

Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso *Jones* dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*

di

Riccardo Pisillo Mazzeschi**

1. La sentenza nel caso Jones

Con la sentenza del 14 gennaio 2014, la quarta Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso sul caso *Jones and Others v. The United Kingdom*. I ricorrenti sostenevano che il Regno Unito aveva violato il diritto di accesso alla giustizia stabilito dall'art.6 della CEDU, poiché essi avevano intrapreso dinanzi ai giudici britannici azioni civili per risarcimento di danni derivati da atti di tortura contro lo Stato dell'Arabia Saudita e alcuni individui-organi di tale Stato ed i giudici britannici avevano concesso l'immunità giurisdizionale sia all'Arabia Saudita che ai suoi organi. I ricorrenti lamentavano che la concessione dell'immunità costituiva un'interferenza sproporzionata con il loro diritto di accesso alla giustizia.

La Corte di Strasburgo ha confermato la sentenza britannica di ultimo grado (*House of Lords*, 14.6.2006, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another*, 129 ILR 631) ritenendo che essa non fosse “neither manifestly erroneous nor arbitrary” (par.214); ha affermato che la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile straniera sia all'Arabia Saudita che ai suoi individui-organi si conforma a regole generalmente riconosciute di diritto internazionale e che essa non può in linea di principio essere considerata come una restrizione sproporzionata al diritto di accesso alla giustizia contenuto nell'art.6 della CEDU. Pertanto la Corte ha deciso che il Regno Unito non aveva violato l'art.6 né rispetto alle azioni dei ricorrenti contro l'Arabia Saudita né rispetto alle loro azioni contro gli individui-organi sauditi.

La sentenza della Corte è assai deludente sia nel dispositivo che nelle motivazioni. Ci limiteremo ad un sintetico commento critico dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte.

2. Principi generali sul rapporto fra accesso alla giustizia e immunità

* Scritto destinato alla pubblicazione in “Diritti umani e diritto internazionale”, vol. 22, 2014/1

** Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Siena

Il primo profilo giuridico che la Corte affronta concerne il rapporto fra il diritto di accesso alla giustizia e la norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione. La Corte descrive i seguenti principi generali che, secondo la propria giurisprudenza, regolano tale rapporto. Il diritto di accesso alla giustizia deve essere garantito in maniera effettiva, ma non ha carattere assoluto e può essere sottoposto a limitazioni, purché tali limitazioni non lo restringano o riducano in maniera tale da pregiudicare la sua stessa essenza. Inoltre tali limitazioni sono incompatibili con l'art.6 se non perseguono uno scopo legittimo e se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità fra i mezzi impiegati e lo scopo da raggiungere. Infine, secondo la Corte, quando l'immunità restringe l'esercizio del diritto di accesso alla giustizia, si deve accertare se le circostanze del caso giustificano tale restrizione (parr.186-187).

Queste premesse generali della Corte sono, a mio avviso, pienamente condivisibili. Da esse si deduce che né il diritto di accesso alla giustizia né il principio dell'immunità hanno carattere assoluto; e che quindi nessuno dei due può automaticamente prevalere sull'altro. Il primo diritto può subire limitazioni, ma non tali da annullare la sua essenza. D'altra parte, anche l'immunità, qualora restringa l'accesso alla giustizia (cioè in pratica quasi sempre) può subire limitazioni, che si risolvono nel *test* di legittimità dello scopo e nel *test* di proporzionalità. Pertanto il giudice dovrebbe compiere una complessa operazione di interpretazione dei suddetti criteri giuridici, alla luce delle circostanze concrete di ogni singolo caso. Tale operazione interpretativa comporta, in sostanza, un bilanciamento dei diversi valori che sottostanno al diritto di accesso alla giustizia ed al principio di immunità. Tale bilanciamento è richiesto, soprattutto, dal *test* di proporzionalità. La Corte, come è noto, aveva già in passato seguito questo approccio, in una serie di decisioni che concernevano ricorsi presentati da individui che lamentavano la violazione dell'art.6 della CEDU, a causa del rifiuto di certi giudici interni di esercitare la giurisdizione su controversie proposte contro organizzazioni internazionali (sent.18.2.1999, *Waite and Kennedy v. Germany*; sent.18.2.1999, *Beer and Regan v. Germany*; dec.4.5.2000, *Naletilić v. Croatia*; dec. 12.5.2009, *Gasparinic. Italie et Belgique*). In tali casi, secondo la Corte, il principio di proporzionalità della restrizione all'accesso alla giustizia era rispettato solo se i singoli avevano disponibili "reasonable alternative means to protect effectively their rights" (c.d. regola della "protezione equivalente").

