



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

**DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE**

CICLO XXIX

A.A. 2013/16

COORDINATORE Prof. Leonardo Ferrara

**L'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI STATALI
DALLA GIURISDIZIONE STRANIERA**

Indirizzo in Diritto internazionale e dell'Unione europea
Settore Scientifico Disciplinare IUS/13-14

DOTTORANDO

Dott.ssa Alice Simonetti

TUTOR

Prof. Riccardo Pisillo Mazzeschi

COORDINATORE

Prof. Leonardo Ferrara

L'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI STATALI DALLA GIURISDIZIONE STRANIERA

*** * ***

INDICE

INTRODUZIONE	PAG.	6
--------------	------	---

* * *

CAPITOLO I

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE IN MATERIA DI IMMUNITÀ E PIANO DELL'OPERA

1. La definizione di immunità	PAG.	8
1.1 L'immunità o le immunità?	PAG.	11
2. Immunità e giurisdizione	PAG.	12
3. Immunità dalla giurisdizione civile e penale: nozione e distinzioni	PAG.	16
4. Le immunità nel diritto internazionale	PAG.	20
4.1 L'immunità personale (o <i>ratione personae</i>)	PAG.	21
4.2 L'immunità funzionale (organica o <i>ratione materiae</i>)	PAG.	24
5. L'impostazione della ricerca	PAG.	28
5.1 L'immunità funzionale: selezione degli elementi di approfondimento	PAG.	28
5.2 Limitazioni ed eccezioni in tema di immunità: le ragioni di un'esclusione	PAG.	30

* * *

CAPITOLO II

LE TEORIE RELATIVE AL FONDAMENTO ED APPLICAZIONE DELL'IMMUNITÀ *RATIONE MATERIAE*

1. Una complessa classificazione	PAG.	34
2. Le teorie che riconoscono un regime generale in materia di immunità funzionale a partire da principi generali di diritto internazionale	PAG.	37
2.1 Il complesso rapporto tra la responsabilità dello Stato e dell'individuo	PAG.	38

organo: le teorie dell'atto di Stato		
2.2 Immunità e considerazione dello Stato dal punto di vista organizzativo e di diritto interno	PAG.	43
2.3 Riferimenti ad un autonomo regime consuetudinario in tema di immunità funzionale	PAG.	45
3. Le concezioni che riconoscono una disciplina generale per l'immunità funzionale ma ne limitano l'efficacia	PAG.	47
3.1 Critiche agli orientamenti precedenti	PAG.	49
3.2 Le alternative proposte: fondamento e limiti dell'esercizio della funzione	PAG.	52
4. Le teorie che prevedono un regime complesso o differenziato	PAG.	56
4.1 Le ragioni della differenziazione	PAG.	56
4.2 Lo studio del tipo di attività posta in essere dall'individuo-organo	PAG.	59
4.3 Valutazione delle categorie di organi statali interessate da immunità funzionale	PAG.	63
4.4 Un regime frammentato, ma con alcuni tratti comuni	PAG.	70
5. Il lavoro della Commissione del Diritto Internazionale con riferimento all'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale	PAG.	72
6. Osservazioni conclusive	PAG.	91
6.1 I principali temi meritevoli di approfondimento	PAG.	91
6.2 Questioni metodologiche nella considerazione dell'immunità funzionale	PAG.	95

* * *

CAPITOLO III

LA RILEVANZA DELLA CATEGORIA DI INDIVIDUO-ORGANO PER IL RICONOSCIMENTO DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE: L'ANALISI DELLA PRASSI

1. Questioni metodologiche ed elementi di approfondimento	PAG.	97
2. L'identificazione delle figure qualificabili come "organo dello Stato" ai fini del riconoscimento dell'immunità	PAG.	99
3. La prassi relativa ai diversi organi dello Stato	PAG.	103
3.1 (ex) Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri	PAG.	105
3.2 (Ex) Ministri	PAG.	118
3.3 (ex) Agenti diplomatici	PAG.	125

3.4 Agenti consolari	PAG.	130
3.5 Membri di missioni speciali	PAG.	133
3.6 Membri di missioni militari operanti all'estero	PAG.	139
3.7 Altre tipologie di organi	PAG.	145
a) Agenti segreti e membri dell'intelligence	PAG.	147
b) Gli organi responsabili della sicurezza nazionale	PAG.	150
c) Esponenti del potere giudiziario	PAG.	155
d) Altri organi	PAG.	156
4. Confronto tra ordinamenti di <i>common law</i> e di <i>civil law</i> sul riconoscimento delle immunità	PAG.	162
4.1 Paesi di <i>common law</i> : analisi della legislazione specifica in materia (gli <i>Immunity Acts</i>)	PAG.	166
Regno Unito	PAG.	166
Australia	PAG.	167
Canada	PAG.	168
Stati Uniti	PAG.	170
4.2 Paesi di <i>civil law</i> : assenza di una codificazione specifica	PAG.	172
4.3 Ulteriori differenze strutturali	PAG.	176
5. Osservazioni conclusive in merito alle categorie di organi ritenute tutelabili dall'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera	PAG.	178

* * *

CAPITOLO IV

IL CONCETTO DI «FUNZIONE UFFICIALE» TUTELATA: NATURA E LIMITI DELLE ATTIVITÀ POSTE IN ESSERE DAGLI ORGANI STATALI

1. Un'introduzione del quesito e dei suoi possibili collegamenti	PAG.	183
2. Analisi delle norme che regolano l'attribuzione dell'illecito allo Stato	PAG.	187
2.1 Il Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati	PAG.	189
2.2 Le regole in materia di attribuzione dell'illecito: natura e applicabilità al tema dell'immunità funzionale	PAG.	191
3. Le norme che riconoscono forme di responsabilità individuale nel diritto internazionale	PAG.	201
3.1 I concetti di responsabilità e di immunità in relazione all'esercizio della	PAG.	205

giurisdizione		
4. Il complesso rapporto tra immunità statale e immunità funzionale dell'individuo-organo	PAG.	215
4.1 La Convenzione ONU del 2004 sull'immunità degli Stati e dei loro beni e gli altri trattati in materia	PAG.	215
4.2 Il dibattito scientifico: premesse e conseguenze delle diverse posizioni	PAG.	218
4.3 Ipotesi in ordine ad un effettivo legame	PAG.	224
5. Conclusioni sui collegamenti ipotizzati e loro interesse rispetto alla definizione di "funzione ufficiale"	PAG.	225
5.1 La reale connessione tra i temi della responsabilità internazionale e dell'immunità	PAG.	225
5.2 L'impiego di tali concetti da parte della Commissione del Diritto Internazionale con riferimento all'immunità degli organi statali dalla giurisdizione straniera	PAG.	226
6. Quali funzioni ufficiali possono dunque ritenersi tutelate dal riconoscimento dell'immunità funzionale degli organi statali?	PAG.	234
6.1 Le posizioni della dottrina	PAG.	235
6.2 Gli orientamenti della prassi	PAG.	240
6.3 Conclusioni	PAG.	242

* * *

CAPITOLO V

CONCLUSIONI GENERALI DELLA RICERCA

1. Lo stato dell'arte della materia e l'impostazione della ricerca	PAG.	245
2. La definizione degli elementi normativi dell'immunità funzionale	PAG.	247
2.1 L'organo dello Stato	PAG.	248
2.2 La funzione ufficiale ed i limiti al suo esercizio legittimo	PAG.	252
2.3. Il confronto tra i risultati dello studio della prassi relativa alle diverse categorie di organi statali e la definizione di "funzione ufficiale" da essi esercitata	PAG.	255
3. L'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera: un commento conclusivo	PAG.	257

* * *

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI	PAG.	260
INDICE DELLA GIURISPRUDENZA	PAG.	272

<i>Giurisprudenza internazionale</i>	PAG.	272
<i>Giurisprudenza delle corti nazionali</i>	PAG.	273
ATTI E DOCUMENTI UFFICIALI – COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE	PAG.	279
<i>Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction</i>	PAG.	279
<i>State Responsibility</i>	PAG.	280

*** * ***

INTRODUZIONE

«La struttura di fondo dell'ordine intestatale è la ripartizione dell'autorità di governo tra gli Stati esistenti. Le norme che più delle altre sono dirette a salvaguardare l'ordine interstatale globale (o "tra Stati") sono quelle che regolano: a) il trattamento degli organi stranieri, b) il trattamento degli Stati stranieri e c) il trattamento delle organizzazioni internazionali. [...] Esiste una tendenza oggi a contrapporre le immunità prescritte dal diritto internazionale, intese come una sorta di privilegio tendenzialmente arbitrario, ai valori universalistici che il diritto internazionale dovrebbe perseguire. Sembrerebbe così che le immunità, e più in generale il sistema interstatale come tale, siano soltanto intralci al trionfo progressivo di un mondo più giusto. In realtà, le immunità esistono per proteggere il sistema mondiale, che è la precondizione del perseguimento di qualsiasi altro valore¹».

Lo studio che si vuole intraprendere con la presente ricerca ha come obiettivo l'analisi sistematica dei presupposti e dell'ambito applicativo dell'immunità funzionale degli organi dello Stato, in grado di chiarire i limiti e profili fondanti la loro esenzione dalla giurisdizione straniera per atti posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali.

Premesse alcune importanti osservazioni introduttive allo studio della materia, nello specifico occorrerà, in primo luogo, delineare il quadro che emerge dal dibattito teorico sul concreto regime e fondamento dell'immunità funzionale, con l'obiettivo di chiarire i punti e le tendenze principali derivabili.

Predisposto uno schema ben definito di come la più autorevole dottrina ha affrontato sinora il tema dell'immunità funzionale individuale, occorrerà poi andare a indagare come questi orientamenti si pongono rispetto alla prassi legislativa e giurisprudenziale, sia a livello nazionale (effettuando, oltre allo studio dei singoli casi, anche un confronto tra ordinamenti di *common law* e *civil law* sul riconoscimento delle immunità agli organi di Stati terzi) che internazionale.

L'esame di tale prassi, inoltre, sarà impostato e condotto sulla base dei concetti

¹ Cit. FOCARELLI C., *Diritto Internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II ed., Cedam, 2012, p. 378. Per una interessante ricostruzione storica e sistemica dei caratteri della materia v., inoltre, TANZI A. (2007), *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale - temi scelti: atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006* / a cura di Alessandra Lanciotti e Attila Tanzi, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 1 – 22.

centrali individuati con riferimento al tema dell'immunità organica (ovvero proprio quelli di "organo" e di "funzione"), includendo altresì importanti confronti con altri settori del diritto internazionale che ad essa possono ritenersi collegati, come, ad esempio, quello della responsabilità per atti internazionalmente illeciti.

Le conclusioni generali del lavoro permetteranno, infine, di verificare se l'approccio globale e comparativo allo studio della materia, grazie all'analisi anche dei profili applicativi interni e di un esame della prassi ordinato in base ai concetti-chiave dell'istituto in questione, consente di pervenire ad una definizione univoca e ad una conoscenza più chiara del tema dell'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera.

Soltanto con chiari risultati in materia di profili fondanti tale tipologia di immunità, infatti, e del rapporto di questa con la già consacrata immunità degli Stati, questa disciplina potrà essere messa consapevolmente e autorevolmente in dialogo con chi, da un lato, richiede estrema attenzione nell'attribuire siffatte esenzioni dalla giurisdizione straniera, e, dall'altro, pretende garanzie ben definite per la tutela dell'operato dei propri organi all'estero, contribuendo a far chiarezza alle ancor più pressanti esigenze attuali di certezza del diritto e di rispetto dei diritti umani.

*** * ***

CAPITOLO I

OSSERVAZIONI INTRODUTTIVE IN MATERIA DI IMMUNITÀ

E PIANO DELL'OPERA

SOMMARIO: 1. La definizione di immunità – 1.1 L'immunità o le immunità? – 2. Immunità e giurisdizione – 3. Immunità dalla giurisdizione civile e penale: nozione e distinzioni – 4. Le immunità nel diritto internazionale – 4.1 L'immunità personale (o *ratione personae*) – 4.2 L'immunità funzionale (organica o *ratione materiae*) – 5. L'impostazione della ricerca – 5.1 L'immunità funzionale: selezione degli elementi di approfondimento – 5.2 Limitazioni ed eccezioni in tema di immunità: le ragioni di un'esclusione.

*** * ***

1. LA DEFINIZIONE DI IMMUNITÀ

Nel linguaggio giuridico comune il concetto di immunità indica una condizione di libertà da obblighi derivanti dalla legge materiale, oppure un particolare status di favore, relativamente ad eventuali procedimenti giurisdizionali, di cui gode la parte convenuta in giudizio².

Nonostante il dualismo di accezioni, riconosciuto anche da autorevole dottrina³, le immunità di diritto internazionale sono generalmente intese dal punto di vista circoscritto dell'esercizio della giurisdizione da parte da uno Stato o istituzione diversi da quelli di appartenenza della parte che ne invoca l'esenzione.

Da più parti, infatti, si tiene spesso a precisare che immunità non può in alcun modo corrispondere a una forma di impunità: non si tratta di ritenere l'organo dello Stato irresponsabile per le proprie azioni, bensì di affermare che, nei suoi confronti, il

² Definizione di immunità secondo il “Vocabolario della Lingua Italiana - lo Zingarelli 2011” [fr. immunité, dal lat. immunitate(m), da immūnis ‘immune’ av. 1348] s. f. inv: 1. Condizione libera da obbligo (+ da): immunità da imposte, dal servizio militare. SIN. Esenzione. 2. (dir.) *Speciale condizione di favore relativamente a eventuali procedimenti penali, assicurata a persone che adempiono funzioni e ricoprono uffici di particolare importanza: immunità parlamentare, diplomatica, ecclesiastica.* 3 [...].

³ Secondo KELSEN, per esempio, «il y a exemption non seulement de la jurisdiction de l'Etat de sa résidence -comme l'on dit- mais exemption de son ordre juridique», in *Théorie générale du droit international*, in *Recueil des Cours*, 1932, IV, pp. 237 – 238. Così anche MIELE M., *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, pp. 187 – 189.

giudice straniero adito non potrà conoscere dei fatti incriminati⁴. Si tratterebbe, quindi, di un impedimento di natura procedurale⁵, pertanto non associabile a cause di giustificazione, di non punibilità o qualsiasi altra forma di “irresponsabilità”.

Tale aspetto è stato espressamente evidenziato anche dai giudici della Corte Internazionale di Giustizia in una delle decisioni più significative in materia di immunità, quella adottata nel caso relativo al *Mandato di arresto dell'11 aprile 2000* (Repubblica democratica del Congo c. Belgio), con sentenza del 14 febbraio 2002.

La motivazione⁶ della decisione in commento statuisce, per l'appunto, che «*While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law*».

Per quanto non uniformemente condivisa in dottrina, questa sembra essere anche l'impostazione da cui è partita la stessa Commissione del Diritto Internazionale nel suo lavoro avente ad oggetto le immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera⁷.

Anche sotto il profilo linguistico, l'espressione “immunità dalla giurisdizione” sembra rappresentare l'accezione più comunemente utilizzata per definire l'immunità *ratione materiae* non soltanto all'interno di documenti di tipo legislativo, ma anche

⁴ Si veda, tra gli autori che hanno sottolineato tale aspetto, VERHOEVEN J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris.

⁵ Cfr., *ex multis*, WUERTH I. (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, in *Vanderbilt University Law School*, Working Paper n. 13-22, p. 12 (contributo pubblicato anche in *Swiss Review of International and European Law*, n. 2/2013).

⁶ Cfr. par. n. 60 della sentenza sul *Mandato di arresto*: «[...] 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». V. anche la *Joint separate opinion* dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal.

⁷ Un punto di vista diverso, ad esempio, viene attribuito a MORELLI G. (1967), *Nozioni di diritto internazionale*, e CASSESE A. (2002), *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, vol. 13, n. 4, come indicato, per l'appunto, dal *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction – Memorandum by the Secretariat* (2008, A /CN.4/596), par. 89. Su questo aspetto scrive invece MIELE, (1961) *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*: «La soggezione alle leggi locali degli organi stranieri è esplicitamente prevista come presupposto dell'immunità dagli stessi ordinamenti interni; esplicitamente o implicitamente, dalle stesse norme internazionali: ad es., a proposito dell'immunità consolare e di quella degli stessi agenti diplomatici» (p. 12).

nella motivazione di sentenze e decisioni di giudici nazionali e internazionali⁸.

Indipendentemente dalla dicitura formale, tuttavia, occorre riscontrare che dalle medesime fonti⁹ ad essa riferibili, non è possibile derivare una definizione tecnica, puntuale e generale di immunità dal punto di vista del diritto internazionale, definizione che resta pertanto affidata alle elaborazioni della giurisprudenza nonché dei principali autori che si sono occupati del tema.

A tal proposito scrive, ad esempio, Morelli, nel suo *Diritto Processuale Civile Internazionale* (1961), che l'immunità consiste in «un trattamento speciale che il diritto processuale istituisce a favore di determinati soggetti e che si concreta in un'eccezione al principio della normale sottoposizione alla giurisdizione. La norma che accorda l'esenzione è pertanto una norma negativa di competenza giurisdizionale¹⁰».

Secondo formulazioni più recenti, invece, questa prerogativa è definita come «una regola di diritto internazionale consuetudinario, in forza della quale gli enti sovrani [gli Stati] non possono essere convenuti in giudizio dinanzi ai tribunali di un paese straniero, né possono essere sottoposti a procedimenti esecutivi all'estero¹¹».

Nondimeno, va sottolineato che, pur quando non sia il profilo dell'esercizio della giurisdizione a venire direttamente in rilievo, il tema delle immunità è comunque associato alle modalità dell'agire dello Stato sulla scena internazionale, con particolare riferimento, quindi, al rapporto del medesimo con i suoi organi e della sorte riservata alle attività di questi ultimi.

Senza entrare nel merito di valutazioni che saranno svolte in maniera approfondita nel prosieguo del presente lavoro, occorre tuttavia accennare che il tema dell'immunità è associato non soltanto a una forma di esenzione dalla giurisdizione civile o penale in termini di impedimento, per così dire, procedurale, come sino ad ora

⁸ V. Corte Internazionale di Giustizia, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, 4 June 2008, p. 234; Corte Internazionale di Giustizia, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Judgment, 14 February 2002, p. 23. Per quanto concerne, invece, esempi di giudici nazionali: Cass. Civ. SS. UU., 11 marzo 2004, n. 5044 (Ferrini), par. 7; Corte Federale Svizzera, 25 luglio 2012, BB.2011.140 (Nezzar), par 5.1.

⁹ Un'attenta ricognizione dei principali casi e fonti normative in materia di immunità, di interesse trasversale anche se l'oggetto specifico del testo è unicamente l'immunità statale, si trova in YANG X., *State immunity in international law*, Cambridge University Press, 2012, pp. xxx – cliii.

¹⁰ MORELLI G. (1954), *Diritto processuale civile internazionale*, Cedam, 1954, pp. 187 – 188.

¹¹ Cfr. TONIOLO S. (2006), *Immunità dei soggetti internazionali dalla giurisdizione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* (a cura di CASSESE S.), Giuffrè Editore, 2006, pp. 2906 – 2916.

accennato, ma viene considerato da alcuni come una forma di difesa c.d. “sostanziale”, basata sulla reale imputabilità dell’atto piuttosto che sulla sua mera esecuzione¹².

Considerazioni di tal segno vengono in rilievo, oltre che ai fini della determinazione dei profili generali in materia di immunità e delle diverse teorie sul suo fondamento, soprattutto con riferimento all’identificazione degli organi dello Stato che possono ritenersi tutelati da questa prerogativa. Ai fini di tali determinazioni, peraltro, l’esame della prassi legislativa e giudiziaria assumerà una strategica rilevanza¹³.

1.1 L’IMMUNITÀ O LE IMMUNITÀ?

Come se le difficoltà nel fornire una definizione univoca di “immunità” nel diritto internazionale non fossero sufficienti, è opportuno sottolineare un ulteriore aspetto di natura terminologica tra quelli che sinora, forse, non hanno facilitato un chiaro inquadramento del tema in esame.

In molti ordinamenti, infatti, la scelta di una determinata formulazione linguistica del termine “immunità” comporta che il significato attribuibile all’espressione possa essere differente.

A tale proposito, senza ancora entrare nel merito della distinzione tra immunità statali e riconosciute all’individuo-organo, possono essere formulati due tipi di esempi, l’uno attinente a trattati internazionali e l’altro ad atti di legislazione interna.

Se da un lato, infatti, conosciamo la Convenzione europea sull’immunità degli Stati del 1972 (o *European Convention on State Immunity*), dall’altro la Convenzione delle Nazioni Unite del 2004 disciplina le immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (*UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).

Nondimeno, con riferimento agli atti normativi di Stati che hanno provveduto a disciplinare espressamente la materia in esame, se nel Regno Unito è vigente dal 1978 lo *UK State Immunity Act*, gli Stati Uniti hanno approvato nel 1976 lo *US Foreign*

¹² Questo tipo di valutazione è svolta, ad esempio, da FOX H. (2012), *Functions of State Officials and the Restrictive Rule of State Immunity*, in *Perspectives of International Law in the 21st Century: liber amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday*, ed. by Marcelo Kohen, Robert Kolb, Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, Leiden 2012, pp. 127 – 145.

¹³ Per una trattazione più approfondita sul tema, si rinvia al capitolo terzo del presente lavoro.

Sovereign Immunities Act.

Quanto alle varie giustificazioni che possono essere fornite a questo ordine di scelte, da un punto di vista generale, la forma plurale del termine “immunità” sembrerebbe poter rappresentare correttamente la realtà delle diverse tipologie che di essa esistono nel diritto internazionale, mentre la forma singolare potrebbe al contrario semplicemente racchiudere i diversi significati (sia di carattere astratto che riferiti ad ipotesi concrete) racchiusi al suo interno¹⁴.

È altresì necessario sottolineare che le osservazioni appena svolte dal punto di vista terminologico fanno capo al concetto di immunità da un punto di vista generale, o spesso corrispondente anche a quella degli Stati esteri.

Per quanto concerne l’oggettivo ambito di analisi nel presente lavoro, invece, il problema si ricollega ad un contesto già circoscritto.

Ciò nonostante, la formulazione al singolare dell’espressione appare come quella non soltanto più largamente impiegata¹⁵, ma anche più corretta dal punto di vista del significato.

All’interno dell’insieme delle immunità di diritto internazionale, infatti, l’immunità funzionale o *ratione materiae* rappresenta uno specifico istituto giuridico, pur caratterizzato da diverse peculiarità, che si andranno di seguito a studiare.

2. IMMUNITÀ E GIURISDIZIONE

Sin da un primo esame delle definizioni che possono essere date del termine “immunità”, è evidente come tale istituto venga in rilievo principalmente con riferimento al potenziale esercizio della giurisdizione, nei confronti di un organo dello Stato, da parte di un giudice diverso da quello del suo Paese di appartenenza.

Da un punto di vista estremamente generale, la questione della giurisdizione potrebbe essere inquadrata nei termini seguenti: «when public international lawyers pose the problem of jurisdiction, they have in mind the State’s right under international

¹⁴ Considerazioni di tal segno si rinvengono nell’opera di YANG X. (2012), *State immunity in international law*, Cambridge University Press, 2012, pp. 29 – 31, ove si afferma, per l’appunto, che «the word ‘immunity’ in the singular form as both an abstract and a concrete connotation» (p. 30).

¹⁵ Cfr, per esempio, CONFORTI, BONAFE’.

law to regulate conduct in matters not exclusively of domestic concern¹⁶».

In tale contesto, particolare rilevanza assume la divergenza di opinioni, già in parte evidenziata, tra coloro che considerano l'immunità un impedimento di natura "procedurale" alla cognizione del giudice e quanti ritengono invece che si sia in presenza di una difesa dal punto di vista sostanziale¹⁷.

Tra le espressioni della prima concezione abbiamo già avuto modo di citare la posizione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del Mandato d'arresto 11 aprile 2000, la quale ha affermato che l'immunità è, per sua natura, un aspetto procedurale, mentre la responsabilità penale per gli atti eventualmente compiuti nell'esercizio della funzione concerne aspetti di diritto sostanziale.

Non si discosta molto da tale visione chi qualifica l'immunità funzionale più precisamente come una vera e propria eccezione all'esercizio della giurisdizione dello Stato sul proprio territorio e su tutte le persone presenti nel medesimo territorio¹⁸.

In quanto limite all'applicazione della giurisdizione nazionale, pertanto, l'immunità viene in tal senso contrapposta al concetto di giurisdizione extraterritoriale, intendendo con questo diverso *nomen* la possibilità di sottoporre a processo un organo straniero per azioni ed eventi che non hanno avuto luogo sullo stesso territorio.

Da questo punto di vista l'immunità funzionale rappresenta una deroga ad entrambi i profili di giurisdizione e pertanto impedisce in ogni caso la cognizione del giudice nazionale. Più precisamente, questa si concretizzerebbe nell'esenzione dalla giurisdizione degli Stati stranieri dell'individuo-organo che ne beneficia, ma senza implicare necessariamente l'invulnerabilità personale dell'organo, né l'immunità dalle misure coercitive quali l'arresto o la detenzione preventiva finché non si sia accertato che l'individuo agiva in qualità di organo.

¹⁶ Cfr. Mann, F.A.P. (1964), *The doctrine of jurisdiction in international law (Volume 111)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, Leiden - Boston, 1964, p. 22.

¹⁷ V. per ulteriori riferimenti, MIELE M. (1961), *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore. In tale contesto si inserisce la presente sintesi del rapporto tra immunità e giurisdizione: «l'attuale diritto internazionale non fa obbligo allo Stato locale di considerare irrilevante per il proprio ordinamento penale l'operato dell'organo straniero, con conseguenze particolarmente incisive per la tutela penale; l'obbligo internazionale è soltanto quello di astenersi dalle attività dirette all'attuazione del precetto penale» (p. 13).

¹⁸ Cfr. FRANEY E. H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International Law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London.

A partire da tale impostazione, che conferisce rilievo sia ai fini dell’esercizio della giurisdizione, alla presenza o meno dell’organo nel territorio dello Stato del foro, così come alla sua esatta qualifica istituzionale e al tipo di azione posta in essere nell’esercizio di funzioni ufficiali, occorre altresì individuare i termini di riferimento¹⁹ più idonei alla corretta attribuzione dell’immunità funzionale.

Questo ragionamento si incardina su domande del seguente tenore: alla base dello studio delle immunità degli organi va posta una presunzione di attribuzione della detta immunità oppure l’esercizio della giurisdizione nazionale? Quale costituisce l’eccezione e quale la regola?

Alla luce delle considerazioni svolte con riguardo ai profili generali dell’immunità, e come si avrà modo di esplicitare con particolare riferimento all’immunità funzionale, non si tratta tanto della scelta tra due possibili punti di partenza per l’analisi di una questione, ma dei due termini principali che la compongono.

È chiaro, infatti, che dal punto di vista dell’individuo-organo straniero e dello Stato di appartenenza l’intento è quello di valorizzare quanto più possibile l’attribuzione dell’immunità funzionale, mentre la posizione del giudice nazionale (e internazionale) sarà invece tesa ad affermare la possibilità dell’esercizio della propria funzione giurisdizionale. Lo studio che si è deciso di intraprendere è volto proprio a verificare i termini del bilanciamento tra queste contrapposte esigenze.

Un esempio tratto dall’ordinamento italiano può forse essere utile a chiarire tali considerazioni con riferimento alla giurisdizione penale. L’art. 3 del codice penale, infatti, stabilisce che «la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto interno o dal diritto internazionale». Una simile previsione lascia chiaramente intendere che l’immunità si qualifica come l’eccezione alla regola della giurisdizione del giudice penale italiano.

Pur con un diverso significato, una analoga indicazione può essere rinvenuta nell’art. 27 dello Statuto della Corte Penale Internazionale: stabilendo l’irrelevanza della

¹⁹ Secondo KEITNER questo dilemma costituisce il vero e proprio «“baseline” problem» ed attiene al confronto tra la c.d. attribution theory e territorial theory. Cfr. KEITNER (2011), *Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem*, in *Fordham Law Review*, 80 *Fordham L. Rev.* 605 (2011), pp. 605 – 608.

qualifica dell’organo chiamato a rispondere di crimini internazionali, si evidenzia come tali regole procedurali «non vietano alla Corte di esercitare la sua competenza nei confronti di questa persona».

Il nodo della questione, dunque, è sempre quello relativo all’effettiva possibilità di esercizio o meno della giurisdizione nei confronti dell’individuo organo per gli atti posti in essere nell’adempimento della propria funzione.

Per quanto concerne l’immunità *ratione materiae* in sé considerata, elementi volti a definirne in maniera univoca natura e limiti verranno dall’analisi che sarà svolta nei successivi capitoli del presente lavoro, con particolare riguardo alle categorie di organi e tipologie di attività potenzialmente tutelate dal suddetto beneficio.

Quanti propongono una differente visione, invece, intendono far riferimento all’immunità funzionale come una forma di difesa sostanziale, in base alla quale l’individuo organo non è considerato come legalmente responsabile per atti che andrebbero in realtà imputati direttamente allo Stato per conto del quale gli stessi agiscono. L’immunità funzionale, dunque, intesa come meccanismo per “deviare” la relativa responsabilità allo Stato²⁰.

Per coloro che giustificano il riconoscimento dell’immunità funzionale sulla base delle regole di attribuzione²¹ di un determinato atto ai fini della responsabilità internazionale il rapporto tra lo Stato ed i suoi organi assume in questo senso un rilievo centrale. Nonostante ciò, non manca chi sottolinea in ogni caso la necessità di verificare non soltanto la qualifica dell’organo, ma soprattutto se la sua condotta possa correttamente inquadarsi nell’esercizio di una pubblica funzione.

Nondimeno, avrà rilevanza da questo punto di vista anche la posizione della parte che effettivamente invoca²² o rinuncia all’immunità e la relativa legittimazione, dovrà essere comunque oggetto di considerazione davanti al giudice adito.

In ogni caso, tuttavia, anche siffatte osservazioni sembrano essere espressione di un differente problema concernente l’immunità funzionale: alla base resta il fatto che si

²⁰ Questa la posizione di AKANDE D., SHAH S. (2011), *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21 n. 4, 2011, p. 826.

²¹ A parlare di regole di attribuzione è, ad esempio, DOUGLAS, *State Immunity For The Acts of State Officials* (cfr. nota 21).

²² Riferimenti di tal segno si trovano in WUERTH (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, in *Vanderbilt University Law School, Working Paper n. 13-22* (cfr. nota 5).

tratta di una forma di esenzione dalla giurisdizione aggiudicativa del giudice straniero.

La giurisdizione rappresenta quindi una questione antecedente²³: la decisione sul riconoscimento o meno dell'immunità, invece, con tutte le tematiche che a tal fine devono essere risolte, varrà a stabilire se questa deve essere esercitata o meno.

Diverse saranno anche le considerazioni in relazione al tipo di immunità che si vuole far valere, dalla giurisdizione civile o da quella penale, *ratione personae* o *ratione materiae*. Ognuno di tali aspetti sarà identificato e analizzato nei paragrafi a seguire, prima di affrontare in maniera approfondita il tema più specifico dell'immunità funzionale degli organi dello Stato.

3. IMMUNITÀ DALLA GIURISDIZIONE CIVILE E PENALE: NOZIONE E DISTINZIONI

Abbiamo avuto modo di esaminare come l'esercizio della giurisdizione, dal punto di vista del diritto internazionale, e per come intesa nel contesto del presente lavoro, si identifica con la possibilità per il giudice nazionale di pronunciarsi relativamente a condotte che non rientrano nell'interesse e competenza esclusivi dello Stato del foro.

I limiti posti al potere giurisdizionale del singolo Stato interessato da tali questioni, *prima facie*, non fanno distinzione tra l'ambito civile o penale²⁴.

Sia che si tratti di immunità dello Stato che dell'individuo organo, tuttavia, alcune puntualizzazioni meritano di essere segnalate prima di procedere ad un esame più approfondito dell'immunità organica di tipo personale e, soprattutto, funzionale.

Partendo da considerazioni di carattere puramente generale sulla giurisdizione civile e penale, vediamo che nel contesto in esame quest'ultima si pone, in linea teorica,

²³ Tale espressione è utilizzata da DOUGLAS Z., *State Immunity For The Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, 2012, pp. 14-16. L'autore cita a sua volta l'affermazione del giudice Higgins nella sua opinione dissenziente alla sentenza sul *Mandato d'arresto*: «Immunity is the common shorthand phrase for immunity from jurisdiction. If there is no jurisdiction *en principe*, then the question of an immunity from a jurisdiction which would otherwise exist simply does not arise».

²⁴ Cfr. JIA B. B., *The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012, p. 4.

come associata al concetto di inviolabilità²⁵, intesa come immunità dalla coercizione che non permette di sottoporre a misure di arresto o di detenzione, e tantomeno a procedimento penale. Si è visto, in realtà, come tale affermazione non risulti univocamente confermata, posto che da parte di una porzione della dottrina non si è mancato di sottolineare la possibilità che l'individuo-organo, per esempio, sia sottoposto a misure cautelari nella fase di accertamento del suo diritto o meno al riconoscimento dell'immunità.

Per quanto concerne la giurisdizione civile, invece, questa ricomprende comunemente al suo interno sia poteri di cognizione che esecutivi²⁶.

Nondimeno, quanto alla differente natura dell'immunità dalla giurisdizione civile e penale, non si può non sottolineare come, nel primo caso, l'esonero dal potere giurisdizionale dello Stato del foro era inizialmente ritenuta assoluta (anche in considerazione dell'impostazione storica della stessa immunità statale).

Con gli sviluppi della società moderna sono intercorse delle modificazioni in senso restrittivo quanto all'ambito oggettivo di applicazione dell'immunità statale dalla giurisdizione civile.

Inizialmente, infatti, questa si presentava come assoluta, inerente a qualsiasi tipo di attività posta in essere dallo Stato e non suscettibile di eccezioni derivanti dal contenuto della controversia²⁷, ma la situazione viene a cambiare verso la metà del diciannovesimo secolo. Le cause dell'evoluzione si rinvergono nel crescente intervento dello Stato nei rapporti commerciali e nel contributo della giurisprudenza italiana e belga alla formulazione del concetto di immunità c.d. *ristretta*²⁸.

²⁵ Cfr. VERHOEVEN, J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris.

²⁶ FOCARELLI C., *Diritto Internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II ed., Cedam, 2012, p. 393.

²⁷ Si veda CARBONE, LUZZATTO, SANTAMARIA e altri, *Istituzioni di diritto internazionale*, cap. V, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

²⁸ Cfr. RONZITTI N. (2009), *Introduzione al diritto internazionale*, III ed., Giappichelli, 2009. Per una dettagliata ricostruzione dello sviluppo della teoria dell'immunità ristretta: R. VAN ALEBEEK (2007), *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, cap. II, Oxford University Press, 2007. Per quanto concerne invece una attenta ricostruzione dei contributi della giurisprudenza italiana e belga si veda A. ATTERITANO (2009), *Immunity of States and their organs: the contribution of italian jurisprudence over the past ten years*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2009.

Il punto di approdo dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in tema di immunità ristretta si rinviene, in ogni caso, nella distinzione tra attività svolte dallo Stato *iure imperii* ed atti compiuti invece *iure gestionis*: la prima definizione riguarda le iniziative che costituiscono esercizio diretto della sovranità statale, mentre la seconda concerne le condotte poste in essere dai membri dall'organizzazione statale quando essa agisce alla stregua di un soggetto privato, indipendentemente dai suoi poteri sovrani. I criteri classici impiegati per distinguere il tipo di condotta interessata fanno riferimento, rispettivamente, alla natura o allo scopo dell'atto posto in essere dallo Stato.

Questa impostazione ha ricevuto crescente riconoscimento da parte della dottrina e della giurisprudenza, al punto che viene oggi incardinata anche nei principali strumenti convenzionali che disciplinano la materia delle immunità. Da questo punto di vista un esempio meritevole di menzione, anche se non fa direttamente riferimento alla distinzione tra atti *jure imperii* e atti *jure gestionis* ma sostanzialmente la presuppone, può essere rinvenuto nella Convenzione di New York del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, che enumera una serie di ipotesi dettagliate in cui la giurisdizione può essere invece esercitata²⁹.

Per quanto concerne invece l'immunità dalla giurisdizione penale occorre aggiungere che, per le caratteristiche citate in apertura di paragrafo, il momento di concreto esercizio della giurisdizione può arrivare ad estendersi anche ad atti e funzioni preliminari all'avvio del processo³⁰ in sé, potendo quindi significativamente incidere sui diritti di difesa ed alla libertà personale dell'individuo.

Altrettanto importante è tener conto anche della gravità delle condotte poste in essere e dei diritti violati dall'agente, così come della tutela da riconoscere alla parte offesa³¹.

Proprio per questo motivo, sebbene in maniera diversa da quanto evidenziato in fatto di immunità dalla giurisdizione civile, anche in ambito penale assume rilevanza la

²⁹ L'esempio è riportato da FOCARELLI C. (2012), *Diritto Internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II ed., Cedam, 2012, p. 395.

³⁰ Il punto è sottolineato anche dal primo Special Rapporteur in materia di immunità degli organi dello Stato per la Commissione del Diritto Internazionale KOLODKIN R., *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 29 maggio 2008, A/CN.4/601, pp. 25 – 26.

³¹ Si studierà, nelle parti successive del presente lavoro, e in particolare nel capitolo quarto, anche il ruolo che l'emergere delle istanze di tutela dei diritti umani fondamentali e la conseguente attribuzione di obblighi e responsabilità direttamente in capo all'individuo possono avere avuto nel contesto delle immunità organiche.

posizione dell’organo ed il tipo di attività da esso posto in essere.

Trattandosi della commissione di illeciti penali, in molti casi di veri e propri crimini internazionali, è lecito e necessario domandarsi quando le condotte che hanno causato tali fatti possano dirsi ricomprese nell’esercizio di una funzione ufficiale in nome dello Stato d’invio.

Intendiamo, in questo senso, non soltanto il caso in cui l’illecito commesso possa assai difficilmente ritenersi un “atto posto in essere nell’esercizio di una funzione ufficiale”, definizione che, come vedremo, viene ad assumere una rilevanza centrale nel contesto di studio, ma anche se la specifica condotta dell’individuo-organo si sia attenuta ai contenuti e limiti riconoscibili per la singola funzione³².

Si vuole fare riferimento altresì all’ipotesi in cui l’organo abbia agito oltrepassando la sfera delle proprie competenze, compiendo azioni qualificabili quindi in termini di abuso di potere o comunque *ultra vires*³³ (secondo un’accezione diversa dagli atti *iure privatorum* di cui si parla in materia di immunità – statale – dalla giurisdizione civile).

La distinzione tra immunità dalla giurisdizione civile o penale assume rilievo peculiare con riguardo al rapporto tra la responsabilità dello Stato e la punibilità dell’individuo organo che agisce in suo nome.

Relativamente al tema specifico dell’immunità funzionale, inoltre, v’è chi sostiene che i due tipi di beneficio debbano essere considerati insieme, per cui l’agente non può essere citato in giudizio per rispondere penalmente o civilmente degli atti compiuti³⁴. Secondo una diversa impostazione, invece, facendo leva proprio sulla relazione Stato – organo, si sono operate delle distinzioni³⁵, che tengono presente come un’entità statale non possa essere sottoposta a procedimento penale, qualificando pertanto l’immunità funzionale dell’individuo come l’istituto che permette allo stesso di

³² Basti accennare, per esempio, al dibattito emerso relativamente a diversi procedimenti giurisdizionali relativi a crimini di tortura, tra cui quello carico dell’ex Presidente cileno Augusto Pinochet.

³³ Questi passaggi sono sottolineati con chiarezza nell’opera di FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali – L’esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli Editore, Torino 2007, pp. 307 – 312.

³⁴ In tal senso v. CONFORTI, B. (2006) *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, p. 220. Analogamente si esprimeva anche BALLADORE PALLIERI G. (1962), *Diritto internazionale pubblico*, Milano, pp. 371 – 372.

³⁵ Distinzioni stigmatizzate anche da parte di KOLODKIN R., *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 29 maggio 2008, A/CN.4/601, pp. 25 – 26.

non subire tali azioni in luogo dello Stato che rappresenta.

La stessa Commissione del Diritto Internazionale, del resto, scegliendo di dedicarsi al tema dell’immunità degli organi statali dalla giurisdizione straniera, ha ritenuto di circoscrivere il suo lavoro di codificazione alla sola giurisdizione penale, ponendo in considerevole rilievo la separazione dall’ambito di esercizio della giurisdizione civile, nonché le premesse e conseguenze che possono essere ritenute collegate a tale distinzione³⁶.

Che si tratti di un’estensione³⁷ dell’immunità dell’organo rispetto a quella dello Stato, o semplicemente di un diverso atteggiarsi della tutela riconosciuta sia al medesimo che agli interessi tutelati dalle norme violate³⁸, appare ancora più evidente la necessità, al fine di definire con chiarezza i limiti dell’immunità funzionale dalla giurisdizione civile e penale, di analizzarne compiutamente fondamento ed esatti presupposti applicativi, a cominciare dalla distinzione rispetto all’immunità c.d. *ratione personae*.

4. LE IMMUNITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Da un punto di vista generale, ed in estrema sintesi, la nota distinzione tra immunità *ratione personae* ed immunità *ratione materiae* degli organi dello Stato, può essere sinteticamente rappresentata nel modo seguente:

- sotto il profilo soggettivo, l’immunità personale spetta soltanto ad alcune determinate categorie di organi statali (nello specifico: agenti diplomatici, Capi di Stato o di Governo, Ministri degli esteri), mentre quella funzionale sarebbe riconosciuta alla totalità di questi;
- sotto il profilo oggettivo, l’immunità personale si riferisce anche agli atti posti in

³⁶ Il tema viene approfondito, in particolare, all’interno del *Fourth Report* (2015) Escobar Hernandez, ove la Special Rapporteur chiarisce i caratteri fondamentali del concetto di “atto posto in essere nell’esercizio della funzione ufficiale” ai fini dell’immunità, atto che, per l’appunto, è detto avere “criminal nature”; cfr. par. 102 – 105.

³⁷ Come sembra evidenziare (commentando la sentenza della Corte di cassazione italiana nel caso Calipari) BARBERINI R. (2009), *Una decisione discutibile*, in *Cassazione Penale*, n.5/2009, p. 1904.

³⁸ Sempre in FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali*, si prendono in esame anche i profili relativi alla responsabilità civile degli autori di crimini internazionali (cfr. pp. 310 – 312).

essere dagli agenti interessati al di fuori della carica ufficiale ricoperta, mentre quella funzionale è concepita unicamente con riferimento agli atti posti in essere in ragione della funzione attribuita dallo Stato di appartenenza;

- con riferimento a natura e presupposti, va sottolineato che l'immunità funzionale si pone per sua natura (in linea di principio) come assoluta, vale a dire viene concessa all'organo straniero in ogni caso, laddove l'esenzione personale dalla giurisdizione di Paesi terzi incontra alcune limitazioni in materia civile;
- per quanto concerne l'aspetto temporale, invece, l'immunità personale viene meno con il cessare della carica ufficiale ricoperta dall'individuo-organo, diversamente dall'immunità funzionale che sopravvive al periodo di concreto esercizio delle funzioni tutelate e, in quanto ad esse strettamente correlata, può portare l'agente stesso a non doverne rispondere davanti al giudice neanche successivamente alla perdita della qualità di organo statale³⁹.

4.1 L'IMMUNITÀ PERSONALE (O *RATIONE PERSONAE*)

Avendo sottolineato, in apertura del presente lavoro, l'importanza degli aspetti terminologici, è opportuno, ai fini di una migliore comprensione degli istituti in esame, dar conto delle diverse definizioni che agli stessi sono attribuiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza interna ed internazionale.

Nel linguaggio giuridico generale viene infatti definita come c.d. *ratione personae*⁴⁰ l'immunità personale degli organi dalla giurisdizione straniera; non manca, inoltre, chi ne sottolinea l'essere specificatamente *status-based*⁴¹.

³⁹ Il rapporto in questione è stato descritto, pur con riferimento specifico all'immunità degli agenti diplomatici, anche in questi termini figurati: «In other words, the diplomatic agent is screened the whole time – even when engaged in his post – by a protective umbrella which covers official diplomatic acts. This protective umbrella is not needed as long as the person of the diplomatic agent is anyway clothed by an overall mantle of immunity, that is, as long as the diplomatic mission lasts. Once, however, the diplomat is stripped of that personal cloak, it is for the protective umbrella to shield him from judicial process to the best of its limited ability». Cfr. DINSTEIN Y. (1966), *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 79.

⁴⁰ Cfr. tra coloro che adottano la denominazione latine, ex multis, FRULLI, BONAFE', AKANDE-SHAH, WUERTH, VERHOEVEN.

⁴¹ KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity and the Baseline Problem*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, p. 605.

Dal punto di vista soggettivo, dunque, come suggerisce la stessa definizione, tale beneficio di natura personale spetta ad alcune categorie di organi unicamente in virtù del ruolo ricoperto nell'organizzazione statale, in ciò differenziandosi dall'immunità funzionale, che viene invece posta in relazione agli atti compiuti dall'agente nell'esercizio delle sue attribuzioni.

Titolari di tale esenzione dalla potestà giurisdizionale di un Paese terzo sono, in primo luogo, gli agenti diplomatici⁴², i Capi di Stato, i Capi di Governo, nonché i Ministri degli Esteri⁴³: tali soggetti godono dell'immunità non tanto perché siano tutelate le proprie posizioni soggettive individuali, bensì a garanzia del libero svolgimento della più alta funzione pubblica che sono chiamati a svolgere nell'organizzazione statale.

Se si vuole brevemente guardare alle origini di questo istituto, infatti, è possibile notare che la sua genesi è indissolubilmente legata alla considerazione di cui godevano le attività diplomatiche sin dai primi sviluppi della società internazionale, come stigmatizzato anche dalla massima *ne impediatur legatio*.

Le teorie più attuali, d'altro canto, hanno sviluppato queste premesse per identificare l'odierna ratio dell'immunità personale ad esempio nella c.d. necessità funzionale (“*functional necessity*”)⁴⁴, la già richiamata garanzia di libertà nello svolgimento di attività fondamentali per la vita di relazione internazionale di uno Stato moderno.

A livello di fonti normative, il riconoscimento dell'immunità *ratione personae* per gli agenti diplomatici è espressamente sancito nella Convenzione delle Nazioni Unite sulle Relazioni Diplomatiche, stipulata a Vienna nel 1961 e da allora testo di riferimento nell'ambito in esame; per quanto concerne Capi di Stato o di Governo e Ministri degli Esteri, invece, mancando una regola codificata, è necessario riconoscerne il fondamento giuridico nel diritto internazionale consuetudinario.

Di tale sviluppo si ha ulteriore riscontro in alcune importanti pronunce

⁴² La denominazione si riferisce ai membri del corpo diplomatico di più alto rango, dal momento che, come ormai risaputo, i consoli godono di minori guarentigie rispetto ad ambasciatori e capi-delegazione.

⁴³ Non è mancato chi ha definito tali beneficiari come una “*triad/troika*”. Si veda in tal senso, D'ARGENT P., *Immunity of State Officials and obligation to prosecute*, CeDIE Working Paper n. 04/2013, p. 6.

⁴⁴ V. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, cap. IV, e *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479.

giurisprudenziali, tra le quali particolarmente esemplificativa è ancora una volta quella relativa al caso del *Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio): la Corte di Giustizia Internazionale, all'epoca, aveva ritenuto il provvedimento adottato da parte dell'autorità giudiziaria belga (il mandato d'arresto) come di ostacolo allo svolgimento delle funzioni dell'allora Ministro degli esteri congolese, sulla base di una norma esistente “per consuetudine” e in via di “estensione analogica⁴⁵” a partire dalle immunità diplomatiche. A queste limitazioni di carattere soggettivo alle immunità personali vediamo, poi, che corrisponde una maggiore ampiezza della nozione dal punto di vista oggettivo: gli organi beneficiari, difatti, possono contare su una esenzione assoluta dalla giurisdizione penale di Stati esteri, mentre quella civile è sottoposta ad un certo numero di vincoli processuali e di merito⁴⁶.

Da un punto di vista più generale, oltretutto, quanto agli atti coperti da esenzione, verrebbero in rilievo anche quelli a carattere privato, svincolati dal nesso funzionale con l'ufficio svolto, poiché le attività di questo tipo poste in essere dall'organo statale, come già richiamato, sono protette da ben altro istituto giuridico.

Quanto ai profili temporali è da sottolineare, soprattutto con riferimento agli organi di vertice dello Stato, che la forma di immunità in esame è circoscritta al periodo in cui l'organo resta in carica, non trattandosi di un'esenzione assoluta dal rispetto delle norme vigenti nel foro⁴⁷.

Si pone a questo punto, per gli organi che possono essere riconosciuti come beneficiari di entrambi i tipi di immunità, la questione dei rapporti tra immunità personale e immunità funzionale, dal momento che i due istituti si trovano in sovrapposizione nel tempo in cui l'organo interessato è ancora in carica: nel suddetto periodo, secondo autorevole dottrina, la prima forma di immunità si troverebbe ad

⁴⁵ Il riferimento a questo caso si ha, tra gli altri, in CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, 2006. L'autore cita anche un precedente della giurisprudenza italiana, risolto in un'ordinanza del Tribunale di Roma del 1987 questa volta a carico del ministro degli affari esteri della Repubblica di San Marino (Imp. Bigi).

⁴⁶ Alcuni ritengono, ad esempio, che l'organo statale possa essere convenuto in giudizio per controversie relative “ad attività professionali o commerciali esercitate [...] al di fuori delle funzioni ufficiali”, oppure “azioni reali riguardanti immobili situati nello Stato del foro”; v. in CARBONE, LUZZATTO, SANTAMARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2002. In generale, così anche AKANDE D., SHAH S., *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*.

⁴⁷ Cfr. TONIOLO S., *Dizionario di Diritto Pubblico* (a cura di CASSESE S.).

assorbire quella *ratione materiae*.

Ciò avverrebbe in virtù del fatto che, non solo l'immunità personale è per natura più ampia rispetto a quella funzionale, ma anche perché quest'ultima comporterebbe la necessaria analisi della natura dell'atto posto in essere dall'organo statale incriminato, mentre le categorie prima indicate sarebbero immuni da ogni tipo di pronunciamento o indagine di merito, essendo tutelate direttamente in virtù al loro peculiare status.

Questo tipo di distinzione, quindi, assume rilievo non tanto nel periodo di svolgimento della funzione ufficiale attribuita all'organo, bensì quando la carica da esso ricoperta viene a cessare, e con essa anche la correlata immunità personale: come confermato anche dalla Convenzione di Vienna⁴⁸ del 1961, a questo punto diviene rilevante verificare se gli atti incriminati sono stati posti in essere per interesse privato oppure per necessità funzionale.

Nonostante anche questo tema non sia esente da zone d'ombra o tratti incerti, l'istituto dell'immunità personale si presenta come fortemente riconosciuto e radicato nel tessuto del diritto internazionale: in questo esso si differenzia dalla diversa immunità *ratione materiae*, la cui estensione e caratteristiche hanno contorni sinora meno determinati, ma possono essere sviluppate anche tenendo in considerazione quanto affermato nel presente paragrafo.

Occorre precisare, infatti, che nelle parti successive del lavoro il riferimento alla prassi giurisprudenziale e legislativa concernente anche questo tipo di individui-organi sarà diffusamente mantenuto, in quanto utile, in ogni caso, a comprendere alcuni problemi generali relativi al tema dell'immunità e magari a formulare nuove interpretazioni del rapporto tra immunità personale e funzionale.

4.2 L'IMMUNITÀ FUNZIONALE (ORGANICA O *RATIONE MATERIAE*)

La prima caratteristica che viene alla luce accingendosi ad analizzare l'immunità

⁴⁸ All'art. 39, II paragrafo, della Convenzione di Vienna del 1961 si afferma infatti che «When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease...».

funzionale (o *organica* o *ratione materiae*, o *conduct-based*⁴⁹), degli organi statali dalla giurisdizione straniera, è la difficoltà di attribuire all'istituto una disciplina completa e unitaria. Tanto si rileva non soltanto con riferimento alla contrapposta immunità personale, bensì parte dei punti controversi sorgono con riferimento alla più generale immunità degli Stati stranieri.

Già nei primi anni Sessanta, d'altronde, da parte di autorevole dottrina si richiamava l'attenzione sulla necessità di un approfondimento specifico della materia⁵⁰, di una verifica del suo fondamento consuetudinario che ne permettesse l'eventuale riconoscimento nell'ordinamento italiano, e dei possibili limiti di compatibilità con il sistema giudiziario nazionale.

Dal punto di vista del diritto internazionale il tema si è rivelato essere di stringente attualità non solo in virtù della prassi relativa ad ex Capi di Stato o di Governo relativamente alla commissione di crimini internazionali⁵¹, ma anche e soprattutto per controversie originate dall'attività di altri organi statali, i cui esempi giungono sino alla giurisprudenza più recente⁵².

Il concetto di immunità funzionale comunemente indica l'esenzione dalla giurisdizione di tribunali stranieri per gli organi ufficiali di uno Stato che, nello svolgimento delle loro funzioni, agiscono per conto di esso e, per tali ragioni, si trovano a non dover rispondere personalmente per gli atti che si rivelano contrari al diritto internazionale.

Come sottolineato in apertura, già la denominazione dell'istituto contribuisce a metterne in evidenza l'esclusiva riferibilità oggettiva alle attribuzioni proprie del ruolo

⁴⁹ Cfr. KEITNER C. (2011) *Foreign Official Immunity and the "Baseline" Problem*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, pp. 605 – 621.

⁵⁰ Così MIELE, *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Giuffrè Editore, Milano, 1961.

⁵¹ «A general decline in the deference paid to holders of high offices of State, the general replacement of absolute immunity by qualified immunity in the case of States, and the increasing emphasis on functional needs rather than personal status as the proper basis of immunity will lead to the international position of officials in the service of a foreign State being looked at more critically» (Sir Arthur Watts, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 3rd edition, 2006, par. 23)

⁵² Oltre all'eco suscitata dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, sentenza 3 febbraio 2012, con riguardo ai procedimenti a carico di singoli individui organi si può citare, ad esempio, la decisione della Corte Federale Svizzera del 25 luglio 2012 nel caso Nezzar, così come i procedimenti in corso a carico dei due militari italiani nel caso della Enrica Lexie oppure dinanzi alle Autorità francesi e parallelamente alla Corte Internazionale di Giustizia per quanto concerne le accuse al secondo vice presidente della Guinea Equatoriale Teodoro Obiang Mangué.

ricoperto dall'agente statale, con la conseguente estromissione di qualsiasi comportamento, pur vietato dalla legge, compiuto a titolo personale. Per gli atti di natura meramente privata⁵³, infatti, verrebbe a spezzarsi il collegamento con lo Stato di appartenenza che giustifica il riconoscimento dell'immunità. Questo aspetto verrebbe in particolare rilievo, inoltre, quando l'agente si trova accusato di un crimine internazionale: non soltanto con riguardo alla possibilità di ritenere gli atti incriminati come non compresi nella competenza ufficiale dell'organo⁵⁴, ma correlativamente alla derogabilità, in questi casi contestati, del regime dell'immunità funzionale.

Il riferimento all'aggettivo "*organica*", inoltre, secondo parte della dottrina, starebbe ad indicare che le azioni poste in essere dall'organo dello Stato sarebbero unicamente imputabili a quest'ultimo, in ragione del fatto che l'individuo agente non è che un "mezzo"⁵⁵ tramite il quale lo Stato esplica le attività relative alla propria sovranità, e non può essere considerato personalmente responsabile⁵⁶ per tali condotte.

Ciò non toglie, in ogni caso, per quanti fanno riferimento a tale rapporto, che resterebbe poi da verificare se a sua volta sia lo Stato ad essere immune dalla giurisdizione straniera.

Quanto agli organi che possono beneficiare di tale status di esenzione dalla *potestas puniendi* di Paesi terzi, invece, vediamo che non c'è ancora accordo sul riconoscimento dell'immunità a tutti gli organi statali, senza distinzione di classe o grado, e indipendentemente da dove è stato posto in essere il comportamento incriminato⁵⁷ o la relativa attività d'ufficio. Alla luce degli approfondimenti fino ad ora

⁵³ Parla di «official, not private, conduct» ad esempio WUERTH I., *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, p. 2.

⁵⁴ Si sono dedicati all'analisi di questo aspetto AKANDE D., SHAH S., *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, op. cit., pp. 828 – 832.

⁵⁵ «State officials acting in their official capacity... are mere instruments of a State and their official actions can only be attributed to the State»: questa è l'opinione della ICTY Appeal Chamber così come espressa in una decisione del 18 luglio 1997, relativa al famoso caso Blaskic.

⁵⁶ A questo proposito, R. VAN ALEBEEK, in *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2008), riflette sulla differenza rispetto all'immunità *ratione personae* «that constitutes a classic immunity from jurisdiction, while functional immunity constitutes an exemption from the law in a personal capacity. The term "immunity" may in fact not be the most apposite to describe the phenomenon at hand».

⁵⁷ Così GAETA, CASSESE, JONES, *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, 2002. Nel capitolo relativo alle *Official capacity and immunities*, infatti, si afferma che «Functional immunities cover activities performed by every (corsivo nel testo originale) State official in the exercise of his functions, regardless of where they are discharged».

svolti dalla dottrina, in ogni caso, vediamo che nello specifico le categorie maggiormente interessate dall'applicazione di questo tipo di immunità sono ancora gli agenti diplomatici e i Capi di Stato o di Governo, nonché consoli e organi militari.

Questa attenzione deriva dal fatto che siamo in presenza di organi che generalmente sono ammessi ad operare ed esplicano le loro funzioni nel territorio di uno Stato diverso da quello d'invio, per cui è maggiormente probabile il sorgere di controversie internazionali e la domanda di riconoscimento dell'immunità funzionale.

Quanti pongono l'accento sul rapporto tra immunità dello Stato ed immunità funzionale dell'organo, invece, sono portati ad identificare i beneficiari di quest'ultima prerogativa anche a partire dai principali strumenti convenzionali in materia⁵⁸, come la Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York nel 2004. L'art. 2 del testo citato riporta, infatti, le definizioni implicate, prevedendo alla lettera b) che il termine Stato designa, tra le diverse componenti, anche «i) lo Stato e i suoi diversi organi di governo, ii) le componenti di uno Stato federale o le suddivisioni politiche dello Stato abilitate a compiere atti nell'esercizio dell'autorità sovrana e che agiscono a tale titolo, iii) stabilimenti o organismi statali o altri enti abilitati a compiere e che effettivamente compiono atti nell'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato, iv) i rappresentanti dello Stato che agiscono a tale titolo».

Una ulteriore caratteristica che merita attenzione, quanto all'ambito di applicabilità dell'immunità funzionale, è che questa risulterebbe opponibile alla totalità dei membri della comunità internazionale, con validità, quindi, *erga omnes*: come è stato già sottolineato, si tratterebbe di un riflesso del fatto che le attività interessate non sono svolte dagli organi statali in virtù della propria posizione individuale, bensì si esplicano per conto dello Stato di origine dell'agente.

Il percorso introduttivo al tema specifico dell'immunità funzionale dell'individuo-organo dello Stato, a partire dai rapporti di tale istituto con il potenziale esercizio della giurisdizione straniera, civile o penale, nonché con riferimento all'opportunità della distinzione dei due tipi di immunità, personale o *ratione materiae*, ed ai caratteri principali che ne derivano per i due distinti ambiti, permette di anticipare

⁵⁸ Il riferimento si trova, ad esempio, in TONIOLO S., *Dizionario di Diritto Pubblico* (a cura di CASSESE S.), p. 2914.

le direttrici fondamentali lungo le quali dovrà essere sviluppato il resto del presente lavoro.

In primo luogo, la mancanza di accordo, in dottrina, sulla qualificazione di diversi presupposti dell'immunità funzionale, sottolinea la rilevanza dell'analisi e sistemazione delle diverse teorie elaborate a riguardo, quale necessario punto di partenza nello sviluppo della ricerca, utile a fornire un quadro teorico indispensabile all'esame successivo della prassi legislativa e giurisprudenziale in materia, sia a livello nazionale che internazionale.

In secondo luogo, le differenze rilevate con riferimento ai molteplici contesti applicativi dell'istituto dell'immunità si rivelano riferite a due concetti basilari della materia, vale a dire l'effettiva qualificazione della posizione dell'individuo-organo all'interno dell'organizzazione statale e la natura degli atti da questo posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali attribuite dallo Stato di appartenenza.

Da questo punto di vista, pertanto, un approccio organizzato sul tipo di organo e di funzione permetterà di estrapolare dall'indagine della prassi i tratti distintivi della definizione di una disciplina relativa all'immunità funzionale, con l'obiettivo di fornire alla medesima i necessari caratteri di puntualità, coerenza e univocità.

5. L'IMPOSTAZIONE DELLA RICERCA

5.1 L'IMMUNITÀ FUNZIONALE: SELEZIONE DEGLI ELEMENTI DI APPROFONDIMENTO

Per sua natura, il tema delle immunità in diritto internazionale si pone come particolarmente vasto e connesso con diversi altri settori della materia. Tuttavia si riscontra, al tempo stesso, la volontà e il bisogno di darne una definizione quanto più possibile precisa ed esaustiva.

Quanto affermato è vero anche per l'argomento più specifico delle immunità degli individui-organi dello Stato dalla giurisdizione straniera, soprattutto per quanto concerne la loro immunità *ratione materiae*.

In tale contesto, forse ancora di più rispetto a quello dell'immunità di tipo personale, le posizioni della dottrina e della giurisprudenza si rivelano tuttora assai diversificate; sotto il primo profilo, in particolare, le diversità delle teorie formulate

relativamente al fondamento dell'immunità funzionale sono dovute a molteplici fattori, collegati alle differenti impostazioni di fondo o punti di vista che è possibile adottare nello studio della materia.

Non sono mancati, al tempo stesso, degli sforzi di sistemazione⁵⁹ della letteratura e della giurisprudenza che si è espressa in argomento, così come interventi volti a valorizzarne in special modo le connessioni interdisciplinari.

Quella che risulta ancora carente, tuttavia, è una sintesi, o quantomeno comparazione a più ampio spettro, tra gli aspetti indicati, che possa condurre a fare maggiore luce sull'istituto dell'immunità funzionale dell'individuo-organo dello Stato.

Senza pretese di completezza, data anche l'attualità del tema in esame e la sua considerazione da parte di organismi e corti nazionali ed internazionali, l'intento comparativo rappresenta un elemento cardine del presente lavoro.

In primo luogo, infatti, la ricerca sarà volta alla ricognizione delle diverse teorie che sino ad ora sono state elaborate relativamente alla ratio ed ai caratteri dell'immunità *ratione materiae*, con il proposito di delineare le possibili direttrici comuni.

A seguire la prassi legislativa e giurisprudenziale sarà organizzata e studiata sulla base delle diverse categorie di organi per cui l'immunità funzionale è stata invocata, con l'obiettivo di verificarne l'effettivo riconoscimento giurisprudenziale e quindi di derivare una definizione comune di "organo dello Stato ai fini dell'immunità.

Sarà dato spazio, inoltre, all'analisi comparatistica tra i diversi sistemi giuridici di *common law* e *civil law* in merito alla considerazione dell'immunità funzionale, aspetto meritevole di approfondimento in quanto legato ad alcune delle differenze di impostazione pocanzi menzionate.

⁵⁹ Possono essere richiamati a tal proposito, in particolare: DE SENA, P. (1996) *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore; VAN ALEBEEK, R. (2007) *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press; FRANEY, E.H. (2011) *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London; VERHOEVEN, J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris; PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014. Allo stesso modo si possono menzionare i lavori della Commissione del Diritto Internazionale sul tema dell'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, a partire dal *Memorandum* elaborato dal Segretariato-Generale ONU nel 2008 e sino ai lavori attuali, volti alla considerazione e scrittura di alcuni dei primi articoli in materia.

Conseguito questo obiettivo intermedio, lo studio si concentrerà sul tipo di funzione ufficiale posta in essere dall'individuo-organo per conto dello Stato, valutando se tale concetto possa essere definito in via autonoma o se, piuttosto, possa essere delineato attraverso l'approfondimento di ulteriori questioni giuridiche potenzialmente connesse alla materia dell'immunità funzionale e meritevoli di approfondimento al fine di fare ulteriore chiarezza sulla materia.

Si tratta, in particolare, di tre parallelismi che è possibile ipotizzare tra il presente tema dell'immunità *ratione materiae* degli organi statali e quello della responsabilità internazionale dello Stato, della responsabilità dell'individuo, nonché dell'immunità riconosciuta allo Stato di appartenenza dell'organo.

Il fine sarà quello di chiarire il significato che è possibile attribuire al termine "funzione ufficiale" ai fini del riconoscimento dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, e soprattutto di verificarne il possibile bilanciamento rispetto alle categorie di organi statali individuate dall'esame della prassi.

L'obiettivo finale, tanto degli approfondimenti intermedi quanto delle conclusioni generali che si cercherà di elaborare grazie all'analisi congiunta delle diverse teorie dottrinali e la rispettiva prassi, è comunque quello di definire fondamento e concetti essenziali con riguardo all'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera.

Pochi concetti chiave che, però, siano in grado di portare importanti elementi di chiarezza in una materia tanto rilevante per il diritto internazionale e gli ordinamenti interni degli Stati, quanto tuttora estremamente magmatica e non priva di contestazioni.

5.2 LIMITAZIONI ED ECCEZIONI IN TEMA DI IMMUNITÀ: LE RAGIONI DI UN'ESCLUSIONE

L'impostazione che si è deciso di seguire nello sviluppo della presente ricerca, si è in parte accennato, è di comparazione e sintesi tra le considerazioni di vario segno che sono state elaborate con riferimento al fondamento dell'immunità *ratione materiae*, così come dei suoi principali elementi definatori.

Per tali ragioni, si ritiene che l'approccio alla totalità delle questioni che possono venire in rilievo nello studio dell'argomento, quanto ad esso preliminari o conseguenti,

rischierebbe di rendere eccessivamente ampio lo spettro di indagine e difficoltoso lo sforzo di sintesi che si intende compiere. Conseguentemente le linee di approfondimento lungo le quali sarà condotta la ricerca confluiranno nella definizione di concetti tanto essenziali quanto antecedenti rispetto ad ogni ulteriore elaborazione.

Oltre alle singole questioni già anticipate che saranno sviluppate nel testo dei capitoli successivi, in questa sede preme sottolineare che il tema delle criticità e possibili eccezioni al riconoscimento dell’immunità funzionale degli organi dello Stato non sarà oggetto di dedicato approfondimento.

Per quanto non si dubiti dell’estrema rilevanza ed attualità dell’argomento, infatti, che si rivela essere al centro di una parte consistente della prassi recente in materia di immunità, ci sembra che questo rappresenti comunque un problema successivo alla compiuta definizione delle condizioni in presenza delle quali l’immunità può essere riconosciuta⁶⁰.

In altri termini, pare opportuno prima chiarire la regola, e poi valutare le possibili eccezioni che possono eventualmente essere lette come sua conferma.

Per tale motivo, così come per ragioni di economia e razionalizzazione del lavoro, dunque, non si andranno a valutare criticamente anche tutti i casi in cui l’immunità dell’individuo-organo non può essere riconosciuta e le relative argomentazioni, soprattutto con riferimento alle ipotesi di commissione di crimini di diritto internazionale.

Ciononostante, è bene altresì chiarire, parte della prassi concernente limitazioni ed eccezioni all’immunità sarà comunque diffusamente richiamata nel prosieguo della ricerca, proprio perché spesso contenente l’interpretazione di principi rilevanti a livello più generale e quindi anche ai fini specifici della presente ricerca.

Quello che si è preferito non riservare ad apposita trattazione nella presente sede,

⁶⁰ Anche la Commissione del Diritto Internazionale ha dimostrato di seguire un approccio analogo, scegliendo di dedicarsi al tema delle eccezioni e limitazioni al riconoscimento dell’immunità solo dopo averne studiato i principali elementi definatori: «the issue of limitations and exceptions to immunity should be addressed once the analysis of the normative elements of immunity *ratione personae* and immunity *ratione materiae* has been completed. This is for the obvious reason that only after examining the basic elements that define the general regime applicable in abstract terms to immunity from foreign criminal jurisdiction is it possible to address the complex question of whether that general regime may be subject to limitations and exceptions. In addition, it has been pointed out that the issue of limitations and exceptions to immunity must be analysed both comprehensively and with reference to the two types of immunity referred to above» (cfr. *Fifth Report Escobar Hernandez* (2016), par. 10).

in sostanza, è la compiuta esplicazione delle diverse teorie, atti legislativi e prassi giurisprudenziale in merito ai casi in cui l'immunità, che in linea di principio sarebbe ordinariamente affermata, non può essere riconosciuta⁶¹, soprattutto data la complessità

⁶¹ Sintetizzare lo stato attuale delle conoscenze sulla materia è tutt'altro che semplice, posto che l'esistenza e le limitazioni al riconoscimento delle immunità agli organi dello Stato, soprattutto quando sospettati di aver commessi gravi crimini internazionali, è uno dei settori su cui si concentrano maggiormente le elaborazioni della dottrina e le decisioni di maggior rilievo della giurisprudenza. Tanto è vero che ampie trattazioni sono state dedicate al singolo argomento individualmente considerato: si vedano, ad esempio, le opere di FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore; VAN ALEBEEK R. (2007), *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press; AKANDE D., SHAH S. (2011), *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21 n. 4; PEDRETTI R. (2015), *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes* (Developments in International Law), Leiden, Brill - Nijhoff; Lam edition. Con riferimento alla prassi legislativa, invece, il tema delle limitazioni e delle eccezioni al riconoscimento dell'immunità è preso in considerazione da una serie di convenzioni internazionali ad essa relative, come le Convenzioni di Vienna sulle immunità diplomatiche (1961) e sulle missioni speciali (1969), la Convenzione delle Nazioni Unite sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati e dei loro beni (2004), così come negli statuti di alcuni tribunali internazionali, il cui esempio più rilevante è certamente rappresentato dall'articolo 27 dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, che ha a sua volta influenzato anche la legislazione adottata a livello interno da alcuni ordinamenti nazionali (per un ulteriore approfondimento v. GAETA, CASSESE, JONES (2002), *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, 2002; LANCIOTTI, A. (2013) *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Torino, Giappichelli Editore). In merito alla prassi giurisprudenziale, che, invece, come accennato, sarà comunque citata per alcuni casi nel corpo del presente lavoro, data la rilevanza delle argomentazioni sviluppate in alcune di tali sentenze, le decisioni della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del *Mandato d'arresto (Congo c. Belgio)* o delle *Immunità giurisdizionali degli Stati (Germania c. Italia)* sono certamente tra le più note, così come quelle della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nei casi Jones e Al-Adsani. Ben più numerose, poi, sono le sentenze delle corti nazionali che spesso sono giunte a negare il riconoscimento dell'immunità dalla propria giurisdizione dell'individuo-organo straniero accusato di gravi crimini internazionali. Anche la Commissione del Diritto Internazionale si è recentemente occupata dell'argomento nel contesto del suo quinto report (2016) sull'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, *Fifth Report of the Special Rapporteur, Ms. Concepción Escobar Hernández* (68th session of the ILC, 2016 - A/CN.4/701); la Commissione ha chiarito, tra le altre cose, la differenza tra le limitazioni (legate alle caratteristiche fondamentali dell'istituto) ed eccezioni (elementi introdotti dal contesto esterno) al riconoscimento dell'immunità, prendendo altresì in esame casi concreti in cui queste ipotesi particolari sono state invocate. Se si guarda, infine, alle ragioni per cui il tema desta così tanto interesse nella dottrina e giurisprudenza internazionali, è bene anche solo accennare alle difficoltà di considerare separatamente immunità e impunità, tutela del diritto di accesso alla giustizia e del diritto alla riparazione per la violazione subita, rispetto delle norme internazionali di jus cogens. Nonostante le considerevoli pressioni in tal senso (tra le quali si può citare, in particolare, la giurisprudenza italiana sulle richieste di risarcimento dei danni subiti dalle vittime italiane della Germania nazista – da ultimo con una sentenza della Corte costituzionale, n. 238 del 2014, ulteriormente confermata anche dalla Corte di cassazione n. 15812/16 del 3 maggio 2016 che pone addirittura in discussione il giudicato della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Germania c. Italia*, «pur riconoscendosi che la

di bilanciamento tra principi fondamentali e istanze di tutela che questi temi sono in grado di sollevare.

Posto che tali aspetti, in attuale e continua evoluzione, sono già stati oggetto di specifica attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, la scelta è stata effettuata con riserva e speranza di poter rielaborare il presente lavoro in una fase successiva e con l’opportunità di approfondire con la dovuta attenzione anche il problema delle eccezioni al riconoscimento dell’immunità, anche attraverso il confronto con i risultati acquisiti al termine della corrente fase della ricerca.

In conclusione, posto che in questo capitolo introduttivo, da un lato, sono stati accennati alcuni problemi preliminari rispetto allo studio dell’immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera e, dall’altro, si è chiarito quali argomenti, invece, non potranno formare oggetto di valutazione nell’ambito del lavoro, è ora possibile procedere con la ricerca così come delineata, partendo quindi dallo studio della dottrina e delle differenti teorie in essa ravvisabili, e sviluppando sulla base di quanto emerso e sintetizzato nel capitolo successivo le conseguenti linee conduttrici della ricerca.

*** * ***

vincolatività, ex art. 1, legge 17 agosto 1957 n. 848, delle decisioni della CIG, in quanto organo dell’ONU, costituisce una delle limitazioni di sovranità alle quali, ai sensi dell’art. 11 della Costituzione, l’Italia ha consentito in favore delle organizzazioni internazionali volte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni, va nondimeno affermata la perdurante operatività della barriera costituita dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione», p. 6) risulterebbe ancora tutt’altro che compiutamente ed univocamente affermata.

CAPITOLO II

LE TEORIE RELATIVE AL FONDAMENTO ED APPLICAZIONE DELL'IMMUNITÀ *RATIONE MATERIAE*

SOMMARIO: 1. Una complessa classificazione – 2. Le teorie che riconoscono un regime generale in materia di immunità funzionale a partire da principi generali di diritto internazionale – 2.1 Il complesso rapporto tra la responsabilità dello Stato e dell'individuo organo: le teorie dell'atto di Stato – 2.2 Immunità e considerazione dello Stato dal punto di vista organizzativo e di diritto interno – 2.3 Riferimenti ad un autonomo regime consuetudinario in tema di immunità funzionale – 3. Le concezioni che riconoscono una disciplina generale per l'immunità funzionale ma ne limitano l'efficacia – 3.1 Critiche agli orientamenti precedenti – 3.2 Le alternative proposte: fondamento e limiti dell'esercizio della funzione – 4. Le teorie che prevedono un regime complesso o differenziato – 4.1 Le ragioni della differenziazione – 4.2 Lo studio del tipo di attività posta in essere dall'individuo-organo – 4.3 Valutazione delle categorie di organi statali interessate da immunità funzionale – 4.4 Un regime frammentato, ma con alcuni tratti comuni – 5. Il lavoro della Commissione del Diritto Internazionale con riferimento all'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale – 6. Osservazioni conclusive – 6.1 I principali temi meritevoli di approfondimento – 6.2 Questioni metodologiche nella considerazione dell'immunità funzionale.

*** * ***

1. UNA COMPLESSA CLASSIFICAZIONE

L'analisi introduttiva dei principali profili legati al tema generale delle immunità di diritto internazionale ha contribuito a mettere in luce i termini di un dibattito teorico che da tempo occupa i principali studiosi della materia. Con particolare riferimento all'immunità di natura funzionale tale confronto ci restituisce, oggi, un quadro piuttosto articolato della disciplina da riservare al trattamento degli organi statali stranieri, anche a partire dal suo fondamento giuridico.

