbio o controverso.

Ad opinione della scrivente, infatti, sostenere, perlomeno al momento, che la norma consuetudinaria sull'immunità disponga, rispetto alle gravi violazioni dei diritti fondamentali del singolo, in un senso piuttosto che in un altro sarebbe erroneo.

Il fatto che le corti nazionali ed internazionali si siano *costantemente* trovate a dovere statuire circa la questione dell'immunità in relazione alla violazione dei diritti umani fondamentali, e, altrettanto *incessantemente* abbiano dovuto porre in essere un'indagine per comprendere in quale termini tale questione andasse posta, e, soprattutto, andasse risolta, mette in luce che in realtà un diritto certo sul punto non sia ad oggi *affatto* ravvisabile.

Affermare, dunque, che la norma consuetudinaria che sancisce l'esenzione dalla giurisdizione non ammetta un'eccezione umanitaria non può dirsi corretto: ciò che è corretto è, piuttosto, sostenere che tale norma *nulla prevede* circa la predetta deroga.

Se volessimo, infatti, attenerci strettamente a quelli che sono gli elementi costitutivi della norma consuetudinaria, potremmo forse, a ragione, sostenere che sia possibile riscontrare l'esistenza dell'elemento oggettivo della *diuturnitas*, rappresentato dalle pronunce dei tribunali che, nella maggior parte dei casi, si sono espressi a favore del riconoscimento dell'immunità, con la conseguente soccombenza della tutela dei diritti umani fondamentali; tuttavia, difficile sarebbe ammettere la possibilità di rilevare anche l'elemento soggettivo della *opinio iuris ac necessitatis*.

---

dictum!». Così N. RONZITTI, "L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati", cit., p. 94.

1003 *Contra* A. BIANCHI, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", cit., p. 305, il quale sostiene che, seppur molti potrebbero affermare che non vi sia «nulla di sorprendente» nel ragionamento condotto dalla Corte e nell'esito da essa raggiunto – in ragione del fatto che «lo stato del diritto in questa materia è chiaro e quindi nessuna seria alternativa, dal punto di vista argomentativo era di fatto disponibile» – essendosi la Corte limitata a fornire «la corretta soluzione giuridica alla controversia ad essa sottoposta dalle parti», la scelta operata dalla CIG non risulta convincente «per chi [come lui] crede che il giudice piuttosto che trovare la corretta soluzione giuridica operi delle scelte». Sulla questione relative alle scelte delle autorità giurisdizionali si veda anche: R. HIGGINS, *Problem and Process. International Law and How We Use It*, cit., p. 3 e ss.; H. LAUTERPACHT, *The Development of the International Law by International Courts*, Stevens&Sons, London, 1958, p. 399 e ss.

Ricordiamo a riguardo quanto disposto dalla Corte internazionale di giustizia nella nota sentenza sulla *Piattaforma continentale del Mare del Nord* del 1969:

> «Not only must the acts concerned amount to a settled practice, but they must also be such, or be carried out in such a way, as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it […] The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough»[1004].

Ora, per quanto il riconoscimento dell'immunità – nella sua declinazione di immunità relativa – da parte delle autorità giurisdizionali di uno Stato nei confronti di un Paese straniero sia indubbiamente conferente ad un obbligo giuridico, lo stesso non può dirsi circa l'attribuzione dell'esenzione dalla giurisdizione rispetto ai casi di violazioni di norme di *ius cogens* a tutela dei diritti umani fondamentali. Affermare che gli Stati, in quest'ultima ipotesi, abbiano il sentimento di conformarsi ad un obbligo giuridico nel momento in cui praticano il riconoscimento dell'immunità non può dirsi corretto.

Gli Stati *proprio in assenza di un preciso obbligo giuridico* che disponga in un senso piuttosto che in un altro, si "rifugiano" nella norma consuetudinaria così come formulata senza particolare riguardo alle violazioni di norme imperative del diritto internazionale a tutela dei diritti fondamentali del singolo.

Tuttavia, a mio parere, nel caso in cui fossero perpetrate le violazioni suddette da parte di uno Stato, il riconoscimento dell'immunità nei confronti di quest'ultimo da parte delle autorità giurisdizionali di un Paese straniero comporterebbe una vera e propria *fictio* giuridica, non essendo possibile in assenza di una espressa previsione pronunciarsi a favore dell'immunità, così come, peraltro, nemmeno a suo sfavore.

Quale dovrebbe essere allora la soluzione?

Occorrerebbe pazientemente attendere sviluppi più certi del diritto internazionale consuetudinario o pattizio?

[1004] Corte internazionale di giustizia, *Delimitazione della piattaforma continental nel Mare del Nord* (*Repubblica Federale di Germania c. Paesi Bassi*; *Repubblica Federale di Germania c. Danimarca*), sentenza del 20 febbraio 1969, § 77.

Chiaramente questa opzione non è praticabile, in quanto gli interpreti verrebbero condannati a pronunciarsi in modo del tutto arbitrario sulla questione, essendo privi di una norma giuridica a cui fare riferimento che statuisca espressamente sul punto. Le soluzioni giuridiche adottate oscillerebbero, dunque, senza sosta tra il riconoscimento e il disconoscimento dell'immunità, senza alcuna base giuridica in grado di attribuire un'effettiva legittimità ad una decisione piuttosto che ad un'altra.

È evidente, pertanto, che l'approccio debba essere differente.

Il dato da cui partire per individuare l'ottica corretta da assumere è di natura temporale.

Si deve ricordare, infatti, che la norma consuetudinaria che prevede per uno Stato l'esenzione dalla giurisdizione dei Paesi stranieri è una norma di antica origine; viceversa, le norme imperative a tutela dei diritti umani fondamentali si sono "affacciate" nell'ordinamento internazionale soltanto in epoca recente.

L'assenza, all'interno della norma consuetudinaria sull'immunità, di un'indicazione circa la configurabilità o meno di un'eccezione in caso di violazione di norme di *ius cogens* a tutela dei diritti fondamentali non dovrebbe, quindi, affatto stupire l'interprete, in quanto, *ab origine*, non era richiesto alla norma sull'esenzione dalla giurisdizione di confrontarsi con la categoria delle norme cogenti, essendo quest'ultima categoria comparsa soltanto in un momento successivo.

Tuttavia, una volta che le norme di *ius cogens* sono entrate a far parte dell'ordinamento internazionale, "affiancandosi" alla norma consuetudinaria in materia di immunità, si è reso necessario il loro coordinamento.

Tale coordinamento – a mio giudizio – può essere operato esclusivamente facendo ricorso allo strumento dell'interpretazione sistematica.

Come scriveva John Donne nella sua più nota poesia:

«*No man is an island,*
Entire of itself,
Every man is a piece of a continent,
A part of the main […]».

La stessa logica espressa da queste parole, appare alla scrivente possa essere applicata alle norme su cui si fonda l'ordinamento internazionale.

D'altronde non si deve dimenticare che all'interno di ciascun ordinamento, le norme non sono delle monadi incapaci di comunicare tra loro: esse sono spesso "costrette" ad entrare in contatto, e, qualora si registri un conflitto, gli interpreti sono sempre chiamati a fornire una lettura omogenea. Di conseguenza, non si vede per quale motivo l'ordinamento internazionale, seppur caratterizzato dalle sue peculiarità, debba fare eccezione, e tale logica non possa essere invocata nel caso di "frizione" tra norme in materia di immunità e norme a tutela dei diritti fondamentali dei singoli.

Nel momento in cui le vittime di gravi violazioni dei diritti umani fondamentali promuovano un'azione, di fronte alle autorità giurisdizionali dello Stato di cui hanno la cittadinanza, contro un Paese straniero, ecco che immediatamente le due categorie di norme oggetto del nostro studio vanno a "collidere": la norma sull'immunità impedisce, infatti, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dallo *ius cogens*.

La lettura sistematica consente di porre fine al conflitto, attribuendo, così, agli interpreti la possibilità di fondare la loro statuizione su un argomento giuridico difficilmente contestabile, invece di votare arbitrariamente a favore o contro l'immunità.

Come già anticipato nel corso del lavoro, tale lettura deve fondarsi sul criterio gerarchico, sia esso, a seconda dell'opzione accolta, formale o sostanziale.

Coloro, infatti, che ritengono – così come la scrivente – che nonostante la singolare struttura dell'ordinamento internazionale, sia possibile individuare una gerarchia tra le fonti di diritto internazionale, all'apice della quale si pongono le norme di *ius cogens*, riconosceranno, inevitabilmente, la prevalenza della norma imperativa posta a tutela dei diritti umani fondamentali sulla norma immunitaria dotata del semplice carattere consuetudinario, prevalenza che determina la disapplicazione della norma priva del carattere della cogenza, e, dunque, il venire meno dell'immunità per lo Stato estero.

Se si volesse, invece, abbracciare l'ottica assunta da coloro che fondano la lettura sistematica sul criterio della gerarchia sostanziale – prospettiva normalmente assunta dall'interprete all'interno degli ordinamenti nazionali, qualora esso sia chiamato a stabilire a fronte di norme di pari grado quale debba prevalere sulla base di un bilanciamento dei valori sottesi alle disposizioni –, la soluzione comunque non muterebbe. Si deve, infatti, ancora una

volta, ricordare che le norme di *ius cogens* sono rivolte a tutelare i diritti umani fondamentali da gravi violazioni del diritto internazionale, e, pertanto, dovranno sempre considerarsi prevalenti rispetto a qualsiasi altra norma, compresa la norma immunitaria che, proteggendo la sovrana eguaglianza tra gli Stati membri della comunità internazionale, garantisce l'ordine interstatale globale. Come abbiamo, infatti, sottolineato in apertura del presente lavoro, richiamando quanto asserito da Bull, è sì vero che il diritto internazionale è chiamato a tutelare l'ordine interstatale globale prima degli altri valori, ma ciò non significa che, in caso di contrasto tra tale ordine e altri valori protetti dall'ordinamento internazionale, i secondi debbano necessariamente "soccombere" rispetto al primo.

Pertanto, quale che sia la prospettiva accolta, qualora la norma immunitaria si ponga in conflitto con le norme imperative del diritto internazionale, essa sarà sempre destinata a perdere "la sfida", in virtù degli – a mia opinione indubbi – effetti speciali che il diritto cogente esplica all'interno dell'ordinamento internazionale. Quale sarebbe, altrimenti, il senso di ritenere tale diritto portatore dei valori fondamentali della Comunità dei consociati, qualora questo fosse insuscettibile di giustiziabilità proprio in quei casi di più grave violazione del medesimo e di tutti i valori ad esso sotteso? Si dovrebbe forse davvero attribuire allo *ius cogens* una portata meramente programmatica? E perché, a questo punto, definirlo imperativo?

Concludo citando, ancora una volta, le parole di Ronzitti, alle quali mi sento di aderire integralmente:

> «A nostro parere tutto sta e cade con il positivo riconoscimento dello *ius cogens* e la sua valenza al di là dei trattati. Se, come noi crediamo, lo *ius cogens* è diventato un principio strutturale dell'ordinamento, la sua influenza su ogni branca del diritto deve essere ammessa»[1005].

Alla luce delle considerazioni esposte, risulta difficile negare che all'interno dell'ordinamento internazionale non sia possibile riscontrare un'eccezione umanitaria all'immunità.

[1005] N. RONZITTI, "L'eccezione dello *ius cogens* alla regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione è compatibile con la Convenzione delle Nazioni Unite del 2005?", cit., p. 67.

La *human rights exception*, dunque, c'è. Esiste. È una realtà tangibile, realtà con cui gli Stati (ma anche le corti internazionali che, volenti o nolenti, ne sono espressione) per ragioni – anche, in parte, comprensibili – decidono di non confrontarsi.