Ma la Corte, nel caso *Jones*, nonostante abbia posto i suddetti principi generali, non li ha affatto rispettati; ed ha invece semplificato al massimo la complessa operazione interpretativa che essi richiedono, finendo per renderla del tutto banale e per svuotarla in pratica di ogni significato.

3. Immunità degli Stati: legittimità dello scopo

Il primo passo in questo senso riguarda il *test* di legittimità dello scopo dell'immunità. Sul punto la Corte, riprendendo un argomento già usato in passato (v.sent. 21.11.2001, *Al-Adsani v. The United Kingdom*, par.54; dec.2.12.2002, *Karogelopoulou and Others v. Greece and Germany*, par.D.1.(a)), si è limitata a constatare che la concessione dell'immunità dalla giurisdizione civile agli Stati esteri persegue lo scopo legittimo di conformarsi al diritto internazionale nel promuovere le relazioni fra Stati tramite il rispetto reciproco della loro sovranità (par.188). Il che equivale a dire che una norma di diritto internazionale ha uno scopo legittimo perché è una norma di diritto internazionale. E' chiaro che in questo modo il *test* di legittimità dello scopo diviene del tutto inutile: qualsiasi restrizione al diritto di accesso alla giustizia ha uno scopo legittimo, purché sia prevista dal diritto internazionale.

4. Segue: *proporzionalità*

Ancora più insoddisfacente è il modo con cui la Corte è riuscita a privare di ogni significato il *test* di proporzionalità. La regola della "protezione equivalente" non è stata applicata, senza alcuna giustificazione. Invece la Corte ha affermato, quanto alla proporzionalità della restrizione al diritto di accesso alla giustizia, che occorre interpretare la CEDU in conformità con le altre regole del diritto internazionale, incluse quelle sulla immunità degli Stati esteri (cfr. *Al-Adsani*, par.55; *Karogelopoulou*, par.D.1.(a)) Ciò significa che le misure prese da uno Stato non possono in linea di principio essere considerate come misure che impongono una restrizione sproporzionata al diritto di accesso alla giustizia, se esse riflettono regole generalmente riconosciute di diritto internazionale sull'immunità degli Stati (par. 189).

L'argomento della Corte è simile a quello svolto sul *test* di legittimità dello scopo. Anche il criterio della proporzionalità della restrizione viene ad essere di fatto svuotato di ogni valore: infatti la Corte afferma che la concessione dell'immunità agli Stati esteri, essendo prevista da una norma internazionale, costituisce per definizione una restrizione proporzionata al diritto di accesso alla giustizia. In tal modo la Corte stabilisce in effetti una presunzione assoluta di proporzionalità a favore dell'immunità. E ciò contraddice la sua stessa premessa di partenza, secondo la quale l'immunità, quando restringe l'accesso alla giustizia, deve essere sottoposta al *test* di proporzionalità.

5. Segue: *pregiudizio al diritto di accesso alla giustizia*

Una volta demoliti, ad opera della Corte, i due importati criteri costituiti dallo scopo legittimo e dalla proporzionalità della restrizione all'art.6 della CEDU, è chiaro che sopravvive ben poco dei

principi generali che la Corte stessa aveva enunciato sul rapporto fra accesso alla giustizia e immunità. Sopravviveva in teoria il criterio per cui il diritto di accesso alla giustizia non può subire limitazioni, che lo restringano o riducano in maniera tale da pregiudicare la sua stessa essenza. Ma la Corte ha totalmente ignorato anche quest'ultimo criterio. Infatti, nonostante il ricorrente Jones avesse sostenuto di essere stato impossibilitato *de jure* e *de facto* di proporre un'azione dinanzi ai giudici dell'Arabia Saudita (par.167), la Corte non ha preso in esame questo argomento e non ha in alcun modo cercato di accertare se il ricorrente avesse avuto dei mezzi di ricorso alternativi rispetto a quelli esperiti dinanzi ai giudici britannici. In tal modo, a nostro avviso, l'essenza stessa dell'art.6 è stata messa in discussione (v. anche, in questo senso, L. McGregor, *Jones v. UK: A Disappointing End*, in www.ejiltalk.org/jones)