Ciascuna delle posizioni espresse in materia risente non soltanto del contesto storico e giuridico di riferimento, ma anche e soprattutto del punto di partenza su cui l'analisi viene impostata, che può essere il rapporto tra responsabilità individuale e dello Stato per atti internazionalmente illeciti, il tipo di funzione in ambito della quale tali atti sono commessi, oppure la posizione assunta dell'organo all'interno dell'organizzazione statale. La complessità del quadro è ulteriormente evidenziata dai diversi principi di diritto internazionale generale che qui vengono in rilievo, con riguardo al tema

dell'immunità funzionale, ma anche, ad esempio, all'esercizio della giurisdizione e alla tutela dei diritti umani.

Nondimeno, l'elaborazione teorica sul fondamento e disciplina dell'immunità funzionale degli organi dello Stato, pur in maniera discontinua, si è notevolmente evoluta, soprattutto parallelamente ai contributi della giurisprudenza nazionale e internazionale. Proprio l'incremento dei casi e la maggiore frequenza con la quale il tema dell'immunità viene in rilievo contribuiscono a stimolare il dibattito in materia e la necessità che da questo si giunga alla definizione di principi e regole condivise.

In un panorama così descritto operare una classificazione della ricchezza e diversità di posizioni espresse dalla più autorevole dottrina è di certo un compito non semplice, tanto è vero che sono pochi gli autori che si sono impegnati a ricostruire il quadro complessivo della materia.

Tra le opere che hanno affrontato l'argomento con maggiore sistematicità quella di De Sena rappresenta un prezioso punto di partenza al fine di verificare il panorama attuale delle teorie sull'immunità di tipo funzionale.

In *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (Milano, 1996), l'autore distingue tre principali filoni dottrinali, il primo dei quali è rappresentato da coloro i quali ritengono le immunità in esame come assoggettabili ad una disciplina di carattere generale, indipendentemente dal tipo di attività posta in essere dall'organo interessato. Scendendo più nel dettaglio, un ulteriore insieme identificato circoscrive il fondamento dell'immunità *ratione materiae* alle attività classificabili come "internazionalmente lecite". In via residuale, infine, si dà conto della difficoltà di riscontrare tratti comuni ed univoci ai precedenti orientamenti, ponendo piuttosto l'attenzione sulla complessità di situazioni (e possibili conseguenze) in cui l'agire dell'organo statale viene in rilievo.

Nel dare conto del dibattito scientifico sviluppato nei decenni precedenti, l'opera di De Sena indubbiamente sopperisce alla mancanza di una ricostruzione organica della materia.

Occorre, tuttavia, a parere di chi scrive, prendere atto che la prassi legislativa e giudiziaria di organi nazionali ed internazionali negli ultimi anni si è ampliata, oltre che resa più complessa. Le stesse Corti europee ed internazionali, così come i giudici nazionali, sono stati più volte investiti della questione, mentre il legislatore, in alcuni

casi, si è visto costretto ad approfondire la materia a più livelli al fine di dare il proprio contributo in termini normativi.

Un ulteriore elemento, inoltre, che ha assunto sempre maggiore rilevanza riguarda il difficile dialogo tra la materia delle immunità di diritto internazionale e la necessità di assicurare il diritto di accesso al giudice per le vittime degli atti incriminati, in particolar modo quando viene in rilievo la commissione di crimini internazionali⁶².

Alla luce di tali elementi è facile intuire come gli studi sull'immunità funzionale si siano moltiplicati e, soprattutto, indirizzati verso profili specifici legati a questo tema, come le differenti tipologie di organi dello Stato potenzialmente coinvolti, le attività che i medesimi possono porre in essere, oltre che al contesto del loro operare.

Il panorama dottrinale merita pertanto un aggiornamento in grado di mettere in luce le linee di pensiero attuali.

A questo proposito, indipendentemente dalle evoluzioni intercorse negli ultimi anni, le teorie che tradizionalmente riconoscono un regime unico per l'immunità organica considerata in quanto tale rappresentano ancora un cardine del dibattito in materia.

Il tratto attualmente caratterizzante questo genere di posizioni risiede nel loro essere imperniate su principi generali di diritto internazionale, diversi a seconda del punto di vista cui viene data preminenza. Il regime così individuato, però, è ritenuto valido per la generalità degli agenti dello Stato e per tutte le attività da essi posti in

⁶² V. l'ordinanza con cui il Tribunale di Firenze in data 21 gennaio 2014 ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle leggi che obbligano lo Stato Italiano a conformarsi alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia in tema di immunità della Germania dalla giurisdizione nazionale (con riferimento agli artt. 2 e 24 della Carta). Il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale è stato poi definito con la citata sentenza n. 238 del 2014 (rel. Tesauro), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 (Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) e dell'art. 1 della legge 17 agosto 1957, n. 848 (Esecuzione dello Statuto delle Nazioni Unite, firmato a San Francisco il 26 giugno 1945), limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia (CIG) del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona; nonché dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma «prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell'art. 10, primo comma, Cost.», della norma consuetudinaria di diritto internazionale sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati.

essere per suo conto, coprendo quindi sia la responsabilità civile che penale⁶³.

Diversamente, un secondo filone sottolinea la necessità di valutare principalmente le categorie di azioni che possono far capo alla funzione propria degli organi interessati, ritenendo l'efficacia dell'immunità limitata soltanto a quante rivestono i caratteri della liceità.

Altra autorevole dottrina, infine, è giunta a conoscere della materia ad un ulteriore grado di complessità, sino a rilevare come il tema dell'immunità funzionale non può essere ricondotto ad una disciplina unica e generalizzata, bensì pare piuttosto caratterizzato da un regime differenziato o ristretto. Si avrà modo, nella parte dedicata all'analisi di queste ultime posizioni, di capire quali sono gli aspetti che, per l'appunto, qualificano i diversi approcci.

È chiaro come ciascuno dei filoni individuati meriti un approfondimento a sé: al termine dell'analisi svolta nel presente capitolo obiettivo sarà una maggiore chiarezza a livello teorico, in conseguenza della quale affrontare con un differente grado di consapevolezza l'esame della prassi legislativa e giudiziaria in materia.

2. LE TEORIE CHE RICONOSCONO UN REGIME GENERALE IN MATERIA DI IMMUNITÀ FUNZIONALE A PARTIRE DA PRINCIPI GENERALI DI DIRITTO INTERNAZIONALE

Il trattamento degli organi statali che si trovano ad operare su un territorio diverso da quello di appartenenza da sempre richiama l'applicazione di alcuni dei principi fondanti la pacifica convivenza all'interno della comunità internazionale, sia relativamente alla tutela della sovranità nazionale che alla certezza dei rapporti interstatali. Tali fondamenti potrebbero essere i più vari, tuttavia, circoscrivendo la loro analisi all'ambito dell'immunità *ratione materiae*, vi sono delle considerazioni preliminari di cui tener conto.

Nel contesto delle teorie che riconoscono un regime generale alla forma di immunità in esame, infatti, il complesso rapporto tra questa e la già consolidata esenzione degli Stati dalla giurisdizione straniera assume importanza centrale.

⁶³ Cfr., ad es., MORELLI G. (1967), *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam, 1967, p. 216: «Uno Stato [...] non può, in particolare, ricollegare a quella attività conseguenze di diritto civile o di diritto penale a carico dell'individuo».

Questo legame comporta, poi, una fondamentale associazione relativamente al rapporto tra illecito commesso dall'agente statale, da una parte, e responsabilità dell'organizzazione centrale, dall'altra. Analisi che, come avremo modo di spiegare a breve, fa perno sui concetti di imputabilità dell'atto ed esercizio della giurisdizione.

Va altresì sottolineato che, nonostante il collegamento con l'immunità statale rappresenti la matrice principale di questo insieme di orientamenti, non manca di certo chi fa piuttosto discendere la disciplina unitaria delle immunità organiche da un autonomo regime consuetudinario, facente quindi leva su diversi principi di diritto internazionale.

Questo non vuol dire, in ogni caso, che non possano essere riscontrati dei tratti comuni nelle teorie in esame le quali, pur differendo l'una dall'altra per questioni di metodo, contribuiscono tutte a delineare per l'immunità funzionale generale ad ancora a principi cardine del diritto internazionale.

2.1 IL COMPLESSO RAPPORTO TRA LA RESPONSABILITÀ DELLO STATO E DELL'INDIVIDUO ORGANO: LE TEORIE DELL'ATTO DI STATO

Con un'opera dal titolo emblematico, *La pace attraverso il diritto*, Hans Kelsen è uno dei più autorevoli autori che sostanzialmente hanno trattato il tema delle immunità degli organi dello Stato a partire proprio dai principi relativi alla responsabilità internazionale di quest'ultimo.

A tal proposito si parte dall'assunto in base al quale lo Stato agisce sulla scena internazionale solo tramite individui: gli atti dello Stato sono atti compiuti da individui nella loro qualità di organi e, perciò, imputati allo Stato⁶⁴. L'autore è molto chiaro nel sottolineare che tale impostazione corrisponde al "diritto internazionale generale", e di conseguenza l'individuo che ha compiuto l'azione incriminata «non può essere considerato responsabile per questo atto da un altro Stato senza il consenso dello Stato del cui atto si tratta⁶⁵».

Il principio generale e notoriamente riconosciuto cui questa teoria si riconduce è

⁶⁴ Cit. KELSEN H., *La pace attraverso il diritto* (1944), a cura di L. CIAURRO, Giappichelli Editore, 1990, p. 105.

⁶⁵ *Ivi*, p. 112.

quello in base al quale «le Corti di uno Stato non sono competenti nei riguardi degli atti di un altro Stato». Il fatto che l'immunità dell'organo sia quindi individuata a partire dalla responsabilità c.d. collettiva statale esclude, secondo Kelsen, l'imputabilità dell'agente che «come membro del governo, su comando o con l'autorizzazione del governo⁶⁶» ha posto in essere la condotta contestata.

Il fondamento e la formulazione della teoria kelseniana lasciano ben intendere come, nonostante lo studio sull'argomento sia stato intrapreso per dare una risposta alla responsabilità dei due conflitti mondiali, il giurista si esprima in termini generali in grado di ricomprendere la generalità degli organi che agiscono in nome e per conto dello Stato.

Ciò non toglie, tuttavia, che siano riconosciute delle potenziali eccezioni alla regola in esame, valide, in primo luogo, in presenza di un trattato internazionale che regoli l'esercizio della giurisdizione tra due Stati in modo differente dalla disciplina ordinaria. Kelsen non manca di recepire, inoltre, in maniera significativa rispetto alle evoluzioni dei decenni successivi, le necessità di assicurare in ogni caso la punizione di coloro che si sono resi responsabili di crimini di guerra, o quantomeno di violazioni altrettanto gravi del diritto internazionale.

La posizione espressa da Kelsen con riferimento al rapporto tra responsabilità dello Stato e dell'individuo organo e al conseguente esercizio della giurisdizione su quest'ultimo da parte di Corti straniere conserva un'eco tuttora attuale per parte della dottrina.

Una delle voci più qualificate che, in epoca più recente, si sono basate anche sulla teoria kelseniana per un'ulteriore elaborazione in tema di immunità funzionale è quella di H. Fox.

È significativo che il punto di partenza, in questo caso, sia proprio la teoria della c.d. immunità ristretta degli Stati, afferente alla nota distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*.

All'esenzione degli Stati dalla giurisdizione di Corti straniere l'autrice riconosce un triplice fondamento⁶⁷, relativo in primo luogo all'impossibilità, per i giudici

⁶⁶ *Ivi*, p. 114. L'autore cita, a supporto della sua teoria, le posizioni espresse dal Segretario di Stato statunitense Webster nelle more del celebre caso McLeod (1841).

⁶⁷ Cfr. FOX H., *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, pp. 28 – 33.

nazionali, di far eseguire un'eventuale decisione contro un Paese terzo, oppure, in secondo luogo, basato sul ricorso all'analogia rispetto all'immunità di cui lo Stato stesso gode nei confronti delle leggi dal medesimo promulgate⁶⁸. La terza direttiva che viene in rilievo, infine, afferisce ai principi di indipendenza ed uguaglianza degli Stati ed è espressa dalla ben nota massima *par in parem non habet imperium*.

Questo principio, in particolare, è riconosciuto come valido ed efficace sin dalla fine del XIX secolo, riportato nel rapporto del 1926 al Comitato di esperti della Lega delle Nazioni sulla codificazione del diritto internazionale, nonché riaffermato nella relazione allegata alla Convenzione Europea sull'Immunità degli Stati del 1972.

Con riferimento al trattamento degli organi statali, invece, l'influenza del pensiero di Kelsen è ben evidente se si considerano le posizioni espresse da Fox analizzando la delicata questione della qualificazione dell'immunità come impedimento di carattere procedurale piuttosto che come uno strumento di difesa sostanziale del soggetto. In questo senso la base dell'immunità funzionale viene collegata all'identificarsi dello Stato come persona giuridica in grado di agire sulla scena internazionale soltanto per mezzo di individui-organi le cui condotte sono qualificabili esclusivamente come atti di Stato⁶⁹.

La generalità del principio su cui l'immunità *ratione materiae* degli organi statali è fondata si collega altresì al riconoscimento di una disciplina unitaria per la totalità degli agenti interessati.

Pur partendo, infatti, da una distinzione tra la posizione peculiare di determinati organi che occupano le più alte posizioni nell'organizzazione statale⁷⁰, e un ulteriore

⁶⁸ *Ivi*, p. 32, «it is not possible for the State as the source of the law to be subject to the laws which it makes».

⁶⁹ FOX, H. (2012) *Functions of State Officials and the Restrictive Rule of State Immunity*, in *Perspectives of international law in the 21st century - Perspectives du droit international au 21e siècle: liber amicorum Professor Christian Dominice in honour of his 80th birthday*, Leiden. Cfr. p. 130, dove si indica chiaramente: «Functional immunity thus serves to identify the State as the person in international law to whom the official act is attributable and may further serve as a substantive defence to any liability of the official».

⁷⁰ All'analisi di questo aspetto, la cui rilevanza sarà ancora più evidente nella parte finale del presente capitolo, è dedicato l'intero capitolo 10 di FOX H. (2002), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, cfr. pp. 421 – 473. L'autrice, a tal proposito, parte proprio dall'assunto per cui «State immunity developed out of the separate immunity granted by national courts to personal sovereigns, foreign ambassadors and their retinues and visiting troops of warships of a foreign State. Those immunities from the jurisdiction of national courts have continued as distinct regimes alongside the immunity of the

insieme che racchiude tutti coloro che indistintamente svolgono funzioni ufficiali per conto dello Stato di appartenenza, si sottolinea che è proprio questa più ampia categoria a beneficiare dell'immunità funzionale sia durante che dopo l'espletamento dell'incarico ufficiale⁷¹.

A partire da principi generali in materia di responsabilità statale, dunque, si ricava una disciplina altrettanto generale e valida per tutti i singoli individui agenti in territorio straniero in nome dello Stato di invio.

Tali orientamenti, a loro volta, non mancano di essere ulteriormente ripresi e sviluppati nella letteratura più recente, spesso con riferimento a profili prima d'ora non messi in luce nello studio del tema dell'immunità funzionale.

Ci si riferisce, in questo caso, all'analisi condotta da autorevole dottrina anglosassone, che riprende espressamente la posizione argomentata da Fox continuando a sottolineare la centralità, in questo tema, del principio della sovrana uguaglianza degli Stati.

Il necessario corollario di tale affermazione viene ribadito nel fatto che l'immunità *ratione materiae* ufficialmente protegge l'individuo ma è comunque basata sull'immunità degli Stati⁷².

Al fine dell'effettivo riconoscimento di tale protezione, inoltre, la dottrina in esame individua, ad esempio, la necessità che l'immunità sia espressamente invocata da parte dello Stato per conto del quale l'organo agisce o ha agito, non essendo sufficiente che tale difesa sia sollevata soltanto dalla persona in sé⁷³. Il collegamento dell'immunità dell'individuo con quella statale comporta ulteriormente che, in questo contesto, il ruolo

artificial person, the State, and on occasion may be pleaded with State immunity» (p. 421). Nondimeno, nella parte finale della sua opera FOX si interroga anche sull'opportunità di abbandonare un regime generale in tema di immunità funzionale a fronte di una serie di discipline speciali, concludendo che «there are good reasons to favour this model in that specific solutions can be devised for specific situations. It would however lead to complexity and lack of uniformity, with specialist bodies applied without reference to any general principles», cfr. pp. 552 – 553.

⁷¹ *Ivi*, p. 129.

⁷² Cfr. WUERTH I. (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions*, in *Swiss Review of International and European Law* 207, p. 9. L'autrice riprende a sua volta Fox, *The Law of State Immunity*, 2002: «The purpose of both must be to give protection to the performance of the public functions of the State in the manner which international law requires in respect of independent and equal States» (p. 455).

⁷³ Cfr. WUERTH I. (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions*, pp. 8 – 9.

dell'*executive branch*⁷⁴ assuma una particolare rilevanza nel rapporto con le corti nazionali e sovranazionali sul tema dell'esercizio o meno della giurisdizione sugli atti compiuti da organi stranieri.

Che considerazioni di tal segno siano riferibili alla generalità degli organi statali, infine, si evince considerando che la dottrina oggetto di studio indirizza la propria analisi non soltanto alla posizione di capi di Stato o di governo, bensì al complesso degli organi di livello minore⁷⁵, anche successivamente all'espletamento dell'incarico, in relazione ai quali la prassi si dimostra sempre più ricca ed articolata.

Richiamato il gruppo di autori che hanno sviluppato la disciplina generale dell'immunità funzionale a partire dal principio generale di diritto internazionale dell'uguaglianza sovrana degli Stati, va rilevato altresì che altra parte della dottrina riconosce analogo regime sulla base di diversi fondamenti.

Una delle teorie espresse con maggiore chiarezza e coerenza⁷⁶ da questo punto di vista è certamente quella di Morelli, il quale centra il tema del trattamento degli organi stranieri, e soprattutto gli obblighi internazionali per gli Stati in materia, sul principio generale del rispetto dell'organizzazione interna degli Stati⁷⁷. In questo contesto allo Stato è associata una forma di personalità giuridica, un modo di essere, internazionalmente imposto, cui si collega l'esonazione dell'individuo organo dalla giurisdizione per atti compiuti nell'espletamento di funzioni d'ufficio.

È interessante notare, oltretutto, come l'autore, dalla generale validità del principio enunciato, inferisca che «così gli obblighi che da esso derivano riguardano, in genere, tutti gli organi stranieri, a qualunque categoria essi appartengano e qualunque sia il carattere, esterno od interno, dell'attività da essi compiuta⁷⁸».

L'unica condizione richiesta per l'operare del beneficio consiste nell'ufficialità della carica o della funzione in capo all'agente statale. Nondimeno si afferma che l'esonazione così come delineata vieta di ricollegare «conseguenze di diritto civile o di

⁷⁴ Si veda, in tal senso, sempre WUERTH, I. (2012), *International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, n. 2, 2012, pp. 2-3.

⁷⁵ Sempre WUERTH, *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, p. 1.

⁷⁶ Come sottolineato anche da DE SENA P. (1996) *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore, p. 6.

⁷⁷ MORELLI G., *Nozioni di diritto internazionale*, VII Ed., 1967, Cedam, pp. 214 – 215.

⁷⁸ *Ibidem*.

diritto penale a carico dell'individuo».

Pur nell'ambito di una disciplina riconosciuta come generalmente applicabile, tuttavia, non si manca di sottolineare almeno due eccezioni all'operare dell'immunità.

Si tratta, peraltro, di criteri comunemente associati all'esclusione del beneficio in esame. Se, infatti, l'immunità come descritta è ritenuta riconoscibile alla generalità degli organi dello Stato a patto che i medesimi svolgano la propria funzione in maniera ufficiale, non desta sorpresa che la dottrina in commento ne escluda l'operatività nel caso in cui la condotta incriminata dell'agente sia stata posta in essere nel contesto di attività c.d. clandestine. Anche in questo contesto, inoltre, è ritenuto preminente l'esercizio della giurisdizione, anche straniera, nei confronti di coloro che si siano resi responsabili di crimini di guerra, vera e propria eccezione al regime di carattere generale relativo al trattamento dell'individuo-organo⁷⁹.

2.2 IMMUNITÀ E CONSIDERAZIONE DELLO STATO DAL PUNTO DI VISTA ORGANIZZATIVO E DI DIRITTO INTERNO

Il primo gruppo di teorie preso in esame condivide al suo interno il fatto di riconoscere la validità di un regime unitario per l'immunità funzionale a partire da principi generali del diritto internazionale, afferenti principalmente al complesso rapporto tra responsabilità individuale e dello Stato.

Più precisamente, inoltre, la *ratio* comunemente riconosciuta alla protezione del singolo consiste nell'imputazione degli atti da esso compiuti allo Stato di appartenenza, che di conseguenza ne sarebbe l'unico responsabile.

Sempre restando nell'alveo di quella dottrina che, attraverso il diritto internazionale generale, delinea una disciplina complessiva relativamente al trattamento degli organi stranieri, va tuttavia rilevato che i principi impiegati a sostegno di tali teorie, più che al rapporto tra atti dello Stato e dell'individuo agente o al necessario rispetto dell'uguaglianza e organizzazione nazionale, concernono altri aspetti pur legati all'argomento in esame.

Intendiamo far riferimento, a questo proposito, a posizioni come quella di

⁷⁹ Citato da DE SENA, in *Diritto internazionale e immunità funzionale*, p. 10.

Seyersted, che ritiene l'immunità funzionale «espressione di un principio di carattere generale volto a tutelare l'esercizio esclusivo, da parte dello Stato, della propria giurisdizione, relativamente alla materia dei rapporti intercorrenti tra lo Stato medesimo ed i propri organi⁸⁰».

Il concetto che riassume tale orientamento, ben in linea con la tradizione giuridica anglosassone, è quello di *organic jurisdiction*⁸¹, principale manifestazione del regime giuridico generale in cui si estrinseca la personalità dello Stato. Inteso il termine indicato nel significato ad esso associato dall'autore, si può certamente notare un'affinità della teoria dell'*organic jurisdiction* con quelle precedentemente analizzate e precisamente incardinate sulla personalità dello Stato. Nonostante ciò i due orientamenti si distinguono sotto un duplice profilo.

In primo luogo la teoria così impostata è ritenuta valida anche, ad esempio, per le organizzazioni internazionali dotate di un elevato grado di autonomia, essendo riferibile ad esse, analogamente agli Stati, un certo regime di autarchia.

Soprattutto, però, il dato di cui tener conto sta nel mancato obbligo di considerare le azioni individuali quali atti dello Stato, in virtù di una qualche forma di “personificazione” dell'attività statale. Il rapporto tra Stato ed organo, infatti, sarà piuttosto preso in considerazione ai fini di un dovere generale di non ingerenza⁸² di Paesi terzi in tali relazioni ed esercizio della giurisdizione.

La teoria appena descritta, sebbene afferente a considerazioni abbastanza specifiche e culturalmente orientate in fatto di giurisdizione e organizzazione statale, sembra aver avuto eco anche nel dibattito scientifico italiano sui fondamenti dell'immunità funzionale.

La tutela del rapporto tra lo Stato ed i suoi organi, infatti, sul finire degli anni '60 è ripreso anche da Quadri, che sottolinea ancora una volta il principio di non ingerenza da parte di altri membri della comunità internazionale nella vita costituzionale

⁸⁰ V. DE SENA, *ivi*, p. 15.

⁸¹ SEYERSTED F. (1965), *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14, No. 2 (Apr., 1965), pp. 493 – 527. Il concetto di *jurisdiction* rievocato in questo caso fa riferimento non solo al potere di giudicare in senso stretto, bensì anche all'adozione di norme giuridiche (*j. to prescribe*) e di farle rispettare (*j. to enforce*). Anche in questo caso l'analisi è riportata da DE SENA, richiamando ulteriormente altri autori che si sono occupati del tema specifico, come MANN e LUZZATTO.

⁸² Cfr. SEYERSTED, *op. cit.*, sulla base della lettura data da DE SENA.

di Paesi terzi⁸³.

È chiaro che, in questo caso, il concetto di giurisdizione cui si fa riferimento non coincide con quello esaminato in precedenza di *organic jurisdiction*, bensì è circoscritto all'esercizio del potere giudiziario vero e proprio. La non ingerenza richiesta, pertanto, si estrinseca essenzialmente dal punto di vista repressivo⁸⁴, ponendo una limitazione fondamentale alla potestà punitiva dei giudici stranieri.

Quest'ultima specificazione si dimostra importante anche per rilevare i punti di contatto della posizione in commento con quella parte della dottrina che riconosce un fondamento unitario all'immunità funzionale degli organi statali a partire da principi generali del diritto internazionale.

Il divieto di ingerenza nella vista costituzionale degli Stati, in special modo per quanto riguarda il potere giudiziario, comporta, infatti, anche per Quadri, che la potestà punitiva altrui non possa trovare luogo né sul piano civile che penale⁸⁵.

Nondimeno, a tanto si aggiunge che l'astensione dall'esercizio dell'attività giurisdizionale così come descritto deve essere rispettata «nei riguardi di individui che abbiano agito come organi stranieri o in occasione dell'esercizio delle loro funzioni pubbliche⁸⁶». Anche in questo caso, dunque, il beneficio dell'immunità funzionale è ritenuto applicabile alla generalità degli organi dello Stato, i quali però abbiamo agito in tale veste ufficiale.

2.3 RIFERIMENTI AD UN AUTONOMO REGIME CONSUETUDINARIO IN TEMA DI IMMUNITÀ FUNZIONALE

Analizzando una prima parte del dibattito scientifico in tema di immunità

⁸³ QUADRI R. (1969), *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore, pp. 614 – 616.

⁸⁴ L'espressione è utilizzata da DE SENA, parlando proprio di QUADRI, in *Diritto Internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996), p. 20.

⁸⁵ Si sottolinea, tuttavia, che l'autore non ha mancato di lavorare anche sul tema dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile la quale, pur se costruita sul medesimo principio di non ingerenza nella vita costituzionale di Paesi terzi, ha di certo influito sul medesimo tipo di immunità per gli individui-organi statali.

⁸⁶ V. sempre QUADRI R. (1969), *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore, p. 418. L'inciso precedente a quello riportato recita: «lo Stato soltanto come tutto può rispondere dei fatti dei propri organi».

ratione materiae degli organi statali, abbiamo avuto modo di verificare come buona parte della dottrina ne riconosca una disciplina generale con fondamento in una determinata visione del complesso rapporto tra personalità dello Stato e responsabilità individuale.

Per alcuni studiosi questo significa che l'immunità dell'organo costituisce un corollario di quella dello Stato di invio, essendo gli atti individuali considerati come atti di Stato. Secondo altri, invece, i profili che vengono in rilievo concernono piuttosto la necessità, per i Paesi terzi, di rispettare l'organizzazione interna o l'articolazione costituzionale degli Stati stranieri, il cui rapporto con i propri agenti rappresenta un elemento di primaria importanza.

Se così si può dire, pertanto, pare che il legame tra responsabilità statale e individuale dal punto di vista del riconoscimento dell'immunità funzionale si sia via via "affievolito". Il punto di approdo di questo percorso di ricostruzione delle posizioni dottrinali, infatti, è rappresentato proprio da quelle voci che, pur argomentando su di una disciplina generale valevole per tutti gli organi dello Stato, ne riconoscono il fondamento in un'autonoma norma di diritto internazionale consuetudinario.

La norma in questione, elaborata dal giurista Balladore Pallieri nei primi Anni '60, sarebbe riferibile a tutti indistintamente gli individui che operano quali organi di Stati stranieri, sancendo la loro immunità dalla giurisdizione civile e penale per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni⁸⁷. È interessante notare, peraltro, che tale regola viene elaborata proprio a partire dal contrasto⁸⁸ con le opinioni di altra parte della dottrina, che preferisce invece incentrare il tema sulla più ampia immunità degli Stati o sul rispetto della loro sovranità.

Il contenuto della norma consuetudinaria elaborata da Balladore Pallieri, riconosciuta come "ben certa", invece, dispone che l'immunità dell'individuo attribuisce soltanto allo Stato a cui l'organo appartiene l'eventuale esercizio della

⁸⁷ Cfr. BALLADORE PALLIERI G. (1962), *Diritto internazionale pubblico*, Milano, pp. 371 – 372.

⁸⁸ *Ivi*, p. 371: «Si usa dire nella dottrina che in questa ipotesi non sussiste alcuna particolare immunità, perché le attività dell'individuo, nei limiti in cui agisce come organo dello Stato, si compenetra con quella dello Stato medesimo, e occasiona quindi esclusivamente il sorgere della responsabilità dello Stato, non mai quella dell'individuo. Ma l'opinione è erronea. L'agire dell'organo impegna bensì sempre la responsabilità dell'ente, per il quale l'organo agisce; ma in alcuni casi può essere che a questa si aggiunga una responsabilità personale dell'individuo».

giurisdizione al riguardo⁸⁹. La disposizione in esame, sottolinea lo stesso autore, riguarderebbe però solo gli organi che agiscono apertamente in nome dello Stato di invio, portando all'esclusione degli agenti segreti o comunque operanti in maniera clandestina⁹⁰.

Rispetto al complesso degli autori che si sono occupati del tema delle immunità a partire da principi generali del diritto internazionale, le teorie che ad essa associano piuttosto una specifica norma consuetudinaria rappresentano una porzione minoritaria, ma non certo isolata⁹¹.

Gli orientamenti analizzati in questa prima parte, infatti, rappresenteranno comunque i termini di un dibattito certamente non esaurito nel corso degli anni, anzi ulteriormente sviluppato.

Da tali basi composite, infatti, la dottrina ha sviluppato ulteriori teorie legate alla questione del trattamento degli individui-organi statali, pervenendo, come avremo modo di vedere, a differenti opinioni sul suo fondamento.

3. LE CONCEZIONI CHE RICONOSCONO UNA DISCIPLINA GENERALE PER L'IMMUNITÀ FUNZIONALE MA NE LIMITANO L'EFFICACIA

Le teorie che riconoscono una disciplina generale in materia di immunità funzionale ne derivano i fondamenti da principi altrettanto generali del diritto internazionale, come il rispetto della sovrana uguaglianza degli Stati o della loro organizzazione interna.

Gli orientamenti più vicini all'assimilazione di tale beneficio con l'immunità degli Stati stabiliscono che solo a questi ultimi va imputata la condotta dei rispettivi organi, mentre su un piano diverso si pone l'accento sulla riserva di giurisdizione dei giudici nazionali per fatti concernenti il rapporto tra organizzazione centrale ed individui-organi.

⁸⁹ Tra gli esempi della prassi citati a supporto della teoria, si sottolinea, poi, il riferimento al celebre caso *Mc Leod*.

⁹⁰ Riprendendo, quindi, un dato non solo comune alla dottrina in esame, ma oggetto anche di riflessioni all'interno del dibattito attuale.

⁹¹ Si veda, tra le voci più autorevoli, MIELE M. (1961) *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore.

Nonostante l'autorevolezza e l'ampio riconoscimento di cui godono tali posizioni nel panorama accademico internazionale, non sono certo mancate voci critiche volte a metterne in luce aspetti contraddittori e potenzialmente problematici.

L'aspetto su cui tali censure sono principalmente imperniate riguarda proprio la caratteristica dell'immunità in esame, vale a dire il suo essere *conduct-based*, riconosciuta agli individui tutelati per l'esercizio di funzioni ufficiali.

Come ben sottolineato ancora una volta da De Sena, pur partendo «dal presupposto della riconducibilità delle fattispecie poste in essere dall'individuo organo all'esercizio di funzioni d'ufficio, è pur vero, d'altra parte, che il ricorrere di tale circostanza sembra essere considerato, in linea di principio, condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'operatività dell'istituto in esame⁹²».

Questo significa che, anche tra coloro che incentrano l'analisi sul tipo di attività posta in essere dall'individuo-organo, l'esercizio della funzione pubblica è un concetto che viene preso in considerazione sotto punti di vista differenti al fine di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'immunità *ratione materiae*.

Autorevole dottrina che si è occupata di ricostruire gli orientamenti in questo senso, infatti, descrive almeno tre diverse tipologie di tesi⁹³.

Già da tempo, dunque, era presente in dottrina un'attenta riflessione sul concetto di "atto ufficiale" quale *conditio sine qua non* per il riconoscimento di immunità funzionale all'agente statale.

A titolo di esempio si possono riportare le posizioni espresse da Dinstein⁹⁴ nei suoi scritti dedicati al tema in esame, i quali partono dai presupposti dell'immunità

⁹² L'autore così introduce la sua analisi delle teorie che propendono per l'esistenza di una disciplina con efficacia limitata all'esercizio di attività internazionalmente lecite, cit. p. 29.

⁹³ Ad ulteriore sviluppo ed approfondimento rispetto alla sintesi elaborata da De Sena, PISILLO MAZZESCHI R., *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, descrive, nel contesto di un regime unitario con efficacia limitata per l'immunità funzionale, tre tipi di teorie. La prima di queste fa riferimento all'esercizio di attività internazionalmente lecite, mentre le altre due «partono dal presupposto che il problema dell'immunità funzionale dipenda dal modo di concepire l'attribuzione degli atti dell'individuo-organo allo Stato per il quale esso agisce e si fondano ambedue su una concezione restrittiva degli atti coperti da immunità funzionale» (cfr. p. 752).

⁹⁴ Cfr. DINSTEIN Y. (1966), *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, pp. 82 e ss. L'analisi dei profili caratterizzanti l'immunità funzionale è sviluppata proprio a partire dalla convinzione per cui «not every act of the State commands immunity from jurisdiction» (cit. p. 87).

diplomazia al fine di circoscriverne l'ambito di applicazione, sia dal punto di vista personale che funzionale. Più precisamente l'autore sviluppa il suo pensiero dallo studio delle teorie dell'atto di Stato, o che comunque identificano l'immunità dell'individuo-organo in quella dell'ordinamento statale di appartenenza, confutandone, sulla base della prassi, la riferibilità a tutti gli organi e riferendosi per questo agli atti concretamente posti in essere nell'esercizio della funzione⁹⁵.

La sintesi del pensiero dell'autore può essere così sintetizzata: «if this is taken to approximate to an accurate definition, two independent and cumulative conditions are to be fulfilled by a given act to make it subject to diplomatic immunity *ratione materiae*; to wit, the act must (a) be official, and (b) be performed in the exercise of diplomatic functions. Are these really conditions *sine qua non*? We submit that they are».

Valutazioni di tal segno, poi, sono riprese ed ulteriormente sviluppate dalla dottrina più recente con riferimento non soltanto all'immunità diplomatica, bensì considerata nel suo insieme, con un regime differenziato ma con efficacia limitata.

3.1 CRITICHE AGLI ORIENTAMENTI PRECEDENTI

Tra le motivazioni per cui, secondo alcuni, si rende necessaria un'ulteriore elaborazione sul tema vanno evidenziate le posizioni di chi ha sostenuto che qualora l'immunità debba essere estesa a tutti gli atti posti in essere dall'organo statale, allora a quell'individuo sarebbe di fatto conferita una protezione basata piuttosto sul proprio status⁹⁶. Da questo punto di vista, poi, è generalmente accertato che nel diritto internazionale questo tipo di trattamento è riconosciuto ad un gruppo ristretto e di alto livello tra i rappresentanti dello Stato, coperti pertanto da immunità *ratione personae*.

La critica di chi si oppone a tale visione dell'immunità funzionale, inoltre, si sviluppa su due direttive principali, segnatamente o riprendendo in dettaglio le argomentazioni della dottrina che si intende smentire, oppure facendo riferimento

⁹⁵ «In view of the fact that the act of State doctrine does not legitimately exempt every such act from jurisdiction, we can – and must – admit the existence of an independent and separate immunity that, irrespective of the limits of that doctrine, spreads over those acts of State that are specifically and exclusively performed by diplomats», cfr. DINSTEIN, *op. cit.*, pp. 87 – 88.

⁹⁶ In tal senso si esprime DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, p. 2.

all'impostazione complessiva del problema dell'immunità funzionale.

Con riguardo al primo profilo, è chiaro che la posizione di Kelsen e la sua teoria dell'atto di Stato rientra tra quelle studiare e criticate con maggior attenzione.

A tal proposito, Van Alebeek, partendo dal presupposto che l'immunità funzionale non è direttamente legata a quella statale, bensì concerne una regola autonoma regola di diritto internazionale, si esprime in questi termini sul pensiero kelseniano⁹⁷: «In the argument advanced by Kelsen the absence of personal responsibility is however only the consequence of the applicability of the law of state immunity. The implication of the state is hence irrelevant for the operation of the law of state immunity. Kelsen clearly advanced a broader rule of act of state immunity, protecting the foreign state even from proceedings that do not purport to exercise jurisdiction over it but merely question the legality of acts that can be imputed to it».

Nondimeno, se a Kelsen si rimprovera l'eccessiva ampiezza del beneficio dell'immunità così come da esso riconosciuto, la dottrina in commento non manca di soffermarsi anche sugli orientamenti che analogamente riconoscono un regime generale quanto al trattamento degli organi stranieri.

In questo senso, ad esempio, il principio del rispetto dell'organizzazione interna degli Stati di Morelli è ritenuto non adeguato a spiegare in maniera coerente l'istituto dell'immunità funzionale, poiché, al di là dell'imputazione degli atti compiuti dall'agente allo Stato medesimo, non provvede per il caso in cui la responsabilità del primo venga in rilievo anche entro i confini nazionali.

Le teorie che si focalizzano, invece, sul rispetto della competenza statale in tema di giurisdizione e rapporto con i propri organi, sono definite come eccessivamente categoriche e settoriali⁹⁸.

Da parte di altri autori, poi, la critica ai pregressi orientamenti non è sviluppata individualmente, piuttosto si orienta sull'analisi di due approcci generali ritenuti come erronei.

A partire dall'immunità degli Stati per gli atti dei propri organi è Douglas ad individuare tali direttive a suo parere fuorvianti.

⁹⁷ VAN ALEBEEK R. (2007), *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, p. 106.

⁹⁸ Per i dettagli di questa revisione v. VAN ALEBEEK, *ivi* pp. 105 – 115.

La prima di queste, secondo la ricostruzione dell'autore, riconosce l'immunità funzionale semplicemente in virtù dello status dell'individuo come organo o agente dello Stato, quindi «simply upon the basis that such officials are in the employment of the foreign state⁹⁹».

Il fatto che tra individuo e Stato intercorra una qualche forma di relazione giuridica non può essere sufficiente, secondo Douglas, a fondare l'immunità del primo.

In particolare viene criticata anche la versione di chi associa questa relazione a quella tra *agent* e *servant*¹⁰⁰, principalmente per il fatto che questo tipo di rapporto non comporta automaticamente che le condotte dell'agente siano imputate a chi ha attribuito al medesimo l'incarico.

Un'eccessiva attenzione al profilo dello status dell'organo rischia infatti, come accennato, di confondere le immunità riconosciute *ratione materiae* e *ratione personae*.

L'altro approccio ritenuto fallace da Douglas, invece, rinviene il fondamento dell'immunità funzionale nel fatto che condotte poste in essere dall'organo sono attribuite direttamente allo Stato di invio¹⁰¹.

In questo contesto, pertanto, vengono ad essere applicate le regole di attribuzione della responsabilità statale per atti internazionalmente illeciti, che pure svolgono una diversa funzione nell'ordinamento sovranazionale.

Tali norme non fanno alcuna differenza quanto al tipo di funzione che implica l'esercizio di pubblici poteri statali incriminati, mentre questa, al contrario, rappresenta un elemento di primaria importanza nel riconoscimento dell'immunità organica. Piuttosto l'enfasi andrebbe posta, rispetto all'impiego delle regole di attribuzione della responsabilità internazionale, sul fatto che l'individuo abbia agito per conto e su incarico dello Stato di invio.

⁹⁹ Cfr. DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, p. 8.

¹⁰⁰ DOUGLAS, nell'esaminare e criticare questo particolare orientamento, cita in proposito FOX H., *The Law of State Immunity*, pp. 258 – 260 e 458 – 459.

¹⁰¹ Cfr. DOUGLAS, *op. cit.* pp. 13 – 16; l'analisi di questo approccio è supportato dal riferimento alla decisione della House of Lords nel caso *Jones v. Saudi Arabia*.

3.2 LE ALTERNATIVE PROPOSTE: FONDAMENTO E LIMITI DELL'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE

Il tratto comune delle critiche mosse alle teorie che, genericamente, si fondano sul rapporto tra individuo e Stato risiede nel riconoscere che questo rapporto costituisce sì una condizione necessaria per lo svolgimento della funzione ufficiale dell'organo, ma, nel valutare la condotta del singolo, occorre principalmente guardare al tipo di attività concretamente posta in essere.

Per Van Alebeek questo significa che gli organi stranieri non incorrono in responsabilità personale o professionale per atti ufficiali posti in essere per conto e su incarico dello Stato di appartenenza¹⁰².

L'assunto va poi precisato sotto un duplice profilo: nel contesto nazionale il suddetto principio in tema di responsabilità dell'organo è specificato e circoscritto dalle norme interne che ne regolano l'esercizio della funzione. A livello di diritto internazionale, invece, esso si completa con la regola in base alla quale finché le condotte sono espletate nel contesto dell'esercizio dell'autorità sovrana statale, *ostensible authority passes for actual authority* (autorità apparente passa per autorità effettiva)¹⁰³. Ciò non toglie che lo Stato potrà avere la possibilità di smentire (*a posteriori* o *a priori*) tale presunzione per cui le azioni dell'organo sono state poste in essere sotto ed in conseguenza della sua autorità.

I dati centrali di questa teoria, dunque, sono in primo luogo il fatto che la condotta ritenuta immune dalla giurisdizione straniera deve essere stata posta in

¹⁰² L'autrice, a tal proposito, si esprime nei seguenti termini: «Official acts are acts performed as an arm or mouthpiece of a state in respect of which the state official that happened to perform the act does not incur personal responsibility» (*op. cit.*, p. 157). Nonostante le critiche precedentemente rivolte al medesimo autore, soprattutto per quanto concerne la distinzione tra responsabilità individuale e immunità dalla giurisdizione (*op. cit.*, pp. 133-135), Van Alebeek in questo contesto riprende un'espressione a suo tempo utilizzata anche da Dinstein: «That is to say, only when a diplomatic agent acts *as an arm, or serves as a mouthpiece*, of the sending State can his act be considered as official. If the act is not official (not an act of State), diplomatic immunity *ratione materiae* cannot possibly attach to it». Cfr. DINSTEIN Y. (1966), *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 82.

¹⁰³ VAN ALEBEEK sottolinea più volte tale visione, cfr., ad esempio, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, pp. 132 – 135 e 156 – 157. Con questa posizione l'autrice si oppone alla concezione per cui: «the role of functional immunity is at times defined in terms of the official capacity in which the state official has acted. The official capacity in this definition however is often approached as a factual rather than legal concept».

adempimento e sotto l'ordine dello Stato che ha conferito l'incarico, ma è chiaro che, comunque, non tutte le attività svolte dall'organo in questo contesto possono essere ritenute validamente tutelabili.

Questo spiega, secondo la dottrina in commento, ad esempio, la rilevanza dei limiti alla funzione di agenti consolari e diplomatici (in termini di competenze esclusive), così come dell'esclusiva applicabilità del diritto internazionale in determinate fattispecie di rilievo sovranazionale (v. diritti ed obblighi *erga omnes*).

Da tanto si evince che l'immunità funzionale è sì riconosciuta per l'esercizio di funzioni ufficiali attribuite dall'autorità statale, ma il carattere altrettanto determinante riguarda la liceità o meno delle azioni compiute, con preciso riferimento al rispetto dei limiti nei quali la funzione stessa può essere effettivamente espletata.

In base a questa visione, come accennato, lo Stato avrebbe il potere di dichiarare che, al contrario delle apparenze, determinate azioni sono state compiute dall'organo travalicando i termini del suo incarico: diniego *ad hoc, a posteriori*. Parimenti gli Stati potrebbero accordarsi su una regola generale di diritto internazionale in virtù della quale determinati atti sono da considerarsi sempre come illegittimamente posti in essere al di fuori della funzione, stabilendo quindi una forma di diniego generale e *a priori*¹⁰⁴.

Comunemente a quanto presupposto da Van Alebeek, anche Douglas pone come fondamento dell'immunità funzionale l'esistenza di un rapporto di tipo ufficiale, legale tra Stato e individuo organo¹⁰⁵. Come precedentemente ribadito, poi, l'autore analogamente sottolinea come l'immunità non possa di certo essere estesa a tutti gli atti ufficiali posti in essere dall'individuo-organo, a rischio di ricadere nel diverso ambito dell'immunità *ratione personae*.

Uno dei casi più noti da cui prende le mosse la teoria in esame è la decisione della House of Lords in *Jones v. Saudi Arabia*, in ambito del quale viene approfonditamente analizzata la disciplina di livello nazionale ed internazionale sulla tortura, mettendone in luce la problematica riconducibilità all'esercizio di funzioni ufficiali dello Stato e della conseguente responsabilità del medesimo. A partire dalla prassi, si rende evidente la necessità di verificare quali tipologie di condotte sono

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 157.

¹⁰⁵ «There is uniform state practice in support of the proposition that a state's immunity cannot extend to acts of its officials that are not under colour of public authority» cit. DOUGLAS, *State Immunity for the Acts of State Officials*, p. 43.

coperte da immunità¹⁰⁶.

A tal proposito, secondo Douglas, il diritto internazionale consuetudinario deve avere un ruolo sostanziale nel determinare quali atti sono stati posti in essere in violazione del mandato dell'organo straniero. Essendo il regime generale di immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione volto a tutelare i rapporti interni agli Stati stessi, nonché l'esercizio esclusivo della giurisdizione nazionale in questo senso, spetterebbe al diritto internazionale delineare una regola in grado di superare tale riserva di competenza.

Analizzando la prassi rilevante in materia l'autore giunge alla conclusione per cui tale ruolo non può che essere attribuito alle norme di diritto internazionale che attribuiscono forme di responsabilità direttamente in capo all'individuo e di fronte alle quali egli non può opporre la propria immunità dalla giurisdizione. Si dice, infatti, a tal proposito che «foreign state officials do not have the 'discretion' to serve their state by engaging in acts that violate international norms addressed to their individual conduct¹⁰⁷».

Le regole in questione sarebbero di tre tipi:

- norme che creano forme di responsabilità individuale nel diritto internazionale;
- norme internazionali che impongono agli Stati di esercitare la propria competenza prescrittiva e giurisdizionale con riguardo alla condotta dei propri organi;
- norme internazionali di *jus cogens*.

Sono questi, dunque, i principi che sovrintendono all'attività dell'individuo sulla scena internazionale: qualora uno di questi sia chiamato a rispondere dinanzi a un giudice della sua condotta, la sola qualifica di organo statale non sarà sufficiente ad escluderne la responsabilità personale e valergli l'esenzione dalla giurisdizione straniera. Indipendentemente dalla sussistenza di un rapporto ed incarico ufficiale da parte dello Stato di appartenenza, infatti, l'immunità funzionale non potrà essere

¹⁰⁶ «The test for whether the acts of foreign state officials are covered by the immunity of the foreign state is not simply whether the acts in question were the result of an exercise of public authority. That would produce a test identical in essence to the rules of attribution of state responsibility, the purpose of which are, at base, to identify acts that are the result of the exercise of public authority in fact» cit. DOUGLAS, *op. cit.*, p. 39.

¹⁰⁷ V. DOUGLAS, *op. cit.* p. 46. Un interessante esempio: «National security is a function of the state par excellence. But it does not follow that anything done by a state official under the cloak of national security is a state function entitled to state immunity» (p. 48).

riconosciuta proprio perché le attività poste in essere non possono in alcun modo essere classificate come internazionalmente lecite.

Da parte di altra dottrina, infine, il fondamento dell'immunità funzionale viene rinvenuto in presupposti solo parzialmente analoghi a quelli esaminati nella presente sezione. Se è vero, infatti, che in questo caso il punto di riferimento resta il circoscrivere il beneficio dell'immunità ad attività internazionalmente lecite, un ulteriore elemento viene messo in luce e concerne, in particolare, la posizione dello Stato terzo in cui l'individuo-organo si trova ad operare.

Perché possa desumersi la liceità dell'attività posta in essere sul territorio di uno Stato terzo, infatti, occorrerebbe in primo luogo che quest'ultimo vi abbia consentito, autorizzando l'esercizio del potere statale altrui entro i propri confini. Questo profilo è emerso con chiarezza con riferimento allo svolgimento delle funzioni diplomatiche e consolari, formando oggetto, secondo alcuni autori, di un'autonoma norma consuetudinaria relativamente all'immunità degli organi implicati¹⁰⁸.

Più recente dottrina, inoltre, si è chiaramente occupata anche dell'estensibilità di tale regola alla generalità degli organi dello Stato, cercando di trovare una sintesi tra il principio appena espresso relativamente al consenso dello Stato territoriale con gli elementi evidenziati in precedenza.

Sanger, ad esempio, studia il tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale di uno Stato straniero a partire dalla prassi, suddividendo i casi rilevanti tra quelli in cui l'individuo agente non è stato ritenuto personalmente responsabile¹⁰⁹, e decisioni che hanno portato al diniego di ogni forma di immunità¹¹⁰. Da questo secondo punto di vista è significativo notare che gli esempi riportati si riferiscono prevalentemente all'esercizio di attività clandestine o di spionaggio, aspetto comunemente messo in luce anche da altri orientamenti.

¹⁰⁸ Cfr. GIULIANO M., *Sull'immunità dalla giurisdizione dello Stato degli agenti consolari esteri per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, p. 263.

¹⁰⁹ Cfr. SANGER A. (2013), *Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62 n. 1. Tra i casi riportati a tal proposito, oltre ai noti Mc Leod, Pinochet (N. 3) e Blaskic, anche un procedimento che ha dato luogo ad un acceso dibattito nella dottrina italiana, vale a dire quello a carico del militare statunitense Lozano per l'uccisione dell'agente del SISMI Nicola Calipari.

¹¹⁰ Tra le decisioni indicate per tale diverso esito ricordiamo non solo il caso *Rainbow Warrior*, *Lockerbie* o *Adler*, ma anche la decisione della Corte Internazionale di Giustizia in *Djibouti v. France*.

Da tali ricostruzioni l'autore così riepiloga i principi che ne scaturiscono:

«in most cases, States will prosecute a State official that has committed a criminal act within their territories regardless of whether they were acting on official orders. Immunity will only be available if the State contents to the presence of, and operation undertaken by, the foreign State official, or where international law governs the situation to the exclusion of national law, such as during an armed conflict¹¹¹».

Si evidenzia, in conclusione, che per quanti, relativamente al riconoscimento dell'immunità funzionale dell'organo straniero, pongono in primo piano l'attività da esso posta in essere a scapito della sua mera imputazione allo Stato di appartenenza, la liceità della funzione viene desunta da fattori differenti.

Il consenso dello Stato terzo alla presenza dell'agente sul proprio territorio rappresenta un dato rilevante, mentre ancora più marcato è il riferimento al rispetto dei limiti connessi all'esercizio della funzione attribuita all'individuo.

Oltrepassare questi ultimi significa non soltanto che il medesimo potrà essere ritenuto personalmente responsabile e perseguibile, ma anche che, nel caso di commissione di crimini internazionali, l'attività per questo incriminata non è assimilabile a poteri pubblici legittimamente esercitabili dallo Stato.

Gli orientamenti analizzati nella presente sezione prevedono un regime generale in tema di immunità funzionale, pur limitato allo svolgimento di attività internazionalmente lecite. Sebbene maggiormente articolate rispetto al riferimento a principi generali di diritto internazionale, tuttavia, siffatte posizioni sono tuttora criticate da quanti riscontrano ulteriori profili critici nella ricerca del fondamento dell'immunità *ratione materiae*, ritenendo di poter più correttamente associare a quest'ultima una disciplina composita e differenziata.

4. LE TEORIE CHE PREVEDONO UN REGIME COMPLESSO O DIFFERENZIATO

4.1 LE RAGIONI DELLA DIFFERENZIAZIONE

Nel corso della disamina degli orientamenti precedenti in materia di immunità

¹¹¹ Cfr. SANGER, *op. cit.*, p. 224.

funzionale uno degli aspetti posti in evidenza è la non esaustività delle teorie descritte. Nessuna delle tesi analizzate è rimasta esente da critiche e obiezioni, e asseritamente priva di solidi ed univoci riscontri nella prassi.

Di tali problematiche la dottrina è ben consapevole, al punto che non sono mancati autori che hanno preso specificatamente in esame la questione.

De Sena, ad esempio, sottolinea come le ragioni dell'insufficienza delle tesi avanzate in tema di immunità funzionale degli organi stranieri sono da ricercare in molteplici ambiti. Nonostante ciò, l'errore di fondo che, a parere dell'autore, accomuna le posizioni che prevedono un regime unitario (pur con efficacia limitata) per l'immunità in esame risiede proprio nel presupposto da cui queste partono, unitamente ad altri aspetti che vengono dati per scontati.

Il difetto principale, pertanto, è «che il fenomeno dell'immunità funzionale tende ad essere concepito come la conseguenza, logicamente – ancor prima che giuridicamente – necessaria dell'agire dell'individuo in qualità di organo¹¹²». In questo contesto, dunque, l'immunità dell'individuo è ad esso riconosciuta per la sua sola posizione di agente dello Stato di origine, indipendentemente da un'approfondita analisi di quali siano i compiti legittimamente espletabili in tale veste o delle loro conseguenze nello Stato terzo interessato¹¹³.

Questo ci ricollega ai due elementi da cui anche De Sena parte per trovare una possibile soluzione alle problematiche riscontrate.

Egli esordisce, infatti, sottolineando la necessità di tenere in considerazione, in primo luogo, la “eterogeneità dei contesti normativi” interessati dall'agire dell'organo dello Stato, al fine di valutarne le potenziali reazioni al suo comportamento.

Nondimeno, un'altra questione cruciale su cui viene posto l'accento riguarda il rapporto tra immunità dello Stato e immunità dell'organo. In risposta alle teorie che descrivono tale relazione quasi in termini di identificazione, l'autore evidenzia che un siffatto schema potrà essere applicabile all'esenzione dalla giurisdizione civile, mentre

¹¹² Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, pp. 95 – 99.

¹¹³ In questo senso, si riconosce che «l'immunità funzionale dei suddetti agenti, lungi dall'esser posta in collegamento con le funzioni da essi svolte e nel contesto della tutela giuridica propria di tali funzioni risulta, infatti, configurata quale mera conseguenza del loro agire in qualità di organi e, per tal via finisce per essere considerata come forma di manifestazione dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato di appartenenza». *Ivi*, p. 97.

risulterà estremamente complesso discutere di responsabilità statale per illeciti individuali di natura penale¹¹⁴.

Prima ancora di esaminare le teorie sviluppate in risposta alle criticità riscontrate, tuttavia, è necessario evidenziare un altro aspetto indipendente dalla posizione del singolo con riguardo al riconoscimento dell'immunità.

A un livello più generale, infatti, non sono mancate prese di coscienza sul fatto che «non esiste né un principio né una norma generale di diritto internazionale sull'immunità funzionale, che sia applicabile a tutti gli organi stranieri per ogni tipo di attività oppure che sia applicabile a tutti gli organi stranieri solo per attività lecite o solo per certe categorie di atti¹¹⁵».

Che si tratti di profili legati alle modalità dell'agire individuale oppure di diritto internazionale sostanziale, dunque, la dottrina in disaccordo con le tesi “tradizionali” relative all'immunità funzionale degli organi dello Stato ha elaborato posizioni ulteriori che fanno riferimento, di volta in volta, ad aspetti diversi tra quelli messi in luce dalla critica: da qui la definizione di un “regime differenziato”.

Della necessaria analisi e classificazione degli orientamenti emersi in tal senso, infine, si è occupato Pisillo Mazzeschi, che, nella voce relativa alla *Immunità giurisdizionale degli organi degli Stati stranieri* negli Annali dell'Enciclopedia del Diritto, opera una sistemazione delle teorie che cercano di fornire risposte in merito ai fondamenti dell'immunità funzionale in maniera critica e composita. Da questo punto di vista, a parere dell'autore, sono quattro le linee guida che possono essere riscontrate.

Se la prima tesi è infatti quella che fa riferimento alla tipologia di attività posta in essere dall'individuo-organo dello Stato nel territorio di un Paese terzo, un'ulteriore elaborazione sottolinea l'esigenza di distinguere non soltanto tra esenzione dalla giurisdizione civile e penale, ma anche tra le diverse qualifiche degli attori implicati. Un terzo orientamento, poi, prende direttamente in esame le categorie di organi cui può essere riconosciuta l'immunità funzionale, mentre non è mancato chi ritiene che, al di fuori di un gruppo molto ristretto di tali organi (principalmente di rango apicale all'interno dell'organizzazione statale), non può certo dirsi vigente una norma o

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ V. PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, cit. p. 753.

principio di diritto internazionale relativo all'immunità individuale dalla giurisdizione.

Ciascuno dei presenti orientamenti della dottrina italiana e internazionale, dunque, merita di essere approfondito per verificarne i fondamenti e determinarne il contributo al dibattito generale in materia di immunità funzionale degli organi dello Stato.

4.2 LO STUDIO DEL TIPO DI ATTIVITÀ POSTA IN ESSERE DALL'INDIVIDUO-ORGANO

Abbiamo già avuto modo di vedere come De Sena abbia sviluppato una tra le critiche più lucide alle teorie che prevedono un regime unitario per l'immunità funzionale, facendo leva non solo sull'eterogeneità di ambiti in cui gli organi interessati si trovano a operare, ma anche sui profili più complessi legati al rapporto tra lo status di questi individui e l'immunità dello Stato di invio.

Orbene, il termine chiave a partire dal quale si dipana la risposta agli interrogativi sollevati è, per De Sena, quello dei “differenti contesti”¹¹⁶ in cui si pone concretamente il problema del trattamento dell'individuo-organo.

Un simile approccio, ad opinione dell'autore, permette di giungere a due importanti conclusioni. Si vedrà definitivamente confermato, infatti, che del fenomeno dell'immunità funzionale non si può discutere in termini unitari, valevoli in qualsiasi situazione, come si è visto a partire dalle contestazioni alle teorie sviluppate invece su questa direttiva. Non solo, il già citato aspetto dell'aver agito in qualità di organo statale non è declinabile in via univoca, ma suscettibile di assumere “significati e funzioni” completamente diversi.

Avendo individuato in tali “differenti contesti” il cardine su cui impostare una visione alternativa della disciplina dell'immunità funzionale, l'autore in commento deriva tre linee guida su cui differenziarne il regime dal punto di vista delle *attività* concretamente implicate.

A tal proposito, in un sistema di tutela crescente, la prima categoria presa in esame è quella delle attività che si pongono come contrarie al diritto internazionale,

¹¹⁶ Cfr. ancora una volta DE SENA, P. (1996) *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 100 – 104.

seguita dalle attività che si attestano su un mero piano di liceità, ed infine quelle che piuttosto sono garantite e valorizzate dal diritto internazionale.

L'analisi del primo ambito menzionato, vale a dire quello delle attività statali non autorizzate nel territorio dello Stato terzo, merita di essere ulteriormente approfondita verificando le stesse categorie individuate da De Sena.

L'autore, infatti, si sofferma sulle conseguenze di due tipi di illeciti: la violazione della sovranità territoriale dello Stato straniero ed altre fattispecie dotate di autonoma rilevanza per il diritto interno, nonché sui casi in cui tali ipotesi coincidono. Questo tipo di indagine, coadiuvata dallo studio della prassi¹¹⁷ dell'epoca, induce a ritenere che la giurisdizione dello Stato terzo nei confronti dell'individuo-organo straniero viene solitamente affermata "a puro titolo di responsabilità individuale¹¹⁸" dell'agente nel caso dell'esercizio non autorizzato di funzioni statali in territorio altrui.

Sempre a titolo individuale, inoltre, è la responsabilità ascritta all'organo straniero per la commissione di crimini internazionali. Anche in questo caso, tuttavia, che costituisce un'ipotesi aggravata della categoria descritta sopra, vi è un'ulteriore distinzione da fare. La linea di discriminazione in questo senso è costituita dall'ascrivibilità o meno del comportamento del singolo agente allo Stato di appartenenza.

In base a questo dato è possibile constatare che nei casi di crimini di guerra e casi di tortura, l'imputabilità dell'illecito a livello statale non viene in rilievo come limite alla giurisdizione delle Corti interne nei confronti dell'individuo organo. Quando si tratta di violazioni dei diritti umani in scala più larga, al contrario, è ben più difficile prescindere dal rapporto tra responsabilità dello Stato e dell'agente.

Per quanto concerne, invece, l'esercizio di attività che sono sì caratterizzate da liceità, ma non specificatamente tutelate, l'analisi della prassi¹¹⁹ operata da De Sena non permette di attestare l'esistenza di un principio di immunità funzionale dell'organo dalla

¹¹⁷ La prassi presa in considerazione nel trattamento di questo tema specifico vede i casi *Mc Leod* e *Rainbow Warrior* oggetto di primaria considerazione. Altre esperienze meno note sono invece identificate dal contesto delle intrusioni aeree, dalle attività di polizia e cattura all'estero – si pensi al caso *Eichmann* – o ulteriori tipi di illecito, spionaggio *in primis*. A tal proposito è interessante notare che uno specifico campo esaminato è quello della prassi svizzera relativa all'applicazione dell'articolo 271 del suo codice penale, in tema di reati come lo spionaggio e il sequestro di persone per conto di Stati stranieri.

¹¹⁸ Cfr. DE SENA, *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁹ A proposito della prassi relativa ad ex Capi di Stato sono diverse le pronunce di corti statunitensi prese in considerazione. Tra le più significative si ricordano le decisioni relative ai casi *Marcos*, *Noriega*, *Lafontant v. Aristide*.

giurisdizione straniera.

Anche in questo contesto, del resto, secondo l'autore i casi più rilevanti sono di due tipi: attività poste in essere in territorio altrui con il consenso dello Stato terzo, oppure concernenti una determinata categoria di organi¹²⁰ che è quella degli ex Capi di Stato o di Governo.

Orbene, l'immunità di questi ultimi, in sintesi, «non assumerebbe rilevanza perché verrebbe di solito applicata la dottrina dell'atto di Stato¹²¹». Nelle altre ipotesi «di cui si serve la dottrina dominante per affermare l'esistenza di un regime generale di immunità funzionale», l'effettiva applicabilità di quest'ultima è parimenti smentita.

«La questione del trattamento dell'individuo-organo», secondo De Sena, «tende a non assumere autonoma rilevanza giuridica nel quadro della prassi esaminata, né come espressione di un autonomo regime consuetudinario, né come autonoma espressione della più ampia disciplina dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile¹²²».

Resta da vedere, infine, cosa accade quando vengono in rilievo attività di tipo governativo o, in ogni caso, oggetto di tutela da parte del diritto internazionale.

Come per i precedenti punti, non è possibile generalizzare, bensì occorre considerare separatamente quei “differenti contesti” in cui tali attività vengono a svolgersi.

Tralasciando le funzioni esecutive, che richiamano le posizioni di ex Capi di Stato o di Governo, ad assumere rilevanza primaria sono piuttosto quelle diplomatiche e consolari. Proprio questi due casi, infatti, sarebbero gli unici in cui può riconoscersi un regime di immunità funzionale dell'individuo-organo, nonostante tale forma di

¹²⁰ È interessante notare che, indipendentemente dall'impostazione globale del suo lavoro, e con riguardo ad altri orientamenti dottrinali imperniati su questo tema, De Sena così si esprime sul riferimento alla qualità di organo statale dell'agente. «L'accertamento del sussistere della qualità di organo dell'individuo agente, lungi dal costituire il presupposto di applicazione di un regime di carattere generale relativo al trattamento dell'organo medesimo, tende piuttosto a configurarsi quale mero accertamento di fatto, operato dalle Corti la fine di identificare la parte sostanzialmente legittimata a stare in giudizio. In altri termini, dunque, se è vero che la sorte dell'individuo-organo appare strettamente legata all'attribuibilità allo Stato del comportamento da questi posto in essere, è pur vero, d'altra parte, che tale questione tende a non assumere autonoma rilevanza giuridica, nell'economia delle pronunce cui ci si riferisce, se non a fini strettamente processuali», cfr. DE SENA, *op. cit.*, p. 200.

¹²¹ Cit. PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 753.

¹²² Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, p. 202.

protezione venga in rilievo soltanto al cessare delle funzioni ufficiali e grazie anche alla specifica tutela riconosciuta a queste ultime dal diritto internazionale¹²³. Un ulteriore contesto preso in esame, infine, è quello analogo del trattamento dei corpi di truppa o degli equipaggi di navi militari che si trovano sul territorio dello Stato straniero con il consenso di quest'ultimo.

A differenza delle funzioni diplomatiche e consolari, però, il trattamento di tali agenti appare, più che espressione di un autonomo regime di immunità di tipo funzionale, riconducibile alle specifiche «norme che tutelano l'esercizio di poteri coercitivi sulla nave o sul corpo di truppa da parte dello Stato di invio¹²⁴».

Riassunte le principali direttive lungo le quali si è sviluppato il lavoro dell'autore, si nota come il punto di vista adottato, vale a dire quello del tipo di attività compiuta dall'organo straniero, conduce alle seguenti conclusioni.

Se per la commissione di illeciti o veri e propri crimini di diritto internazionale la giurisdizione dello Stato leso viene normalmente ad essere esercitata, con riguardo all'espletamento di funzioni ufficiali e oggetto di tutela specifica, vi sono ulteriori distinzioni da operare.

In questo senso, infatti, si opta per il riconoscimento di un autonomo regime di immunità funzionale per gli organi stranieri solo per l'esercizio di attività diplomatiche e consolari, mentre tesi differenti vengono elaborate in merito alle posizioni di ex Capi di Stato o di Governo, così come quelle degli organi militari.

Viene da chiedersi, sotto questo profilo, se, pur partendo dall'esame delle funzioni poste in essere dall'organo straniero, alla fine un importante discrimine per il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* possa essere piuttosto l'inquadramento specifico dell'individuo agente nell'organizzazione statale. A tal proposito, sarà importante verificare la fondatezza di tale differente approccio nel successivo paragrafo, grazie all'analisi dei contributi di altrettanto autorevole dottrina.

¹²³ Si sottolinea, tuttavia, da parte dello stesso autore, che la prassi in materia risulta ancora non particolarmente significativa, malgrado le prospettive di sviluppo.

¹²⁴ Cfr. DE SENA, *op. cit.*, pp. 246 – 248. La tesi relativa al trattamento degli organi militari è meritevole di particolare attenzione soprattutto alla luce delle diverse visioni che ne darà la dottrina successiva, unitamente ad alcuni sviluppi della prassi in materia (basti pensare, da questo punto di vista, al caso *Lozano*).

4.3 VALUTAZIONE DELLE CATEGORIE DI ORGANI STATALI INTERESSATE DA IMMUNITÀ FUNZIONALE

In questo tipo di visione del fondamento e sfera di applicazione dell'immunità funzionale due nodi della riflessione vanno preliminarmente sottolineati.

Se il tipo di organo dello Stato implicato poteva rappresentare un aspetto da tenere in considerazione nel riconoscimento o meno dell'immunità, ora questa caratteristica viene ad assumere rilievo centrale¹²⁵.

La lente in base alla quale viene analizzato il fenomeno, infatti, è proprio quella della categoria e funzione dell'agente per conto dello Stato.

Nondimeno, non pare più sufficiente riferirsi all'immunità in maniera generica, bensì si rende necessario sottolineare se si tratta di esenzione dalla giurisdizione civile o penale dello Stato terzo. Tanto si rileva principalmente dall'esame della prassi dei giudici interni, ma anche da alcune dibattute decisioni di corti internazionali.

Gli aspetti elencati sono condivisi da autorevole dottrina sia italiana che internazionale.

Conforti, ad esempio, imposta la sua analisi, in primo luogo, sulle categorie di organi che, ad un attento esame della prassi, sono ritenute immuni sia dalla giurisdizione civile che penale.

Si tratta dei capi di Stato, dei capi di Governo e dei Ministri degli esteri, «per i quali l'immunità funzionale si affianca all'immunità (personale) relativa agli atti commessi come privati¹²⁶». Si aggiungono a tali figure di primo piano all'interno dell'organizzazione statale anche i consoli, che, però, al contrario degli altri, non godono al contempo dell'immunità *ratione personae*.

Un'ulteriore distinzione viene infine operata con riferimento agli equipaggi delle navi da guerra in territorio straniero e ai corpi di truppa operanti in tempo di pace: in questo caso l'immunità è accordata sì in virtù di una consuetudine, ma strettamente

¹²⁵ Al contrario delle opinioni riportate prima, imperniate sul tipo di attività concretamente posta in essere dall'individuo-organo, in questo caso si tende a statuire chiaramente che l'immunità «does not attach to conduct alone», cit. FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, p. 285.

¹²⁶ Cit. CONFORTI B. (2010), *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1/2010, p. 5.

legata all'esercizio della giurisdizione dello Stato di invio¹²⁷.

A prescindere dalle specifiche categorie individuate, tuttavia, secondo l'autore in commento la questione centrale concerne l'esistenza o meno di una «norma di carattere generale che riconosca l'immunità dalla giurisdizione penale e civile a tutti gli organi stranieri¹²⁸».

Il punto viene analizzato dando conto della dottrina e prassi più rilevanti, pervenendo alla conclusione per cui la giurisdizione dello Stato terzo viene solitamente esercitata per fatti aventi rilevanza penale, a fronte delle scarse decisioni in cui i giudici si sono rifiutati di procedere¹²⁹.

Al contrario, per la generalità degli organi dello Stato l'immunità funzionale va ammessa «per le azioni di carattere civilistico, ivi comprese le azioni di risarcimento del danno derivante da azioni criminose dell'organo: in effetti dal punto di vista civilistico è lo Stato in nome del quale l'organo ha agito che può essere sottoposto alla giurisdizione straniera¹³⁰».

Nella teoria di Conforti, pertanto, l'immunità funzionale va pienamente riconosciuta agli organi già beneficiari di quella personale, unitamente ai consoli e agli organi militari operanti in tempo di pace.

Alcuni tratti di tale posizione si rinvengono anche nell'elaborazioni della dottrina più recente.

Analogamente, infatti, Franey si pone l'interrogativo «whether there is *continuing immunity ratione materiae* accorded to those who have had immunity *ratione personae* once that immunity comes to an end¹³¹». Il punto di partenza dell'analisi concerne dunque le categorie di individui che beneficiano dell'immunità primariamente in virtù del loro status: si tratta, secondo l'autrice, degli organi statali di

¹²⁷ Secondo l'autore l'esercizio della giurisdizione dello Stato di invio fa proprio “da pendant” «all'obbligo dello Stato territoriale di non esercitarla per atti connessi alla funzione», cfr. *ivi*, p. 6. Sulla questione si avrà modo di tornare nella parte conclusiva del presente paragrafo, essendo stata presa in considerazione da diversi autori con esiti solo parzialmente analoghi.

¹²⁸ Cfr. CONFORTI, *op. cit.*, p. 8.

¹²⁹ Tra queste, insieme ad una sentenza per fatti di diffamazione ben più risalente, la decisione della Corte di Cassazione italiana sul caso *Lozano* rappresenta l'esempio principale.

¹³⁰ Cfr. CONFORTI, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, p. 13.

¹³¹ Cit. FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, p. 283.

posizione apicale (come i già citati capi di Stato, capi di Governo e Ministri degli esteri), ma anche di alcuni regimi particolari quali quelli concernenti agenti diplomatici, consoli e membri di missioni speciali.

Per queste figure si pone il problema di affrontare la situazione successiva al termine dell'incarico ufficiale per conto dello Stato di origine, e su questo punto anche Franey ritiene di dover suddividere lo studio della questione tra immunità dalla giurisdizione civile e penale.

Nel primo caso l'immunità funzionale è ritenuta espressamente collegata all'immunità dello Stato dal giudizio di tribunali civili stranieri¹³², e chiaramente circoscritta ai casi in cui l'organo abbia agito nell'esercizio delle proprie funzioni ufficiali, uniche azioni per cui lo Stato stesso può accettare di assumersi la relativa responsabilità.

Quando si tratta, invece, di fatti implicanti la responsabilità penale dell'individuo, ne viene ribadito il carattere prettamente personale, motivo per cui non può essere chiamato piuttosto lo Stato a rispondere davanti al giudice¹³³. A questo punto, dunque, ecco che viene in rilievo la distinzione tra gli organi che beneficiano al contempo di immunità personale e la generalità degli altri, pur sempre operanti sul territorio dello Stato terzo.

A partire da un attento esame della prassi¹³⁴ Franey evidenzia, infatti, che soltanto gli individui-organi già titolari dell'esenzione della giurisdizione straniera in virtù del loro status continuano ad esserne coperti anche dopo il termine del mandato; si tratta, in ogni caso, di episodi comunque relativi all'esercizio della funzione. Per tutti gli

¹³² Per la precisione, secondo FRANEY, «The concept that the immunity of the state also covers the official has been developed in civil proceedings», v. *op. cit.*, p. 283. Questo assunto, che sottolinea il particolare legame stabilito tra immunità dello Stato e immunità dell'organo dalla dottrina e giurisprudenza anglosassone, sarà ripreso e analizzato anche da altri autori che sposano una simile concezione dell'immunità funzionale.

¹³³ Nondimeno, «to say that the conduct was committed in the exercise of duty would ne mitigation, not a defence in criminal courts», *ivi* p. 138.

¹³⁴ In questo senso un caso centrale tra quelli studiati da Franey è rappresentato dal procedimento intentato di giudici inglesi contro il senatore ed ex Capo di Stato cileno Augusto Pinochet, elemento di primo piano nello sviluppo della giurisprudenza in materia di immunità internazionale dalla giurisdizione penale interna di uno Stato diverso da quello di origine. Parimenti analizzati a suffragio delle teorie espresse sono anche i casi *McLeod* e *Blaskic*, così come la decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso relativo al *Mandato di arresto dell'11 aprile 2000* (Repubblica democratica del Congo c. Belgio).

altri, dal momento che l'immunità non può semplicemente legarsi alla condotta, «a state official who has never had immunity *ratione personae* does not have immunity from prosecution for offences committed on the territory of another state. He is responsible for his own actions and required to abide by the law of the foreign state whilst he is there¹³⁵».

Secondo l'autrice, in definitiva, affermare che in tema di immunità funzionale degli organi stranieri vige un regime differenziato equivale a dire che questa spetta unicamente a determinate categorie di agenti, sostanzialmente corrispondenti a quanti sono già tutelati da immunità *ratione personae*.

La tutela di natura funzionale viene infatti definita “*continuing*” rispetto all'altra, e applicabile nei confronti della giurisdizione civile e penale dopo la scadenza del mandato ufficiale.

Sempre nel contesto di una disciplina di tipo complesso per l'immunità funzionale, la dottrina italiana ha elaborato in maniera analoga alcune di queste premesse.

Un contributo di grande rilievo, soprattutto per quanto concerne le immunità dalla giurisdizione penale, e di fronte alla commissione di crimini internazionali, si deve a Frulli, che nella sua opera differenzia non soltanto tra categorie di organi implicati, ma anche relativamente al tipo di illecito e di giudice interessato.

Il dato di partenza, anche in questo caso, è rappresentato dall'impossibilità di riscontrare l'esistenza di una norma di portata generale che prevede un'immunità di carattere funzionale dalla giurisdizione straniera per tutti gli organi dello Stato.

Nondimeno, si precisa, «la regola sull'irrelevanza della posizione ricoperta nell'apparato statale dall'individuo-organo sospettato di crimini internazionali, che si è consolidata nella prassi e nella giurisprudenza, non può essere costruita come eccezione o deroga a tale presunta norma generale, come invece ha teorizzato la maggior parte della dottrina¹³⁶».