Indice bibliografico degli autori

- ABI-SAAB G., "The Proper Role of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 596
- ABI-SAAB G., "The Third World and the Future of International Legal Order", *in Revue Egyptienne de Droit International*, 1973, p. 27
- ABREU L., MARIA P., BASTOS SILVA RAPOSO R. O., "Immunity of Jurisdiction of the State and Civil Remedy for the Practice of Torture: The *Kazemi v. Iran* Case", in *Brazilian Journal of International Law*, 2014, p. 412
- ACEVES W. J., *The Anatomy of Torture. A Documentary History of Filartiga v. Pena-Irala*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007
- AGO R., "Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne", in *Recuil des cours de l'Académie de La Haye*, 1971, vol. 134, p. 297
- AGO R., "Troisième rapport sur la responsabilité des Etats", in *Annuire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, p. 249
- AKANDE D., SHAH S., "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts", in *European Journal of International Law*, 2010, p. 815
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986
- ALVAREZ-JIMENEZ A., "Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court of Justice's Decision on Preliminary Objections in the Diallo Case", in *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2007, p. 437
- ALVAREZ-JIMENEZ A., "Minimum Standard of Treatment of Aliens, Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors, Customary International Law and the Diallo Case before the International Court of Justice", in *The Journal of War Investment &Trade*, 2008, p. 51
- AMANN D. M., "*Prosecutor v. Kupreskic*. No. IT-95-16-A", in *American Journal of International Law*, 2002, p. 439
- AMERASINGHE A., "The Formal Character of the Rule of Local Remedies", in *Zeitschrift für ausländiches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1965, p. 445
- AMERASINGHE C. F., *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- ANZILOTTI D., "L'esenzione di Stati stranieri dalla giurisdizione", in *Rivista di diritto internazionale*, 1970, p. 477
- APPELBAUM C., *Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen schwerer Menschenrechtsverletzungen*, Duncker&Humblot GmbH, Berlin, 2007

- ARANGIO-RUIZ G., "L'individuo e il diritto internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1971, p. 563
- ARANGIO-RUIZ G., *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Utet, Torino, 1971
- ARANGIO-RUIZ G., *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951
- ARCARI M., "Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei comitati delle sanzioni del Consiglio di Sicurezza", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 670
- ARCARI M., "Zoom Out: Colliding legal systems or balancing of values? International customary law on State immunity vs fundamental constitutional principles in the Italian Constitutional Court decision no 238/2014" in *QUIL – Questions of International Law*, 16/11/2014
- ATTARAN A., BESNER J., "Civil Liability in Canada's Courts for Torture Committed Abroad: The Unsatisfactory Interpretation of the State Immunity Act 1985 (Can)", in *Tort Law Review*, 2008, p. 150
- ATTERITANO A., "Crimini internazionali, immunità degli Stati, giurisdizione italiana: il contenzioso italo-tedesco dinanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 271
- ATTERITANO A., "Il congelamento dei beni quale strumento di lotta al terrorismo: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e il rispetto dei diritti dell'uomo nell'ottica del Tribunale di I grado CE, tra *ius cogens*, risoluzioni del Consiglio di sicurezza e principi fondamentali", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1699
- ATTERITANO A., "Immunity of States and Their Organs: The Contribution of Italian Jurisprudence over the Past Ten Years", in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, p. 33
- BADR G. M., *State Immunity: An Analytic and prognostic View*, Springer, The Hague-Boston-Lancaster, 1984
- BALLADORE PALLIERI G., "La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini della protezione diplomatica", in *Scritti Perassi*, I, Giuffrè, Milano, 1957
- BANKAS E. K., *The State Immunity Controversy in International Law. Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2005
- BANTEKAS I., "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*", in *American Journal of International Law*, 1998, p. 675
- BARATTA R., "L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra", in *Giustizia civile*, 2004, p. 1200
- BARBERINI R., "Ahi Serva l'Italia…" (Il Trattato di Londra sullo statuto delle forze armate della NATO), in *Questione giustizia*, 1999, p. 501
- BARBERINI R., "Il Trattato di Londra sullo statuto delle Forze armate Nato: note a margine della vicenda Cavalese", in *Cassazione penale*, 1999., p. 3599

- BARENBLAT B. A., "Torture as a Violation of the Law of Nations: An Analysis of 28 USC 1350. *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Texas International Law Journal*, 1981, p. 117
- BARGIACCHI P., "Nota alla sentenza n. 530/00 della Corte Suprema di Cassazione," in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2000, p. 187
- BARIATTI S., "Protezione Diplomatica", in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1997
- BARKER J. C., "I. International Court of Justice: *Jurisdictional Immunities of the State* (*Germany v. Italy*), Judgment of 3 february 2012", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 741
- BARTSCH K., ELBERLING B., "*Jus Cogens* v. State Immunity. Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the Kalogeropoulou et al. v. Greece and Germany Decision", in *German Law Journal*, 2003, p. 477
- BASSIOUNI M. C., "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", in *Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 63
- BASSIOUNI M. C., WISE E., Aut Dedere aut Judicare*: The Duty to extradite or Prosecute in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-London, 1995
- BASSIOUNI M. C., *Crimes against Humanity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- BASSU A., *La rilevanza dell'interesse individuale nell'istituto della protezione diplomatica*, Giuffrè, Milano, 2008
- BASTIANON S., NASCIMBENE B., "Si complica la strada per i risparmiatori che tentano di recuperare il capitale", in *Guida al diritto*, 2005, n. 24, p. 61
- BEDERMAN D. J., "Dead Man's Hand: Reshuffling Foreign Sovereign in U.S. Human Rights Litigation", in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1995-1996, p. 255
- BEKKER P. H. F., "*Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*), Judgment", in *American Journal of International Law*, 1998, p. 273
- BELINFANTE W. J., "State Immunity Today", in A. BOS, H. SIBLESZ (edited by), *Realism in Law Making: Essays in Honour of Willem Riphagen*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986
- BELLAL A., *Immunités et violations graves des dorits* humains. *Vers une evolution structurelle de l'ordre juridique international*, Bruylant, Bruxelles, 2011
- BELSKY A. C., MERVA M., ROHT-ARRIAZA N., "Implied Waiver Under the *FSIA*: A Proposed Exception to Immunity for Violation of Peremptory Norms of International Law", in *California Law Review*, 1989, p. 365
- BENNOUNA M., "La protection diplomatique, un droit de l'État?", in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorum Liber. Paix, Développement, Démocratie*, vol. I, Bruxelles, 1998, p. 245

- BENNOUNA M., "La protection diplomatique: du standard minimum de traitement des étrangers aux droits de l'homme", in A. CONSTANTINIDE, K. K. KOUFA (edited by), *The Diversity of international Law: essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa*, Nijhoff, Leiden, 2009
- BENTWICH N., "The Jurisdiction of the International Court of Justice over Concession in a Mandated Territory", in *Law Quarterly Review*, 1928, p. 450
- BERGEN J. B., "*Princz v. The Federal Republic of Germany*: Why the Court Should Find that Violating *Jus Cogens* Norms Constitutes an Implied Waiver of Sovereign Immunity", in *Connecticut Journal of International Law*, 1999, p. 169
- BERLINGIERI F., "La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e delle loro proprietà", in *Il diritto marittimo*, 2006, p. 1351
- BETTI M., "Lo stupro nelle decisioni dei tribunali penali internazionali", in *Questione giustizia*, 2001, p. 759
- BIANCHI A., "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994
- BIANCHI A., "Gazing at the crystal ball (again): state immunity and *jus cogens* beyond *Germany v. Italy*", in *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, p. 457
- BIANCHI A., "Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*", in *European Journal of International Law*, 2008, p. 491
- BIANCHI A., "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 293
- BIANCHI A., "Immunity *versus* Human Rights: The *Pinochet* Case", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 237
- BIANCHI A., "Italian Court of Cassation ruling on immunity from suit for damages for deportation and forced labor during World War II", in *The American Journal of International Law*, 2005, p. 245
- BIANCHI A., "L'immunité des Étàts et les violations graves des droit de l'homme: la fonction de l'inteprète dans la détermination du droit international", in *Revue générale de droit international public*, 2004, p. 63
- BIANCHI A., "Overcoming the Hurdle of State Immunity in the Domestic Enforcement of International Human Rights", in B. CONFORTI, F. FRANCIONI (edited by), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Brill-Nijhoff, The Hague-Boston-London, 1997
- BIANCHI A., "Sovranità dello Stato, giudice interno e gravi violazioni dei diritti dell'uomo", in *Ragion Pratica*, 2002, p. 27
- BIANCHI A., "Violazioni del diritto internazionale ed immunità degli Stati dalla giurisdizione civile negli Stati Uniti: il caso *Hercules*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 546

- BIN R., "L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014", in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 11/1/2016
- BLASER P. M., *La nationalité et la protecion juridique internationale de l'individu*, Nouvelle Bibliothèque de Droit et de Jurisprudence, Lausanne, 1962
- BLUM M., STEINHARDT R. G., "Federal Jurisdiction over International Human Rights Claim: *The Alien Tort Claim Act* after *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Harvard International Law Journal*, 1981, p. 53
- BONAFÈ B. I., "Il caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato*: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 371
- BONAFÈ B., "State Immunity and the Protection of Private Investors: the Argentine Bonds Case before Italian Courts", in *Italian Yearbook of International Law*, 2006, p. 165
- BONAFÈ B., "The ECHR and The Immunities Provided by International Law", in *International Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, p. 55
- BORCHARD E. M., "Basic Elements of Diplomatic Protection of the Citizens Abroad", in *American Journal of International Law*, 1913
- BORCHARD E. M., "The *Mavrommatis* Concessions Cases", in *American Journal of International Law*, 1925, p. 728
- BORDONI M., "Bonds argentini, immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile e stato di necessità: orientamenti giurisprudenziali a confronto", in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 139
- BORDONI M., "Default nel debito pubblico ed immunità dello Stato estero dalla giurisdizione civile", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1030
- BORDONI M., "L'ordine pubblico internazionale nella sentenza della Cassazione sulla esecuzione della decisione greca relativa al caso *Distomo*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 496
- BORNKAMM P. C., "State Immunity Against Claims Arising from War Crimes: The Judgment of the International Court of Justice in *Jurisdictional Immunities of the State*", in *German Law Journal*, 2012, p. 773
- BOSTIAN I. L., "The International Court of Justice Decision concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*)", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1998, p. 186
- BOTHE M., "The decision of the Italian Constitutional Court concerning the jurisdictional immunities of Germany", in *The Italian Yearbook of International Law*, 2014, vol. 23, p. 25
- BOU FRANCH V., "Inmunidad del Estado y violatión de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto *Al-Adsani contra el Reino Unido*", in *Anuario Español de Derecho International*, vol. XVIII, 2002, p. 279
- BRIGGS H. W., "*Barcelona Traction*: the *jus standi* of Belgium", in *American Journal of International Law*, 1971, p. 327

- BRÖHMER J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1997
- BROWER II C. H., "*Republic of Austria v. Altmann*", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 236
- BROWN J. M., "The individual and international law", in *The American Journal of International Law*, 1924, p. 532
- BROWNLIE I., "The Calling of the International Lawyers: Sir Humphrey Waldock and His Work", in *British Yearbook of International Law*, 1983, vol. 54, p. 7
- BROWNLIE I., "The Relations of Nationality in Public International Law", in *British Year Book of International Law*, 1963, vol. 39, p. 284
- BULL H., *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*, Columbia University Press, New York, 2002
- BULTRINI A., SONAGLIONI A., "Immunità della giurisdizione dello Stato straniero e atti di tortura commessi al di fuori della giurisdizione dello Stato", in *Il Corriere giuridico*, 2002, p. 399
- BYERS V. M, "Conceptualizing the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", in *Nordic Journal of International Law*, 1997, p. 221
- CAFLISCH L. C., "The protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the *Barcelona Traction* Case", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht*, 1971, p. 162
- CALEVI E., "In tema di protezione diplomatica", in *Giurisprudenza italiana*, 2012, p. 1788
- CALIGIURI A., "La questione dell'ammissibilità delle riserve alle clausole attributive di competenza alla luce di una recente sentenza della Corte internazionale di giustizia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 448
- CALIGIURI A., *L'obbligo* aut dedere aut judicare *nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2012
- CAMPBELL K., "The gender of transitional justice: Law, Sexual Violence and the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *International Journal of Transitional Justice*, 2007, p. 411
- CAMPISANO J. J., "*Foreign Sovereign Immunities Act* is Exclusive Basis for Exercising Subject Matter Jurisdiction in Suits Against Foreign States: *Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corp.*", in *Tulane Maritime Law Journal*, 1989, p. 327
- CANÇADO TRINDADE A. A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge-London-New York, 1983
- CANNIZZARO E., "N.A.T.O.", in Digesto delle discipline pubblicistiche, X, 1995, Utet, Torino
- CANNIZZARO E., "Peremptory Law-Making", in R. LIIVOJA (edited by), *International Law-Making: Essays in Honour of Jan Kalbbers*, Routledge, London, 2014