In conclusione, la prima parte dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte mostra notevoli contraddizioni e non convince. Per di più desta il sospetto che la Corte, banalizzando e depotenziando il ruolo dei principi generali che essa stessa aveva posto, voglia preparare il terreno per raggiungere uno scopo già prefissato: quello di preservare al massimo il principio dell'immunità.

6. *Eventuale eccezione alla norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati*

Veniamo adesso alla seconda parte della sentenza. La Corte, una volta stabilito che l'immunità giurisdizionale degli Stati esteri ha uno scopo legittimo ed è proporzionata se è prevista da una regola di diritto internazionale generalmente riconosciuta, si deve solo chiedere se esista tale regola e quale sia il suo contenuto e le sue eventuali eccezioni.

Per la Corte, data per scontata l'esistenza di una norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati, la sola questione rilevante è se si sia affermata nel diritto internazionale un'eccezione all'immunità nel caso di azioni civili di risarcimento danni per atti di tortura commessi al di fuori dello Stato del foro (par.190-198) o, più generalmente, un'eccezione nel caso di crimini internazionali. Si tratta, come è noto, di una questione importante e complessa, che ha dato luogo ad un vasto dibattito dottrinale, con opinioni divergenti, e sulla quale esistono una prassi ed una giurisprudenza ampie e non univoche. E' vero che in materia è intervenuta la Corte internazionale di giustizia, che ha dato una risposta netta contro l'esistenza della suddetta eccezione (sent. 3.2.2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*). Tuttavia la sentenza della CIG non è stata esente da critiche e non sembra che la questione sia definitivamente chiusa (v. Trib. Firenze, ord. 21.1.2014 n.1300/2012, che rinvia alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della norma consuetudinaria sull'immunità degli Stati così come interpretata dalla CIG). Inoltre, dinanzi alla CIG, il diritto di accesso alla giustizia non

poteva giocare quel ruolo fondamentale che ha invece assunto, tramite l'art.6, nel sistema della CEDU.

Pertanto ci si sarebbe aspettati che la Corte di Strasburgo, se non altro in virtù della sua funzione di giudice dei diritti umani, volesse riesaminare in maniera approfondita la questione, anche nell'ottica dell'art.6. Invece la Corte ha risolto anche questo problema senza grande impegno, limitandosi a richiamare il proprio precedente nel caso *Al-Adsani* e la sentenza della CIG nel caso *Germania c. Italia*. Più in particolare, la Corte, dopo aver constatato che i fatti del caso *Jones* erano simili a quelli del caso *Al-Adsani*, ha dichiarato che non intendeva discostarsi da tale precedente, a meno che si potesse dimostrare che dall'epoca della sentenza *Al-Adsani* si era verificata un'evoluzione del diritto internazionale favorevole ad un'eccezione all'immunità degli Stati fondata sul rispetto dello *iuscogens*. Ma, prosegue la Corte, tale evoluzione è stata esclusa dalla CIG nella sentenza *Germania c. Italia*; e ciò è di per sé sufficiente, poiché tale sentenza “must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law” (par.198).

Questo argomento della Corte si presta, a mio avviso, ad alcuni rilievi critici. In primo luogo, la sentenza *Al-Adsani*, per quanto importante nella giurisprudenza della Corte, non può essere considerata così “intangibile”. Essa fu decisa a stretta maggioranza, con numerose e autorevoli opinioni dissenzienti, e dalla data della sua emanazione ad oggi si sono verificati molti sviluppi nella prassi, nella giurisprudenza e nella dottrina.