¹³⁵ Cit. FRANEY, *Immunity, Individuals and International Law*, p. 286.

¹³⁶ Tale assunto identifica in modo chiaro il punto di partenza adottato dall'autrice in commento, vale a dire le prospettive di responsabilità individuale per gli organi statali in caso di commissione di illeciti penali internazionalmente rilevanti. Cfr. FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, p. 307.

Venendo ad esaminare le ipotesi in cui l'immunità di tipo funzionale dalla giurisdizione penale può essere effettivamente riconosciuta, pertanto, si afferma che questa tende ad essere negata per la maggior parte degli individui-organi statali agenti nel territorio di Paesi terzi, salvo diverse e contrarie previsioni convenzionali.

Ciò nonostante, per alcune categorie specifiche, il beneficio può in ogni caso essere accordato: vengono in rilievo, ancora una volta, le figure dell'agente diplomatico o consolare, ex capo di Stato o di Governo, nonché i Ministri degli esteri.

Ciò non toglie, tuttavia, e qui risiede un tratto caratterizzante l'orientamento espresso da Frulli, che l'immunità funzionale per tali agenti va interpretata restrittivamente, in base alla condizione fondamentale che gli stessi abbiano agito «nell'esercizio delle funzioni tipiche del loro ufficio»¹³⁷.

Affermare che non può esserci immunità dove l'individuo-organo abbia oltrepassato i limiti del proprio mandato equivale, poi, a stabilire un altro importante collegamento. Nel caso di crimini internazionali, infatti, i fatti che ne stanno alla base non possono certo essere ricompresi tra le funzioni ufficiali in virtù delle quali l'organo potrebbe, in teoria, invocare l'esenzione dalla giurisdizione straniera¹³⁸.

Se l'immunità dalla giurisdizione penale è generalmente negata al complesso degli organi statali diversi dalle categorie individuate, per quanto concerne questioni di natura civilistica vi sono anche altri aspetti da tenere in considerazione¹³⁹.

¹³⁷ Questo aspetto viene ripreso ed ulteriormente sviluppato anche in un recente contributo (2016) della stessa autrice, *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479, ove si ribadisce che «the fact that immunity *ratione materiae* rules are applied in a very restrictive manner shows that they have been interpreted as protecting the activities performed by certain categories of state officials, not only (and I would argue not primarily) the sovereignty of the state on which behalf the organ acted» (cfr. p. 497).

¹³⁸ Secondo FRULLI questo passaggio, che identifica i crimini internazionali come atti automaticamente posti in essere *ultra vires*, o comunque in abuso di potere, «permette di attribuire gli eventuali crimini per cui un organo statale sia processato allo Stato di appartenenza dell'organo e quindi, sul piano internazionale, lascia impregiudicata ogni questione relativa alla responsabilità statale», cfr. *Immunità e crimini internazionali*, pp. 308 – 309. Tale approccio è altresì preferito alla differente impostazione adottata dalla Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza relativa al *Mandato d'arresto*, che fa piuttosto riferimento a presunti atti posti in essere “a titolo privato”.

¹³⁹ Uno degli aspetti degni di attenzione, nel considerare i due diversi modi di esercizio della giurisdizione, risiede nel fatto che «le contraddizioni sono emerse soprattutto nella prassi dei paesi di common law, in particolare di quei paesi nei quali è possibile intentare separatamente procedimenti civili e penali nei confronti di organi stranieri sospettati di crimini internazionali (o di gravi violazioni

Si riconosce, infatti, che in questo ambito la responsabilità dell'organo si presenta spesso connessa con l'immunità dello Stato di invio dalla giurisdizione straniera. L'analisi della prassi legislativa e giurisprudenziale, da questo punto di vista, conduce inoltre a distinguere l'approccio adottato da ordinamenti di *common law*, da una parte, e di *civil law*, dall'altra¹⁴⁰.

La sovrapposizione tra immunità dell'organo e immunità dello Stato dalla giurisdizione civile, infatti, si dimostra essere principalmente una caratteristica dei Paesi di *common law* dove, peraltro, vige spesso una legislazione specifica in materia.

L'immunità funzionale come tutela autonoma, dunque, spetterebbe soltanto ad alcune categorie di individui-organi, mentre gli altri sono ritenuti "coperti", beneficiari della stessa immunità dello Stato di invio.

Per quanto concerne i paesi di *civil law*, invece, pur in mancanza di una disciplina interna *ad hoc*, parimenti non sono mancati casi in cui la posizione di immunità dalla giurisdizione dell'individuo è stata identificata in quella dello Stato¹⁴¹. Di certo tanto contribuisce a mettere in luce che, anche in ambito civilistico, non esiste una norma che attribuisce immunità *ratione materiae* indistintamente a tutti gli organi che agiscono in nome e per conto dello Stato.

Come per l'immunità dalla giurisdizione penale, dunque, salvo casi determinati, gli Stati si sono generalmente sentiti liberi di procedere nei confronti di individui-organi ritenuti responsabili di illeciti. Trattandosi, per l'appunto, di illeciti, secondo Frulli può dirsi «confermata dunque una linea di tendenza giurisprudenziale che considera che le norme in materia di immunità degli Stati possano essere applicate agli organi stranieri esclusivamente nel caso in cui essi abbiano agito *intra vires*, vale a dire nel corretto

corrispondenti a illeciti di carattere civile) e dove quindi la questione dell'immunità dalla giurisdizione degli organi stranieri viene affrontata indipendentemente dai tribunali civili e penali», *ivi*. p. 310.

¹⁴⁰ Il considerare separatamente sistemi di *common* e *civil law* rappresenta un tratto meritevole di particolare attenzione nell'opera di FRULLI, mettendo in luce similitudini e differenze nel trattamento dell'immunità degli individui-organi stranieri, soprattutto per quanto concerne il rapporto di questa con la posizione dello Stato di invio. Da questo punto di vista, nel contesto dell'orientamento in esame, l'autrice evidenzia alcuni aspetti degli ordinamenti anglosassoni ripresi, ad esempio, nell'opera di FRANEY.

¹⁴¹ Da questo punto di vista, tuttavia, occorre sottolineare la rilevanza di un altro strumento legislativo di origine internazionale, vale a dire la Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni, adottata a New York nel 2004.

svolgimento delle proprie funzioni¹⁴²».

Rilevanza della funzione pubblica svolta e categorie di organi statali implicati rappresentano, infine, i due cardini dell'elaborazione di significativa e contemporanea dottrina, che sintetizza e ordina in maniera originale le risultanze della prassi.

Pisillo Mazzeschi, dopo un'attenta ricostruzione dello stato dell'arte in materia di immunità funzionale¹⁴³, perviene alla conclusione per cui il suo fondamento è composito, fatto di «norme diverse, che cambiano in relazione ai diversi organi e ai loro diversi compiti e funzioni¹⁴⁴».

Per quanto concerne gli organi dello Stato cui può essere riconosciuta l'immunità funzionale, la situazione attuale permetterebbe di identificare le seguenti categorie: agenti diplomatici, capi di Stato, Capi di governo e Ministri degli esteri, agenti consolari nonché membri di missioni speciali all'estero¹⁴⁵.

È importante notare, in ogni caso, che le classi individuate non paiono ricevere il medesimo trattamento anche con riferimento alla stessa immunità funzionale: l'esenzione dalla giurisdizione straniera, infatti, varia in termini di ampiezza a partire dagli agenti diplomatici sino a quelli consolari, per i quali l'interpretazione si dimostra più restrittiva. Il discrimine è rappresentato, da questo punto di vista, proprio dai «compiti e funzioni» accordati a ciascuno.

In base agli elementi sottolineati, pertanto, secondo Pisillo Mazzeschi è possibile fare delle ulteriori e importanti riflessioni¹⁴⁶ sui fondamenti delle immunità *ratione*

¹⁴² V. sempre FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, p. 53. Questa posizione è condivisa, ad esempio, anche da TOMONORI M. (2003) *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2003. Esaminata la rilevante prassi in materia l'autore afferma infatti che «to infer from this isolated and somewhat unpersuasive instance that, as a matter of principle, functional immunity is granted even for ultra vires conduct would go too far. It seems that the basis of the contrary proposition that, in principle, functional immunity has been withheld in ultra vires cases is the stronger» (cit. p. 123).

¹⁴³ All'autore si deve, infatti, una delle più attente e aggiornate descrizioni della materia delle immunità, comprensive della più recente dottrina e giurisprudenza interna ed internazionale. Tanto in PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014.

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 775.

¹⁴⁵ Con riferimento, invece, agli organi militari come contingenti in servizio in Paesi terzi o equipaggi navali, la disciplina del loro trattamento deriva da presupposti parzialmente diversi, vale a dire negli accordi di ripartizione della giurisdizione tra lo Stato di invio e ospitante la missione.

¹⁴⁶ Sui tradizionali presupposti teorici degli istituti dell'immunità, PISILLO MAZZESCHI realizza infatti che «lo sviluppo generalizzato del diritto internazionale penale, sancendo la “normalità” della responsabilità internazionale dell'individuo-organo accanto a quella dello Stato, ha prodotto un

personae e, soprattutto, *ratione materiae*. Prendendo in considerazione quelli che sono gli specifici oggetti di tutela, vediamo, infatti, che non si tratta più di proteggere lo Stato in quanto tale, in tutte le sue funzioni e manifestazioni. Il focus diventa, quindi, «la tutela soltanto di alcune funzioni statali: quelle che tipicamente assumono importanza ai fini della vita di relazione di ogni Stato», «attinenti ai rapporti esterni del medesimo¹⁴⁷».

Non soltanto il riconoscimento dell'immunità è accordato ad una cerchia ristretta di organi statali, quindi, ma sono anche strettamente individuate le funzioni che gli stessi sono chiamati ad esercitare per la vita di relazione dello Stato stesso nello scenario internazionale. L'interrogativo avanzato a questo punto è volto a verificare, in prospettiva evolutiva, «in che misura sia ancora utile operare una distinzione concettuale netta e radicale fra immunità personali e funzionali».

4.4 UN REGIME FRAMMENTATO, MA CON ALCUNI TRATTI COMUNI

Nel contesto degli orientamenti che stabiliscono, per l'immunità funzionale, un regime differenziato in base alle categorie di organi cui la stessa va riconosciuta, le motivazioni si sono dimostrate assai composite ed implicanti ulteriori questioni di diritto internazionale. Ciò non toglie tuttavia, che in questa sede non si possa fare sintesi su alcuni dei tratti comuni evidenziati.

Anche se scontato, il punto di partenza per gli autori presi in esame è l'impossibilità di accertare l'esistenza di una norma di diritto internazionale che riconosce a tutti indistintamente gli organi dello Stato un'immunità di tipo funzionale¹⁴⁸.

cambiamento strutturale nell'intero regime giuridico della responsabilità internazionale; cambiamento che ha segnato, a mio avviso, la crisi definitiva dei suddetti presupposti concettuali», cit. p. 776.

¹⁴⁷ V. PISILLO MAZZESCHI R., *Organi degli Stati stranieri*, pp. 776 – 777. Sia chiaro, come sottolinea anche l'autore in commento, che non si tratta di mere funzioni di rappresentanza internazionale, che sono piuttosto coperte da immunità personale. Per un'ulteriore elaborazione sul punto v. anche, ad es., NIGRO R. (2009) *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, pp. 578 – 579.

¹⁴⁸ A tal proposito è interessante notare come la dottrina perviene a questa conclusione a seguito di diversi percorsi argomentativi. CONFORTI, ad esempio, nel chiedersi «se esista o meno una norma di carattere generale che riconosca l'immunità dalla giurisdizione civile e penale a tutti gli organi stranieri» (CONFORTI B., *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1/2010, cit. pp. 7 – 9), attesta in primo luogo che una risposta decisa e affermativa in tal

Nondimeno, come sottolineato in apertura del presente paragrafo, oltre all'individuazione delle categorie di individui-organi ritenute esenti dalla giurisdizione straniera, un dato cruciale di questi orientamenti è la distinzione tra procedimenti civili o penali¹⁴⁹, con tutte le ulteriori implicazioni che questa comporta.

Mentre, in virtù del principio della responsabilità penale come strettamente personale, la giurisdizione dei giudici interni viene ad essere esercitata nella maggior parte dei casi, per quanto riguarda l'immunità degli organi dalla giurisdizione civile, grazie all'assimilazione del beneficio in esame con quello tradizionalmente riconosciuto a livello statale, è ben più facile che sia proprio lo Stato ad essere chiamato a rispondere.

Oltre a queste linee generali, poi, è pressoché unanime la limitazione dell'immunità funzionale a organi diplomatici e consolari, Capi di Stato e di governo, Ministri degli esteri, in alcuni casi anche ai membri di missioni speciali operanti sul territorio dello Stato terzo. Merita una menzione particolare, inoltre, il diverso modo in cui viene considerata la posizione di organi militari quali membri di equipaggi delle navi da guerra in territorio straniero o dei corpi di truppa in servizio all'estero in tempo di pace. Il loro trattamento, infatti, pare oscillare tra il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* e l'esercizio della giurisdizione esclusiva dello Stato di invio¹⁵⁰.

senso è stata data quasi esclusivamente dalla dottrina italiana, mentre, pur nell'incertezza della prassi, si sottolinea l'opportunità di lasciar decidere al giudice per «evitare che un'immunità in ogni caso si risolva, in materia penale, in un'immunità personale». Secondo FRULLI, invece, la mancanza di un regime unitario sull'immunità funzionale significa che «la regola sull'irrelevanza della posizione ricoperta nell'apparato statale dall'individuo-organo sospettato di crimini internazionali, che si è consolidata nella prassi e nella giurisprudenza, non può essere costruita come eccezione o deroga a tale presunta norma generale, come invece ha teorizzato la maggior parte della dottrina» (cfr. FRULLI M., *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, cit. p. 307). Anche PISILLO MAZZESCHI, dal canto suo, riconosce che un'affermazione di questo tipo «costituisce una rottura radicale rispetto agli orientamenti dottrinali precedenti» (cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, v. p. 753).

¹⁴⁹ Ma v. contra AMOROSO D. (2013), *Sull'(in)esistenza di un regime generale in materia di immunità funzionale degli organi stranieri*, in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/settembre 2013, p. 1904.

¹⁵⁰ Anche questo tipo di riflessione si rinviene in quasi tutti gli autori citati: PISILLO MAZZESCHI, per esempio, parla di «priorità nell'esercizio di poteri coercitivi, disciplinari e giurisdizionali penali, da parte dello Stato di nazionalità» (cit. p. 776). Per un diverso punto di vista, invece, si veda NIGRO R. (2009), *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, cit. pp. 585 – 586: «nei casi in cui i giudici hanno riconosciuto l'immunità ai militari all'estero, lo hanno fatto su presupposti sostanzialmente diversi da quelli sottesi all'immunità funzionale. La conseguenza è che non sembra esservi alcuna norma di diritto

È evidente, in ogni caso, la tendenziale corrispondenza di tali organi con quelli titolari di immunità di natura personale: basti pensare a chi si esprime in termini di “continuing immunity *ratione materiae*”¹⁵¹, sino agli autori che arrivano ad auspicare un ripensamento della distinzione tra le tradizionali categorie concettuali.

5. IL LAVORO DELLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE CON RIFERIMENTO ALL'IMMUNITÀ DEGLI ORGANI STATALI DALLA GIURISDIZIONE PENALE

Per quanto espressamente riferiti all'immunità (sia personale che funzionale) degli organi statali dalla giurisdizione penale (e non anche civile) straniera, i lavori della Commissione del Diritto Internazionale (CDI) rappresentano un importante termine di paragone ed analisi in ordine al fondamento teorico del tema oggetto di ricerca, per almeno due ordini di motivi.

In primo luogo, infatti, i rapporti redatti dalla Commissione hanno aiutato a ricostruire metodicamente delle definizioni di carattere trasversale dei concetti fondamentali per la materia delle immunità.

Allo stesso tempo, il fatto che i lavori siano tuttora in corso permette di analizzare gli esempi più recenti della prassi, nonché le attuali posizioni degli Stati in ordine a ciascun tema specifico sottoposto dai Relatori speciali alla loro attenzione, espresse soprattutto in seno alla Sesta Commissione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

Indipendentemente dall'indubbio valore che va attribuito al contributo della Commissione, vanno anche sottolineati criticamente alcuni aspetti dell'impostazione dei suoi lavori.

Non pare pienamente condivisibile, infatti, la motivazione data alla scelta di circoscrivere l'esame alla sola immunità degli organi dalla giurisdizione *penale* straniera: dato l'obiettivo di individuazione e codificazione di una disciplina generale

internazionale in base alla quale riconoscere ai militari operanti all'estero un'immunità funzionale per il fatto che questi abbiano agito come organi dello Stato di appartenenza».

¹⁵¹ V. FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London.

in materia di immunità, non si comprende perché non sia stato intrapreso uno studio realmente esaustivo. La Commissione ha preferito piuttosto concentrarsi sulla differenza tra immunità di tipo personale e funzionale, analizzandole entrambe.

L'ottica attraverso la quale tali temi vengono elaborati, inoltre, sembra essere quella di una forma di immunità che appartiene unicamente allo Stato di appartenenza dell'organo e non all'individuo in sé.

La Commissione ha deciso di includere il tema nel suo programma di lavoro in occasione della 58esima sessione (2007), su indicazione del Planning Group e con il supporto della Sesta Commissione dell'Assemblea Generale.

La Commissione ha inoltre richiesto al Segretariato di predisporre uno studio preparatorio¹⁵², volto ad identificare le principali questioni giuridiche potenzialmente collegate al tema in esame, da una prospettiva sia storica che contemporanea, nonché a valutare quali sviluppi recenti del diritto internazionale possono aver avuto impatto sulle immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera.

Lo sviluppo successivo dei lavori si è sostanzialmente svolto in due fasi: dapprima la Commissione ha individuato Roman A. Kolodkin quale Relatore Speciale, che si è occupato di redigere i primi tre report in argomento; a seguire, nel 2012, l'incarico di proseguire il lavoro di ricerca e di redazione del primo progetto di articoli è stato affidato alla nuova Relatrice Conception Escobar Hernandez.

Il percorso migliore al fine di ricostruire le conclusioni sinora raggiunte dalla Commissione consiste nella sintetica descrizione e nel commento dei contenuti salienti di ciascun Report.

¹⁵² Cfr. *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction – Memorandum by the Secretariat* (A/CN.4/596, 31 marzo 2008), International Law Commission, Sixtieth session - Geneva, 5 May – 6 June and 7 July – 8 August 2008. Il memorandum è diviso in due parti: la prima parte fornisce, in gran parte da un punto di vista storico, una panoramica di carattere generale e dei contesti in cui l'immunità degli organi è stata invocata o è comunque venuta in rilievo. La seconda parte descrive la portata e l'attuazione della immunità dalla giurisdizione penale straniera alla luce dei trattati internazionali, elementi rilevanti della prassi degli Stati (compresa la legislazione nazionale e le decisioni giudiziarie), giurisprudenza internazionale e la dottrina. Questa parte procede sulla base della distinzione, che sembra essere ampiamente riconosciuta, tra l'immunità *ratione personae* e l'immunità *ratione materiae*.

PRELIMINARY REPORT¹⁵³ (2008)

Il primo report redatto dal Relatore speciale Kolodkin sul tema dell'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera si occupa di ricostruire le precedenti fasi in cui il tema è venuto in rilievo nei lavori della Commissione e dell'Institut de Droit International. A seguire il documento analizza alcuni temi di carattere preliminare quali le principali fonti in materia (trattati internazionali, diritto internazionale consuetudinario, international comity, ruolo della legislazione domestica), il rapporto tra immunità e giurisdizione, la natura "procedurale" dell'immunità dalla giurisdizione penale, la distinzione tra immunità *ratione personae* e *ratione materiae*, nonché il fondamento logico di quest'ultima.

Nella definizione dell'ambito di studio, inoltre, il Preliminary Report prende in esame anche i possibili limiti al riconoscimento delle immunità e, soprattutto, svolge alcune considerazioni introduttive relativamente ai soggetti da questa potenzialmente tutelati.

Le prime proposte formulate in conclusione dal Relatore speciale Kolodkin¹⁵⁴ sono principalmente del seguente tenore:

- a) la materia concerne unicamente l'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale (e non anche civile) di un altro Stato (diverso da quello di appartenenza);
- b) il tema dovrebbe riguardare la totalità degli organi statali;
- c) la definizione di "organo statale" dovrebbe essere perlomeno circoscritta;
- d) si riconosce che gli organi di rango più alto tutelati in primo luogo

¹⁵³ KOLODKIN R.A. (2008) *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/601, 29 maggio 2008.

¹⁵⁴ V., *ivi*, par. 130, «The contents of the second part (section V) of this preliminary report can be summarized in the following statements: (a) This topic covers only immunity of officials of one State from national (and not international) criminal (and not civil) jurisdiction of another State (and not of the State served by the official); (b) It is suggested that the topic should cover all State officials; (c) An attempt may be made to define the concept "State official" for this topic or to define which officials are covered by this concept for the purposes of this topic; (d) The high-ranking officials who enjoy personal immunity by virtue of their post include primarily Heads of State, Heads of Government and ministers for foreign affairs; (e) An attempt may be made to determine which other high-ranking officials, in addition to the threesome mentioned, enjoy immunity *ratione personae*. It will be possible to single out such officials from among all high-ranking officials, if the criterion or criteria justifying special status for this category of high-ranking officials can be defined; (f) It is doubtful whether it will be advisable to give further consideration within the framework of this topic to the question of recognition and the question of immunity of members of the family of high-ranking officials».

dall'immunità personale sono Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri;

e) dovrebbe essere effettuato almeno un tentativo di identificare altri eventuali organi apicali titolari di immunità *ratione personae*.

SECOND REPORT (KOLODKIN, 2010)

Il secondo Report del Relatore speciale è predisposto in occasione della 62esima sessione della Commissione del Diritto Internazionale (2010).

La Sesta Commissione dell'Assemblea Generale aveva già valutato il Preliminary Report nel corso della sua 60esima sessione, con un dibattito animato da diversi interventi delle delegazioni nazionali volti a sottolineare l'importanza ed attualità dell'argomento¹⁵⁵. In occasione della 61esima sessione, invece, il tema dell'immunità funzionale degli organi dello Stato non è stato trattato.

Questo secondo Report, pertanto, inizia a delineare l'ambito dell'indagine, sviluppando ulteriormente alcuni temi specifici e prodromici alla considerazione dell'immunità funzionale.

Da questo punto di vista una delle prime precisazioni indicate dal Relatore speciale riguarda la natura della disciplina dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, individuata quale oggetto di una regola generale; ove l'immunità non viene riconosciuta, invece, non si tratterà altro che di un'eccezione a tale norma¹⁵⁶. È opportuno sin d'ora evidenziare come tale impostazione, presente anche nelle posizioni di parte della dottrina analizzata in precedenza, sarà soggetta a

¹⁵⁵ In particolare, «the delegation of South Africa stressed the importance of this topic in the light of the ongoing discussion on the exercise of national universal jurisdiction and highlighted questions which it felt the Commission should answer»; passaggio richiamato in KOLODKIN R.A. (2010) *Second report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/631, 10 giugno 2010 (parr. 9 – 10).

¹⁵⁶ «18. Despite the existence in the doctrine of a different point of view,³⁶ it is fairly widely recognized that immunity from foreign jurisdiction is the norm, i.e. the general rule, the normal state of affairs, and its absence in particular cases is the exception to this rule. What is important in this context is not whether a State has to or does not have to invoke the immunity of its official in order for the issue of immunity to be considered or taken into account by the State exercising jurisdiction (the subject of such invocation will be considered further in the section on procedure). What is important is that if a case concerns senior officials, other serving officials or the acts of former officials performed when they were in office, in an official capacity, then the existence of an exemption from or an exception to this norm, i.e. the absence of immunity, has to be proven, and not the existence of this norm and consequently the existence of immunity». Cfr., *ivi*, par. 18.

critica nelle fasi successive del presente lavoro di ricerca.

Successivamente il Report in esame si concentra, in differenti capitoli, sui tratti essenziali dell'immunità *ratione materiae* e dell'immunità *ratione personae*.

Con riferimento all'immunità funzionale, in particolare, occorre sottolineare che il punto di vista apoditticamente adottato dal Relatore si basa sull'assunto per cui l'atto illecito posto in essere dall'individuo-organo viene direttamente attribuito allo Stato di appartenenza¹⁵⁷ qualora tale organo abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali¹⁵⁸.

Dopo questo approfondimento il Report passa a considerare la natura degli atti rispetto ai quali è precluso il riconoscimento dell'immunità funzionale degli individui-organi che li hanno posti in essere. L'esercizio della giurisdizione penale, infatti, in tale contesto, non è considerata limitatamente alla fase processuale vera e propria, bensì concerne ogni altro possibile provvedimento adottato dal Giudice (basti pensare, ad esempio, alla citazione a testimoniare).

Oggetto di analisi, inoltre, sono anche la rilevanza territoriale dell'immunità¹⁵⁹, così come la configurabilità di eccezioni al regime generale sulle immunità individuali, soprattutto per la violazione del diritto internazionale umanitario.

In conclusione, le considerazioni espresse all'interno del secondo Report possono essere sintetizzate nel modo seguente:

- l'immunità è oggetto di una regola di diritto internazionale di carattere generale;
- gli atti attribuiti all'individuo-organo sono in realtà riferibili allo Stato di appartenenza;
- tale regola è meritevole di ulteriore approfondimento con particolare riferimento

¹⁵⁷ Cfr., *ivi*, par. 26: «That the act of an official acting in this capacity is attributed to the State is generally recognized. 54 As noted by the International Court of Justice in the Difference Relating to the Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights case, “[a]ccording to a well-established rule of international law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule ... is of a customary character ...».

¹⁵⁸ Cfr., *ivi*, par. 27: «this question has also already been considered by the International Law Commission. 56 As noted in the commentary to article 4 of the draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts: “It is irrelevant for this purpose that the person concerned may have had ulterior or improper motives or may be abusing public power. Where such a person acts in an apparently official capacity, or under colour of authority, the actions in question are attributable to the State”». Relativamente all'ipotesi di condotta *ultra vires*, v. par. 29.

¹⁵⁹ Con la valutazione della possibilità di restringere lo studio ai soli atti posti in essere all'estero; ma si pensi, ad esempio, la possibile condizione di un magistrato nazionale.

alla natura della responsabilità internazionale e dell'immunità;

- la motivazione soggettiva ha un ruolo secondario, in quanto l'individuo-organo è tutelato dall'immunità per ogni tipo di azione, purché sia stata posta in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali;
- l'immunità dello Stato e dell'individuo-organo sono due istituti concettualmente distinti;
- l'immunità *ratione materiae* concerne anche atti illeciti e/o posti in essere *ultra vires*;
- l'ambito di applicazione dell'immunità è legato al rango dell'organo statale a cui questa va potenzialmente riconosciuta;
- l'immunità può essere invocata sia quando l'organo si trova nello Stato di origine che in quello di destinazione per lavoro;
- non sembra essere ancora possibile l'individuazione di eccezioni alla regola generale in materia di immunità.

THIRD REPORT (R.A. KOLODKIN, 2011)

Mentre i primi due Report si sono occupati di analizzare alcuni aspetti sostanziali ma preliminari al tema dell'immunità, il terzo è rivolto ad approfondire, in particolare, gli aspetti procedurali della materia, così come il rapporto tra la responsabilità dello Stato e quella individuale del singolo organo.

Sotto il primo profilo, il Relatore Kolodkin chiarisce, con riferimento al dato temporale, che l'immunità, in quanto eccezione di natura procedurale, dovrebbe essere trattata *in limine litis*, tra le questioni preliminari¹⁶⁰.

A seguire il Report si occupa della competenza a sollevare l'eccezione dell'immunità: sul punto, data la posizione della Commissione per cui l'immunità

¹⁶⁰Si richiama, a tal proposito, la posizione espressa dalla Corte Internazionale di Giustizia nel parere relativo al caso *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission of Human Rights*: «[q]uestions of immunity are... preliminary issues which must be expeditiously decided in limine litis. This is a generally recognized principle of procedural law»; cfr. *ibidem*, par. 11.

dell'organo "appartiene" esclusivamente allo Stato¹⁶¹, è chiaro come sia quest'ultimo l'unico competente ad invocarne il riconoscimento.

Secondo la Commissione, inoltre, se lo Stato omette di invocare l'immunità, lo Stato del foro non potrebbe ritenersi obbligato a considerare il riconoscimento della tutela *proprio motu*, bensì procedere con il giudizio a carico dell'individuo-organo¹⁶².

La questione è ritenuta parzialmente analoga anche in caso di rinuncia alla tutela offerta dall'immunità, materia di competenza della legislazione interna e non di diritto internazionale, mentre si sostiene che il diniego di fronte al giudice, quantomeno, debba essere espresso.

Con riguardo, inoltre, al complesso tema del rapporto tra responsabilità dello Stato e responsabilità dell'organo per gli atti posti in essere da quest'ultimo nello svolgimento del proprio incarico il Relatore speciale Kolodkin si rifà al concetto di "*dual attribution*": «waiving immunity not only creates the conditions for establishing the official's criminal responsibility, but also is not an obstacle to holding the official's State responsible under international law, if the actions are in violation of the State's obligations under international law¹⁶³».

La conclusione del Relatore sugli aspetti considerati nel terzo Report sono sintetizzati in una serie di punti. Tra questi, viene richiamata non soltanto la natura procedurale (e che deve essere immediatamente invocata) dell'immunità, ma anche la competenza esclusiva delle autorità statali in tema di invocazione e rinuncia.

Si sottolinea ancora, in chiusura, che uno Stato che invoca l'immunità dell'individuo-organo sulla base del fatto che gli atti oggetto del giudizio sono stati dal medesimo posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali, riconosce che tali azioni sono direttamente attribuibili al medesimo Stato. Questo comporta la necessaria sussistenza dei requisiti necessari al riconoscimento della responsabilità internazionale dello Stato, nonché all'attivazione dei relativi strumenti di tutela.

¹⁶¹ Più precisamente, «strictly speaking, the official merely "enjoys" immunity, which belongs legally to the State. Accordingly, the rights inherent in immunity are rights of the State»; *ivi* par. 15.

¹⁶² I principi espressi sul punto sono coordinati con l'analisi di alcune pronunce della recente giurisprudenza, con particolare riferimento agli obblighi informativi dello Stato di appartenenza in relazione alle dichiarazioni sul fatto che la condotta dell'agente sia stata posta in essere «nell'esercizio di funzioni ufficiali».

¹⁶³ Cfr. KOLODKIN (2011), *Third Report*, par. 58.

PRELIMINARY REPORT (C. ESCOBAR HERNANDEZ, 2012)

A seguito del rinnovo dei membri della Commissione avvenuto nel 2012, Concepción Escobar Hernandez è stata nominata nuova Relatrice speciale per il tema delle “Immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera”.

Il primo documento elaborato dalla Escobar Hernandez, pertanto, si qualifica espressamente come un “rapporto di transizione”, volto a valutare i lavori della Commissione sul tema nel quinquennio 2007 – 2011, nonché le evoluzioni del dibattito in seno alla Sesta Commissione. In particolare, con riferimento all’obiettivo generale del progetto «the Commission was requested to promote greater consistency in international law and to strike a balance between the need to preserve stability in international relations and the need to avoid impunity for serious crimes of international law¹⁶⁴».

Relativamente all’impostazione della successiva fase dei lavori e con l’obiettivo di fornire dei chiarimenti di natura concettuale e metodologica, inoltre, vengono identificati alcuni temi di particolare rilievo quali:

- la distinzione, le rispettive basi giuridiche e il rapporto tra immunità *ratione materiae* e *ratione personae*;
- la distinzione e il rapporto tra responsabilità internazionale dello Stato e responsabilità degli individui;
- aspetti procedurali riferibili al riconoscimento dell’immunità.

Con particolare riguardo all’immunità funzionale, il Preliminary report sottolinea subito come la mancata concordanza di alcune definizioni di aspetti strutturali della materia rappresentano un potenziale ostacolo al raggiungimento di una disciplina condivisa dagli Stati.

Per questo si anticipano alcuni temi chiave oggetto di approfondimento nelle fasi successive: l’ambito di applicazione soggettiva dell’immunità funzionale, la definizione di “atto ufficiale” ed il suo legame con la potenziale responsabilità dello Stato, la natura assoluta o ristretta dell’immunità in esame, così come le possibili

¹⁶⁴ Cfr. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2012) *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/654, 31 maggio 2012, par. 48.

eccezioni al suo operare¹⁶⁵.

Soprattutto, però, la Escobar Hernandez richiama l'attenzione sull'ambiguità e necessità di un chiarimento esaustivo in ordine al significato e limitazione del termine "organo statale".

Al fine di impostare lo sviluppo successivo dei lavori della Commissione, la Special Rapporteur formula delle domande puntuali su alcuni dei temi chiave menzionati con riferimento al tema dell'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, le cui risposte saranno al centro dei seguenti lavori¹⁶⁶.

SECOND REPORT (C. ESCOBAR HERNANDEZ, 2013)

Con il secondo Report predisposto in previsione della 65esima sessione della Commissione del Diritto Internazionale, vengono individuati quattro gruppi tematici relativamente allo studio del tema delle immunità:

- questioni generali di natura concettuale e metodologica;
- immunità *ratione personae*;
- immunità *ratione materiae*;
- aspetti di tipo procedurale legati all'immunità.

Da un punto di vista programmatico, inoltre, si chiarisce che il tema sarà preso in considerazione da una prospettiva sia di *lex lata* che di *lex ferenda*, sulla base di un approccio sistemico in grado di condurre a proposte normative potenzialmente valide nell'ordinamento giuridico internazionale nel suo complesso. Anche per questo la Commissione si prefigura un diretto coinvolgimento degli Stati nel dibattito e nella considerazione di specifiche questioni¹⁶⁷.

Con riferimento all'ambito oggetto di studio, il secondo Report Escobar Hernandez evidenzia i termini principali della questione: le regole relative al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione penale e straniera sono rivolte essenzialmente ai giudici nazionali, in assenza di ogni sovrapposizione con le prerogative già riconosciute in base al diritto interno.

¹⁶⁵ Cfr., *ivi*, parr. 65-68.

¹⁶⁶ V., *ivi*, parr. 73 – 77.

¹⁶⁷ Cfr. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2013) *Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/661, 4 Aprile 2013, parr. 6 – 12.

Dopo tali precisazioni viene approfondito il rapporto tra immunità e giurisdizione, unitamente all'immunità dalla giurisdizione penale straniera¹⁶⁸, in relazione ai quali la Commissione ha ritenuto di formulare apposite definizioni al medesimo articolo n. 3 del progetto successivo.

Sulla stessa base (e dichiarando di voler avere un approccio “funzionale” al tema), la Special Rapporteur formula alcune prime osservazioni in merito al rapporto tra immunità *ratione personae* e *ratione materiae*. Quest'ultima viene definita (e poi evidentemente inserita nel progetto di articoli) come una tutela rivolta a *tutti* gli organi statali, ma limitata alle conseguenze di atti “ufficiali” posti in essere dall'agente in nome e per conto dello Stato nell'esercizio di “funzioni ufficiali”.

In definitiva, il secondo rapporto si conclude con la proposta di alcuni articoli concernenti, in particolare:

(art. 1) l'ambito di applicazione dell'immunità degli organi dalla giurisdizione penale straniera¹⁶⁹;

(art. 2) le immunità che restano escluse da tale contesto¹⁷⁰;

(art. 3) le definizioni di giurisdizione penale, immunità dalla giurisdizione penale straniera, immunità *ratione personae*, immunità *ratione materiae*.

Con particolare riferimento alle immunità di natura personale invece, sono formulati i seguenti articoli:

¹⁶⁸ Con il termine “giurisdizione penale” si intendono «all of the forms of jurisdiction, processes, procedures and acts which, under the law of the State that purports to exercise jurisdiction, are needed in order for a court to establish and enforce individual criminal responsibility arising from the commission of an act established as a crime or misdemeanour under the applicable law of that State. For the purposes of the definition of the term “criminal jurisdiction”, the basis of the State's competence to exercise jurisdiction is irrelevant», v. parr. 42 – 46. Nondimeno, la “immunità dalla giurisdizione penale straniera” nel medesimo documento è indicata come «protection from the exercise of criminal jurisdiction by the judges and courts of another State that is enjoyed by certain State officials».

¹⁶⁹ Part 1 – Introduction, Draft article 1 – *Scope of the draft articles*: «Without prejudice to the provisions of draft article 2, these draft articles deal with the immunity of certain State officials from the exercise of criminal jurisdiction by another State».

¹⁷⁰ Draft article 2 - *Immunities not included in the scope of the draft articles*: «The following are not included in the scope of the present draft articles: (a) Criminal immunities granted in the context of diplomatic or consular relations or during or in connection with a special mission; (b) Criminal immunities established in headquarters agreements or in treaties that govern diplomatic representation to international organizations or establish the privileges and immunities of international organizations and their officials or agents; (c) Immunities established under other ad hoc international treaties; (d) Any other immunities granted unilaterally by a State to the officials of another State, especially while they are in its territory».

(art. 4) ambito di applicazione soggettivo dell'immunità *ratione personae*;

(art. 5) ambito di applicazione oggettivo dell'immunità *ratione personae*;

(art. 6) ambito di applicazione temporale dell'immunità *ratione personae*.

THIRD REPORT (C. ESCOBAR HERNANDEZ, 2014)

Dopo la positiva considerazione del precedente Report da parte della Sesta Commissione e la condivisione del progetto di articoli con il Drafting Committee¹⁷¹, il terzo Report della CDI entra nel vivo di alcuni temi anticipati ma non sviluppati in maniera approfondita.

La Special Rapporteur aveva infatti richiesto agli Stati informazioni in merito alla prassi delle loro istituzioni e, in particolare, degli organi giudiziari, riguardo al significato attribuito ai termini “atti ufficiali” e “atti posti in essere nell’esercizio delle funzioni ufficiali” nel contesto dell’immunità degli organi dalla giurisdizione penale straniera.

Anche sulla base di questi contributi, la Commissione decide di dedicarsi alla definizione degli aspetti strutturali dell’immunità *ratione materiae*, con l’obiettivo di definirne il regime giuridico proprio e distinto rispetto a quello dell’immunità personale, così come riconosciuto anche da buona parte della dottrina.

Richiamati i tratti essenziali dell’istituto dell’immunità funzionale, quali la riconoscibilità agli organi statali solo per atti posti in essere nell’esercizio delle funzioni e la durata anche successiva al termine dell’incarico ufficiale, il Report sottolinea i tre temi fondamentali su cui occorre fornire delle risposte:

- l’ambito di applicazione soggettivo dell’immunità funzionale (a quali organi va correttamente riconosciuta);

¹⁷¹ «The International Law Commission considered the second report of the Special Rapporteur at its 3164th to 3168th and 3170th meetings and decided to refer the six draft articles to the Drafting Committee. On the basis of the report of the Drafting Committee, the Commission provisionally adopted three draft articles, dealing with the scope of the draft articles (draft article 1) and the normative elements of immunity *ratione personae* (draft articles 3 and 4), respectively. The draft articles contain the essential elements of five of the reworked draft articles proposed by the Special Rapporteur. The Commission also approved the commentaries to the three draft articles which it had provisionally adopted. The Drafting Committee decided to keep the draft article on definitions under review and to take action on it at a later stage; cfr. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2014), *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/673, 2 giugno 2014, par. 7.

- l'ambito di applicazione oggettivo (quali atti ufficiali sono da ritenersi tutelati);
- l'aspetto temporale (vale a dire il momento entro il quale l'immunità può essere invocata e affermata).

È proprio il concetto di “organo dello Stato” che viene posto al centro del primo approfondimento.

La prima importante precisazione a tal proposito concerne il fatto che, soprattutto per l'immunità funzionale, è impossibile comporre un elenco specifico di tutti gli individui-organi che ne sono titolari, data l'infinita varietà di ruoli e organizzazione statale.

Di conseguenza, i soggetti ritenuti tutelati possono essere individuati come tali soltanto sulla base di “criteri identificativi” i quali, applicati caso per caso, sono in grado di confermare che il singolo individuo è un “organo dello Stato” ai fini del presente lavoro¹⁷².

La Special Rapporteur sottolinea quattro ulteriori premesse:

- 1) l'esatta portata del termine “organo” non è stata ancora definita dal diritto internazionale;
- 2) ogni definizione avanzata nella presente sede deve essere adatta a identificare sia i titolari di immunità funzionale che personale;
- 3) la terminologia scelta deve tenere in considerazione le differenze tra organi tutelati da immunità *ratione personae* e immunità *ratione materiae*;
- 4) occorre prestare attenzione a che i termini abbiano significato omogeneo in tutti gli ordinamenti.

L'analisi della prassi si rivolge, in primo luogo, alla giurisprudenza delle corti nazionali¹⁷³.

¹⁷² «In the case of immunity *ratione materiae*, however, it is impossible to draw up a list of all the office or post holders who would be classified as “officials” for the purposes of the present topic. That would simply not be feasible, given the wide variety of models which exist in State systems. Consequently, the persons covered by immunity *ratione materiae* can only be determined using “identifying criteria” which, applied on a case-by-case basis, provide sufficient reason to conclude that a given person is an “official” for the purposes of the present draft articles», cit. *ivi*, par. 18.

¹⁷³ A tal proposito, il Report sottolinea la rilevanza dei casi in cui è stata invocata l'immunità dalla giurisdizione civile, dal momento che «the range of persons who enjoy immunity from jurisdiction *ratione materiae* is much broader and more varied if civil proceedings brought against foreign officials for the purpose of obtaining financial compensation are taken into consideration», v. *ibidem*, par. 32. A livello generale, invece, «those who have been granted immunity from jurisdiction *ratione materiae* have held

Dagli elementi emersi in tale contesto la Special Rapporteur ritiene di poter identificare due categorie principali di organi: quelli di più alto rango, dotati di rilevante capacità decisionale e di rappresentare lo Stato di appartenenza, e gli altri individui-organi senza autonomia decisionale e meramente incaricati di porre in essere le azioni comandate da superiori¹⁷⁴, rispetto ai quali la prassi evidenzia la difficoltà a riconoscere la protezione dalla giurisdizione straniera.

Con riferimento, invece, alla prassi dei tribunali internazionali, la Commissione richiama e analizza alcuni dei casi più noti¹⁷⁵ in cui il tema dell'immunità organica è venuto in rilievo. Allo stesso modo, sono esaminate (come del resto si farà anche nei successivi capitoli del presente lavoro) le previsioni dei principali trattati internazionali che disciplinano aspetti della materia¹⁷⁶, così come altri lavori della Commissione del Diritto Internazionale¹⁷⁷.

Sulla base del complesso di elementi ricavati dallo studio della prassi, la

specific posts and performed specific functions within the State structure. They have included a former Prime Minister and Minister of Defence, a Minister of the Interior, senior officials (head of Scotland Yard), and members of government security forces and institutions (a police officer and a military officer) and an executive director of a maritime authority» (par. 31).

¹⁷⁴ «The first category, which represents the majority in the jurisprudence analysed, comprises officials in the highest ranks of the State structure (civil or military), who head ministerial or other departments or administrative bodies (understood broadly) within the State, have extensive power of decision and, on occasion, are qualified to represent the State either domestically or internationally (the latter by express authority from the State). The second group, which represents the minority, comprises any officials who have no power of decision and who simply carry out decisions taken by higher-ranking officials» (par. 37).

¹⁷⁵ *V. Arrest Warrant case, Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, Al-Adsani v. the United Kingdom, Jones and others v. the United Kingdom, Prosecutor v. Tihomir Blaskic.*

¹⁷⁶ Come la Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Convention on Special Missions (1969), Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character (1975), Vienna Convention on Consular Relations (1963), Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents (1973), United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004), Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948), Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984), United Nations Convention against Corruption (2003), Rome Statute of the International Criminal Court (in particolare, articolo 27).

¹⁷⁷ Ad esempio, con riferimento ai *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, si sottolinea che «the conduct of a State organ is attributable to the State “irrespective of the level of administration or government at which the conduct occurs”, which means that in practice there can be a variety of persons or officials who act as agents of the State. The essential element for attributing conduct to a State is that an official must be acting as an organ of the State, regardless of the particular motivation the official may have» (par. 108).

Commissione è dunque in grado di sottolineare i seguenti punti (cfr. par. 111):

«(a) *The official has a connection with the State. This connection can take several forms (constitutional, statutory or contractual) and can be temporary or permanent. The connection can be de jure or de facto;*

(b) The official acts internationally as a representative of the State or performs official functions both internationally and internally;

(c) The official exercises elements of governmental authority, acting on behalf of the State. The elements of governmental authority include executive, legislative and judicial functions».

Poste queste prime indicazioni, il Report passa ad effettuare un'ampia ricognizione dei termini utilizzati nelle fonti già esaminate al fine di definire il concetto di organo statale, anche tenendo in considerazione le diverse opzioni derivanti dalle differenze linguistiche tra i diversi ordinamenti¹⁷⁸. In conclusione, secondo la Special Rapporteur, «*the term “organ” is more suitable for referring to all persons who may enjoy immunity from foreign criminal jurisdiction*».

La proposta di definizione di “organo dello Stato” che viene formulata per individuare i soggetti, diversi dai Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri, titolari di immunità funzionale è «*any other person who acts on behalf and in the name of the State, and represents the State or exercises elements of governmental authority, whether the person exercises legislative, executive or judicial functions, whatever position the person holds in the organization of the State*».

Definito in questi termini il criterio identificativo degli organi tutelati da immunità dalla giurisdizione straniera, si sottolinea altresì che tale elemento di carattere soggettivo va necessariamente letto in corrispondenza con l'ulteriore aspetto di natura oggettiva che concorre a definirlo propriamente. Sono molti, infatti, i soggetti potenzialmente impiegati per conto dello Stato in funzioni ufficiali (si pensi, a mero titolo di esempio, a medici o professori), ma che anche in tal caso non sono in grado di esprimere una qualche forma di autorità governativa o svolgere funzioni rilevanti per la vita di relazione esterna dello Stato.

Per quanto volta a tutelare la sovranità dello Stato, infatti, l'immunità dalla giurisdizione penale straniera non può che essere riconosciuta, conclude la

¹⁷⁸ V. “Funcionario”, “Représentant”, “Official”, “Agent”, “Organ”.

Commissione, soltanto a coloro i quali sono nella posizione di esprimerne in qualche modo le prerogative.

FOURTH REPORT (C. ESCOBAR HERNANDEZ, 2015)

Dopo le proposte di articoli formulate con riferimento all'ambito di applicazione soggettivo dell'immunità dalla giurisdizione straniera e alla definizione di "organo", il quarto Report della Commissione¹⁷⁹ passa ad esaminarne gli aspetti di natura oggettivo e temporale.

In via preliminare, la Special Rapporteur sottolinea nuovamente la pari rilevanza in materia dei concetti di "organo dello Stato" e di "atti ufficiali", che rappresentano categorie concettuali distinte e che vanno pertanto considerate autonomamente.

L'espressione «atti posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali» è fondamentalmente scelta in contrapposizione a condotte di natura privata, ma si riconosce, in ogni caso, che sono diverse le opzioni disponibili dal punto di vista terminologico¹⁸⁰.

A tal proposito, inoltre, è chiaro che tale indicazione non deve essere confusa con la distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*, che riguarda piuttosto le immunità statali. Né questa concorre a qualificare la natura legittima o illegale posta in essere dall'individuo-organo¹⁸¹.

Come per il lavoro svolto sulla definizione di "organo dello Stato", la Commissione passa ad esaminare la prassi rilevante, delle corti internazionali, dei giudici interni, dei trattati e degli altri lavori interni alla CDI, sostanzialmente già richiamati nel precedente paragrafo.

Con particolare riferimento all'analisi della prassi, la Special Rapporteur ritiene di poter derivare le seguenti caratteristiche essenziali che un «atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali» deve possedere ai fini del riconoscimento

¹⁷⁹ Vale a dire di fornire ogni elemento utile della prassi interna con riferimento alla definizione di "atti ufficiali" e ad eventuali accezioni riconosciute all'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera; cfr. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2015), *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/686, 29 maggio 2015, par. 13.

¹⁸⁰ V. "act in the name of the State", "public act", "act in representation of the State" ... (par. 28).

¹⁸¹ V. *ivi*, parr. 30 – 33.

dell'immunità all'individuo-organo:

«(i) *The act is of a criminal nature;*

(ii) *The act is performed on behalf of the State;*

(iii) *The act involves the exercise of sovereignty and elements of governmental authority».*

Con riguardo alla natura criminale dell'atto, la Commissione dichiara di riconoscere il modello della “*dual responsibility*”, in base al quale la responsabilità penale è personale, mentre quella civile sussidiaria è attribuibile sia all'organo che allo Stato di appartenenza; la Commissione ritiene che questi due livelli di responsabilità debbano restare distinti¹⁸².

Il riconoscimento dell'immunità funzionale, inoltre, è ritenuto possibile soltanto quando esiste un chiaro legame tra lo Stato e la condotta posta in essere dall'individuo-organo, che viene pertanto attribuita allo Stato medesimo secondo le regole del diritto internazionale in materia di responsabilità¹⁸³. Ne deriverebbe che soltanto gli atti posti in essere sotto il diretto controllo dello Stato potrebbero essere allo stesso attribuiti ai fini dell'immunità¹⁸⁴.

Sul tema dell'esercizio di elementi di *governmental authority* e della sovranità si evidenzia come il significato di questo secondo concetto in particolare, può essere dedotto non soltanto da quelle attività essenzialmente legate all'autorità statale (come, ad esempio, attività di polizia, l'amministrazione della giustizia, le relazioni estere), ma

¹⁸² «(i) *State immunity is typically assumed to apply in respect of acts which are attributable to the State alone and for which the State alone can be held responsible;*

(ii) *When an act is attributable both to the State and to an individual, and both can be held responsible, two types of immunity can be distinguished: immunity of the State, on the one hand, and immunity of the official, on the other;*

(iii) *The differentiation between immunity of the State and immunity of State officials is clearest in respect of the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, given the different types of responsibility attaching to the State (civil) and its official (criminal) and the different nature of jurisdictions from which immunity is invoked» (par. 110).*

¹⁸³ Sul punto le regole individuate dagli articoli da 4 a 11 del Progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti sono detti assumere rilevanza cruciale (par. 111).

¹⁸⁴ «The conclusion reached by the Court in the Genocide case (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) with regard to responsibility appears to be equally applicable in respect of immunity; this would mean that only acts carried out by an individual acting under the direct control of the State could be regarded as acts attributable to the State for the purposes of immunity. The concept of a State official is thus defined more accurately, excluding those individuals who are usually regarded as *de facto* officials. Only this conclusion is consistent with the nature of immunity» (par. 114).

anche da atti che vi si collegano in via funzionale. Restano escluse le ipotesi in cui le motivazioni di carattere personale del soggetto agente sovrastano la natura pubblica di una condotta¹⁸⁵.

L'applicazione di questi criteri è ritenuta particolarmente critica nel caso di crimini internazionali, difficilmente riconducibili a manifestazioni di sovranità.

A conclusione del quarto Report, la Special Rapporteur propone anche in questo caso non soltanto la definizione prima individuata di «atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali» (articolo 2 – “Definizioni”), bensì anche l'articolo che descrive l'ambito di applicazione dell'immunità *ratione materiae* (articolo 6).

Sarà importante valutare, dunque, non soltanto le considerazioni svolte in seno al Drafting Committee e al Sesto Comitato dell'Assemblea Generale sulle regole proposte riguardo ai due concetti chiave di “organo statale” e “atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali”, ma anche gli sviluppi successivi del lavoro della Commissione, che andrà ad approfondire nel dettaglio i limiti ed eccezioni al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione straniera.

FIFTH REPORT (C. ESCOBAR HERNANDEZ, 2016)

Il contributo più recente elaborato dalla Commissione, sempre ad opera della Relatrice speciale Escobar Hernandez, sul tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, concerne i limiti e le eccezioni che possono essere riconosciuti all'applicabilità di tale istituto di fronte alla sua invocazione¹⁸⁶.

Il quinto Report arriva dopo la conclusione dello studio relativo ai due concetti di “organo dello Stato” e di “atto posto in essere nell'esercizio della funzione”, che giustamente la Commissione ritiene preliminare rispetto alla valutazione delle ipotetiche situazioni che potrebbero consentire l'esercizio o meno della giurisdizione nei confronti dell'individuo-organo straniero.

Per analoghe ragioni, si ritiene che questo tema non possa essere oggetto di approfondimento nel presente lavoro, ma si ritiene tuttavia importante richiamare

¹⁸⁵ Si rinvia, sul punto, all'analisi condotta nel capitolo quarto del presente lavoro.

¹⁸⁶ *Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/701, 14 giugno 2016.

quanto affermato dalla Commissione a tal proposito.

In primo luogo, la Commissione procede con un'approfondita analisi della prassi, a partire dai trattati che, direttamente o indirettamente, si riferiscono alle immunità, oppure alla responsabilità penale individuale per le gravi violazioni dei diritti umani fondamentali. A seguire, viene esaminata anche la prassi legislativa interna (con particolare riferimento ai Paesi anglosassoni e alla recente introduzione anche in Spagna di una normativa *ad hoc*), per poi procedere con l'analisi della giurisprudenza delle Corti internazionali e le questioni giuridiche collegate.

In secondo luogo, il Report approfondisce alcuni aspetti qualificati come metodologici oppure concettualmente collegati alle limitazioni operanti rispetto alla disciplina generale in materia di immunità: la sua natura giuridica¹⁸⁷, il ruolo dei tribunali penali internazionali chiamati a giudicare sui più gravi crimini internazionali e la definizione dei concetti di "limitazione" ed "eccezione all'immunità"¹⁸⁸.

Sono approfondite, infine, le fattispecie in presenza delle quali l'immunità degli organi dello Stato non verrebbe ad essere applicata, vale a dire la commissione di crimini internazionali (con le sue diverse possibili qualificazioni), la c.d. "territorial tort exception"¹⁸⁹, e l'ipotesi specifica dei reati di corruzione.

Al termine delle sue valutazioni, la Commissione formula una proposta di articolo del seguente tenore (Draft article 7, "Crimes in respect of which immunity does not apply"):

¹⁸⁷ Con riguardo a questo specifico punto si pone in evidenza che gli argomenti specifici trattati dalla Commissione, come il rapporto tra immunità e giurisdizione, tra immunità e responsabilità, nonché tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo sono approfonditi anche nel presente lavoro (nel capitolo primo per quanto concerne l'esercizio della giurisdizione, nel capitolo quarto per quanto riguarda il ruolo dei temi della responsabilità e dell'immunità statale ai fini, in particolare, del concetto di "funzione ufficiale" tutelata); ciò in quanto si attribuisce grande rilevanza alle conseguenze di tali parallelismi all'interno del diritto internazionale.

¹⁸⁸ A tal proposito, è interessante notare la puntualizzazione riportata dalla Commissione per cui «the limitations to immunity are necessarily related to the normative elements that define each category of immunity, whereas exceptions are defined by external elements» (par. 171).

¹⁸⁹ Come definite dall'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'Immunità degli Stati del 2004 (articolo 12): «a State cannot invoke immunity from jurisdiction before a court of another State which is otherwise competent in a proceeding which relates to pecuniary compensation for death or injury to the person, or damage to or loss of tangible property, caused by an act or omission which is alleged to be attributable to the State, if the act or omission occurred in whole or in part in the territory of that other State and if the author of the act or omission was present in that territory at the time of the act or omission».

« 1. Immunity shall not apply in relation to the following crimes:

- (i) Genocide, crimes against humanity, war crimes, torture and enforced disappearances;
- (ii) Corruption-related crimes;
- (iii) Crimes that cause harm to persons, including death and serious injury, or to property, when such crimes are committed in the territory of the forum State and the State official is present in said territory at the time that such crimes are committed.

2. Paragraph 1 shall not apply to persons who enjoy immunity *ratione personae* during their term of office.

3. Paragraphs 1 and 2 are without prejudice to:

- (i) Any provision of a treaty that is binding on both the forum State and the State of the official, under which immunity would not be applicable;
- (ii) The obligation to cooperate with an international court or tribunal which, in each case, requires compliance by the forum State».

*

In conclusione, se si volesse sinteticamente commentare il lavoro complessivo svolto dalla Commissione del Diritto Internazionale sul tema dell'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, si ritiene opportuno porre in evidenza l'ampiezza ed il grado di approfondimento delle ricostruzioni dello stato dell'arte sulla materia, che forniscono una base imprescindibile per chi decide di occuparsi di immunità.

Al tempo stesso, anche considerando l'effettivo percorso di validazione ed approvazione delle proposte di articoli¹⁹⁰ elaborate dalla CDI, ci si pone il dubbio se queste siano formulate in termini eccessivamente generici o comunque non pienamente corrispondenti ai contenuti dibattito scientifico (ricostruito nella prima parte del presente capitolo) e alla prassi giurisprudenziale delle corti nazionali ed internazionali

¹⁹⁰ Allo stato attuale (2016) sono stati adottati dalla Commissione i seguenti articoli: 1 ("Scope of the present draft articles"), 2 – lettera e ("Definitions"), 3 ("Persons enjoying immunity *ratione personae*"), 4 ("Scope of immunity *ratione personae*"), 5 ("Persons enjoying immunity *ratione materiae*"); sono stati invece provvisoriamente adottati anche dal Drafting Committee nel corso della 67esima sessione (2015) l'articolo 2, lettera f (definizione di "act performer in an official capacity") e n. 6 ("Scope of immunity *ratione materiae*").

(che si studierà, invece, tanto nel capitolo terzo che nel capitolo quarto), ma saranno comunque tenute in considerazione parallelamente allo sviluppo successivo del lavoro, incentrato sui concetti di “organo” e di “funzione ufficiale” ai fini dell'immunità.

6. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Sintetizzare le linee comuni emerse dalle diverse posizioni della dottrina con riferimento all'immunità funzionale si configura come compito non semplice.

Alcuni nodi centrali, in ogni caso, possono essere riconosciuti nella spiegazione del rapporto tra immunità dell'organo e immunità dello Stato, così come nella definizione delle qualità individuali delle persone che agiscono in nome e per conto dello Stato e delle attività ufficiali che essi sono autorizzati a porre in essere.

Va altresì preliminarmente osservato come tali argomenti presuppongono a loro volta un modo differente di interpretare alcuni principi di diritto internazionale collegati alla materia dell'immunità. Al fine di sintetizzare i punti cardine emersi dall'esame della dottrina in materia, e verificarne poi la rispondenza alla prassi nazionale ed internazionale, anche tali principi saranno presi in attenta considerazione.

6.1 I PRINCIPALI TEMI MERITEVOLI DI APPROFONDIMENTO

«*Immunity does not attach to conduct alone*¹⁹¹». Come già anticipato, con tale inciso si intende rappresentare che, per quanto il tipo di attività posta in essere dall'individuo-organo stia parimenti alla base del suo trattamento di fronte al giudice straniero, è tuttavia ragionevole ritenere che la tutela accordata dall'immunità *ratione materiae* non riguardi la totalità dei soggetti che fanno parte dell'organizzazione statale e che agiscono, più o meno apertamente, per conto di questa¹⁹².

¹⁹¹ FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, p. 285.

¹⁹² «Il n'y a pas en droit international de règle qui détermine de manière générale quels sont, parmi l'ensemble des agents des Etats ou des organisations internationales, ceux qui bénéficient d'immunités. Il importe dès lors de vérifier dans chaque cas particulier si l'agent intéressé y a droit, en vertu d'un traité

A prescindere da possibili questioni terminologiche¹⁹³, capire quali sono le categorie di organi in grado di compiere azioni rilevanti ai fini del riconoscimento dell'immunità funzionale diventa un passaggio necessario.

Le conclusioni su questo profilo possono probabilmente essere sintetizzate lungo due direttive, in primo luogo evidenziando i principi generali elaborati sul ruolo dell'individuo-organo con riferimento all'immunità di tipo funzionale, e poi relativamente al legame con le categorie già riconosciute beneficiarie di immunità personale.

Da quanti ritengono l'immunità dell'organo una derivazione di quella dello Stato, la posizione del primo all'interno dell'organizzazione statale viene considerata come una materia di esclusiva competenza interna, estranea allo scrutinio del diritto internazionale¹⁹⁴. Più in generale, tale rapporto è stato variamente considerato da parte della dottrina: in termini di relazione tra *agent* e *servant*¹⁹⁵, oppure ponendo l'accento sull'autorità¹⁹⁶ che lo Stato di origine esercita sull'individuo-organo.

Il sussistere di una relazione giuridica tra agente e Stato di appartenenza non sembra essere un presupposto sufficiente ai fini dell'attribuzione di immunità funzionale, sia che questa sia definita da caratteri di autorità o ufficialità dell'incarico.

ou d'une règle coutumière», cfr. VERHOEVEN, J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, p. 64. La considerazione per cui l'immunità funzionale sarebbe piuttosto riferibile alla generalità degli organi dello Stato è ancora presente in alcune elaborazioni sul tema, come evidenzia, ad esempio, la Commissione dei Diritto Internazionale nel Memorandum del 2008, *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, par. 166 – 169.

¹⁹³ All'interno dei lavori della Commissione del Diritto Internazionale, tra i punti oggetto di studio c'è anche questo tenore di questione. "A terminological issue: are the words "official", "fonctionnaire" and "funcionario" the most accurate words with regard to the description of persons entitled to immunity?" HERNANDEZ C.E. (2012) *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/654, 31 maggio 2012, cfr. p. 18. Nondimeno, con riferimento al termine "organ", CRAWFORD ricorda che «the term organ in this context appears for the first time in the work of the Hague Conference on the Codification of International Law in 1930. It was adopted by the ILC through the work of Special Rapporteur Ago, who took the view that an organ was nothing more than individual acting alone or in concert on behalf of the state». Cfr. *State Responsibility. The General Part*, p. 116.

¹⁹⁴ È stata elaborata da MORELLI, nello specifico, la teoria che fa leva sul principio generale del rispetto dell'organizzazione interna degli Stati.

¹⁹⁵ Cfr. DOUGLAS, *State Immunity for the Acts of State Officials*, pp. 11 – 12; l'autore richiama, a sua volta, una delle teorie espresse da FOX, *The Law of State Immunity*, con riferimento all'attribuzione della condotta dell'individuo-organo allo Stato di appartenenza.

¹⁹⁶ Si richiama l'opinione per cui «as long as the acts are performed within the context of the exercise of state authority under international law, ostensible authority passes for actual authority» elaborata da VAN ALEBEEK, *The Immunity of States and Their Officials*, p. 132.

Con riferimento al secondo profilo individuato, ovvero quello del rapporto tra la generalità degli organi statali con le categorie già riconosciute beneficiarie di immunità personale, è chiaro che la loro concreta definizione non rappresenta un compito semplice, soprattutto considerando il crescente operare dello Stato oltre i suoi confini nazionali.

Si potrebbe operare, da questo punto di vista, una sorta di analogia con l'evoluzione che ha condotto a considerare l'immunità statale da generale a "ristretta". Anche con riguardo alla condotta degli individui-organi, infatti, se prima la totalità di questi era ritenuta immune dalla giurisdizione straniera, ora il riferimento più attento alla rilevanza internazionale della funzione da essi svolta porta a restringere l'ambito delle categorie interessate.

L'analisi sul punto viene ad essere collegata al rapporto che tali organi hanno rispetto alle figure già beneficiarie di immunità personale per una ragione precisa.

Ci sembra di poter individuare, infatti, un dato di partenza comune a buona parte delle teorie esaminate: gli organi statali cui viene tradizionalmente riconosciuta l'immunità individuale *ratione personae*, indipendentemente dalle considerazioni svolte sui profili di liceità della funzione, sono allo stesso tempo, e proprio in virtù di quest'ultima, esenti dalla giurisdizione straniera pure dopo il termine del mandato ufficiale.

Sul tema specifico dell'immunità funzionale, gli agenti diplomatici e consolari sono di frequente stati presi ad esempio per sottolineare le basi e la rilevanza dell'istituto; per altri versi, la posizione dei Capi di Stato o di governo è stata studiata nella cornice del rapporto tra l'immunità di questi e quella statale, oppure al fine di chiarire quali delle loro azioni possono ritenersi comprese nella funzione ufficiale da essi incarnata. Per ragioni di funzione e di campo di azione, d'altro canto, tra queste figure sono venuti in rilievo anche i Ministri degli esteri e gli organi militari operanti al di fuori dei confini nazionali di appartenenza.

In quali termini la loro posizione rileva anche ai fini del riconoscimento dell'immunità funzionale? Per parte della dottrina le categorie indicate beneficiano di una forma di immunità che costituisce altro che una continuazione del loro status nel

caso e al momento in cui termina l'incarico ufficiale¹⁹⁷. Tale orientamento porterebbe a ridurre l'autonomia dell'immunità *ratione materiae* considerandola solo alla stregua di un "residuo" di quella personale.

La prassi ha dimostrato, tuttavia, che vi possono essere diverse situazioni in cui l'immunità funzionale viene in rilievo per organi diversi da quelli di vertice nell'organizzazione statale, indipendentemente dal concreto apprezzamento che ne viene poi dato in sede di giudizio.

Il quesito successivo può essere posto nei seguenti termini: con riguardo a tali categorie, con quale fondamento e ampiezza va considerato il trattamento degli individui-organi che non fanno parte del primo gruppo, vale a dire gli organi tutelati dall'immunità *ratione personae*?

Stabilire quali siano esattamente queste categorie è un ulteriore passaggio che consegue all'esame della prassi delle corti nazionali ed internazionali, nonché allo studio delle posizioni del legislatore e degli esecutivi nei confronti dell'immunità funzionale.

In base alle direttrici ora esposte, si anticipa che l'indagine a questo proposito sarà indirizzata principalmente nei confronti della triade Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri, unitamente agli agenti diplomatici e consolari, al fine di verificarne il trattamento dopo il termine del mandato ufficiale che attribuisce loro anche l'esenzione dalla giurisdizione straniera in via personale. Soprattutto, poi, sarà necessario studiare la casistica relativa agli altri agenti statali che si trovano ad operare in territorio straniero, come (ex) Ministri, membri di missioni speciali, nonché i membri

¹⁹⁷ Tra i tanti, pur a proposito dei soli agenti diplomatici, DINSTEIN si esprime sul punto riconoscendo che «when complete diplomatic immunity *ratione personae* disappears, that diplomatic immunity *ratione materiae* comes to the fore», cfr. DINSTEIN Y. (1966), *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 78. In generale, tuttavia, l'autrice che impiega il termine "continuing" a proposito della successione tra immunità personale e funzionale è FRANEY: «The analysis of state practice demonstrates that immunity does not attach to conduct alone, for a person to have continuing immunity *ratione materiae* from prosecution for offences committed on the territory of a foreign state they must initially have had immunity *ratione personae*. The forum state must have agreed to the official being present on its territory, and agreed to the purpose of the visit. Those officials present on the territory of a foreign state, with the consent of that state, who have immunity *ratione personae*, have continuing immunity *ratione materiae* only for official conduct, *acta jure imperii*, with the proviso that the conduct must be part of the legitimate functions of the official» cfr. *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, cfr. p. 285.

di missioni militari operanti all'estero.

Dato che l'istituto dell'immunità funzionale è in piena evoluzione, infine, saranno verificati anche casi in cui il beneficio in esame è stato invocato anche da altri individui-organi al fine di evitare di sottoporre alla cognizione di un giudice straniero il proprio operato.

6.2 QUESTIONI METODOLOGICHE NELLA CONSIDERAZIONE DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE

Nel contesto delle osservazioni conclusive alle diverse teorie formulate sul tema dell'immunità funzionale, sono stati individuati alcuni tratti in comune alle posizioni espresse, così come altre questioni che, considerato il disaccordo tuttora esistente, andranno riesaminate sulla base degli elementi della prassi più recente. Anche in relazione a tale fondamentale passaggio, merita di essere brevemente considerato il metodo con cui tale studio ci pare debba essere affrontato.

In primo luogo, è stato possibile verificare che una significativa parte della dottrina, nell'affermare che l'immunità funzionale deriva da un più generale principio di diritto internazionale, o nell'imputare in via diretta gli atti posti in essere dall'individuo-organo allo Stato di appartenenza, dimostra di adottare un metodo "deduttivo".

Le debolezze di tali tesi, tuttavia, sono state evidenziate proprio dal fatto che non risultano sufficientemente ancorate alle significative evoluzioni della prassi, che di certo non ha visto considerare il tema dell'immunità funzionale in maniera unitaria. Per tali motivi, appare piuttosto ragionevole adottare un diverso punto di vista di fronte ai casi che saranno oggetto di studio, di carattere principalmente "induttivo".

A differenza delle impostazioni adottate da buona parte degli studi sul tema, si cercherà in questo caso di leggere la prassi legislativa e giudiziaria non a partire da un assunto già stabilito quanto al fondamento dell'immunità *ratione materiae*, ma piuttosto da alcune indicazioni emerse dal suo studio teorico.

Tanto significa, alla luce delle risultanze di tale ricostruzione, che meritano di essere prese in considerazione le funzioni ufficiali che gli organi dello Stato pongono in essere proprio ai fini e nel contesto delle relazioni internazionali di quest'ultimo. Da

questa impostazione discende la riferibilità dell'immunità funzionale ad alcune specifiche categorie di organi, in relazione alle quali occorre esaminare la casistica dei tribunali nazionali ed internazionali.

Un attento esame della prassi in base alle caratteristiche descritte sembra essere l'unico strumento in grado di restituire una visione fondata e specifica dell'istituto dell'immunità funzionale dell'organo statale: per completezza, si procederà con la ricognizione della prassi legislativa e giudiziaria in materia, al fine di verificare se la giurisdizione straniera viene ad essere esercitata o meno.

*** * ***

CAPITOLO III

LA RILEVANZA DELLA CATEGORIA DI INDIVIDUO-ORGANO PER IL RICONOSCIMENTO DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE: L'ANALISI DELLA PRASSI

SOMMARIO: 1. Questioni metodologiche ed elementi di approfondimento – 2. L'identificazione delle figure qualificabili come “organo dello Stato” ai fini del riconoscimento dell'immunità – 3. La prassi relativa ai diversi organi dello Stato – 3.1 (ex) Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri – 3.2 (Ex) Ministri – 3.3 (ex) Agenti diplomatici – 3.4 Agenti consolari – 3.5 Membri di missioni speciali – 3.6 Membri di missioni militari operanti all'estero – 3.7 Altre tipologie di organi – a) Agenti segreti e membri dell'intelligence – b) Gli organi responsabili della sicurezza nazionale – c) Esponenti del potere giudiziario – d) Altri organi – 4. Confronto tra ordinamenti di *common law* e di *civil law* sul riconoscimento delle immunità – 4.1 Paesi di *common law*: analisi della legislazione specifica in materia (gli *Immunity Acts*) – Regno Unito – Australia – Canada – Stati Uniti – 4.2 Paesi di *civil law*: assenza di una codificazione specifica – 4.3 Ulteriori differenze strutturali – 5. Osservazioni conclusive in merito alle categorie di organi ritenute tutelabili dall'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera.

*** * ***

1. QUESTIONI METODOLOGICHE ED ELEMENTI DI APPROFONDIMENTO

L'analisi delle molteplici teorie formulate dalla dottrina con riferimento all'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, svolta nel capitolo secondo, ha permesso di chiarire come permanga una netta differenza di impostazione tra gli autori che sostanzialmente riconoscono ancora l'esistenza di un regime generale in materia e quanti, al contrario, ritengono vigente un regime complesso o differenziato.

All'interno di tale secondo contesto coesistono due ulteriori direttrici: un primo gruppo di teorie tende a limitare il riconoscimento dell'immunità funzionale sulla base della tipologia di individuo-organo implicato, mentre la restante parte della dottrina richiamata, che si pone sulla stessa linea generale, sottolinea piuttosto il concetto di “funzione ufficiale” che gli agenti statali sono chiamati a porre in essere per conto del proprio Stato di appartenenza, in particolar modo relativamente agli eventuali profili

della loro responsabilità internazionale¹⁹⁸.

Data la differente impostazione delle due teorie, nonché la rilevanza dei problemi giuridici ad esse collegati, i relativi profili applicativi saranno analizzati separatamente.

In primo luogo, si è deciso di condurre un esame della prassi organizzato sulla base delle diverse tipologie di individui-organi per cui l'immunità funzionale è stata invocata, con l'obiettivo di verificarne l'effettivo riconoscimento giurisprudenziale.

La scelta di questa impostazione è dovuta alla riferibilità dell'immunità funzionale ad alcune specifiche categorie di organi statali.

In relazione a ciascuna di queste "categorie" va esaminata la giurisprudenza dei tribunali nazionali ed internazionali, successivamente confrontata con la prassi legislativa che, soprattutto in alcuni ordinamenti di *common law*, riconosce e disciplina l'istituto dell'immunità, bensì con diversi termini e impostazioni.

Ci si occuperà, quindi, in primo luogo, dell'ambito soggettivo dell'immunità *ratione materiae*, e successivamente di quello più strettamente funzionale e direttamente collegato alla nozione di "funzione ufficiale".

Tanto al fine di verificare inizialmente se possono individuarsi tipologie di organi statali per i quali l'esenzione dalla giurisdizione straniera viene ad essere particolarmente valorizzata o negata, per poi comparare questi dati con la definizione di "funzione ufficiale" tutelata che invece si cercherà di ottenere al termine del capitolo successivo.

Per la precisione, secondo i lavori della Commissione del Diritto Internazionale (CDI) sul tema, sono tre gli elementi che concorrono a definire l'immunità funzionale

¹⁹⁸ Meritano di essere brevemente richiamate le conclusioni raggiunte sul punto in calce al capitolo secondo, che identificano quali esponenti della prima tendenza, riferita alla tipologia di individuo-organo da ritenere protetto da immunità funzionale, CONFORTI, il quale differenzia altresì tra immunità dalla giurisdizione civile e penale, FRULLI, che evidenzia il necessario rispetto dei limiti posti all'esercizio della funzione ufficiale, FRANEY, che riconosce l'immunità funzionale soltanto alle categorie di organi già titolari di immunità funzionale, e PISILLO MAZZESCHI, che su base analoga ritiene meritevoli di tutela soltanto alcune funzioni statali. Dall'altro lato, con riguardo alle posizioni che privilegiano il punto di vista "oggettivo" della funzione rispetto a quello "soggettivo" dell'individuo-organo, si rammentano quanti, come VAN ALEBEEK, hanno impostato il proprio studio sul rapporto tra organo e Stato e sul concetto di *authority*, oppure autori come DOUGLAS che sottolineano le differenze tra l'operare delle regole di attribuzione della responsabilità internazionale (ove quella statale e la responsabilità dell'organo agente sono vista come sovrapposte) e quelle in materia di immunità funzionale, nonché i principi delineati da KEITNER con riferimento alla c.d. *conduct-based immunity*.

degli organi statali: per l'appunto i concetti di "organo" e di "atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali", nonché il profilo temporale, relativo al periodo entro cui l'immunità è valida e può essere correttamente invocata dal soggetto che se ne ritiene beneficiario¹⁹⁹.

Ai fini del presente studio, rilevato che l'aspetto temporale, da un lato, non presenta particolari contestazioni, dato che l'immunità *ratione materiae* non pare prevedere limiti di operatività, mentre, dall'altro, l'individuazione delle fasi in cui l'immunità può essere invocata appartiene piuttosto ad una analisi di tipo procedurale della materia (che si è scelto di non sviluppare in dettaglio nella presente sede), sono soprattutto i due concetti di organo e funzione che qui interessano.

In merito al rapporto tra questi due elementi, che potremmo definire come "soggettivo" ed "oggettivo", si ritiene che possa essere in primo luogo l'aspetto relativo all'identificazione dell'individuo-organo di cui s'invoca l'immunità a fornire le prime indicazioni sul contesto in relazione a cui calare i limiti e contenuti della funzione ufficiale concretamente posta in essere.