- CANNIZZARO E., "The role of proportionality in the Law of International Countermeasures", in *European Journal of International Law*, 2001, p. 889
- CANNIZZARO E., BONAFÈ B., "Of Rights and Remedies: Sovereign Immunities and Fundamental Huma Rights", in FASTENRATH U. (edited by), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Bruno Simma*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- CANNIZZARO E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014
- CANTELMO T., CAPUOZZO V., "Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015", in *federalismi.it*, 13 gennaio 2016
- CAPLAN L. M., "State Immunity, Human Rights and *Jus Cogens*: a Critique of the Normative Hierarchy Theory", in *American Journal of International Law*, 2003, p. 741
- CARON D. D., "The ILC Articles on State Responsibility: the Paradoxical Relationship between Form and Authority", in *American Journal of International Law*, 2002, p. 857
- CARTER J., "*Siderman de Blake v. Republic of Argentina*: Can the *FSIA* Grant Immunity for Violations of *Jus Cogens* Norms", in *Brooklyn Journal of International Law*, 1993, p. 967
- CARTER L. E., "Compliance with ICJ Provisional Measures and the Meaning of Review and Reconsideration under the Vienna Convention on Consular Relations: *Avena and other Messican Nationals* (*Mex. v. U.S.*)", in *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, p. 117
- CARTER L. E., "Lessons from *Avena*: the Inadequacy of Clemency and Judicial Proceedings for Violations of the Vienna Convention on Consular Relations", in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2004-2005, p. 259
- CASSESE A., "For an Enhanced Role of «*Jus Cogens*», in A. CASSESE (edited by), *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012
- CASSESE A., "Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 589
- CASSESE A., "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the *Congo v. Belgium* Case", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 853
- CASSESE A., *Diritto internazionale*, I vol., Il Mulino, Bologna, 2003
- CASTELLANETA M., "La Consulta apre la strada ai risarcimenti", in *Guida al diritto - Il Sole 24 Ore*, 2014, n. 47, p. 94
- CATALDI G., "A historic decision of the Italian Constitutional Court on the balance between the Italian legal order's fundamental values and customary international law", in *The Italian Yearbook of International* Law, 2014, vol. 23, p. 37

- CATALDI G., "L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Germania c. Italia*: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti umani fondamentali?", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 137
- CERNA C. M., "*Hugo Princz v. Federal Republic of Germany*: How Far Does the Long-Arm Jurisdiction of US Law Reach?", in *Leiden Journal of International Law*, 1995, p. 377
- CHAPPEZ J., *La règle de l'épuisement de voies de rocours internes*, Pedone, Paris, 1972
- CHARLESWORTH H., CHINKIN C., "The Gender of *Jus Cogens*", in *Human Rights Quarterly*, 1993, p. 63
- CHIAVARIO M., "Diritto ad un processo equo", in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001
- CHINKIN C., "A critique of the public/private dimension", in *European Journal of International Law*, 1999, p. 387
- CHIUSOLO A., "Immunità giurisdizionale e diritti inviolabili: una nuova frontiera per la «giuristocrazia»?", in *Forum di Quaderni Costituzionali* del 14/07/2015
- CHORAZAK M. J., "Clarity and Confusion: Did *Republique of Austria v. Altmann* Revive State Department Suggestions of Foreign Sovereign Immunity?", in *Duke Law Journal*, 2005, p. 273
- CHRISTENSON G. A., "*Jus Cogens*: Guarding Interests Fundamental to International Society", in *Vanderbilt Journal of International Law,* 1987, p. 585
- CHRISTOPHER B. E., "State Responsibility and Noncommercial Torts Under the *Foreign Sovereign Immunities Act*: Searching for the Applicable *Respondeat Superior* Doctrine through *Liu v. Republic of China*", in *Texas International Law Journal*, 1992, p. 137
- CIAMPI A., "Bonds argentini e immunità degli Stati stranieri (in margine a Cassazione civile, sez. un., 27 maggio 2005, n. 11225, B. c. Repubblica Argentina)", in *Int'l Lis*, 2005, p. 148
- CIAMPI A., "Crimini internazionali e giurisdizione", in *Cassazione penale*, 2004, p. 2656 e ss.; F. VARI, "A proposito della sentenza 5044 del 2004 della Corte di Cassazione in tema di giurisdizione sui crimini internazionali commessi dagli Stati", in P. CATALANO, M. R. MEZZANOTTE (a cura di), in *La guerra "impossibile" nell'età atomica. Dialogo delle città bombardate*, AM&D, Cagliari, 2010, p. 291 e ss.
- CIAMPI A., "L'immunité de l'État responsable de crimes internationaux devant les jurisdictions italiennes", in *Annuaire français de droit international*, 2008, p. 45
- CIAMPI A., "La dichiarazione d'incostituzionalità delle leggi di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e di adattamento alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2015
- CIAMPI A., "Quale sorte per i procedimenti della magistratura italiana rispetto alla strage della funivia del Cermis?", in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 475

- CIAMPI A., "The International Court of Justice between «Reason of State» and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 374
- CIAMPI A., "The Italian Court of Cassation Asserts Civil Jurisdiction over Germany in a Criminal Case Relating to the Second World War", in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 597
- CLAPHAM A., "The *Jus Cogens* Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity", in M. KOHEN (edited by), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution Through International Law. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007
- COLACINO N., "La conferma della regola attraverso l'eccezione? Immunità statale ed esercizio della giurisdizione sui *«crimina» iure imperi"*, in *Questione giustizia* n. 1/2015, p. 70
- COLACINO N., "Limiti all'immunità giurisdizionale degli Stati per le azioni di risarcimento dei danni derivanti da crimini internazionali (Nota a Corte di Cassazione, SS. UU., civili, 11 marzo 2004, n. 5044) (n.1)", in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, p. 527
- COLLUMS H. D., "*Letelier* Case: Foreign Sovereign Liability for Acts of Political Assassination", in *Vanderbilt Journal of International Law*, 1980, p. 251
- CONDORELLI L., "L'autorité de la décision des juridictions internationales permanents", in *La jurisdiction internationale permanente, Société Française pour le Droit International, Colloque de Lyon*, Pedone, Paris, 1987
- CONDORELLI L., "La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle", in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 5
- CONDORELLI L., "Le immunità diplomatiche e i principi fondamentali della Costituzione", in Giurisprudenza costituzionale, 1979, p. 455
- CONFORTI B., "Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di I grado", in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, p. 333
- CONFORTI B., "The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: a Missed Opportunity", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011,vol. 21, p. 135
- CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015
- CONKLIN W. E., "The Peremptory Norms of the International Community", in *European Journal of Inernational Law*, 2012, p. 837
- CONSOLO C., "La Cassazione «vertice immanente», non «ambiguo». Fra *jus cogens* prevalente sulla immunità giurisdizionale degli Stati (caso greco-tedesco risalente all'eccidio di Distomo e altri crimini bellici) e libertà di vivere con dignità fino all'ultimo (caso *Englaro*)", in *Corriere giuridico*, 2008, p. 1041
- COOMBES K., "Universal Jurisdiction: A Means to End Impunity or a Threat to Friendly International Relations?", in *The George Washington International Law Review*, 2011, p. 419

- COOMBS M., "*Kaunda v. President of the Republic of South Africa*. Case CCT 23/04. 2004 (10) BCLR 1009", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 6
- CORDERO F., *Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2006
- CORTEN O., KLEIN P. (edited by*), Les conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006
- COSNARD M., *La soumission des Etats aux tribunaux internes*, Pedone, Paris, 1996
- CRAWFORD J., "State Responsibility", in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (online)
- CRAWFORD J., PELLET A., OLLESON S. (edited by), *The Law of International Responsibility*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2010
- CRAWFORD J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002
- CRIDDLE E. J., FOX-DECENT E., "A Fiduciary Theory of *Jus Cogens*", in *Japanese Yearbook of International Law*, 2009, p. 331
- CUTHBERT J., *Nationality and Diplomatic Protection*, Sijthoff, Leyden, 1969
- DANAHER M., "Torture as a Tort in Violation of International Law: *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Stanford Law Review*, 1981, 353
- DANILENKO G. M., "International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making", in *European Journal of International Law*, 1991, p. 42
- DAVIDSON C., "Tort au Canadien: A Proposal for Canadian Tort Legislation on Gross Violations of International Human Rights and Humanitarian Law", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, p. 1403
- DE CARA J.-Y., "L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords", in *Annuaire français de droit international*, 1999, p. 72
- DE FROUVILLE O., "Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Droit à un tribunal et immunités de jurisdiction (*Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Fogarty c. Royaume-Uni*, *McElhinney c. Irelande*), in *Journal du droit international*, 2001, p. 273
- DE FROUVILLE O., "Le droit à un tribunal et les immunités de jurisdiction", in *Journal du droit international*, 2002, p. 273
- DE FROUVILLE O., "Observations sur les affaires *Al-Adsani*, *Fogarty* et *McElhinney*", in *Journal de droit international*, 2002, p. 273
- DE GUTTRY A., *Le rappresaglie non comportanti la coercizione militare nel diritto internazionale*, Giuffré, Milano, 1985

- DE HOOGH A., "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes. Peremptory Norms in Perspective", in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1991, p. 183
- DE LUCA A., "Immunità dalla giurisdizione civile degli Stati", IN G. VENTURINI, N. RONZITTI, *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 2008
- DE OLIVEIRA MOLL L., "*Al-Adsani v. United Kingdom*", in *Melbourne Journal of International Law*, 2003, p. 561
- DE PAOLIS M., "La punizione dei crimini di guerra in Italia", in S. BUZZELLI, M. DE PAOLIS, A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Giappichelli, Torino, 2012
- DE SENA P., "Immunità di ex-capi di Stato e violazioni individuali del divieto di tortura: sulla sentenza del 24 marzo 1999 della Camera dei Lords nel caso *Pinochet*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 33
- DE SENA P., "Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)", in *SIDIBlog* del 17/11/2014
- DE SENA P., "Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale", in *SIDIBlog* del 30/10/2015
- DE SENA P., "The Judgement of the Italian Constitutional Court on State Immunity in Cases of Serious Violations of Human Rights or Humanitarian Law: a Tentative Analysis under International Law", in *Questions of International Law, Zoom out*, del 16/11/2014
- DE SENA P., DE VITTOR F., "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: la sentenza della Cassazione italiana nel caso Ferrini", in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 255
- DE SENA P., DE VITTOR F., "State Immunity and Human Rights: the Italian Supreme Court Decision on the *Ferrini* Case", in European Journal of International Law, 2005, p. 89
- DE SENA P., *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Giuffrè, Milano, 1996
- DE VISSCHER P., "L'Affaire *Nottebohm*", in *Revue générale de droit international public*, 1956, p. 263
- DE VITO M., "La Corte di cassazione italiana consolida il proprio orientamento sui limiti di applicazione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile straniera in caso di crimini internazionali", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 502
- DE VITTOR F., "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e risarcimento del danno per violazione dei diritti fondamentali: il caso *Mantelli*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 632
- DE VITTOR F., "Immunità degli Stati dalla giurisdizione e tutela dei diritti umani fondamentali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 573

- DE VITTOR F., "Immunità di Stati stranieri e dei loro organi dalla giurisdizione e violazioni dei diritti dell'uomo: il caso *Jones*, *Mitchell and others*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 144
- DE VITTOR F., "Recenti sviluppi in tema di immunità degli Stati dalla giurisdizione: La Convenzione del 2 dicembre 2004", in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2007, p. 49
- DE WET E., "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and its Implications for National and Customary Law", in *European Journal of International Law*, 2004, p. 97
- DELLAPENNA J. W., BEDERMAN D., BRADLEY C., CYMROT M., VOLLMER A., "Reforming the Foreign Sovereign Immunities Act", *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, p. 489
- DENZA E., "The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 395
- DI CIACCIO P., "A Tort Manifesto-Impunity through Immunity in *Jones v. the Kingdom of Saudi Arabia*", in *Sydney Law Review*, 2008, p. 551
- DI STASI A., *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani: analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2012
- DICKINSON A., "Status of Forces under the UN Convention on State Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 427
- DICKINSON A., LINDSAY R., LOOMAN J.P., *State immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford University Pres, Oxford, 2004
- DICKMANN R., "Il «Diritto al giudice» di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto, (Nota a Corte Cost., sent. N. 238 del 22 ottobre 2014), in *federalismi.it*, n. 22/2014
- DISTEFANO M., "Immunità degli Stati e art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: coerenza sistematica e garanzie di non impunità", in A. LANCIOTTI, A. TANZI, *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-35 maggio 2006*, Giappichelli, Torino, 2007
- DONNEDIEU DE VABRES H., "The System of Universal Jurisdiction: Historical Origins and Contemporary Forms", in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 906
- DONOVAN D. F., "Universal Civil Jurisdiction – The Next Frontier?", in *American Society of International Law, Proceedings of the 99th Annual Meeting, Washington D.C.*, 2005, p. 117
- DONOVAN D. F., ROBERTS A., "The Emerging Recognition of Universal Civil Jurisdiction", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 142
- DORIGO S., "Sulla protezione diplomatica degli azionisti: il caso Diallo di fronte alla Corte internazionale di giustizia", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 705
- DÖRR O., SCHMALENBACH K (edited by), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, Heidelberg, 2012