In secondo luogo, non convince neppure la pretesa “insindacabilità” della sentenza della CIG *Germania c. Italia*. Prima di tutto, perché non è dato rinvenire nel diritto internazionale una gerarchia fra le corti internazionali, secondo la quale la CIG avrebbe il potere prioritario o addirittura esclusivo di interpretare il diritto internazionale. Poi, perché la posizione di deferenza verso la CIG mostrata dalla Corte di Strasburgo implica di fatto una rinuncia di quest'ultima all'esercizio autonomo della propria giurisdizione, in contrasto con l'art.19 della CEDU (v. P. Pustorino, *Immunità dello Stato, immunità degli organi e crimine di tortura: la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Jones*, in *RDI* 2014, in corso di stampa). Infine, perché la Corte di Strasburgo avrebbe potuto affrontare la questione della possibile eccezione all'immunità degli Stati in un'ottica diversa rispetto alla CIG; e cioè nell'ottica dell'art.6 della CEDU. Si consideri che, dinanzi alla CIG, il diritto di accesso alla giustizia, dovendosi tutt'al più fondare sul diritto consuetudinario, non ha potuto giocare quel ruolo fondamentale che può invece avere nel sistema della CEDU, tramite l'art. 6. Ciò significa, ad esempio, che, dinanzi alla Corte di Strasburgo nel caso *Jones*, non era proponibile quell'argomento, che ha avuto notevole peso nella sentenza *Germania c. Italia*, della impossibilità di configurare un conflitto fra norme sulle immunità e norme sui crimini internazionali poiché i due gruppi di norme si occupano di materie diverse.

In definitiva, anche questa seconda parte della sentenza, relativa al contenuto della norma internazionale sull'immunità degli Stati esteri, contiene motivazioni insufficienti e si presta acritiche. Tuttavia si deve ammettere che la conclusione della Corte, circa l'inesistenza di una eccezione alla norma sull'immunità degli Stati in caso di tortura, non è sorprendente, poiché si poteva prevedere che la sentenza della CIG nel caso *Germania c. Italia* avrebbe comunque esercitato una forte influenza sulla Corte europea.

7. Immunità funzionale degli organi statali

Il discorso invece è diverso per quanto riguarda la terza parte della sentenza, che si occupa del rapporto fra diritto di accesso alla giustizia ex art.6 della CEDU e immunità funzionale degli organi statali esteri. Infatti, sotto questo profilo, la Corte era chiamata a decidere su un problema per essa nuovo; e pertanto non era condizionata in alcun modo dalla propria giurisprudenza. Il problema dell'immunità degli organi si poneva perché i ricorrenti sostenevano che l'immunità, concessa dai giudici britannici agli individui-organi sauditi accusati di essere gli autori materiali delle torture da essi subite, aveva costituito una violazione del loro diritto di accesso al giudice ex art.6 della CEDU.

Ciò posto, conviene premettere che la dottrina è assai divisa sul fondamento ed il contenuto del regime giuridico internazionale dell'immunità funzionale degli organi. In estrema sintesi, secondo un primo orientamento generale, tale regime si applica a tutti gli organi ed in relazione a tutti i loro "atti ufficiali"; per un secondo orientamento, il regime si applica a tutti gli organi, ma solo in relazione ad alcuni atti; infine, per un terzo orientamento, il regime si applica soltanto ad alcune categorie, ben delimitate, di organi statali, quali gli agenti diplomatici e consolari, i Capi di Stato e di governo e i Ministri degli esteri. La prassi non è univoca; ma nel complesso, a mio avviso, conferma l'esattezza del terzo orientamento suddetto (v. R. PisilloMazzeschi, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali*, vol.VII, in corso di stampa).

In ogni caso, si tratta di un problema complesso, ma di grande importanza ed attualità; e la Corte avrebbe potuto fornire un contributo significativo all'accertamento del diritto internazionale contemporaneo in materia. Purtroppo la Corte ha molto deluso queste aspettative, sia per il metodo usato che per il merito delle sue conclusioni.

8. Segue: legittimità dello scopo

La Corte, in relazione all'immunità degli organi, ha seguito il medesimo *iter* argomentativo, che aveva usato per l'immunità dello Stato. In primo luogo la Corte ha risolto rapidamente il problema dello scopo legittimo perseguito dall'immunità concessa agli organi statali, semplicemente sposando *a priori* e con metodo deduttivo la tesi che identifica l'immunità degli organi con l'immunità dello Stato per il quale essi agiscono. Infatti, secondo la Corte, l'immunità applicata agli organi di uno Stato "remains 'State' immunity" (par.200).