Si intende dunque evidenziare come, a prescindere dal dato di partenza della ricerca che qui si identifica nello studio delle diverse categorie di organi in relazione ai quali può essere riconosciuta l'immunità funzionale, questo non potrà comunque prescindere dalla successiva considerazione e confronto con il concetto di "funzione ufficiale" posta in essere in nome e per conto dello Stato di appartenenza dell'organo.

2. L'IDENTIFICAZIONE DELLE FIGURE QUALIFICABILI COME "ORGANO DELLO STATO" AI FINI DEL RICONOSCIMENTO DELL'IMMUNITÀ

La Commissione del Diritto Internazionale (CDI), nel contesto dei lavori sul tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, ha

¹⁹⁹ «Determining the meanings of the expressions "official" and "acts performed in an official capacity" therefore requires detailed analysis. In any event, it should be noted that the three aspects mentioned above constitute the "normative elements" of immunity from foreign criminal jurisdiction *ratione materiae* and thus must be considered together, without the possibility of excluding any of them when defining the legal regime for this type of immunity». Cfr. *Third Report Escobar Hernandez* (2014), p. 7, par. 14.

sviluppato nel suo Third Report²⁰⁰, esaminato nel corso della 66esima sessione (2014), la seguente definizione di quello che, ai fini del riconoscimento dell'immunità *ratione materiae*, dovrebbe intendersi per “*State official*”:

«(i) *The Head of State, the Head of Government and the Minister for Foreign Affairs;*

(ii) *Any other person who acts on behalf and in the name of the State, and represents the State or exercises elements of governmental authority, whether the person exercises legislative, executive or judicial functions, whatever position the person holds in the organization of the State*».

Per quanto da tale descrizione si dimostri abbastanza netta la distinzione tra la posizione degli individui organi titolari anche di immunità di tipo personale (segnatamente Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli Esteri) e la generalità degli altri organi statali che la Commissione ritiene potenzialmente beneficiari di immunità funzionale, l'impostazione adottata dalla CDI nei suoi lavori è comunque volta a considerare unitariamente tutti gli organi stranieri ritenuti meritevoli di tutela.

Pertanto la descrizione citata può rappresentare un utile termine di raffronto nello studio della prassi relativa alle immunità *ratione materiae* sotto il profilo delle caratteristiche comuni e delle diverse categorie di organi, che rivela alcuni concetti di base di cui tener conto nell'analisi della legislazione e giurisprudenza sul tema.

Pare opportuno ribadire, inoltre, che questa definizione di “organo dello Stato” formulata dalla Commissione è il punto di approdo di un percorso che ha tenuto in considerazione non soltanto la varietà di fonti che dispongono in materia, come la prassi a livello nazionale²⁰¹ ed internazionale, i trattati e altri lavori della stessa CDI²⁰², ma

²⁰⁰ Cfr. *Third Report of the Special Rapporteur, Ms. Concepción Escobar Hernández* (66th session of the ILC, 2014 – U.N. Doc. A/CN.4/673), Annex 2, p. 53.

²⁰¹ La Commissione riconosce, peraltro, che il tema dell'immunità funzionale degli organi diversi da quelli titolari anche di immunità *ratione personae* è stato scarsamente preso in esame da parte delle corti penali nazionali: sembrerebbe, piuttosto, che, pur non essendo tale ambito oggetto di studio da parte della CDI, l'istituto venga maggiormente in rilievo con riferimento all'esercizio della giurisdizione civile (cfr. Third Report, p. 6, par. 29).

²⁰² Si pensi, ad esempio, al già richiamato Progetto di articoli sulla Responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, che all'articolo 4 fornisce alcuni rilevanti criteri per individuare il concetto di “organo statale”, vale a dire: «(a) *the existence of a connection between the individual and the State, which can take different forms; (b) the fact that the individual is acting on behalf of the State; and (c) the requirement that the individual should be exercising official governmental functions and prerogatives*» (cfr. p. 37 del Rapporto).

anche la terminologia concretamente impiegata in diversi ordinamenti per identificare l'organo dello Stato²⁰³.

Più precisamente questo tema forma oggetto principale del Third Report CDI (2014), all'interno del quale l'analisi parte dal presupposto che non esiste, in diritto internazionale, una definizione comune del concetto di "organo" dello Stato.

La riflessione è degna di interesse, in quanto la Special Rapporteur Escobar Hernandez, a seguito dell'esame del significato intrinseco di ciascuna espressione comunemente impiegata dai diversi Paesi, perviene alla conclusione per cui il modo più corretto e universalmente accettabile di indicare l'individuo che esercita funzioni ufficiali in nome e per conto dello Stato sarebbe non "official", bensì "organ"²⁰⁴.

Se, infatti, il termine "official" potrebbe *prima facie* essere considerato trasversalmente valido, in alcuni ordinamenti esso viene tradotto con l'espressione "funzionario", a sua volta eccessivamente ancorata all'organizzazione amministrativa interna dello Stato. Il termine "representative", invece, è detto porre eccessiva enfasi sulle funzioni rappresentative dello Stato che l'organo pone effettivamente in essere²⁰⁵.

Nondimeno, l'imprescindibile legame di una tale definizione, anche dal punto di vista soggettivo, con quella di funzione ufficiale²⁰⁶ concretamente svolta dalle diverse

²⁰³ «La circostanza che la nozione di «organo» dello Stato ai sensi del diritto internazionale non coincida con quella del diritto interno è conseguente al modo autonomo con cui ciascun ordinamento da uso di tale vocabolo». Cit. SALERNO F. (2009), *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 941.

²⁰⁴ Cfr., in proposito il Third report della Special Rapporteur, nonché le considerazioni da parte della Commissione sul punto - ESCOBAR HERNANDEZ C. (2015) *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/686, 29 maggio 2015 (par. 11). È interessante notare, inoltre, come «the Commission opted for the term "organ" in relation to two topics which, despite their conceptual and methodological differences, are still related somewhat to immunity from foreign criminal jurisdiction, namely jurisdictional immunities of States and their property, and the responsibility of States for internationally wrongful acts» (*Third Report*, p. 49, par. 141). Non a caso, questi due strumenti saranno approfonditi nel capitolo successivo nel contesto dello studio del concetto di "funzione ufficiale".

²⁰⁵ E, sottolinea la Special Rapporteur, «all persons who may enjoy immunity *ratione materiae* may not necessarily have representative capacity per se, given that this capacity would depend on the norms of domestic law that confer powers and functions to them and that constitute the legal basis on which they perform acts for which they may one day claim immunity from criminal jurisdiction», cfr. *Third Report* (2014), p. 48, par. 139.

²⁰⁶ Cfr. *ivi*, par. 38. Si richiama, nel presente lavoro della Commissione del Diritto Internazionale, anche la nozione di *public service* individuata dalla Corte di Giustizia. Sulla natura del rapporto tra tipo di organo e funzione pubblica attribuita v. FOAKES: «Such immunity is determined by reference to the nature of the acts in question rather than the particular office of the official who performed them. As such,

figure è motivato, nei lavori della Commissione, proprio con la necessità che entrambi gli aspetti siano indizi di collegamento con lo Stato²⁰⁷ nel cui interesse viene riconosciuta l'immunità funzionale.

In concreto, poi, la Commissione delinea le caratteristiche dell'organo statale nel modo seguente:

«(a) *The official has a connection with the State. This connection can take several forms (constitutional, statutory or contractual) and can be temporary or permanent. The connection can be de jure or de facto;*

(b) The official acts internationally as a representative of the State or performs official functions both internationally and internally;

(c) The official exercises elements of governmental authority, acting on behalf of the State. The elements of governmental authority include executive, legislative and judicial functions».

È facile notare come le conclusioni adottate nel Third Report (2014) della Special Rapporteur Escobar Hernandez, a seguito di uno studio trasversale della materia, siano formulate in termini assai generali, in quanto sviluppate in modo da essere valide tanto con riferimento all'immunità *ratione materiae* che *ratione personae*, ma, al tempo stesso, si ricorda, solo per l'immunità dalla giurisdizione penale e non civile.

È avendo presente tale impostazione che andrà quindi esaminata la prassi relativa ai diversi organi statali, tenendo nella dovuta considerazione che, se per ogni categoria tale analisi può riservare differenti aspetti di peculiarità, al tempo stesso non sarà sempre possibile inquadrare univocamente la condotta degli agenti interessati in una sola tipologia di ruolo o funzione ufficiale²⁰⁸.

it covers a narrower range of acts but a much wider range of actors' than immunity *ratione personae*»; cfr. *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law* (OUP 2014) 7.

²⁰⁷ Sotto questo aspetto, sottolinea la Commissione, gli organi dello Stato possono essere ricompresi in categorie diverse a seconda del loro rapporto funzionale con lo Stato: «While some of them, for instance, have an eminently political connection owing to the political mandate they have received (a minister or other member of Government, an Attorney-General, the head of a national security agency, etc.), others have an administrative connection as members of the civil or military structure of the State (diplomats, prosecutors or other members of an Attorney-General's office, police officers, members of the armed forces, customs agents, etc.)» (*Third Report*, par. 36).

²⁰⁸ Non di rado perché sono gli stessi organi che, nel contesto di un procedimento giurisdizionale, tendono a far valere molteplici titoli sulla base del quale vedersi riconosciuta l'immunità.

Sarà interessante valutare attentamente tanto le categorie “tradizionali” di organi comunemente studiate in tale contesto, nonché le considerazioni svolte dalle decisioni concernenti gli individui-organi appartenenti a nessuno di tali insiemi già noti, cercando di leggere in questi esempi gli spunti evolutivi della prassi.

3. LA PRASSI RELATIVA AI DIVERSI ORGANI DELLO STATO

A prescindere dalle conclusioni che potranno essere tratte dall'esame complessivo della prassi, è evidente che, a tal proposito, ancor prima delle singole categorie di agenti, viene in rilievo una suddivisione preliminare tra due gruppi di organi statali²⁰⁹.

Si tratta, da un lato, degli organi già riconosciuti beneficiari di immunità personale, vale dire Capi di Stato, di Governo e Ministri degli Esteri, nonché agenti diplomatici, e dall'altro dei diversi soggetti che certamente non sono posti al medesimo livello, ma tuttavia pongono in essere funzioni pubbliche in nome e per conto dello Stato di origine considerate rilevanti anche al di fuori dei suoi confini.

Tale precisazione, apparentemente scontata, è utile in ogni caso a porre l'attenzione sulle differenze di approccio dei giudici nei singoli casi, con riferimento al trattamento concreto dell'individuo agente e ai limiti riscontrati al suo operare²¹⁰.

Occorre sottolineare, inoltre, come la Commissione evidenzi l'impossibilità di redigere un catalogo preciso ed esaustivo degli organi statali che possono essere ritenuti beneficiari dell'immunità funzionale, proprio in ragione delle diversificate possibilità organizzative interne dello Stato nell'esercizio delle sue funzioni sovrane²¹¹.

²⁰⁹ La distinzione richiamata, del resto, anche dall'impostazione dei lavori della CDI. Più precisamente, la Relatrice sottolinea come la distinzione tra immunità *ratione personae* e *ratione materiae* costituisce uno dei principali punti oggetto di accordo in Commissione, con ogni probabilità grazie al fatto che la separazione dei due istituti è ritenuta consolidata tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza (cfr. *Third Report*, p. 5, par. 10 e 11, lett. a). A prescindere da tale dato, che espressamente non è ritenuto limitare l'ambito di lavoro della Commissione, l'indagine che la Escobar Hernandez intende porre in essere con riferimento al concetto di organo è qualificata come “orizzontale”, posto che le sue caratteristiche potrebbero anche ritenersi valide in relazione ad entrambe le tipologie di immunità (par. 18).

²¹⁰ Cfr., *Third report* (2014), par. 9.

²¹¹ Come indicato in apertura del *Third Report*, infatti, sarebbe «impossible to draw up a list of all the office or post holders who would be classified as “officials” for the purposes of the present topic. That

Il precedente esame della dottrina, inoltre, ha permesso di porre in evidenza come la considerazione della distinzione indicata in apertura con riferimento alla definizione di “*State official*” data dalla CDI, per quanto in termini differenti, sia comune a buona parte della dottrina.

È opportuno sottolineare, infine, che le prime categorie di organi prese in esame nel presente capitolo sono definiti come “*ex*” (Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri e altri ministri, agenti diplomatici) in quanto tradizionalmente tutelati, finché in carica²¹², da immunità di tipo personale e, solo successivamente allo scadere del mandato, potenzialmente beneficiari di immunità *ratione materiae* limitatamente agli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni ufficiali attribuite dallo Stato di appartenenza.

would simply not be feasible, given the wide variety of models which exist in State systems. Consequently, the persons covered by immunity *ratione materiae* can only be determined using “identifying criteria” which, applied on a case-by-case basis, provide sufficient reason to conclude that a given person is an “official” for the purposes of the present draft articles» (par. 18).

²¹² Se si parla di immunità di capi di Stato in carica, uno degli casi più eclatanti degli ultimi anni è certamente quello che vede accusato il Presidente del Sudan Omar Hassan Ahmad Al-Bashir di crimini di guerra e contro l'umanità, nonché di genocidio. Nei confronti di Al Bashir la Corte Penale Internazionale ha emesso due mandati di cattura tra il 2009 e il 2010, tuttora non eseguiti per mancanza di cooperazione da parte di alcuni Paesi che si sono rifiutati di arrestare il Presidente quando questi si è trovato presente sul proprio territorio, con notevoli conseguenti problemi di rispetto dell'art. 98 dello Statuto di Roma (“*Cooperation with respect to waiver of immunity and consent to surrender*”). In base a tale norma la Corte non può rivolgere agli Stati membri richieste di assistenza che costringerebbero lo Stato ad agire in modo incompatibile con gli obblighi che le incombono in diritto internazionale in materia d'immunità. Con riferimento al caso di Al Bashir queste problematiche hanno indotto i Paesi dell'Unione Africana (UA), nel 2012, a valutare l'opportunità di richiedere un parere consultivo alla Corte Internazionale di Giustizia in materia. La richiesta da allora è rimasta pendente, ma il tema è tornato d'attualità a seguito di una pronuncia della Corte Suprema del Sudafrica del marzo 2016 (Supreme Court of Appeal of South Africa, Case no: 867/15), ove è stata accertata la violazione da parte del Governo dei suoi obblighi derivanti dalle norme interne di esecuzione dello Statuto di Roma proprio per il mancato arresto di Al Bashir in occasione del summit UA. Difficile prevedere la richiesta dell'Unione Africana troverà il necessario supporto in seno all'Assemblea Generale ONU e, soprattutto, se rappresenta il passaggio più opportuno al fine di fare chiarezza sul tema dell'immunità di un capo di Stato (soprattutto accusati di gravi crimini internazionali), di cui si rendono evidenti, ancora una volta, le difficoltà interpretative e di corretta attuazione. Per approfondimento, tra i vari commenti sulla vicenda, v. AKANDE D. (2016), *The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for all Heads of States?*, e *An International Court of Justice Advisory Opinion on the ICC Head of State Immunity Issue*, entrambi pubblicati in EJIL:Talk!.

3.1 (EX) CAPI DI STATO, CAPI DI GOVERNO, MINISTRI DEGLI ESTERI

La prima categoria di organi statali che viene ad essere analizzata, pur di norma considerata unitariamente, annovera al suo interno tre figure istituzionali specifiche, che esercitano funzioni distinte nell'ambito dell'organizzazione statale: Capi di Stato, Capi di governo e Ministri degli Esteri.

A questi organi è concordemente riconosciuta anche l'immunità di tipo personale dalla giurisdizione straniera, in relazione alla quale ne sono state mutuate anche le caratteristiche comuni²¹³.

Saranno di seguito esposte brevi considerazioni su ciascuno degli organi indicati, anche se l'analisi delle caratteristiche delle singole figure richiederebbe la considerazione di molteplici questioni giuridiche, alcune delle quali non strettamente pertinenti al tema dell'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera.

CAPI DI STATO

«*L'État c'est moi*²¹⁴». La massima è attribuita al monarca francese Luigi XIV, ma riveste profili di attualità in riguardo allo stretto legame tra caratteri della responsabilità dell'organo e dello Stato che inevitabilmente viene in rilievo con riferimento al tema dell'immunità. Non a caso, e non solo per questo, è stato da più parti evidenziato come “*the immunity of Heads of State in international law is a complex topic*²¹⁵”.

Richiamando brevemente i tratti essenziali di questa figura, il Capo di Stato può essere identificato come l'organo di vertice che esercita le più alte funzioni statali di

²¹³ E' utile riportare, a tal proposito, tali caratteristiche, così come identificate, nel *Third Report* della CDI: «The following criteria for identifying persons who have immunity *ratione personae* may be derived from the above: (a) They occupy a special position within the State and hence have a special link with the State; (b) They perform functions which fall under governmental authority, both within the State and in international relations; (c) They represent the State internationally at the highest level simply by virtue of the post which they occupy» (cfr. p. 11 del rapporto).

²¹⁴ Tanto è vero che all'inizio dell'Età moderna il termine “giurisdizione” era impiegato in un'accezione ben più ampia di quella attuale, in quanto volta a ricondurre “oggettivamente” l'insieme delle funzioni pubblicistiche al sovrano. V. SALERNO F. (2009), *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 926.

²¹⁵ Così BIANCHI, A. (1999), *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. n. 10/1999, p. 254.

governo, individuato sulla base di tre elementi principali, in altre parole:

a) si tratta di un vero e proprio organo; b) tale organo fa parte di uno Stato così propriamente individuato dal diritto internazionale (che esiste, è indipendente²¹⁶ ed è riconosciuto²¹⁷, oppure, ad esempio, di uno Stato federale piuttosto che dei singoli Stati federati); c) al medesimo è attribuito l'esercizio delle più alte funzioni statali²¹⁸.

Ogni Stato, inoltre, determina autonomamente se tale soggetto istituzionale sia competente ad esercitare effettivi poteri di governo oppure se, a livello costituzionale, gli siano essenzialmente riconosciute soltanto funzioni di rappresentanza formale,

²¹⁶ Sotto questo profilo, una sentenza della Corte di Cassazione italiana nel caso Milo Djukanovic ha negato il riconoscimento dell'immunità penale interna al Presidente del Consiglio del Montenegro in quanto, all'epoca del giudizio, il Paese, sebbene in posizione di sostanziale autonomia governativa, non costituiva uno Stato sovrano e indipendente, essendo un membro federato della Repubblica Federale di Jugoslavia (Cassazione, sentenza n. 49666 del 28 dicembre 2004). Analogamente, v. anche *Sultan of Pahang v. Secretary of State for the Home Department*, sentenza della Court of Appeal of England and Wales (EWCA) n. 616 del 2011, e *R. (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service, Judicial Review*, [2005] EWHC 2704, in cui al governatore dello Stato nigeriano del Bayelsa non è stata accordata l'immunità dalla giurisdizione inglese per fatti di corruzione e riciclaggio di denaro, sulla base del fatto che il singolo membro di uno Stato Federale non dispone dell'autorità di stabilire relazioni internazionali; sul punto il Governo inglese aveva emesso un apposito *certificate* (v. nota successiva) in cui disconosceva apertamente la rilevanza internazionale del ruolo del Governatore imputato.

²¹⁷ Sul tema del riconoscimento, merita di essere ricordata la prassi del Governo inglese di formare dei veri e propri *certificate*, contenenti la posizione ufficiale e definitiva dell'Esecutivo sullo status dell'ente interessato, con il conseguente riconoscimento, in particolare, dell'immunità statale e di quella diplomatica per i suoi rappresentanti. Uno degli esempi più recenti e noti in proposito è il riconoscimento del Consiglio nazionale di transizione libico nel luglio 2001, successivamente al centro del caso *British Arab Commercial Bank v National Transitional Council of the State of Libya*. Per un approfondimento sulla prassi in esame cfr., *ex multis*, WARBRICK C. (2012), *I. British policy and the National Transitional Council of Libya*, in *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, n.1, pp. 247 – 264.

²¹⁸ Cfr. BORGHI A. (2003), *L'immunità des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 2003. Perché al Capo di Stato sia riconosciuto il trattamento tradizionalmente collegato alla sua figura, il dato del riconoscimento, tanto del suo ruolo in riferimento alle norme del diritto interno quanto dell'effettiva indipendenza dello Stato di appartenenza, assume rilievo centrale. Si veda, a tal proposito, la decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, nel passaggio in cui afferma l'effettività e riconoscimento del ruolo del Presidente della Bosnia Herzegovina, Alija Izetbegović. «According to international law, there is no doubt that every Head of State is presumed to be able to act on behalf of the State in its international relations (see for example the Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 7, para. 2 (a). As the Court found in its Order of 8 April 1993 (1. C. J. Reports 1993, p. 11, para. 13), at the time of the filing of the Application, Mr. Izetbegovic was recognized, in particular by the United Nations, as the Head of State of Bosnia and Herzegovina. Moreover, his status as Head of State continued subsequently to be recognized in many international bodies and several international agreements – including the Dayton-Paris Agreement - bear his signature» (cfr. par. 44).

mentre la guida del Paese è affidata ad un governo guidato da un Primo Ministro o a figura analoga²¹⁹.

Alla persona del Capo di Stato, inoltre, nelle Costituzioni nazionali sono spesso dedicate norme specifiche, nelle quali viene ribadita la mancanza di responsabilità (civile, penale, amministrativa) per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni, salvo fattispecie di particolare rilevanza e gravità tali da minacciare alle basi l'ordinamento interno (ipotesi di alto tradimento o attentato alla Costituzione)²²⁰.

Al Capo dello Stato è riconosciuto, inoltre, lo *jus repraesentationis omnimoda*, vale a dire il diritto di rappresentare il Paese nelle sue relazioni internazionali, unitamente alla relativa competenza di agire per suo conto nei medesimi contesti, con la conseguenza che ogni azione di tal segno viene comunque attribuita allo Stato²²¹.

Non è un caso, dunque, che la peculiare posizione del capo di Stato nel diritto internazionale abbia determinato in diverse ipotesi una sovrapposizione della sua immunità di questi con quella dello Stato di appartenenza; esempi che vanno posti a confronto, comunque, con le ipotesi in cui la responsabilità individuale dell'organo sia stata fatta oggetto di considerazione specifica.

Non vi sono, infine, testi normativi di diritto internazionale che specificamente disciplinano il ruolo del Capo dello Stato, mentre esistono regole che possono essere sì riferite primariamente a tale figura, ma insieme a quella del Capo del governo e del Ministro degli esteri, sulla base di una sostanziale equiparazione e dei principi che saranno di seguito esplicitati.

Occorre a tal proposito richiamare, in primo luogo, l'art. 7, secondo comma, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il quale dispone che «sono considerati rappresentanti dello Stato al quale appartengono, in virtù delle loro

²¹⁹ Una descrizione che sottolinea queste caratteristiche e principi fondamentali, ad esempio, si trova in WATTS, Sir. A (2010), *Heads of State*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2010.

²²⁰ Si può citare, in primo luogo, l'esempio di cui all'art. 90 della Costituzione italiana, il quale dispone che «Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione». Analogamente si pongono l'art. 67 della Costituzione francese, l'art. 49 della Costituzione greca e art. 56 (3) della Costituzione spagnola.

²²¹ V. WATTS, Sir. A (2010), *Heads of State*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2010.

funzioni²²², e senza dover presentare i pieni poteri: a) i Capi di Stato, i Capi di Governo ed i Ministri degli affari esteri, per tutti gli atti relativi alla conclusione di un trattato».

Inoltre, con riguardo alla posizione del Capo di Stato e degli organi di più alto rango, in modo ancora più esplicito si esprime l'art. 21 della Convenzione di New York del 1969 sulle missioni speciali.

Dopo aver chiarito, al primo comma, che «*the Head of the sending State, when he leads a special mission, shall enjoy in the receiving State or in a third State the facilities, privileges and immunities accorded by international law to Heads of State on an official visit*», la norma prevede, al comma secondo, che «*the Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law*».

Del resto, anche la Convenzione per la prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici, adottata a New York il 14 dicembre 1973, aveva provveduto a unificare, sotto la definizione di *internationally protected person*²²³, «*Head of State, including any member of a collegial body performing the functions of a Head of State under the constitution of the State concerned, a Head of Government or a Minister for Foreign Affairs, whenever any such person is in a foreign State*».

Rispetto a tutte le categorie di individui-organi che saranno considerati, pertanto, sussistono ben pochi dubbi in ordine alla natura della funzione ed alla tutela riconosciuta alla figura del Capo di Stato con particolare riferimento all'esercizio della giurisdizione straniera.

²²² Parallelamente, l'art. 7, comma 2, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati ed organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali del 1986 statuisce che «In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State: (a) Heads of State. Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty between one or more States and one or more international organizations».

²²³ È opportuno rilevare anche quanto attestato dalla successiva lettera b) dello stesso articolo 1, per cui nella medesima definizione sono ricompresi anche «any representative or official of a State or any official or other agent of an international organization of an intergovernmental character who, at the time when and in the place where a crime against him, his official premises, his private accommodation or his means of transport is committed, is entitled pursuant to international law to special protection from any attack on his person, freedom or dignity, as well as members of his family forming part of his household».

Occorre altresì sottolineare un recente caso, che vede imputato davanti alle autorità giudiziarie francesi con accuse di corruzione e riciclaggio di denaro pubblico l'attuale vice-Presidente della Guinea Equatoriale, Teodoro Nguema Obiang Mangue, e che ha dato origine ad un ricorso proposto dalla Guinea contro la Francia dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia²²⁴. Il giudizio ha ad oggetto proprio l'invocata immunità (*ratione personae*) di Obiang Mangue dalla giurisdizione francese, il quale, però, ricopriva soltanto il ruolo del Ministro dell'Agricoltura e delle Foreste al tempo in cui sarebbero stati commessi gli atti illeciti a lui imputati.

Gli sviluppi di questo giudizio saranno meritevoli di attenzione, pertanto, non soltanto per via della posizione dell'individuo-organo all'interno dell'ordinamento della Guinea Equatoriale, ma anche per le specifiche azioni ad esso contestate in rapporto con l'esercizio di funzioni ufficiali²²⁵.

Capi di governo

Pur sulla base delle premesse sopra evidenziate, le figure del Capo dello Stato e del Capo di governo sono teoricamente distinte.

Il primo si configura come l'organo costituzionalmente e formalmente destinato alla tutela e rappresentanza dello Stato, mentre il secondo (spesso individuato come il Primo Ministro) è a capo del potere esecutivo.

Con la denominazione "Capo di governo" si indica comunemente l'organo che esercita tale funzione nell'ordinamento interno. L'esatta individuazione dei caratteri di

²²⁴ Cfr. *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France)*, 2016. Il 30 settembre 2016 la difesa della Guinea Equatoriale ha depositato in Corte una richiesta di misure cautelari volte far sospendere alle autorità giudiziarie francesi qualsiasi attività giurisdizionale tanto con riferimento al processo penale pendente nei confronti di Obiang Mangue, quanto relativamente ai locali dell'asserita missione diplomatica della Guinea a in Avenue Foch Parigi. La Corte si è pronunciata sulla richiesta di misure cautelari con decisione del 7 dicembre 2016, stabilendo, in primo luogo, che non sussiste *prima facie* la sua giurisdizione nei confronti dell'immunità personale invocata da Obiang Mangue ai sensi dell'art. 35 della UN Convention against Transnational Organized Crime. Al contrario, per quanto concerne l'edificio di Avenue Foch riconosciuto dalla Guinea Equatoriale come sede della propria missione diplomatica, la Corte Internazionale di Giustizia ha ordinato alla Francia di sospendere ogni attività in grado di violare l'immunità e l'inviolabilità della missione diplomatica in oggetto. Il ricorso è ora pendente in attesa di fissazione della discussione del merito.

²²⁵ La Corte di cassazione francese, per esempio, nella decisione emessa sul caso in data 15 dicembre 2015, ha già affermato come «les actes reprochés à ce dernier ne participant pas de par leur nature à l'exercice de la souveraineté, ni de ceux de la puissance publique, ni de l'intérêt général».

tale soggetto giuridico si rivela sotto certi aspetti potenzialmente problematica, anche se per ragioni differenti rispetto al Capo di Stato.

Va in primo luogo considerato che la figura del Capo di governo, in diversi ordinamenti, si sovrappone a quella del Capo dello Stato, sia in termini di posizione all'interno dell'organizzazione statale che di funzioni concretamente attribuite. Tanto può discendere dal diverso sistema giuridico, se di *common* o *civil law*, e soprattutto dalla forma di governo ivi vigente.

Di norma, in ogni caso, il Capo del governo è posto a capo del potere esecutivo dello Stato e, nella misura in cui viene chiamato ad esercitare funzioni analoghe a quelle spettanti al Capo di Stato, l'assimilazione tra le due figure appare la soluzione più opportuna²²⁶.

La risoluzione dell'Institut de Droit International del 26 agosto 2001, relativa alle “*Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*”, riconosce espressamente, all'articolo 15, che «*the Head of Government of a foreign State enjoys the same inviolability, and immunity from jurisdiction recognised, in this Resolution, to the Head of the State*²²⁷».

Per il complesso di tali elementi, la prassi relativa a queste due categorie di organi statali ne rende opportuno un esame congiunto, nonché una sintesi comune della giurisprudenza ad essi riferita, in cui occorrerà tenere altresì presenti le differenti ipotesi di permanenza in carica oppure di avvenuta cessazione del ruolo ufficiale ricoperto nello Stato di appartenenza.

Da quest'ultimo punto di vista la giurisprudenza delle corti interne ed internazionali si è occupata numerose volte di azioni promosse contro ex Capi di Stato,

²²⁶ Sono pochi i casi in cui la giurisprudenza si è espressa in senso contrario. BORGHI, *op. cit.*, ricorda a tal proposito l'opinione del giudice Lord Millet nel giudizio relativo all'extradizione di Pinochet (*R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte – Amnesty International and others intervening* – No. 3, 1999) affermava che «immunity *ratione personae* (...) is confined to serving heads of State and heads of diplomatic missions, their families and servants. It is not available to serving heads of government who are not also heads of State» (cfr. p. 199).

²²⁷ Significativamente, poi, al par. 2, si stabilisce che la disposizione precedente «is without prejudice to such immunities to which other members of the government may be entitled on account of their official functions». Analogamente a quanto accade per il Capo dello Stato, inoltre, l'immunità di tal segno è garantita al Capo del governo successivamente al termine del mandato.

spesso per crimini caratterizzati da rilevante gravità, fino ad elaborare una linea comune che contribuisce a sottolineare di volta in volta le immunità di natura personale e funzionale accordate agli organi di rango più elevato nell'ordinamento nazionale.

Una parte significativa di questi casi attiene al periodo tra la fine degli Anni Novanta ed i primi anni Duemila: basti pensare a vicende come quella che ha visto coinvolto l'ex Presidente filippino Marcos²²⁸ (1994), oppure il Presidente haitiano Jean-Bertrande Aristide in Lafontant v. Aristide²²⁹ (1994), accusato di crimini di tortura ad opera di soldati al suo comando e in danno di un prigioniero politico per il cui risarcimento la vedova ha agito davanti alla Corte distrettuale di New York; oppure il generale Manuel Noriega al quale, in Noriega²³⁰ (1997), non essendo stato riconosciuto come legittimo Capo di Stato sotto il profilo costituzionale, i giudici statunitensi, chiamati a pronunciarsi su accuse legate a reati in materia di stupefacenti, negarono il riconoscimento dell'immunità personale²³¹.

Si perviene, su questa via, a uno dei *leading case* che tutt'oggi costituisce un imprescindibile riferimento nel dibattito relativo all'immunità funzionale degli organi statali di rango più elevato, specialmente a fronte di accuse di gravi crimini internazionali.

Come diffusamente ricordato, il tema della commissione di crimini internazionali, per ragioni di economia della ricerca, non sarà oggetto di specifica trattazione nel presente lavoro: è indubbio, tuttavia, che richiamare alcuni di questi casi anche nella presente sede possa essere utile al fine di chiarire i principi generali di diritto internazionale applicati dai giudici in tema di immunità.

Per lo stesso motivo, soprattutto con riferimento a questa prima categoria dei Capi di Stato e di governo, pare meritevole di interesse richiamare, per alcuni aspetti, anche la giurisprudenza relativa ad organi titolari di immunità personale.

Senza dubbio, una delle vicende più note e maggiormente citate dalla dottrina

²²⁸ *Republic of the Phil. v. Marcos*, 806 F.2d 344 (2d Cir. 1986).

²²⁹ *Lafontant v Aristide, Ruling on motion to dismiss*, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), ILDC 1677 (US 1994), 27th January 1994, District Court for the Eastern District of New York.

²³⁰ *V. United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506, 1519 (S.D. Fla. 1990) («In order to assert head of state immunity, a government official must be recognized as a head of state»).

²³¹ Tra i diversi autori che hanno preso in esame questi casi, una valida panoramica risalente proprio al periodo cui si riferisce tale prassi si trova in SHOBHA VARUGHESE G. (1995), *Head-of-State Immunity in the United States Courts: Still Confused After All These Years*, in 64 *Fordham L. Rev.* 1051, 1995.

che si è occupata di immunità, è quella che ha visto coinvolto il generale Augusto Pinochet Ugarte, Capo di Stato della Repubblica del Cile tra il 1974 ed il 1990²³².

Il processo cui ha fatto seguito l'arresto del Presidente destò forte clamore nell'opinione pubblica internazionale, e la prima decisione della Divisional Court del Regno Unito fu rivista due volte²³³ dalla House of Lords, prima di pronunciarsi definitivamente sul caso con sentenza del 24 marzo 1999²³⁴.

In tale occasione un ex Capo di Stato è stato per la prima volta giudicato e ritenuto responsabile per atti di tortura ed altre violazioni dei diritti umani poste in essere durante il periodo del suo mandato²³⁵.

Uno dei punti cruciali, in questa controversia, è indubbiamente collegato alla considerazione delle azioni compiute e/o dirette dall'organo statale le quali, data la gravità e la disciplina convenzionale sul tema a livello internazionale, furono ritenute incompatibili con lo svolgimento di funzioni ufficiali e il riconoscimento dell'immunità²³⁶.

Nonostante ciò, è importante nella presente sede sottolineare che alcuni dei

²³² Pinochet era accusato di crimini quali omicidio, torture, rapimenti e sparizioni forzate di cittadini e oppositori politici nel contesto della c.d. operazione "Condor" affidata alla Direction de Inteligencia Nacional (DINA). Fu arrestato nell'ottobre 1998 mentre si trovava nel Regno Unito, su mandato di cattura emesso in Spagna.

²³³ V. House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), sentenza del 25 novembre 1998 [37 ILM (1998) 1302 – Ex Parte Pinochet (HL1)].

²³⁴ V. House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (n. 3), sentenza del 24 marzo 1999 [37 ILM (1998) 1302 – Ex Parte Pinochet (HL1)], citato anche come R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening) (n. 3) [1999, 2 All E.R. 97 – Ex parte Pinochet (HL2)]. A seguire, v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte (Amnesty International and others intervening) [2000] 1.

²³⁵ Tra la letteratura pubblicata sulla vicenda v., in particolare, BIANCHI, A. (1999), *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. n. 10/1999, pp. 237 – 277, oppure FRANEY, E.H. (2011) *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London.

²³⁶ WUERTH I. (2013), *Official Act Immunity - Getting the Answers Right*, in <http://opiniojuris.org/>, 19 maggio 2013.

Lords²³⁷ chiamati a pronunciarsi sulla vicenda, nelle rispettive *dissenting opinions*, hanno ritenuto che Pinochet, in qualità di ex Capo di Stato, fosse titolare di immunità *ratione materiae* in relazione agli atti ufficiali posti in essere fin tanto che in carica (e che a tale forma di immunità non potevano ritenersi applicabili eccezioni o limitazioni formulate sulla base della speciale natura dei crimini ad egli attribuiti).

Nel ribadire la rilevanza come precedente della vicenda Pinochet²³⁸, si ricorda il legame che questa decisione ha avuto con la successiva giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia²³⁹ (tra gli esempi più noti, si veda il più volte richiamato caso del Mandato d'arresto²⁴⁰), ed altri procedimenti intrapresi da corti nazionali; a titolo

²³⁷ Su questa linea si pongono, ad esempio, le opinioni dei Lord Slynn rispetto alla decisione della House of Lords del 25 novembre 1998 («in my opinion, the respondent was entitled to claim immunity as a Former Head of State from arrest and extradition proceedings in the United Kingdom in respect of official acts committed by him whilst he was Head of State relating to the charges in the provisional warrant of 22 October 1998»), nonché dei Lord Goff of Chieveley e Lord Hutton con riferimento alla decisione del 15 gennaio 1999; la motivazione si collega, in questo caso, alle norme del Diplomatic Privileges Act e delle Convenzioni di Vienna in materia: «*a former head of state shall continue to enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the United Kingdom with respect to acts performed by him, whether in his own country or elsewhere, in the exercise of his functions as a head of state*»). In generale, secondo quanto riporta FRANEY, op. cit., «*Six of the seven judges decided that Pinochet, as a former head of state, was entitled to immunity from prosecution for offences of murder, and conspiracy to murder, even where the allegation was that the conduct had taken place in Spain*» (p. 13).

²³⁸ Non si può non sottolineare, oltre agli elementi più direttamente pertinenti trattati nel presente paragrafo, anche il rilievo centrale della vicenda nel dibattito concernente la possibilità di prevedere eccezioni al riconoscimento dell'immunità nell'ipotesi di violazione di norme di *jus cogens*, influenzato da sempre maggiori pressioni nell'opinione pubblica volta a favorire la lotta all'impunità per la commissione di gravi crimini internazionali.

²³⁹ La Corte è stata chiamata a pronunciarsi anche su quello che da alcuni è stato definito “il Pinochet africano”, vale a dire l'ex Presidente del Chad Hissène Habré, accusato di crimini di guerra e contro l'umanità. La controversia tra Belgio e Senegal, della quale la CIG è stata investita nel 2009, riguardava alcuni aspetti dell'obbligo di processare o estradare (*aut dedere aut iudicare*) Hissène Habré, rifugiatesi in Senegal dopo la sua destituzione nel 1990. Con la sentenza del 20 luglio 2012 (*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite - Belgium v. Senegal*), i Giudici hanno riconosciuto la responsabilità del Senegal per non aver deferito il caso alle autorità interne competenti per l'avvio dell'azione penale; la decisione si occupa solo in modo marginale dell'immunità del Capo di Stato, pur richiamata dalla Corte di appello senegalese nella prima decisione del 2005 in merito alla richiesta di estradizione di Habré (cfr. par. 22 sentenza). Si segnala, inoltre, sulla vicenda, il contributo del Committee of Eminent African Jurists on the case of Hissène Habré, submitted to the Summit of the African Union in July 2006', in *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Memorandum by the Secretariat*, A/CN.4/596, (31 March 2008) 121, fn 521.

²⁴⁰ «The Court would observe at the outset that in international law it is firmly established that, as also diplomatic and consular agents, certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal. For the purposes of the present case, it is only the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability of an incumbent Minister for Foreign Affairs that fall for the Court to

esemplificativo si possono citare, ad esempio, i casi Mugabe²⁴¹ (2001 e 2004) e Jiang Zemin²⁴² (2004 e 2010) esaminati dai giudici statunitensi²⁴³.

Con riguardo all'immunità dei Capi di Stato e di governo, pertanto, pochi dubbi paiono sussistere sul riconoscimento a tali organi dell'immunità personale per qualsiasi tipo di atto (tanto di natura pubblica e privata) posto in essere durante il mandato ufficiale e, invece, dell'immunità funzionale limitatamente agli atti posti in essere nell'esercizio della funzione e contestati successivamente.

consider», cfr. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, sentenza 14 febbraio 2002; la stessa decisione dà conto che il precedente di Pinochet, pur chiaramente con diverse interpretazioni, è richiamato nelle difese di entrambe le parti.

²⁴¹ V. la decisione della District Court del distretto di New York, *Tachiona v. Mugabe*, 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y., 2001) (Tachiona I), e l'appello deciso dalla United States Court of Appeals - Second Circuit (386 F.3d at 224). In esito al procedimento penale instaurato a carico del Presidente dello Zimbabwe e del Ministro degli Esteri Mudenge, la Corte ha stabilito che ai due imputati va riconosciuta a prescindere dalla "suggestion of immunity", in primo luogo, l'immunità diplomatica di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna e quella personale attribuita al Capo di Stato estero.

²⁴² Sono due i procedimenti intrapresi avverso l'ex Presidente della Repubblica Popolare Cinese, Jiang Zemin, tanto negli Stati Uniti che in Australia. Con riguardo al primo Stato, si veda la decisione della United States Court of Appeals, Seventh Circuit (383 F.3d 620), ove si approfondisce, in particolare, «*the proper relationship between the Executive and Judicial Branches insofar as the immunity of foreign leaders is concerned*», sostenendo che «*the Executive Branch is better equipped than this court or the district court to assess the consequences for our foreign policy of permitting service of process on visiting heads of state*», affermando di conseguenza l'immunità di Zemin e arrivando a sostenere, con riferimento alla tutela delle vittime delle violazioni dei diritti umani denunciate, che «*success depends on diplomacy, not the United States courts*». Del resto, una chiara affermazione in tal senso era già stata anticipata dalla lettera trasmessa nel 2002 dal Dipartimento di Stato alla Civil Division del Dipartimento di Giustizia (nota come *Taft letter*); cfr. *Letter from William H. Taft IV, Legal Adviser, U.S. Dep't of State, to Robert D. McCallum, Jr., Assistant Att'y Gen., U.S. Dep't of Justice (Dec. 6, 2002)*, come citata e riportata integralmente nel contributo di YELIN, L.S. (2011), *Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 44:911, pp. 911 – 997.

Nella considerazione di analogo caso da parte dei giudici australiani, invece, la sentenza della New South Wales Court of Appeal, *Zhang v Zemin* [2010] NSWCA 255, riconosce l'immunità all'ex Presidente sulla base del Foreign States Immunities Act 1985.

²⁴³ Il commento parallelo a entrambe le vicende è stato sviluppato, ad esempio, da ANDREWS S. (2004) *U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin*, in *ASIL Insights*, novembre 2004. Sul caso Zemin, considera l'autore, «*as the protection afforded a former head of state is substantially less than that afforded an incumbent head of state, [13] this was potentially a significant factor in the outcome of the case. Plaintiffs argued that as a now-former head of state Zemin was no longer immune from the jurisdiction of U.S. courts. Intervening in the case, the U.S. government argued that as a recognized head of a foreign state at the time the case was filed, Zemin was entitled to absolute immunity from jurisdiction and inviolability from all service of process, both on his own behalf and on behalf of the Falun Gong Control Office*». Un ulteriore elemento comune ai casi citati nelle due note precedenti, inoltre è il mancato riconoscimento di un'eccezione all'immunità per le ipotesi di gravi violazioni dei diritti umani, come la tortura.

Ministri degli Esteri

Il Ministro degli Esteri è l'organo normalmente deputato ad intrattenere le relazioni esterne in nome e per conto dello Stato di appartenenza.

La sua posizione di rappresentanza, di “capo della diplomazia”, lo colloca tra le più alte cariche dell'organizzazione statale e gli permette, nella maggior parte dei casi, anche di siglare accordi vincolanti sul piano internazionale.

Analogamente a quanto osservato per il Capo di governo, è opportuno considerare che, per quanto la politica estera sia spesso seguita direttamente al Capo di Stato, i titolari di tale dicastero agiscono di norma come rappresentanti ed intermediari nelle sedi di confronto e concertazione.

Non v'è dubbio, pertanto, sul fatto che il Ministro degli esteri sia tra gli organi più esposti alle conseguenze di iniziative poste in essere per conto dello Stato di appartenenza in questioni coinvolgenti le relazioni con altri Paesi.

Per tali motivi la figura è stata inserita in quella che, in tale ambito, viene comunemente indicata come “*troika*”, l'insieme degli organi cui è riconosciuta, in primo luogo, l'immunità personale per tutti gli atti posti in essere nel periodo di vigenza della carica.

Come per Capi di Stato e di governo, poi, anche per i Ministri degli esteri si pone il problema della loro responsabilità, ma limitatamente agli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni ufficiali, che si ritengono comunemente coperti da immunità *ratione materiae*.

La prassi giudiziaria sul punto è certamente meno copiosa rispetto a quella relativa agli altri due organi studiati, tuttavia non pare discostarsi in maniera significativa dalle conclusioni per essi evidenziate.

Un'indicazione netta in merito al trattamento degli ex ministri degli esteri si trova anche nella giurisprudenza italiana: ad esempio, con un'ordinanza del 28 febbraio 1987, il Tribunale di Roma ha affermato la sussistenza della propria giurisdizione con riferimento ai delitti che vedevano imputato l'ex Ministro degli esteri della Repubblica di San Marino. Si trattava, in ogni caso, di azioni poste in essere quando l'accusato era già decaduto dalla carica, ma anche di illeciti commessi nella titolarità della funzione

pubblica che gli era stata attribuita, e tuttavia al di fuori dei suoi legittimi confini.

La nota interessante dell'*obiter dictum* nel caso Bigi, infatti, risiede proprio nel fatto che il Tribunale di Roma ha affermato che «per i Ministri degli esteri l'immunità può ritenersi sussistente, per consuetudine ed estensione analogica, per la loro qualifica di vertici della diplomazia dello Stato per la cui rappresentanza agiscono²⁴⁴».

Sempre con riferimento alla figura del Ministro degli esteri un altro rilevante *obiter dictum*²⁴⁵ è certamente rappresentato dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia del 14 febbraio 2002 nella questione relativa al Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000 (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio)²⁴⁶.

A fronte delle articolate osservazioni e della prassi citata dalle parti, la Corte affronta il tema dell'immunità dalla giurisdizione dei Ministri degli esteri confermando, in primo luogo, che a questi è riconosciuta la protezione *ratione personae* per qualsiasi azione compiuta, a titolo pubblico o meramente privato, mentre sono ancora in carica (al pari di un Capo di Stato o di governo o di un agente diplomatico) e indipendentemente dalla presenza sul territorio del Paese del foro.

La Corte esamina anche la possibilità di riconoscere un'eccezione all'operare dell'immunità nel caso in cui l'individuo-organo si sia reso responsabile di gravi crimini internazionali²⁴⁷.

²⁴⁴ Cfr. Tribunale di Roma, ordinanza 28 febbraio 1987, Imputato Bigi. Il caso è riportato, ad esempio, in PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, p. 747 e 760.

²⁴⁵ Parametro di contestazione del mandato d'arresto, infatti, era la violazione dell'immunità personale del Ministro degli esteri Yerodia, e non tanto l'immunità *ratione materiae*, sulla quale la Corte ha comunque ritenuto di sottolineare che «provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity».

²⁴⁶ V. International Court of Justice, Reports of judgments, advisory opinions and orders: *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium)*, judgment of 14 February 2002. La Repubblica Democratica del Congo aveva adito la Corte in conseguenza di un mandato di cattura internazionale emesso in *absentia* dalle autorità del Belgio in danno del Ministro degli esteri congolese (al tempo in carica) Abdulaye Yerodia Ndongbasi, ritenuto responsabile di gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 1949 e di altri crimini contro l'immunità. La difesa del Congo aveva pertanto ritenuta violata l'immunità dalla giurisdizione del Ministro prevista dal diritto internazionale consuetudinario per la carica in oggetto, mentre la parte belga ne aveva disconosciuto l'applicabilità una volta cessata la funzione pubblica dell'individuo-organo imputato.

²⁴⁷ Sul punto, al considerando n. 58 della decisione, i giudici riassumono la loro posizione basata sull'esame della prassi statale, sulle decisioni delle alte giurisdizioni nazionali, sulle regole in tema di immunità stabilite in alcune delle convenzioni internazionali recanti la disciplina sul trattamento di altre

La conclusione è per il diniego della giurisdizione belga sul caso del ministro Yerodia, non risultando sussistente alcuna ipotesi di esclusione dell'immunità personale, neppure in base alle accuse di crimini internazionali (v. parr. 56 – 58 della sentenza).

È rilevante sottolineare, inoltre, come immediatamente dopo la decisione su questo punto i giudici svolgono alcune considerazioni di rilievo non solo sulla distinzione tra giurisdizione e immunità, ma soprattutto su altri limiti di applicabilità della medesima.

La posizione espressa sugli aspetti dell'immunità funzionale che qui rilevano è la seguente: «*after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity*²⁴⁸».

Da tale passaggio si ricavano, *a contrario*, quelli che sono i limiti dell'immunità funzionale degli organi operanti nei ranghi più elevati dell'organizzazione statale, tra i quali sono (ormai incontrovertibilmente) ricompresi anche i Ministri degli esteri.

Al di là del loro status in vigenza della carica, gli ex-Ministri saranno soggetti alla giurisdizione civile e penale straniera non solo per atti commessi prima e dopo lo svolgimento delle funzioni ufficiali relative al mandato, ma anche per azioni che esulano da tale ambito.

Sebbene la prassi direttamente attinente al trattamento dei Ministri degli esteri sia ovviamente ridotta rispetto alle decisioni riguardanti la soggezione alla giurisdizione di Capi di Stato e di governo, dalle osservazioni sopra rilevate è chiaro come la sua posizione venga assimilata ai primi due sia in termini di immunità personale che funzionale, che presentano alcune caratteristiche condivise.

Cercando di sintetizzare delle conclusioni comuni a queste prime categorie di organi, titolari di una posizione di rango primario nell'organizzazione statale, l'aspetto

categorie di organi, nonché infine sulle sentenze dei tribunali internazionali rilevanti in tal senso (parr. 51 – 55).

²⁴⁸ Cfr. ICJ decision, *ivi*, par. 61.

principale che merita di essere menzionato è proprio la loro peculiarità, la differenza che intercorre tra il trattamento della c.d. *troika* e la restante parte di individui agenti per conto dello Stato.

Se figure diverse da queste sono definite in termini di “residualità²⁴⁹”, è evidente che, tolto forse il caso degli agenti diplomatici e consolari, le immunità riconosciute a Capi di Stato o di governo e Ministri degli Esteri non possono essere estese per analogia ad altri individui-organi.

La giustificazione dell'immunità funzionale, in tali casi, in mancanza di una regola a carattere davvero generale, va ricercata in un autonomo fondamento, che tenga in considerazione, al tempo stesso, sia la particolare figura che invoca l'esenzione dalla giurisdizione straniera, sia le azioni che da essa si ritiene debbano essere scriminate.

3.2 (EX) MINISTRI

Dopo aver studiato il trattamento degli esponenti di più alto rango dell'organizzazione statale, riconosciuti, in virtù di tale posizione, titolari sia dell'immunità personale che dell'immunità funzionale, occorre prendere in considerazione la diversa categoria degli ex Ministri, che sono potenzialmente soggetti alla giurisdizione di corti straniere, ma non tutelati al pari livello della c.d. *troika*.

Da un punto di vista generale, infatti, pare opportuno sottolineare che, analogamente ad altri organi statali, anche le altre figure di rango ministeriale hanno visto un progressivo ampliamento del proprio ambito d'azione, essendo sempre più spesso chiamate a rappresentare e decidere per conto dello Stato di appartenenza nelle rispettive materie di competenza²⁵⁰.

È lecito domandarsi, a questo punto, se a questa estensione di competenze

²⁴⁹ Si pensi, a tal proposito, alla *continuing immunity* di FRANEY, alle *immunità residuali* richiamate da PAVONI nel commento alla sentenza *Samantar v. Yousof* (2010), oppure alla *immunité résiduelle* espressamente menzionata dalla Corte Federale svizzera nella decisione relativa al caso *Nezzar* (2012).

²⁵⁰ L'esempio riportato sul punto da BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, è quello del Consiglio dell'Unione europea (art. 203 TCE – oggi art. 16 TUE); pur dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il Consiglio è composto da un rappresentante di ciascuno Stato membro a livello ministeriale competente per la materia oggetto di discussione, abilitato a impegnare il governo dello Stato membro che rappresenta e ad esercitare per conto di questo il diritto di voto (cfr. p. 206).

corrisponda un consolidamento della tutela rappresentata dall'immunità funzionale.

Sotto il profilo della rappresentatività di tali organi, è interessante notare *in primis* come la stessa Corte Internazionale di Giustizia, nella decisione del 3 febbraio 2006 di diniego della propria giurisdizione nel caso delle *Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica Democratica del Congo c. Ruanda)*, si sia trovata a sottolineare che, con riguardo a funzioni comunque riferibili all'area delle relazioni internazionali, sempre più spesso anche organi diversi da quelli di più alto rango, identificati nella c.d. *troika*, sono in grado di rappresentare validamente lo Stato di appartenenza²⁵¹.

La prassi a riguardo è indubbiamente ridotta rispetto a quella riferita a Capi di Stato o di governo e Ministri degli esteri, ma ciò non toglie si rinvenivano al suo interno casi meritevoli di approfondimento sotto il profilo del riconoscimento dell'immunità, perlomeno da un duplice punto di vista.

La giurisprudenza, infatti, non si è unicamente focalizzata sui termini dell'immunità riconoscibile agli ex Ministri, ma, trattandosi di un insieme di organi non definito, ha avuto anche occasione di individuare alcuni punti in merito alla delimitazione della categoria.

In un caso risalente al 2004, ad esempio, un Tribunale distrettuale inglese ha negato la possibilità di emettere un mandato d'arresto a carico del Generale Shaul Mofaz²⁵², Ministro della Difesa israeliano ritenuto responsabile di gravi crimini commessi in violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949.

Nonostante la sentenza prenda in considerazione il riconoscimento dell'immunità statale al Generale Mofaz, le motivazioni poste alla base del diniego di emissione del mandato d'arresto risiedono principalmente nel legame individuato dal giudicante tra le funzioni di un Ministro della difesa e di un Ministro degli esteri.

Sebbene, infatti, solo a quest'ultimo siano riconosciute le immunità attribuite agli altri organi statali di più alto rango, nel caso di specie l'assimilazione tra le due

²⁵¹ V. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Judgment of 3 February 2006 on Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application: «47. The Court notes, however, that with increasing frequency in modern international relations other persons representing a State in specific fields may be authorized by that State to bind it by their statements in respect of matters falling within their purview. This may be true, for example, of holders of technical ministerial portfolios exercising powers in their field of competence in the area of foreign relations, and even of certain officials».

²⁵² V. *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004.

figure avviene sulla base del fatto che anche il titolare della Difesa comunemente coordina missioni internazionali o contingenti al lavoro sul territorio di Paesi terzi²⁵³.

Questo aspetto, ritenuto ancor più vero per quanto concerne la situazione in Medio Oriente, ha indotto il giudice ad estendere il tipo di immunità beneficiata dal Ministro degli Esteri anche ad una figura come quella del Generale Mofaz.

Prima di pervenire a questa conclusione e al diniego di emissione del mandato, inoltre, la decisione analizza con approccio critico le ragioni e le caratteristiche della categoria di organi titolari di immunità personale (così come individuati, in particolare, dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del Mandato d'arresto, sentenza del 14 febbraio 2002) e comunemente indicati con il termine *troika*, verificando se l'insieme indicato possa ritenersi di appartenenza esclusiva o meno.

Da questo punto di vista, il giudice svolge alcune interessanti riflessioni integrative.

A ragione si riconosce che le funzioni dei diversi Ministri di governo variano sensibilmente in relazione alla rispettiva sfera di responsabilità ed alla rilevanza di questa in un contesto sovranazionale²⁵⁴.

Per tali motivi, mentre per alcune figure non ha senso ipotizzare la necessità di un riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione civile e penale straniera, i Ministri della Difesa, per le ragioni di cui sopra, esercitano funzioni che possono facilmente implicare lo svolgimento di attività a rilevanza internazionale meritevoli di tutela.

Sebbene il caso Mofaz non sia ovviamente l'unico ad aver argomentato in merito alle immunità riconoscibili a singole tipologie di esponenti della categoria degli ex Ministri²⁵⁵, è interessante valorizzare la particolare posizione riconosciuta ai Ministri

²⁵³ Si afferma, infatti, (par. 14): «Although travel will not be on the same level as that of a Foreign Minister, it is a fact that many [S]tates maintain troops overseas and there are many United Nations missions to visit in which military issues do play a prominent role between certain States, It strikes me that the roles of defence and foreign policy are very much intertwined, in particular in the Middle East».

²⁵⁴ In particolare le parole del giudice sono le seguenti: «The function of various Ministers will vary enormously depending upon their sphere of responsibility. I would think it very unlikely that ministerial appointments such as Home Secretary, Employment Minister, Environment Minister, Culture Media and Sports Minister would automatically acquire a label of [S]tate immunity. However, I do believe that the Defence Minister may be a different matter» (cit., *ivi*, par. 13).

²⁵⁵ Si pensi, ad esempio, ad un'analoga richiesta di mandato d'arresto a carico del Ministro del Commercio internazionale cinese Bo Xilai. Tale caso del 2005 sarà analizzato nel paragrafo relativo alle immunità degli organi in missione speciale, elemento ritenuto preponderante nell'esempio citato. Va altresì sottolineato, con riguardo a questi due casi, che alcuni autori mettono in guardia rispetto all'autorità

della Difesa²⁵⁶, così come il legame tra la funzione di questi e le potenziali implicazioni per le relazioni internazionali dello Stato di appartenenza.

Oltre a questo aspetto, inoltre, si potrebbe riconsiderare il rapporto tra il ruolo del Ministro della Difesa rispetto al trattamento degli organi militari operanti in territorio estero, la cui immunità sarà parimenti studiata nei successivi paragrafi.

Quanto ai termini specifici dell'immunità riconoscibile agli ex Ministri, come quello relativo alla titolarità del diritto di invocare in giudizio tale beneficio, tra i tanti un episodio è degno di attenzione non soltanto per gli elementi della decisione, ma anche per l'analogia con una delle principali pronunce sopra esaminate, vale a dire proprio quella della Corte Internazionale di Giustizia del 14 febbraio 2002 nella questione relativa al Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000 (Congo c. Belgio).

Si tratta, per la precisione, del procedimento che ha visto imputato il generale algerino Khaled Nezzar²⁵⁷, Ministro della Difesa dell'Algeria nonché membro dell'Alto

di precedente all'interno della giurisprudenza inglese, posto che non sono stati trattati dalle Corti più alte; sul punto v., in particolare, FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, pp. 281 – 282.

²⁵⁶ La figura del Ministro della Difesa è venuta in rilievo anche nel contesto del procedimento davanti all'International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in *Prosecutor v Tihomir Blaskic*: il 15 gennaio 1997 i giudici hanno infatti emesso un mandato di comparizione a carico del Ministro della Difesa croato Susak, con la richiesta di presentazione e di esibizione di documenti. La sentenza del 29 ottobre 1997 ha stabilito (par. 38) che «The Appeals Chamber dismisses the possibility of the International Tribunal addressing subpoenas to State officials acting in their official capacity. Such officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called "functional immunity". This is a well-established rule of customary international law going back to the eighteenth and nineteenth centuries, restated many times since. More recently, France adopted a position based on that rule in the Rainbow Warrior case. The rule was also clearly set out by the Supreme Court of Israel in the Eichmann case». Nondimeno, un'ulteriore indicazione nel senso della qualificazione del Ministro della difesa come organo apicale dello Stato, particolarmente rappresentativo degli interessi di questo anche e soprattutto sulla scena internazionale, può forse essere evidenziata già dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Nuclear Tests (Australia v. France)*, sentenza del 20 dicembre 1974 (parr. 40-41).

²⁵⁷ Il caso è il seguente: Khaled Nezzar, generale precedentemente a capo dell'esercito, ricoprì il ruolo di Ministro della Difesa dell'Algeria nonché membro dell'Alto Consiglio di Stato (Haut Comité d'Etat, l'organo collegiale creato per sostituire e svolgere le funzioni del Presidente durante la guerra civile), nel periodo tra il gennaio 1992 e 1994. Nel 2011 Nezzar fu arrestato mentre si trovava in viaggio in Svizzera per poi essere successivamente rilasciato. Ciò nonostante, il procedimento penale a suo carico intentato dalla ONG svizzera TRIAL e da due cittadini algerini rifugiati in Svizzera, per crimini di guerra ma anche di tortura, proseguì davanti alla Corte Penale Federale.

Consiglio di Stato nel periodo della guerra civile in corso nel Paese nei primi anni Novanta, imputato davanti alla Corte Penale Federale svizzera. Nonostante la pronuncia sul caso sia intervenuta in esito di un procedimento avente ad oggetto la commissione di crimini internazionali, in questa sede è comunque utile richiamarne le considerazioni svolte con particolare riferimento alla specifica categoria di individuo-organo implicato.

Le difese di Nezzar, tra i vari punti, erano ovviamente fondate tanto sulla sussistenza in suo favore di immunità personale (in quanto parte dell'HCE, *Haut Comité d'Etat*) che sul riconoscimento dell'immunità *ratione materiae*.

La Corte svizzera, dopo aver elencato i tratti distintivi di ciascuna fattispecie, con specifico riferimento all'immunità di tipo funzionale e nel riportare la prassi ritenuta rilevante a tal proposito, richiama non soltanto i lavori di codificazione in corso da parte della Commissione del Diritto Internazionale, bensì anche la stessa decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del *Mandato d'arresto* (2002).

Tuttavia, quest'ultima citazione conduce ad un risultato opposto a quello della Corte.

Il giudice svizzero, infatti, analogamente a quanto già accennato in precedenza, dapprima dimostra di aprire al riconoscimento dell'immunità di tipo personale in capo ad un organo con le qualifiche di Nezzar – Ministro della Difesa –, qualifiche diverse dalla c.d. *troika* ma afferenti a funzioni a questa assimilabili, mentre, a seguire, posto che il mandato ad esso attribuito si è esaurito, ritiene conseguentemente di poter affermare la sussistenza dell'immunità funzionale (n.b. definita come “residual” – v. paragrafo n. 5.4.2 della sentenza).

In conclusione, comunque, a fronte della gravità dei crimini contestati all'imputato, la Corte ritiene di dover rispondere favorevolmente all'opportunità di riconoscere un'eccezione all'operare dell'immunità dalla sua giurisdizione, concludendo che «*for acts committed before taking office as Minister of Defence of the Republic of Algeria, as well as for acts committed after the end of this term, no jurisdictional immunity can be granted*» (paragrafo 5.5)²⁵⁸.

²⁵⁸ Cfr. A. v. *Office of the Attorney general of Switzerland*, Swiss Federal Criminal Court, sentenza 25 luglio 2012, file n. BB.2011.140. Per un commento alla sentenza in esame v. CITRONI G. (2012), *Swiss Court Finds No Immunity for the Former Algerian Minister of Defence Accused of War Crimes: Another Brick in the Wall of the Fight Against Impunity*, in *EJIL:Talk*. La motivazione risiede proprio nel riconoscimento da parte della Corte Penale Federale della superiorità gerarchica delle norme poste a

Nondimeno, indizi relativi alla configurabilità di tale eccezione risiederebbero, ad esempio, nella creazione di diversi tribunali *ad hoc* per giudicare i più gravi crimini di diritto internazionale, così come nei principi stabiliti da sentenze chiave come quella relativa al caso Pinochet.

Nonostante l'ex Ministro della Difesa algerino e componente dell'HCE Nezzar potesse dirsi titolare di immunità personale e funzionale in virtù della sua posizione all'interno dell'organizzazione statale, in conclusione, con la sentenza del 25 luglio 2012 questa forma di tutela gli è stata negata sulla base della gravità dei crimini oggetto dell'accusa, ritenuti non assimilabili all'esercizio di funzioni ufficiali.

In modo parzialmente analogo, inoltre, si pone il caso Sharon e Yaron, dove il secondo, si ricorda, era Ministro della Difesa di Israele tra il 1999 ed il 2005, accusato insieme al Primo Ministro di gravi violazioni del diritto internazionale umanitario per le violenze commesse nei capi profughi palestinesi di Sabra e Chatila. La Corte di cassazione belga, con sentenza del 12 febbraio 2003²⁵⁹, si è pronunciata in favore dell'immunità personale di Sharon, mentre ha seguito un ragionamento diverso per il coimputato.

I giudici hanno ritenuto, infatti, che, quanto a Yaron, «l'immunità *ratione materiae* riconosciuta agli organi dello Stato per l'esercizio delle funzioni nel caso di specie non poteva dirsi prevalente», sempre per via della gravità dei crimini internazionali attribuiti all'individuo-organo.

Di segno contrario rispetto alla decisione della Corte Penale Federale svizzera nel caso Nezzar, invece, un precedente in parte analogo che ha visto imputato Donald Rumsfeld, ex Segretario alla difesa statunitense, chiamato da alcune organizzazioni a rispondere penalmente davanti ai giudici francesi di accuse di tortura, mentre si trovava

tutela del diritto internazionale umanitario le quali, assumendo lo status di *jus cogens*, non possono tollerare un diniego di giurisdizione del giudice straniero che andrebbe a tradursi in una forma di impunità per l'individuo-organo imputato. Nondimeno, indizi relativi alla configurabilità di tale eccezione risiederebbero, ad esempio, nella creazione di diversi tribunali *ad hoc* per giudicare i più gravi crimini di diritto internazionale, così come nei principi stabiliti da sentenze chiave come quella relativa al caso Pinochet.

²⁵⁹ Cfr. *Re Sharon and Yaron, HSA v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron), Final appeal/Cassation (concerning questions of law)*, P.02.1139.F/2, JT 2003, 243, ILDC 5 (BE 2003), 12th February 2003, Court of Cassation.

nel Paese in visita privata²⁶⁰.

In questo caso, ritenuta predominante la posizione governativa espressa per voce del Ministro degli esteri francese Bernard Kouchner, il processo si è arrestato ancora prima dell'esame del merito delle accuse, essendo stata affermata l'immunità funzionale²⁶¹ dell'individuo-organo imputato e disconosciuti, al contempo, gli indizi e precedenti che potevano far propendere per un'eccezione a tale protezione in relazione alla gravità dei crimini attribuiti.

Se si volesse provare a tracciare delle conclusioni comuni relativamente alla categoria degli ex-Ministri di Stato, la prassi esaminata sembrerebbe lasciar intravedere la tendenza a prenderne in considerazione una forma di immunità dalla giurisdizione straniera, per l'appunto, non a livello generalizzato, ma limitatamente agli specifici ruoli che rivestono rilevanza sotto il profilo internazionale.

Riprendendo le affermazioni della decisione della Corte Federale svizzera nel caso Nezzar, infatti, potrebbe ben dirsi che la possibilità di riconoscere l'immunità funzionale in capo ad organi ministeriali dipende dal concreto spettro di responsabilità attribuito alla figura.

Da questo punto di vista, operando una ricognizione più specifica quanto ai tipi di organi che in questo contesto si sono trovati coinvolti in procedimenti davanti a giudici stranieri, il fatto che sia il Ministro della difesa²⁶² a venire in rilievo con maggiore frequenza non passa inosservato.

Sebbene tali indizi, ad un primo esame, possano far pensare alla configurabilità dell'immunità funzionale in favore dei Ministri della difesa per l'esercizio della

²⁶⁰ La vicenda è riassunta in <https://www.fidh.org/International-Federation-for-Human-Rights/americas/usa/USA-Guantanamo-Abu-Ghraib/France-in-violation-of-law-grants.4932>.

²⁶¹ Cfr., *ivi*, le parole del Procuratore: «The services of the [French] Ministry of Foreign Affairs indicated that in application of the rules of customary international law established by the International Court of Justice, immunity from criminal jurisdiction for Heads of State and Government and Ministers of Foreign Affairs continues to apply after termination of their functions, for acts carried out during their time of office and hence, as former Secretary of Defense, Mr. Rumsfeld, by extension should benefit from this same immunity for acts carried out in the exercise of his functions».

²⁶² In un passaggio della sentenza del 19 gennaio 2010 della Cour de cassation francese, Chambre criminelle, nel caso Association des familles des victimes du Joola case, si afferma infatti che «la même immunité doit être reconnue à N, en tant qu'ancien ministre des forces armées du Sénégal, exerçant les fonctions de ministre de la défense; que ce ministre, de par la spécificité de ses fonctions et de son action prioritairement dirigée vers l'international, doit pouvoir s'en acquitter librement pour le compte de l'Etat qu'il représente».

funzione, va altresì sottolineato che i crimini di cui gli stessi si sono trovati accusati spesso erano di gravità tale da condurre ad un diniego di tale beneficio.

Le risposte a tali quesiti vanno affidate, in primo luogo, alla definizione precisa delle funzioni dei diversi dicasteri (e soprattutto in tema di difesa, come appena sottolineato) così come alla fondatezza o meno della c.d. *jus cogens exception*, per cui la violazione di norme di tale rango non può tollerare alcun difetto di giurisdizione che vada a favore dei presunti responsabili.

Per quanto interessa nella presente sede, tuttavia, con particolare riferimento al primo punto, non si può non notare che l'immunità *ratione materiae* per questa categoria di organi e, di nuovo, in particolare, per i Ministri della difesa, sia stata fatta valere, da parte degli agenti e Stati interessati, unitamente all'immunità di tipo personale, sulla base di una sostanziale assimilazione delle funzioni ufficiali attribuite a tali organi di rango più elevato.

Le decisioni analizzate sino ad ora, peraltro, dimostrano un'apertura nei confronti di tale inclusione, nonché la tendenza a considerare l'immunità funzionale come meramente “*continuing*” o “*residual*” rispetto a quella *ratione personae*.

Tale aspetto sarà meritevole di particolare attenzione, soprattutto con riguardo allo studio delle categorie di organi diverse da quelle destinatarie di quest'ultima forma di tutela.

3.3 (EX) AGENTI DIPLOMATICI

Agenti diplomatici e consolari formano due categorie distinte nel diritto internazionale, disciplinate in termini differenziati da specifiche convenzioni internazionali, ritenute peraltro corrispondenti al diritto internazionale consuetudinario.

Occorre premettere che, ai fini della ricerca che qui ci occupa, così come per le categorie di organi statali analizzate in precedenza, anche per gli agenti diplomatici (ma non quelli consolari) l'analisi sarà principalmente incentrata sulle vicende aventi ad oggetto atti posti in essere nell'esercizio di un mandato ormai concluso, posto che, come è noto, per gli agenti diplomatici ancora in carica anche tale immunità è assorbita da quella *ratione personae*.

L'origine della disciplina riferita a tali organi, in ogni caso, ha radici che partono da epoche ben più risalenti di formazione del diritto internazionale contemporaneo²⁶³.

A livello normativo il trattamento degli agenti diplomatici forma oggetto della già menzionata Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 18 aprile 1961, ad oggi in vigore tra la quasi totalità degli Stati membri della comunità internazionale²⁶⁴.

La Convenzione prevede una norma riferibile in particolare all'immunità funzionale degli organi diplomatici all'articolo 39, che contribuisce a identificare una delle sue caratteristiche fondanti, vale a dire che l'immunità *ratione materiae* per gli atti posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali si applica anche dopo la scadenza dell'incarico pubblico svolto dall'individuo-organo. In particolare, il secondo comma dell'art. 39²⁶⁵, prende in esame privilegi e immunità di tali organi, delimitandone al contempo l'operatività in relazione alla legittimità della condotta del singolo e sulla base di un'interpretazione restrittiva della norma.

Questa norma va esaminata, in particolar modo se si discute di immunità

²⁶³ V. TANZI, A. (1991), *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, Cedam, a tal proposito richiama, tra i vari esempi, il caso Reinhardt deciso dal Tribunale di Roma con sentenza del 22 marzo 1938 applicando la norma internazionale sull'immunità dalla giurisdizione penale degli agenti diplomatici stranieri, «definendola come “principalissima e antichissima” nell'ambito di quel nucleo omogeneo di norme che costituiscono il c.d. “diritto diplomatico”» (p. 6). Un analogo principio sarebbe esposto anche nella sentenza della Cassazione penale italiana del 1933 nel caso Vuhotic. Nondimeno, l'autore richiama la Convenzione de l'Avana del 1928, che all'art. 19 prevedeva l'esenzione degli agenti diplomatici dalla giurisdizione civile e penale dello Stato accreditario «senza distinguere tra attività organiche e private» (cit. p. 11). Per una ricostruzione della storia ancor più risalente del trattamento degli agenti diplomatici, v. DENZA E. (2016), *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations - Fourth Edition*, Oxford University Press, 2016, pp. 232 – 259.

²⁶⁴ Tra gli indizi a favore del fatto che tale Convenzione corrisponda al diritto internazionale consuetudinario TANZI, *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, cita la sezione 3 del Diplomatic Relations Act degli Stati Uniti del 1978 il quale, alla lettera b), prevede che anche i «members of the mission of a sending State which has not ratified the Vienna Convention, their families and the diplomatic couriers of such State, shall enjoy the privileges and immunities specified in the Vienna Convention» (cit. p. 43).

²⁶⁵ Cfr. Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Art. 39: «2. When the functions of a person enjoying privileges and immunities have come to an end, such privileges and immunities shall normally cease at the moment when he leaves the country, or on expiry of a reasonable period in which to do so, but shall subsist until that time, even in case of armed conflict. However, with respect to acts performed by such a person in the exercise of his functions as a member of the mission, immunity shall continue to subsist».

funzionale, parallelamente all'art. 3²⁶⁶ della medesima Convenzione, che invece descrive in quali attività consistono le funzioni di una missione diplomatica.

A livello giurisprudenziale, una delle decisioni più note riguardanti l'immunità degli agenti diplomatici, adottata dalla High Court of Justice inglese nel caso Dickinson v. Del Solar, aveva stabilito che questi non sono «*in virtue of their privilege as such, immune from legal liability for any wrongful acts*», evitando di distinguere tra la natura funzionale o privata degli atti posti in essere²⁶⁷.

È interessante notare, inoltre, come regole e principi elaborati con riferimento a privilegi e immunità degli agenti diplomatici siano stati sviluppati anche in trattati applicabili a differenti contesti.

Un primo esempio è rappresentato dalla Convenzione di Vienna sulla rappresentanza degli Stati nei loro rapporti con le organizzazioni internazionali di carattere universale (14 marzo 1975).

Lo strumento è rivolto ad estendere le immunità di tipo diplomatico alle missioni o rappresentanze permanenti degli Stati presso organizzazioni a carattere universale.

L'articolo 1 identifica le differenti figure e funzioni implicate in questo particolare contesto, mentre l'articolo 36 disciplina il trattamento dei membri diversi dal capo missione²⁶⁸ e, analogamente all'esempio precedente, l'articolo 50 prende parimenti

²⁶⁶ Art. 3: «1. The functions of a diplomatic mission consist inter alia, in: (a) Representing the sending State in the receiving State; (b) Protecting in the receiving State the interests of the sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law; (c) Negotiating with the Government of the receiving State; (d) Ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State; (e) Promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations. 2. Nothing in the present Convention shall be construed as preventing the performance of consular functions by a diplomatic mission».

²⁶⁷ Cfr. TANZI, *op. cit.*, pp. 11 e 43: «The accurate statement is that they are not liable to be sued in the English Courts unless they submit to the jurisdiction. Diplomatic privilege does not import immunity from liability but only exemption from local jurisdiction».

²⁶⁸ Cfr. art. 36 (*Privileges and immunities of other persons*): «2. Members of the administrative and technical staff of the mission, together with members of their families forming part of their respective households who are not nationals of or permanently resident in the host State, shall enjoy the privileges and immunities specified in articles 28, 29, 30, 32, 33 and 34, except that the immunity from civil and administrative jurisdiction of the host State specified in paragraph 1 of article 30 shall not extend to acts performed outside the course of their duties. They shall also enjoy the privileges specified in paragraph 1 (b) of article 35 in respect of articles imported at the time of final installation. 3. Members of the service staff of the mission who are not nationals of or permanently resident in the host State shall enjoy immunity in respect of acts performed in the course of their duties, exemption from dues and taxes on the emoluments they receive by reason of their employment and the exemption specified in article 32».

in specifica considerazione gli “organi di rango elevato”.