- DRINAN C., "Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts after *LaGrand*", in *Stanford Law Review*, 2002, p. 1303
- DUBOIS D., "The Authority of Peremptory Norms in International Law: State Consent or Natural Law?", in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 133
- DUPUY P. M., "Observations sur la pratique récente des «sanctions» de l'illecite", in *Revue géneral de droit inernational public*, 1983
- DUPUY P. M., *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2000
- DURANTE F., "L'accertamento della nazionalità della domanda da parte del giudice internazionale alla protezione diplomatica", in *Annali di diritto internazionale*, 1953, p. 53
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., "L'interprétation de l'accord franco-américain relative au transport aérien international changement d'appareil a Londres", *in Annuaire français de droit international*, 1979, p. 314
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Harvard, 1977
- EL BOUDOUHI A., "La motivation de la jurisprudence récente de la *Corte suprema di cassazione* italienne sur les immunités jurisdictionelles de l'état", in *Revue générale de droit international public*, 2010, p. 747
- EL SAWAH S., "Les Immunités des Ètats et des Organizations Internationales", in *Immunités et procès équitable*, Bruxelles, 2012, p. 101
- EMBERLAND M., "*McElhinney v. Ireland* App. No. 31253/96; *Al-Adsani v. United Kingdom* App. No. 35763/97; *Fogarty v. United Kingdom* App. No. 37112/97, in *American Journal of International Law*, 2002, p. 699
- ERIKSSON M., *Defining Rape: Emerging Obligations for States under International Law?*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011
- ESPOSITO C., "*Jus Cogens* and Jurisdictional Immunities of States at the International Court of Justice: «A Conflict Does Exist»", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 161
- EVANS A. E., "*Letelier v. Republic of Chile*. 488 F. Supp. 665", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 940
- FALK R., "The Iran Hostage Crisis: Easy Answers and Hard Questions", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 411
- FATOUROS A. A., "International Law in the New Greek Constitution", in *American Journal of International Law*, 1976, p. 501
- FERRARI BRAVO L., "La Corte internazionale di giustizia e la questione degli «ostaggi» americani a Teheran", in *La Comunità internazionale*, 1981, p. 377
- FINKE J., "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", in *European Journal of International Law*, 2010, p. 853

- FISLER DAMROSCH L., "Retaliation or Arbitration – or Both? The 1978 United States –France Aviation Dispute", in *American Journal of International Law*, 1980, p. 785
- FITZMAURICE M., "Case Analysis: The *Gabcíkovo-Nagymaros* Case: The Law of Treaties", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 321
- FITZPATRICK J., "Unreality of International Law in the United States and the *LaGrand* case", in *Yale Journal of International Law*, 2002, p. 427
- FLAUSS F., "Le contentieux des décisions de refus d'exercice de la protection diplomatique: à propos de l'arrêt du Tribunal fédéral suisse du 2 juillet 2004, *Groupement X c./Conseil fédéral*", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 407
- FLAUSS J. F., "Droit des immunités et protection internationale des droit de l'homme", in *Revue suisse de droit internationale et européen*, 2000, p. 299
- FLAUSS J. F., "La competence civile universelle devant la Cour européenne des droit de l'homme"; in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 2003, p. 156
- FLAUSS J. F., "Protection diplomatique et protection internationale des droits de l'Homme", in *Schweizerische Zeitschrift für Internationationales und Europäisches Recht*, 2003, p. 1
- FLAUSS J.F. (a cura di), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*, Bruylant, Bruxelles, 2003
- FLETCHER G., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 1978
- FOCARELLI C., "Denying Foreign State Immunity for Commission of International Crimes: the *Ferrini* decision", in *International and Comparative Law Quaterly*, 2005, p. 951
- FOCARELLI C., "Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte di fonda su valutazioni «qualitative»", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2009, p. 363
- FOCARELLI C., "Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, *jus cogens* e dinamica del diritto internazionale", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 738
- FOCARELLI C., "I limiti dello *jus cogens* nella giurisprudenza più recente", in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 637
- FOCARELLI C., "Immunité des Etats et *Jus Cogens*. La dynamique du droit international et la fonction du *jus cogens* dans le processus de changement de la règle sur l'immunité juridictionnelle des Etas étrangers", in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 761
- FOCARELLI C., "*Jus Cogens* senza prassi?", in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, *vol. 1*, *Diritto Internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011
- FOCARELLI C., "Le contromisure pacifiche collettive e la nozione di obblighi *erga omnes*" in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, p. 52

- FOCARELLI C., "Promotional *Jus Cogens*: A Critical Appraisal of *Jus Cogens*' Legal Effects", in *Nordic Journal of International Law*, 2008, p. 429
- FOCARELLI C., *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Cedam, Padova, 2001
- FOCARELLI C., *Le contromisure nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1994
- FOCARELLI C., *Trattato di diritto internazionale*, Utet giuridica, Torino, 2015
- FORCESE C., "De-Immunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity", in *McGill Law Journal*, 2007, p. 127
- FORLATI S., "Intervento nel processo ai sensi dell'art. 62 dello Statuto: quale coerenza nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia?", in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 1167
- FORLATI S., "Protection diplomatique, droits de l'homme et reclamations «directes» devant la Cour internationale de Justice", in *Revue génerale de droit international public*, 2007, p. 101
- FOROWICZ M., *The reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- FOX H., "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 399 e ss., spec. p. 403
- FOX H., "State Immunity and the International Crime of Torture", in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 142
- FOX H., *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- FOX H., WEBB P., *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- FRAGOLA M., "La théorie traditionnelle de la protection diplomatique des individus en droit international et la perspective du droit de l'Union europeenne", in *European Scientific Journal*, 2014, p. 435
- FRANCIONI F., "Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale", in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008
- FRANCK T. M., "On proportionality of Countermeasures in International Law" in *American Journal of International Law*, 2008, p. 715
- FRANZINA P., "Norme sull'efficacia delle decisioni straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, in caso di gravi violazioni dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 638
- FRULLI M., "La 'derogabilità' della norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione in caso di crimini internazionali: la decisione della Corte di Cassazione sulla strage di Civitella della Chiana", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 442

- FRULLI M., "La Spagna modifica le norme relative alla giurisdizione universale: le ragioni di una riforma annunciata, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 120
- FRULLI M., "'The Times they are A-Changing' – the Italian Court of Cassation Denies Germany Immunity from Execution to Allow Compensation to War Crimes' Victims", in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 1129
- FRULLI M., "When Are States Liable Towards Individuals for Serious Violations of Humanitarian Law? The *Marković* Case", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 406
- FRULLI M., *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti di organi sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, Torino, 2007
- GAETA P. (a cura di), *Diritto internazionale*, Il Mulino, Bologna, 2006
- GAJA G. "Giurisdizione italiana sopravvenuta per i fatti del Cermis?", in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, p. 482
- GAJA G., "A «New» Vienna Convention on Treaties Between States and International Organizations and between International Organizations: A Critical Commentary", in *The British Yearbook of International Law*, 1987, vol. 58, p. 253
- GAJA G., "Les obligations et le droits *erga omnes* en droit international", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2005, p. 117
- GAJA G., *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1967
- GALGANO F., MARELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010
- GARDINER R., "UN Convention on State Immunity: Why the Convention on State Immunity Is Important?", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 407
- GARNETT R., "State Immunity Trimphs in the European Court of Human Rights", in *Law Quarterly Review*, 2002, p. 367
- GARNETT R., "The Defence of State Immunity for Acts of Torture", in *Australian Yearbook of International Law*, 1997, p. 123
- GATTINI A., "Alcune osservazioni sulla tutela degli interessi individuali nei progetti di codificazione della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale e sulla protezione diplomatica", in M. SPINEDI, A. GIANELLI, M. L. ALAIMO (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006
- GATTINI A., "The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time for a Change in the Law?", in *Leiden Journal of International Law*, 2011, p. 173
- GATTINI A., "To What Extent are State Immunity and Non-Justiciability Major Hurdles to individuals' Claims for War Damages?", in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 359

- GATTINI A., "War Crimes and State Immunity in the *Ferrini* Decision", in *Journal of International Criminal Justice,* 2005, p. 224
- GAVOUNELI M., "War Reparation Claims and State Immunity", in *Revue hellénique de droit international*, 1997, p. 595
- GAVOUNELI M., BANTEKAS I., "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*. Case No. 11/2000", in *American Journal of International Law*, 2001, p. 198
- GERGEN J. A., "Human Rights and the Foreign Sovereign Immunity Act", in *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 765
- GESTRI M., "Access to a Court and Immunity of States", in *International Yearbook of International Law*, 2010, vol. 20, p. 96
- GESTRI M., "Consiglio di Sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in 'protezione diplomatica' dei singoli?", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, *Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 353
- GESTRI M., "Legal Remedies Against Security Council Targeted Sanctions: *De Lege Lata and De Lege Ferenda* Options for Enhancing the Protection of the Individual", in *Italian Yearbook of International Law*, 2007, vol. 17, p. 25
- GESTRI M., "Obblighi internazionali di protezione dello straniero e tutela dei diritti «universali» della persona" in CALAMIA A. M., DI FILIPPO M., GESTRI M. (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili internazionalistici ed europei*, Cedam, Padova, 2012 p. 279
- GESTRI M., "Portata e limiti del diritto di accesso alla giustizia all'ordinamento dell'Unione europea", in FRANCIONI F. GESTRI M., RONZITTI N., SCOVAZZI T. (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 463
- GIANELLI A., "Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini", in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 643
- GIANELLI A., "La protezione diplomatica dopo la sentenza concernente la Barcelona tracton", in *Rivista di diritto internazionale*, 1986, p. 762
- GIANELLI A., "Sul significato attuale della nazionalità quale presupposto per l'esercizio della protezione diplomatica di individui", in G. ARANGIO-RUIZ, F. SALERNO, C. FIORAVANTI (a cura di), *Studi giuridici in ricordo di Giovanni Battaglini*, Jovene, Napoli, 2013
- GIANELLI A., *Adempimenti preventivi all'adozione di contromisure internazionali*, Giuffrè, Milano, 1997
- GIOIA A., *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2015
- GIULIANO M., SCOVAZZI T., TREVES T., *Diritto internazionale. Parte generale*. Giuffré, Milano, 1991
- GLAZER J. H., "Affaire *Nottebohm* (*Liechtenstein v. Guatemala*). A Critique", in *Georgetown Law Journal*, 1955, p. 313

- GLENNON M. J., "De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*)", in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 529
- GÓMEZ ROBLEDO A., "Le *ius cogens* international: sa genèse, sa nature, ses fonctions", in *Recuil des cours de l'Académie de la Haye*, 1981, p. 194
- GRADONI L., TANZI A., "Immunità dello Stato e crimini internazionali tra consuetudine e bilanciamento: note critiche a margine della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio del 2012", in *La Comunità internazionale*, 2012, p. 203
- GRANATA S., "Review of judgments and Decisions Delivered in 2001 by the European Court of Human Rights on Subjects Relevant to International Law", in *Italian Yearbook of International* Law, 2001, p. 215
- GREENWOOD C., "The U.S. French Air Services Arbitration", in *The Cambridge Law Journal*, 1979, p. 233
- GROSS L., "The Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran: Phase of Provisional Measures, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 395
- HAESLER T., *The Exhaustion of Local Remedies in the Case Law of International Courts and Tribunals*, Sijthoff, Leyden, 1968
- HAFNER G., "Accountability and Immunity: the United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property and the Accountability of States", in *American Journal of International Law Proceedings*, 2005, p. 237
- HAFNER G., KOHEN M. G., BREAU S. (edited by), *State Practice Regarding State Immunities*, Brill, The Hague, 2006
- HAFNER G., KÖHLER U., "The United Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p. 3
- HAFNER G., LANGE L., "La Convention des Nations Unies sur les immunités jurisdictionelles des Etat et de leurs bien", in 50 *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 45
- HALL C. K., "The Duty of States Parties to the Convention against Torture to provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 921
- HALL C. K., "UN Convention on State Immunity: The Need for a Human Rights Protocol", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2006, p. 411
- HARRIS D., "The Protection of Companies in International Law in the Light of the *Nottebohm* Case", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1969, p. 275
- HELTON D., "Normative Hierarchy in International Law", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 291