Questa tesi risale a Kelsen (*Collective and Individual Responsibility with Particular Regard to the Punishment of War Criminals*, in *California Law Review*, 1942-43, 530-571; *Collective and Individual Responsibility for Acts of State in International Law*, in *Jewish Yearbook of International Law*, 1948-49, 226-239; *Principles of International Law*, New York, 1952, 235 ss.) e fa parte del primo orientamento dottrinale sopraindicato. Ma essa si fonda su alcuni presupposti concettuali che appaiono oggi superati; cioè sull'idea che l'immunità funzionale degli organi sia un corollario necessario del loro agire in qualità di organi; l'idea che tale immunità derivi dalla non imputabilità all'individuo-organo dei suoi atti ufficiali poiché tali atti sono attribuibili solo allo Stato per il quale esso agisce; e l'idea, che sta alla base di tutte le altre, per cui la struttura stessa del diritto internazionale conosce solo la responsabilità collettiva degli Stati. Ma il diritto internazionale penale contemporaneo, sancendo la "normalità" della responsabilità internazionale dell'individuo-organo accanto a quella dello Stato, ha segnato la crisi definitiva dei suddetti presupposti concettuali (v. R. PisilloMazzeschi, *Organi*, cit., par.16, 17, 27, 32). Oggi si deve riconoscere che non c'è più una necessaria simmetria fra gli atti degli individui-organi e gli atti dello Stato ai fini dell'immunità, né fra le regole sull'attribuzione della condotta degli organi allo Stato ai fini della responsabilità internazionale dello Stato e le regole sull'immunità funzionale (cfr. P. Webb, *Jones v. UK: The re-integration of State and official immunity?*, in www.ejiltalk.org/jones; M. Frulli, *Jones v. UK: On analogies and inconsistencies in the application of immunity rules*, *ibidem*). Infatti la tesi kelseniana sull'immunità funzionale degli organi è stata oggi abbandonata dalla dottrina dominante e trova ancora qualche riscontro "nostalgico" soltanto nella giurisprudenza di alcuni paesi di *common law*.

Comunque, la Corte di Strasburgo mantiene ferma la suddetta premessa teorica; e proprio su tale base essa dichiara che, poiché la concessione dell'immunità agli organi statali intende rispettare il diritto internazionale in materia di immunità degli Stati, lo scopo della limitazione al diritto di accesso al giudice è legittimo come quando l'immunità è concessa allo Stato medesimo (par.200). Ancora una volta il *test* di legittimità dello scopo dell'immunità viene privato di significato.

9. Segue: *proporzionalità*

Il passaggio successivo nel ragionamento della Corte è dedicato al criterio di proporzionalità della restrizione al diritto di accesso alla giustizia. Ma di nuovo la Corte vanifica il *test* di proporzionalità, perché ritiene che vi sia una presunzione assoluta di conformità con il requisito di proporzionalità per tutte le misure di uno Stato che “riflettano regole generalmente riconosciute di diritto internazionale pubblico sull’immunità dello Stato” (par.201). Pertanto, per la Corte, l’unica questione da risolvere è se la concessione di un’immunità funzionale agli organi statali si conformi a tali regole generalmente riconosciute.

10. Regime giuridico internazionale dell’immunità funzionale degli organi

La Corte passa quindi ad affrontare tale questione (parr.202-204); ma, in realtà, l’aveva già risolta in senso positivo, avendo sposato aprioristicamente la tesi dell’identità fra immunità degli organi e immunità del loro Stato. Pertanto la Corte non fa altro che ripetere la stessa tesi quando afferma: “since an act cannot be carried out by a State itself but only by individuals acting on the State’s behalf, where immunity can be invoked by the State then the starting point must be that immunity ratione materiae applies to the acts of state officials. If it were otherwise, State immunity could always be circumvented by suing named officials”. In altri termini, dalla premessa di partenza della Corte deriva necessariamente la conseguenza che hanno diritto all’immunità funzionale tutti gli organi dello Stato e in relazione a tutti i loro atti ufficiali.