Merita di essere sottolineata la chiarezza con cui privilegi e immunità sono accordati unicamente per atti posti in essere nell'esercizio, e nei limiti, delle funzioni ufficiali espressamente accordate.

A prescindere dal riconoscimento che la figura dell'agente diplomatico riceve nella citata normativa internazionale²⁶⁹, inoltre, occorre completare la presente analisi con alcuni dei più significativi esempi della prassi riferita al trattamento di tali organi statali.

Uno degli esempi è rappresentato dalle accuse mosse all'ambasciatore iraniano in Argentina Hadi Solemainpour, dove il 18 luglio 1994, nella città di Buenos Aires, un attacco terroristico con un furgone pieno di esplosivo colpì il Jewish Community Center della Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), causando decine di vittime e di feriti. Soleimanpour fu accusato di aver collaborato alla pianificazione e svolgimento dell'attacco e, trovandosi nel Regno Unito al momento dell'esercizio dell'azione penale, i giudici argentini ne chiesero l'extradizione.

La difesa dell'agente invocò la relativa immunità diplomatica di Solemainpour dalla giurisdizione straniera (ma non altrettanto fece il Governo iraniano), mentre alla fine l'individuo-organo venne rilasciato dalla London's Bow Street Magistrate's Court su cauzione per motivazioni di altro genere. Indipendentemente dall'esito, tuttavia, il caso è da alcuni ritenuto indicativo del fatto che l'immunità dalla giurisdizione penale degli agenti diplomatici non può essere riconosciuta salvo che le condotte incriminate non

²⁶⁹ Analogamente, la Convenzione di New York sui reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici (14 dicembre 1973) viene citata in questa sede con riferimento alla definizione di “persone internazionalmente protette” così come delineata dal primo comma dell'articolo 1, che può rappresentare un utile termine di confronto nell'individuazione degli organi titolari di immunità personale, e funzionale, dalla giurisdizione straniera. Art. 1: “Internationally protected person” means: «(a) A Head of State, including any member of a collegial body performing the functions of a Head of State under the constitution of the State concerned, a Head of Government or a Minister for Foreign Affairs, whenever any such person is in a foreign State, as well as members of his family who accompany him; (b) Any representative or official of a State or any official or other agent of an international organization of an intergovernmental character who, at the time when and in the place where a crime against him, his official premises, his private accommodation or his means of transport is committed, is entitled pursuant to international law to special protection from any attack on his person, freedom or dignity, as well as members of his family forming part of his household».

siano state poste in essere in via strettamente strumentale all'esercizio della funzione²⁷⁰.

A seguito di alcuni casi di abuso²⁷¹ da parte di agenti diplomatici stranieri contro il proprio personale, infatti, il Regno Unito, in un "Government Report on the Review of the Vienna Convention", arrivava a considerare se, alla luce di tali illeciti, «*it would be feasible (or even desirable) to obtain agreement either internationally or bilaterally to restrict diplomatic immunity to cover only actions performed in the course of official duties (on the lines of the Vienna Convention on Consular Relations) or alternatively to exclude certain types of offence*²⁷²».

La reazione ad una proposta di tal segno, in ogni caso, fu "no support within the European Community of elsewhere", per le medesime motivazioni spesso espresse in favore della conservazione del regime individuate dalle Convenzioni di Vienna, soprattutto per timore di un impiego a scopo politico o strumentale nelle diverse strategie di politica estera.

Nondimeno, parzialmente analoghi sono i casi in cui l'invocazione dell'immunità dalla giurisdizione da parte dell'agente diplomatico si è scontrata con la mancanza di conferme in merito alla possibilità di attribuire con certezza tale qualifica all'individuo-organo implicato, come nel caso Yusufu (1985) deciso sempre dai giudici inglesi in danno di un agente nigeriano accusato di rapimento²⁷³, da cui l'imputato tentò di difendersi asserendo di essere un membro del personale dell'ambasciata nigeriana a Londra, ma senza riscontro da parte dello Stato di appartenenza.

²⁷⁰ Secondo FRANEY, *Immunity, Individuals and International Law*, «These cases show that immunity does not apply to criminal conduct committed by a person who had immunity *ratione personae* unless the conduct was performed as part of an official function or was closely linked and instrumental thereto. This is true of the most minor such as non-payment of parking tickets, as well as serious criminal offences such as sexual assaults, and also politically motivated terrorist offences. It is not part of the functions of diplomats and consuls to commit crimes, and they do not have continuing immunity for crimes unless committed in the exercise of their legitimate functions. Violence is not a legitimate function for a diplomat. Serving diplomats may not be prosecuted but they can be expelled. When they have left office they can be prosecuted for offences that were not performed as part of a legitimate official function» (cfr. pp. 203-204). Similmente, inoltre, v. il caso dell'ex ambasciatore siriano presso la Repubblica Democratica Tedesca, accusato di non aver previsto e sventato un attacco terroristico ad opera siriana a Berlino Ovest (cfr. pp. 200 – 201).

²⁷¹ Si tratta, in particolare, di una sparatoria davanti alla Missione libica a Londra e di un tentativo di sequestro ad opera di agenti diplomatici nigeriani; questi episodi, e la successiva reazione del Regno Unito, sono ripresi da TANZI, *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, pp. 17 – 18.

²⁷² Cfr. Government Report, p.22.

²⁷³ *R v Lambeth Justices, ex parte Yusufu* [1985] Crim LR 510.

Un'ulteriore vicenda meritevole di essere richiamata è Propend Finance v. Sing (1997), la cui decisione finale da parte della Court of Appeal inglese del 17 aprile 1997 riconobbe l'immunità sia del Superintendent delle Forze di Polizia federali australiane Sing, sia della Australian High Commission, al termine di una complicata vicenda relativa a investigazioni e trasmissione di documenti su casi di evasione fiscale.

Il dato particolare in questo episodio è che a Sing, riconosciuto agente diplomatico oltre al ruolo rivestito in polizia, i giudici accordarono l'immunità diplomatica ma riconobbero altresì l'immunità statale, mentre alla High Commission unicamente quest'ultima fattispecie. La motivazione, ovviamente, era incentrata sul fatto che le azioni poste in essere da Sing concernevano l'esercizio della di lui pubblica funzione per conto dello Stato australiano, non essendo quindi il soggetto agente personalmente responsabile.

Esempi di questo genere dimostrano come, specialmente nelle evoluzioni più recenti della prassi, non di rado gli individui imputati davanti a giurisdizioni straniere provino a far valere nei propri confronti l'immunità, dapprima di tipo personale, sulla base della sua configurabilità in favore degli agenti diplomatici, e in alcuni casi anche tipo funzionale, con la necessità di valutare con maggiore attenzione quali individui-organi sono effettivamente investiti di tali funzioni, nonché per l'esercizio di quali specifiche attività.

Tanto perché, come si evince dai casi esaminati nel prosieguo del lavoro, non di rado questo tipo di protezione è invocato in contesti ben diversi rispetto alla funzione diplomatica o consolare nel loro tradizionale significato, o perlomeno viene ad essere associata anche ad altri ruoli rilevanti nell'organizzazione degli Stati.

3.4 AGENTI CONSOLARI

Per quanto concerne, invece, gli organi consolari, la disciplina di riferimento è indicata dalla Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari del 24 aprile 1963, che all'art. 43²⁷⁴, rubricato per l'appunto "*Immunity from jurisdiction*", ne delinea i

²⁷⁴ Cfr. Vienna Convention on Consular Relations (1961), Art.43 – Immunity from jurisdiction: «1. Consular officers and consular employees shall not be amenable to the jurisdiction of the judicial or

contenuti principali, in termini più restrittivi rispetto all'immunità diplomatica. In questo caso, infatti, la protezione dall'esercizio della giurisdizione straniera è accordata unicamente per "atti posti in essere nell'esercizio di funzioni consolari".

Queste funzioni, dettagliatamente indicate all'articolo 5, sono chiaramente legate all'esercizio dell'autorità sovrana dello Stato, ragion per cui il collegamento con quest'ultimo assume particolare rilevanza²⁷⁵.

Tra gli esempi più risalenti è possibile citare casi come Bigelow v. Zizianov (1928), o Dickinson v. Del Solar (1929).

Il primo è degno di interesse per la chiara affermazione dell'immunità dalla giurisdizione per l'imputato limitatamente ad atti posti in essere nell'esercizio delle proprie funzioni consolari (come, del resto, il rifiuto di rilasciare un passaporto), con esclusione di ogni ulteriore condotta non strettamente pertinente²⁷⁶.

Con riferimento alla prassi più recente, invece, un caso in cui l'immunità consolare ha assunto rilevanza centrale, vale a dire quello che ha visto imputati diversi esponenti dei servizi segreti statunitensi e italiani per il rapimento dell'imam Abu Omar.

Al termine di un giudizio notoriamente complesso e contestato, la Corte di Cassazione, infatti, si è trovata a considerare ad un duplice livello la questione dell'immunità invocata da alcuni degli imputati²⁷⁷.

administrative authorities of the receiving State in respect of acts performed in the exercise of consular functions. 2. The provisions of paragraph I of this Article shall not, however, apply in respect of a civil action either: (a) arising out of a contract concluded by a consular officer or a consular employee in which he did not contract expressly or impliedly as an agent of the sending State; or (b) by a third party for damage arising from an accident in the receiving State caused by a vehicle, vessel or aircraft».

²⁷⁵ Basti pensare, inoltre, che, ex articoli 45 ("Waiver of privileges and immunities") «The sending State may waive, with regard to a member of the consular post, any of the privileges and immunities provided for in articles 41, 43 and 44».

²⁷⁶ Analogamente in Rissmann (Corte di Cassazione penale, sentenza 26 febbraio 1972), un console tedesco fu riconosciuto immune dalla giurisdizione italiana nell'ambito di un procedimento che lo vedeva accusato di aver rilasciato un passaporto in violazione del giudicato di un giudice nazionale, v. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, p. 32.

²⁷⁷ Si vedano, in particolare, le difese svolte dall'agente CIA Seldon Lady nel ricorso in Cassazione poi deciso con sentenza n. 46340 del 19 settembre 2012, il quale, sottolineando il suo ruolo di console degli Stati Uniti a Milano, affermò di poter godere quantomeno dell'immunità funzionale dalla giurisdizione, evidenziando altresì di aver avuto un ruolo in una *missione speciale diplomatica* inviata dagli Stati Uniti con il placet dell'Italia. Sulla base degli artt. 41 e 43 della convenzione di Vienna, inoltre, egli ribadiva di aver agito nell'esercizio delle funzioni consolari. Analogamente, la difesa di Sabrina De Sousa, che tuttavia sottolineava «di aver agito iure imperii quale agente della CIA, e, quindi, quale individuo-organo di un altro Stato sovrano, per compiere un atto di extraordinary rendition ritenuta lecito dallo Stato di invio».

In primo luogo, è interessante notare come, con riferimento all'immunità consolare dalla giurisdizione, i giudici della Suprema Corte abbiano disatteso le argomentazioni impostate sulla conducibilità delle *extraordinary renditions* ad atti compiuti nell'esercizio delle funzioni consolari, sottolineando che l'art. 5 della Convenzione di Vienna è ben chiaro nell'indicare quali sarebbero le funzioni tutelate, e che a nulla vale a tal proposito evidenziare che le azioni indicate sarebbero comunque state poste in essere nell'interesse dello Stato di appartenenza²⁷⁸.

La Corte dimostra di applicare, pertanto, una interpretazione restrittiva del concetto di "funzione consolare".

A seguire, al par. 23.7 delle motivazioni in diritto si esamina la questione del riconoscimento dell'immunità funzionale, per gli individui-organi diversi da consoli e agenti diplomatici. Nel presente passaggio è significativo notare come il Collegio ammetta chiaramente e sottolinei la "disarmonia della dottrina" così come la mancanza di una "prassi consolidata", giungendo a sconfessare apertamente i precedenti citati nella decisione relativa al caso Lozano, ovvero il caso McLeod e procedimento Gibuti c. Francia.

La conclusione cui perviene dunque la sentenza, sul profilo dell'immunità funzionale degli organi dello Stato in missione all'estero, è che «*il trattamento applicato in materia si presenta con tali discontinuità da non consentire la ricognizione di una norma di portata generale; ed, infatti, la sottrazione alla giurisdizione straniera per gli organi dello Stato in ipotesi inviante è prevista in specifici trattati, mentre in assenza di essi l'immunità funzionale di norma non viene riconosciuta dagli organi giurisdizionali nazionali*²⁷⁹».

²⁷⁸ A ciò si aggiunga che «la lettera m) dell'art. 5 della Convenzione di Vienna consente ai consoli di esercitare ogni altra funzione demandata ad un ufficio consolare dallo stato di invio "che non sia vietata dalle leggi e regolamenti dello stato di residenza, o alla quale lo stato di residenza non si opponga ... ». Si tratta di una norma c.d. di chiusura che, con molta chiarezza, precisa che gli interessi del Paese di invio possono essere tutelati dal console esercitando le funzioni indicate dall'art. 5 della Convenzione entro i limiti consentiti non solo dalle leggi, ma anche dai regolamenti, dello Stato di residenza, a meno che non vi sia una autorizzazione di quest'ultimo al compimento anche di azioni illegali, ovvero *contra legem*, sul proprio territorio (v. p. 106 della decisione).

²⁷⁹ Cfr. p. 110 del par 23.7 – diritto; Cass. Sez. V Penale, sentenza 19 settembre 2012 n. 46340.

3.5 MEMBRI DI MISSIONI SPECIALI

Con riguardo alla posizione ed al trattamento dei membri di missioni speciali, è stato recentemente evidenziato come «*the immunity of persons who are not resident diplomatic agents, but who are only on a temporary basis, is an increasingly important matter*²⁸⁰».

Secondo la definizione fornita dalla Convenzione di New York del 1969 sulle missioni speciali, che rappresenta la principale fonte normativa in materia, queste sono inquadrabili come missioni *ad hoc* per uno specifico affare inviate dallo Stato di appartenenza sul territorio di un Paese terzo con il consenso di quest'ultimo, ottenuto per via diplomatica o qualsiasi altra via di confronto bilaterale (cfr. art. 2).

Un simile inquadramento permette di sottolineare, come per le convezioni relative al trattamento degli organi diplomatici e consolari, il particolare rilievo del collegamento dell'individuo-organo con lo Stato di appartenenza e della funzione pubblica che questi è chiamato a svolgere.

Con riferimento allo studio delle immunità dei membri e capi di missioni speciali è stato sottolineato²⁸¹ che, ai sensi dell'articolo 21²⁸², oltre a Capi di Stato o di Governo e Ministri degli esteri, sono ritenuti meritevoli di tutela anche altri “organi di rango elevato” che hanno una particolare connessione con lo Stato per conto del quale agiscono, al di là dell'inquadramento nell'ambito dell'organizzazione statale nel suo complesso.

Elementi di questo genere, soprattutto per quanto concerne l'immunità delle missioni speciali, saranno riesaminati in relazione alla prassi più recente relativa al riconoscimento di tale specifica natura e al trattamento dei singoli membri.

Gli artt. 24-30 della Convenzione di New York del 1969 stabiliscono una serie

²⁸⁰ Cit. WOOD Sir M. (2014), *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, relazione in occasione del Council of Europe Seminar, 2014.

²⁸¹ V. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2014) *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/673, 2 giugno 2014, parr. 57 – 59.

²⁸² Art. 21 (*Status of the Head of State and persons of high rank*): «1. The Head of the sending State, when he leads a special mission, shall enjoy in the receiving State or in a third State the facilities, privileges and immunities accorded by international law to Heads of State on an official visit. 2. The Head of the Government, the Minister for Foreign Affairs and other persons of high rank, when they take part in a special mission of the sending State, shall enjoy in the receiving State or in a third State, in addition to what is granted by the present Convention, the facilities, privileges and immunities accorded by international law».

di inviolabilità e privilegi per i membri di tali missioni, ivi compresa una garantita ampia libertà di movimento e comunicazione.

In particolare, l'art. 31²⁸³ della Convenzione specifica alcune norme relative all'immunità degli organi dalla giurisdizione dello Stato ospitante, riconosciuta sia per fatti di rilevanza penale che civile ed amministrativa. Tuttavia, si segnala, non solo tale status non esonera gli agenti in esame dal rispetto del diritto interno del Paese di destinazione, ma soprattutto non dispensa da eventuali procedimenti a loro carico da parte dello Stato di appartenenza.

La disciplina dettata dalla Convenzione del 1969 è analoga agli strumenti pattizi analizzati relativamente al trattamento del personale diplomatico e consolare, rispetto ai quali, in questo caso, è stata oggetto di particolare discussione la corrispondenza delle norme del trattato al diritto internazionale consuetudinario.

L'applicazione della Convenzione va comunque analizzata congiuntamente ai casi e procedimenti che hanno visto effettivamente coinvolti membri di missioni speciali all'estero.

Quanto agli episodi più risalenti, tra più noti si ricorda il caso deciso dalla Corte costituzionale federale tedesca nel 1984 nel procedimento a carico di Tabatabai, leader politico iraniano inviato in missione in Germania ed ivi accusato di reati in materia di stupefacenti. Nella fattispecie i giudici tedeschi statuirono il diritto dell'imputato al riconoscimento dell'immunità.

Nello specifico, la Corte si espresse nei seguenti termini: *«irrespective of the [UN Special Missions Convention], there is a customary rule of international law based on State practice and opinio juris which makes it possible for an ad hoc envoy, who has been charged with a special political mission by the sending State, to be granted*

²⁸³ Art. 31 (*Immunity from jurisdiction*): «I. The representatives of the sending State in the special mission and the members of its diplomatic staff shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. II. They shall also enjoy immunity from the civil and administrative jurisdiction of the receiving State (...) III. The representatives of the sending State in the special mission and the members of its diplomatic staff are not obliged to give evidence as witnesses. IV. No measures of execution may be taken in respect of a representative of the sending State in the special mission or a member of its diplomatic staff except in the cases coming under subparagraphs (a), (b), (c) and (d) of paragraph 2 of this article and provided that the measures concerned can be taken without infringing the inviolability of his person or his accommodation. V. The immunity from jurisdiction of the representatives of the sending State in the special mission and of the members of its diplomatic staff does not exempt them from the jurisdiction of the sending State».

*immunity by individual agreement with the host State for that mission and its associated status, and therefore for such envoys to be placed on a par with the members of the permanent missions of State protected by international treaty law*²⁸⁴».

Di tenore analogo, e in favore del riconoscimento dell'immunità agli organi statali in missione speciale all'estero, si pongono anche i procedimenti a carico del Ministro del Commercio cinese Bo Xilai.

Mentre si trovava negli Stati Uniti, infatti, Bo Xilai fu accusato da esponenti del movimento spirituale cinese Falun Gong di illeciti commessi in suo danno su ordine cinese, con richiesta di procedere con il giudizio a suo carico. Il governo statunitense, tuttavia, in un documento ufficiale confermò l'immunità dalla propria giurisdizione del Ministro, le cui funzioni furono riconosciute di rilievo internazionale²⁸⁵, dal momento che il Segretario di Stato aveva determinato che egli si trovava in territorio nazionale nello svolgimento di una missione speciale²⁸⁶.

Gli stessi giudici statunitensi, tuttavia, in epoca precedente non si erano dimostrati dello stesso avviso, tanto è vero che in Usa v. Sissoko (1997), avevano negato l'immunità diplomatica all'agente del Gambia non soltanto escludendo la valenza di norma consuetudinaria²⁸⁷ di tale beneficio alla luce della Convenzione di

²⁸⁴ *Decision of 27 Feb. 1984, Case No. 4 StR 396/83, 80 ILR (1989) 388 (Germany: Federal Supreme Ct).* Il passaggio della sentenza è riportata e commentato da AKANDE D., SHAH S. (2011) *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21 n.4, pp. 821 – 823.

²⁸⁵ Cfr. in proposito, la *Suggestion of Immunity and Statement of Interest of the United States* del 24 luglio 2006 trasmessa in relazione al procedimento Civ. No. 04-0649 (RJL), ove, oltre a riconoscersi che il Ministro Bo Xilai ricopriva «a cabinet-level position with responsibility for China's relations with foreign states on commercial and international trade matters», si sviluppano ulteriori riflessioni in merito al rilievo internazionale delle funzioni attribuite agli organi coinvolti.

²⁸⁶ Cfr. *Li Weixum v. Bo Xilai*, DCC Civ. No. 04-0649 (RJL), . Questo episodio si inserisce nel novero di quelli presi in considerazione da *Akande – Shah* (op. cit.) nell'esame delle immunità di membri di missioni speciali. E' interessante notare nel documento, inoltre, la lista di casi elencati e posti alla base della decisione riguardante il trattamento di Bo Xilai.

²⁸⁷ «The Court does not find that the U.N. Convention on Special Missions is "customary international law" that binds this Court. Neither the United States nor The Gambia are signatories to the convention. None of the members of the U.N. Security Council have signed the convention. These facts indicate to this Court that there is, in the least, some resistance to the tenets of the convention such that it is not yet customary international law». Sul ruolo di Sissoko, inoltre, «The Court is unpersuaded by defendant's argument that, contrary to the formal position of the State Department, a "Special Advisor" to a special mission in the United States should be accorded full diplomatic immunity merely by issuance of an A-2 visa, based on "customary international law" evidenced by a convention that has not been signed by either

New York del 1969, ma anche per via della particolare posizione dal medesimo ricoperta quale “Special advisor” alla missione del Paese negli Stati Uniti.

Per tali ragioni i giudici statuirono che Sissoko non aveva diritto all'immunità dalla giurisdizione, dal momento che questa non era stata riconosciuta dal Dipartimento di Stato.

Un altro rilevante e significativo caso in cui viene in rilievo la difficoltà di individuare l'esatta qualifica dell'individuo-organo dello Stato asseritamente in missione speciale è Khurts Bat v. Germania (2011)²⁸⁸.

Le difese dell'imputato, così come riprese ed analizzate dai giudici della sezione amministrativa della Queen's Bench Division, High Court Of Justice, del Regno Unito si articolano secondo tre distinte argomentazioni:

– il diritto al riconoscimento, a Khurts Bat, di immunità diplomatica in qualità di membro di una missione speciale (paragrafi 22 – 46 della sentenza);

– la titolarità di immunità *ratione personae*, sulla base della asserita qualifica dell'agente come “Person Holding a High Ranking Office” (paragrafi 55 – 62 della sentenza);

– infine, la richiesta di riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* in ragione della condotta dell'agente in qualità di organo ufficiale del governo della Mongolia (cfr. paragrafi 63 – 101).

Data l'articolazione dei temi ivi trattati, pertanto, anche la decisione del caso Khurts Bat sarà richiamata in più passaggi del presente lavoro.

Per quanto qui interessa, in merito al primo punto, la decisione dell'Alta Corte inglese sul tema si è basata su due direttive principali: in primo luogo i giudici hanno

of the nations involved». Cfr. *UNITED STATES of America, Plaintiff, v. Foutanga Dit Babani SISSOKO*, Defendant, United States District Court, S.D. Florida, 3 settembre 1997.

²⁸⁸ *Khurts Bat v. Investigating Judge of the Federal Court of Germany*, High Court of Justice, Queen's Bench Division, 29 luglio 2011, [2011] EWHC 2029. Per un commento su questo aspetto specifico del procedimento, v. OLIVEIRA T.B., *Foreign State Officials Do Not Enjoy Immunity Ratione materiae from Extradition Proceedings: The Not So Curious Case of Khurts Bat – A reply to Dr. Roger O'Keefe*, in *EJIL:Talk!*, [ratione-materiae-from-extradition-proceedings-the-not-so-curious-case-of-khurts-bat-a-reply-to-dr-roger-okeefe/](https://www.ejiltalk.org/ratione-materiae-from-extradition-proceedings-the-not-so-curious-case-of-khurts-bat-a-reply-to-dr-roger-okeefe/). Khurts Bat, al tempo dei fatti contestati, era Capo della Sicurezza Nazionale della Mongolia, accusato di aver rapito un concittadino nella città francese di Le Havre, averlo trasportato sino all'Ambasciata mongola a Berlino e di qui forzatamente rimpatriato per essere successivamente incarcerato. Avvenuti tali fatti nel 2003, qualche anno dopo, mentre si trovava a Londra, Khurts Bat fu arrestato in esecuzione di un mandato europeo e ne fu richiesta l'extradizione in Germania per essere giudicato.

sottolineato come non vi fosse alcun accordo vigente tra Regno Unito e Mongolia in fatto di missioni speciali, né tantomeno la Mongolia aveva firmato o ratificato la Convenzione di New York del 1969.

Sul punto si ribadisce, infatti, che elemento centrale in questo ambito è costituito dal mutuo consenso degli Stati allo svolgimento della missione speciale, nonché alle relative modalità e componenti.

Vi sono poi due ulteriori aspetti da valorizzare rispetto alla motivazione sviluppata dai giudici.

In primo luogo, il fatto che da tale manifestazione di consenso da parte dello Stato ospitante deve risultare espressamente il riconoscimento della speciale natura della missione, posto che «*not every official visit is a Special Mission*» (par. 29) e soprattutto che, una volta ottenuto tale riconoscimento, «*the status of immunity conferred by a Special Mission is that which is conferred on a permanent Diplomatic Mission*» (par. 26).

Nondimeno, secondo i giudici della High Court, la competenza ad assumere questo tipo di decisione resterebbe in capo al governo, e in particolare al Ministero degli affari esteri, posto che «*recognition is a matter, as it seems to me, of foreign policy which is unsuitable for discussion or a view in the courts*» e pertanto, scegliendo di non contestare le determinazioni dell'Esecutivo al riguardo, la sentenza conclude nel senso del diniego dell'immunità per Khurts Bat sulla base della sua partecipazione ad una missione speciale (per l'appunto non riconosciuta come tale, parr. 40 – 41).

Il punto centrale, dunque, con riferimento alla possibilità di riconoscere l'immunità funzionale ai membri di missioni speciali, non è soltanto la mancanza di una prassi univoca e costante in favore dell'effettiva esenzione dalla giurisdizione straniera, bensì anche la necessità di collegare l'istituto al consenso dello Stato sul cui territorio gli individui-organi stranieri vengono ad operare, elemento che sembra dunque tuttora determinante nel particolare contesto delle missioni speciali, e non solo²⁸⁹.

²⁸⁹ Il ruolo dell'Esecutivo nel contesto del riconoscimento dell'immunità funzionale dell'organo statale straniero è già stato diffusamente sottolineato. Tra i vari esempi in cui tale intervento è riconosciuto dallo stesso Stato, si vedano le osservazioni scritte trasmesse dalla Federazione Russa alla CDI nel contesto della sua 66esima (2014) sessione di lavori, sul tema delle immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, ove si sottolinea che, in caso di incertezza sull'attribuzione di tale beneficio, le autorità investigative o giudiziarie possono richiedere informazioni direttamente al Ministero

Come visto per la decisione nel caso Khurts Bat, ci si potrebbe interrogare se la rilevanza di tale elemento sia piuttosto dovuta al fatto che l'immunità concretamente riconosciuta alle missioni speciali viene ad essere di carattere diplomatico, recante quindi un particolare grado di tutela e di inviolabilità.

*

Sempre su tale versante, un ultimo caso che merita di essere sottolineato con riferimento al trattamento degli organi stranieri membri di missioni speciali è la recente decisione del governo inglese di accordare una forma speciale di immunità diplomatica a Tzipi Livni, ex Ministro della Giustizia di Israele, accusata di crimini di guerra da parte di alcune vittime della escalation del conflitto tra Gaza e Israele nel 2009 (Operazione Piombo fuso), sostenute dal Palestinian Centre for Human Rights (PCHR) e da legali londinesi.

Dal momento che già nel 2009 un mandato d'arresto era stato emesso da un giudice inglese per fatti analoghi, e il Ministro aveva di conseguenza cancellato la propria visita nel Regno Unito²⁹⁰, nel caso di specie, in vista di un nuovo viaggio a Londra nel 2014, il Foreign & Commonwealth Office ha deciso di riconoscere a Tzipi Livni l'immunità diplomatica temporanea, motivata proprio sulla qualificazione della trasferta quale missione speciale.

A tale proposito questa è stata definita come «*a temporary mission, representing a state, which is sent by one state to another with the consent of the latter, in order to carry out official engagements on behalf of the sending state*²⁹¹»

A seguito dei casi Khurts Bat e Livni, inoltre, il Governo inglese ha reso noto di aver sviluppato un sistema in grado di garantire l'informazione in merito a qualsiasi visita in programma nel Paese qualificabile come missione speciale coperta dalla relativa immunità, così da porre l'Esecutivo, in collaborazione con il Foreign and Commonwealth Office (FCO) in condizione di decidere preventivamente quali possono

degli affari esteri, in particolare con riferimento alla qualificazione dell'attività posta in essere dall'individuo-organo (art. 3, comma 2, codice di procedura penale).

²⁹⁰ The Guardian, 14 dicembre 2009, *British court issued Gaza arrest warrant for former Israeli minister Tzipi Livni*, in <http://www.theguardian.com/world/2009/dec/14/tzipi-livni-israel-gaza-arrest>.

²⁹¹ The Guardian, 13 maggio 2014, *Israeli minister Tzipi Livni given diplomatic immunity for UK visit*, in <http://www.theguardian.com/world/2014/may/13/israel-tzipi-livni-diplomatic-immunity-uk>.

essere espressamente identificabili come meritevoli di tale tutela²⁹².

Gli esempi citati si dimostrano interessanti, dunque, non soltanto per la nozione di missione speciale considerata ed il relativo impiego ai fini del riconoscimento di una forma particolare di immunità funzionale in favore di un organo straniero, ma anche per l'incidenza della posizione assunta dal potere esecutivo nella consultazione con l'autorità giudiziaria, che ha di fatto bloccato i relativi procedimenti, e sembra indice del peso che assumono le considerazioni di politica estera ed interna nelle decisioni relative all'immunità²⁹³.

3.6 MEMBRI DI MISSIONI MILITARI OPERANTI ALL'ESTERO

Lo status dell'organo militare in diritto internazionale costituisce la sintesi di diversi profili, che si riferiscono tanto alle caratteristiche del suo operato quanto soprattutto alle relative conseguenze. In particolare, ai fini del presente studio, quello che viene in rilievo è il trattamento dei militari che si trovano in missione all'estero, di

²⁹² La circostanza è richiamata da Hazel Fox, QC and Philippa Webb, *The Law of State Immunity - Third Edition* (2013), Oxford International Law Library, p. 563.

²⁹³ Per completezza, pare opportuno evidenziare che una prassi analoga può essere riscontrata anche con riguardo al riconoscimento delle immunità diplomatiche. Il Dipartimento di Stato americano, nella persona del sotto segretario di Stato Pickering, ad esempio, decise di concedere un visto di tipo G-2 al membro dell'Army Intelligence Service del Peru Mr. T. R. A. Kohatsu, sospettato di crimini di tortura commessi nel Paese d'origine nel 1997 e chiamato a testimoniare davanti alla Commissione interamericana per i diritti umani. Addirittura, e con un *modus operandi* significativo dell'importanza della posizione del Governo nel riconoscimento di immunità dalla giurisdizione delle proprie corti, l'autorità giudiziaria decise di chiedere allo stesso Ministero degli esteri danese se Carmi Gillon, ambasciatore di Israele accreditato in Danimarca e accusato di crimini di tortura, fosse suscettibile di vedersi riconosciuta l'immunità diplomatica, tesi accolta positivamente dal Ministero anche sulla base della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Tortura (che non prevederebbe deroghe pur a fronte di immunità diplomatica). Non solo: come riportato da WOOD (*Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, relazione in occasione del Council of Europe Seminar, 2014), il *Dutch Advisory Committee on Issues of Public International Law* (CAVV) nel maggio 2011 ha elaborato un parere consultivo sul tema dell'immunità degli organi statali stranieri, fatto proprio dal Governo olandese che, proprio in merito al trattamento dei membri di missioni speciali ha dichiarato che: «The government agrees with the CAVV that under customary international law members of official missions enjoy immunity. This applies both to members of foreign official missions visiting the Netherlands and to members of Dutch official missions visiting other countries. Members of official missions can be regarded as "temporary diplomats"».

norma con il consenso dello Stato territoriale²⁹⁴.

Da questo punto di vista una delle prime distinzioni su cui occorre far chiarezza concerne gli aspetti del rapporto di tali missioni con il Paese ospitante, nonché i termini del relativo eventuale consenso su riparto di giurisdizione ed immunità.

In questo senso assume particolare rilievo la prassi di stipulare accordi *ad hoc* per la definizione di questi ed altri aspetti, accordi notoriamente indicati con il termine “SOFA” (Status Of Forces Agreement). Oltre alle intese concordate per le singole missioni (incluse le operazioni di peace-keeping a guida Onu), per i Paesi membri della Nato rileva *in primis* la Convenzione di Londra del 1951 sullo status di tali forze nel territorio degli altri componenti.

In sintesi, ai sensi dell'art. VII della citata Convenzione lo Stato di invio del personale militare ha la giurisdizione esclusiva sulle violazioni del proprio diritto interno che non costituiscano al contempo illeciti nel Paese ospitante, mentre è il caso contrario per le violazioni esclusive del diritto dello Stato territoriale.

Quando, invece, un determinato fatto riveste i caratteri di illiceità alla stregua di entrambi gli ordinamenti, la giurisdizione si può qualificare come concorrente, e in particolare sarà necessario stabilire se, in presenza di condotte poste in essere nell'esercizio delle funzioni espressamente attribuite all'agente militare, il giudice straniero è tenuto ad astenersi da ogni sindacato sull'attività svolta e tale competenza spetta eventualmente solo lo Stato di appartenenza dell'organo²⁹⁵.

Uno dei casi più noti nel diritto interno in cui tale aspetto ha assunto rilievo

²⁹⁴ Da questo punto di vista, FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, riconosce che «gli organi dello Stato che hanno maggiori probabilità di trovarsi a violare il diritto penale interno di uno Stato nell'esercizio di attività autorizzate dallo Stato estero e lecite in base al diritto internazionale sono chiaramente coloro che vi risiedono su base permanente, con il compito di svolgersi specifiche funzioni, vale a dire gli agenti diplomatici e consolari e i membri di Forze armate di uno Stato di stanza in territorio straniero con il consenso dello Stato ospite».

²⁹⁵ La rilevanza degli accordi SOFA e della Convenzione di Londra è riportata, in particolare, da FOCARELLI, C. (2008) *Lezioni di diritto internazionale - Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Cedam, pp. 308 – 309. È interessante notare, a tal proposito, quanto sottolineato da FRULLI in *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479 (2016), pp. 485 – 486, relativamente al fatto che tali accordi non sono stati né predisposti né interpretati come regole in materia di immunità dell'individuo-organo.

centrale è quello dell'incidente del Cermis²⁹⁶, in conseguenza del quale dapprima il Tribunale di Trento, in persona del Giudice per le Indagini Preliminari, poi la Corte di cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, hanno dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice italiano, soprattutto, nel primo caso, facendo riferimento alle regole indicate dalla Convenzione di Londra del 1951 e non all'immunità funzionale dell'organo statale, pur richiamando l'immunità dello Stato stesso dalla giurisdizione.

Con la pronuncia in commento, in particolare, il Tribunale di Trento ha escluso la giurisdizione dei giudici italiani, respingendo le tesi dell'accusa pubblica e privata e argomentando in primo luogo proprio sulle norme dettate dall'art. VIII²⁹⁷ della

²⁹⁶ La vicenda è la seguente: il 3 febbraio 1998 un aereo militare statunitense decollato dalla base di Aviano, volando a quota troppo bassa, tranciò i cavi inferiori della funivia del Cermis, presso Cavalese, facendo precipitare la cabina in transito al momento, con la morte di tutti e 20 i passeggeri occupanti. A seguito dell'indagine aperta dalla Procura di Trento i quattro membri dell'equipaggio furono sottoposti a procedimento penale, che si concluse subito con la declaratoria di giurisdizione da parte del Tribunale di Trento (sentenza n. 161 del 13 luglio 1998). In contemporanea, inoltre, la Federazione Italiana Lavoratori Trasporto (FILT-CGIL) aveva convenuto in giudizio gli Stati Uniti per l'illiceità delle pratiche di addestramento aereo militare condotte dalla base di Aviano. La Corte di cassazione, pronunciandosi a Sezioni Unite sulla riunione di due regolamenti di giurisdizione proposti sulla medesima questione, aveva infine affermato "la sussistenza dei presupposti per l'immunità degli Stati Uniti d'America dalla giurisdizione civile italiana rispetto alla domanda proposta nei suoi confronti nel giudizio pendente davanti al tribunale di Trento; e la declaratoria del difetto di giurisdizione del giudice italiano" (Cass. S.U., sentenza 3 agosto 2000 n. 530).

²⁹⁷ Art. VII: «1. Fatte salve le disposizioni del presente articolo: a) le autorità militari dello Stato d'invio hanno il diritto di esercitare nell'ambito dello Stato ricevente tutti i poteri di giurisdizione penale e disciplinare loro conferiti dalla legislazione dello Stato d'invio su tutte le persone assoggettate alle leggi militari di questo Stato; b) le autorità dello Stato ricevente hanno il diritto di esercitare la loro giurisdizione sui membri di una forza armata o di un elemento civile e sulle persone a loro carico per quanto concerne i reati commessi sul territorio dello Stato ricevente, punibili dalla legislazione di detto Stato. 2. a) Le autorità militari dello Stato d'invio hanno il diritto di esercitare una giurisdizione esclusiva sulle persone assoggettate alle leggi militari di detto Stato per quanto concerne i reati, ivi compresi i reati che minacciano la sua sicurezza, punibili dalle leggi dello Stato d'invio ma non dalle leggi dello Stato ricevente; b) le autorità militari dello Stato ricevente hanno il diritto di esercitare una giurisdizione esclusiva sui membri di una forza armata o di un elemento civile e sulle persone a loro carico per quanto concerne i reati, ivi compresi i reati che minacciano la sua sicurezza, punibili dalle leggi dello Stato ricevente ma non dalle leggi dello Stato d'invio; c) ai fini del presente paragrafo e del paragrafo 3 del presente articolo, si considerano reati che minacciano la sicurezza di uno Stato: (i) il tradimento, (ii) il sabotaggio, lo spionaggio o la violazione della legislazione relativa ai segreti di Stato o della difesa nazionale. 3. In caso di giurisdizione concorrente, sono applicabili le seguenti regole: a) le autorità militari dello Stato d'invio hanno il diritto di esercitare a titolo prioritario la loro giurisdizione sul membro di una forza armata o di un elemento civile per quanto riguarda: (i) i reati che minacciano unicamente la sicurezza o i beni di questo Stato, o i reati che mettono a repentaglio unicamente la persona o i beni di un membro della forza armata o di un elemento civile di questo Stato, nonché di una persona a carico, (ii) i reati risultanti da qualsiasi atto o negligenza compiuti nell'esecuzione del servizio; b) nel caso di ogni altro reato, le autorità dello Stato ricevente esercitano a titolo prioritario la loro giurisdizione;

Convenzione di Londra. Parimenti la Corte di cassazione, nel procedimento civile, ha preso in esame dapprima la norma relativa all'immunità ristretta degli Stati dalla giurisdizione straniera, per corroborare poi tale tesi con il riferimento allo stesso accordo sullo Statuto delle forze armate della Nato, di cui è altresì riconosciuta la compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.

Occorre tener conto, inoltre, dell'inquadramento o meno delle forze armate in questione in una più ampia missione, che comprenda contingenti di diversi Paesi, dal momento che in questo caso occorre anche prendere in considerazione i rapporti all'interno delle coalizioni.

Uno dei casi più noti a tal proposito è di quello sorto in conseguenza dell'uccisione in Iraq dell'agente del SISMI Nicola Calipari (nonché del ferimento del collega Andrea Carpani) ad opera del soldato statunitense Mario Luis Lozano, membro della Guardia Nazionale statunitense in servizio presso le forze della Coalizione operante in Iraq, immediatamente seguito alla liberazione da parte del primo della giornalista italiana del Manifesto Giuliana Sgrena.

Della complessa e controversa vicenda giudiziaria seguita a tali fatti meritano di essere brevemente riassunti i due gradi di giudizio davanti alla Corte d'Assise di Roma e alla Corte di Cassazione che, pur con identità di risultato, sono giunte a negare la giurisdizione italiana sulla base di argomentazioni molto diverse.

La Corte d'Assise, infatti, sviluppa le sue motivazioni a partire da una precisa ricostruzione del contesto iracheno in cui i fatti sono avvenuti, ma soprattutto le incentra sulla c.d. "legge della bandiera"; tale consuetudine viene inquadrata nel sistema interno delle fonti e fatta prevalere, per il principio di specialità, sugli altri criteri in tema di applicazione della legge penale, nonché posta in stretta relazione con il concetto di reciprocità: così si determina il sussistere delle rispettive giurisdizioni in capo agli Stati facenti parte di una stessa coalizione militare.

Viene altresì in rilievo anche il tema degli accordi SOFA, con particolare riguardo alla loro applicabilità ai rapporti interni alle coalizioni militari.

È in sede di impugnazione davanti alla Corte di cassazione²⁹⁸, in ogni caso, che

c) se lo Stato che ha il diritto di esercitare a titolo prioritario la sua giurisdizione decide di rinunciarvi, esso lo notificherà al più presto alle autorità dell'altro Stato».

²⁹⁸ Cfr. Cass. Sez. I Penale, sentenza 24 luglio 2008 n. 31171.

vengono piuttosto ad essere impiegati i principi relativi all'immunità dell'organo dello Stato.

L'iter logico-giuridico seguito dalla Corte, infatti, dopo aver contestato l'impianto motivazionale della precedente decisione, individua come più correttamente applicabile al caso in esame la regola *consuetudinaria*²⁹⁹ di diritto internazionale che sancisce l'immunità funzionale dell'individuo-organo dello Stato che abbia agito *iure imperii*, ovvero nell'esercizio delle proprie funzioni. Nondimeno tale norma è ricondotta, in quanto suo corollario, a quella più generale dell'immunità c.d. ristretta degli Stati per la responsabilità civile derivante da attività ufficiali (*iure imperii*), materialmente poste in essere dai suoi organi³⁰⁰.

Tra i precedenti su cui si basa la Corte, nel decidere il caso Lozano, affermando la regola dell'immunità funzionale, vanno segnalati, sostanzialmente, il caso McLeod³⁰¹ (1837) e la decisione della Corte Internazionale di Giustizia nella controversia Gibuti c. Francia (*Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters - Djibouti v. France*, ICJ Rep. 2008).

Il riferimento assume particolare rilievo in quanto l'impiego di questa casistica sarà contestato in altre decisioni relative ad altre categorie di organi statali nel riconoscere l'inesistenza di una norma consuetudinaria in tema di immunità funzionale (come di fatto accade nella decisione della stessa Corte di Cassazione nel caso Abu Omar, sentenza 29 novembre 2012 n. 46340³⁰², già citata in precedenza con riferimento

²⁹⁹ Tale regola sarebbe stata recepita nel nostro ordinamento in forza dell'adattamento automatico disposto dall'articolo 10, primo comma, della Costituzione.

³⁰⁰ Ad ulteriore integrazione delle argomentazioni, inoltre, i giudici di Cassazione riconoscono che sussiste un'eccezione all'operare dell'immunità funzionale degli Stati dalla giurisdizione civile e penale straniera, laddove le azioni poste in essere dai loro organi si rivelino in contrasto con norme internazionali di *jus cogens* a protezione dei diritti umani fondamentali, e integrino quindi la fattispecie del crimine internazionale, andando quindi ad analizzare ed escludere l'ipotesi che nella fattispecie concreta si sia assistito ad un crimine di guerra.

³⁰¹ Un cittadino inglese, di nome McLeod, era sospettato di essere tra gli esecutori dell'attentato incendiario alla nave statunitense *Caroline*, nonché dell'uccisione dei due agenti americani. La circostanza della sua successiva liberazione, in ogni caso, non pose fine al dibattito ormai instauratosi tra il Segretario di Stato Webster e il ministro degli esteri inglese Ashburton: dal carteggiò, infatti, ebbe origine un sostanziale accordo in merito al fatto che gli individui resisi colpevoli di illeciti nello svolgimento di atti *iure imperii* non dovessero esserne considerati personalmente responsabili.

³⁰² «In verità mai prima di una abbastanza recente pronuncia della Suprema Corte (Sez. I, 19 giugno-24 luglio 2008, Lozano, n. 31171), come è stato autorevolmente rilevato, era stata messa in discussione dalla giurisprudenza italiana la libertà dello Stato di esercitare la giurisdizione penale nei confronti di organi statali stranieri, in assenza di norme specifiche poste a loro tutela, come quelle sulle immunità degli

alla qualifica di consoli di alcuni degli imputati coinvolti³⁰³).

Per quanto concerne gli organi militari, non essendo inclusi nelle categorie di organi statali di rango primario che beneficiano anche di immunità personale, sembra volersi affermare la necessità che l'esenzione dalla giurisdizione straniera (come del resto accade per altri agenti statali) sia subordinata a precisi accordi in materia tra Stato di invio e Stato di destinazione (caratterizzati da una “*mutuality of consent*”³⁰⁴), di cui i SOFA rappresentano l'esempio principale. La presenza di tali accordi, per alcuni, rappresenterebbe l'unica ipotesi «per scongiurare *ab initio* l'esercizio della giurisdizione straniera sul personale dello Stato in missione all'estero³⁰⁵».

I casi di applicazione dei SOFA, o dove comunque la presenza di un accordo tra Paesi di origine e di destinazione dell'organo ha assunto un peso determinante, come è stato evidenziato, sono in grado di far riflettere sul valore reale di tale aspetto in confronto, invece, al riconoscimento dell'immunità funzionale.

Considerate le posizioni della dottrina³⁰⁶ e la natura dei casi analizzati, pare

agenti diplomatici e consolari (ai quali sono equiparate per diritto consuetudinario internazionale le alte cariche degli Stati -capo di Stato, capo di governo e ministro degli affari esteri-; vedi Corte internazionale di giustizia, 14 febbraio 2002, *Repubblica democratica del Congo c. Belgio*), o sui riparti di giurisdizione tra stato d'invio e di residenza per i militari di stanza in territorio straniero» (cfr. pp. 108-109 della sentenza Cass. pen., sez. V, 19 settembre 2012 (dep. 29 novembre 2012), n. 46340, Pres. Zecca, Rel. Marasca, imp. Adler e a.).

³⁰³ Con riferimento al caso Abu Omar, peraltro, occorre ricordare che, in primo grado, il Tribunale di Milano aveva avuto modo di occuparsi dell'applicabilità dell'art. VII della Convenzione di Londra in merito alla posizione del Colonnello J. Romano, responsabile della sicurezza dell'aeroporto militare di Aviano al momento del sequestro dell'imam. Cfr. *Pubblico Ministero c. Adler e altri*, Tribunale di Milano, sentenza 1° febbraio 2010, n. 12428/09 e l'analisi, tra gli altri, di FOCARELLI, C. (2008) *Lezioni di diritto internazionale - Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità, Vol. II – Prassi*, Cedam, pp. 122 – 123.

³⁰⁴ Come del resto espressamente affermato, con riferimento alle missioni speciali, nella decisione della Corte Federale nel caso *Bat v The Investigating Judge of the German Federal Court* [2011] EWHC 2029 (Admin) (29 July 2011), par. 22 e 55.

³⁰⁵ Questa della necessaria e preventiva conclusione di accordi in materia di giurisdizione è la tesi sviluppata da TONDINI M. (2012), *Milano, Baghdad, Nuova Delhi: le rotte incerte dell'immunità funzionale*, in *Forum costituzionali*.

³⁰⁶ V., ad esempio, FRULLI (2016), *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479, p. 487; NIGRO (2009) *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, pp. 580 – 585 (cui si rinvia anche per l'approfondita analisi della prassi relativa al trattamento dei militari); PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, pp. 764 – 766.

ragionevole sostenere che, allo stato attuale, la categoria degli organi militari³⁰⁷ non rientri tra quelle tutelate dall'istituto dell'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera, perlomeno non senza un previo assenso da parte dello Stato terzo allo svolgimento della missione sul proprio territorio.

3.7 ALTRE TIPOLOGIE DI ORGANI

La categoria (residuale) di organi statali che si intende approfondire in questa sede include al suo interno individui agenti che svolgono funzioni differenti rispetto alle tradizionali tipologie di organi prese in esame in precedenza, ma che con ognuna di queste condividono alcuni principi e tratti distintivi di base.

Considerate queste potenziali caratteristiche comuni, è possibile peraltro individuare dei gruppi meritevoli di essere studiati unitariamente.

Il primo di questi è costituito dagli agenti segreti, che non di rado si trovano a porre in essere in territorio straniero attività riservate per conto dello Stato di appartenenza.

Il tratto peculiare di tale categoria di organi risiede nel fatto che spesso le funzioni da essi espletate tendono ad essere ricondotte a quelle diplomatiche e consolari, con conseguente dubbio relativamente al concreto regime da applicare.

Ad ogni modo, ove il ruolo effettivamente svolto dall'individuo-organo statale accusato non risultasse chiaro è assai probabile che la sua immunità venga negata, mentre si pone in ogni caso il problema della qualificazione di attività che vengono comunque ad essere svolte in modo occulto nel territorio di uno Stato diverso da quello di appartenenza.

Da un diverso punto di vista, invece, meritano considerazione autonoma anche

³⁰⁷ È opportuno sottolineare, tuttavia, che non sono mancati casi recenti in cui l'immunità funzionale è stata invocata in relazione ad organi militari in missione all'estero: si intende far riferimento, in particolare, al procedimento che vede coinvolti i sottufficiali della Marina Militare Italiana Latorre e Girone per l'episodio occorso al largo delle coste indiane a bordo della nave commerciale Enrica Lexie; posto che uno degli aspetti controversi della vicenda è proprio la possibilità di qualificare i due agenti come organi dello Stato italiano, tuttavia, il caso sarà approfondito nel successivo paragrafo dedicato alla categoria residuale di individui-organi per cui ipotizzare il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione straniera.

tutti gli organi responsabili della sicurezza nazionale e del mantenimento dell'ordine interno dello Stato, i quali, pur operando principalmente entro i limiti territoriali interni dello Stato di appartenenza, nell'esercizio delle proprie funzioni vengono a contatto con cittadini stranieri. Per alcuni profili, il tipo di attività e di conseguenze in termini di illeciti che possono presentarsi non paiono discostarsi significativamente dalle descrizioni sopra precisate con riferimento ai Ministri della difesa.

Nondimeno, va riscontrato che alcuni casi hanno visto coinvolti anche membri dell'ordinamento giudiziario (non soltanto giudici, ma anche procuratori e pubblici ministeri): si tratta certamente di una posizione peculiare data la specifica e imprescindibile funzione pubblica che tali organi sono chiamati a svolgere negli ordinamenti interni, che va parimenti presa in considerazione nello studio delle immunità.

Infine, si renderà conto degli ulteriori organi che sono stati sporadicamente chiamati a rispondere di illeciti davanti a corti straniere, esempi in ogni caso significativi dal punto di vista della ricerca di una disciplina generale in tema di immunità funzionale.

Degli ulteriori riferimenti di carattere trasversale rispetto alle categorie di individui-organi sino ad ora considerati, inoltre, possono essere ripresi dalle diverse convenzioni internazionali stipulate in materia di corruzione³⁰⁸.

Questo tipo di trattati sono richiamati, quale parte della prassi, anche dalla stessa Commissione del Diritto Internazionale nel suo lavoro sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera che sarà di seguito analizzato in dettaglio.

Il dato interessante di questi atti risiede nel fatto che sono principalmente incentrati sulla figura di “pubblico ufficiale” quale soggetto attivo della fattispecie, che viene definito in dettaglio³⁰⁹, o meglio anche di “pubblico ufficiale straniero”. Questi è

³⁰⁸ Tra le singole convenzioni possono essere menzionate quella di Merida delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003, la Convenzione inter-americana contro la corruzione del 29 marzo 1996, le Convenzioni penale e civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa (trattati n. 173 – 27 gennaio 1999 – e 174 – 4 novembre 1999).

³⁰⁹ V. articolo 2 della *Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, in base al quale «si intende per “pubblico ufficiale”: i) qualsiasi persona la quale detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di uno Stato Parte, che essa sia stata nominata o eletta, a titolo permanente o temporaneo, che essa sia remunerata o non remunerata, e qualunque sia il suo livello gerarchico; ii) qualsiasi persona che eserciti una pubblica funzione, anche per un organismo pubblico od una pubblica impresa, o che fornisca un pubblico servizio, così come tali termini sono definiti dal diritto interno dello

infatti identificato come “qualsiasi persona la quale detenga un mandato legislativo, esecutivo, amministrativo o giudiziario di un Paese estero, che essa sia stata nominata o eletta; e qualsiasi persona la quale eserciti una pubblica funzione per un Paese estero, anche per un pubblico organismo o per una pubblica impresa”.

A) AGENTI SEGRETI E MEMBRI DELL'INTELLIGENCE

Quando si parla del trattamento di agenti segreti davanti a tribunali stranieri uno dei casi più risalenti (1840) è certamente quello che ha avuto luogo nel 1840 a carico di un cittadino britannico, McLeod, accusato di aver preso parte alla distruzione della nave americana *Caroline*, che gli Stati Uniti avrebbero impiegato per portare aiuti agli insorti canadesi in lotta contro la Gran Bretagna.

McLeod fu effettivamente processato dai giudici statunitensi, indipendentemente dalle accese proteste mosse dai legali di parte britannica, e nonostante le parti stessero ancora controbattendo sulla sua punibilità o meno alla luce dei principi di diritto internazionale³¹⁰.

Successivamente, un caso altrettanto invocato dalla dottrina nell'analisi dei fondamenti dell'immunità funzionale è quello comunemente ricordato come Rainbow Warrior, dal nome della nave di Greenpeace affondata nel Porto di Auckland ad opera di due agenti segreti francesi.

Da questo episodio sorse un'accesa controversia tra Nuova Zelanda e Francia e, parallelamente, anche una disputa relativa a quale dovesse essere il trattamento dei due agenti francesi individuati come autori dell'attentato, dal momento che il governo neozelandese ritenne insufficienti le scuse ufficiali e le offerte risarcitorie della controparte. Nell'ambito della ulteriore questione della punibilità degli agenti segreti, tra

Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato; iii) ogni altra persona definita quale “pubblico ufficiale” nel diritto interno di uno Stato Parte. Tuttavia, ai fini di alcune misure specifiche previste nel capitolo II della presente Convenzione, si può intendere per “pubblico ufficiale” qualsiasi persona la quale eserciti una pubblica funzione o fornisca un pubblico servizio, così come tali termini sono definiti dal diritto interno dello Stato Parte e applicati nel ramo pertinente del diritto di tale Stato».

³¹⁰ Così il Segretario di Stato Americano Webster: «the fact of having acted under public authority and in obedience to the orders of lawful superiors, must be regarded as a valid defence, otherwise individuals would be held responsible for injuries resulting from the acts of governments, and even from operations of public wars» (v. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, cit. p. 511).

l'altro, nelle memorie depositate dalle parti si fa espresso riferimento al precedente caso McLeod.

Resta il fatto che gli agenti Mafart e Prieur furono comunque processati e condannati per questo episodio, pur ricevendo una condanna non eccessivamente afflittiva.

Data la particolarità dei primi esempi riportati, dunque, occorre verificare se, nella prassi più recente, vi sono elementi che possono fornire indicazioni più precise in merito al tema dell'immunità degli agenti segreti³¹¹.

Come indicato in apertura di paragrafo, questi esempi sono frequentemente connessi con il trattamento degli agenti diplomatici o consolari, cui i servizi segreti vengono non di rado ad essere allineati.

A partire da una vicenda che ha avuto ampia risonanza e soprattutto una forte eco critica in Italia, per i responsabili dell'*extraordinary rendition* in danno dell'imam Abu Omar (2012) a Milano, sospettato di reati legati al terrorismo, per quanto concerne gli agenti della CIA coimputati, fu invocata proprio l'immunità funzionale, indipendentemente dalle caratteristiche dall'azione illecita ed occulta posta in essere sul territorio italiano. Si ricorda che la Cassazione, a riguardo, sostenne che «la sottrazione alla giurisdizione straniera per gli organi dello Stato in ipotesi inviante è prevista in specifici trattati³¹²», al di fuori dei quali non esiste ancora una regola generale in tema di immunità funzionale.

Da un diverso punto di vista, anche in Kazemi³¹³ uno dei tre imputati davanti alla Corte superiore del Québec era proprio il vice-capo dei servizi di intelligence del carcere iraniano di Evin, cui è stata accordata l'immunità dalla giurisdizione civile canadese nonostante le gravissime violazioni di diritti umani tra le accuse mosse dal figlio della giornalista uccisa.

Sebbene le ragioni di tali scelte, già delineate a proposito dell'immunità dei Capi di Stato, rendano il caso peculiare, resta il fatto che le motivazioni addotte dai giudici del Québec siano state estese in base allo State Immunity Act (SIA) anche a tutti gli individui-organi statali circa gli atti dagli stessi compiuti nell'esercizio di funzioni

³¹¹V. anche *Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, judgement of 15 February 2008; (“former intelligence service chief”).

³¹²Cfr, pp. 36-37 del par 23.7 – diritto; Cass. Sez. V Penale, sentenza 19 settembre 2012 n. 46340.

³¹³*Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* [2014] SCC 62

ufficiali³¹⁴.

Se si guarda, d'altro canto, ad attività di spionaggio, come raccolta illecita di informazioni e materiali sensibili, gli Stati sono decisamente meno propensi ad accordare forme di protezione agli organi stranieri che se ne rendono responsabili. Anche gli agenti che svolgono anche funzioni diplomatiche o consolari hanno obiettivi conoscitivi di questo genere, ma ogni attività di documentazione avviene per vie legali, nonché soprattutto per fini leciti e non per sfruttare le informazioni con l'obiettivo di minare la stabilità del Paese di destinazione.

Sotto questo profilo la prassi è copiosa e, in particolare, si rimanda, per una valida ed esaustiva ricognizione, ad opere come quella di Franey³¹⁵, peraltro espressamente citata in alcune delle decisioni giurisdizionali precedentemente prese in esame.

Una recente decisione della Corte del Western District of Pennsylvania (WDPA) del maggio 2014 può contribuire a chiarire alcune delle osservazioni appena svolte.

In tale occasione cinque membri della Chinese People's Liberation Army (PLA) sono stati accusati di pirateria informatica, spionaggio industriale a danno di alcune aziende statunitensi del campo dei metalli e dell'energia nucleare e solare.

Il fatto che, nonostante la loro formale appartenenza alle forze militari, gli agenti cinesi sono stati incriminati, potrebbe essere un ulteriore indizio a favore della teoria per cui non tutti gli atti posti in essere in nome e per conto dello Stato di appartenenza rientrano nella definizione di “*official capacity*” valida ai fini del riconoscimento dell'immunità funzionale³¹⁶.

La contrarietà a ricomprendere le attività di spionaggio tra quelle coperte da immunità funzionale per gli organi che le pongono in essere, del resto, è richiamata

³¹⁴ Si richiama nuovamente il commento alla decisione della Corte superiore del Québec del 25 gennaio 2001 nel caso Kazemi ad opera di PAVONI R. (2011), *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, pp. 393 – 399.

³¹⁵ In particolare si veda a tal proposito il paragrafo “Prosecutions for Collecting Information” in FRANEY, E.H. (2011) *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, pp. 225 – 235.

³¹⁶ Per una ricostruzione e commento al caso v. KEITNER C. (2014), *Foreign Official Immunity and the Chinese Cyberespionage Indictments*, 21 maggio 2014. L'episodio, inoltre, sembra non essere affatto rimasto isolato, cfr. Il Sole24Ore, “*Usa, sei cittadini cinesi accusati di spionaggio industriale*”, 19 maggio 2015.

anche da buona parte della dottrina, che vedrebbe tale diversa opportunità come un uso distorto della forma di protezione accordata per l'esercizio di legittime funzioni pubbliche.

In tema di attività clandestine, o comunque di trattamento degli agenti segreti, infatti, si sottolinea che è condizione per il riconoscimento del beneficio in esame che le azioni poste in essere dall'individuo-organo siano tutelate dal diritto internazionale, o quantomeno lecite³¹⁷.

B) GLI ORGANI RESPONSABILI DELLA SICUREZZA NAZIONALE

La presente categoria di individui-organi, per certi versi, potrebbe ricevere valutazioni analoghe rispetto alle figure appena studiate, ma gli esempi che vi si riconducono meritano comunque di essere esaminati a parte per una semplice considerazione.

Le funzioni comunemente attribuite agli organi responsabili della sicurezza nazionale, in nome e per conto dello Stato di appartenenza, sono svolte con il fine ultimo di preservare ordine e sicurezza interni: di conseguenza il loro campo d'azione è di regola limitato ai confini nazionali, pur non escludendo che in tale situazione le decisioni di tali organi vengano ad avere conseguenze ricadenti anche su cittadini di nazionalità diverse.

Una delle decisioni più frequentemente richiamate in materia è quella della Corte Internazionale di Giustizia nella vicenda Gibuti c. Francia³¹⁸ (2008), incentrata principalmente sulle citazioni a testimoniare emessi da parte francese a carico del capo dei servizi segreti nazionali di Gibuti Hassan Said e del Procuratore Nazionale della Repubblica Djama Souleiman Ali. Gibuti accusava altresì la Francia di non aver ottemperato alla richiesta di invio di alcuni importanti atti giudiziari relativi al c.d. caso

³¹⁷ Tra le varie opinioni in ambito di diritto interno v., ad esempio, CONFORTI, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, Riv. Dir. Int. (1/2010), oppure RONZITTI, N. (2010) *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in Riv. Dir. Int.; v. anche DE SENA, P. (1996) *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore.

³¹⁸ Cfr. *Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, ICJ Rep. 2008.

Borrel, magistrato francese trovato morto nel Paese africano in circostanze poco chiare. Tali condotte avrebbero comportato la violazione non solo del Trattato di amicizia e collaborazione stipulato tra Francia e Gibuti nel 1977, ma anche della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale (1986) ed altre norme di diritto internazionale.

Il tratto interessante della controversia dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia risiede negli sviluppi nella linea difensiva della Repubblica di Gibuti, che soltanto nella fase orale viene ad esprimere un ulteriore punto a contrasto della citazione in giudizio come testimoni assistiti del capo della Sicurezza Nazionale e del Procuratore Nazionale. Dapprima, infatti, Gibuti afferma che con un simile atto la Francia avrebbe contravvenuto alle norme internazionali in materia di immunità personale degli organi stranieri, e solo nella fase orale del giudizio, diversamente da quanto argomentato nei primi passaggi della controversia, sostiene il riconoscimento dell'immunità funzionale dei due organi in quanto le rispettive condotte erano state poste in essere nell'esercizio delle rispettive funzioni ufficiali.

La difesa francese, al contrario, già dai suoi primi scritti difensivi aveva rilevato come il capo della sicurezza nazionale ed il Procuratore non potessero essere ricompresi nelle categorie di organi beneficiari di immunità di tipo personale, e, per quanto concerne l'immunità *ratione materiae*, in assenza di una regola generale in favore del suo riconoscimento alla generalità degli individui-organi stranieri, afferma infine che una simile eccezione debba essere valutata caso per caso relativamente al singolo soggetto interessato, «*in view of the acts of public authority performed in the context of his duties*³¹⁹».

Le argomentazioni sviluppate da Gibuti nell'ambito delle udienze, che quindi fanno riferimento ad una disciplina generale per quanto concerne l'immunità funzionale degli organi dello Stato relativamente alle attività poste in essere d'ufficio, però, in ultima analisi, non vengono accolte dai giudici della Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza emessa il 4 luglio 2008.

Tanto sulla base del fatto che, in primo luogo, non sarebbe stato concretamente verificato che gli atti posti in essere dai due organi potessero essere effettivamente qualificati come atti posti in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali, ovvero

³¹⁹V. paragrafi 185 – 197 della sentenza.

pienamente rientranti nelle loro specifiche funzioni. In secondo luogo, la Corte si trova costretta a negare le pretese di Gibuti anche in ragione del fatto che, se avesse voluto invocare l'immunità funzionale per i suoi organi, il Governo dello Stato africano avrebbe dovuto previamente renderlo noto alle Autorità francesi.

Indipendentemente dalla concreta soluzione della controversia in senso sfavorevole alla parte che aveva invocato, a sostegno della propria posizione, proprio l'immunità funzionale di due suoi organi ufficiali, lo studio del caso dimostra come questo sia uno degli unici, nell'ambito della recente prassi giurisprudenziale in materia, nella quale viene invocata apertamente l'esenzione dalla giurisdizione straniera a tutela di tali individui agenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite³²⁰.

Tanto avviene sulla base di una prassi ristretta, come in altre decisioni, ad un numero ridotto e ricorrente di precedenti (si veda, tra i possibili esempi, il caso Blaskic), non univocamente riconosciuti come rilevanti ai fini dell'indagine sull'immunità funzionale³²¹.

Più di recente, invece, la figura del Capo della sicurezza nazionale e del suo relativo trattamento è stata al centro di altre vicende come quella di Khurts Bat v. Germania (2011), che ha visto imputato il capo del Dipartimento di Sicurezza Nazionale della Mongolia. L'articolazione delle difese di Khurts Bat, fondate su diversi titoli di riconoscimento dell'immunità, sono state precedentemente illustrate nel paragrafo dedicato ai membri di missioni speciali³²² e si intendono qui integralmente richiamate.

Nondimeno è opportuno ricordare che la difesa di Khurts Bat era fondata non

³²⁰ Le difese di Gibuti ad opera del Prof. Condorelli erano così impostate: «The Respondent cannot overlook the fact that if one consults the writings of reputed experts who have analysed the subject, one is struck by the conclusion that the vast majority of them have the same point of view. From Kelsen and Fox to Morelli and Quadri, Dahm, Bothe, Akehurst, Cassese and still many more, all are convinced of the existence of a principle of international law stipulating that organs of a State benefit from immunity from the jurisdiction of foreign States for acts carried out in the performance of that function. That, in any case, is the general rule, subject to certain exceptions; those exceptions, however, are of no relevance to the present dispute. Thus, for example, it is very broadly recognized that the principle does not apply in the event of war crimes, espionage or sabotage perpetrated abroad».

³²¹ V., ad esempio, PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *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 umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, pp. 215 – 224.

³²² Dato che l'appartenenza a una missione speciale era l'elemento centrale della difesa di Khurts Bat, seguita dall'invocato riconoscimento dell'immunità personale in ragione della sua posizione di organo di rango primario nell'organizzazione statale e, quasi in subordine, dell'immunità funzionale in virtù della sua qualifica quale individuo-organo del governo della Mongolia.

solo sulla sua immunità in qualità di membro di una missione speciale, ma anche quale individuo-organo tra quelli aventi rango primario nell'organizzazione statale, in quanto tale esente dalla giurisdizione civile e penale straniera per l'esercizio delle funzioni ad egli attribuite.

A tal proposito la decisione della Corte inglese si occupa di ripercorrere nel dettaglio i tratti caratterizzanti il beneficio invocato, dedicandosi altresì ad un esame critico della teoria³²³ e prassi sia in tema di immunità personale (cfr. paragrafi n. 55-61) che, chiaramente, *ratione materiae*, ritenuta rilevante a partire dalla cessazione delle funzioni ufficiali dell'organo di Stato (paragrafi n. 63-100 della sentenza³²⁴).

Se il ruolo di Khurts Bat quale capo della sicurezza nazionale non viene ricompreso nel “*narrow circle*”³²⁵ degli organi titolari di immunità personale (si noti bene, proprio per non poter assimilare la funzione ufficiale svolta da Khurts Bat a quelle attribuite ai membri della c.d. *troika*), al medesimo viene negato anche il riconoscimento dell'immunità funzionale, non avendo riconosciuto i giudici inglesi la validità di una regola consuetudinaria generale di diritto internazionale in tal senso.

Per quanto riferito ad accuse di tortura, un episodio ancora più recente contribuisce a sottolineare l'autonoma rilevanza della categoria.

In seguito alle proteste politiche che hanno avuto luogo nei mesi di febbraio e marzo 2011 in Bahrain il Principe Nasser bin Hamad Al Khalifa, figlio del re e capo della Guardia Reale, è stato accusato di atti di tortura da alcuni dei manifestanti, in base a quanto ricostruito in un dossier del 2012 dello European Centre for Constitutional and Human Rights (ECCHR).

³²³ Sul punto è interessante notare come i giudici inglesi facciano ampio riferimento alle posizioni di FRANEY, E.H. (2011) *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, e FOX, H. (2002) *The Law of State Immunity*. Si nota altresì l'ampia lettura del lavoro di codificazione in corso presso la Commissione del Diritto Internazionale.

³²⁴ V. England and Wales High Court (Administrative Court) Decisions, *Bat v The Investigating Judge of the German Federal Court* [2011] EWHC 2029 (Admin) (29 July 2011).

³²⁵ V. par. 59 della sentenza *Bat v The Investigating Judge of the German Federal Court*, ove viene richiamata, in particolare, la nota decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del Mandato d'arresto: «The wording of the ICJ in the Arrest Warrant, which I have quoted above, demonstrates that the paradigm of those entitled to such immunity is a Head of State or Head of Government. The words "such as", whilst indicating that the list is not limited to those they identify, also carries with it the implication that in order to fall within that narrow circle it must be possible to attach to the individual in question a similar status».

L'unità speciale anti-terrorismo della Crown Prosecution Service (CPS) del Regno Unito ha ritenuto, a tal proposito, che il principe Nasser non solo potesse beneficiare dell'immunità personale sulla base della semplice appartenenza alla famiglia reale, ma che gli andasse riconosciuta l'immunità di tipo funzionale in virtù del suo ruolo di comandante della Guardia Reale del regno del Bahrain.

Ai sensi della stessa sezione n. 1 dello State Immunity Act del 1978, comunque, la normativa nazionale in questione non si applicherebbe a procedimenti penali quali quello a carico del Principe Nasser, avente ad oggetto crimini di tortura³²⁶.

È proprio su tale base che, invece, che i giudici della High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court del Regno Unito, nella decisione del 7 ottobre 2014³²⁷, giungono a negare l'immunità funzionale del principe Nasser, confermando al tempo stesso la mancata riconoscibilità anche dell'immunità *ratione personae*.

È difficile stabilire come il caso si sarebbe potuto successivamente concludere sulla base di tali premesse favorevoli all'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici inglesi, dal momento che il Direttore delle Public Prosecutions per l'Inghilterra e Galles (DPP) ha poi deciso di ritirare il caso. I commentatori sottolineano comunque il valore di precedente di questo caso anche se il procedimento giurisdizionale, per altre ragioni, non ha avuto seguito.

In conclusione, gli esempi illustrati nel presente paragrafo³²⁸ non fanno che fornire ulteriori indicazioni nel senso della mancata affermazione, in via di prassi, dell'estensione automatica dell'immunità *ratione materiae* alla generalità degli organi statali, tra i quali dunque i responsabili della sicurezza nazionale e del mantenimento dell'ordine interno. Ciò nonostante, anche in questo specifico settore, come già anticipato per altre categorie di organi esaminati in precedenza, si rileva come tanto la posizione all'interno dell'organizzazione statale quanto la funzione attribuita dallo Stato di appartenenza all'individuo-organo agente per suo conto, siano stati valorizzati dalle

³²⁶ V. sul punto WINDRIGE O. (2014), *Removing the cloak of immunity – the Director of Public Prosecutions for England and Wales accepts no immunity from criminal investigation into torture*, in <http://opiniojuris.org/>, 16 ottobre 2014.

³²⁷ Cfr. la sentenza 7 ottobre 2014, *FF v Director of Public Prosecutions*, High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, [2014] EWHC 3419 (Admin) 2014 WL 5311914.

³²⁸ Si vedano, inoltre, i casi *Church of Scientology case*, Federal Supreme Court (Germany), judgement of 26 September 1978 e *Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom*, Supreme Court (Ireland), judgement of 24 April 1997.

difese di tali agenti al fine di invocare, in primo luogo, l'immunità personale e, spesso in via subordinata, l'immunità *ratione materiae*.

C) ESPONENTI DEL POTERE GIUDIZIARIO

Quanto si tratta di verificare i contorni dell'immunità funzionale in episodi concernenti procedimenti o atti relativi a cooperazione giudiziaria in materia civile e penale, non è infrequente tra gli organi citati vi siano anche esponenti del potere giudiziario di Paesi terzi.

Evidentemente questo tipo di ipotesi potrebbe sollevare quesiti peculiari rispetto alle figure già studiate, proprio perché trattasi di funzione specifica rispetto a quella rappresentata dall'esercizio del potere esecutivo nei suoi molteplici livelli.

Le c.d. "*judicial functions*", tra l'altro, ad esempio, sono citate anche all'art. 4, comma primo³²⁹, del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per Atti Internazionalmente Illeciti, quale ipotesi in grado di giustificare il riconoscimento di una forma di responsabilità internazionale dello Stato.

Ipotesi di questo genere, dove ad essere imputato è un procuratore o altro esponente del potere giudiziario, si rinvencono in fattispecie già esaminate come i casi Kazemi (2011) e Gibuti c. Francia (2008), oppure, sotto certi aspetti, Prosecutor v. Blaskic (1997).

Nondimeno, anche in un caso recente avente ad oggetto una richiesta di estradizione in Svizzera concessa da un giudice spagnolo ai danni di un cittadino olandese, il Tribunale federale elvetico ha riconosciuto come un atto di questo genere «*est caractéristiquement un acte d'un magistrat espagnol exerçant dans son domaine et à son niveau la puissance publique du Royaume d'Espagne, à ce titre, le juge d'instruction n'est susceptible de rendre compte de l'exercice de ses fonctions qu'à ce*

³²⁹ Cfr. Article 4 - *Conduct of organs of a State*: «1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State».

*dernier*³³⁰».

Date le differenze in tema di argomentazione sullo specifico aspetto dell'immunità funzionale, tuttavia, non vi sono elementi in grado di accordare con certezza agli organi giudiziari l'esenzione dalla giurisdizione straniera, mentre occorrerà di certo approfondire gli specifici profili anche di responsabilità professionale di cui va tenuto conto in questo contesto.

D) ALTRI ORGANI

L'impostazione che si è cercato di seguire nell'esame della prassi internazionale in tema di immunità funzionale dal punto di vista del suo ambito di applicazione soggettivo, ovvero una valutazione in base alle differenti categorie di organi statali per cui l'immunità dalla giurisdizione straniera è stata effettivamente invocata, comporta in ogni caso che vi siano episodi difficilmente inquadrabili in tali insiemi, e ciò nonostante meritevoli di attenzione.

Occorre precisare, inoltre, che, con riferimento a tali esempi, gli elementi di incertezza solitamente non riguardano soltanto la tipologia di individuo-organo implicato, ma sovente anche la specifica condotta da questi posta in essere nel caso di specie³³¹.

Specialmente in tali episodi è dunque possibile riscontrare degli indizi che depongono in senso contrario al riconoscimento dell'immunità funzionale per la

³³⁰ Cfr. *arrêt ATF 130 III 136*, citato dalla stessa missione permanente della Svizzera presso le Nazioni Unite in risposta alla domanda di osservazioni scritte formulata dalla Commissione del diritto internazionale, nel contesto della sua 67esima sessione (2015), con riferimento alla definizione di "funzione ufficiale" ai fini del riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera (anche se, giova sottolineare, il procedimento è citato proprio nel contesto della giurisprudenza civile e amministrativa sull'argomento).