- HENZELIN M., *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Bâle, Genève-Munich-Bruxelles, 2000
- HESS B., "The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property", in *European Journal of International Law*, 1993, p. 269
- HIGGINS R., "Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.", in *Virginia Journal of International Law*, 1970, p. 327
- HIGGINS R., "The International Court of Justice and the European Court of Human Rights: Partners for the protection of human rights", 30 gennaio 2009, in *Annual Report of European Court of Human Rights*, 2009, p. 39
- HIGGINS R., "The Role of Domestic Courts in the Enforcement of International Human Rights: the United Kingdom", in B. CONFORTI e F. FRANCIONI (a cura di), E*nforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London, 1997, p. 37
- HOMESTEIN J. M., "*Letelier v. Republic of Chile*", in *ASILS International Law Journal*, 1981, p. 129
- HOPPE C., "Implementation of *LaGrand* and *Avena* in Germany and United States: Exploring a Transatlantic Divide in Search of a Uniform Interpretation of Consular Rights", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 317
- HORLICK J., CYR J., REYNOLDS S., BEHRMAN A., "American and Canadian Civil Actions Alleging Human Rights Violations Abroad by Oil and Gas Companies", in *Alberta Law Review*, 2007-2008, p. 653
- HOROWITZ W. J., "*Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others ex Parte Pinochet*: Universal Jurisdiction and Sovereign Immunity for *Jus Cogens* Violations", in *Fordham International Law Journal*, 1999, p. 489
- HOSTIE J., "Affaire *Mavrommatis*", in *Revue de droit international*, 1933, p. 80
- HUMES-SCHULZ S., "Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights", in *Harvard Human Rights Journal,* 2008, p. 105
- INAZUMI M.*, Universal Jurisdiction in Modern International Law*, Intersentia, Antwerpen, 2005
- INTELISANO A., "Nota introduttiva alla legge 14 gennaio 2013, n. 5", in *Periodico di diritto e procedura penale militare*, 2013, p. 1
- IOVANE M., "The *Ferrini* Judgment of the Italian Supreme Court: Opening Up Domestic Courts to Claims of Reparation for Victims of Serious Violations of Fundamental Human Rights", in *Italian Yearbook of International Law*, 2004, vol. 14, p. 165
- IVKOVIC S. K., "Justice by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", in *Stanford Journal of International* Law, 2001, p. 255
- JANIS M. W., "Nature of *Jus Cogens*", in *Connecticut Journal of International Law*, 1987, p. 359

- JANIS M., "The Role of the International Court in the Hostages Crisis", in *Connecticut Law Review*, 1980, p. 263
- JANNEY C., "Obtaining Jurisdiction over Foreign Sovereigns*: The Alien Tort Statute* Meets *the Foreign Sovereign Immunities Act. Argentine Republic v. Ameranda Hess Shipping Corporation*", in *Harvard International Law Journal*, 1990, p. 368
- JEFFERY A., "The American Hostages in Tehran: The ICJ and the Legality of the Rescue Missions", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, p. 717
- JENNINGS R., "The *Pinochet Extradition* Case in the English Courts", in L. BOISSON DE CHAZOURNES, V. GOWLLAND-DEBBAS (edited by), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*: *Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-London-Boston, 2001, p. 677
- JENNINGS R., "The Role of International Court of Justice", in *British Yearbook of International Law*, 1997, vol. 58, p. 1
- JENNINGS R., WATTS A. (edited by), *Oppenheims's International Law*, Routledge, London-New York, 1996
- JOHNSON T. A., "A Violation of *Jus Cogens* Norms as an Implicit Waiver of Immunity under the *Federal Sovereign Immunities Act*", in *Maryland Journal of International Law & Trade*, 1995, p. 259
- JONES D. L., "Article 6 Echr and Immunities Arising in Public International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463
- JONES O., "*Jones v. Ministry of Interior of Kingdom of Saudi Arabia*: An Exercise in Interpretation", in *Singapore Yearbook of International Law*, 11, 2007, p. 163
- JOSEPH C., *Nationality and Diplomatic Protection: The Commonwealth of Nations*, Sijthoff, Leyden, 1970
- KAMMINGA M. T., "Universal Civil Jurisdiction: Is it Legal? Is It Desiderable?", in *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 123
- KARAGIANNAKIS M., "State Immunity and Fundamental Human Rights", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 9
- KATSELLI PROUKAKI E, "Countermeasures: Concept and Substance in the Protection of Collective Interests", in K. H. KAIKOBAD, M. BOHLANDER (edited by), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice. Essays in Honour of Colin Warbrick*, Nijhoff, Leiden, 2009, p. 401
- KATSELLI PROUKAKI E., *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, Routledge, London, 2010
- KEEFE R., "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", in *Journal of International Criminal Justice*, 2009, p. 811

- KEITH K., *foreword* alla 3° edizione di H. FOX CMG QC e P. WEBB, *The Law of State Immunity*, 3° ed., Oxford University Press, Oxford, 2013
- KEITNER C. I., "*Jones v. United Kingdom*", in *American Journal of International Law*, 2014, p. 302
- KELSEN H., "Collective and Individual Responsibility in International Law with Particular Regard to the Punishment of War Criminals", in *California Law Review*, 1943, p. 530
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000
- KELSEN H., *Principles of International Law*, Rinehart & Wiston, New York-Toronto-Holt, 1966.
- KERAMEUS K. D., "Enforcement in the International Context", in *Recueil des cours*, *collected courses of the Hague Academy of International Law*, 1997, 264, p. 183
- KERAMEUS K. D., KOZYRIS P. J. (edited by), *Introduction to Greek Law*, Kluwer Law International, Deventer/Athens, 1993
- KESSEDJIAN C., SCHREUER C., "Le projet d'articles de la Commission du droit international des Nations Unies sur les immunités des Etats", in *Revue générale de droit international public*, 1992, p. 299
- KILROY C., "R. (on the application of *Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*: Reviewing the Prerogative", in *European Human Rights Law Review*, 2003, p. 222
- KING-IRANI L., *Universal Jurisdiction for Humanitarian Crimes*, GlassHouse, London, 2012
- KIRGIS JR. F. L., "Alien Tort Claims, Sovereign Immunities and International Law", in *American Journal of International Law*, 1988, p. 323
- KLOTH M., *Immunities and the right of access to Court under Article 6 on the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden, 2010
- KNIGHT S. J., O'BRIEN A. J., "*Ahmadou Sadio Diallo* (*Republic of Guinea v. Democratic Republid of Congo*): Clarifying the Scope of Diplomatic Protection of Corporate and Shareholder Right, in *Melbourne Journal of International Law*, 2008, p. 151
- KNUCHEL S., "State Immunity and the Promise of *Jus Cogens*", in *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2011, p. 149
- KOE A., "Damming the Danube: The International Court of Justice and the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary v. Slovakia*)", in *Sydney Law Review*, 1998, p. 612
- KOJI T., "Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights", in *European Journal of International Law*, 2001, p. 917
- KOLB R., "*Jus Cogens*, intangibilité, intrasgressibilité, derogation «positive» et «negative»", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 305
- KOLB R., "La determination du concept de *jus cogens*", in *Revue générale de droit international public*, 2014, p. 5

- KOLB R., "La proportionnalité dans le cadre des contre-mesures et des sanctions – Essai de clarification conceptuelle", in M. L. FORLATI PICCHIO, L. A. SICILIANOS (edited by*), Les sanctions économiques en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2004
- KOLB R., "Théorie du *ius cogens* international", in *Revue belge de droit international*, 2003, p. 5
- KOLB R., *Peremptory International Law Jus Cogens. A General Inventory*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015
- KOLB R., *Théorie du* ius cogens *international: essai de relecture du concept*, Presses Universitaire de France, Paris, 2001
- KOLB R.,"Observation sur l'évolution du concept de *jus cogens*", in *Revue générale de droit international public*, 2009, p. 837
- KONTOROVICH E., "The inefficiency of Universal Jurisdiction", in *University of Illinois Law Review*, 2008, p. 389
- KONTOROVICH E., "The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation", in *Harvard International Law Journal*, 2004, p. 183
- KONTOROVICH E., ART S., "An Empiracal Examination of Universal Jurisdiction for Piracy", in *American Journal of International Law*, 2010, p. 436
- KOOJMANS P. H., "Is the Right to Diplomatic Protection a Human Right?", in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, vol. III, p. 1975
- KOROWICZ M. S., "The problem of the international personality of individuals", in *American Journal of International Law*, 1956, p. 533
- KREß C., "Universal Jurisdiction over International Crimes and the *Institut de droit international*", in *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 561
- KUHN A., "The *Mavrommatis* Case on Readaptation of the Jerusalem Concessions", in *American Journal of International Law*, 1928, p. 383
- KUNZ J. L., "The *Nottebohm* Judgment (Second Phase)", in *American Journal of International Law*, 1960, p. 536
- LACEY N., "In Search of the Responsible Subject: History, Philosophy and Social Sciences in Criminal Law Theory", in *Modern Law Review*, 2001, p. 350
- LALIVE J. F., "L'immunité de juridiction des États et des organizations internationales", *in Recuil des Cours de l'Académie de la Haye*, 1953, p. 298
- LANCIOTTI A., PANETTA A., "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione e il diritto dell'individuo di accesso alla giustizia per violazione dei suoi diritti fondamentali", in L. CASSETTI, *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli, 2012

- LANGER M., "The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes", in *American Journal of International Law*, 2011, p. 1
- LANGER M., "Universal Jurisdiction as Janus-faced: The Dual Nature of the German International Criminal Code", in *Journal of International Criminal Justice*, 2013, p. 737
- LAROCQUE F., "*Bouzari v. Iran*: Testing the Limits of State Immunity in Canadian Courts", in *Canadian Yearbook of International* Law, vol. 41, 2003, p. 343
- LATTANZI F., "Quelques réflexions sur le principe de jurisdiction universelle", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (edited by), *Liber Fausto Pocar. Diritti individuali e giustizia internazionale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 461
- LAUTERPACHT H., "Règles générales du droit de la paix", in *Recuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1937, vol. 62, p. 306
- LAUTERPACHT H., "The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States", in *British Year Book of International Law*, 1951, vol. 28, p. 220
- LAUTERPACHT H., *The Development of the International Law by International Courts*, Stevens&Sons, London, 1958
- LEANZA U., CARRACCIOLO I., *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, Giappichelli, Torino, 2008
- LEFEBER R., "Case Analysis: The *Gabcíkovo-Nagymaros Project* and the Law of State Responsibility", in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 609
- LEIGH G. I. F., "Nationality and Diplomatic Protection", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1971, p. 453
- LEIGH M., "*Frolova v. Union of Soviet Socialist Republics*. 761 F.2d 370", in *American Journal of International Law*, 1985, p. 79
- LEVY J. A., "As Between *Princz* and *King*: Reassessing the Law of Foreign Sovereign Immunity as Applied to *Jus Cogens* Violators", in *Georgetown Law Journal* , 1997, p. 2703
- LIAKOPOULOS D., *Equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2007
- LIBERTINI D., "Militari stranieri e giurisdizione italiana", in *Rivista di polizia*, 1999, p. 521
- LIEBERMAN P., "Expropriation, Torture, and *Jus Cogens* Under the Foreign Sovereign Immunities Act: *Siderman de Blake v. Republic of Argentina*", in *University of Miami Inter-American Law Review*, 1993, p. 503
- LILLICH R. B., "The Diplomatic Protection of Nationals Abroad: An Elementary Principle of International Law Under Attack", in *American Journal of International Law*, 1975, p. 359

- LILLICH R. B., "The Effectiveness of the Local Remedies Rule Today", in *Proceeding of the American Society of International Law*, vol. 58, 1964, p. 101
- LINDERFALK U., "The Creation of *Jus Cogens*: Making Sense of Article 53 of the Vienna Convention", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2011, p. 309
- LINDERFALK U., "The Effect of *Jus Cogens* Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?", in *European journal of international law*, 2007, p. 853
- LINDERFALK U., "The Source of *Jus Cogens* Obligation: How Legal Positivism Copes With Peremptory International Law", in *Nordic Journal of International Law*, 2013, p. 369
- LINDERFALK U., "What is so Special About *Jus Cogens*?: On the Difference Between the Ordinary and the Peremptory International Law", in *International Community Law Review*, 2012, p. 3
- LININGER T., "Overcoming Immunity Defenses to Human Rights Suits in U.S. Courts", in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 177
- LLOYD JONES D., "Article 6 ECHR and Immunities arising in Public International Law", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 463
- LONGO F. e PONTRELLI B., *Cermis: la morte nel diritto internazionale*, Teti, Milano, 1999
- LONGOBARDO M., "The Italian Constitutional Court's Ruling against State Immunity When International Crimes Occur: Thoughts on Decision No. 238 of 2014", in *Melbourne Journal of International Law*, 2015, p. 255
- LOPES PEGNA O., "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 33
- LOPES PEGNA O., "Riconoscimento automatico di sentenze straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile", in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 796
- LUZZATTO R., "La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno", in *Comunicazioni e studi*, vol. XXIII, 2007, p. 3
- LUZZATTO R., QUEIROLO I., "Sovranità territoriale, *Jurisdiction* e regole di immunità", in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2011
- LUZZATTO R., *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Giuffrè, Milano, 1972
- MACEDO S. (edited by), *Universal Jurisdiction National Courts and the Prosecution of Serious Crimes Under International Law*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2004
- MAGALLONA M. M., "The Concept of *Jus Cogens* in the Vienna Convention on the Law of the Treaties", in *Philadelphia Law Journal*, 1976, p. 521
- MANN F. A., "Conflict of Laws and Public Law", *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye*, 1971, vol. 132, p. 166