Tuttavia la Corte, probabilmente consapevole della fragilità di una tesi fondata solo su un metodo deduttivo e su premesse teoriche non dimostrate, vuole provare che questa tesi trova conferma nella dottrina e nella prassi (par.203). Ma il suo tentativo di prova non convince affatto, perché la Corte, nel suo sforzo di ricostruire il diritto internazionale in materia, non è obiettiva, ma è invece fortemente condizionata dalla propria tesi di partenza. Infatti essa cita quasi esclusivamente la dottrina e la prassi che sostengono la tesi della coincidenza fra immunità degli organi e immunità dello Stato; e comunque seleziona soltanto quegli elementi della prassi che sono funzionali allo scopo di provare la tesi dell’immunità funzionale di tutti gli organi statali, mentre omette di ricordare tutti gli elementi contrari. Inoltre, la Corte usa riferimenti non pertinenti e propone interpretazioni non corrette di trattati e di sentenze. Vediamo alcuni esempi.

Per la dottrina, la Corte cita Kolodkin, primo Relatore speciale della CDI in tema di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera. Ma la citazione non è pertinente, perché i rapporti di Kolodkin (*Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, A/CN.4/601, 29.5.2008; *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, A/CN.4/631, 10.6. 2010; *Third report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, A/CN.4/646, 24.5. 2011) concernono solo l’immunità

dalla giurisdizione penale. Inoltre l'approccio metodologico di Kolodkin, secondo il quale l'immunità costituirebbe la regola e la prassi dovrebbe servire solo a provare la mancanza di immunità, non è affatto condivisibile, perché rovescia l'impostazione corretta, secondo cui sono invece le eventuali regole consuetudinarie sull'immunità, in quanto eccezioni alla normale giurisdizione dello Stato del foro, che debbono essere provate con un rigoroso esame della *diuturnitas* e dell'*opinio iuris*.

Per la prassi convenzionale, la Corte cita la Convenzione delle NU sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004, che, nel definire la nozione di Stato (art.2.1.b), include in essa i "representatives of the State acting in that capacity", riconoscendo loro un'immunità funzionale. Nell'intenzione della Corte, la Convenzione dovrebbe confermare l'idea della coincidenza fra immunità di tutti gli organi e immunità dello Stato. Ma questa interpretazione deve essere respinta, perché dai lavori preparatori della Convenzione risulta chiaramente che la disposizione sopra indicata intende riferirsi soltanto agli organi che svolgono funzioni di rappresentanza dello Stato, quali i Capi di Stato o di governo, i Ministri degli esteri, gli agenti diplomatici e consolari.

Per la giurisprudenza internazionale, la Corte cita la decisione del Tribunale internazionale penale per la ex Jugoslavia nel caso *Blaškić* (ICTY, Appeals Chamber, 29.10.1997, *Prosecutor v. Blaškić* (Case No. IT-95-14), *Judgment on the Request of the Republic of Croatia for the Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, www.icty.org) e la sentenza della CIG nel caso *Gibuti c. Francia* (sent. 4.6.2008, *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, ICJ Rep. 2008). I riferimenti non sono pertinenti, perché ambedue i casi sono attinenti all'immunità dalla giurisdizione penale. Inoltre, la decisione *Blaškić* è stata concordemente criticata in dottrina, perché fonda l'immunità funzionale degli organi statali su alcuni precedenti, che smentiscono anziché confermare tale immunità; ed infine nella decisione si afferma che l'immunità degli organi è inapplicabile nel caso di crimini internazionali (circostanza che la Corte omette di ricordare). Quanto alla sentenza *Gibuti c. Francia*, la sua lettura dimostra che la CIG non si è affatto pronunciata sull'esistenza o meno di una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale degli organi statali.