³³¹ Per esempio, sempre tra le osservazioni scritte inviate dalla rappresentanza svizzera alla Commissione del Diritto Internazionale nel contesto del suo lavoro sulle immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, il Tribunale penale federale e il Tribunale federale hanno confermato quanto affermato dalle autorità amministrative secondo cui il lavoro di un ricercatore scientifico, oggetto di accuse di violazione della legge sulla protezione degli animali in Germania, per quanto condotte per conto dello Stato, rappresentano un'attività di carattere economico e non governativo, e pertanto all'individuo che la esercita non può essere riconosciuta alcuna forma di immunità (cfr. *Arrêt IC_566/2014* du Tribunal fédéral du 23 décembre 2014 e *Arrêt RR_2014_222* du Tribunal pénal fédéral du 12 novembre 2014).

generalità degli individui-organi che svolgono funzioni ufficiali per conto dello Stato di appartenenza.

Tra questi, nel caso Kovtunenکو³³² (1960) un funzionario dell'agenzia sovietica TASS di servizio a Rangoon in Birmania, fu accusato di diffamazione a danno di un editore locale e fu processato nonostante l'obiezione di aver agito nell'esercizio della sua funzione, peraltro riconosciuta dallo stesso Paese di appartenenza.

Nella decisione della Corte birmana sul caso si legge, infatti che *«if the applicant is concerned at all in the publication of the Bulletin, including the item to which exception has been taken, his act in publishing it might be an official act authorised by his Government and within the scope of his official duties, as the applicant's learned counsel contends. But that in itself could not be a defence in law in this country. However, it is a factor to be taken into consideration if Executive intervention is sought»*³³³.

Nel caso Marcinkus (1987), invece, concernente un procedimento penale per bancarotta fraudolenta a carico dell'arcivescovo amministratore della Banca centrale Vaticana (Istituto per le Opere di Religione – IOR), la Corte di cassazione italiana affermò il proprio difetto di giurisdizione basandosi principalmente sulla fonte rappresentata dall'art. 11 del Trattato del Laterano (relativo all'esonazione, per gli enti centrali della Chiesa cattolica, da ogni ingerenza da parte dello Stato italiano), ribadendo altresì che gli imputati non avevano certo agito in veste propria, bensì “quali organi o rappresentanti” dell'istituto³³⁴.

In Jaffe c. Miller³³⁵ (1990), esempio che, per quanto concernente l'applicazione dello State Immunity Act canadese, e quindi avente ad oggetto il riconoscimento dell'immunità dello Stato anche agli individui-organi agenti per suo conto, considera la condotta di due funzionari governativi dello Stato della Florida accusati di aver rapito, con la scusa di testimoniare in un giudizio civile, un cittadino del Canada per sottoporlo

³³² V. Kotvunenکو v. U Law Yonel, Corte Suprema della Birmania, 1960.

³³³ Passaggio della sentenza così citato da FRULLI M. (2016), *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479, p. 484.

³³⁴ Le decisioni Kotvunenکو v. U Law Yonel, Corte Suprema della Birmania, 1 marzo 1960, e Marcinkus, Mennini e de Strobel, Corte di Cassazione, sentenza 17 luglio 1987, sono citate anche da FRULLI, *op. cit.*, p. 28, e DE SENA, *op. cit.*, pp. 194-195, nonché FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 63 – 64.

³³⁵ V. *Ontario Supreme Court, Jaffe v. Miller*, judgment September 17, 1990, Doc. 6103/85.

a procedimento penale senza preventiva indicazione delle accuse formulate a suo carico.

In questo caso, sulla base di quanto previsto dallo State Immunity Act (1985) tanto con riferimento alla definizione di organo dello Stato quanto delle funzioni ad esso attribuite, ai due agenti fu effettivamente accordata l'immunità dalla giurisdizione. Nella decisione la Corte Suprema dell'Ontario sottolinea, in particolare, che ai due funzionari si applica l'immunità statale in quanto sia la loro posizione che le funzioni esercitate sono disciplinate dalle leggi dello Stato della Florida, e tali attività ufficiali sono state poste in essere entro i limiti per esse previsti³³⁶.

Si richiama un ulteriore esempio a sottolineare quanto appena indicato.

L'episodio³³⁷ in questione vede imputata Rose Kabuye, Capo dell'Ufficio Protocollo del governo ruandese durante la presidenza Habyarimana, con l'accusa di essersi resa complice dell'omicidio del Presidente nel 1994, tra gli episodi scatenanti dei successivi fatti di sangue per il Paese. La Kabuye è stata arrestata durante un soggiorno in Germania e a seguito di un mandato d'arresto emesso sulla base della legge anti-terrorismo nazionale francese, successivamente non confermato.

Il fatto che, anche in questo caso, tra le difese invocate dall'accusata vi sia stata l'immunità funzionale, potrebbe rappresentare un punto a favore di quella parte della dottrina che vorrebbe il riconoscimento di una regola generale che renda esenti dalla giurisdizione straniera tutti indistintamente gli organi statali per atti riferibili all'esercizio delle proprie funzioni, anche al di fuori delle categorie tradizionalmente individuate a tal proposito.

Soprattutto, però, episodi di questo tenore lasciano intendere la necessità di

³³⁶ Ibid., v. par. 21 della sentenza ove, dopo aver analizzato quali enti ed organi possono essere ricompresi nella definizione di "Stato", nonché aver sottolineato che gli atti posti in essere nel caso di specie avevano carattere pubblico e governativo, la Corte conclude che «the moving defendants are all functionaries of the State of Florida whose positions are created by the State Constitution and, for this reason, that they, when acting within the scope of these duties, are also entitled to State immunity».

³³⁷ Per le valutazioni del caso v., ad es., AKANDE D. (2008), *Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity*, in *EJIL:Talk!*. È interessante notare, peraltro, come anche in relazione al trattamento della Kabuye venga nuovamente in rilievo l'immunità riservata alle missioni e visite speciali, posto che «it is known that Germany did not arrest Rose Kabuye on an earlier official visit to the country in April 2008, acknowledging that she was immune. It is alleged by Germany (though disputed by Rwanda) that Rose Kabuye was in Germany on a private basis when she was arrested in November 2008. If this is so, she would not qualify for special missions immunity». L'episodio è richiamato anche da KOLODKIN R.A. (2010) *Second report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/631, 10 giugno 2010 (par. 11).

approfondire e disciplinare sia a livello interno che internazionale quelli che sono i due elementi chiave dell'argomento oggetto del presente studio, vale a dire quali organi possono ritenersi titolari di immunità funzionale ed entro quali confini di liceità delle funzioni ufficiali da questi poste in essere per conto dello Stato tale beneficio potrà essere automaticamente riconosciuto.

Infine, per citare uno dei casi più recenti e dibattuti in materia, occorre brevemente richiamare i passaggi essenziali del procedimento che ha coinvolto i fucilieri della Marina Militare Italiana a bordo della nave mercantile Enrica Lexie.

In primo luogo, è opportuno chiarire che si è scelto di inserire questo approfondimento nella categoria residuale di organi statali potenzialmente beneficiari di immunità *ratione materiae* e non direttamente nel paragrafo dedicato ai militari impegnati in missioni all'estero, proprio in ragione della non unanimità nel riconoscere gli agenti implicati quali organi militari dello Stato italiano.

Non solo. Il caso è interessante anche sotto il profilo della valutazione delle condotte poste in essere dai due sottufficiali e la loro riconducibilità all'espletamento di funzioni sovrane per conto dello Stato italiano.

I fatti sono noti: mentre si trovavano a bordo della nave mercantile Enrica Lexie al largo delle coste del Kerala, i due fucilieri del Battaglione San Marco, Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, sono accusati di aver aperto il fuoco contro il peschereccio St. Antony, non identificatosi ai segnali dell'Enrica Lexie e scambiato per un'imbarcazione di pirati, con la conseguente uccisione di due membri dell'equipaggio. Richiamata la nave in territorio indiano, i due militari furono arrestati dalle autorità indiane e sottoposti a processo davanti al Tribunale di Kollam prima, e all'Alta Corte del Kerala poi, senza pervenire ancora ad una soluzione del caso³³⁸.

La soluzione della controversia sorta tra Italia e India è ora affidata al tribunale arbitrale di cui all'allegato VII della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e non è facile prevederne gli ulteriori sviluppi³³⁹, mentre è interessante

³³⁸ Per una ricostruzione delle prime fasi della controversia, v. FOCARELLI, C. (2008) *Lezioni di diritto internazionale - Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità, Vol. II – Prassi*, Cedam, pp. 81 – 84.

³³⁹ Soprattutto dopo la decisione che stabilirà – basandosi sulla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS) – a chi spetti la giurisdizione sul caso, mentre il Tribunale Internazionale del Diritto del Mare (ITLOS) di Amburgo si è occupato di decidere (si veda in proposito il giudizio del 24 agosto 2015) in ordine alle misure provvisorie relative, in particolare, alle restrizioni della libertà dei fucilieri Latorre e Girone.

approfondire gli aspetti delle difese delle due parti dinanzi ai giudici indiani, quanto meno per i temi rilevanti ai fini del nostro studio.

In particolare, l'Italia ha invocato il riconoscimento, per gli organi imputati, dell'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera (ma non dalle corti o tribunali militari interni), in quanto organi dello Stato ufficialmente chiamati *ex lege* dal Ministero della difesa ad esercitare funzioni di protezione della nave *Enrica Lexie* da atti di pirateria³⁴⁰.

Occorre dunque considerare se nella fattispecie sussistono elementi univoci in grado di far ritenere i membri del personale italiano a bordo dell'*Enrica Lexie* organi dello Stato nell'esercizio di funzioni ufficiali.

In merito al primo aspetto, si ricorda che nel contesto delle misure antipirateria, la legislazione italiana si è aperta all'impiego di personale armato a bordo dei mercantili, sia in persona di militari che di *private contractors*: la materia è stata regolata dalla legge n. 130/2011³⁴¹.

In base alle regole dettate dall'art. 5, inoltre, i militari rispondono alle regole di ingaggio delineate dal Ministero della difesa e la loro missione è quella di proteggere le navi battenti bandiera italiana da possibili attacchi di pirati; a carico dell'armatore della nave è previsto un contributo al Ministero della difesa per l'imbarco di personale di sicurezza così qualificato.

Stanti le presenti condizioni di esercizio delle funzioni, dal punto di vista teorico generale, come in casi analoghi, le argomentazioni a sostegno dell'immunità *ratione materiae*, soprattutto nel contesto nazionale, fanno riferimento ai consueti elementi di

³⁴⁰ Ai sensi di quanto disposto dalla legge italiana n. 130 del 2 agosto 2011, recante “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2011, n. 107, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia e disposizioni per l'attuazione delle Risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) adottate dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. Misure urgenti antipirateria”.

³⁴¹ La disciplina specifica di riferimento è contenuta nella disposizione di cui all'art. 5 “Ulteriori misure di contrasto alla pirateria” della legge 2 agosto 2011, n. 130. La norma, al comma secondo, così dispone: «Il personale militare componente i nuclei di cui al comma 1 opera in conformità alle direttive e alle regole di ingaggio emanate dal Ministero della difesa. Al comandante di ciascun nucleo, al quale fa capo la responsabilità esclusiva dell'attività di contrasto militare alla pirateria, e al personale da esso dipendente sono attribuite le funzioni, rispettivamente, di ufficiale e di agente di polizia giudiziaria riguardo ai reati di cui agli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e a quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale».

prassi³⁴², unitamente al lavoro di codificazione sviluppato dall'Institut de Droit International e soprattutto dalla Commissione del Diritto Internazionale³⁴³.

L'India, d'altro canto, ha affermato di non riconoscere la funzione svolta dai *marò* quale forma di esercizio della sovranità da parte dello Stato italiano, anche in ragione della remunerazione prevista per i militari italiani e del contesto di svolgimento della loro attività (l'assistenza ad attività commerciali tramite la protezione di una nave privata)³⁴⁴.

L'Alta Corte del Kerala, con sentenza del 29 maggio 2012, ha rigettato il ricorso proposto dallo Stato italiano per la declaratoria del difetto di giurisdizione dei tribunali indiani (decisione confermata anche da parte della Corte Suprema con sentenza del 18 gennaio 2013), affermando, sul punto, che il riconoscimento dell'immunità funzionale dei due militari è legato al consenso dello Stato territoriale relativamente al loro ingresso nel Paese e alle condizioni di esercizio delle funzioni per cui questo avrebbe potuto essere eventualmente autorizzato, circostanze espressamente escluse nel caso di specie³⁴⁵.

Le difficoltà nel riconoscimento dell'immunità funzionale dei due militari sono derivate proprio dalla presunta incertezza in merito alla sussistenza suoi due elementi

³⁴² Ad esempio, i casi *Lozano, Prosecutor v. Blaskic, Djibouti v. France*. Cfr. RONZITTI (2012), *The Enrica Lexie incident: the law of the sea and the immunity of State officials issues*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 22.

³⁴³ «Come per la maggior parte delle regole non scritte del diritto internazionale generale, anche per quanto riguarda la regola dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale possono aversi dubbi e incertezze sull'ambito e i limiti di applicazione, sulle possibili eccezioni e persino sulla sua vigenza come *lex lata*. E tuttavia gli elementi rinvenibili nella prassi degli Stati, nella giurisprudenza interna e internazionale, nei lavori di "codificazione" in corso presso le Nazioni Unite o svolti dall'Institut de Droit International, vanno nella direzione di indicare la vigenza e i contenuti essenziali di questa regola configurandola in modo tale da far rientrare nel suo ambito di applicazione il caso dei "marò" Latorre e Girone». Questa, ad esempio, è la conclusione al termine dell'analisi dei passaggi giuridicamente rilevanti della causa da parte di PALMISANO G. (2013) *Sull'applicazione del diritto internazionale al caso dei Marò*, in *L'Italia e l'applicazione del Diritto Internazionale, Rassegna dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR*, n. 1.

³⁴⁴ Tra i vari contributi sul tema, Ronzitti ripercorre i passaggi del procedimento davanti alle Corti indiane, analizzando il caso sia alla luce del tema dell'immunità funzionale che del diritto del mare. Si veda RONZITTI N. (2012), *The Enrica Lexie incident: the law of the sea and immunity of State officials issues*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 22.

³⁴⁵ Cfr. *Latorre and Others v. Union of India and Others* (2012), High Court of Kerala, sentenza del 29 maggio 2012. Sulla vicenda sono stati pubblicati innumerevoli contributi, ma per una valutazione della decisione citata v. le considerazioni di PISILLO MAZZESCHI alla voce *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 771.

fondanti, che ha condotto i giudici indiani a disconoscere le difese italiane in tal senso e che, a livello generale, rende evidente la connessione e la necessità di uno studio congiunto dei concetti di “organo dello Stato” e di “atti posti in essere nell’esercizio di una funzione ufficiale”.

4. CONFRONTO TRA ORDINAMENTI DI COMMON LAW E DI CIVIL LAW SUL RICONOSCIMENTO DELLE IMMUNITÀ

Sulla base dell’approccio che si è cercato di introdurre già nell’esame della casistica citata, lo studio della prassi giurisdizionale merita di essere completato con la considerazione della prassi legislativa interna di alcuni Paesi relativamente alla materia oggetto del presente studio.

Le norme di diritto internazionale riferite ad una specifica categoria di organi statali (ove presenti), infatti, sono già state illustrate nel rispettivo paragrafo (ad esempio per quanto concerne le Convenzioni di Vienna sulle relazioni diplomatiche o consolari, o sulle missioni speciali).

La stessa Commissione del Diritto Internazionale, del resto, nelle fasi preliminari del suo studio sull’immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, ha affermato che la materia, unitamente al tema delle immunità giurisdizionali dello Stato, in quanto strettamente connessa allo sviluppo delle relazioni internazionali, deve essere regolata, in primo luogo, dal diritto internazionale³⁴⁶.

In tale contesto il diritto internazionale dovrebbe pertanto essere in grado di indicare le norme, che siano di origine consuetudinaria o pattizia, direttamente applicabili in modo omogeneo dai giudici nazionali.

In mancanza di una disciplina consolidata, tuttavia, è chiaro che negli ordinamenti interni si continui ad applicare e a fare affidamento soprattutto su principi e regole di diritto nazionale (basti pensare, per quanto concerne gli ordinamenti

³⁴⁶ Quale “basic primary source of law”, cfr. KOLODKIN R.A. (2008) *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/601, 29 maggio 2008, par. 41. Cfr. inoltre, BEAUD O. e altri, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, in *Bibliothèque de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris* (IHEI), pp.81 – 83.

anglosassoni, al ruolo riconosciuto alla c.d. “*act of State doctrine*”³⁴⁷).

Tanto dipende anche dall'importanza che il diritto internazionale riveste nel sistema interno delle fonti.

All'interno di questo panorama complesso, lo studio delle teorie formulate dalla dottrina con riferimento all'immunità funzionale degli organi dello Stato ha posto in evidenza, infatti, alcune potenziali differenze strutturali tra le diverse impostazioni con cui la materia delle immunità viene affrontata in ordinamenti diversi. Da questo punto di vista, una distinzione che si ritiene meritevole di approfondimento è quella tra ordinamenti di *common law* e di *civil law*.

Tali discordanze sono state sottolineate anche dall'esame della dottrina e della giurisprudenza, che hanno dimostrato la centralità, in alcuni casi, del rapporto tra l'immunità dello Stato e quella dell'organo agente per suo conto (unitamente alle funzioni ad esso attribuite)³⁴⁸, nonché la rilevanza che può rivestire, ove presente, una specifica disciplina nazionale sul punto.

Proprio per tali ragioni riteniamo importante esaminare, pur brevemente, le differenze strutturali e le normative interne ad alcuni ordinamenti ove questi ultimi aspetti hanno avuto rilevanza ai fini della decisione sul riconoscimento o meno

³⁴⁷ Sul punto è anche la stessa Special Rapporteur CDI Escobar Hernandez a rilevare come tale dottrina, non riconosciuta da altri sistemi legali, non risulta pienamente corrispondente alla disciplina delle immunità giurisdizionali degli organi dello Stato, e, soprattutto, come non possa dirsi corrispondente al diritto internazionale consuetudinario, nonostante quanto affermato da una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza (cfr. *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández, of the ILC, 2015 – A/CN.4/686, par. 29 e 59). La disciplina dell'*act of State*, infatti (come descritto da FOX in *The Law of State Immunity*), trova origine e maggiore applicazione negli ordinamenti statunitense ed inglese, peraltro anche con delle differenze nei due contesti: per quanto concerne gli Stati Uniti, l'istituto si collega principalmente con la limitazione imposta a livello costituzionale alle Corti federali, e al potere giudiziario in generale, di giudicare in materie che appartengono più precisamente alla discrezionalità del potere legislativo ed esecutivo, in un'ottica di rispetto del principio della separazione dei poteri. Questa che è stata descritta anche come una «*deference of the courts to the executive*», peraltro, si manifesta anche nell'adesione delle corti alle determinazioni adottate dal Governo con riferimento a casi in cui viene ad essere invocata l'immunità (statale, in questo caso). Quest'ultimo aspetto di “deferenza” è meno presente nelle corti inglesi, per le quali il limite principale rispetto all'applicazione dell'*act of State doctrine* è rappresentato dalla contrarietà dell'atto in esame rispetto alle politiche pubbliche dell'ordinamento del Regno Unito. Sul punto v. inoltre, il richiamo di TOMONORI M. (2003), *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2003, p. 104.

³⁴⁸ Lo stesso relatore Kolodkin (v. *supra*, par. 37) cita, a tal proposito, la presenza, nella legislazione di alcuni Stati in tema di immunità statale (come Regno Unito, Singapore, Pakistan, Sudafrica, Canada e Australia), della identificazione tra Capo di Stato nell'esercizio delle proprie funzioni e lo Stato medesimo.

dell'immunità all'organo statale dalla giurisdizione *civile* del giudice straniero.

Nei paragrafi seguenti, pertanto, si cercherà di sintetizzare alcune di queste differenze strutturali.

*

Da una prospettiva generale ed estremamente sintetica di diritto comparato, gli ordinamenti di *common* e di *civil law* si distinguono tradizionalmente in base alla natura e gerarchia delle fonti del diritto: nel primo caso tali fonti sono di natura prevalentemente “consuetudinaria” e giurisprudenziale, nel secondo, invece, di produzione essenzialmente legislativa.

Nonostante il diritto scritto rappresenti la principale fonte di produzione delle norme nei sistemi di *civil law*, con particolare riferimento al tema delle immunità funzionali il quadro potrebbe dirsi pressoché capovolto, dal momento che sono principalmente i sistemi di *common law* ad aver previsto una disciplina normativa specifica in tale ambito, con le conseguenze che ne derivano in termini di prassi.

Un riflesso di tale differente impostazione, infatti, si ricava non soltanto dalla dottrina ma anche indirettamente da alcune recenti decisioni di corti nazionali come, a titolo di esempio, nei casi Samantar v. Yousuf (2010) e Kazemi v. Iran (2014)³⁴⁹.

La differenza tra le due decisioni permette, poi, di sottolineare che non tutti gli ordinamenti che hanno adottato una disciplina specifica in materia di immunità ne danno poi applicazione uniforme: mentre il sistema inglese è orientato verso una

³⁴⁹ In Samantar v. Yousuf, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha stabilito che lo U.S. Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) non si applica in procedimenti a carico di individui-organi diretti ad ottenere risarcimenti dei danni derivanti da atti di tortura, quando non è lo Stato di appartenenza ad essere convenuto principale. In assenza di espressa disciplina di settore, l'immunità funzionale degli organi stranieri torna ad essere regolata dal diritto consuetudinario. La sentenza Kazemi v. Iran, invece, pone in luce l'approccio differenziato tra immunità degli organi dalla giurisdizione civile e dalla giurisdizione penale, la quale risulta essere esclusa dall'applicazione degli State immunity acts di Regno Unito, Australia e Canada, ove la Corte Suprema, su tale base, ha riconosciuto l'immunità dall'azione di risarcimento per i due individui (Mortazavi e Bakhshi, rispettivamente Procuratore capo e di Teheran e direttore dell'intelligence del carcere di Evin) accusati della morte della giornalista insieme all'Ayatollah Ali Khamenei. Sul punto la stessa sentenza richiama alcuni principi affermati dalla giurisprudenza precedente con riguardo al legame tra immunità dello Stato e immunità dalla giurisdizione civile dell'individuo-organo, concludendo che «*allowing civil claims against individual public officials would in effect require our courts to scrutinize other states' decision making as carried out by their public officials*» (cfr. par. 90 della sentenza). La decisione non manca di valutare, inoltre, la rilevanza di quanto affermato con la sentenza della Corte Suprema statunitense in Samantar, sottolineando sul punto le differenze tra i due ordinamenti con particolare riferimento proprio alla natura dei rispettivi *immunity acts*.

completa sovrapposizione tra immunità dell'organo e dello Stato di appartenenza, quello statunitense, quantomeno nella prassi più recente, pare affidare al diritto internazionale le regole in base alle quali riconoscere o meno l'immunità funzionale agli individui-organi.

*

La differenza più rilevante tra ordinamenti di *common* e *civil law*, dunque, è *in primis* rappresentata dalla vigenza o meno di una normativa interna in grado di fornire risposte mirate per i casi in cui il beneficio dell'immunità dalla giurisdizione degli organi viene ad essere invocato.

Nei Paesi di *common law* che hanno adottato una specifica disciplina legislativa in tema di immunità (degli Stati, principalmente) non si riscontra un'assoluta omogeneità di impostazione relativamente all'applicabilità di tali norme agli individui-organi stranieri.

Al contrario, le evoluzioni che hanno interessato la prassi interna a ciascun Paese hanno condotto ad una situazione attualmente differenziata, rispetto alla quale è comunque opportuno riportare una sintesi concisa.

È evidente che le norme ed i casi riportati in questa sede sono soprattutto riferibili all'immunità rispetto all'esercizio della giurisdizione civile, sebbene l'istituto dell'immunità funzionale degli organi stranieri non venga ad essere espressamente invocato: non di rado, infatti, si è ritenuto di risolvere tale problema con un'adequata interpretazione (restrittiva³⁵⁰) della legislazione interna.

Si è scelto, pertanto, di studiare principalmente non solo i due ordinamenti più influenti da questo punto di vista, ma anche quelli in cui la prassi recente ha posto in evidenza aspetti meritevoli di essere sottolineati. Saranno brevemente analizzati di seguito, dunque, la struttura e l'attuazione degli Immunity Acts di Regno Unito, Australia, Canada e Stati Uniti.

³⁵⁰ Cfr. su questo punto, PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, par. 26, p. 773.

4.1 PAESI DI *COMMON LAW*: ANALISI DELLA LEGISLAZIONE SPECIFICA IN MATERIA (GLI *IMMUNITY ACTS*)

REGNO UNITO

Nell'ordinamento inglese la disciplina di riferimento per la materia delle immunità funzionali è rappresentata dallo State Immunity Act (SIA) del 1978, per quanto chiaramente riferito al trattamento degli Stati stranieri in relazione alla giurisdizione delle corti inglesi³⁵¹.

A tal proposito il testo normativo apre con un riconoscimento generale di immunità dalla giurisdizione (per quanto limitato da diverse eccezioni), stabilendo non solo che «*a State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions of this Part of this Act*» (art. 1, comma 1), ma anche che «*a court shall give effect to the immunity conferred by this section even though the State does not appear in the proceedings in question*» (art. 1, comma 2).

Con riguardo al trattamento degli organi stranieri, invece, l'unico riferimento espresso contenuto nel SIA si trova nel contesto della definizione di Stato enunciata ai fini dell'applicazione della disciplina in esame: all'art. 14, comma 1, si precisa infatti che «*the immunities and privileges conferred by this Part of this Act apply to any foreign or commonwealth State other than the United Kingdom; and references to a State include references to (a) the sovereign or other head of that State in his public capacity; (b) the government of that State; and (c) any department of that government, but not to any entity (hereafter referred to as a "separate entity") which is distinct from the executive organs of the government of the State and capable of suing or being sued*».

Nondimeno, data l'impostazione della disciplina, non stupisce che, ai sensi dell'art. 16 comma 4³⁵², dall'applicazione del SIA siano esclusi i procedimenti di natura penale.

³⁵¹ «The State Immunity Act 1978 (SIA) was enacted to codify the restrictive rule of State immunity and to enable the UK to ratify the European Convention on State Immunity 1972 (ECSI)». Per un approfondito esame del testo e della sua applicazione v. FOX, H. (2002) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, pp. 128 – 171.

³⁵² Cit. art. 16, comma 4: « This Part of this Act [*Part I Proceedings in United Kingdom by or against other States*] does not apply to criminal proceedings».

Per quanto qui rileva, si sottolinea che la Parte I dello State Immunity Act è ritenuto applicabile anche agli organi stranieri nonché, sul punto, oggetto di un esteso dibattito in dottrina e giurisprudenza come testimoniano, tra i diversi casi, le posizioni espresse dai membri della House of Lords in *Jones v. Saudi Arabia*³⁵³.

AUSTRALIA

Per quanto concerne l'ordinamento australiano, uno dei principali testi legislativi che disciplinano anche il tema dell'immunità degli organi stranieri è dallo rappresentato dal Foreign States Immunities Act del 1985, il cui ambito di applicazione non risulta infatti espressamente limitato alle immunità statali, in quanto nella definizione di Stato possono essere inclusi anche: «[...] (b) *the head of a foreign State, or of a political subdivision of a foreign State, in his or her public capacity; and (c) the executive government or part of the executive government of a foreign State or of a political subdivision of a foreign State, including a department or organ of the executive government of a foreign State or subdivision*» (art. 3, par. 3).

Tuttavia, occorre segnalare anche che la citata legge estende le immunità riconosciute al capo di una missione diplomatica anche al Capo di Stato estero ed eventuale consorte (art. 36).

Nondimeno, lo stesso atto attribuisce al Ministero degli esteri la responsabilità di qualificare il ruolo e la condotta dell'individuo-agente interessato, al tempo dei fatti addebitati, come posta in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale (diplomazia o consolare) per conto dello Stato australiano³⁵⁴.

³⁵³ Se si guarda, inoltre, alla specifica definizione del concetto di “atto ufficiale”, o di “atto posto in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale”, lo stesso Regno Unito, in risposta alla richiesta di osservazioni scritte formulata dalla CDI proprio su questi temi, indica quali particolarmente esemplificative, oltre alla citata sentenza *Jones* anche le decisioni *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate Ex p Pinochet Ugarte (No 3)*, House of Lords, 24 March 19992, *Propend Finance Pty Ltd v Sing*, Court of Appeal, 14 March 19963, e *Zoernsch v Waldoch*, Court of Appeal, 24 March 19644 (Commissione del Diritto Internazionale, 67esima sessione, 2015).

³⁵⁴ Questo aspetto, che in parte è già stato rilevato nella prima parte del presente capitolo con riferimento ai possibili interventi dell'Esecutivo nel riconoscimento dell'immunità, è stato ribadito dal Governo australiano anche in sede di osservazioni scritte sottoposte alla Commissione del Diritto Internazionale nel contesto dei lavori della sua 68esima edizione (2015) sul tema dell'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera.

In applicazione, inoltre, delle rispettive convenzioni internazionali, il Diplomatic Privileges and Immunities Act del 1967 e il Consular Privileges and Immunities Act del 1972, disciplinano il trattamento degli organi diplomatici e consolari.

Per citare un recente esempio di applicazione, il Foreign States Immunities Act è stato preso in considerazione dai giudici della Court of Appeal del New South Wales nella decisione del caso Zhang v. Zemin (2010)³⁵⁵ a carico del Presidente della Repubblica Popolare Cinese e di altri membri dell'intelligence del Paese.

La sentenza si esprime nei seguenti termini: «*with respect to individuals, once it is shown that a person acted for the purposes of the foreign State itself rather than in a personal capacity, immunity can be claimed*».

Resta la necessità di valutare, come hanno sottolineato alcuni autori, se e quali delle condotte poste in essere da individui-organi per conto dello Stato di appartenenza possano riconoscere agli stessi l'immunità funzionale dalla giurisdizione australiana³⁵⁶.

CANADA

Analogamente agli altri Paesi sino ad ora presi in esame, in Canada vige uno State Immunity Act approvato nel 1985, che si caratterizza per l'obiettivo di voler fornire una disciplina completa della materia delle immunità (statale in questo caso).

Questa impostazione è ben chiarita dalla decisione della Superior Court del Quebec del 25 gennaio nel citato procedimento Kazemi v. Republic of Iran dove, al par. 51, si afferma che «*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*».

Da questo punto di vista è importante richiamare la definizione che all'art. 2 del SIA è data di Stato straniero, che comprende: «*(a) any sovereign or other head of the foreign state or of any political subdivision of the foreign state while acting as such in a public capacity, (b) any government of the foreign state or of any political subdivision*

³⁵⁵ V. *Zhang v. Zemin* (2010), NSWCA 255.

³⁵⁶ Per una sintesi degli ordinamenti di *common law* presi in esame si veda KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity and the "Baseline" Problem*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, p. 605.

of the foreign state, including any of its departments, and any agency of the foreign state, and (c) any political subdivision of the foreign state».

All'art. 6, inoltre, si pone una precisa eccezione, in base alla quale «*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 property that occurs in Canada*».

Come per i sistemi già analizzati, fine, anche lo State Immunity Act canadese non si applica con riferimento all'esercizio della giurisdizione penale.

Il dato forse più rilevante che emerge dal testo in esame, tuttavia, indipendentemente dalla definizione di Stato citata di cui all'art. 2, è la possibilità di interpretarne le regole come applicabili anche al complesso degli individui-organi stranieri, diversi dal Capo di Stato, che trova origine proprio nella autosufficienza della disciplina dettata dal SIA per quanto concerne l'immunità statale.

Al contrario, ad esempio, dell'ordinamento statunitense, nel quale le regole stabilite dallo FSIA non sono ritenute applicabili alle immunità di tutti gli organi stranieri, nel caso canadese questo determinerebbe l'ingresso in materia dei principi elaborati dalla *common law* e dal diritto internazionale consuetudinario, inaccettabile alla luce della spiegata natura omnicomprensiva del SIA³⁵⁷.

Si potrebbe ritenere che l'esteso ambito di applicazione degli Immunity Acts analizzati richiami l'impostazione di origine kelseniana secondo cui il fatto che lo Stato può concretamente agire solo per mezzo dei suoi individui-organi, sottoporre questi ultimi alla giurisdizione straniera non farebbe che vanificare l'immunità invece riconosciuta a livello statale.

³⁵⁷ Questa sostanziale differenza può essere ulteriormente apprezzata ponendo a confronto le due decisioni, rispettivamente, della Corte Suprema USA in *Samantar v. Yousuf* (2010) e della Corte Suprema canadese in *Kazemi v. Republic of Iran* (2014): quest'ultima, in particolare, afferma che la sentenza *Samantar* non potrebbe essere seguita nell'ordinamento canadese, essendo gli individui titolari delle stesse immunità degli Stati. Per tale analisi parallela delle due sentenze, v. PAVONI R. (2011), *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. 396.

STATI UNITI

Tra i Paesi di *common law* che si è scelto di studiare in maggior dettaglio, gli Stati Uniti si distinguono dagli altri ordinamenti citati, principalmente per le ragioni evidenziate con riferimento alla giurisprudenza applicativa degli Immunity acts inglese, australiano e canadese, nonché per il percorso storico che ha condotto all'approvazione della disciplina nazionale in materia di immunità³⁵⁸.

In tali ordinamenti, infatti, si rende evidente la completa sovrapposizione tra immunità dell'organo e quella dello Stato di appartenenza³⁵⁹.

«*Although all forms of individual immunity derive from the State*», lo U.S. Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA, 1976), invece, non disciplina il trattamento degli individui-organi stranieri, come riconosciuto nella citata sentenza *Samantar v. Yousuf* (2010)³⁶⁰, a meno che lo Stato non sia direttamente coinvolto nel procedimento.

La definizione di “*foreign State*” ivi indicata, infatti, «*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 (d) of this title, nor created under the laws of any third country*»³⁶¹.

La Corte Suprema ha affermato nel 2010 che l'immunità degli organi statali è

³⁵⁸ «The Foreign Sovereign Immunities Act 1976 (the FSIA) enacted as law the restrictive principle of immunity which the State Department had declared in the Tate letter in 1952 to be its future policy». Con la c.d. *Tate letter*, infatti, anche nell'ordinamento degli Stati Uniti si riconobbe la teoria dell'immunità c.d. ristretta, fondata sulla distinzione tra atti *iure imperii* e *iure gestionis*, nonché la competenza dei giudici ancor più che del potere esecutivo, e del Dipartimento di Stato in particolare, per quanto concerne la sua attribuzione. Come per la disciplina vigente nell'ordinamento inglese, per una articolata illustrazione dei principi contenuti nel FSIA v. FOX, H. (2002) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, pp. 187 – 217.

³⁵⁹ Questa identificazione viene ritenuta affermata a tal punto da indurre la American Bar Association a proporre un emendamento al FSIA volto a sancirne ufficialmente l'applicazione ai Capi di Stato ed altri organi stranieri, v. YANG X. (2012), *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, p. 435.

³⁶⁰ «*It is now clear after Samantar that the common law, not the FSIA, governs the claims to immunity of individual foreign officials*».

³⁶¹ Cfr. FSIA, § 1603 (Definitions).

disciplinata dalla common law e non dal FSIA per ragioni testuali e di lettura sistematica, di obiettivo e storia della normativa dettata dalla legge in esame, segnalando al tempo stesso anche la complessità del rapporto tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo³⁶².

L'ambito di applicazione del Foreign Sovereign Immunities Act, come definito dalla norma e circoscritto dalla sentenza *Samantar*, impone un'ulteriore considerazione con riferimento alle condotte poste in essere dagli individui-organi stranieri per i quali i medesimi invocano l'immunità funzionale.

La possibilità di ricomprendere o meno un determinato atto nella funzione ufficiale demandata all'organo statale torna dunque ad assumere una rilevanza centrale, tant'è vero che «*the Court distinguished official capacity suits, which are in “all respects other than name to be treated as a suit against the [state] entity,” from personal capacity suits, which look to impose individual liability upon a government officer for actions taken under colour of law*³⁶³».

Sotto questo profilo, inoltre, da più parti è stato sottolineato il ruolo riservato all'Esecutivo nel riconoscimento della natura ufficiale della condotta di un individuo agente per conto dello Stato di appartenenza³⁶⁴.

³⁶² «Regarding the FSIA as a whole, there is nothing to suggest we should read “foreign state in §1603(a) to include an official acting on behalf of the foreign state, and much to indicate that this meaning was not what Congress enacted», v. *Samantar v. Yousef*, v. United States Supreme Court, 560 U.S. 305 (2010), p. 13.

³⁶³ V. ELSEA J.K. (2013), *Samantar v. Yousef: The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) and Foreign Officials*, in Congressional Research Service, www.crs.gov, 16 dicembre 2013.

³⁶⁴ «Immunity determinations under the common law, however, will likely be informed by “principles articulated by the Executive Branch”», cfr. ELSEA, op. cit., p. 11. «Disagreements persist about the appropriate role of the Executive Branch in immunity determinations. Courts should treat Executive representations about status-based immunity as conclusive because they are a function of the Executive’s power under Article II, section 3 of the Constitution to accredit diplomats (“receive ambassadors”) and, by implication, to recognize foreign heads of state», v. KEITNER C. (2010), *The Common Law of Foreign Official Immunity*, in *Green Bag 2D*, Vol. 14, Autumn 2010, p. 71. Il ruolo che le determinazioni politiche tuttora assumono nella decisione di riconoscimento dell'immunità a un determinato individuo-organo, peraltro, indurrebbe a dubitare dell'affermazione di CONFORTI per cui già nelle more dell'approvazione del «Foreign Sovereign Immunity Act, there was a complete turnaround from the judiciary total deference to total autonomy from the State and Justice Departments» (cit. *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 17 – 18).

4.2 PAESI DI CIVIL LAW: ASSENZA DI UNA CODIFICAZIONE SPECIFICA

La sintetica descrizione della normativa inglese, australiana, canadese e statunitense in tema di immunità degli Stati ha permesso di evidenziare alcuni rilevanti aspetti della sua applicabilità anche agli organi stranieri che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

Non può correttamente affermarsi, tuttavia, che in tali ordinamenti di *common law* sia vigente una disciplina davvero specifica in materia: ove non esprimono una totale sovrapposizione tra immunità dell'organo e dello Stato di appartenenza, gli Immunity Acts rinviano comunque ai principi e regole del diritto internazionale in merito al trattamento di particolari categorie di individui-organi.

Tanto è ancor più vero nei Paesi di tradizione civilistica, in cui l'immunità dalla giurisdizione straniera non è oggetto di espressa regolamentazione nella legislazione interna, analogia che ha indotto alcuni autori a non sopravvalutare la rilevanza di questa distinzione³⁶⁵.

Allo stesso tempo, però, è significativo notare come, in assenza di testi legislativi specifici, in questi ordinamenti, la lacuna normativa in tema di immunità viene ad essere colmata con il riferimento alla disciplina generale in merito alla giurisdizione e competenza dei Tribunali e Corti interne, così come a specifiche disposizioni dei codici civili e penali³⁶⁶.

³⁶⁵ «Il ne faut sans doute par exagérer l'importance de cette différence d'approche, qui est par fois moins assurée qu'on serait enclin à la croire et qui repose, à l'intérieur des deux grandes "familles" juridiques, sur des pratiques qui son loin d'être parfaitement homogènes». V. BEAUD O. e altri, *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, in Bibliothèque de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris (IHEI).

³⁶⁶ È il caso, si potrebbe dire, dell'ordinamento italiano; ma anche la Spagna, come evidenziato dalle osservazioni scritte sottoposte dal suo Governo in riferimento ai lavori della Commissione del Diritto Internazionale sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera (67 esima sessione – 2015, nota 4 marzo 2015), in previsione dell'adozione di una legge specifica in materia, affermava di fare affidamento alla normativa generale in materia di competenza dei tribunali (Ley orgànica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial), «*que fundamentalmente realiza una remisión al Derecho Internacional en la materia*». Una legge *ad hoc* è stata infine approvata il 27 ottobre 2015 (Ley orgànica n. 16/2015) e, per quanto concerne l'immunità degli organi statali, si riferisce principalmente a capi di Stato e di governo e Ministri degli esteri; è interessante richiamare l'art. 23 della legge in commento che, con riguardo alla protezione di tali organi dopo la cessazione del mandato, prevede la loro "Continuation of immunity in respect of official acts performed while in office". Nel caso del Perù, invece, così come riconosciuto dallo stesso Stato nelle osservazioni inviate alla Commissione con nota del 27 febbraio 2015, pur riconoscendo la mancanza di una disciplina specifica in tema di immunità, si evidenziano tre circostanze degne di nota:

Al fine di porre in evidenza tali differenze, pertanto, e a scopo prettamente esemplificativo, di seguito sarà analizzata la considerazione del tema dell'immunità dalla giurisdizione da parte dello Stato italiano.

Le immunità di diritto interno: cenni.

Al fine di inquadrare la questione, si può osservare che, sebbene circoscritte all'ordinamento interno, in alcuni Paesi di tradizione civilistica si rinvencono norme, spesso di livello costituzionale, che attribuiscono una forma di immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione dei giudici nazionali non solo a Capi di Stato o di Governo, ma anche a membri delle assemblee parlamentari.

Più precisamente, nel primo caso il collegamento funzionale tra la condotta e l'incarico ufficiale ricoperto è ancora più evidente, ponendosi l'immunità del Capo dello Stato espressamente “per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni³⁶⁷”.

In relazione alle insindacabilità parlamentari, invece, come accade in diversi altri Paesi, le norme di riferimento stabiliscono una tipologia di trattamento limitata alle opinioni espresse e voti dati nello svolgimento del mandato³⁶⁸.

Tanto a semplice annotazione di come il concetto di immunità “funzionale” sia ben presente anche nel diritto interno degli ordinamenti richiamati, per quanto non trasposto con i medesimi principi in protezione e con riguardo all'agire degli organi statali in Paesi diversi da quello di appartenenza.

l'applicazione, analogamente a quanto già sottolineato, dei principi generali sulla competenza territoriale dei giudici nazionali previsti dal codice penale, la previsione di un Delito de Violación de inmunidad de Jefe de Estado o de Agente Diplomático, nonché la predisposizione di un progetto di legge avente ad oggetto “*Ley de Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario*” il quale, pure prevalentemente riferito alle possibili eccezioni al riconoscimento dell'immunità, sul punto si propone di fare applicazione di quanto previsto dall'articolo 27 dello Statuto della Corte Penale Internazionale.

³⁶⁷ Questo dato è stato sottolineato anche in sede di analisi della prassi riferita alle immunità del Capo dello Stato; ci si può limitare, a tal proposito, a ricordare i principi affermati dall'art. 90 della Costituzione italiana con riferimento al Presidente della Repubblica.

³⁶⁸ Si vedano, in tal senso, gli articoli n. 68 della Costituzione italiana (“I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni”), n. 26(1) della Costituzione 1958 della Francia, n. 46 della Legge Fondamentale tedesca, n. 71 della Costituzione spagnola del 1978, n. 162 della Costituzione federale della Confederazione svizzera 1999 etc.

*

L'esempio italiano – le norme del codice penale

A livello generale, è opportuno richiamare che, nell'ordinamento italiano, l'adattamento al diritto internazionale generale e ai trattati avviene, rispettivamente, in virtù degli articoli n. 10 e n. 11 della Costituzione.

Con particolare riferimento all'esercizio della giurisdizione penale, le norme che si occupano di reati commessi all'estero si trovano all'interno del Libro Primo "Dei reati in generale", Titolo Primo "Della legge penale".

L'art. 3 c.p. delimita l'ambito di validità personale della legge penale, prevedendo espressamente le "eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno e dal diritto internazionale".

Il principio di base che viene affermato è quello della territorialità della legge penale, per cui chi commette un reato nel territorio dello Stato³⁶⁹ è punito secondo la legge italiana.

Gli articoli successivi forniscono alcune disposizioni speciali rispetto a tale regola generale, a partire dall'articolo 7 ("Reati commessi all'estero"), in base al quale è punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: delitti contro la personalità dello Stato italiano, contraffazione e uso del sigillo dello Stato, delitto commesso da pubblico ufficiale a servizio dello Stato abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle funzioni, ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana³⁷⁰.

Si può facilmente notare che il parametro di riferimento in questa sede non è tanto la figura dell'autore del fatto, bensì quella del tipo di reato posto in essere e della

³⁶⁹ Vige, in questo caso, la regola dell'ubiquità, per cui il reato si considera commesso nel territorio dello Stato quando l'azione o l'omissione che lo costituiscono è ivi avvenuta in tutto o in parte ovvero se si è ivi verificato l'evento; è sufficiente una minima parte di tale azione od omissione, anche se priva dei requisiti di idoneità e di inequivocità richiesti per il tentativo (cfr. Cass., sez. VI, 6 maggio 2003 – 19 giugno 2003, n. 26716).

³⁷⁰ In relazione a tale articolo è richiamata la sentenza della Corte di Cassazione (Sez. I, 19 giugno 2008 – 24 luglio 2008, n. 31171) che ha affermato che non sussiste la giurisdizione penale dello Stato italiana, né quella dello Stato territoriale, bensì quella esclusiva degli Stati Uniti, in relazione all'uccisione in Iraq dell'agente italiano del SISMI Nicola Calipari da parte del militare statunitense Lozano il 4 marzo 2005.

pena prevista in sua conseguenza. Le norme di cui agli articoli 8, 9 e 10³⁷¹, inoltre, prevedono quale ulteriore condizione di procedibilità (per i delitti puniti con pene di minor durata rispetto a ergastolo o reclusione non inferiore nel minimo a tre anni), la richiesta del Ministro della Giustizia³⁷².

È pertanto evidente che la normativa citata è volta a regolamentare l'ambito di giurisdizione esclusiva del Giudice italiano piuttosto che lo status giuridico degli individui-organi che agiscono per suo conto. Questa prospettiva, tuttavia, si è rivelata chiaramente incompleta a fronte di casi che hanno visto coinvolti in prima persona agenti italiani in servizio in Paesi terzi.

Ciò è vero, ad esempio, per i militari che prendono parte alle missioni internazionali all'estero: in mancanza di una normativa autonoma, la disciplina ad essi riferibile è stabilita dalle stesse leggi di copertura finanziaria delle missioni, che dispongono l'applicazione del Codice penale militare di pace (CPMP) alle truppe, mentre i reati commessi da stranieri nel territorio delle operazioni a danno dei cittadini italiani partecipanti sono regolati dalle norme penali ordinarie³⁷³.

Nonostante l'adozione di regole certe in materia di immunità degli individui-organi dalla giurisdizione straniera sia quantomeno auspicabile, sino ad ora nessuna proposta di riforma ha avuto seguito nell'ordinamento nazionale, all'interno del quale, tuttavia, non sono mancate decise prese di posizione con riferimenti a temi ad essa collegati³⁷⁴.

³⁷¹ L'art. 8 c.p. disciplina il "Delitto politico commesso all'estero", l'art. 9 il "Delitto comune del cittadino all'estero", mentre l'art. 10 il "Delitto comune dello straniero all'estero", commesso a danno dello Stato o di un cittadino italiano".

³⁷² Al fine di poter procedere contro il soldato Mario Lozano davanti alla Corte d'Assise di Roma, in effetti, dal Ministero della Giustizia era pervenuta una richiesta ai sensi dell'articolo 10 del codice (Delitto comune dello straniero all'estero), mentre il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale della capitale aveva chiesto il rinvio a giudizio dell'imputato motivandolo sulla base, questa volta, dell'articolo 8. Il fatto che, in questo secondo caso, la fattispecie criminosa sia stata assimilata a quella del delitto politico, forse però, oltre a motivazioni di carattere sostanziale, è ricollegabile anche al fatto che per questo tipo di reato, al contrario del primo, non deve essere rispettata la condizione di procedibilità che richiede la necessaria presenza del soggetto nel territorio nazionale.

³⁷³ Cfr., tra i vari contenuti sul punto, CATALDI M., SERRA G. (2010) *Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero, fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani. Riflessioni a margine del dibattito parlamentare sulla riforma della legge per la partecipazione italiana alle missioni militari internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.4, pp.141 – 158.

³⁷⁴ Si veda, da ultimo, la ben nota sentenza della Corte costituzionale italiana n. 238 del 2014.

4.3 ULTERIORI DIFFERENZE STRUTTURALI

Se la previsione di una disciplina legislativa *ad hoc* con riguardo al tema delle immunità degli organi statali stranieri rappresenta il termine principale del confronto tra ordinamenti di *common law* e di *civil law*, vi sono comunque altri elementi posti in evidenza dall'esame della prassi a tal proposito.

Un ulteriore elemento distintivo, ad esempio, riguarda l'autorità statale in grado di assumere, o quantomeno di esprimere, le determinazioni relative al riconoscimento dell'immunità funzionale degli organi stranieri. Come ricordato dalla stessa Commissione del Diritto Internazionale, infatti

«States follow varying approaches as to which authorities are empowered to make

determinations of immunity of foreign State officials. On the one hand, in civil law countries this determination is generally undertaken by the judiciary alone, without input from the minister for foreign affairs or the executive branch in general. By contrast, courts in common law countries are more likely to accord weight to immunity determinations of the executive branch³⁷⁵».

Tale aspetto è già stato sottolineato in alcuni precedenti passaggi dell'analisi della prassi giurisprudenziale in materia di immunità (si pensi, ad esempio, al riconoscimento della immunità diplomatica dalla giurisdizione delle Corti del Regno Unito all'ex Ministro della Giustizia israeliano Livni sulla base dell'attribuzione, da parte del Foreign & Commonwealth Office, della qualifica di missione speciale al suo viaggio a nella capitale inglese³⁷⁶, oppure alla particolare posizione espressa al riguardo

³⁷⁵ Cfr. International Law Commission, Sixtieth session (2008), *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction – Memorandum by the Secretariat*, p. 146.

³⁷⁶ Oppure, tra i vari esempi, le posizioni espresse dai Governi russo e statunitense nel procedimento di estradizione dalla Svizzera dell'ex Ministro russo per l'Energia Atomica Ievgheni Adamov (*Adamov v Federal Office of Justice (Switzerland, Federal Tribunal, 2005), Appeal judgment 1A.288/2005*); degna di interesse la dichiarazione espressa dal governo degli Stati Uniti nel caso Dichter (*United States District Court for the Southern District of New York, Ra'ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel's General Security Service, Defendant, 2 May 2007*): «[P]arting with this international consensus would threaten serious harm to U.S. interests, by inviting reciprocation in foreign jurisdictions. Given the global leadership responsibilities of the United States, its officials are at special risk of being made the targets of politically driven lawsuits abroad – including damages suits arising from alleged war crimes. The immunity defence is a vital means of deflecting these suits and averting the nuisance and diplomatic tensions that would ensue were they to proceed. It is therefore of critical importance that American courts recognize the same immunity defence for foreign

da parte delle Autorità statunitensi).

Per quanto non vi sia uniformità di vedute sul ruolo del potere esecutivo nell'attribuzione dell'immunità, uno dei dati evidenziati rispetto agli ordinamenti dove questo compito è invece riservato ai giudici, sono le conseguenze in termini di flessibilità ed adattabilità³⁷⁷ del concetto di immunità funzionale dell'organo statale straniero.

Se, ad opinione di alcuni, i sistemi di *civil law*, in particolare nella persona degli organi giudiziari, si dimostrano più rigidi nella valutazione dell'immunità degli agenti stranieri, da un'altra prospettiva questa rigidità intrinseca dell'ordinamento comporta delle maggiori garanzie per le vittime della condotta illecita dell'individuo-agente coinvolto.

Questo profilo attiene, inoltre, al rapporto tra immunità dalla giurisdizione civile e dalla giurisdizione penale, in cui la definizione dei rispettivi confini comporta talvolta delle criticità.

Nei Paesi di tradizione civilistica, infatti, è possibile incardinare un'azione civile di danno con la costituzione di parte civile nel processo penale a carico di un organo straniero. In tali casi il procedimento civile si inserisce nel giudizio penale, nell'ambito del quale si risolve dunque anche la questione dell'immunità, le cui conseguenze si riverberano direttamente anche sugli aspetti civilistici del procedimento³⁷⁸. Da questo

officials, as any refusal to do so could easily lead foreign jurisdictions to refuse such protection for American officials in turn». Analogamente, in Belhas et al. v. Moshe Ya'alon (*United States District Court for the District of Columbia*, 14 dicembre 2006), i giudici hanno riconosciuto che il capo dell'intelligence israeliana aveva senz'altro agito nell'esercizio delle proprie funzioni sulla base di una comunicazione inviata dall'ambasciatore di Israele negli Stati Uniti allo stesso Dipartimento di Stato. Con particolare riferimento alla posizione dei Ministri degli esteri, v. le "suggestion of immunity", in *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*, Circuit Court of the First Circuit, State of Hawaii, 9 September 1963, e District Court for the Southern District of New York, *Tachiona v. Mugabe*, Judgment of 30 October 2001, 169 F.Supp.2d 259.

³⁷⁷ «Les jurisprudences de "droit civil" manifestent généralement une rigidité plus grande que celles de common law, notamment dans la matière des immunités lorsque celles-ci ne sont pas expressément réglées par une loi. L'indépendance par rapport à l'exécutif ne favorise pas vraiment la souplesse et l'adaptabilité, ce qui ne devrait pas surprendre tant il est vrai qu'il est moins aisé de changer de jurisprudence que de politiques» cfr. VERHOEVEN, *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, p. 82.

³⁷⁸ Cfr. FRULLI M. (2007). *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, p. 6; AMOROSO D. (2013). *Sull'(in)esistenza di un regime generale in materia di immunità funzionale degli organi stranieri*, in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/settembre 2013; DOUGLAS Z.

punto di vista è impensabile che l'individuo-organo goda di un trattamento diverso a seconda che sia stato convenuto davanti al giudice civile o penale.

In ordinamenti ben diversi, invece, caratterizzati dalla separazione dei due percorsi, può ben accadere che questo tipo di parallelismo si verifichi: l'importante, tuttavia, è che le determinazioni del giudice in proposito siano univoche e coerenti.

È evidente, pertanto, che il confronto che si è cercato di sviluppare in questa parte relativa alla prassi legislativa, di *common* o di *civil law*, in fatto di immunità, non attinge solo e strettamente alla nota conclusione per cui soltanto negli ordinamenti del primo tipo è solitamente prevista una disciplina specifica in materia.

A questo aspetto, infatti, si affiancano ulteriori differenze strutturali che concernono non soltanto le Autorità in grado di esprimersi in procedimenti da cui dipende il riconoscimento dell'immunità, ma anche le caratteristiche della tutela sia di fronte alla giurisdizione civile che quella penale.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE IN MERITO ALLE CATEGORIE DI ORGANI RITENUTE TUTELABILI DALL'IMMUNITÀ FUNZIONALE DALLA GIURISDIZIONE STRANIERA

Lo studio della prassi relativa al trattamento degli organi statali ne conferma la natura ancora sostanzialmente frammentaria e non univoca.

I casi in cui l'immunità viene in rilievo sono estremamente eterogenei, aspetto che certamente non depone a favore dell'affermazione di una regola generale che riconosce l'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera a tutti gli organi statali limitatamente gli atti posti in essere nell'esercizio della "funzione ufficiale" attribuita.

L'obiettivo di questa analisi, del resto, era proprio quello di cercare di individuare, nella giurisprudenza più recente, le spinte evolutive di una disciplina che presenta ancora diffuse criticità e zone d'ombra, soprattutto con riferimento all'esatta individuazione delle categorie di organi che possono ritenersi tutelati dall'immunità funzionale.

Condividendo, come evidenziato in apertura, l'impostazione di base secondo cui

(2012). *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, maggio 2012, pp. 301 – 304.

entrambi i concetti chiave che concorrono alla definizione dell'immunità *ratione materiae*, “organo” e “funzione ufficiale”, abbiano pari rilevanza³⁷⁹, per quanto concerne l'ambito soggettivo, è parso opportuno proporre degli approfondimenti condotti, in particolare, con riferimento alle categorie di organi potenzialmente implicati, nonché alle differenze tra i sistemi giuridici di *common* e *civil law*, con le conseguenze che queste possono comportare anche sugli orientamenti della giurisprudenza.

Non si pretende certo di far luce una volta per tutte sul complesso sistema delle immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera (del resto, anche la Commissione del Diritto Internazionale ha evidenziato l'impossibilità di redigere un catalogo di soggetti cui riconoscere tale beneficio), ma quantomeno di fornire alcune considerazioni aggiuntive in merito ai suoi elementi strutturali.

A prescindere dalle definizioni cui è pervenuta la Commissione³⁸⁰, la sintesi principale da svolgere in tale contesto riguarda comunque gli esiti studio della prassi giurisprudenziale.

Da questo punto di vista la scelta di impostare l'analisi sulla base delle diverse categorie individuabili di organi rilevanti si è rivelata utile nella sistemazione e sintesi tanto del panorama complessivo quanto di ipotesi specifiche.

A voler brevemente sintetizzare alcuni degli spunti di riflessione che emergono dallo studio così sviluppato, è possibile far riferimento a due distinti livelli.

*

In primo luogo, anche sulla base delle osservazioni intermedie descritte nella parte centrale del capitolo, e senza voler richiamare tutti i principi relativi a categorie di organi già diffusamente considerati dalla giurisprudenza, pare opportuno sottolineare nuovamente che l'immunità funzionale non viene riconosciuta indistintamente a tutti gli individui-organi dello Stato.

Al contrario, l'istituto riceve un'applicazione restrittiva da parte dei giudici

³⁷⁹ Ancora, sul punto, si richiama la posizione della Commissione del Diritto Internazionale: «Whether a specific act performed by an official benefits from that immunity [*ratione materiae*] or not would depend on the existence or non-existence of the two normative elements of such immunity, namely whether the act in question can be deemed an “act performed in an official capacity”, and whether said act was performed by the person at a time when he or she was an official of the State» (*Third Report*, p. 50, par. 146).

³⁸⁰ Così come richiamate nel paragrafo 2 del presente capitolo.

nazionali, che risente tanto della posizione dell'agente che lo invoca quanto della specifica condotta da esso posta in essere (come si analizzerà in dettaglio nell'ambito del capitolo quarto).

Per precisare questa affermazione è possibile svolgere due ulteriori osservazioni rispetto a quanto evidenziato dall'esame della prassi.

In una parte significativa di casi, infatti, le immunità dalla giurisdizione *ratione personae* e *ratione materiae* vengono invocate congiuntamente, non di rado confondendo la *ratio* ed il diverso fondamento dei due istituti.

Questa connessione potrebbe essere ovviamente spiegata con riferimento alle prime categorie di organi studiati (e qualificati come "ex", Capi di Stato, di governo, Ministri degli esteri ed agenti diplomatici) nonché alla qualificazione, nei loro confronti, dell'immunità funzionale come residuale e successiva allo svolgimento del mandato ufficiale tutelato dall'immunità di tipo personale.

Non solo. Alcuni individui-organi hanno cercato di estendere questo tipo di riconoscimento, tanto con riguardo al rango che il rispettivo ruolo può assumere nel contesto dell'organizzazione statale quanto alla rilevanza della funzione concretamente esercitata.

Sotto questo profilo, alcuni ex Ministri (diversi dal Ministro degli esteri), e in misura minore organi che si occupano di funzioni di difesa o di tutela della sicurezza nazionale, ove chiamati in causa relativamente ad azioni riconducibili al proprio mandato, in alcuni casi parrebbero aver invocato con successo il proprio diritto all'esenzione dall'esercizio della giurisdizione straniera (anche se, magari, l'immunità è stata negata in ultima istanza su una base differente, come quella delle limitazioni od eccezioni relativamente alla commissione di determinati crimini internazionali)³⁸¹.

Questo potrebbe indurre a ritenere, individuate le specifiche categorie di organi interessate, che le funzioni ad esse attribuite rivestono particolare rilievo di carattere pubblicistico, confermando il ragionamento per cui non solo l'immunità va riferita

³⁸¹ Cfr., su questo aspetto, le decisioni relative ai casi *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004; *Li Weixum v. Bo Xilai*, DCC Civ. No. 04-0649 (RJL); caso Nezzar, *A. v. Office of the Attorney general of Switzerland*, Swiss Federal Criminal Court, sentenza 25 luglio 2012, file n. BB.2011.140; *Re Sharon and Yaron, HSA v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron), Final appeal/Cassation (concerning questions of law)*, P.02.1139.F/2, JT 2003, 243, ILDC 5 (BE 2003), 12th February 2003, Court of Cassation.

unicamente ad alcuni membri dell'organizzazione statale, ma anche che la tutela ad essi accordata è strettamente ridimensionata all'ambito funzionale della loro attività.

Se si guarda alla prassi riferita a tali tipologie di individui-organi (organi già titolari di immunità personale – dopo il termine del proprio mandato ufficiale, consoli – limitatamente agli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni consolari, alcuni ex Ministri – in particolare della difesa o del commercio, in ragione della loro peculiare posizione all'interno dell'organizzazione statale, e, sotto certi spetti, membri di missioni speciali), infatti, è possibile cogliere la speciale caratterizzazione e rilevanza esterna delle competenze ad essi attribuite.

In altri termini, soltanto alcune delle funzioni statali così definite saranno tutelate a livello internazionale attraverso il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione estera degli organi ufficialmente deputati a porle in essere.

In secondo luogo, si pone in evidenza, per alcune fattispecie, l'elemento del consenso dello Stato territoriale alla presenza ed attività dell'organo straniero entro i propri confini.

Le implicazioni di questo particolare aspetto si rendono evidenti, per quanto osservato, nella eventuale estensione dell'immunità riconosciuta agli agenti diplomatici anche ai membri di missioni speciali, o comunque limitatamente a singoli organi e specifiche circostanze.

Infine, il confronto tra l'atteggiamento di diversi ordinamenti nei confronti dell'immunità funzionale dalla giurisdizione straniera ha permesso di porre in evidenza, si è detto, alcune differenze strutturali, che possono essere principalmente riferite alla differente autorità chiamata a decidere sul riconoscimento dell'immunità.

Da tanto deriva, inoltre, che ove la competenza è sostanzialmente attribuita ad un organo politico, è chiaro che questo aspetto verrà ad avere una significativa incidenza sulla valutazione della condotta e del conseguente trattamento dell'organo straniero da parte dello Stato interessato.

*

Per il complesso di tali motivi appare dunque confermato che, con riferimento al tema dell'immunità di tipo funzionale degli organi dello Stato, i due concetti chiave di «organo» e di «funzione» debbano essere studiati di pari passo, in quanto nessuno dei due esaurisce al suo interno i principi in base ai quali riconoscere tale forma di tutela,

nonché i limiti ed eccezioni che questa può riservare in relazione ad altri principi di diritto internazionale.

Sugli aspetti relativi alla definizione della nozione di «funzione ufficiale» tutelata dall'immunità dalla giurisdizione straniera ci si concentrerà, dunque, nella parte successiva del presente lavoro.

*** * ***

CAPITOLO IV

IL CONCETTO DI «FUNZIONE UFFICIALE» TUTELATA: NATURA E LIMITI DELLE ATTIVITÀ POSTE IN ESSERE DAGLI ORGANI STATALI

SOMMARIO: 1. Un'introduzione del quesito e dei suoi possibili collegamenti – 2. Analisi delle norme che regolano l'attribuzione dell'illecito allo Stato – 2.1 Il Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati – 2.2 Le regole in materia di attribuzione dell'illecito: natura e applicabilità al tema dell'immunità funzionale – 3. Le norme che riconoscono forme di responsabilità individuale nel diritto internazionale – 3.1 I concetti di responsabilità e di immunità in relazione all'esercizio della giurisdizione – 4. Il complesso rapporto tra immunità statale e immunità funzionale dell'individuo-organo – 4.1 La Convenzione ONU del 2004 sull'immunità degli Stati e dei loro beni e gli altri trattati in materia – 4.2 Il dibattito scientifico: premesse e conseguenze delle diverse posizioni – 4.3 Ipotesi in ordine ad un effettivo legame – 5. Conclusioni sui collegamenti ipotizzati e loro interesse rispetto alla definizione di “funzione ufficiale” – 5.1 La reale connessione tra i temi della responsabilità internazionale e dell'immunità – 5.2 L'impiego di tali concetti da parte della Commissione del Diritto Internazionale con riferimento all'immunità degli organi statali dalla giurisdizione straniera – 6. Quali funzioni ufficiali possono dunque ritenersi tutelate dal riconoscimento dell'immunità funzionale degli organi statali? – 6.1 Le posizioni della dottrina – 6.2 Gli orientamenti della prassi – 6.3 Conclusioni.

*** * ***

1. Un'introduzione del quesito e dei suoi possibili collegamenti

Come si è più volte ribadito, un aspetto che caratterizza la presente trattazione è la centralità paritetica dei concetti di “organo” e di “funzione” nello studio dell'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera.

Ad ognuno dei due temi, pertanto, si è scelto di dedicare un approfondimento.

Il concetto di organo statale si è posto al centro del capitolo precedente, ove si è analizzato l'ambito soggettivo di operatività dell'immunità *ratione materiae*, attraverso lo studio delle diverse categorie di organi per i quali tale beneficio è stato invocato (ed in alcuni casi effettivamente riconosciuto), nonché la diversa considerazione che questo riceve negli ordinamenti di *common* o *civil law*.

All'interno di tale analisi non è mancato neppure il parallelo con lo studio sistematico posto in essere dalla Commissione del Diritto Internazionale (CDI), soprattutto nel corso della sua sessantaseiesima sessione di lavori (2014), rappresentata

principalmente dal *Third Report*³⁸² della Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández.

Nella presente sede viene mantenuto il parallelo confronto con i lavori di codificazione in atto da parte della Commissione: nello specifico, saranno diffusamente richiamate le conclusioni raggiunte dalla Special Rapporteur nel suo *Fourth Report*³⁸³ (2015) incentrato proprio sul concetto di “atto posto in essere nell’esercizio della funzione ufficiale” e sui singoli temi oggetto di indagine.

Se tali lavori approfondiscono, in primo luogo, la prassi legislativa e giurisprudenziale ad un livello generale, ai fini della presente ricerca è utile continuare a fare riferimento anche alle diverse teorie elaborate dalla dottrina sul tema dell’immunità funzionale, così come sistematizzata nel capitolo secondo.

Da questo punto di vista, il capitolo precedente ha avuto sostanzialmente ad oggetto il gruppo di teorie che, a partire dal presupposto della inesistenza di una norma di portata generale che garantisca il beneficio dell’immunità *ratione materiae* a qualunque individuo agente in nome e per conto dello Stato di appartenenza, tendono a limitare l’effettiva esenzione dalla giurisdizione straniera sulla base della specifica categoria di individuo-organo implicato.

Nel presente capitolo l’ipotesi critica di partenza sulla mancanza di una regola generale in materia di immunità funzionale è fondamentalmente mantenuto³⁸⁴, ma le soluzioni teoriche sviluppate, delle quali si cercherà di verificare il fondamento anche attraverso l’analisi della prassi, si focalizzano piuttosto sul tipo di funzione posta in essere dall’individuo-organo per conto dello Stato³⁸⁵ e, dunque, sulla nozione di

³⁸² Rappresentata principalmente dal terzo Report della nuova Special Rapporteur Concepción Escobar Hernández. Cfr. *Third Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández (66th session of the ILC (2014), A/CN.4/673).

³⁸³ *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández (67th session of the ILC (2015), A/CN.4/686 – Consideration of the remaining aspects of the material scope of immunity *ratione materiae*, namely what constituted an “act performed in an official capacity”, and its temporal scope. Proposals for draft article 2, subparagraph (f), defining an “act performed in an official capacity” and draft article 6 on the scope of immunity *ratione materiae*).

³⁸⁴ Per quanto, ovviamente, la natura dei temi trattati condurrà anche a richiamare le teorie che propongono approcci diversi, e più orientati al ruolo primario dell’immunità statale, per quanto sempre riferita al conseguente trattamento dell’individuo-organo.

³⁸⁵ La particolare enfasi posta su questo elemento normativo dell’immunità *ratione materiae* da parte di alcuni membri della Commissione o Stati è rilevata anche dalla Special Rapporteur in apertura del suo Fourth Report; a fronte delle posizioni che, in alcuni casi, ne sosterebbero addirittura la “*exclusivity*” ai

“funzione ufficiale”.

Per “esercizio della funzione ufficiale” la dottrina che propone questo tipo di approccio intende, in prima definizione, la tipologia di azioni poste in essere dall’organo per conto e su incarico dello Stato di appartenenza, il quale ha uno specifico rapporto giuridico con l’individuo agente in suo nome e che ne individua contesto e limiti di legittimità della condotta.

Tale potrebbe essere, per quanto espressa in termini estremamente sintetici, la posizione di autori come Van Alebeek e Douglas. Altri, come ad esempio Keitner, altrettanto stigmaticamente hanno affermato che «*as its name suggests, functional immunity focuses primarily on the ‘what’³⁸⁶, rather than the ‘who’*».

La definizione di “funzione ufficiale” passa, tuttavia, attraverso la valutazione preliminare di alcune questioni teoriche e metodologiche di base.

Una delle prime domande da porre nell’impostazione del problema concerne, ad esempio, la dimensione fattuale o normativa della qualificazione delle condotte poste in essere dagli organi statali.

Più precisamente, si tratta di valutare se la circostanza per cui l’individuo abbia agito in nome e per conto dello Stato di appartenenza vada provata facendo riferimento ad elementi di fatto oppure viene ad essere delineata unicamente sulla base di regole di diritto³⁸⁷.

fini della definizione dell’immunità in esame, si evidenzia come tale definizione passa attraverso il riconoscimento di due distinti ma complementari collegamenti: quello dello Stato e dell’individuo-organo abilitato ad agire per suo nome e quello dello Stato rispetto agli atti che rappresentano l’esercizio della propria sovranità. Da tali riferimenti al ruolo dello Stato si deriva che ognuno dei due ambiti citati, soggettivo e oggettivo, può essere trascurato, posto che essi sono «*inextricably linked but constituted separate conceptual categories that must be analysed and dealt with independently of one another*» (cfr. Fourth Report, par. 23).

³⁸⁶ Per uno dei più recenti contributi dell’autrice sul tema, v. KEITNER C. (2015), *Functional immunity of State officials before the International Law Commission: The ‘who’ and the ‘what’*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), pp. 51 – 57. Sulla stessa linea si pone il contributo di Webb, che a sua volta cita la definizione di immunità funzionale delineate da Foakes (*The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford International Law Library, 2014), in base alla quale «*Such immunity is determined by reference to the nature of the acts in question rather than the particular office of the official who performed them. As such, it covers a narrower range of acts but a much wider range of actors than immunity *ratione personae**»; cfr. WEBB, P. (2015), *Comment on ‘The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories’*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), pp. 43 – 49.

³⁸⁷ Non sono pochi gli autori che ritengono che la definizione delle funzioni ufficiali appartenenti all’esercizio legittimo della sovranità statale sia di competenza principalmente normativa.

In merito al primo profilo, il rilievo del dato fattuale può riconoscersi nelle posizioni di quanti sottolineano che, una volta resosi evidente che l'azione dell'individuo-organo è stata espletata nell'esercizio di autorità sovrana statale, “*ostensible authority passes for actual authority*”³⁸⁸, ovvero la condotta sarà considerata come posta in essere nello svolgimento di una funzione ufficiale e lo Stato solo a posteriori potrà eventualmente (e motivatamente) disconoscerla.

Il riferimento al profilo della legittimità dell'operato dell'individuo-organo implica, inoltre, che regole così elaborate siano dirette non soltanto a fondare in positivo quelle che possono essere validamente ritenute “funzioni ufficiali” ai fini del riconoscimento dell'immunità organica, bensì che il loro compito possa essere anche quello di tracciare i limiti di liceità del manifestarsi del potere statale (soprattutto in relazione ad altri valori tutelati dall'ordinamento internazionale).

In questo contesto, il quesito principale che pare opportuno valutare è se il concetto di “funzione ufficiale” possa essere definito in via autonoma o se, piuttosto, possa essere delineato attraverso l'approfondimento di ulteriori questioni giuridiche potenzialmente connesse, dalla cui soluzione potrebbero discendere indicazioni ben diverse in ordine al fondamento dell'immunità *ratione materiae*.

Per tali ragioni, le più delicate di queste questioni saranno illustrate nel prosieguo del presente lavoro e riguardano, in primo luogo, la materia della responsabilità dello Stato e il ruolo che ivi rivestono le regole in materia di attribuzione dell'illecito, così come le collegate ma diverse ipotesi di riconoscimento della responsabilità anche in capo all'individuo³⁸⁹, nonché l'altrettanto delicato legame ipotizzabile tra immunità dello Stato e immunità dell'organo che, data l'impostazione delle teorie valutate nel presente capitolo, si rivela tanto complesso quanto meritevole di interesse.

³⁸⁸ Il concetto in esame è citato da VAN ALEBEEK, R. (2007) *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press.

³⁸⁹ A tal proposito, anche la Special Rapporteur della Commissione del Diritto Internazionale Escobar Hernandez, nel suo *Preliminary Report* (2012), richiamando il precedente dibattito in Commissione ricorda come alcune delegazioni hanno sottolineato che «the issue of the relationship between immunity and the responsibility of the State was also raised. One delegation noted that in order to address this link properly, the concept of “control” in the context of immunity *ratione materiae* would have to be clarified» (par. 47). Tanto è vero che, poco dopo, la Relatrice arriva a suggerire che la Commissione si occupi del tema del rapporto tra la responsabilità statale, individuale e immunità quanto prima, o comunque nelle prime fasi di lavoro del nuovo quinquennio (par. 59).

Ai fini di completezza della trattazione, dunque, si tratterà di studiare se vi sia coincidenza, o quanto meno parallelismo, tra i settori dell'attribuzione dell'illecito internazionale, della responsabilità personale dell'individuo e del riconoscimento dell'immunità, tanto con riferimento allo Stato che all'individuo. Si cercherà altresì di verificare se vi sono regole o principi comuni a detti settori.

L'obiettivo finale sarà quello di definire il significato che è possibile attribuire al termine “funzione ufficiale” ai fini del riconoscimento dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, e soprattutto di verificarne il possibile bilanciamento rispetto alle categorie di organi statali individuate dall'esame della prassi.

2. ANALISI DELLE NORME CHE REGOLANO L'ATTRIBUZIONE DELL'ILLECITO ALLO STATO

L'intento di definire i concetti portanti della disciplina dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, tramite l'esame della dottrina e della prassi riferite alle singole categorie di organi, e ora focalizzato sulla definizione di “funzione ufficiale”, ci induce, ai fini di completezza dell'indagine, porre il tema a confronto con altri ambiti del diritto internazionale che ad esso potrebbero ritenersi collegati³⁹⁰.

A tal proposito, per la tipologia degli atti implicati e il loro impatto potenziale con riferimento al riconoscimento delle immunità funzionali, meritano di essere studiati, in primo luogo, i profili in cui le condotte poste in essere dagli organi dello Stato possono integrare fattispecie di responsabilità per illecito internazionale, tanto a livello statale che a livello individuale.

È proprio l'approfondimento del rapporto tra questi due livelli di responsabilità che può aiutare a rivelare gli aspetti maggiormente degni di interesse con riferimento al trattamento e alla punibilità degli individui-organi dello Stato terzo da parte di giudici

³⁹⁰ Questi collegamenti sono riconosciuti anche dalla Commissione nei suoi ultimi Report, ove si rileva che i due temi, «despite their conceptual and methodological differences, are still related somewhat to immunity from foreign criminal jurisdiction, namely jurisdictional immunities of States and their property, and the responsibility of States for internationally wrongful acts» (cfr. *Third Report* (2014), p. 49, par. 141).

stranieri.

Ciò è vero sia con riferimento alle tipologie concrete di attività che l'organo statale può porre in essere senza essere soggetto alla giurisdizione del Paese di destinazione, sia con riguardo ai limiti posti a tali attività.

Prima di affrontare l'ipotesi di un collegamento tra questi temi, tuttavia, occorre brevemente richiamarne i principi e le norme fondamentali.