- MANNER G., "The object theory of the individual in international law, in *The American Journal of International Law*, 1954, p. 428
- MARCHEGIANI M., "Il principio di protezione equivalente nel caso *Kadi*", in *Diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 16
- MARCHISIO S., *Corso di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2014
- MARESCA A., *Il diritto dei trattati: la Convenzione codificatrice di Vienna del 1969*, Giuffrè, Milano, 1971
- MARONGIU BUONAIUTI F., "Azioni risarcitorie per la commissione di crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione: la controversia tra la Germania e l'Italia innanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 232
- MARTINO G., "Recenti sviluppi della codificazione del regime delle immunità dalla giurisdizione dello Stato straniero", in *La Comunità internazionale*, 1996, p. 229
- MARZEN C. G., "The *Furundzija* Judgment and Its Continued Vitality in International Law", in *Creighton Law Review*, 2010, p. 505
- MASTROMARTINO F., "La soggettività degli individui nel diritto internazionale", in *Diritto & questioni pubbliche*, 2010, p. 24
- MATHEW S., "*Princz v. Federal Republic of Germany*: A Violation of Customary International Law", in *Whittier Law Review*, 1995, p. 911
- MAURO M. R., "Leggi di amnistia e punizione dei crimini internazionali", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 343
- MAURO M. R., *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Cedam, Padova, 2012
- MCDONALD G. K., "Crimes of Sexual Violence: The Experience of the International Criminal Tribunal", in *Columbia Journal of Transnatational Law*, 2000, p. 1
- MCFARLANE K., "Torture as a Violation of the Law of Nations: Interpreting the Alien Tort Statute: *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Brooklyn Journal of International Law,* 1981, p. 413
- MCGREGOR L., "State Immunity and *Jus Cogens*", in *International and Comparative Law Quaterly*, 2006, p. 437
- MCGREGOR L., "The Need to Resolve the Paradoxes of the Civil Dimension of Universal Jurisdiction", in *Virginia Journal of International Law*, 1996, p. 125
- MCGREGOR L., "Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 903
- MENON P. K., *The Law of Treaties between States and International Organizations*, Edwin Mellen Press, Lewiston-New York, 1992
- MERON T., "The Incidence of the Rule of Exhaustation of Local Remedies", in *The British Year Book of International Law*, 1959, p. 84

- MIELE M., *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Giuffrè, 1961
- MILANO E., "Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Re-Fashioning", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2004, p. 59
- MONACO R., "Fonti e pseudofonti nel diritto internazionale", *in Estudios de derecho internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, Madrid, 1979
- MORA P. D., "Case Note: *Jones v. the United Kingdom*: Article 6(1) ECHR and the Immunities of States and Their Officials for Acts of Torture", in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 608
- MORA P. D., "The Legality of Civil Jurisdiction over Torture under the Universal Principle", in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 367
- MORELLI G., "Limiti dell'ordinamento statuale e limiti della giurisdizione", in *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961
- MORGANTE V., "Il recepimento della codificazione internazionale sulle immunità degli Stati ed i loro limiti, e le norme per dare attuazione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Italia-Germania", in *Int'l Lis*, 2013, p. 5
- MORIN J.-Y., "L'Etat de droit: émergence d'un principe de droit international", in *Recuil des cours de l'Académie de Droit International De La Haye*, 1995, 254, p. 35
- MORRISON-SINCLAIR J., "Foreign Sovereign Immunity After *Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*: Did It Go Down with the *Hercules*?", in *Fordham International Law Journal*, 1987, p. 660
- MOWBRAY A., "European Convention on Human Rights: Report of the Evaluation Group and Recent Cases", in *Human Rights Law Review*, 2002, p. 127
- MUIR WATT H., "Le droits fondamentaux devant le juges nationaux à l'épreue des immunités juridictionnelles", in *Revue critique de droit international privé*, 2012, p. 539
- MURPHY S. D., "Contemporary Practice of the United States", in *American Journal of International Law*, 2003, p. 187
- MURPHY S. D., "Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", in *American Journal of International Law*, 1999, p. 57
- NADELMANN H., "Jurisdictionally Improper Fora", in *Legal Essays in Honor of Hessel Yntema*, Leiden, 1961, p. 321
- NAQVI Y. Q., *Impediments to Exercising Jurisdiction over International Crimes*, T.-M.C. Asser Press, The Hague, 2010
- NASCIMBENE B., "L'individuo e la tutela dei diritti umani", in S. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale,* Giappichelli, Torino, 2011, p. 369

- NASCIMBENE B., "L'individuo e la tutela internazionale dei diritti umani", in *Istituzioni di diritto internazionale*, a S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006
- NASCIMBENE B., *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Giuffrè, Milano, 1984
- NASCIMBENE B., *Lo straniero nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2013
- NIGRO R., "Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?", in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 812
- NIGRO R., "Lo *jus cogens* nella prassi internazionale più recente", in C. FOCARELLI, *Le nuove frontiere del diritto internazionale. Attori non statali, spazio virtuale, valori fondamentali e governo multinazionale di territori*, Morlacchi, Perugia, 2008, p. 119
- NISTICÒ M., "Crimini internazionali, tutela dei diritti umani e responsabilità patrimoniale dello Stato straniero verso le vittime", in *Rassegna della giustizia militare*, 2009, p. 7
- NØRGAARD C. A., *The Position of the Individual in International Law*, Munksgaard, Copenhagen, 1962
- NOVOGRODSY N. J., "Immunity for Torture: Lessons from *Bouzari v. Iran*", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 939
- NUNZIATA M., "*Par in parem non habet iurisdictionem*? Ragguaglio sui limiti di un enunciato, in margine al recente conflitto tra la Repubblica Federale di Germania e la Repubblica italiana innanzi alla Corte internazionale di giustizia", in *Rassegna della Giustizia Militare*, 2009, p. 199
- NUVOLONE P., *La punizione dei crimini di guerra e le nuove esigenze giuridiche*, Edizioni della Bussola, Roma, 1945
- O' CONNELL M. E., "«*Jus Cogens*»: International Law's Higher Ethical Norms", in D. E. CHILDRESS (edited by), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 78
- O'KEEFE R., "Universal Jurisdiction. Clarifying the Basic Concept", in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 735
- O'KEEFE R., TAMS C. J. (edited by), *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property: A Commentary*, Oxfrod University Press, Oxford, 2013
- O'TOOLE T. M., "*Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*: An Alien Tort Statute Exception to Foreign Sovereign Immunity", in *Minnesota Law Review*, 1988, p. 829
- OKOWA P. N., EVANS M. D., "Case Concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project* (*Hungary/Slovakia*)", in *The International and Comparative Law Quarterly* ,1998, p. 688
- ONUF N. G., BIRNEY R. K., "Peremptory Norms of International Law: Their Source, Function and Future", in *Denver Journal of Internatioanl Law & Policy*, 1974, p. 187

- ORAKHELASHVILI A., "Peremptory Norms as an Aspect of Constitutionalisation in the International Legal System", in M. FRISHMAN, S. MULLER (edited by), *The Dynamis of Constitutionalism in the Age of Globalization*, T. M. C. Asser Press, The Hague, 2009
- ORAKHELASHVILI A., "Restrictive Interpretation of Human Rights in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529
- ORAKHELASHVILI A., "State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 955
- ORAKHELASHVILI A., "State Immunity and International Public Order Revisited", in *German Yearbook of International Law*, 2006, p. 327
- ORAKHELASHVILI A., "State Immunity and International Public Order", in *German Yearbook of International Law*, 2002, p. 227
- ORAKHELASHVILI A., "State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Courts of Human Rights", in *Leiden Journal of International Law*, 2003, p. 703
- ORAKHELASHVILI A., *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- ORAKHELASHVILI A., WILLIAMS S. (edited by), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, BIICL, London, 2010
- ORIOLO A., *La responsabilità penale internazionale degli individui: tra sovranità statale e giurisdizione universale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008
- PALOMBINO F. M., "Quali limiti alla regola sull'immunità degli Stati? La parola alla Consulta", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 502
- PANAYOTACOS C. P., *La règle de l'épuisement des recours internes en théorie et ne pratique*, Pedone, Paris, 1952
- PANEBIANCO M., BUONOMENNA F., "Corte internazionale di giustizia (3 febbraio 2012): *Jura immunitatis* o *Jura humanitatis*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2012, p. 22
- PANEBIANCO M., *Giurisdizione interna e immunità degli Stati stranieri*, Jovene, Napoli, 1967
- PANELLA A. (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive: Messina, 13-14 giugno 2008*, Giappichelli, Torino, 2009
- PAONE P., "Su l'art. VIII della Convenzione di Londra fra gli Stati membri della NATO, in *Rivista di diritto internazionale*, 1958, p. 223
- PAPA M. I., "Il ruolo della Corte Costituzionale nella ricognizione del diritto internazionale esistente e nella promozione del suo sviluppo progressivo. Osservazioni critiche a margine della sentenza n. 238/2014", in *Rivista AIC*, 3/2015, p. 1
- PAPA M. I., "Protezione diplomatica, diritti umani e obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 669

- PARKER K., "*Jus Cogens*: Compelling the Law of Human Rights", in *Hastings Interntional & Comparative Law* Review, 1988, p. 411
- PARLETT K., "Universal Civil Jurisdiction for Torture", in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 385
- PASCULLI M. A., *Studio sulla giurisdizione penale universale*, Cedam, Padova, 2013;
- PASCULLI M. A., *Una umanità una giustizia: contributo allo studio sulla giurisdizione penale universale*, Cedam, Padova, 2011
- PAUL V., "The Legal Consequences of Conflict Between a Treaty and an Imperative Norm of General International Law (*jus cogens*)", *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1971, p. 32
- PAULUS A., "*Jus Cogens* in a time of hegemony and fragmentation", in *Nordic Journal of International Law*, 2005, p. 297
- PAUST J. J, "Federal Jurisdiction Over Extraterritorial Acts of Terrorism and Nonimmunity for Foreign Sovereign Violatiors of International Law Under the *FSIA* and the Act of State Doctrine", in *Virginia Journal of International Law*, 1983, p. 193
- PAUST J. J., "Draft Brief Concerning Claims to Foreign Sovereign Immunity and Human Rights: Nonimmunity for Violations of International Law Under the *FSIA*" *Houston Journal of International Law*, 1985, p. 49
- PAVONI R., "A Decade of Italian Case Law on the Immunity of Foreign States: Light and Shadows", in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, vol. 19, p. 73
- PAVONI R., "An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading on the United States Practice in Jurisdictional Immunities", in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, vol. 21, p. 143
- PAVONI R., "Immunità degli Stati e danni psicologici subiti dai familiari di vittime di gravi violazioni dei diritti umani all'estero: la decisione *Kazemi* della Corte superiore del Québec", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 393
- PEDERSEN M. P., "Territorial Jurisdiction in Article 1 of the European Convention on Human Rights", in *Nordic Journal of International Law*, 2004, p. 279
- PELLET A., "Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite – et fin?", in *Annuaire français de droit international*, 2002, p. 1
- PERASSI T., *Lezioni di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1957, p. 29; ID., *La costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1952
- PERGANTIS T., "Toward a "Humanization" of Diplomatic Protection?", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht un Völkerrecht*, 2006, p. 351

- PESCH S. T., "The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law", in N. WEIß, J.-M. THOUVENIN (edited by), *The Influence of Human Right on International Law*, Springer, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London, 2015
- PETSCHE M., "*Jus Cogens* as a Vision of the International Legal Order", in *Penn State International Law Review*, 2010, p. 233
- PICONE P., "Il ruolo dello Stato leso nelle reazioni collettive alle violazioni di obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 957
- PICONE P., "La distinzione tra norme internazionali di *jus cogens* e norme che producono obblighi *erga omnes*", in *Rivista di diritto intenrnazionale*, 2008, p. 5
- PICONE P., "The Distinction Between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*", in E. CANNIZZARO (edited by), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 411
- PICONE P., *Comunità internazionale e obblighi* «erga omnes», Jovene, Napoli, 2013
- PICONE P., SACERDOTI G., *Diritto internazionale dell'economia*, Franco Angeli, Milano, 1982
- PILLA M., "Diritto ad un processo equo", in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2006
- PINGEL- LENUZZA I., "Observations sur la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités jurisdictionnelles des Etats et de leurs biens", in *Journal de droit international*, 2005, p. 1045
- PINGEL-LENUZZA I., "Droit d'accès aux tribunaux et exception d'immunité: la Cour de Strasbourg persiste", in *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 893
- PINGEL-LENUZZA I., *Droits des immunités et exigences du procès équitable,* Pedone, Paris, 2005
- PINGEL-LENUZZA I., *Les immunités des Etats en droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1997
- PINTO M., "De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme", in *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 513
- PISILLO MAZZESCHI R., "Il rapporto tra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", in *Diritti umani e diritto internazionale,* 2012, p. 310
- PISILLO MAZZESCHI R., "Impact on the Law of Diplomatic Protection", in M. T. KAMMINGA, M. SCHEININ (edited by), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford Univerisity Press, Oxford, 2009, p. 211
- PISILLO MAZZESCHI R., "La protezione internazionale dei diritti dell'uomo e il suo impatto sulle concezioni e metodologie della dottrina giuridica internazionalistica", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 275