Infine, con riferimento alla giurisprudenza interna, la Corte cita soltanto le sentenze favorevoli alla propria tesi. Si tratta di un numero esiguo di sentenze provenienti soltanto da alcuni paesi di *common law*, e nelle quali i giudici hanno applicato agli organi esteri la norma in materia di immunità degli Stati. Ma si deve notare che in tali paesi (eccettuata la Nuova Zelanda) esistono leggi interne sull'immunità dalla giurisdizione civile degli Stati esteri. In alcuni Stati, tali leggi prevedono espressamente l'immunità anche per gli organi che agiscono nell'esercizio delle funzioni ufficiali (v., ad es., il *Foreign States Immunities Act* dell'Australia); mentre in altri Stati

(Inghilterra, Canada) il medesimo risultato deriva di solito (ma non sempre) da un'interpretazione giurisprudenziale di tali leggi (v., ad es., per l'Inghilterra la sentenza *Propend* citata dalla Corte, nella quale i giudici di primo grado e quelli di secondo grado hanno deciso in maniera opposta sulla questione dell'immunità funzionale degli organi). Pertanto le suddette sentenze, essendoper lo più emanate nel rispetto del diritto interno più che del diritto internazionale, non sono molto significative per la ricostruzione del diritto internazionale generale. Inoltre questa tendenza alla sovrapposizione della disciplina dell'immunità degli Stati con quella degli organi appare oggi minoritaria nel quadro complessivo della giurisprudenza interna degli Stati. Infatti, si potrebbero citare numerose sentenze di giudici interni di vari Stati, che negano l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale di tutti gli organi statali dalla giurisdizione civile straniera (v., ad es., England, Court of Appeal, 16.12.1921, *Fenton Textile Association v. Krassin*, 1 *ADILC* 295; Eire, Supreme Court, 18.12.1944, *Saorstat and Continental Steamship v. De Las Morenas*, 12 *ADILC* 97; Philippines, Supreme Court, 28.5.1992, *Wylie v. Rarang*, <http://www.lawphul.net>; Id., 1.3.1993, *USA and Bradford v. Reyes*, *ivi*). Vi sono poi numerose e note sentenze statunitensi in materia di risarcimento di danni per illeciti extracontrattuali, nelle quali i giudici hanno affermato la propria giurisdizione su organi stranieri, senza concedere loro l'immunità funzionale o la difesa dell' 'atto di stato' (v., ad es., Court of Appeals for the Second Circuit, 30.6.1980, *Filartigav. Pena-Irala*, 630 F. 2d 876; District Court for the Northern District of California, 6.10.1987, *Forti and Benchoam v. Suarez-Mason*, 672 F.Supp. 1531; Court of Appeals for the Ninth Circuit, 21.10.1992, *Trajano v. Marcos and Marcos Manotoc*, 978 F. 2d 493; District Court for the District of Massachusetts, 12.4.1995, *Xuncax v. Gramajo*, 886 F.Supp. 162; Court of Appeals for the Second Circuit, 13.10.1995, *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232; District Court for the Southern District of New York, 18.4.1996, *Cabiri v. Assasie Gyimah*, 921 F.Supp. 1189; District Court for the District of Maryland, 26.2.2009, *Lizarbe v. Rondon*, 642 F.Supp. 2d 473). Nessuna di tali sentenze viene citata dalla Corte.

In conclusione, è assai deludente che la Corte di Strasburgo, chiamata per la prima volta a decidere su un tema di grande importanza, e tuttora assai dibattuto e controverso, come quello dell'immunità funzionale degli organi statali, abbia deciso di liquidare la questione in poche righe, abbia aderito in maniera acritica alla vecchia tesi kelseniana ed abbia infine adottato un metodo così approssimativo di rilevazione del diritto internazionale generale. A nostro avviso, non solo il metodo, ma anche il risultato non convince. Come si è detto, riteniamo che, nel diritto internazionale generale contemporaneo, l'immunità funzionale spetti soltanto ad alcune ben delimitate categorie di organi statali esteri, fra le quali non rientrano i funzionari sauditi accusati di tortura nel caso *Jones*. Pertanto la Corte di Strasburgo doveva dichiarare che il Regno Unito aveva

violato l'art.6 della CEDU e non occorre affrontare il problema circa l'esistenza o meno di un'eccezione all'immunità.

11. Eventuale eccezione all'immunità funzionale in caso di crimini internazionali

La Corte invece, avendo ritenuto esistente una norma consuetudinaria sull'immunità funzionale di tutti gli organi statali, si chiede, nell'ultima parte della sentenza, se esista una regola speciale o un'eccezione all'immunità funzionale degli organi statali nel caso di tortura o nel caso più generale dei crimini internazionali; e prende in esame sia l'immunità dalla giurisdizione civile che quella dalla giurisdizione penale.