Con riferimento alla responsabilità internazionale dello Stato³⁹¹, questo significa prendere in esame il lavoro di codificazione condotto dalla Commissione del Diritto Internazionale (CDI) ed il Progetto di Articoli adottato nel 2001, nonché le regole ivi delineate in materia di attribuzione³⁹² dell'illecito.

³⁹¹ Poiché rappresenta uno sviluppo successivo dei lavori di codificazione intrapresi su questo tema da parte della Commissione del Diritto Internazionale, nonché un settore di notevole attualità ed interesse, merita di essere brevemente richiamato (ed è per mere ragioni di economia del lavoro che non gli si riserva un autonomo spazio nella trattazione) il Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottato nel 2011, che riprende l'impostazione del Progetto di articoli sulla responsabilità statale del 2001. Tra le differenze sostanziali, in particolare, va sottolineato il cd. "principio di specialità" che guida l'attività delle organizzazioni internazionali le quali, a differenza degli Stati, non sono dotate di competenza generale. Un'ulteriore distinzione meritevole di interesse, inoltre, sussiste tra la figura dell'"organo" (definito all'art. 2, comma c, del Progetto del 2011 come «any person or entity which has that status in accordance with the rules of the organization») e quella dell'"agente dell'organizzazione" («an official or other person or entity, other than an organ, who is charged by the organization with carrying out, or helping to carry out, one of its functions, and thus through whom the organization acts», cfr. Art. 2, lett. D). Sinteticamente, con riferimento alla concezione dell'immunità delle organizzazioni e dei propri agenti, si può citare quanto affermato nel commentario all'art. 3 ("Responsibility of an international organization for its internationally wrongful acts") del Progetto del 2011: «When an international organization commits a wrongful act, its responsibility is entailed. One may find a statement of this principle in the advisory opinion of the International Court of Justice on *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, in which the Court said: "[...] the Court wishes to point out that the question of immunity from legal process is distinct from the issue of compensation for any damages incurred as a result of acts performed by the United Nations or by its agents acting in their official capacity». La rilevanza del Progetto di articoli, del resto, è affermata anche dalla Special Rapporteur della Commissione sul tema dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, la quale prende in esame il documento nel suo *Third Report* (2014), valutandone alcuni specifici profili relativamente alla definizione dell'ambito oggettivo dell'immunità. Tali profili sono, precisamente, il concetto di "effective control" con particolare riferimento all'attribuzione di una determinata condotta dell'agente di una peacekeeping force al *contributing State* piuttosto che all'organizzazione stessa, oppure la considerazione data agli atti *ultra vires* posti in essere dall'organo. È interessante notare, a tal proposito, come anche tali azioni possono essere attribuite all'organizzazione, qualora comunque collegate alle funzioni ufficiali assegnate all'individuo-organo (cfr. *Third Report Escobar Hernández* (2014), pp. 38-39, par. 85-88).

³⁹² Il processo di attribuzione può essere definito come quello attraverso il quale «international law establishes whether the conduct of a natural person or other such intermediary can be considered an 'act of State' and thus be capable of giving rise to state responsibility. Attribution is thus a basal concept of

Successivamente, ricordando nuovamente che la commissione di crimini internazionali da parte dell'individuo, per ragioni di sintesi e al tempo stesso di completezza espositiva, non potrà formare oggetto di separata trattazione nel presente lavoro, sarà comunque opportuno aggiungere alcuni specifici chiarimenti con riguardo alle norme che attribuiscono forme di responsabilità internazionale direttamente in capo all'individuo.

2.1 IL PROGETTO DI ARTICOLI DEL 2001 SULLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI

Prima di analizzare le norme del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti³⁹³ che interessano nella presente sede, alcune

the law of state responsibility and an essential condition for its operation», cfr. CRAWFORD, J. (2013) *State Responsibility. The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge 2013, cit. p. 49.

³⁹³ Il Progetto di articoli è stato adottato in seconda lettura dalla Commissione del Diritto Internazionale nel corso della sua 53esima sessione (2001), al termine di un percorso di codificazione durato quasi mezzo secolo. Anche a sottolineare le diverse fasi e rielaborazioni del lavoro di codificazione, si possono tuttavia richiamare i nomi dei Relatori Speciali che, su incarico della Commissione del Diritto Internazionale, si sono occupati del presente tema, a partire da F. V. García Amador (1955 – 1962), Roberto Ago (1962 – 1979), W. Riphagen (1980 – 1986), G. Arangio-Ruiz (1987-1996) e J. Crawford (1997- 2001). Stante la vastità della letteratura su questo tema, meritano di essere richiamate le opere principali di cui si è tenuto conto allo specifico fine di elaborazione del presente capitolo, e che ivi saranno diffusamente citate. V. ad esempio, BONAFÉ B. (2009), *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijho Publishers, 2009, CRAWFORD J. (2013), *State Responsibility. The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge 2013, nonché SPINEDI M., GIANNELLI A., ALAIMO M.L., a cura di (2006), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006. Quale testo di riferimento in ordine alla definitiva formulazione del progetto di articoli, invece, si rinvia a quello approvato dalla CDI nel 2001, con il commentario ufficiale (*Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*). Il testo delinea le c.d. “regole secondarie” in tema di responsabilità internazionale, ovvero le condizioni generali in presenza delle quali il diritto internazionale è in grado di accertare che uno Stato si è reso responsabile di un atto illecito e di derivarne precise conseguenze giuridiche; questo tipo di regole si distingue nettamente dalle regole primarie, rivolte invece a stabilire il contenuto degli obblighi internazionali e regole di condotta degli Stati. La differenza, introdotta dal Relatore Speciale Ago, può essere ben esplicitata con le sue stesse parole, citate in apertura del commentario generale del Progetto di Articoli della Commissione del 2001: «the principles which govern the responsibility of States for internationally wrongful acts, maintaining a strict distinction between this task and the task of defining the rules that place obligations on States, the violation of which may generate responsibility ... [I]t is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequences of the violation».

precisazioni iniziali relativamente all'impostazione generale dell'opera meritano di essere brevemente sottolineate.

Per quanto qui interessa, si pone prima di tutto in evidenza l'affermazione per cui il ruolo del diritto internazionale in materia di responsabilità risulta «*distinct from the internal law of the State concerned in characterizing conduct as unlawful*», cui si ricollega altresì la precisazione per cui «*for the purposes of these articles, international responsibility results exclusively from a wrongful act contrary to international law*»³⁹⁴.

Il fatto, dunque, che la responsabilità internazionale degli Stati che ci accingiamo a studiare riguardi unicamente il compimento di atti che sono contrari al diritto internazionale e non necessariamente (e in via esclusiva) al diritto interno, ci impone a questo punto di sottolineare una prima differenza sostanziale rispetto agli obiettivi del presente lavoro concernente l'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera.

L'immunità organica, infatti, è volta a tutelare l'operato dell'individuo-organo dall'esercizio della giurisdizione interna di uno Stato terzo, diretta ad accertare sul piano nazionale la sua responsabilità individuale e non l'eventuale responsabilità internazionale dello Stato di appartenenza³⁹⁵.

Per quanto si avrà modo successivamente di tornare sul tema del rapporto tra questi ordini di regole, è importante in questa fase ribadire che le norme del diritto internazionale concernenti la responsabilità dello Stato e dell'individuo vengono qui studiate proprio al fine di verificare, stanti le citate differenze strutturali, possibili insegnamenti comuni ad entrambe le discipline, soprattutto per quanto concerne la definizione delle funzioni statali oggetto di particolare tutela.

Le norme che interessano principalmente ai nostri fini sono contenute nella parte prima e nella parte quarta del Progetto di Articoli³⁹⁶.

³⁹⁴ Cfr. *General Commentary* al Progetto di articoli, pp. 2-3.

³⁹⁵ Queste considerazioni hanno avuto un differente peso nei lavori della dottrina che si è occupata del tema dell'immunità funzionale, soprattutto se si considerano le posizioni degli autori che riconducono l'immunità dell'individuo-organo a quella generale dello Stato (v. Fox, Keitner, Douglas). Non mancano, tuttavia, autori che, anche a partire da tale punto di vista, hanno ritenuto opportuno sottolineare il differente contesto in cui operano le norme in materia di responsabilità: per una critica del legame tra regole di attribuzione e regole relative all'immunità statale si veda, ad esempio, DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, pp. 13 – 16.

³⁹⁶ Il Progetto di articoli è suddiviso in quattro parti:

Si procederà, in primo luogo, ad analizzare la rilevanza delle regole in materia di attribuzione allo Stato della condotta di organi agenti in nome e per suo conto, per poi valutare se vi sono norme generali relative alla loro concreta applicabilità al trattamento dell'individuo-organo davanti ai giudici nazionali, che possono essere ricondotte anche alla materia dell'immunità oggetto del presente studio.

2.2 LE REGOLE IN MATERIA DI ATTRIBUZIONE DELL'ILLECITO: NATURA E APPLICABILITÀ AL TEMA DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE

Ai sensi dell'art. 2 del Progetto di Articoli, si è in presenza di un atto internazionalmente illecito di uno Stato quando un comportamento consistente in un'azione o in un'omissione:

- a) può essere attribuito allo Stato sulla base del diritto internazionale;
- b) costituisce una violazione di un obbligo internazionale dello Stato medesimo.

Con riferimento alla prima condizione, partendo dal presupposto che lo Stato chiaramente non può agire di per sé, bensì, in quanto ente reale o giuridicamente organizzato³⁹⁷, opera solo per il tramite di gruppi o singoli individui, il meccanismo di attribuzione è stato definito come «*the process by which international law established whether the conduct of a natural person or other such intermediary can be considered*

-
- la prima, *L'atto internazionalmente illecito di uno Stato*, descrive le condizioni in presenza delle quali può sorgere la responsabilità internazionale dello Stato;
 - la seconda, *Contenuto della responsabilità internazionale dello Stato*, delinea le conseguenze della commissione dell'illecito;
 - la terza, *Attuazione della responsabilità internazionale di uno Stato*, stabilisce gli ambiti soggettivi ed oggettivi di legittima reazione ad un illecito internazionale;
 - la quarta, *Disposizioni generali*, individua le regole generali applicabili alla materia.

³⁹⁷ Relativamente all'attribuzione dell'illecito, e quindi della responsabilità statale, occorre tenere in considerazione le differenti posizioni che sono state espresse dalla dottrina con riferimento alla qualificazione dello Stato nel diritto internazionale. Brevemente, se, da un lato, la teoria kelseniana è quella che identifica lo Stato con l'ordinamento giuridico in cui questo è organizzato (lo Stato - apparato), una diversa ricostruzione (v. Arangio-Ruiz, *La persona internazionale dello stato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 2008), ricostruisce la sovranità esterna come sinonimo della fattuale indipendenza della persona internazionale dello Stato. Nondimeno, per il tramite dell'art. 1 della Convenzione di Montevideo sui diritti e doveri degli Stati del 1933, si richiamano altresì i noti caratteri per cui «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».

an «act of State», and thus be capable of giving rise to state responsibility³⁹⁸».

A conclusione di un dibattito³⁹⁹ che ha attraversato buona parte dei lavori della Commissione sulla natura del riconoscimento in esame, il procedimento di attribuzione delineato nel Progetto di Articoli ha carattere strettamente normativo. Tale *corpus* di regole, in particolare, è oggetto degli otto articoli che formano il Capitolo II della Parte I del Progetto⁴⁰⁰.

Ai nostri fini, una delle disposizioni di maggior interesse è certamente rappresentata dall'articolo 4, che identifica le condotte degli organi statali che rientrano nell'ambito di applicazione del Progetto di articoli.

Il testo della norma è il seguente:

«1. *The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State.*

2. *An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State».*

³⁹⁸ Cfr. CRAWFORD, J. (2013) *State Responsibility. The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2013.

³⁹⁹ Con riferimento agli aspetti maggiormente dibattuti, infatti, meritano di essere ricordate le diverse posizioni che, contrariamente all'approccio normativo, ritenevano che l'attribuzione di un determinato comportamento allo Stato dovesse essere basata su dati fattuali; tale criterio di natura oggettiva è fatto risalire da CRAWFORD, *op. cit.*, ai lavori del Relatore speciale Arangio Ruiz. Un ulteriore e più ampio tema di confronto, relativo alle teorie in tema di organizzazione dello Stato, è rappresentato dalla rilevanza del diritto interno al fine di individuare le condotte attribuibili allo Stato di appartenenza dell'organo che le ha poste in essere; una ricostruzione delle posizioni che si sono confrontate sul punto è offerta, ad esempio, da PALCHETTI, P. (2007), *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

⁴⁰⁰ Queste otto disposizioni possono essere schematicamente suddivise in tre categorie:

- gli articoli da 4 a 7 rappresentano il cuore delle regole in materia di attribuzione;
- l'articolo 8 fa riferimento alla specifica figura del c.d. "organo di fatto";
- gli articoli da 9 a 11 si occupano di ipotesi speciali di attribuzione, come il comportamento posto in essere da individui di in assenza o in mancanza di autorità ufficiali, da parte di movimenti insurrezionali oppure condotte che sono riconosciute e adottate da uno Stato come proprie solo successivamente al loro svolgimento. Nel Fourth Report (67th session of the ILC, 2015 - A/CN.4/686) della CDI, la rilevanza dei criteri di attribuzione dell'illecito allo Stato ai fini dello studio dell'immunità *ratione materiae* degli organi è sostanzialmente limitata agli articoli 4, 5 e 6 del Progetto del 2001, posto che gli altri criteri sono definiti come "particularly unsuitable" (cfr. p. 49, par. 112). La particolare previsione di cui all'art. 11 del Progetto di articoli, in realtà, è stata definita, sempre dalla stessa Commissione, come «incompatible with the nature of immunity *ratione materiae*, which requires the acts covered by such immunity to have been performed in an official capacity at the time of commission» (cfr. *Fourth Report*, p. 51, par. 117).

L'articolo 4, dunque, fornisce alcune indicazioni in ordine alla definizione di organo dello Stato (e di funzione), individuando la categoria di agenti e le condotte che da questi possono essere attribuite allo Stato di appartenenza.

Il primo aspetto che merita di essere sottolineato con riferimento a tale disposizione è che il significato di “organo dello Stato”, ai fini dell'applicazione del Progetto di articoli, va inteso in modo ampio, senza limitazioni date dalla posizione rivestita all'interno dell'organizzazione statale oppure alla natura della funzione svolta, essendo sufficiente che questa abbia natura pubblica e carattere ufficiale⁴⁰¹.

L'indicazione espressa delle diverse funzioni riferibili allo Stato implica un richiamo al principio di separazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, per quanto la formula di chiusura data dalla menzione di “*any other function*” smentisce il carattere esaustivo dell'elenco, in considerazione degli ordinamenti che possono aver adottato una diversa organizzazione interna.

Andando brevemente ad analizzare ciascuna delle fattispecie previste, è quasi superfluo sottolineare come le condotte di organi dello Stato riferibili all'esercizio del potere esecutivo rappresentano la manifestazione più diretta dell'autorità statale⁴⁰².

Analogamente, l'esercizio del potere legislativo rappresenta una manifestazione di potere statale⁴⁰³, da inquadrare nella specifica forma di governo dello Stato⁴⁰⁴. Va

⁴⁰¹ Cfr. Commentario al Progetto di Articoli adottato nel 2001, Art. 4, paragrafo 6, «the reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense», e la lettura formulata dal Relatore Speciale Crawford in *State Responsibility. The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge 2013, pp. 117 – 118.

⁴⁰² È interessante notare come tra queste, ancora prima che gli individui-organi che ricoprono ruoli apicali nell'organizzazione statale (e che rappresentano forse il primo punto di riferimento nello studio delle immunità), il commento all'art. 4 elaborato dallo stesso Prof. Crawford sottolinei, in particolare, il ruolo delle forze armate, le cui azioni, nel caso di conflitto armato, sono sempre attribuibili allo Stato di appartenenza (cfr. CRAWFORD, *op. cit.*, p. 119). L'esempio di tale concetto è fornito con riferimento alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 19 dicembre 2005 nel caso *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ove si afferma che «a party to an armed conflict shall be responsible for all acts by persons forming part of its armed forces».

⁴⁰³ È interessante richiamare l'opinione in merito al ruolo delle leggi ai fini della responsabilità statale data da una risalente sentenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale del 1926 nel caso *Certain German interests in Polish Upper Silesia* (e citata, ancora una volta, da CRAWFORD, *op. cit.*, p. 120): «from the standpoint of International Law and of the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of the State, in the same manner as do legal decisions or administrative measures». Indipendentemente dal suo rilievo ai fini della responsabilità internazionale dello Stato, del resto, questo tema è stato oggetto di considerazione anche a livello di diritto interno: con riferimento all'ordinamento italiano, per esempio, si è discusso della possibile invocazione della responsabilità statale tanto per atto legislativo legittimo (ma poi annullato dal Giudice

citato, inoltre, il caso in cui l'adozione di un atto legislativo sia prevista quale obbligo internazionale dello Stato a partire da un trattato da questi stipulato⁴⁰⁵.

Anche l'esercizio del potere giudiziario, infine, è in grado di dare luogo a forme di responsabilità internazionale dello Stato⁴⁰⁶, e, come per l'indipendenza normalmente riconosciuta agli organi parlamentari, pure in questo caso l'autonomia della funzione giurisdizionale risulta avere rilievo meramente interno.

Se, dunque, il primo comma dell'articolo 4 individua alcuni parametri in base ai quali attribuire le condotte di un individuo-organo allo Stato di appartenenza, il secondo comma conclude stabilendo che per organo si intende comunque qualsiasi persona o ente che rivesta tale posizione secondo il diritto interno dello Stato.

Tale disposizione può essere letta tanto come una ulteriore formula di chiusura volta a sottolineare l'indipendenza dell'organizzazione interna dello Stato, ma si ricollega altresì alla possibilità di attribuire allo Stato la condotta di individui che hanno agito effettivamente per suo conto, ma in assenza di un formale rapporto di tipo organico.

Il dato di partenza in tal senso può essere individuato proprio dal fatto che il citato comma 2 dell'articolo 4 impiega il termine “*includes*” per sottolineare che oltre al rilievo dell'organizzazione interna dello Stato e alle norme di diritto interno ad essa collegate, vi sono altri criteri in base ai quali poter attribuire la condotta di un individuo allo Stato di appartenenza ai fini della sua responsabilità.

In altre parole, secondo quanto affermato alla Commissione nel suo Progetto di articoli, «accanto agli organi è possibile identificare un'altra categoria di individui, i

amministrativo oppure dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale) oppure per omesso o errato recepimento della normativa euro unitaria (v. giurisprudenza Francovich); sul punto, tuttavia, non si è ancora formata una giurisprudenza autorevole ed univoca.

⁴⁰⁴ Come nelle ipotesi in cui, ad esempio, può comunque rendersi necessario un atto esecutivo ai fini di entrata in vigore di una legge o regolamento.

⁴⁰⁵ Si veda, per citare un esempio tra molti, quanto previsto dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 10 dicembre 1984.

⁴⁰⁶ La manifestazione di tale potere può implicare la responsabilità statale tanto con riferimento a ipotesi in cui l'accesso alla giustizia sia stato negato *ab origine*, quanto ad esiti di procedimenti giudiziari risultati in contrasto con norme ed obblighi internazionali dello Stato. Tra le decisioni più note a tal proposito, si possono richiamare le sentenze della Corte Internazionale di Giustizia nei casi *LaGrand (Germany v. United States of America)* e *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, in cui la Corte ha condannato gli Stati Uniti per la violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari.

quali sono estranei all'organizzazione dello Stato ma dei quali lo Stato si può talora avvalere nel perseguimento dei suoi obiettivi⁴⁰⁷».

Orbene, questo passaggio concerne tanto la possibilità che un individuo o gruppo, per quanto non facente parte integrante dell'organizzazione statale, sia abilitato dal diritto di quello Stato ad esercitare prerogative dell'attività di governo, quanto il diverso tema del c.d. *organo di fatto*.

Con riguardo alla prima ipotesi descritta, lo stesso articolo 5 del Progetto del 2001 dispone che:

«The conduct of a person or entity which is not an organ of the State under article 4 but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance».

Secondo la lettura data dallo stesso commentario, tale norma si riferisce agli enti parastatali o altre compagnie private cui lo Stato può decidere di affidare in via consensuale l'esercizio di determinate sue prerogative, secondo una prassi invalsa da tempo risalente nel panorama internazionale, ma che si è progressivamente ampliata in tempi recenti.

Dato il suo particolare ambito applicativo, è chiaro che questa norma ha un oggetto parzialmente diverso rispetto a quello del presente lavoro, ma non necessariamente ad esso estraneo, perlomeno se si considera la nozione di “*governmental authority*”.

Posto che il concetto viene in rilievo tanto nel Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati quanto nei lavori della Commissione dedicati alle immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, potrebbe essere proficuo indagarne ulteriormente il contenuto⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Il concetto è così sintetizzato da PALCHETTI in *Comportamenti di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, p. 9. Il contributo è degno di interesse anche per il confronto operato, con riguardo alle norme concernenti gli organi di fatto, tra il Progetto di articoli approvato in prima lettura nel 1996 e quello definitivamente adottato nel 2001.

⁴⁰⁸ Sulla base dello stesso commentario all'articolo 5, i criteri che descrivono la concezione di “*governmental authority*” sono i seguenti:
- il contenuto dei poteri;

Con la dovuta attenzione a differenziare la fattispecie descritta dall'articolo 5 da altre specifiche regole di attribuzione previste nel Progetto di articoli⁴⁰⁹, infatti, il tema qui ci interessa per l'eventualità di trarne elementi degni di interesse al fine di definire il concetto di "funzione" nel contesto dell'immunità *ratione materiae*⁴¹⁰.

Con particolare riferimento al contenuto dei poteri delegati, quale regola generale di definizione si potrebbe pensare a funzioni di carattere governativo che normalmente lo Stato riserverebbe a se stesso⁴¹¹ e che possono essere assai diversi in relazione ai diversi assetti istituzionali interni agli Stati.

Ciò non toglie, tuttavia, che si possano riferire esempi concreti di quella "governmental authority" che, si rammenta, difetta ancora di una univoca definizione⁴¹², essendo stato preferita, sino ad ora, un'analisi caso per caso rispetto al suo invocato riconoscimento.

Si ritiene, intanto, che, anche alla luce di quanto evidenziato in precedenza, tale concetto quantomeno includa al suo interno l'esercizio di poteri legislativi, giudiziari ed esecutivi⁴¹³.

Ci si domanda, inoltre, se la caratterizzazione delle attività ricomprese nella definizione di "governmental authority" possa in qualche modo rispecchiare l'analogia

-
- le modalità attraverso le quali vengono attribuiti all'ente parastatale (non necessariamente con atto legislativo, ma anche con un provvedimento di carattere esecutivo);
 - lo scopo legittimo per cui tali poteri possono essere esercitati;
 - i limiti entro i quali l'ente ne risponde pubblicamente.

⁴⁰⁹ Si veda, ad esempio, come sottolinea lo stesso par. 7 del commentario all'articolo 5, la diversità tra il caso degli enti che esercitino prerogative dell'autorità di governo e il caso in cui tale comportamento è autonomamente assunto in assenza o in mancanza di autorità ufficiali (articolo 9), così come le condotte di individui o enti non ufficialmente riconosciuti dall'ordinamento interno ma che agiscono sotto la direzione o il controllo di uno Stato (articolo 8).

⁴¹⁰ L'importanza del concetto di "governmental authority" è diffusamente sottolineata anche dalla Special Rapporteur della Commissione del Diritto Internazionale nel suo *Fourth Report* (2015) in materia di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, incentrato sulla definizione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'immunità; v., per esempio, *Fourth Report of the Special Rapporteur, Ms. Concepción Escobar Hernández*, 67th session of the ILC, A/CN.4/686 (2015), parr. 79-88.

⁴¹¹ In altre parole, «if a private person can perform the function without the government's permission, it is not to be considered governmental» (cit. CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, p. 130).

⁴¹² Né il commentario all'articolo 5 omette di riconoscere che «Article 5 does not attempt to identify precisely the scope of "governmental authority" for the purpose of attribution of the conduct of an entity to the State» (cfr. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, 2001, p. 43, par. 6).

⁴¹³ Si veda anche l'attenzione mostrata sul punto già nel Third Report della Commissione sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, pur riferito, nello specifico, allo studio dell'ambito soggettivo dell'argomento (in particolare, v. par. 148).

rispetto al noto rapporto tra atti *iure imperii* ed atti *iure gestionis* per la disciplina delle immunità⁴¹⁴, concorrendo astrattamente a sottolineare un elemento comune, di carattere governativo, del concetto di “funzione ufficiale”.

A ben vedere, tuttavia, su una tale analogia non sussistono opinioni concordanti.

La stessa Commissione del Diritto Internazionale, proprio nel Report dedicato alla definizione dei profili di carattere oggettivo dell’immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera, sottolinea come i concetti avrebbero, nondimeno, un diverso ambito applicativo⁴¹⁵.

*

Un ulteriore criterio di attribuzione meritevole di essere richiamato è individuato dall’articolo 8 del Progetto di articoli, che descrive l’organo di fatto:

« *The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct*».

La formulazione della disposizione evidenzia, in primo luogo, la rilevanza in tale contesto del principio di effettività, così come la necessità di poter definire con chiarezza le fattispecie (istruzioni, direzione o controllo) che permettono di attribuire un

⁴¹⁴ Si pensi, ad esempio, alle posizioni della dottrina che, non correttamente, danno particolarmente conto di tale aspetto in quanto riconducono l’immunità dell’individuo-organo a quella dello Stato di appartenenza. V., per tutti, FOX, H. (2015) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press. Da alcuni questo parallelismo, invece, è richiamato anche con riferimento all’immunità degli ex Capi di Stato, come da HENZELIN M. (2002), *L’immunité pénale des chefs d’Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption*, in RSDIE 2/2002, p. 195, analizzando la sentenza del Tribunale federale svizzero del 2 novembre 1989 nel caso Marcos.

⁴¹⁵ Cfr. *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández, 67th session of the ILC (2015), A/CN.4/686, par. 30: «It is also important to bear in mind that the distinction between “act performed in an official capacity” and “act performed in a private capacity” is not equivalent to, and should not be confused with, the distinction between *acta jure imperii* and *acta jure gestionis*, which are characteristics of State immunity. The term “act performed in an official capacity” is broader in scope than “*acta jure imperii*”, as the former may cover certain *acta jure gestionis* performed by State officials in the discharge of their mandate and in exercise of State functions»; a tal proposito, in un passaggio successivo del Report citato (par. 40), la Special Rapporteur richiama anche un passaggio della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)* – 2012: «The Court considers that the terms “*jure imperii*” and “*jure gestionis*” do not imply that the acts in question are lawful but refer rather to whether the acts in question fall to be assessed by reference to the law governing the exercise of sovereign power (*jus imperii*) or the law concerning non-sovereign activities of a State, especially private and commercial activities (*jus gestionis*)» (cfr. par. 60).

comportamento di fatto dell'individuo allo Stato di appartenenza⁴¹⁶.

Dal combinato disposto delle norme citate, pertanto, risulterebbe ad un primo esame che l'iter di accertamento da seguire al fine di verificare se una condotta può essere validamente attribuibile allo Stato per conto della quale è stata posta in essere è la seguente: valutare, in primo luogo, se all'individuo che ha posto in essere gli atti sia qualificabile come organo statale, oppure, in assenza di tale rapporto ufficiale, vi siano comunque elementi in grado di far dedurre che questi ha agito in nome e per conto dello Stato⁴¹⁷.

Se il legame tra Stato e individuo-organo, sia ufficiale che di carattere fattuale, non risulta comunque provato, si tratterà infine di verificare se lo Stato in questione risulti aver esercitato una qualche forma di direzione o controllo nei confronti degli autori delle condotte ad esso riconducibili.

*

Accanto alle regole di attribuzione concernenti i criteri di identificazione dell'organo dello Stato ai fini della responsabilità internazionale, inoltre, il Progetto del 2001 prevede delle norme volte ad individuare i limiti di liceità dell'azione di tali organi.

In primo luogo, infatti, l'estensione dei poteri esercitabili dal singolo dovrebbe, in linea teorica, essere indicata dallo Stato di appartenenza nel conferimento delle funzioni ufficiali.

Qualora l'azione dell'individuo-organo si spingesse oltre i confini di legittimità così (o non affatto) identificati, tuttavia, tale semplice circostanza non basterebbe ad escludere la responsabilità anche statale per le condotte poste in essere.

L'art. 7 del Progetto del 2001 disciplina, infatti, l'ipotesi in cui la condotta dell'organo stesso si risolva in un eccesso di potere o in azioni contrarie alle istruzioni

⁴¹⁶ La definizione di tali principi è effettuata, come risulta dal commentario del Progetto di articoli, richiamando la giurisprudenza più autorevole all'epoca rintracciabile su questi temi, vale a dire la sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 1986 nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, nonché la decisione della Appeals Chamber del Tribunale Internazionale per l'ex-Jugoslavia nel caso *Tadic* (per quanto recanti impostazioni diverse sul concetto di "controllo"). Cfr. paragrafi 4 e 5 del commento all'articolo 5 del Progetto di articoli.

⁴¹⁷ Tuttavia, come evidenziato dalla Commissione del Diritto Internazionale nel suo lavoro sul tema dell'immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione penale straniera, in questo caso la definizione di "organo dello Stato" dovrà essere molto più accurata (cfr. *Fourth Report* (2015), par. 114).

impartite.

« *The conduct of an organ of a State or of a person or entity empowered to exercise elements of the governmental authority shall be considered an act of the State under international law if the organ, person or entity acts in that capacity, even if it exceeds its authority or contravenes instructions*».

Secondo una distinzione già richiamata in precedenza, la responsabilità dello Stato di appartenenza verrebbe meno solo nell'ipotesi in cui l'organo avesse agito *iure privatorum*.

Il problema, dunque, sarebbe quello di definire quando una condotta può definirsi *ultra vires* oppure essere diversamente qualificabile come meramente privata.

L'elemento di differenziazione, come suggerito da una buona parte della dottrina, risiederebbe nel fatto di aver agito, anche nel caso di condotte *ultra vires*, dietro lo schermo e con l'impiego dell'autorità riconosciuta all'organo statale⁴¹⁸. Per utilizzare un'altra espressione già citata in precedenza, si tratterebbe di situazioni in cui «*ostensible authority passes for actual authority*⁴¹⁹».

⁴¹⁸ CRAWFORD, *State Responsibility. The General Part*, pp. 136 – 139, cita due esempi che, per quanto risalenti, contribuiscono a chiarire quanto evidenziato con riferimento alle condotte *ultra vires* degli organi dello Stato. Il primo, *Estate of Jean Baptiste Caire v. Mexico (France v. Mexico)*, fa riferimento alla decisione della French-Mexican Claims Commission nei confronti di due ufficiali e dello Stato messicano, per arresto illegale e uccisione di un cittadino francese, in cui la responsabilità fu accertata proprio per aver i detti organi agito in dimostrazione e nell'esercizio, per quanto illegittimo, dell'autorità ad essi conferita dal Paese di appartenenza. Nel secondo caso, invece, *Yaeger v. Iran* (1987), l'Iran-US Claims Tribunal accertò, tra le diverse statuizioni, l'impossibilità di attribuire allo Stato iraniano le azioni illecite esercitate nei confronti del ricorrente da parte di alcuni funzionari della Iran Air in quanto evidentemente poste in essere a titolo privato, mentre ritenne il Governo responsabile per le condotte di due ufficiali della Guardia Rivoluzionaria dal momento che, pur non essendo tale corpo ancora pienamente riconosciuto e assorbito nell'organizzazione interna statale, i soggetti avevano agito i poteri loro attribuiti a livello governativo. Analogamente, inoltre, tali situazioni sono evidenziate anche con riferimento al noto caso *Rainbow Warrior* e al processo svolto a carico dei due agenti francesi Mafart e Prieur: sebbene la questione tra Francia e Nuova Zelanda sia stata successivamente risolta in sede arbitrale, merita di essere richiamata la circostanza per cui, inizialmente, i due agenti erano stati sostanzialmente riconosciuti quali organi dello Stato francese secondo le caratteristiche dell'art. 4, per poi affermarne l'estraneità delle condotte in quanto poste in essere a titolo esclusivamente privato in analogia con quanto solo successivamente codificato con l'art. 7 del Progetto di articoli del 2001.

⁴¹⁹ VAN ALEBEEK sottolinea più volte tale visione, cfr. ad esempio, *op. cit.* pp. 132 – 135 e 156 – 157. Con questa posizione l'autrice si oppone alla concezione per cui: «The role of functional immunity is at times defined in terms of the official capacity in which the state official has acted. The official capacity in this definition however is often approached as a factual rather than legal concept». Cit. VAN ALEBEEK, R. (2007) *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press.

L'elemento dell'autorità statale ha dunque un rilievo centrale nel procedimento generale di attribuzione, ed è interessante altresì valutarne la rilevanza nel trattamento delle condotte dei singoli agenti statali in cui questa può tradursi⁴²⁰.

Sul punto, una delle conclusioni preliminari che possiamo trarre dalla considerazione delle norme del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, è che gli ambiti di competenza organica che possono dare luogo ad attribuzione dell'illecito internazionale, rispetto alle ipotesi di riconoscimento dell'immunità funzionale all'individuo-organo, si dimostrano più ampi e differenziati, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, nonché fondati tanto su elementi di fatto che di diritto in grado di assumere pari importanza.

L'ampliamento più significativo pare essere proprio quello che concerne l'elemento che abbiamo definito come soggettivo, restituendo una nozione di organo statale che va al di là delle categorie espressamente titolari di una funzione ufficiale da porre in essere in nome e per conto dello Stato di appartenenza, come nel caso delle immunità *ratione materiae*.

Ad ogni modo, la conferma della separazione tra questi due ambiti si deriva anche e soprattutto dalla valutazione della ratio sottesa alle rispettive regole. Come ha sottolineato autorevole dottrina, infatti:

«The rules of attribution apply in determining whether the conduct of a state amounts to an internationally wrongful act. The rules of attribution make no distinction as to the function underlying the exercise of public powers by the state official or state organ in question. The emphasis is rather on the fact that the official or organ has exercised public power. The rules of state immunity operate very differently. They are designed to reconcile a conflict between the right of the forum state to exercise

⁴²⁰ Per fare un esempio, basti pensare al caso del personale diplomatico e consolare statunitense a Teheran, oggetto di una rilevante pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia (United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980). Il 4 novembre 1979, nel corso di una pubblica manifestazione di protesta un folto gruppo di studenti armati aveva occupato gli edifici dell'ambasciata americana a Teheran prendendo in ostaggio il personale ivi presente; la crisi si protrasse per diversi mesi e gli ostaggi furono liberati soltanto nel gennaio 1981. A prescindere dai riferimenti al diritto internazionale pattizio e consuetudinario relativo al trattamento degli organi diplomatici e consolari, vale la pena di accennare al punto in cui la Corte valorizza l'appoggio e la rivendicazione dell'operato dei militanti autori dell'assalto all'ambasciata statunitense da parte, tra gli altri, dello stesso Ayatollah Khomeini. Si legge infatti nella sentenza: «the militants, authors of the invasion and jailers of the hostages, had now become agents of the Iranian State for whose acts the State itself was internationally responsible» (cfr. p. 36).

*adjudicative competence and the right of the foreign state to exercise sovereign rights without interference from the forum state. Unlike the rules of attribution, the law of state immunity is concerned with the function underlying the exercise of public powers because this is essential to the reconciliation of the competing interests of the forum state and the foreign state*⁴²¹».

Se, da un lato, questo è un primo aspetto di rilievo che emerge con riferimento alle regole di attribuzione dell'illecito allo Stato, occorre a questo punto, dall'altro, andare a valutare quali sono le differenze di tale impostazione rispetto alle norme che disciplinano la responsabilità individuale per l'illecito internazionale.

Questo ulteriore passaggio ci permetterà, infine, di formulare una valutazione conclusiva sull'ipotizzato parallelismo tra le norme in materia di responsabilità per atto illecito e norme che disciplinano l'immunità *ratione materiae*, nonché i possibili spunti che, da tale settore, possono in ogni caso essere rilevati a favore di una definizione unitaria e trasversale di “funzione ufficiale”.

3. LE NORME CHE RICONOSCONO FORME DI RESPONSABILITÀ INDIVIDUALE NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

La disamina delle norme e dei principi del Progetto di articoli della Commissione del Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti ha dimostrato che non sussiste un effettivo parallelismo (quanto ai presupposti oggettivo e soggettivo) tra la disciplina di tale materia e quella dell'immunità degli organi stranieri dalle giurisdizioni nazionali.

Ancora prima che nello sviluppo del Progetto di articoli, questo particolare tema era venuto in rilievo nel dibattito dottrinale con specifico riferimento alla possibilità di considerare l'esercizio della giurisdizione su singoli individui accusati di crimini internazionali⁴²².

⁴²¹ Cit. DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, p. 14.

⁴²² La «individualisation of responsibility and the disruption of the unity of state responsibility» citata da NOLLKAEMPER A. (2003), *Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, p. 631. Per una ricostruzione ancora più dettagliata si veda l'opera di VAN ALEBEEK, R. (2007) *The Immunity of States*

In linea generale, il riconoscimento della soggettività dell'individuo nel diritto internazionale è infatti al centro di uno dei dibattiti più avvincenti e risalenti della materia⁴²³, soprattutto per quanto concerne la responsabilità⁴²⁴ personale per atti internazionalmente illeciti.

Sotto questo profilo specifico, il punto di svolta è stato rappresentato da quella che è stata definita da autorevoli voci come la “Nuremberg Revolution⁴²⁵”, vale a dire i processi intentati a carico dei principali responsabili dei crimini più gravi commessi nel contesto della Seconda Guerra Mondiale⁴²⁶.

In una successiva fase, vengono invece in rilievo le norme degli Statuti dei

and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, Oxford University Press, e in particolare il capitolo n. 5, “The immunity of State officials in the light of obligations of individuals under international law”.

⁴²³ Sul punto merita di essere richiamata la risposta elaborata da Sperduti alle resistenze opposte in epoca precedente dalla dottrina alla considerazione del rilievo internazionale dell'individuo: «l'idea degli individui come oggetto di norme internazionale è particolarmente propugnata dagli autori che negano l'esistenza di interessi individuali internazionalmente protetti e, magari, giungono fino all'estremo di non concepire gli individui, dal punto di vista internazionale, che come oggetto di un diritto reale degli Stati. A ciò va decisamente opposto che gli individui sono lontani dall'essere, per il diritto internazionale, semplici beni o strumenti per soddisfare i bisogni degli Stati. Essi sono centri di interessi che l'ordinamento tende a proteggere con proprie norme appunto come interessi loro propri. Essi sono centri di attività, di per sé idonee ad incidere in senso soddisfacente o lesivo su interessi internazionalmente protetti, delle quali l'ordinamento persegue la disciplina appunto come di attività individuali». Cit. SPERDUTI G. (1950), *L'individuo nel diritto internazionale - Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività*, Milano, Giuffrè Editore, 1950, p. 106.

⁴²⁴ A livello penale, soprattutto, ma anche di natura civile, v. art. 14 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani e degradanti (10 dicembre 1984).

⁴²⁵ V. DUPUY P.M. (2002), *International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 1086.

⁴²⁶ Per un esempio ancora precedente, tuttavia, basti vedere l'art. 227 del Trattato di Versailles e il giudizio a carico di Guglielmo II di Hohenzollern. Le norme dei trattati e degli Statuti dei Tribunali internazionali che hanno permesso lo svolgimento di tali giudizi, pertanto, rappresentano le disposizioni di riferimento a tal proposito: come la Carta di Londra del 1945 e la conseguente istituzione del Tribunale Militare Internazionale di Norimberga (Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945), oppure i paralleli atti istitutivi del Processo di Tokyo ad opera del Tribunale militare internazionale per l'Estremo Oriente. Con riferimento alla Carta di Londra, v. in particolare l'art. 9: «At the trial of any individual member of any group or organization the Tribunal may declare (in connection with any act of which the individual may be convicted) that the group or organization of which the individual was a member was a criminal organization»; l'articolo 10, invece, prevedeva che «in cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned».

Tribunali Penali Internazionali per l'ex-Jugoslavia ed il Rwanda, nonché della Corte Penale Internazionale⁴²⁷.

Abbiamo già ripetutamente affermato come il tema del rapporto tra immunità e commissione di crimini internazionali (quale possibile eccezione al riconoscimento di tale beneficio) non forma oggetto di specifica trattazione all'interno del presente lavoro.

In questa sede, tuttavia, un profilo meritevole di essere posto in evidenza con riferimento alla norme giuridiche analizzate in precedenza è quello della possibile concorrenza tra le ipotesi di responsabilità internazionale dell'individuo e dello Stato, che è stato ampiamente studiato dalla dottrina (nonché della stessa Commissione del Diritto Internazionale), senza tuttavia pervenire ancora ad una «elaborazione giuridica unitaria che fornisca in una prospettiva generale una ricostruzione sistematica del rapporto⁴²⁸».

Per quanto non concorra direttamente alla definizione delle funzioni ufficiali dello Stato tutelate attraverso il riconoscimento dell'immunità dei rispettivi organi dalla giurisdizione straniera, lo studio delle forme di responsabilità individuale appare comunque meritevole di approfondimento, principalmente a completamento e raccordo dei parallelismi individuati nel presente capitolo.

Dopo aver osservato come le regole in materia di attribuzione dell'illecito statale restituiscono una definizione ampia e dinamica degli individui-organi della cui condotta lo Stato può validamente essere chiamato a rispondere, così come delle stesse attività ad essi riferibili, occorre aggiungere e porre a confronto quanto rilevato dallo studio svolto nel presente paragrafo sulle norme, che, invece, direttamente riconoscono una qualche forma di responsabilità personale in capo all'individuo.

Non si può non evidenziare che il riconoscimento della possibilità, per il singolo, di essere destinatario di obblighi internazionali, e quindi di porre autonomamente in

⁴²⁷ Con riferimento a quest'ultima v. il più volte menzionato articolo 27⁴²⁷ (rubricato "Irrilevanza della qualifica ufficiale"), oppure l'articolo 7, comma 2, dello Statuto ICTY e l'articolo 6, comma 2, ICTR.

⁴²⁸ Cit. BONAFÉ B. (2006), *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006, p. 502. Per ulteriori autorevoli contributi sul tema si possono citare, inoltre, DUPUY P.M. (2002), *International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University press, 2002 e NOLLKAEMPER A. (2003), *Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615 – 640.

essere atti internazionalmente illeciti suscettibili di implicare anche la sua responsabilità penale individuale, pone la posizione dell'individuo-organo su un piano distinto, e che può essere solo parzialmente coincidente, rispetto a quello dello Stato di appartenenza.

Questa “idea di fondo della necessaria non responsabilità degli individui-organi quando agiscono ufficialmente⁴²⁹”, pertanto, elaborata con riferimento ad una fase storica in cui era soltanto la responsabilità statale ad essere presa in considerazione, dimostra di essere ormai non adeguata alle esigenze contemporanee in tema di giustizia internazionale⁴³⁰.

Al contrario, si potrebbe ipotizzare che la previsione, nel diritto internazionale, anche di forme di responsabilità personale dell'individuo, abbia rotto gli schemi della teoria organica di origine kelseniana nella quale gli individui sono elementi costitutivi dello Stato, che non può che agire mediante i propri organi, e tuttavia questi ultimi sono sprovvisti di personalità giuridica ed autonomia.

Si può affermare che l'evoluzione è stata portata da fattori quali, in particolare, lo sviluppo del diritto penale internazionale contemporaneo, con il conseguente superamento del modello dell'unica forma di responsabilità internazionale quale quella attribuita allo Stato, per riconoscere anche all'individuo-organo agente l'imputabilità per la propria condotta⁴³¹.

⁴²⁹ PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, cit. p. 755, e in *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), p. 10. Di una *dissociazione* tra la condotta dell'individuo e quella dello Stato (con «l'affermarsi di una repressione internazionale di crimini individuali»), parla anche BONAFÉ B. (2004), *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, in *Rivista di diritto internazionale*, p. 419.

⁴³⁰ Lo stesso commentario all'art. 58 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati afferma, pur con particolare riferimento alla commissione di crimini internazionali, che «the question of individual responsibility is in principle distinct from the question of State responsibility», ma anche che «State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. Nor may those officials hide behind the State in respect of their own responsibility for conduct of theirs which is contrary to rules of international law which are applicable to them». È interessante, inoltre, notare come il commento in esame ponga il collegamento tra punizione degli individui-organi e riparazione dell'illecito (cfr. par 3 del commento all'art. 58).

⁴³¹ Le conseguenze di tale cambiamento, secondo PISILLO MAZZESCHI, possono essere descritte in questi termini: «questa evoluzione segna una rottura radicale rispetto al sistema tradizionale della responsabilità internazionale e produce effetti anche sul sistema complessivo del diritto internazionale. Pertanto essa induce a dubitare circa la fondatezza attuale della teoria tradizionale sull'immunità

Da tali rilievi possiamo dunque ulteriormente dedurre che, se le regole di attribuzione della responsabilità e di riconoscimento dell'immunità sono ben distinte a livello statale, e non tutte le attività poste in essere dall'individuo-organo sono esclusivamente imputabili allo Stato, allora le norme che disciplinano immunità dalla giurisdizione straniera hanno un ambito specifico di operatività.

Tale operatività verrà in rilievo, in particolare, nel momento in cui l'organo sarà chiamato a rispondere davanti ad un giudice nazionale della propria condotta e quest'ultimo, qualora l'agente sia riconosciuto beneficiario di immunità *ratione materiae*, sarà tenuto a negare la propria giurisdizione.

Tale rapporto tra Stato e organo ha rilievo, per le ragioni sopra indicate, sia con riferimento alla disciplina della responsabilità per illeciti internazionali, che con riferimento ai collegamenti ipotizzabili tra immunità statale e immunità funzionale dell'individuo-organo, come si avrà modo di approfondire nei successivi paragrafi⁴³².

3.1 I CONCETTI DI RESPONSABILITÀ E DI IMMUNITÀ IN RELAZIONE ALL'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

Alla luce del complesso di norme citate con riferimento al Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati, un dato certo è che le conclusioni adottate dalla Commissione del Diritto Internazionale sul tema non hanno mancato di sollevare un ampio dibattito in merito ad alcune questioni giuridiche che si collegano ai due concetti posti alla base della nostra riflessione sull'immunità *ratione materiae*, vale a dire quelli di “organo” e di “funzione”.

In primo luogo, infatti, i criteri di attribuzione della responsabilità così individuati inducono a valutare la possibilità di ricondurre allo Stato la condotta di

funzionale. In altri termini, è venuto meno il presupposto per cui l'atto dell'individuo-organo che agisce ufficialmente è attribuibile sempre e solo allo Stato». Cfr. *op. ult. cit.* p. 755.

⁴³² Sulla rilevanza di questo di confronto si veda, ad esempio, Bonafè: «this relationship raises a number of specific legal questions of practical interest for the daily application of and compliance with international norms. These concern, for instance, the possibility to prosecute state organs notwithstanding the immunity to which they might be entitled, or the possibility to recognize different degrees of culpability of state organs according to the position they hold in the state apparatus». Cfr. BONAFÉ, B. (2009), *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, cit. pp. 1 – 5.

individui che sono a questo legati da un rapporto in primo luogo giuridico e, in taluni casi, di fatto, sulla base di una distinzione tra organi e soggetti che pongono in essere funzioni ufficiali per conto dello Stato che assume autonoma rilevanza⁴³³.

In tale contesto l'individuo-agente così identificato si vedrebbe attribuita la qualità di organo di fatto sulla base di una sostanziale assimilazione di funzioni e controlli, che è stata riconosciuta anche da buona parte della giurisprudenza⁴³⁴.

In secondo luogo, le osservazioni già svolte con riguardo alla posizione dell'individuo-agente rispetto all'organizzazione statale di appartenenza hanno indotto parte della dottrina a ritenere che il Progetto di articoli si sia sviluppato nel senso di non indicare in modo stringente i collegamenti istituibili fra attribuzione allo Stato dell'illecito e crimini dell'individuo, conservando l'autonomia dei due elementi⁴³⁵ e dei due livelli di responsabilità.

E ciò anche nell'ipotesi di commissione, da parte dell'individuo-organo, di crimini internazionali.

Occorre infine ricordare un'ultima pertinente disposizione del Progetto di articoli del 2001 della Commissione, sulla base della quale le condotte poste in essere da parte degli individui che agiscono in nome e per conto dello Stato sono passibili di

⁴³³ Si vedano, le interessanti analisi del Prof. Palchetti già citate su questo punto. Ad esempio, PALCHETTI, P. (2006), *Comportamenti di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5 ss. L'organo di fatto può essere individuato nell'individuo che ricopre senza titolo formale e in buona fede (oppure volutamente usurpando) un ufficio pubblico comunque precostituito.

⁴³⁴ A favore si possono citare i casi *Kenneth P. Yaeger v. the Islamic Republic of Iran* (1987), *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua vs. United States)*, Corte Internazionale di Giustizia, 1986. In senso difforme, e con particolare attenzione al criterio del controllo globale, il Tribunale penale internazionale per l'ex - Jugoslavia nel caso Tadic (*Prosecutor v. Dusko Tadic*, sentenza della Camera d'appello del 15 luglio 1999). Si vedano anche i commenti all'art. 8 del Progetto di articoli, «The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct».

⁴³⁵ Sul punto v. DE SENA, P. (2006), *Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stato: rapporti e problemi di collegamento*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 469 – 499. Tra la giurisprudenza citata si veda, ad esempio, il caso *Raimbow Warrior o Congo c. Belgio* (2002). L'autore cita, inoltre, alcuni casi che potrebbero definirsi sintomatici del percorso inverso, per cui è la condotta posta in essere dall'individuo-organo a escludere la responsabilità statale, come nel caso dell'*Applicazione della Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio (Croazia c. Serbia)*, oppure la sentenza della Camera d'appello del 10 dicembre 1998 ICTY in *Prosecutor v. Furundzija*.

integrare autonomi profili di illegittimità.

Si tratta dell'articolo 58, rubricato per l'appunto "*Individual responsibility*", ove si prevede che:

«*These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State*⁴³⁶».

La citata norma di chiusura, affermando che il Progetto di articoli non si occupa dei profili della responsabilità individuale, ai sensi del diritto internazionale, degli individui agenti per conto di uno Stato, conferma che i due profili di responsabilità si pongono, in linea di principio, su livelli distinti⁴³⁷.

Vi sono casi, pertanto, in cui la condotta dell'individuo-organo non sarà imputata direttamente allo Stato di invio, bensì avrà rilevanza a sé⁴³⁸, sia sotto il profilo della responsabilità civile che, soprattutto, penale.

Questo aspetto, in particolare, merita di essere approfondito, verificando, *in primis*, le disposizioni del Progetto del 2001 che possono essere ad esso collegate e ponendo successivamente a confronto tali previsioni con la dottrina e la prassi più significative.

*

All'interno del dibattito relativo ai lavori della Commissione del Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati, la considerazione del trattamento

⁴³⁶ Di questa "*without prejudice clause*" un riferimento analogo può essere individuato nell'art. 4 del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (adottato dalla Commissione del Diritto Internazionale nel 1996), il quale, a sua volta dispone che «the fact that the present Code provides for the responsibility of individuals for crimes against the peace and security of mankind is without prejudice to any question of the responsibility of States under international law»; tale aspetto è sottolineato sempre da BONAFÉ, B. (2006), *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*.

⁴³⁷ Cfr. paragrafi 1 e 3 del commento all'articolo 58 del Progetto di articoli.

⁴³⁸ Sul rapporto tra i diversi livelli di responsabilità, è questa l'interpretazione data all'art. 58: «State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. Nor may those officials hide behind the State in respect of their own responsibility for conduct of theirs which is contrary to rules of international law which are applicable to them. The former principle is reflected, for example, in article 25, paragraph 4, of the Rome Statute of the International Criminal Court, which provides that: "[n]o provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law." The latter is reflected, for example, in the well-established principle that official position does not excuse a person from individual criminal responsibility under international law» (cfr. p. 143).

dell'individuo-organo può essere ricostruita secondo più fasi successive⁴³⁹.

Il percorso di progressivo affievolimento del collegamento inizialmente ipotizzato tra punibilità dell'individuo-organo e responsabilità dello Stato viene completato con l'approvazione del Progetto di articoli del 2001, che viene a segnare una chiara separazione tra i due poli.

Sono due le norme concernenti tale aspetto.

La prima è espressa dall'art. 41, par. 3, relativa alla violazione grave di obblighi derivanti da norme imperative del diritto internazionale generale: «*This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law*».

La seconda disposizione (il già citato art. 58), invece, dispone in maniera espressa e più puntuale che gli articoli del Progetto «*are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State*» e indica, quale indirizzo di fondo, una separazione tra i due piani di indagine.

Verificare se si tratti dell'impostazione più opportuna e rispondente allo stato attuale anche della disciplina dell'immunità funzionale impone un'analisi più attenta non solo dei significati attribuiti all'art. 58, ma anche delle considerazioni svolte al riguardo tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza, così come dalla Commissione nel suo lavoro parallelo sull'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione

⁴³⁹ Anche in questo caso un autorevole contributo in tal senso viene da DE SENA P. (2006), *Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stato: rapporti e problemi di collegamento*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 469 – 499.

Le concezioni più risalenti, riferite al contributo dei Relatori speciali Ago e Riphagen, sono sorte in parallelo alla crescita delle fattispecie di punibilità degli individui per crimini internazionali e con alla base un'idea di immunità quale principio generale dell'ordinamento internazionale.

In tale contesto, la possibilità di esercizio della giurisdizione su organi stranieri era vista come un'ipotesi di sospensione di tale regola. Più precisamente, relativamente al rapporto con la responsabilità statale per i medesimi fatti, la punizione dell'organo era valutata alla stregua di una contromisura nei confronti del medesimo Stato, pur allontanando ogni idea di una caratterizzazione in senso penalistico della sua condotta. Successivamente, in una diversa fase, caratterizzata dalla difficoltà a voler collegare il trattamento dell'individuo-organo e dello Stato di appartenenza, nonché dal lavoro di Arangio Ruiz in qualità di Relatore speciale del progetto, viene ribadito che la punizione dell'agente straniero non può essere inserita tra le potenziali conseguenze di un illecito internazionale. Si veda, ad esempio, il commento di Arangio Ruiz nel suo *Seventh Report* all'art. 19 del Progetto di articoli redatto da Ago.

penale straniera.

Un'indicazione chiara, in ogni caso, viene già dallo stesso commento all'articolo 58, il quale esplicita che: «*State is not exempted from its own responsibility for internationally wrongful conduct by the prosecution and punishment of the State officials who carried it out. Nor may those officials hide behind the State in respect of their own responsibility for conduct of theirs which is contrary to rules of international law which are applicable to them*⁴⁴⁰».

L'esercizio della giurisdizione nei confronti dell'individuo-organo accusato di un illecito internazionale non è sufficiente a far venir meno la responsabilità dello Stato per le medesime azioni (e quindi non potrebbe essere validamente letto quale contromisura nei suoi confronti), così come l'invocazione della responsabilità statale non conduce ad escludere la possibilità di perseguire gli agenti per suo conto («*single act, dual responsibility*⁴⁴¹»).

Se si volessero ricondurre tali prospettive sull'art. 58 ad una delle diverse teorie formulate nel dibattito scientifico relativamente al nostro tema di indagine, si potrebbe ipotizzare un parallelismo rispetto alle posizioni, analizzate in precedenza, che ritengono vigente nel diritto internazionale una regola generale in merito all'immunità funzionale di tutti gli organi statali, sul presupposto che le attività da questi poste in essere sarebbero del tutto assorbite nelle attività attribuibili allo Stato di appartenenza.

Gli autori che hanno trattato questo specifico tema, del resto, hanno principalmente fornito un'interpretazione riferibile alla natura di contromisura della sospensione del regime di immunità funzionale dell'individuo-organo, mentre da altri la deroga all'immunità dalla giurisdizione è stata ricondotta ad un'eccezione ad essa applicabile in relazione ai crimini internazionali più gravi.

Se si guarda alla prassi, invece, è possibile affermare la carenza di un orientamento univoco tanto con riferimento alla ricostruzione del rapporto tra punibilità

⁴⁴⁰ Nondimeno, v. par. 3 del commento all'articolo 58, «The former principle is reflected, for example, in article 25, paragraph 4, of the Rome Statute of the International Criminal Court, which provides that: “[n]o provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law.” The latter is reflected, for example, in the well-established principle that official position does not excuse a person from individual criminal responsibility under international law».

⁴⁴¹ Cfr. *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández (67th session of the ILC, 2015 - A/CN.4/686), par. 99.

dell'organo e responsabilità dello Stato come contromisura legittima all'illecito statale, quanto alla vigenza di un'eccezione alla regola dell'immunità per la commissione di crimini internazionali.

Semmai, un'osservazione generale degna di nota si pone nel senso di escludere la possibilità di ritenere assorbita la condotta dell'individuo-organo nella responsabilità dello Stato, concedendo al massimo che i casi di effettiva punizione degli agenti possano eventualmente essere letti come indice di esclusione dell'elemento soggettivo, della volontà dell'illecito⁴⁴².

Riservando lo studio di questi profili (e, in particolare, del secondo) ad un successivo passaggio, merita in questo momento di essere posto in evidenza, a partire dalle indicazioni della giurisprudenza, un elemento di riflessione specifico.

*

Il fatto che la giurisdizione delle corti nazionali, principalmente di matrice anglosassone, sia stata generalmente esercitata nei confronti di organi sospettati di gravi violazioni dei diritti umani (come nei casi di tortura)⁴⁴³, è dovuto all'impossibilità o alla mancanza di volontà di considerare determinate condotte come funzioni ufficiali, atti posti in essere nell'esercizio dell'attività di governo dello Stato.

Per riprendere un'espressione già impiegata, ci si riferisce all'ipotesi di considerare gli illeciti contestati all'individuo-organo come atti posti in essere *iure privatorum*, a titolo privato, e non corrispondenti all'esercizio delle proprie funzioni pubbliche⁴⁴⁴.

⁴⁴² Sul punto può essere nuovamente rievocato l'esempio del procedimento a carico degli agenti francesi Mafart e Prieur per l'attentato alla nave Rainbow Warrior nel porto neozelandese di Auckland. V. DE SENA, *op. cit.*, p. 486.

⁴⁴³ Il richiamo è alla prassi delle corti statunitensi e inglesi relativamente alle cause civili promosse dalle vittime di tali crimini ai fini di ottenere una forma di risarcimento o riparazione per quanto subito; basti menzionare, a tal proposito, tra i casi riportati dallo stesso DE SENA, *op. cit.*, p. 477, le decisioni in Filartiga, Marcos, Kadic v. Karadzic, Xuncax v. Gramajo. Per la precisione, con riguardo a quest'ultima decisione (*Xuncax v. Gramajo*, United States District Court. D. Massachussets, 12 aprile 1995), la Corte o ha affermato che «the acts which form the basis of these actions exceed anything that might be considered to have been lawfully within the scope of Gramajo official authority. Accordingly, I conclude that the defendant is not entitled to immunity under the FSIA, even if this statute were construed to apply to individuals acting in their official capacity».

⁴⁴⁴ Va sottolineato, per esempio con riferimento alla giurisprudenza di segno civilistico delle corti statunitensi, che tale interpretazione è stata favorita nell'ottica di arrivare a poter riconoscere una forma di

La dottrina si è ampiamente interrogata sulle conseguenze di siffatta qualificazione, soprattutto in relazione all'affermazione della responsabilità statale per crimini internazionali.

Da una parte, infatti, la soluzione è stata positivamente accolta nell'ottica di facilitare la punibilità degli individui a scapito della loro immunità funzionale in qualità di organi dello Stato, basandosi proprio sull'interpretazione tanto dell'articolo 58 del Progetto di articoli del 2001, quanto di ulteriori norme in esso contenute⁴⁴⁵.

Dall'altra, al contrario, sono stati sollevati forti dubbi in relazione al fatto che qualificare crimini internazionali gli atti posti in essere dall'individuo agente a titolo privato comporterebbe l'impossibilità di attribuire tali azioni anche allo Stato di appartenenza ai fini dell'affermazione della sua responsabilità⁴⁴⁶.

Non è forse un caso che una tappa importante del dibattito in commento è stata rappresentata dalla decisione, o meglio dell'*obiter dictum* in essa contenuto, della Corte Internazionale di Giustizia del 2002 nel caso Congo c. Belgio⁴⁴⁷.

Nella citata (e molto dibattuta) sentenza la Corte ha sostanzialmente affermato la possibilità che l'immunità funzionale dell'organo statale, in questo caso un ex Ministro degli esteri, oltre che per fatti relativi a periodi precedenti o successivi all'assunzione

risarcimento alle vittime delle violazioni di diritti umani. Una delle voci più autorevoli a riconoscerne la natura di "practical expedient" è quella di CASSESE, A. (2002), *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, vol. 13, n. 4, p. 869.

⁴⁴⁵ Come l'art. 7 che, si ricorda, fa riferimento alla diversa ipotesi degli atti *ultra vires*, ovvero del comportamento di un organo statale considerato come un atto dello Stato ai sensi del diritto internazionale, se lo stesso organo, persona o ente ha agito in tale qualità, anche se eccede la propria competenza o contravviene agli ordini impartiti.

⁴⁴⁶ SPINEDI, che si pone sulla stessa linea di CASSESE sull'argomento, vi si riferisce come ad un «remedy more harmful than the wrong», cfr. *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?*, in *European journal of International Law*, vol. 13, n. 4, p. 897.

⁴⁴⁷ Questa sentenza è già stata analizzata in precedenza nello studio della prassi relativa agli organi statali cui può essere validamente riconosciuta l'immunità funzionale, mentre nella presente sede può essere utile richiamare soltanto che la decisione concerne la legittimità del mandato d'arresto emesso dalle autorità belghe nei confronti dell'ex Ministro degli esteri congolese Yerodia. Il passaggio rilevante è il seguente (par. 61 della sentenza del 14 febbraio 2002): «after a person ceases to hold the office of Minister for Foreign Affairs, he or she will no longer enjoy all of the immunities accorded by international law in other States. Provided that it has jurisdiction under international law, a court of one State may try a former Minister for Foreign Affairs of another State in respect of acts committed prior or subsequent to his or her period of office, as well as in respect of acts committed during that period of office in a private capacity».

della qualifica ufficiale, possa cedere di fronte all'esercizio della giurisdizione per atti posti in essere nel periodo di vigenza del mandato, ma *a titolo privato*⁴⁴⁸.

Non riscontrando la sussistenza di tale ipotesi nel caso di specie, la Corte ha condannato il Belgio per non aver rispettato l'immunità dell'organo dello Stato congolese.

Ne discenderebbe che, qualora condotte di tal segno risultino riconducibili all'esercizio di funzioni ufficiali, il loro autore non sarebbe perseguibile nemmeno in ipotesi di rilevante gravità.

A prescindere dalla attuale validità della pronuncia, alla luce delle successive evoluzioni della giurisprudenza sul punto (si veda, ad esempio, in merito al rapporto tra punibilità dell'individuo e immunità dello Stato, la Corte Suprema statunitense in Samantar v. Yousuf), uno dei dati che emergono è l'importanza della definizione di "attività ufficiali" ai fini del riconoscimento dell'immunità organica, soprattutto a confronto con le posizioni che sostengono l'assorbimento di quest'ultima nell'immunità dello Stato di appartenenza.

Anche in questo caso, però, se l'esercizio della giurisdizione straniera nei confronti dell'individuo-organo deve essere ancorata al fatto che questi abbia agito a titolo privato invece che nell'esercizio di una funzione ufficiale, è chiaro che non può non avere rilevanza anche la qualifica della persona di cui si valutano le condotte: viene nuovamente in rilievo, pertanto, la necessità di considerare unitariamente i due profili, oggettivo e soggettivo.

*

In conclusione, con l'obiettivo di inquadrare con maggior precisione le riflessioni svolte in riferimento al rapporto tra responsabilità individuale e responsabilità

⁴⁴⁸ Tra le diverse voci critiche che si sono espresse a proposito della sentenza, merita di essere ricordata quella di CASSESE, *op. cit.*, pp. 868-870, per la parte in cui richiama le duplici origini del citato riferimento alla natura privata dei crimini internazionali: «First, it is the transposition to the area of immunities of foreign ministers of the well-established distinction, applicable to diplomatic agents, between their private and their official acts (the latter being, pursuant to Article 39(2) of the Vienna Convention on Diplomatic immunities, the "acts performed by such a person [i.e. a diplomatic agent] in the exercise of his functions as a member of the mission»; «Secondly, the distinction seems to derive from that between "official" and "unofficial public acts" made by some US Courts in cases where actions for damage in tort had been brought against foreign states for acts by torture by state officials». V. inoltre, ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal*, par. 83 – 85.

statale, va precisato che il Progetto di articoli della Commissione del Diritto internazionale non si occupa espressamente del ruolo sempre più significativo dell'individuo e di altri enti non statali⁴⁴⁹ nel contesto in esame.

Ciò è ancor più vero con particolare riferimento alla responsabilità dell'individuo-organo e alla possibilità di riconoscere a quest'ultimo l'immunità di tipo funzionale dalla giurisdizione straniera.

Che i temi potessero essere, in linea di principio, collegati, tuttavia, si è reso evidente dalla considerazione dimostrata tanto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, quanto da parte della stessa Commissione del Diritto Internazionale.

*

L'indagine, per quanto sintetica, sul rapporto tra la responsabilità internazionale dello Stato e dell'individuo ci ha permesso di ampliare la nostra comprensione in merito ad alcune questioni giuridiche potenzialmente legate al tema dell'immunità funzionale, sia per quanto concerne la definizione di organo (e con riferimento anche all'organo di fatto), sia in merito ai limiti legittimi del suo agire in via ufficiale (condotte *ultra vires* e atti compiuti a titolo privato).

Per quanto riguarda, in particolare, la nozione di “funzione” posta in essere per conto dello Stato, si tratta in ogni caso di un concetto di non semplice definizione.

Con riguardo alla responsabilità statale, a prescindere dalle generiche indicazioni ottenute a partire dalle norme del Progetto di articoli che si riferiscono ai poteri pubblici dello Stato o all'esercizio della c.d. *governmental authority*, continua tuttora un vivo dibattito in ordine ai limiti e ipotesi di punibilità di determinate condotte.

A fronte della mancanza di certezze su questo fronte, si pone l'opportunità di valutare non soltanto le azioni concretamente in grado di dare luogo alla responsabilità degli organi statali, ma anche e soprattutto a quali individui può essere validamente attribuita tale qualifica ai fini della tutela, per il tramite dell'immunità *ratione materiae*, di determinate funzioni pubbliche dello Stato.

È proprio su questo punto, in conclusione, che sorge una differenza

⁴⁴⁹ Cfr. sul punto, PISILLO MAZZESCHI, P. (2006), *Il ruolo marginale dell'individuo nel progetto della Commissione di Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 415 – 466.

fondamentale, che è già stata accennata ma che merita ulteriore precisazione.

Una parte delle teorie che fanno riferimento ai concetti studiati in precedenza, presupponendo l'assorbimento delle condotte degli individui-organi nell'attività dello Stato, ritengono che quest'ultimo sia la vera parte in causa, anche in riferimento all'immunità dalla giurisdizione straniera dei propri agenti⁴⁵⁰.

Non si tiene conto, tuttavia, di una differenza fondamentale tra le norme esaminate con riguardo alla responsabilità internazionale degli Stati e le regole individuabili in tema di immunità degli organi dalla giurisdizione, differenza che è stata puntualizzata con chiarezza dalle considerazioni svolte (e citate nella prassi del presente capitolo), tra gli altri, da Douglas.

Identificando il collegamento tra immunità e responsabilità internazionale tra gli approcci errati alla definizione del trattamento degli organi stranieri, l'autore critica proprio quanti ritengono che le regole di *attribuzione* della responsabilità possano essere utilizzate per definire quali "funzioni ufficiali" dello Stato sono tutelabili per mezzo dell'istituto dell'immunità, avendo riscontrato siffatta impostazione anche nel noto caso Jones v. Saudi Arabia⁴⁵¹.

Più correttamente, sono le norme relative all'immunità statale ad essere interessate da tale concetto, che assume rilevanza centrale nel bilanciamento dei contrapposti interessi dello Stato di appartenenza dell'individuo-organo e dello Stato del foro.

È sul diverso versante del potenziale parallelismo tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo, dunque, che occorre rivolgersi nei seguenti paragrafi.

⁴⁵⁰ Sul tale aspetto particolare si vedano le posizioni espresse da KEITNER C. (2015), *Functional immunity of State officials before the International Law Commission: The 'who' and the 'what'*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), p. 54; nonché, della stessa autrice, *Foreign Official Immunity and the "Baseline" Problem*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, p. 605.

⁴⁵¹ Questa la posizione riportata di Lord Hoffmann: «It has until now been generally assumed that the circumstances in which a state will be liable for an act of an official in international law mirror the circumstance in which a state will be immune in foreign domestic law. There is a logic in this assumption: if there is a remedy against the state before an international tribunal, there should not also be a remedy against the official himself in a domestic tribunal... to hold that for the purpose of state immunity an official was not acting in an official capacity would produce an asymmetry between rules of liability and immunity», cfr. Cfr. DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, pp. 13 – 16.

4. IL COMPLESSO RAPPORTO TRA IMMUNITÀ STATALE E IMMUNITÀ FUNZIONALE DELL'INDIVIDUO-ORGANO

Se l'analisi del rapporto tra immunità dell'individuo-organo straniero e norme che disciplinano l'attribuzione della sua condotta allo Stato ai fini del riconoscimento della responsabilità internazionale di quest'ultimo ha posto in evidenza alcuni aspetti di particolare delicatezza, quello del rapporto tra immunità statale e immunità organica riserva elementi di interesse e complessità ancora maggiori.

Alcune delle problematiche sollevate a tal proposito, come si vedrà, sono analoghe a quelle evidenziate nella prima parte del capitolo, come il profilo delle conseguenze dell'esercizio della giurisdizione nei confronti dell'individuo-organo sul trattamento dello Stato di appartenenza.

Pare opportuno procedere, comunque, secondo il medesimo schema seguito in apertura, ovvero analizzando in primo luogo il principale strumento normativo riferibile al tema in esame, per poi verificarne il concreto apprezzamento tanto da parte della dottrina che della giurisprudenza più rilevanti, nonché sottolineare le principali deduzioni che possono essere valorizzate con riferimento al rapporto tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo.

4.1 LA CONVENZIONE ONU DEL 2004 SULL'IMMUNITÀ DEGLI STATI E DEI LORO BENI E GLI ALTRI TRATTATI IN MATERIA

Il riferimento nel diritto internazionale pattizio più noto, a tal proposito, è certamente rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, firmata a New York il 2 dicembre 2004⁴⁵².

⁴⁵² La Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni è stata adottata il 2 dicembre 2004 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con Risoluzione 53/83 ed aperta alla firma il 17 gennaio 2005. Il trattato è stato adottato dopo venticinque anni di lavori svolti dapprima dalla Commissione del Diritto Internazionale, quindi da un Comitato ad hoc istituito dall'Assemblea Generale nel 2000. Allo stato attuale la Convenzione è stata firmata da 28 Stati e ratificata da 21, a fronte delle 30 ratifiche previste dall'art. 30 per la sua entrata in vigore.

L'unico precedente convenzionale in materia di immunità è rappresentato dalla Convenzione europea sull'immunità degli Stati, conclusa a Basilea il 16 maggio 1972 nell'ambito del Consiglio d'Europa, in vigore dal 1976 ma ratificata da soli otto Stati (Austria, Belgio, Cipro, Germania, Lussemburgo,

Il primo elemento che lega la Convenzione ONU del 2004 al tema dell'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera è la definizione di Stato e, conseguentemente, di organo⁴⁵³, contenuta nell'articolo 2:

«For the purposes of the present Convention:

(a) “court” means any organ of a State, however named, entitled to exercise judicial functions;

(b) “State” means:

(i) the State and its various organs of government;

(ii) constituent units of a federal State or political subdivisions of the State, which are entitled to perform acts in the exercise of sovereign authority, and are acting in that capacity;

(iii) agencies or instrumentalities of the State or other entities, to the extent that they are entitled to perform and are actually performing acts in the exercise of sovereign authority of the State;

(iv) representatives of the State acting in that capacity».

Allo stesso tempo, significativamente, i primi due commi del successivo articolo 3, rubricato “*Privileges and immunities not affected by the present Convention*”) stabiliscono che la Convenzione:

«is without prejudice to the privileges and immunities enjoyed by a State under international law in relation to the exercise of the functions of:

(a) its diplomatic missions, consular posts, special missions, missions to international organizations or delegations to organs of international organizations or to international conferences; and

Portogallo, Regno Unito e Svizzera). L'articolo 27 di tale trattato dispone che «Ai fini della presente Convenzione, l'espressione «Stato Contraente» non include un ente d'uno Stato Contraente distinto da quest'ultimo e dotato di legittimazione processuale, anche se è incaricato di esercitare funzioni pubbliche.

⁴⁵³ A tal proposito, è opportuno ricordare anche la lettura data sul punto dalla Commissione del Diritto Internazionale, ad esempio, nel *Third Report* (2014) elaborato dalla Special Rapporteur Escobar Hernandez sul tema dell'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera: da un lato si sottolinea la c.d. capacità rappresentativa degli individui cui si ritiene applicabile l'immunità *ratione materiae*, e dall'altro si puntualizza come il fatto che la Commissione ometta di utilizzare il termine “official”, richiamando piuttosto l'espressione “organs of State” può essere interpretato come una scelta volta ad evidenziare più l'entità, l'articolazione organizzativa piuttosto che le persone (con l'eccezione del Capo di Stato e del Capo di Governo). Questi riferimenti, del resto, come sottolinea la Special Rapporteur, si rivengono anche nel commentario del 1991 al Progetto di Articoli sulle immunità giurisdizionali degli Stati, e soprattutto nei paragrafi 8 e 17 del commento proprio all'articolo 2.

(b) persons connected with them.

2. *The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State razione personae».*

Come per il Progetto di articoli della Commissione sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, inoltre, anche la Convenzione del 2004 prevede, oltre alla disciplina generale, ulteriori ipotesi particolari relativamente al riconoscimento o inapplicabilità dell'immunità statale⁴⁵⁴.

Ci si può domandare, a questo punto, se vi sono ulteriori analogie con il Progetto di articoli del 2001 che possono essere sottolineate.

Sotto questo profilo, a prescindere dai generici requisiti volti ad identificare gli organi che concorrono alla definizione della struttura statale, un elemento importante è certamente rappresentato dai caratteri e limiti della funzione ufficiale che questi sono chiamati ad esercitare, e conseguentemente dai riflessi di tali azioni sulla responsabilità dello Stato di appartenenza⁴⁵⁵.

Data la centralità di questo tema, prima di andare a studiarne la percezione nel panorama scientifico e nella prassi applicativa, meritano di essere evidenziate alcune precisazioni.

La prima di queste concerne l'ambito di applicazione della Convenzione di New York del 2004: le sue disposizioni, ovviamente, non possono essere riferibili ad una forma di immunità dello Stato dalla giurisdizione penale, ma unicamente alla sua responsabilità civile⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ V. Parte II, articoli 7 (Express consent to exercise of jurisdiction), 8 (Effect of participation in a proceeding before a court) e 9 (Counterclaims), nonché la Parte III della Convenzione, tra cui possono essere menzionati gli articoli n. 10 (Commercial transactions), 11 (Contracts of employment), 12 (Personal injuries and damage to property), 15 (Participation in companies or other collective bodies). Per una panoramica e sintetica analisi di queste disposizioni v., ad esempio, STEWART D. P. (2012) *The Immunity of State Officials Under The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012, ed anche DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012.