- PISILLO MAZZESCHI R., "Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso *Jones* davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 215
- PISILLO MAZZESCHI R., "Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionali degli)", in *Enciclopedia del diritto*, Annuali, vol. VII, 2014, p. 735
- PISILLO MAZZESCHI R., "Responsabilité de l'État pour la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme", in *Recuil des cours de l'académie de droit international de La Haye*, 2009, p. 175
- PITTROF S., "Compensation Claim for Human Rights breaches Committed by German Armed Forces Abroad during the Second World War: Federal Constitutional Court hands Down Decisions in the *Distomo* Case", in *German Law Journal*, 2004, p. 15
- POTESTÀ M., "State Immunity and *Jus Cogens* Violations: The Alien Tort Statute against the Backdrop of the Latest Developments in the «Law of Nations»", in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 571
- PROVINCIALI R., *L'immunità degli Stati stranieri*, Cedam, Padova, 1933
- PROVOST R., *State Responsibility in International Law*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot-Burlington, VT, 2002
- PUSTORINO P., "Accesso alla giustizia e protezione diplomatica", in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008
- PUSTORINO P., "Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica", in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 68
- QUADRI R., *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968
- QUADRI R., *La giurisdizione sugli stati stranieri*, Giuffrè, Milano, 1941
- QUADRI R., *La sudditanza nel diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1935
- QUEENGLEY J., "*LaGrand*: A Challenge to the U.S. Judiciary", in *Yale Journal of International Law*, 2002, p. 435
- QUISPE REMÓN F., "Las normas de *ius cogens*: ausencia de catálogo", in *Anuario español de derecho internacional*, 2012, vol. 89, p. 143
- RACINE J., GODET B., "Analyse de la sentence du tribunal arbitral dans le conflit franco-américain relative aux ruptures de charge", in *Revue française de droit aérien*, 1979, p. 399
- RADICATI DI BROZOLO L., *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati stranieri*, Giuffré, Milano, 1992

- RAFAT A., "The Iran Hostage Crisis and the International Court of Justice: Aspects of the *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*", in *Denver Journal of Internatational Law & Policy*, 1980, p. 425
- RAFFEINER S., "Nota a margine dell'ordinanza della CIG sull'intervento della Grecia nella controversia italo-tedesca: tra tutela dell'interesse e visione d'insieme", in *La Comunità internazionale*, 2011, p. 675
- RAGAZZI M. (edited by), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 2005
- RAGAZZI M., *The Concept of International Obligations* Erga Omnes, Oxford University Press, Oxford, 1997
- RAIMONDI G., "Art. 34. Ricorsi individuali", in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001
- RANDALL C., "Universal Jurisdiction and International Law", in *Texas Law Review*, 1987-1988, p. 785
- RANDALL K. C., *Federal Court and the International Human Rights Paradigm*, Duke University Press, Durham, 1990, p. 96
- RANDAZZO B., "Il caso *Markovi*ć", in *europeanrights.eu*, 22 giugno 2007, reperibile al link http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=32
- RAU M., "After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decision of the European Court of Human Rights in the *Al-Adsani* Case", in *German Law Journal*, 2002, p. 1
- RAU M., "State Liability for Violations of International Humanitarian Law – The *Distomo* Case Before the German Federal Constitutional Court", in *German Law Journal*, 2007, p. 701
- REICHERT-FACILIDES D., "Down the Danube: The Vienna Convention on the Law of Treaties and the Case Concerning the *Gabcikovo-Nagymaros Project*", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1998, p. 837
- REINISCH A.,WEBER U. A., "In the Shadow of Waite and Kennedy: The Jurisdictional Immunity of International Organizations, the Individual's Right of Access to the Court and Administrative Tribunals as Alternative Means of Dispute Settlement", in *International Organizations Law Review*, 2004, p. 59
- REINMANN M., "A Human Rights Exception to Sovereign Immunity: some Thoughts on *Princz v. Federal Republic of Germany*", in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 404
- REUTEUR P., *Droit international public*, Presses universitaires de France, Paris, 1983
- REYDAMS L., "Universal Jurisdiction in Context", in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 118

- REYDAMS L., *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- RICHMAN S., "Can the *FSIA* grant immunity for violation of *jus cogens* norms?", in *Brooke Journal of International Law*, 1993, p. 967
- RICKARD L. A., "*Filartiga v. Pena-Irala*: A New Forum for Violations of International Human Rights", in *American University Law Review*, 1980, p. 807
- RIVELLO P. P., "Dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale l'art. 270 c.p.m.p., che impediva la costituzione di parte civile nel processo penale militare", in *Cassazione penale*, 1996, p. 1742
- RIVELLO P. P., *Il procedimento militare*, Giuffrè, Milano, 2010
- RODLEY N. S., "Breaking the Cycle of Immunity for Gross Violations of Human Rights: The *Pinochet* Case in Perspective", in *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 11
- RONZITTI N., "Corte dell'Aia: sospensione con il limite temporale dell'esecuzione delle sentenze verso Stati esteri", in *Guida al diritto*, 2010, fasc. 30, p. 48
- RONZITTI N., "Crimini di guerra e risarcimenti", in *affarinternazionali.it*, 18 novembre 2014.
- RONZITTI N., "Germania responsabile delle stragi di civili compiute dai soldati durante il conflitto mondiale", in *Guida al diritto del Sole - 24 ore*, 14 marzo 2009, n. 11, p. 56
- RONZITTI N., "Immunità giurisdizionali degli Stati: opportuna la ratifica della Convenzione", in *Guida al diritto – Diritto comunitario ed internazionale*, 2008, fasc. 6, p. 72
- RONZITTI N., "L'Italia nel sottoporre a giudizio la Germania ha violato l'immunità giurisdizionale degli Stati", in *Guida al diritto del Sole - 24 ore*, 2012, 11, p. 89
- RONZITTI N., "La Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro beni e *lo jus cogens*", in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, vol. I, p. 695
- RONZITTI N., "La disciplina dello *ius cogens* nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati", in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano,* 1978, XIV, p. 241
- RONZITTI N., "Sull'adesione all'immunità giurisdizionale degli Stati pesa la mancata soluzione dei risarcimenti di guerra", in *Guida al diritto-il Sole 24 ore*, n. 48, 1 dicembre 2012, p. 9
- RONZITTI N., "Trattati contrari a norme imperative nel diritto internazionale?", in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984
- RONZITTI N., "Un cambio di orientamento della Cassazione che favorisce i risarcimenti delle vittime", in *Guida al diritto*, 10 aprile 2004, n. 14, p. 38
- RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2013

- RONZITTI N., VENTURINI G., *Le immunità giurisdizionali degli Stati e degli altri enti internazionali*, Cedam, Padova, 2008
- ROSENNE S., *The Law of Treaties: A Guide to Legislative History of the Vienna Convention*, in Oceana, Leiden-New York, 1970
- ROUCOUNAS E., "Grèce", in P. M. EISEMANN (edited by), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Brill Nijhoff, La Haye-Londres-Boston, 1996, p. 287
- ROZAKIS C., "The Law of State Immunity Revisited: the Case Law of the European Court of Human Rights", in *Revue Hellénique de Droit International*, 2008, p. 563
- ROZAKIS C., *The Concept of "Jus Cogens" in the Law of Treaties*, North-Holland Publishing Company New York, Amsterdam-New, 1976
- RUBIN A. P., "*Actio Popularis*, *Jus Cogens* and Offenses *Erga Omnes*", in *New England Law Review*, 2000, p. 265
- RUBY J., "An Evolution Theory of Universal Jurisdiction", in *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2009, p. 567
- RUGGERI A., "La Corte aziona l'arma dei «controlimiti» e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)", in *Consulta online*, 17 novembre 2014
- RUSK D., "Comment on *Filartiga v. Pena-Irala*", in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, p. 311
- RUSSO C., QUANI P. M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2007
- RUSSO T., *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri. La cd. 'Immunity Review'*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012
- RYNGAERT C., "*Jones v. United Kingdom*: The European Court of Human Rights Restricts Individual Accountability for Torture", in *Utrecht Journal of International and European Law*, 2014, p. 47
- RYNGAERT C., "Universal Tort Jurisdiction over Gross Human Rights Violations", in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2007, p. 3
- SALERNO F., *Diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2008
- SALERNO F., *Diritto internazionale. Principi e norme*, Cedam, Padova, 2013
- SALMON J., "Libre ropos sur l'arrêt de la C.I.J. du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (R.D.C. c. Belgique), in *Revue belge de droit international*, 2002, p. 512
- SALVIOLI G., "L'individuo in diritto internazionale", *Rivista di diritto internazionale*, 1956
- SATCHIVI F. A. A., *Les sujets de droit. Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, L'Harmattan, Paris, 1999

- SAUL M., "Identifying *Jus Cogens* Norms: The Interaction of Scholars and International Judges", in *Asian Journal of International Law*, 2014, p. 1
- SCHEININ M., "Access to Justice before International Human Rights Bodies: Reflections on the Practice of the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights", in F. FRANCIONI (edited by), *Access to Justice as a Human Right*, Oxford Univerity Press, Oxford, 2007, p. 135
- SCHIFFMAN H. S., "The *LaGrand* Decision: the Evolving Legal Landscape of the Vienna Convention on Consular Relations in U.S. Death Penalty Cases", in *Santa Clara Law Review*, 2001-2002, p. 1999
- SCHNEIDER C., "*Alien Tort Claims Act*-Private Right of Action-Cause of Action Inferred for Violation of Diplomatic Immunity Under the Law of Nations", in *Virginia Journal of International Law*, 1986, p. 785
- SCHREUER C. H., *State Immunity: Some Recent Developments*, Grotius Publication, Cambridge, 1998
- SCHWARZENBERGER G., "International *jus cogens*" *Texas Law Review*, 1964, p. 455
- SCHWELB E., "Some Aspects of International *Jus Cogens* as Formulated by the International Law Commission", in *American Journal of International Law*, 1967, p. 946
- SCISO E., "Italian Judges' Point of View on Foreign States' Immunity", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2011, p. 1201
- SCISO E., "L'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione dopo la conversione del decreto-legge 28 aprile 2010, n. 63", in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 802
- SCISO E., "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione dopo l'adesione dell'Italia alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 593
- SCISO E., "L'Italia aderisce alla Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni", in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 543
- SELLERS P. V., "Sexual Violence and Peremptory Norms: The Legal Value of Rape", in *Case Western Reserve Jorunal of International Law*, 2002, p. 287
- SERENI A., *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1962
- SERRANÒ G., "Considerazioni in merito alla sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionale dello Stato", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 617
- SERRANÒ G., "Immunità degli Stati stranieri e crimini internazionali nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 605
- SHELTON D. L., "Case concerning *Avena and other Messican Nationals* (*Mex v. U.S.)",* in *The American Journal of International Law*, 2004, p. 559

- SHELTON V. D., "Normative Hierarchy in International Law", in *American Journal of International Law*, 2006, p. 291
- SICO L., "Sulle immunità dalla giurisdizione italiana della Repubblica federale di Germania in rapporti alle conseguenze patrimoniali di atti compiuti dalle forze armate tedesche in Italia nell'anno 1944", in *Diritto e giurisprudenza*, 2004, p. 505
- SILKENAT J. R., SCHMERLER C. D., (edited by), *The Law of International Insolvencies and Debt Restructuring*, Oceana TM Publication, New York, 2006
- SIMMA B., PHILIP A., "The Sources of Human Rights Law: Custom, *Jus Cogens*, and General Principles", in *Australian Year Book of International Law*, 1988, p. 82
- SIMONE P., "Immunità degli Stati dalla giurisdizione civile e violazione di norme imperative del diritto internazionale. Considerazioni in margine al caso *Ferrini*", in *Rivista di diritto processuale*, 2006, p. 527
- SIMONE P., "L'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO", in *Giustizia civile*, 2001, p. 747
- SINAGRA C., "Nota alla sentenza della Corte di Cassazione (6 novembre 2003-11 marzo 2004 n. 5044)", in *Rivista della cooperazione giudiziaria internazionale*, 2005, p. 117
- SINCLAIR I. M., "The European Convention on State Immunity", in *International and Comparative Law Quaterly*, 1973, p. 254
- SINCLAIR I. M., "Vienna Conference on the Law of Treaties", in *International and Comparative Law Quarterly*, 1970, p. 47
- SINCLAIR I. M., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester Univeristy Press, Manchester, 1984
- SINCLAIR I., "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de l'Haye*, 1980, p. 113
- SINGER E. H., "Terrorism, Extradition, and *FSIA* Relief: The *Letelier* Case", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1986, p. 57
- SLOAN B., *United Nations General Assembly Resolutions in our Changing World*, Transnational Publishers imprint, New York, 1991
- SOHN L. B., NOYES J. E., FRANCKX E., JURAS K. G., *Cases and Materials on the Law of the Sea*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2014
- SPERANZONI A., "Problematiche relative alle parti eventuali nei processi italiani per crimini di guerra", in S. BUZZELLI, M. DE PAOLIS, A. SPERANZONI, *La ricostruzione giudiziale dei crimini nazifascisti in Italia. Questioni preliminari*, Giappichelli, Torino, 2012