Come è noto, la dottrina prevalente è favorevole a tale eccezione, specie, ma non solo, in materia di giurisdizione penale; e ciò sulla base di tesi diverse. Le principali si fondano: a) sul concetto di giurisdizione universale; b) sul concetto di *iuscogens*; c) sul metodo del bilanciamento dei valori e l'idea che i crimini internazionali non possono essere considerati come "atti ufficiali" ai sensi dell'immunità funzionale; d) sull'idea che l'immunità funzionale non può coprire gli atti degli individui-organi che danno luogo a responsabilità internazionale penale dei medesimi; e) sulla formazione di una norma consuetudinaria specifica che esclude l'immunità funzionale nel caso di crimini internazionali. Quanto alla prassi, a nostro avviso, occorre distinguere. Nei procedimenti penali la prassi prevalente indica che le norme sulle immunità funzionali degli organi subiscono un'eccezione nel caso di crimini internazionali. Invece, nei procedimenti civili, la prassi è più incerta: vi è una parte della giurisprudenza, specie quella statunitense già citata, che nega l'immunità agli organi stranieri accusati di crimini internazionali; ma vi è anche una parte della giurisprudenza di segno opposto, specie quella dei giudici di quei paesi di *common law* che considerano l'immunità degli organi dalla giurisdizione civile coincidente con quella dello Stato.

La Corte di Strasburgo avrebbe dovuto, a nostro avviso, analizzare in maniera sistematica e ordinata le varie tesi suddette, alla luce della prassi, senza essere influenzata da idee preconcepite. Invece la Corte, condizionata ancora una volta dalla sua premessa concettuale della coincidenza fra immunità degli organi ed immunità dello Stato, esamina, in maniera piuttosto confusa e senza un ordine preciso, opinioni dottrinali ed elementi della prassi e della giurisprudenza che riguardano sia l'immunità degli Stati che l'immunità degli organi, sia organi di rango elevato (casi *Zhang*, *Pinochet*, *Bouterse*) che organi di rango minore, sia procedimenti civili che penali, sia casi relativi a crimini internazionali che casi relativi a reati minori (caso *Jaffe*), sia casi decisi in base al diritto internazionale che casi decisi solo sulla base del diritto interno (caso *Hashemi*). Al termine di questo esame poco rigoroso, la Corte perviene a conclusioni piuttosto incerte: essa, da una parte, riconosce che esiste "some emerging support in favour of a special rule or exception in public

international law in cases concerning civil claims for torture lodged against foreign State officials”, ma, d’altra parte, conclude (con le parole usate da Lord Bingham nella sentenza *Jones* della House of Lords): “the bulk of authority is...to the effect that the State’s right to immunity may not be circumvented by suing its servants or agents instead”. Come si vede, la Corte, in una sorta di circolo vizioso, conclude esattamente da dove aveva iniziato: la tesi preconcepita della coincidenza fra immunità degli organi e immunità dello Stato condiziona inesorabilmente l’intero *iter* argomentativo della Corte.

12. Conclusione

Conviene concludere con un’osservazione di carattere più generale. La Corte di Strasburgo, che aveva dato in passato alcuni segnali positivi (nei citati casi *Waite and Kennedy*, *Beer and Regan*, *Naletilić*, *Gasparini*) circa la sua volontà e capacità di bilanciare in maniera armoniosa i diritti e interessi degli individui con i diritti e interessi di Stati e organizzazioni internazionali, e più in particolare il diritto di accesso alla giustizia con le immunità internazionali, ha più recentemente abbandonato tale approccio. Prima con le sentenze *Al-Adsani* e *Karogelou* adesso con le sentenze *Madri di Srebrenica* (dec. 11.6.2013, *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*) e *Jones*, la Corte ha mostrato di voler privilegiare le immunità e gli interessi degli Stati. Sotto questo profilo, è significativa la deferenza mostrata verso la sentenza *Germania c. Italia* della Corte internazionale di giustizia. Questa impostazione generale, di natura stato-centrica e conservatrice, desta seria preoccupazione in coloro che auspicano un progressivo rafforzamento della tutela internazionale dei diritti umani.