- SPERDUTI G., "L'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione e il principio di buona fede", in *Foro italiano*, 1952, p. 796
- SPIERMANN O., *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- SPINEDI M., GIANELLI A., ALAIMO M. L. (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti. Problemi e spunti di riflessione*, Giuffré, Milano, 2006
- STARITA M., "La questione della prescrittibilità dei crimini contro l'umanità: in margine al caso *Priebke*", in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 86
- STEPHENS B, CHOMSKY J., GREEN J., HOFFMAN P., RATNER M., *International Human Rights Litigation in U.S. Courts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2008
- STERN B., "Et si on utilisait le concept de préjudice juridique? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats", in *Annuaire français de droit international*, 2002, p. 773
- STEWART D. P., "The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property", in *American Journal of International Law*, 2005, p. 194
- STITCHER K. E., "*Amerada Hess* and Foreign Sovereign Immunity: The Conflict Between the *Foreign Sovereign Immunities Act* and the *Alien Tort Claims Act* in Establishing Jurisdiction Over the Extraterritorial Torts of Foreign States", in *Stanford Journal of International Law*, 1988, p. 585
- SUCHARITKUL S., "Immunities of Foreign States before National Authorities", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1976, p. 87
- T. H. SPEEDY RICE, B. L. REISMAN, *Access to Justice for Tort Claims Against a Sovereign in the Courts of United States of America*, in F. FRANCIONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008
- TALMON A. G., "*Jus Cogens* after *Germany v. Italy*: Substantive and Procedural Rules Distinguished", in *Leiden Journal of International Law*, 2012, p. 979
- TAMBURINI M., *Trattamento degli stranieri e buona fede nel diritto internazionale generale*, Cedam, Padova, 1984
- TAMS C. J., "Consular Assistant: Rights, Remedies, and Responsibility. Comments on the ICJ's Judgment in the *LaGrand* Case", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1257
- TAMS C. J., "Schwierigkeiten mit dem *Ius Cogens*. Anmerkungen zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Fall *Al-Adsani* gegen Vereinigtes Königreich vom 21 November 2001", in *Archiv des Völkerrechts*, 2002, p. 331
- TAMS C. J., *Enforcing Obligations* erga omnes *in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005

- TANZI A., "Su immunità ed evoluzione della società internazionale", in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, Giappichelli, Torino, 2008
- TANZI A., "Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte Costituzionale", in *La Comunità internazionale*, 2015, p. 13
- TARRE MOSER P, "Non-Recognition of State Immunity as a Judicial Countermeasure to *Jus Cogens* Violation: the Human Rights Answer to the ICJ Decision on the *Ferrini* Case", in *Goettingen Journal of International Law*, 2012, p. 809
- TELLES B., "*Von Dardel v. Union of Soviet Socialist Republics*: Overcoming the Defense of Foreign Sovereign Immunity in Cases under the Alien Tort Claims Act", in *Boston College International and Comparative Law Review*, 1987, p. 343
- TERRY J., SHODY S., "Could Canada Become a New Forum for Cases Involving Human Rights Violations Committed Abroad?", in *Commercial Litigation & Arbitration Review*, 2012, p. 63
- THOMAS K. R., SMALL J., "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity from Civil Liability for Torture?", in *Netherlands International Law Review*, 2003, p. 1
- TIRIBELLI C., "*Aut dedere aut judicare*: A Response to Impunity in International Criminal Law?", in *Skri Lanka Journal of International Law*, 2009, p. 23
- TOMUSCHAT C., "Individual Reparation Claims in Instances of Grave Human Rights Violations: The Position under General International Law", in A. RANDELZHOFER, C. TOMUSCHAT (edited by), *State Responsibility and the Individual: Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague, 1999, p. 157
- TOMUSCHAT C., "L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme", in *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 51
- TOMUSCHAT C., "La competence universelle en matière pénale à l'égard du crime de genocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre", in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2005, vol. 71, p. 213
- TOMUSCHAT C., *Human Rights Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- TOMUSCHAT C., THOUVENIN J. M., *The Fundamental Rules of the International Legal Order*. Jus Cogens *and Obligations* Erga Omnes, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006
- TOUZÉ S., *La protection des droits nationaux à l'étranger. Recherches sur la protection diplomatique*, Pedone, Parigi, 2007
- TRAPP K. N., MILLS A., "Smooth Runs the Water Where the Brook is Deep: the Obscured Complexities of *Germany v. Italy*", in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2012, p. 153
- TREVES T., *Diritto internazionale. Problemi fondamentali.,* Giuffrè, Milano, 2005

- TUFANO M. L., "L'immunità degli Stati: vecchi problemi e nuove prospettive", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 681
- VALLARTA MARRÓN J. L., "La argumetación jurídica en torno al *ius cogens* international", in *Anuario mexicano de derecho internacional*, 2010, vol. 10, p. 11
- VAN ALEBEEK R., "Domestic Courts as Agents of Development of International Immunities Rules", in *Leiden Journal of International Law*, 2013, p. 559
- VAN ALEBEEK R., *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- VAN PANHUYS H. F., *The role of Nationality in International Law*, Sijthoff, Leyden, 1959
- VAN SCHAACK B., "Justice Without Borders: Universal Civil Jurisdiction", in *American Society of International Law, Proceedings of the 99th Annual Meeting, Washington D.C.*, 2005, p. 120
- VARDIMAN M. R., "The *FSIA* of 1976 Does Not Preclude U.S. Courts from Exercising Jurisdiction Over the U.S.S.R. for Soviet Violations of Diplomatic Immunity", in *University of Cincinnati Law Review*, 1987, p. 923
- VAZQUEZ C. M., "*Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corp.*", in *American Journal of International Law*, 1989, p. 565
- VAZQUEZ C.M., "*Altmann v. Austria* and the Retroactivity of the Foreign Sovereign Immunities Act", in *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 207
- VECCHI A., "Di fronte ai crimini contro l'umanità il principio della "immunità giurisdizionale ristretta" incontra un limite prevalente", in *Diritto e giustizia online*, 31 gennaio 2009, p. 31.
- VERDROSS A. V., "Forbidden Treaties in International Law", in *American Journal of International Law*, 1937, p. 571
- VERHOEVEN J., "Considérations sur ce qui est commun. Cours général de droit international public (2002)", in *Recuil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 2008, p. 15
- VERHOEVEN J., "Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandet d'arrêt du 11 avril 2000", in *Revue belge de droit international*, 2002, p. 531
- VERHOEVEN J., *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation*, Larcier, Bruxelles, 2004
- VERMEER-KÜNZLI A., "As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection", in *European Journal of International Law*, 2007, p. 37
- VERMEER-KÜNZLI A., "Restricting Discretion: A Judicial review of Diplomatic Protection", in *Nordic Journal of International Law*, 2006, p. 279
- VEZZANI S., "Sul diniego delle immunità dalla giurisdizione di cognizione ed esecutiva a titolo di contromisura", in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 36

- VIERUCCI L., "Il caso *Abbasi*: la detenzione arbitraria a Guantanamo davanti al giudice inglese", in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, p. 911
- VILLALPANDO S., "L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999", in *Revue générale de droit international public*, 2000, p. 393
- VILLIGER M. E., "The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After", in *Recuil des cours de l'Académie de La Haye*, 2009, vol. 344, p. 9
- VILLIGER M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2009
- VIRALLY M., "Réflexions sur le «*jus cogens*»", in *Annuaire français de droit international*, 1966, p. 5
- VITERBO A., "Sull'immunità dalla giurisdizione della Repubblica Argentina nel caso dei cd. Tangobond – Nota a Cass. Sezioni Unite n. 11225/2005", in *Responsabilità civile e previdenza*, 2005, p. 1125
- VOURNAS E., "*Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*: Sovereign Immunity and the Exception for *Jus Cogens* Violations", in *New York Law School Journal of International & Comparative Law*, 2002, p. 629
- VOYAKIS E., "Access to Court v. State Immunity", in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 297
- W. G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1984
- WEBB P., "Immunities and Huma Rights: Dissecting the Dialogue in National and International Courts", in FAUCHALD O. K., NOLLKAEMPER A. (edited by), *The Practice of International and National Courts and the (De-) Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, p. 245
- WEBSTER W. F., "*Amerada Hess Shipping Corp. v. Argentine Republic*: Denying Sovereign Immunity to Violators of International Law", in *Hastings Law Journal*, 1988, p. 1109
- WEILER J. H. H., PAULUS A L., "The Structure of Change in International Law or Is There a Hierarchy of Norms in International Law?", in *European Journal of International Law*, 1997, p. 545
- WEIS P., "Diplomatic protection of Nationals and International Protection of Human Rights", in *Human Rights Journal*, 1971, p. 643
- WETHERALL T., Jus Cogens. *International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015
- WICKER C., *The Concept of Proportionality and State Crimes in International Law: An Analysis of the Scope of Proportionality in The Right of Self-defence and in the Regime of International Countermeasures and an Evalutation of the Concept of State Crimes*, Lang Peter, Frankfurt am Main, 2006

- WIEDERKEHR M. O., "La Convention européenne sur l'immunité des États du 16 mai 1972", in *Annuaire Français de droit international*, 1974, p. 924
- WYLER V. E., "From 'State Crime' to Responsibility for 'Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law'", in *European Journal of International Law*, 2002, p. 1147
- YANG X., "*Jus Cogens* and State Immunity", in *The New Zealand Yearbook of International Law*, 2006, p. 131
- YANG X., "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", in *British Year Book of International Law*, 2003, vol. 74, p. 333
- YANG X., *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- YARWOOD L., "*Jus Cogens*: Useful Tool or Passing Fancy-A Modest Attempt at Definition", in *Business Law Journal*, 2006, p. 16
- YESSIOU-FALTSI P., "National Monograph Greece", in P. TAELMAN (edited by), *International Encyclopaedia for Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2015
- ZAPPALÀ S., "La Camera di Appello conferma la condanna di *Furundžija* per tortura", in *Diritto penale e processo*, 2001, p. 254
- ZAPPALÀ S., "La sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Congo c. Belgio in tema di immunità dalla giurisdizione del ministro degli esteri", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1711
- ZARBIEV F., "Quelques Observations sur le Traitment de l'Exception d'immunité jurisdictionnelle de l'Ètat Ètranger par la Cour Européenne des Droits de l'Homme", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2004, p. 621
- ZEMANEK K., "The Metamorphosis of «*Jus Cogens*»: From an Institution of Treaty Law to the Bedrock of the International Order?", in E. CANNIZZARO (edited by), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011
- ZHU L., "State Immunity from Measures of Constraint for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese Perspective", in *Chinese Journal of International Law*, 2007, p. 67
- ZIMIC D. L., "Foreign Sovereign Immunity – Exceptions to Foreign Sovereign Immunity – *The Foreign Sovereign Immunities Act* Does Not Prohibit Invocation of the Alien Tort Claims Act to Exercise Federal Court Jurisdiction Over a Foreign Nation's Non-Commercial Tort in Violation of International Law", in *Virginia Journal of International Law*, 1987, p. 221
- ZIMMERMANN A., "Sovereign Immunity and Violation of International *Jus Cogens*: Some Critical Remarks", in *Michigan Journal of International Law*, 1995, p. 434

- ZOLLER E., *Enforcing International Law Through U.S. Legislation*, Transnational Publishers, Dobbs Ferry, 1985
- ZOLLMANN J., "L'affaire *Naulilaa* entre le Portugal et l'Allemagne, 1914-1933. Réflexions sur l'histoire politique d'une sentence arbitrale internationale, 1914-1933", in *Journal of the History of International Law*, 2013, p. 201