⁴⁵⁵ KEITNER, in *Foreign Official Immunity after Samantar*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011, cita proprio gli articoli 7 e 58 del Progetto della Commissione del 2001 a sostegno dell'affermazione per cui «if the conduct was not performed with actual authority, or was ultra vires, then there should be no conduct-based immunity from either criminal or civil proceedings, even if the conduct is also attributable to the state. Immunity should only protect exercises of state authority that the foreign state embraces as such» (cit. p. 850). Ad ulteriore conferma del legame tra i due strumenti, v. anche FOX, H. (2008) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press.

⁴⁵⁶ «Although the draft articles do not define the term “proceeding”, it should be understood that they do

Nondimeno, la Convenzione non si applica alle attività di carattere militare, secondo una posizione condivisa tanto dal Comitato ad hoc quanto dagli Stati in sede di ratifica⁴⁵⁷.

Da un punto di vista più generale, invece, andando a puntualizzare le differenze relative al contesto applicativo delle norme relative all'immunità degli Stati in commento rispetto al tema dell'immunità funzionale dell'individuo-organo, con riferimento alle categorie di organi interessati, si può osservare come, sebbene lo Stato sia immune dalla giurisdizione straniera per gli atti posti in essere dai suoi “*representatives acting in that capacity*”, con quali deve avere un rapporto di natura pubblicistica e dimostrabile⁴⁵⁸, per le caratteristiche ontologiche della sua organizzazione, non è vero il contrario: non tutti gli organi identificati in tal senso si potrebbero veder riconosciuta l'immunità funzionale.

4.2 IL DIBATTITO SCIENTIFICO: PREMESSE E CONSEGUENZE DELLE DIVERSE POSIZIONI

Si è già brevemente accennato come la posizione del singolo individuo-organo rispetto all'immunità riconosciuta allo Stato di appartenenza rappresenti, per una parte della dottrina, un nodo centrale del dibattito relativo all'immunità individuale di tipo funzionale.

La scelta del punto di vista dell'uno piuttosto che dell'altro può far pervenire, infatti, a conclusioni molto diverse relativamente alla possibilità o meno di esercizio della giurisdizione straniera⁴⁵⁹.

Indipendentemente dall'indagine sull'orientamento che può dirsi maggiormente rispondente al diritto internazionale generale, tuttavia, soluzione che potrà essere avanzata soltanto a seguito di un attento esame della prassi, occorre verificare se

not cover criminal proceedings», puntualizza STEWART, *op. cit.*, p. 1054, nota 35.

⁴⁵⁷ Ancora STEWART, *The Immunity of State Officials Under The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, p. 1054 e, in particolare, nota 37.

⁴⁵⁸ È chiaro che lo Stato, secondo il diritto internazionale, sia tutta la sua organizzazione.

⁴⁵⁹ Da questo punto di vista, ad esempio, VAN ALEBEEK si chiede: “Which came first – The chicken or the egg? State Immunity as a consequence of Functional Immunity rather than Functional Immunity as a corollary of State Immunity”, in *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, 2007, Cap. 3 – par. 2.

l'asserita imputabilità di ogni azione dell'organo allo Stato di invio costituisca una strada effettivamente percorribile.

Lo studio della dottrina che si è occupata della materia facendo riferimento all'assorbimento delle condotte dell'individuo-organo in quelle dello Stato (quella che è stata definita c.d. "teoria organica") lascerebbe intendere che la risposta a tale quesito risiede, in buona parte, nella distinzione tra immunità dalla giurisdizione civile e immunità dalla giurisdizione penale.

Nel primo caso l'attribuzione all'individuo-organo dello status riconosciuto allo Stato di appartenenza è operata attraverso una sorta di "applicazione analogica" dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile straniera, con una trasposizione dei principi e delle regole che hanno condotto alla firma della Convenzione di New York del 2004⁴⁶⁰.

Il nodo centrale, in questo caso, consiste nel fatto che, per le azioni di carattere civilistico, è ben più agevole far subentrare la responsabilità statale per illeciti posti in essere dai propri agenti, anche nello stabilire adeguate forme di riparazione⁴⁶¹.

Quando, invece, la possibilità di imputare le azioni dell'individuo-organo allo Stato si scontra con il principio di responsabilità penale individuale, si evidenziano maggiori difficoltà, tanto è vero che la riflessione su questo punto è presente nella quasi totalità degli orientamenti considerati.

A partire da Kelsen e sino alle posizioni più autorevoli espresse dalla dottrina contemporanea italiana, si rende ben evidente l'impossibilità di attribuire l'immunità funzionale dalla giurisdizione penale a tutti gli organi che agiscono in nome e per conto dello Stato, tanto è vero che la stessa Commissione del Diritto Internazionale ha deciso di dedicarsi specificamente a questo profilo.

Sono state ricercate, pertanto, soluzioni diverse⁴⁶² quanto al criterio che permette

⁴⁶⁰ Le reciproche influenze tra questo strumento convenzionale e la disciplina dell'immunità funzionale degli organi stranieri sarà tratta in maniera più approfondita nel capitolo 3.

⁴⁶¹ Si è fatto riferimento, a tal proposito, alla posizione espressa da Conforti che, infatti, ivi comprende anche "le azioni di risarcimento del danno derivante da azioni criminose dell'organo", cfr. CONFORTI, *op. cit.*, p.13.

⁴⁶² Abbiamo preso in considerazione, a tal proposito, la posizione di RONZITTI, che prende in esame la prassi più recente per argomentare sull'inesistenza di una norma di carattere generale che garantisce agli organi statali l'immunità dalla giurisdizione straniera. FRANEY, invece, collega il carattere personale della responsabilità penale al fatto che questa non può essere attribuita allo Stato. Secondo FRULLI, invece, uno dei dati di partenza risiede nella regola della "irrelevanza della posizione ricoperta

di distinguere quando la condotta dell'individuo-organo possa essere ritenuta coperta da immunità e quando, invece, il medesimo sia chiamato a rispondere personalmente delle proprie azioni.

Ne consegue che, in siffatte elaborazioni, due elementi in particolare assumono rilevanza, sia per quanto concerne l'attribuzione dell'immunità funzionale in maniera indipendente da quello dello Stato, sia per l'individuazione dei casi in cui la medesima protezione non può essere accordata.

La differenza risiede, pertanto, nel tipo di funzione posta in essere dall'individuo-organo (con i relativi confini di legittimità), ma anche e soprattutto nella posizione e ruolo che il medesimo ricopre all'interno dell'organizzazione statale.

Quale risposta definitiva, dunque, è possibile fornire alla delicata questione del rapporto tra immunità dello Stato e dell'individuo-organo?

Il superamento della completa identificazione tra responsabilità dell'organo e dello Stato di appartenenza costituisce uno dei pochi dati che possono dirsi come acquisiti. Tanto può dirsi vero per entrambi i profili di giurisdizione, civile e penale, sebbene per le differenti motivazioni che sono state individuate dalla dottrina.

Quali siano i confini ed i contenuti concretamente attribuiti all'immunità funzionale degli organi statali, considerata come istituto a sé, invece, è un ambito tuttora in evoluzione. Ciò nonostante, a fronte di una precisazione iniziale, e al fine di individuare i tratti determinanti della materia, persino la copiosa prassi legislativa e giudiziaria andrà analizzata a partire da elementi ben precisi.

Con riferimento alla considerazione data dalla dottrina alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, è evidente che questa si pone al centro delle posizioni di quanti affermano l'assorbimento delle condotte dell'individuo-organo nell'attività dello Stato di appartenenza, così come le opinioni in base alle quali l'immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione spetta agli agenti stranieri per le funzioni ufficiali esplicate nell'esercizio dell'autorità statale⁴⁶³.

nell'apparato statale" che ha determinato la perseguibilità di organi dello Stato da parte di Tribunali penali internazionali. Quanto all'ampiezza del suo riconoscimento, si è in generale affermato che a beneficiare dell'immunità funzionale sono in primo luogo gli organi già titolari di immunità di tipo personale, mentre per gli altri occorre verificare i concreti orientamenti emersi dalla prassi.

⁴⁶³ Per un'ampia e più dettagliata trattazione del dibattito scientifico in merito al fondamento e alla disciplina dell'immunità funzionale si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro. Per una recente ricostruzione, invece, degli approcci teorici sviluppati dalla dottrina si veda, invece, PISILLO

A conferma di quanto affermato, merita di essere citata la lettura data da Fox all'art. 2 della Convenzione, con particolare riferimento alla riferibilità dell'immunità statale anche ai “*representatives of the State acting in that capacity*”:

«an individual enjoys no immunity in his or her right. But a State as an artificial person created by the law can act only by means of individual human beings. [...] The UN Convention adopts this approach and thus treats an individual whose acts can be identified as those of a foreign State as coming within the definition of a State. State immunity is extended to a person who performs an act on behalf of the State to prevent proceedings which indirectly implead the foreign State, where the State would have enjoyed immunity had the proceedings been brought against it⁴⁶⁴».

La natura dell'atto posto in essere, per l'appunto per conto dello Stato, sarebbe, dunque, l'elemento discriminante a favore del riconoscimento dell'immunità (statale), ancora prima della stessa funzione pubblica tutelata⁴⁶⁵.

Le conclusioni raggiunte da Douglas, invece, precisano che:

«acts of the foreign state official in the service of the foreign state must be considered as the acts of the foreign state such that the foreign state is the proper defendant to the action and can invoke its immunity from the jurisdiction of the foreign court. The formulation 'acts of the foreign state official in the service of the foreign state' does not encompass: (i) acts of a foreign state official that do not rest upon an exercise of public power; or, (ii) acts of a foreign state official proscribed by international norms directed to the conduct of individuals. The formulation does encompass acts that are ultra vires the national rules governing the public office in question but which are not otherwise proscribed by international norms directed to the conduct of individuals⁴⁶⁶».

MAZZESCHI R. (2015), *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), pp. 3 – 31.

⁴⁶⁴ Cit. FOX, H. (2008) *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, pp. 455 – 456.

⁴⁶⁵ «Where an individual official acts as an organ of the State in which he serves there will be little difficulty in differentiating his functions, as with the diplomat and other high ranking officials, from the particular act which he performs. But to confer functional immunity based on function rather than the nature of the act performed on all individuals who are in state employ appears excessive», cit., ancora, FOX, ma in *Functions of State Officials and the Restrictive Rule of State Immunity*, in *Perspectives of international law in the 21st century = Perspectives du droit international au 21e siècle: liber amicorum Professor Christian Dominice in honour of his 80th birthday*, Leiden, pp. 140 – 141.

⁴⁶⁶ Cit. DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of*

Per buona parte della dottrina che ha riflettuto su questi aspetti, dunque, la Convenzione ONU del 2004 incorporerebbe al suo interno anche la disciplina dell'immunità organica.

Per altri, invece, la tutela delle funzioni pubbliche e delle prerogative sovrane statali attraverso l'esclusione dell'esercizio della giurisdizione sugli agenti chiamati ad attuarle, andrebbe maggiormente ancorata al contenuto delle medesime "funzioni ufficiali" riconosciute come tutelabili.

Si può richiamare, inoltre, la soluzione proposta da Keitner in uno dei suoi più recenti lavori, per cui «*rather than attempting to identify generalizable immunity norms in customary international law, it might be advisable to focus on building understandings about immunity into particular treaties with respect to specific conduct (as done explicitly in the Rome Statute for the International Criminal Court, and arguably implicitly in the Convention Against Torture), just as other treaties (such as the Vienna Convention on Diplomatic Relations) explicitly codify the contours of immunity in particular contexts*⁴⁶⁷».

Ad ogni modo, al fine di trarre un'indicazione applicativa sugli aspetti discussi, all'interno del vasto panorama della giurisprudenza internazionale e delle corti interne, una recente pronuncia, per quanto non direttamente riferita alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2004, merita di essere poste in evidenza con riferimento al rapporto tra immunità dell'organo e immunità statale. Si tratta di una sentenza che ha avuto un notevole impatto sul dibattito dottrinale in tema di rapporto tra immunità statale e immunità dell'individuo-organo.

La decisione in questione è quella pronunciata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti il 1° giugno 2010 nel caso Samantar v. Yousuf.

In tale occasione i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti hanno stabilito che «*le immunità di tutti gli individui-organi non sono disciplinate dal FSIA, il quale riguarda soltanto lo Stato, i suoi enti e le persone giuridiche collegate allo Stato. Gli individui-organi potrebbero semmai beneficiare di immunità residuali contemplate in*

International Law, May 2012, p. 67.

⁴⁶⁷ Si tratta di *Functional immunity of State officials before the International Law Commission: The 'who' and the 'what'*, in Questions of International Law, Zoom out 17 (2015), p. 56.

*common law (e quindi in diritto internazionale consuetudinario)*⁴⁶⁸».

Pur con riferimento all'applicabilità del Foreign Sovereign Immunities Acts statunitense (FSIA) la Corte ha statuito che tale disciplina non si applica in procedimenti a carico di individui-organi diretti ad ottenere risarcimenti dei danni derivanti da atti di tortura, quando non è lo Stato di appartenenza ad essere convenuto principale⁴⁶⁹. In assenza di espressa disciplina di settore, l'immunità funzionale degli organi stranieri torna ad essere regolata dal diritto consuetudinario.

L'affermazione per cui l'immunità organica individuale, come contrapposta a quella riconosciuta a livello statale, si rivela essere, per l'ordinamento in tal caso coinvolto, disciplinata dalla *common law*, e soprattutto, quindi, non strettamente collegata con il trattamento dello Stato di appartenenza è un aspetto degno di particolare interesse.

Pur dovendo valutare la sentenza citata nel segno della giurisprudenza precedente⁴⁷⁰, e successiva⁴⁷¹, in ordine al rapporto tra trattamento dell'individuo-organo ed applicazione dell'immunità dello Stato, ci sembra di poter trarre quantomeno un importante indizio in ordine alla possibile autonomia delle due sfere.

Su questo aspetto, in *Samantar v. Yousuf* (2010), invece, i giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti hanno stabilito che «*le immunità di tutti gli individui-organi non sono disciplinate dal FSIA, il quale riguarda soltanto lo Stato, i suoi enti e le persone giuridiche collegate allo Stato. Gli individui-organi potrebbero semmai beneficiare di immunità residuali contemplate in common law (e quindi in diritto internazionale consuetudinario)*⁴⁷²».

La differenza tra le due decisioni permette di sottolineare che non tutti gli

⁴⁶⁸ Cfr. 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. 396.

⁴⁶⁹ Cfr. KEITNER C. (2014), *The Evolving Law of Foreign Official Immunity—Mortazavi and Bakhshi, Prince Nasser, and “Samantar II”*, in <http://opiniojuris.org/>, 27 ottobre 2014.

⁴⁷⁰ V., ad esempio, la House of Lords in *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*; ECHR, *Al-Adsani v United Kingdom* (2001). Merita di essere richiamata, inoltre, la decisione *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F. 2d 1095, 1103 (CA9 1990), così come analizzata da YANG nell'ambito dello studio della giurisprudenza sulla sovrapposibilità dell'immunità dell'organo rispetto a quella dello Stato, alla cui ricostruzione si rinvia per ulteriori dettagli; v. YANG X. (2012), *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, pp. 432-435.

⁴⁷¹ V. Corte Suprema canadese, *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran* [2014] SCC 62.

⁴⁷² Cfr. PAVONI, *op. cit.*, p. 396.

ordinamenti che hanno adottato una disciplina specifica in materia di immunità ne danno poi applicazione uniforme: mentre il sistema inglese è orientato verso una completa sovrapposizione tra immunità dell'organo e dello Stato di appartenenza, quello statunitense, quantomeno nella prassi più recente, pare affidare al diritto internazionale le regole in base alle quali riconoscere o meno l'immunità funzionale.

4.3 IPOTESI IN ORDINE AD UN EFFETTIVO LEGAME

A parte l'ultima pronuncia in commento, la formulazione e l'interpretazione delle norme della Convenzione parrebbero confermare le teorie in base alle quali il trattamento dell'individuo-organo non è altro che un'espressione dell'immunità dello Stato di appartenenza, che ne sarebbe l'unico vero titolare, per quanto concerne le immunità di tipo funzionale⁴⁷³.

La giurisprudenza nazionale esaminata sino ad ora, tuttavia, impone di non escludere l'autonomia del trattamento dell'individuo-organo con riferimento all'esercizio della giurisdizione da parte delle corti nazionali di Stati terzi.

Questa ipotesi, poi, è ulteriormente confermata dalla lettura che è stata data della Convenzione ONU del 2004.

Riprendendo un'osservazione svolta in precedenza con riferimento alle norme che disciplinano la responsabilità internazionale degli Stati, si potrebbe altresì affermare che, mentre le regole di attribuzione dell'illecito allo Stato ampliano quelle che possono essere identificate, nei singoli casi, come funzioni ufficiali, quella prevista dalla Convenzione del 2004 si configura come una sorta di "attribuzione ristretta" in tal senso.

Non tutti gli atti posti in essere nell'esercizio di funzioni statali, pertanto, potranno dar luogo al riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione degli organi che le pongono in essere, come nell'ipotesi in cui ad essere invocata è proprio la loro

⁴⁷³ Cfr., ad esempio, STEWART D. P. (2012), *The Immunity of State Officials Under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012, pp. 1055 – 1057; oppure FOX H. (2008), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press. La riconoscibilità delle immunità di diritto internazionale applicabili *ratione personae* ed in particolare quelle dei Capi di Stato, invece, non risulta preclusa dalla Convenzione del 2004.

responsabilità penale individuale.

5. CONCLUSIONI SUI COLLEGAMENTI IPOTIZZATI E LORO INTERESSE RISPETTO ALLA DEFINIZIONE DI “FUNZIONE UFFICIALE”

*

5.1 LA REALE CONNESSIONE TRA I TEMI DELLA RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE E DELL’IMMUNITÀ

Concludendo sui problemi che abbiamo sollevato, data la complessità della definizione di “funzione ufficiale”, cercare di delinearne il contenuto a partire dai possibili parallelismi con altri ambiti del diritto internazionale potenzialmente collegati ci ha consentito di acquisire una maggiore consapevolezza e livello di approfondimento in merito a tale quesito.

Ciò nonostante, l’esito principale dei confronti effettuati è rappresentato proprio dalla riscontrata mancanza di legami, o comunque di analogia delle caratteristiche essenziali, dell’immunità degli organi dello Stato rispetto alle norme che regolano l’attribuzione della responsabilità internazionale dello Stato, ai principi che sanciscono le ipotesi di responsabilità internazionale dell’individuo, così come rispetto alla stessa immunità degli Stati dalla giurisdizione.

Più precisamente, con riguardo al Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, abbiamo potuto verificare che gli ambiti di competenza organica che possono dare luogo ad attribuzione dell’illecito internazionale, rispetto alle ipotesi di riconoscimento dell’immunità funzionale all’individuo-organo, si dimostrano più ampi e differenziati, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, nonché fondati tanto su elementi di fatto che di diritto in grado di assumere pari importanza. Tali considerazioni restituiscono una concezione ampia e dinamica di “funzione statale” ritenuta tutelabile dall’ordinamento internazionale.

Nondimeno, relativamente all’affermazione nel diritto internazionale della responsabilità dell’individuo, è stato possibile affermare, in primo luogo, come la possibilità di ritenere completamente assorbita la condotta dell’individuo-organo nella

responsabilità dello Stato vada esclusa, concedendo al massimo che i casi di effettiva punizione degli agenti statali debbano essere letti come indice di esclusione dell'elemento soggettivo dell'illecito.

Ci si potrebbe domandare, inoltre, se la rottura di questo rapporto, pur riferito allo specifico tema della responsabilità, possa avere delle conseguenze anche su quelle teorie, c.d. "organiche", che individuano il fondamento dell'immunità funzionale dell'individuo-organo nella totale sovrapposizione dell'attività di quest'ultimo con le funzioni tutelate dall'immunità dalla giurisdizione dello Stato di appartenenza. Si riscontra, infatti, il superamento delle posizioni che vedono l'organo come componente costitutivo dello Stato e ad esso unicamente riconducibile, non essendo più escluso che gli individui possano essere autonomamente destinatari di obblighi internazionali, e quindi anche chiamati a rispondere per la loro violazione.

Infine, anche l'analisi delle norme e della giurisprudenza su quest'ultimo profilo inducono a non escludere l'autonoma possibilità per i giudici nazionali di esercitare la propria giurisdizione con riguardo alle azioni poste in essere da organi stranieri, nell'ipotesi in cui queste non siano chiaramente tutelate dall'immunità dello Stato stesso (come nel caso di attività in grado di invocare la responsabilità penale).

In conclusione, i parallelismi inizialmente ricercati fra immunità e regole di attribuzione dell'illecito allo Stato, immunità dalla giurisdizione e forme di responsabilità individuale internazionale, immunità statale e immunità funzionale degli organi nazionali, sembrerebbero non esistere (o perlomeno non esistere più), nel senso che ognuno di quelli menzionati rappresenta un settore autonomo del diritto internazionale, che non influenza direttamente gli altri.

5.2 L'IMPIEGO DI TALI CONCETTI DA PARTE DELLA COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE CON RIFERIMENTO ALL'IMMUNITÀ DEGLI ORGANI STATALI DALLA GIURISDIZIONE STRANIERA.

Del valore delle riflessioni sviluppate sul tema della responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, della responsabilità internazionale dell'individuo e del rapporto tra immunità dell'individuo-organo e immunità dello Stato la Commissione del

Diritto Internazionale ha tenuto conto anche nell'attuale lavoro in materia di immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale straniera.

In estrema sintesi, con riguardo ai primi due parallelismi, è opportuno sottolineare la rilevanza attribuita dalla Commissione, ai fini del riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione nazionale, all'analoga circostanza che l'organo interessato abbia agito nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali⁴⁷⁴, così come alle altre regole speciali in materia di attribuzione⁴⁷⁵.

Sotto il profilo del rapporto tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo, e dell'influenza di tale rapporto sulla definizione di “funzione ufficiale” ai fini dell'immunità, invece, nelle conclusioni del suo *Fourth Report* (2015) la Special Rapporteur Escobar Hernandez sottolinea, in primo luogo, la rilevanza penale degli atti per cui tale beneficio viene ad essere invocato.

La sua caratteristica principale viene individuata nella natura personale della condotta, nonché nello stretto legame tra questa e il soggetto che l'ha concretamente posta in essere. Di conseguenza, anche la responsabilità dell'agente si configura come strettamente individuale, con esclusione di ogni possibilità di attribuirla in capo ad altri soggetti.

A partire da questa premessa, tuttavia, si afferma che un atto di rilevanza penale è in grado di integrare due differenti tipologie e livelli di responsabilità: quella, per l'appunto, penale e personale in capo all'individuo-organo che ha posto in essere la condotta incriminata e la responsabilità di natura civile che può ricadere sia sullo stesso agente che sullo Stato di appartenenza⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Cfr. *Second Report* del Relatore speciale Kolodkin (2010), par. 27, «this question has also already been considered by the International Law Commission. As noted in the commentary to article 4 of the draft articles) on responsibility of States for internationally wrongful acts: “It is irrelevant for this purpose that the person concerned may have had ulterior or improper motives or may be abusing public power. Where such a person acts in an apparently official capacity, or under colour of authority, the actions in question are attributable to the State». Relativamente all'ipotesi di condotte *ultra vires*, v. par. 29.

⁴⁷⁵ Ad esempio, nel *Third Report* dell'attuale Relatrice Speciale Escobar Hernandez (2014), con riferimento ai *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, si sottolinea che «the conduct of a State organ is attributable to the State “irrespective of the level of administration or government at which the conduct occurs”, which means that in practice there can be a variety of persons or officials who act as agents of the State. The essential element for attributing conduct to a State is that an official must be acting as an organ of the State, regardless of the particular motivation the official may have» (par. 108).

⁴⁷⁶ Questa impostazione, peraltro, è riconosciuta tanto con riferimento al modello di rapporto tra atto e

È il modello denominato “*single act, dual responsibility*”, che la Commissione stessa ammette di aver riconosciuto in una parte considerevole dei propri lavori, non da ultimo nel già commentato articolo 58 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati⁴⁷⁷.

Tale modello, inoltre, implica che il principio per cui ogni atto commesso da un organo statale è automaticamente attribuito al medesimo Stato e implica soltanto l'esclusiva responsabilità di quest'ultimo, non possa essere ragionevolmente applicato quando l'atto in questione abbia rilevanza penale, proprio per le caratteristiche poco sopra menzionate.

La combinazione di tali elementi, la natura penale degli atti per cui si invoca l'immunità e il modello della “*dual responsibility*”⁴⁷⁸, inoltre, induce a valutare criticamente il rapporto tra immunità statale e immunità funzionale dell'individuo-organo, oggetto del presente approfondimento.

Questa analisi viene effettuata, da parte della Commissione, a cominciare dalla considerazione delle teorie che non riconoscono alcuno spazio di autonomia individuale all'immunità *ratione materiae* degli organi rispetto alla stessa immunità statale⁴⁷⁹, ritenendo infatti che «*State officials enjoy the same immunity enjoyed by the State*”⁴⁸⁰.

responsabilità emerso in tempi recenti nel diritto internazionale, quanto anche relativamente alla prassi analizzata di diritto interno. Cfr. *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández (67th session of the ILC, 2015 - A/CN.4/701), par. 98.

⁴⁷⁷ Cfr. *ibidem*, articolo 58: «These articles are without prejudice to any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State»; viene altresì sottolineata l'omologa previsione del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, rappresentata dall'articolo 66. Dalla diversa prospettiva della responsabilità statale, invece, merita di essere richiamato il disposto dell'articolo 25, comma 4, dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, il quale prevede che «[n]o provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law».

⁴⁷⁸ Cfr. *ibidem*, p. 45, par. 101: «On the contrary, the “single act, dual responsibility” model gives rise to several alternatives, which may be described as follows: (i) Exclusive responsibility of the State in cases where the act is not attributable to the person by whom it was committed; (ii) Responsibility of the State and the individual when the act is attributable to both; (iii) Exclusive responsibility of the individual when the act is solely attributable to such individual, even though he or she acted as a State official».

⁴⁷⁹ V. FOX H. (2008), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press; STEWART D. P. (2012) *The Immunity of State Officials Under The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012; con riferimento, inoltre, alla rinuncia (waiver) all'immunità, si veda la sottolineatura di WUERTH I. (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions*, in *Swiss Review of International and European Law*, p. 10: «if the immunity protects the individual, the state should not be entitled to waive it”.

⁴⁸⁰ V. *ivi*, p. 45, par. 102. A seguire la Special Rapporteur richiama alcuni dei “valid arguments” sui quali

Tali posizioni, ad ogni modo, ometterebbero di valutare altri fattori che, con particolare riferimento alle ipotesi in cui vengono in rilievo atti di natura penale, inducono ad una diversa considerazione del rapporto tra immunità dell'organo e immunità dello Stato: si tratta, da un lato, della circostanza per cui, in tali ipotesi, l'oggetto della domanda giurisdizionale si riferisce direttamente al singolo individuo agente, così come, dall'altro, strettamente personali sarebbero le conseguenze dell'azione giudiziale; lo Stato come entità, del resto, non potrebbe essere perseguito penalmente per le azioni poste in essere dai suoi organi⁴⁸¹.

Si rende quindi evidente non soltanto una distinzione tra immunità dalla giurisdizione civile e immunità dalla giurisdizione penale⁴⁸², ma anche tra immunità statale e immunità *ratione materiae* degli organi dello Stato⁴⁸³.

Nell'ipotesi in cui la responsabilità invocata sia di natura penale, anche l'immunità riconoscibile all'individuo-organo sarà autonoma e di carattere

tali teorie trovano fondamento, come la tutela del principio *par in pare non habet imperium* o della sovranità statale, oppure l'ulteriore considerazione per cui intentare un procedimento individuale nei confronti di un organo ufficiale di uno Stato equivale, di fatto, all'esercizio di giurisdizione sul medesimo Stato.

⁴⁸¹ Allo stesso modo, si richiama anche la natura sostanzialmente differente delle regole invocate, rispettivamente, con riguardo all'attribuzione della responsabilità internazionale e al riconoscimento dell'immunità, come sottolineato anche dal citato passaggio di DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, p. 14.

⁴⁸² Sotto questo profilo, tuttavia, quanto affermato dalla Commissione con riferimento alla separazione tra i due tipi di giurisdizione, non può dirsi universalmente riconosciuto (si pensi ad esempio, ai procedimenti attivati per il riconoscimento civilistico dei danni comunque subiti dalle parti civili di un reato). Se si considera, infatti, che «if a central concern of contemporary immunity doctrines is to preclude one country's courts from adjudicating the lawfulness of another country's conduct, then there seems to be little conceptual difference between civil and criminal penalties, even though there might be practical differences in the initiation and conduct of proceedings», cit. KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity after Samantar*, p. 839. In senso contrario, invece, la posizione di CONFORTI, che relativamente all'immunità degli organi distingue tra azioni di carattere civilistico ed esercizio della giurisdizione penale, v. in particolare, *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n. 1, par. 5.

⁴⁸³ In merito alla tutela tradizionalmente riconosciuta soltanto agli interessi e funzioni dello Stato, v. *ibidem*, p. 46, par. 105: «While the State undeniably occupies a central position in this institution, the protection of its rights and interests is nevertheless an insufficient reason to conclude that the immunity of the State and the immunity of its officials are one and the same, just as identity of purpose, as in the case of State immunity and diplomatic immunity, does not mean that the two types of immunity are identical». Su tale ultimo punto, si può altresì richiamare il contributo di M.G. Kohen, *La distinction entre l'immunité des Etats et l'immunité diplomatique*, in *La pratique des Etats concernant les immunités de l'Etat*, G. Hafner, M. Kohen and S. Breau, eds. (Council of Europe/Martinus Nijhoff, 2006), p. 48, parr. 158 – 159.

esclusivamente personale, essendo quest'ultimo suo unico diretto beneficiario (mentre quella dello Stato può essere definita una forma di tutela indiretta e mediata)⁴⁸⁴.

L'affermazione di questa distinzione, peraltro, secondo la Commissione, non è valida soltanto dal punto di vista teorico, bensì fondata anche sulla giurisprudenza delle corti nazionali ed internazionali⁴⁸⁵.

Anche parte della dottrina, del resto, non ha mancato di riconoscere spazi di autonomia all'immunità funzionale dell'individuo-organo rispetto a quella statale⁴⁸⁶.

La conclusione che ne deriva la Commissione, in definitiva, è che, pur essendo

⁴⁸⁴ Uno dei passaggi centrali del ragionamento è il seguente (par. 105): «the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction *ratione materiae* is individual in nature and distinct from the immunity of the State *stricto sensu*. This is true even though this distinction is not always made with sufficient clarity in the literature and in practice, largely as a result of the traditional emphasis on the State (and its rights and interests) as the beneficiary of the protection afforded by immunity. While the State undeniably occupies a central position in this institution, the protection of its rights and interests is nevertheless an insufficient reason to conclude that the immunity of the State and the immunity of its officials are one and the same, just as identity of purpose, as in the case of State immunity and diplomatic immunity, does not mean that the two types of immunity are identical. Rather, in order to gain a proper understanding of the institution of immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction *ratione materiae*, it is necessary to distinguish between the direct beneficiary of the immunity (the State official) and the indirect or ultimate beneficiary (the State). Immunity *ratione materiae* is recognized in the interest of the State, which has sovereignty, but it directly benefits the official when he or she acts in expression of such sovereignty».

⁴⁸⁵ A tal proposito sono citate, ad esempio, non soltanto alcune decisioni della House of Lords inglese, tra cui in *Jones* e nella diffusamente commentata sentenza *Samantar v. Yousuf*, ma anche la pronuncia della Corte Internazionale di Giustizia del 3 febbraio 2012 nel caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*; «the judgment [...] has placed the close relationship between immunity and several key categories of contemporary international law at the forefront of the debate, while the recent judgement of the Italian Constitutional Court concerning the application in Italy of that International Court of Justice judgment has added complexity to the issue» (p. 58, par. 137). Con riferimento alla decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti in *Samantar*, v. tra i vari commenti, KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity after Samantar*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011, p. 838: «Under *Samantar*, individual official immunity (as opposed to state immunity) is a matter of common law, and is not necessarily commensurate with the immunity of the state. It now falls to the lower courts to define the role of the Executive and the precise contours of official immunity». Per un'ulteriore disamina della giurisprudenza relativa all'effettivo/mancato riconoscimento dell'immunità statale anche all'individuo-organo, v. TOMONORI M. (2003) *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2003.

⁴⁸⁶ V., ad esempio, KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity after Samantar*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011, pp. 837-852, che sottolinea con chiarezza questo aspetto. Nondimeno si possono richiamare, in generale, le posizioni di quanti, diversamente dagli autori di origine anglosassone che presuppongono un'assimilazione tra immunità statale e organica, parlano di quest'ultima in termini di sostanziale autonomia (cfr. De Sena, Frulli, Conforti, Ronzitti, Nigro); per una completa panoramica rispetto alle diverse impostazioni indicate su questo punto si rinvia al capitolo secondo del presente lavoro.

possibile che un singolo atto sia in grado di implicare un doppio livello di responsabilità e di immunità, statale e individuale, tali istituti resteranno distinti se la natura della condotta invoca principalmente l'esercizio della giurisdizione penale, rivolta in via diretta nei confronti dell'organo che l'ha posta in essere nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali⁴⁸⁷.

Per la precisione, questo aspetto è posto come il primo degli elementi caratterizzanti il concetto di “atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali”, che viene infatti descritto sulla base dei seguenti requisiti:

- « (i) *The act is of a criminal nature;*
- (ii) The act is performed on behalf of the State;*
- (iii) The act involves the exercise of sovereignty and elements of the governmental authority⁴⁸⁸».*

*

Sempre con riferimento al legame tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo, è chiaro come questo abbia influenza sugli elementi che ivi possono essere tratti al fine di definire i due concetti portanti di “funzione” e di “organo”.

Il fatto che le immunità funzionale sia riconosciuta, in particolare, agli organi individuati dall'art. 2, comma 1, iv), *ratione materiae*, in virtù delle funzioni ufficiali poste in essere in nome e per conto dello Stato, è confermata dall'analisi dei lavori preparatori della Convenzione di New York del 2004⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Con riguardo alla rilevanza di tale distinzione tra immunità dello Stato e dell'individuo-organo ai fini dell'oggetto del presente capitolo, occorre sottolineare che questa, nel lavoro della Commissione, viene in rilievo conseguentemente alla definizione della natura necessariamente penale di “atto posto in essere nell'esercizio della funzione”, alla cui definizione parimenti concorrono la caratteristica per cui le azioni incriminate sono poste in essere per conto dello Stato ed implicano lo svolgimento di pubblici poteri (la c.d. “governmental authority”).

⁴⁸⁸ Cfr. *Fourth Report of the Special Rapporteur*, Ms. Concepción Escobar Hernández (67th session of the ILC, 2015 - A/CN.4/701), p. 42, par. 95.

⁴⁸⁹ V. *Yearbook of the International Law Commission*, 1991, vol. II, Part Two (United Nations publication, sales No. E.93.V.9 (Part 2), chap. II, sect. D, p. 18: «The reference at the end of paragraph 1 (b) (v) to "in that capacity" is intended to clarify that such immunities are accorded to their representative capacity *ratione materiae* [...] Actions against such representatives or agents of a foreign Government in respect of their official acts are essentially proceedings against the State they represent». Non si può non rilevare, tuttavia, come l'impostazione delle norme citate della Convenzione del 2004 con riferimento agli organi, data anche l'evidenza del profilo della rappresentanza che viene ad essere sottolineato, induca a ritenere che le immunità ad essi riconoscibili a tal proposito siano piuttosto quelle di carattere personale e

Le definizioni riportate forniscono un importante criterio identificativo dell'ambito di applicazione soggettivo dell'immunità funzionale dell'individuo-organo dalla giurisdizione dei tribunali stranieri⁴⁹⁰.

Sulla base anche di quanto valutato dall'esame della prassi concernenti le diverse categorie di organi statali (capitolo terzo), pare opportuno sottolineare nuovamente che l'immunità funzionale degli organi non viene riconosciuta indistintamente a tutti gli individui che pongono in essere funzioni pubbliche per conto dello Stato.

Allo stesso modo, si potrebbe aggiungere che la tutela a queste accordata attraverso il mancato esercizio della giurisdizione straniera è ulteriormente ridimensionata al solo ambito funzionale dell'attività di tali organi.

Su quest'ultimo profilo, tuttavia, per quanto sia le norme relative alla responsabilità internazionale dello Stato e dell'individuo, sia la disciplina, come codificata dalla Convenzione ONU del 2004, delle immunità statali, forniscono rilevanti indicazioni, un'ulteriore domanda cui rispondere, allora, potrebbe essere quella relativa alla possibilità (o opportunità) di addivenire ad una definizione unitaria del concetto di “funzione ufficiale”.

Secondo la definizione formulata dalla Commissione a conclusione dello studio condotto con il *Fourth Report* (2015) della Relatrice Escobar Hernandez e confluita nel testo dell'art. 2, lettera f) del Progetto di articoli sull'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, per “atto posto in essere nell'esercizio di funzioni ufficiali” si intende: «*an act performed by a State official exercising elements of the governmental authority that, by its nature, constitutes a crime in respect of which the forum State could exercise its criminal jurisdiction*».

Con riguardo ad un concetto diffusamente richiamato in questo capitolo, anche la Commissione, su questo tema, fa riferimento all'esercizio della “*governmental authority*”⁴⁹¹ e della sovranità statale.

non *ratione materiae*.

⁴⁹⁰ V. PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 2914.

⁴⁹¹ In merito a tale concetto, inoltre, meritano di esserne ricordate anche le caratteristiche strutturali così come derivate dal commento all'art. 5 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati: «(a) the content of the power, (b) the manner in which they are conferred to the entity, (c) the purposes for which the power is to be exercised, and (d) the extent to which the entity is publicly

Pur riconoscendo la mancanza, nel diritto internazionale, di una definizione chiara dei due termini, con riferimento al primo si ritiene possibile indicarne il fondamento in due tipologie di attività⁴⁹²:

«(i) *certain activities which, by their nature, are considered to be expressions of or inherent to sovereignty (police, administration of justice, activities of the armed forces, foreign affairs); and*

(ii) certain activities occurring during the implementation of State policies and decisions that involve the exercise of sovereignty and are therefore linked to sovereignty in functional terms».

Queste due alternative sono poi corroborate da un criterio negativo, vale a dire che il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* viene negato per «*those acts in which private interest and motives override the interest and motives of the State, even when the acts in question conducted by the official had a semblance of official status*⁴⁹³».

*

Quanto affermato dalla Commissione con riguardo ai tre parallelismi analizzati nella prima parte del presente capitolo rappresenta un'ulteriore conferma dell'ampiezza e genericità che verrebbe ad assumere il concetto di “atto posto in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale” nell'ipotesi di una sua derivazione esclusiva dai contesti della responsabilità internazionale e dell'immunità statale, che pure rappresentano un importante termine di paragone.

La prassi analizzata in precedenza con riguardo al trattamento delle diverse categorie, tuttavia, si pone nel senso di un'applicazione restrittiva del beneficio dell'immunità *ratione materiae* dell'individuo-organo straniero, che mal si concilia con le definizioni ricavate sinora.

Pertanto, ferma restando la rilevanza, per la Commissione, dei concetti di

accountable for their exercise»; v. CRAWFORD J. (2013), *State Responsibility. The General Part*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge 2013, p. 129.

⁴⁹² Cit. *ivi*, p. 52, par. 119.

⁴⁹³ Tale affermazione, peraltro, richiama nuovamente il citato rapporto tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis* ed è rispetto ai primi che si riconosce una qualche forma di utilità ai fini della caratterizzazione di una determinata condotta come posta in essere da un organo statale nell'esercizio della funzione ufficiale ad esso attribuita (v. *ivi*, p. 53, par. 120).

sovranità statale e di *governmental authority*, con riferimento ai contenuti specifici della funzione ufficiale ai fini dell'immunità dell'individuo-organo è a questo punto opportuno verificare, in modo più approfondito, se vi sono particolari poteri o mansioni in relazione ai quali risulta effettivamente precluso l'esercizio della giurisdizione straniera nei confronti degli organi statali ad essi attribuiti.

6. QUALI FUNZIONI UFFICIALI POSSONO DUNQUE RITENERSI TUTELATE DAL RICONOSCIMENTO DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI STATALI?

Posto che da ciascuno degli ambiti del diritto internazionale studiati in virtù del potenziale parallelismo con la materia dell'immunità organica sono state tratte indicazioni utili ai fini della presente ricerca, è opportuno completare l'analisi provando a determinare concretamente a quali contenuti e finalità corrisponde la nozione di “funzione ufficiale” ai fini del riconoscimento dell'immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione straniera.

*

A livello generale, sintetizzare le linee comuni emerse dai diversi orientamenti della dottrina e della giurisprudenza con riferimento a tale elemento dell'immunità funzionale si configura come compito non semplice.

Alcuni nodi centrali possono essere riconosciuti nella spiegazione del rapporto tra immunità dell'organo e immunità dello Stato, così come nella definizione delle qualità individuali delle persone che agiscono in nome e per conto dello Stato e delle attività ufficiali che essi sono autorizzati a porre in essere.

Nondimeno, va rilevato come tali argomenti presuppongono, a loro volta, un modo differente di interpretare alcuni principi di diritto internazionale collegati al tema delle immunità. Al fine di sintetizzare i punti cardine emersi dall'esame della dottrina in materia, e verificarne poi la rispondenza alla prassi nazionale ed internazionale, occorre prendere le mosse proprio da questi.

Come anticipato, quindi, occorre domandarsi se è possibile isolare un concetto unitario e trasversale di “funzione ufficiale”.

Abbiamo ormai chiaro, infatti, come l'accertamento relativamente all'esercizio

di una “funzione ufficiale” costituisca una condizione essenziale al fine del riconoscimento di immunità *ratione materiae*⁴⁹⁴, ma lo studio del concetto generale va completata con una definizione più puntuale dei suoi contenuti.

6.1 LE POSIZIONI DELLA DOTTRINA

Da parte della dottrina l’espressione “funzione ufficiale” è stata interpretata in modi molto diversi, talvolta facendo leva sul punto di vista strettamente contenutistico, in altri casi ponendo l’accento piuttosto sul carattere dell’ufficialità dell’incarico, sulla sussistenza di un rapporto giuridico tra individuo e Stato.

Quanto ai contenuti, è emerso, oltre alla rilevanza della attività facenti capo ai poteri fondamentali dello Stato, un importante elemento comune che può essere di supporto nel circoscrivere quali azioni dell’individuo-organo siano effettivamente scriminate dall’immunità dalla giurisdizione straniera.

Per alcuni autori, infatti, il tratto caratterizzante di determinate condotte degli organi statali ai fini dell’immunità risiede nel fatto che i ruoli interessati sono quelli che permettono allo Stato di esplicitare le proprie relazioni sulla scena internazionale⁴⁹⁵.

Non tutti i membri dell’organizzazione statale, pertanto, saranno immuni dalla giurisdizione del giudice straniero, ma presumibilmente quanti operano a questo

⁴⁹⁴ Si è già fatto cenno, infatti, alla rilevanza che tale definizione riveste ai fini di attribuzione o meno della responsabilità individuale dell’organo statale per le azioni poste in essere in tale veste. «Il est fréquent que l’immunité de jurisdiction soit limitée aux acts accomplis par son bénéficiaire dans l’exercice des ces fonctions. C’est le cas, par exemple, des agents consulaires, du personnel administrative ou technique d’une mission diplomatique, des fonctionnaires internationaux ou des anciens chefs d’Etat ou de gouvernement. La terminologie n’est pas toujours uniforme: actes officiels, actes accomplis en qualité officielle, actes accomplis dans l’exercice de la fonction, etc. Les termes ne sont pas parfaitement interchangeables. (...) le trait commun à toutes ces formules étant d’établir un lien entre le fondement des immunités – la protection des fonctions – et les actes à propos des quels elles peuvent être invoquées». Questa interpretazione del profilo in esame è di VERHOEVEN J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, cfr. p. 102.

⁴⁹⁵ Si ricorda, tra quelle esaminate, la posizione di PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, pp. 777 – 778.

specifico livello⁴⁹⁶.

Non qualsiasi funzione, infatti, può assumere rilievo ai fini dell'immunità *ratione materiae*, ma essenzialmente quelle che hanno rilievo anche al di fuori dei confini dello Stato in nome del quale sono poste in essere.

Più precisamente, come ha sottolineato parte della dottrina⁴⁹⁷, si guarda attualmente alle funzioni che permettono allo Stato di esprimersi nelle relazioni internazionali con entità di rango analogo.

Anche questo criterio andrà verificato, pertanto, a seguito dell'esame dei casi che hanno visto coinvolti gli organi statali potenzialmente implicati nell'esercizio di tali uffici.

Con riguardo, invece, al carattere “ufficiale” della funzione, un dato comune che è stato comunemente sottolineato è la tendenziale negazione dell'immunità per gli organi che non agiscono apertamente in nome e per conto dello Stato di origine.

L'esempio cardine in questo senso è rappresentato dal trattamento degli agenti

⁴⁹⁶ A tal proposito, è interessante notare come questo tipo di differenza è sottolineato in alcune decisioni di giudici nazionale in tema di immunità. Ad esempio, per quanto concerne gli organi ministeriali, in *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 febbraio 2004, si specifica (paragrafo 13) che « the function of various Ministers will vary enormously depending upon their sphere of responsibility. I would think it very unlikely that ministerial appointments such as Home Secretary, Employment Minister, Environment Minister, Culture Media and Sports Minister would automatically acquire a label of [S]tate immunity. However, I do believe that the Defence Minister may be a different matter».

⁴⁹⁷ NIGRO, ad esempio, si riporta a tale concetto nell'esprimere la ratio dell'immunità funzionale, che non viene identificata come “imputabilità allo Stato di atti compiuti da un individuo-organo sic et simpliciter bensì la tutela di atti che, ‘oltre’ ad essere imputabili allo Stato, sono compiuti da un individuo nell'ambito di attività e/o funzioni attraverso le quali gli Stati hanno stabilito di intrattenere le proprie relazioni reciproche tutelando da interferenze quali l'esercizio della giurisdizione”; cfr. *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, p. 578. Analogamente PISILLO MAZZESCHI riconosce alle immunità giurisdizionali “uno scopo di carattere unitario: tutelare certe funzioni dello Stato, comunque attinenti ai rapporti esterni del medesimo, attraverso la tutela degli organi che esercitano normalmente tali funzioni. Ma tale tutela viene ad essere graduata a seconda dell'importanza delle funzioni svolte dai diversi organi”; v. *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 777. V. anche FOAKES, J. (2011), *Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of State in Foreign Courts*, Chatham House briefing paper, November 2011, IL BP 2011/02, pp. 73 – 75; VERHOEVEN, J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, p. 89 («les fonctions qui doivent être prises en consideration sont celles qui sont internationales par nature, c'est-à-dire qui impliquent nécessairement une relation avec un ou plusieurs autres États (sujets du droit international)»).

segreti⁴⁹⁸.

Più in generale si tratta di prendere in considerazione anche la rilevanza del consenso dello Stato terzo alla presenza di organi stranieri sul proprio territorio, fattore che indubbiamente incide sul riconoscimento della liceità della sua azione e, di conseguenza, della sua immunità funzionale⁴⁹⁹.

Un ultimo ma considerevole aspetto su cui occorre soffermarsi attentamente, infatti, concerne i potenziali limiti di liceità della funzione ufficiale svolta dall'individuo-organo e l'incidenza del loro rispetto o meno sul riconoscimento dell'immunità funzionale.

A partire da quanti distinguevano le attività dell'organo in tutelate, meramente lecite oppure contrarie al diritto internazionale⁵⁰⁰, era evidente che in questo senso andasse posta una limitazione alle possibili condotte di quanti agiscono in nome e per conto dello Stato.

A tal proposito è stato richiamato non solo il concetto di “incarico” e di quali azioni questo possa prevedere, ma anche e soprattutto l'atteggiamento personale dell'individuo di fronte al ruolo ad esso attribuito all'interno dell'organizzazione statale.

Nodo centrale della questione, infatti, che si tratti di azioni poste in essere a titolo personale o di adempimento di funzioni ufficiali, è la corretta valutazione della condotta dell'individuo-organo qualora quest'ultimo ponga in essere atti non

⁴⁹⁸ La presente tesi è illustrata anche da CONFORTI, che, nell'interrogarsi sull'esistenza o meno di una norma internazionale di carattere generale che riconosca l'immunità dalla giurisdizione penale e civile a tutti gli organi stranieri, la pone come eventuale deroga a tale regime; cfr. CONFORTI B. (2010), *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1, pp. 7 - 8. Gli atti di spionaggio, poi, sono presi in considerazione anche da SANGER nell'esame dei casi in cui l'individuo-organo è stato ritenuto personalmente responsabile delle proprie azioni da parte di corti straniere; v. SANGER A. (2013), *Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62 n.1, pp. 212 – 213, dove l'autore riporta, a sua volta, le posizioni FOX, *op. cit.*

⁴⁹⁹ Cfr., ancora, SANGER, *op. cit.* pp. 97, 209; VAN ALEBEEK, *op. cit.*, p. 129, che a sua volta richiama la tesi proposta da MIELE M. (1961), *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore. Il punto è sottolineato anche da D'ARGENT, *Immunity of State officials and obligation to prosecute*, CeDIE working paper n. 04/2013, che riprende a sua volta le parole del relatore speciale della Commissione di Diritto Internazionale Kolodkin sull'immunità funzionale: «immunity has developed as a customary rule without any 'exception', except perhaps “where criminal jurisdiction is exercised by a State in whose territory an alleged crime has taken place, and this State has not given its consent to the performance in its territory of the activity which led to the crime and to the presence in its territory of the foreign official who committed this alleged crime», cfr. p. 10.

⁵⁰⁰ V. DE SENA P. (1996), *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore.

corrispondenti a quanto richiesto dal proprio incarico.

La dottrina si è a lungo interrogata su tale aspetto giungendo, ci sembra di poter sottolineare, alla conclusione che la liceità del comportamento dell'organo statale nell'esercizio della funzione rappresenti un corollario dell'ufficialità e rilevanza interna di questa.

A tal proposito, inoltre, occorre porsi il quesito relativamente al soggetto cui spetta valutare se la condotta individuale dell'organo è rimasta entro i propri legittimi limiti e può quindi rientrare a pieno titolo nella definizione di “attività ufficiale”.

Per alcuni è lo Stato stesso che decide di indicare se le condotte poste in essere dall'individuo-organo sono ad esso riferibili, e quindi al suo rappresentante spetta o meno l'immunità funzionale per gli atti posti in essere nell'esercizio della funzione⁵⁰¹, mentre secondo altri autori sono le norme di diritto internazionale consuetudinario, in particolare quelle relative alla responsabilità internazionale dell'individuo, a fornire i giusti criteri in tal senso⁵⁰².

La perdurante incertezza sul punto affida, a nostro parere, alla prassi le dovute risposte, che dovranno essere ricercate nell'esame dell'atteggiamento di giudici e Stati di fronte a determinate condotte degli organi stranieri.

Possono comunque essere sintetizzati, perlomeno, gli orientamenti formulati sull'eventualità che l'individuo agisca *ultra vires*, sino all'ipotesi in cui le azioni dell'organo statale giungano ad integrare la commissione di crimini internazionali.

Un dato di partenza consiste nel fatto che riconoscere l'immunità funzionale anche per atti *ultra vires* ne ricondurrebbe la natura piuttosto a beneficio di carattere personale⁵⁰³.

⁵⁰¹ Questa la posizione, ad esempio, di VAN ALEBEEK, *op. cit.*, v. par. 2.3.2.

⁵⁰² DOUGLAS richiama tre tipi di norme al riguardo: quelle di *jus cogens*, quelle che impongono allo Stato di origine di esercitare la propria *jurisdiction* (in termini di competenza prescrittiva e giurisdizionale) sulla condotta degli organi, nonché, per l'appunto, le regole di attribuzione della responsabilità internazionale. Sotto questo aspetto in posizione diversa si pone PISILLO MAZZESCHI che, a partire dall'analisi del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per Atti Internazionalmente Illeciti e del relativo commentario, sottolinea come da tale assetto normativo non possa che derivarsi “un criterio-guida di carattere supplementare e residuale”, cfr. *op. cit.* pp. 756-757. Ad ogni modo, si è visto, nell'analisi dei tre parallelismi condotta in apertura del presente capitolo, come non può ritenersi sussistente un legame di influenza tra regole che riconoscono la responsabilità individuale dell'organo dello Stato ed i principi in tema di immunità *ratione materiae*.

⁵⁰³ TOMONORI elabora tale tesi evidenziando che «to infer ... that, as a matter of principle, functional immunity is granted even for *ultra vires* conduct would go too far. It seems that the basis of the contrary

Pur se l'immunità *ratione materiae*, inoltre, non si riconosce che a limitate categorie di organi, l'ambito di operatività di tale beneficio andrà in ogni caso interpretato restrittivamente⁵⁰⁴, nel senso di ritenere comprese solo le azioni poste in essere nel corretto svolgimento del proprio mandato.

Per gli stessi motivi, poi, la maggior parte della dottrina è d'accordo nel ritenere che l'ipotesi ancor più grave della commissione di un crimine internazionale non conceda margini di riconoscimento dell'immunità.

Nondimeno, tale aspetto è stato generalmente qualificato come un'eccezione alla sussistenza di un regime generale di esenzione dalla giurisdizione straniera⁵⁰⁵, ma è pur vero che, se si guarda anche alla giurisprudenza più recente, non sussiste uniformità di opinioni sulla configurabilità di tale eccezione.

Sulla base delle premesse sopra evidenziate, le osservazioni principali emerse dallo studio della dottrina e meritevoli di attenzione posso essere sintetizzate nel modo che segue.

Ai fini dell'immunità, la “funzione ufficiale” è quella posta in essere dall'organo statale sulla base di una relazione giuridica con lo Stato di appartenenza: non per l'espletamento di qualsiasi funzione in nome e per conto del medesimo, bensì, principalmente, di quelle collegate all'esercizio delle sue relazioni internazionali.

In tali ambiti, inoltre, la condotta dell'individuo-organo dovrebbe restare circoscritta a quanto previsto dall'incarico ufficiale, pena il mancato riconoscimento dell'immunità funzionale per atti *ultra vires* e la piena responsabilità per la commissione di crimini internazionali.

pro position that, in principle, functional immunity has been withheld in ultra vires cases is the stronger». Cfr. TOMONORI M. (2003) *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2003, pp. 122 – 123.

⁵⁰⁴ Queste le parole di FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, cfr. p. 41. Analogamente, pur se con un diverso approccio, si esprime VAN ALEBEEK: «the principle of individual responsibility for crimes against international law and the principle of irrelevance of official capacity directly affect the assumption that an official has acted within the scope of his mandate. States have, in other words, agreed universal limits on the mandate of state officials. Crimes against international law do not qualify as acts of the state rather than acts of the individual that performs the act, and hence are not official acts for the purpose of the rule of functional immunity. In other words, the rationale of the rule of functional immunity does not extend to these acts»; v. *op. cit.* pp. 222-223.

⁵⁰⁵ Tra le diverse posizioni sul punto v. AKANDE D. (2004), *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004).

Stabilite queste caratteristiche meritevoli di approfondimento, se ne rende opportuno il confronto con quanto emerso dall'esame della prassi giurisprudenziale, condotto nel capitolo terzo e organizzato sulla base delle diverse categorie di organi statali per i quali è stato invocato, in maniera più o meno diretta, il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae*.

6.2 GLI ORIENTAMENTI DELLA PRASSI

Una delle ipotesi che sono state formulate nel presente capitolo relativamente alla tipologia di attività determinante ai fini dell'individuazione dell'immunità *ratione materiae* degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera, è che tale concetto possa essere quello della “funzione internazionalmente tutelata”.

Si tratta, in primo luogo, come ipotizzato da alcuni autori⁵⁰⁶, delle funzioni tradizionalmente collegate alla vita di relazione dello Stato all'interno della comunità internazionale, ricollegabili, in primo luogo, all'attività degli organi già riconosciuti titolari di immunità *ratione personae*.

Secondo quanto sottolineato in esito allo studio della prassi riferita all'immunità delle diverse categorie di organi, tuttavia, la nozione sarebbe riferibile anche ad altre funzioni di rilievo interno ed esterno, ritenute meritevoli di tutela da parte degli ordinamenti stranieri mediante il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione degli organi che le pongono in essere.

Si cercherà dunque di verificare, attraverso il riferimento ad alcune delle decisioni analizzate e ritenute particolarmente esemplificative, se la giurisprudenza è in grado di fornire indicazioni utili a tal proposito.

Le definizioni di “funzione ufficiale” ricavabili, ai fini dell'immunità funzionale dell'individuo-organo, dallo studio dei temi della responsabilità e dell'immunità statale, così anche come ripresi da parte della Commissione del Diritto Internazionale nel suo

⁵⁰⁶ In via esemplificativa, DE SENA (1996), *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, fa espresso riferimento all'«esercizio di funzioni di rappresentanza dello Stato di invio» (pp. 228 – 230), che accomunerebbe, infatti, non solo agenti consolari e diplomatici, ma anche altri organi “tradizionalmente deputati allo svolgimento di dette attività”, come i Capi di Stato e di governo e i Ministri degli esteri.

lavoro sull'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, risultano, infatti, eccessivamente ampie rispetto alla effettiva applicazione che ne è stata data dai giudici nazionali.

Da questo punto di vista, in alcune ipotesi l'accento è stato posto, a livello generale, sulla funzione ufficiale di rappresentanza dello Stato di appartenenza che potrebbe giustificare il riconoscimento dell'immunità alle categorie di organi precedentemente individuate, come nel contesto della decisione della Corte Internazionale di Giustizia nel caso del Mandato d'arresto⁵⁰⁷ o del Tribunale federale svizzero nel caso Marcos⁵⁰⁸.

Si tratta chiaramente della *ratio* più risalente e comunemente riconosciuta posta alla base del riconoscimento dell'immunità funzionale.

Se si guarda alla prassi riferita a tali tipologie di individui-organi (organi già titolari di immunità personale – dopo il termine del proprio mandato ufficiale, consoli – limitatamente agli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni consolari, alcuni ex Ministri – in particolare della difesa o del commercio, in ragione della loro peculiare posizione all'interno dell'organizzazione statale, e, sotto certi aspetti, membri di missioni speciali), infatti, è possibile cogliere la speciale caratterizzazione e rilevanza esterna delle competenze ad essi attribuite.

In altri episodi, invece, soprattutto di epoca più recente, l'attenzione si è rivolta principalmente alla necessità, per taluni altri individui-organi, di viaggiare o svolgere specifiche missioni all'estero per conto dello Stato⁵⁰⁹, nell'esercizio di competenze ufficiali riconosciute come meritevoli di tutela tra i membri della comunità internazionale.

Con riferimento al necessario rispetto dei limiti di liceità di tali funzioni, infine,

⁵⁰⁷ V. in particolare la separate opinion del giudice Koroma: «the Paramount legal justification (...) is that immunity of the Foreign Minister is not only of functional necessity but increasingly these days the Foreign Minister represents the State, even though his or her position is assimilable to the Head of State».

⁵⁰⁸ V. *Ferdinand et Imelda Marcos contre Office fédéral de la police (recours de droit administratif)* (1989), ove con riguardo all'immunità degli ex Capi di Stato si afferma che questa è accordata «non seulement “pour tenir compte de leur fonction et dy symbole de souveraineté qu'ils portent” “qu'en raison de leur caractère représentatif dans les relations internationales”». Entrambi gli esempi sono richiamati da HENZELIN M. (2002), *L'immunité pénale des ministres selon la Cour Internationale de Justice*, Schweizerisches Zeitschrifts für Strafrecht, 2002, p. 254.

⁵⁰⁹ Si veda, ad esempio, *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004; oppure AKANDE D. (2008), *Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity*, in EJIL:Talk!.

citando un caso già menzionato nelle precedenti sezioni del presente lavoro, relativamente ad immunità dalla giurisdizione civile, in Kazemi c. Iran (2011), la decisione resa in primo grado dalla Corte superiore del Québec in data 25 gennaio 2011 si rivela di particolare interesse almeno da un triplice punto di vista⁵¹⁰.

Per quanto qui interessa, in particolare, il terzo fulcro del ragionamento della Corte concerne la rilevanza del discrimine tra atti effettivamente posti in essere nell'esercizio delle funzioni ed azioni invece riferibili alla *private capacity* dell'individuo-organo, soprattutto in caso di gravi violazioni di diritti umani.

Gli esempi citati, in conclusione, letti in congiunzione con la prassi relativa agli organi che tradizionalmente sono chiamati a svolgere funzioni relative alla rappresentanza o alla conduzione della vita di relazione esterna dello Stato, possono indurci a ritenere che sia proprio questa tipologia di attività ad essere tutelata per mezzo del riconoscimento dell'immunità degli individui-organi⁵¹¹.

6.3 CONCLUSIONI

Ai fini di elaborazione delle conclusioni che possono essere sviluppate in merito al concetto di “funzione ufficiale” rispetto a quanto evidenziato, è questo il punto in cui lo studio della prassi relativa alla definizione e al trattamento delle diverse categorie di organi statali con riferimento al riconoscimento dell'immunità funzionale e le

⁵¹⁰ Ognuno degli aspetti qui illustrati è commentato da PAVONI R. (2011), *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, pp. 393 – 399. In primo luogo, si tratta di un diniego di immunità dalla giurisdizione civile riferibile ad un Capo di Stato in carica, in relazione al quale non si è ritenuta fondata la difesa di controparte fondata sulla c.d. *territorial tort exception*, secondo cui uno Stato può essere sottoposto alla giurisdizione straniera per procedimenti in fatto di illeciti, come decesso o lesioni personali, commessi in territorio del Paese terzo. In secondo luogo, la Corte superiore, si è ribadito in precedenza, ha individuato come unica fonte di disciplina in materia lo State Immunity Act (SIA), di cui ha valorizzato l'eshaustività rispetto all'immunità dalla giurisdizione civile. Sul punto, tra i precedenti richiamati, merita attenzione l'accenno in sentenza alla giurisprudenza italiana sviluppata a partire dal caso Ferrini, in particolare per quanto concerne la sottolineatura della mancanza, in Italia, di leggi espressamente volte a disciplinare la materia delle immunità degli organi stranieri, al contrario di ordinamenti di *common law*.

⁵¹¹ Anche ove tale immunità si pone come “continuativa” o “residuale” rispetto ad una preesistente tutela data dal riconoscimento dell'immunità *ratione personae*, che viene a restringere il suo ambito di applicazione una volta terminato il mandato ufficiale di cui l'organo era investito.

caratteristiche della funzione ufficiale da essi esercitata, derivata dall'analisi delle problematiche affrontate nel presente capitolo, devono incrociarsi.

Nuovamente, infatti, proprio a partire dal suddetto confronto, si vede come i due concetti chiave di «organo» e «funzione» vanno studiati di pari passo, in quanto nessuno dei due esaurisce al suo interno i principi in base ai quali riconoscere il fondamento dell'immunità funzionale dell'individuo-organo dalla giurisdizione straniera.

Piuttosto tale ricostruzione deve necessariamente avvalersi di entrambi i profili⁵¹².

Se i parallelismi valutati nella prima parte del presente capitolo, come più volte ricordato, unitamente alle conclusioni raggiunte dalla Commissione del Diritto Internazionale sull'argomento, mostrano una tendenza a considerare una nozione ampia di “funzione ufficiale” (si veda, in particolare, il riferimento all'esercizio della *governmental authority*), al tempo stesso la prassi ha rivelato un'applicazione dell'immunità limitata, quantomeno per ora, ad alcune specifiche categorie di organi.

Guardando alle competenze ad essi attribuite, pertanto, si può sostenere che il punto di incontro tra questi due concetti si propone, quindi, nell'esercizio delle funzioni di gestione delle relazioni esterne dello Stato.

È opportuno specificare, a tal proposito, come non si tratti di ruoli di rappresentanza *tout court* dello Stato (alla cui tutela sono piuttosto preordinate le immunità c.d. *ratione personae*), bensì di competenze legate allo sviluppo e protezione dei suoi interessi anche di rilevanza sovranazionale⁵¹³ o a cui può essere funzionalmente connessa la necessità del loro esercizio anche al di fuori dei confini dello Stato di appartenenza,

⁵¹² In conclusione, infatti, come già sottolineato, «the fact that immunity *ratione materiae* rules are applied in a very restrictive manner shows that they have been interpreted as protecting the activities performed by certain categories of State officials, not only (and I would argue not primarily) the sovereignty of the state on which behalf the organ acted», cit. FRULLI M. (2016), *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479, p. 497. WEBB osserva, inoltre, come «it seems very hard to draw a line between defining the person by reference to their acts and defining the type of act that is protected by functional immunity», cit. *Comment on 'The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories'*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), pp. 43 – 49

⁵¹³ Sul punto v. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, pp. 776 – 777.

Per quanto riguarda le funzioni statali diverse da quelle ora illustrate, invece, pur riconoscendone la rilevanza del rispetto dell'organizzazione interna agli Stati e dell'esercizio della loro sovranità, attualmente la loro tutelabilità per mezzo del riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* degli individui-organi dalla giurisdizione straniera non risulta affermata in via né convenzionale né di prassi (come si avrà modo di puntualizzare nel contesto del capitolo conclusivo).

*** * ***

CAPITOLO V

CONCLUSIONI GENERALI DELLA RICERCA

SOMMARIO: 1. Lo stato dell'arte della materia e l'impostazione della ricerca – 2. La definizione degli elementi normativi dell'immunità funzionale – 2.1 L'organo dello Stato – 2.2 La funzione ufficiale ed i limiti al suo esercizio legittimo – 2.3. Il confronto tra i risultati dello studio della prassi relativa alle diverse categorie di organi statali e la definizione di “funzione ufficiale” da essi esercitata – 3. L'immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera: un commento conclusivo.

*** * ***

1. LO STATO DELL'ARTE DELLA MATERIA E L'IMPOSTAZIONE DELLA RICERCA

L'obiettivo della presente ricerca in materia di immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera era, in primo luogo, quello di procedere ad una sistemazione tanto della dottrina quanto della prassi in materia, alla ricerca di uno sguardo di insieme che potesse fornire l'opportunità, a chi scrive, di elaborare proposte illustrative quanto più fedeli alla reale considerazione che l'immunità *ratione materiae* riceve allo stato attuale nel diritto internazionale.

Più precisamente, lo studio, nelle sue concrete modalità di svolgimento, si è rivolto principalmente a far chiarezza in ordine ai due elementi definitori centrali dell'istituto in questione, ovvero il concetto di “organo” e quello di “funzione ufficiale” ai fini dell'immunità.

Occorre ribadire per un'ultima volta, al tempo stesso, che si è consapevolmente scelto di non includere nella ricerca tanto gli aspetti più strettamente procedurali legati al riconoscimento dell'immunità, quanto la disciplina delle eccezioni e limitazioni al suo operare, sia per motivi di complessità delle teorie e della prassi relativa a questo particolare aspetto, che in ragione della già menzionata necessità di definire prima le possibili basi di applicazione del beneficio dell'esenzione dalla giurisdizione straniera e solo in una eventuale fase successiva, le giustificazioni della sua esclusione.

Con riferimento allo studio della copiosa dottrina che si è espressa su questo tema (così come analizzata nel capitolo secondo del lavoro), si possono richiamare alcune osservazioni preliminari.

In primo luogo, va dato conto della varietà e dell'incremento dei contributi e delle posizioni espresse sul tema dell'immunità funzionale (nonché i relativi tentativi di sistematizzazione e sintesi degli argomenti⁵¹⁴).

In secondo luogo, si segnala la persistenza di due diverse impostazioni di fondo nella considerazione del suo fondamento.

La prima riconosce una regola generale in materia di immunità che ne prevede il riconoscimento alla generalità degli organi dello Stato che agiscono per suo nome e conto, posto che l'immunità dell'individuo non è altro che un corollario dell'immunità statale dalla giurisdizione straniera. Ciò, storicamente, in ragione dell'influenza della teoria kelseniana in base alla quale lo Stato non può che agire attraverso i propri individui-organi.

Il secondo gruppo di teorie, invece, riconosce un regime complesso o differenziato in materia di immunità funzionale, che pare articolarsi secondo tre direttive principali:

- le tesi che, ai fini del riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione straniera, fanno riferimento essenzialmente alle categorie di “organi dello Stato” cui tale beneficio è ritenuto applicabile;
- le tesi che partono dal presupposto della “funzione ufficiale” concretamente posta in essere dall'individuo-organo;
- le tesi che prevedono un regime ulteriormente frammentato e che leggono l'immunità funzionale come corollario o condizione residuale rispetto all'immunità *ratione personae* riconosciuta a determinate categorie di organi, non potendo derivare dalla prassi attuale alcun indizio in merito al riconoscimento di una regola consuetudinaria autonoma e rivolta a tutti gli individui agenti in nome e per conto dello Stato.

Conseguentemente, lo studio della prassi è stato organizzato proprio sulla base di questo schema, incentrandosi principalmente sui due concetti di “organo” e di

⁵¹⁴ Si vedano, in proposito, i lavori di DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè Editore e, più recentemente, PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014. Nella presente ricerca, invece, lo studio della dottrina è oggetto specifico del capitolo secondo, ove i lavori citati vengono diffusamente richiamati a sostegno della rielaborazione delle teorie formulate sul tema dell'immunità funzionale degli organi statali.

“funzione ufficiale”, cui sono stati dedicati, rispettivamente, i capitoli terzo e quarto.

Più precisamente, si è scelto di analizzare prima la prassi giurisprudenziale e legislativa per le singole categorie di organi rispetto ai quali l’immunità funzionale dalla giurisdizione è stata espressamente invocata o è venuta comunque in rilievo, e poi di verificare se quanto evidenziato in questa parte del lavoro potesse ritenersi confermato dall’approfondimento sul tema della “funzione ufficiale”.

In particolare, poi, per quanto concerne questo aspetto, si sottolinea la scelta non soltanto di verificare alcuni possibili parallelismi interni al diritto internazionale, con settori in cui il concetto di organo e di funzione ufficiale vengono ad assumere rilevanza cruciale (e con l’obiettivo di una loro più compiuta definizione), ma anche di tenere in considerazione, in prospettiva comparativa, le differenze sostanziali che sussistono in materia tra diversi ordinamenti giuridici (di *common* e *civil law*).

Come si potrà meglio verificare in sede di illustrazione delle osservazioni conclusive, tra le varie teorie formulate dalla dottrina con riferimento all’immunità funzionale degli organi statali, quella che sembra avere i legami più deboli con la realtà desumibile da un’attenta considerazione della prassi attuale, è proprio quella che ne prevede il riconoscimento in capo a qualsiasi individuo-organo per il semplice fatto di aver agito in nome e per conto dello Stato di appartenenza, sulla base di principi generali di diritto internazionale o di un’asserita norma generale di natura consuetudinaria.

Per quanto concerne, invece, la seconda (e ancora più articolata) tipologia di teorie, i risultati dello studio della prassi, sintetizzati nei paragrafi successivi, permetteranno di formulare delle ipotesi più precise relativamente al significato da attribuire ai termini “organo” e “funzione” quali elementi identificativi dell’ambito di applicazione e del fondamento dell’immunità funzionale.

2. LA DEFINIZIONE DEGLI ELEMENTI NORMATIVI DELL'IMMUNITÀ FUNZIONALE

Come è noto, le caratteristiche basilari che tradizionalmente si ritengono identificare l’istituto dell’immunità funzionale sono tre:

- a) il fatto che l’immunità possa essere astrattamente riconosciuta a tutti gli

individui-organi dello Stato;

b) la necessità che gli atti in relazione ai quali si invoca l'immunità siano stati posti in essere nell'esercizio di una funzione statale ufficiale;

c) l'assenza di limiti temporali per l'eventuale invocazione dell'immunità, posto che questa forma di tutela resta valida anche successivamente al termine del mandato o della carica ricoperta dall'individuo-organo che ne domanda l'applicazione⁵¹⁵.

Si è ritenuto non necessario occuparci nello specifico del terzo elemento elencato, per il semplice fatto che non sussistono particolari contestazioni in ordine all'estensione temporale dell'immunità *ratione materiae*, ragion per cui occorre piuttosto concentrarsi nella sintesi di quanto rilevato dallo studio delle prime due caratteristiche.

2.1 L'ORGANO DELLO STATO

Alla definizione del concetto di organo statale, ai fini dell'immunità, è stato principalmente dedicato il capitolo terzo del presente lavoro.

Come è noto, si è deciso di condurre un esame della prassi organizzato sulla base delle diverse tipologie di individui-organi per cui l'immunità funzionale è stata invocata, con l'obiettivo di verificarne l'effettivo riconoscimento giurisprudenziale, a livello nazionale ed internazionale, e gli esiti del confronto con la prassi legislativa interna che, soprattutto in alcuni ordinamenti di *common law*, riconosce e disciplina questo beneficio, per quanto con diversi termini e impostazioni.

Le categorie di organi individuate a tal proposito sono sostanzialmente suddivise in due gruppi: da un lato quelle notoriamente titolari anche dell'immunità di tipo personale, dall'altro le categorie cui quest'ultimo beneficio non viene comunemente riconosciuto, ma che in ogni caso tendono ad invocare, o per le quali si è ipotizzata, a vario titolo, una qualche forma di esenzione dall'esercizio della giurisdizione straniera relativamente agli atti ufficiali posti in essere per conto dello Stato.

⁵¹⁵ Anche la Commissione del Diritto Internazionale, nel suo studio dell'argomento, parte da questo presupposto; cfr. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2014) *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/673, 2 giugno 2014, parr. 12 – 13.

Lo studio della prassi è stato dunque condotto, in primo luogo, nei confronti degli organi titolari di immunità *ratione personae*, con la conseguente analisi delle decisioni pronunciate nei confronti di ex Capi di Stato o di governo, di ex Ministri degli esteri e di ex agenti diplomatici. Il prefisso “ex” in questo caso è d’obbligo in quanto, per la durata di svolgimento del mandato, l’immunità funzionale di queste figure è assorbita da quella personale ad essi spettante proprio in virtù dello specifico ruolo ricoperto all’interno dell’organizzazione statale⁵¹⁶.

Per quanto concerne, invece, le altre categorie di organi studiate, queste sono state individuate e organizzate sulla base dell’affinità di funzioni svolte e dell’invocazione o meno, e della frequenza, dell’immunità dalla giurisdizione straniera.

A tal proposito, l’analisi della giurisprudenza si è incentrata dapprima su categorie comunque già autonomamente note nel diritto internazionale relativamente al tema dell’immunità, come organi consolari, membri di missioni speciali e missioni militari operanti all’estero.

Si è cercato, infine, di schematizzare anche lo studio delle restanti tipologie di individui-organi, articolate nelle seguenti categorie:

- agenti segreti e membri dell’intelligence nazionale;
- organi responsabili della sicurezza nazionale;
- esponenti del potere giudiziario;
- ulteriori organi statali⁵¹⁷.

Seguendo uno schema analogo, le conclusioni desumibili dell’esame della prassi possono essere sintetizzate intorno ad alcuni punti salienti.

⁵¹⁶ Oppure, utilizzando l’espressione di DINSTEIN riferita, in particolare, alla posizione degli agenti diplomatici, «during their term of office the functional immunity of diplomatic agents is merely “eclipsed by the shadow of the personal immunity”», in *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966, p. 79, citato nel lavoro di VAN ALEBEEK (2007), *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press, pp. 134 – 135.

⁵¹⁷ Per quanto concerne quest’ultimo insieme, per chiarezza è bene citare alcuni dei casi ivi presi in esame: il caso Kovtunen (1960), relativo alle accuse di diffamazione rivolte ad un funzionario dell’agenzia sovietica TASS, Marcinkus (1987), concernente un procedimento penale per bancarotta fraudolenta a carico dell’arcivescovo amministratore della Banca centrale Vaticana IOR, Jaffe c. Miller (1990), Kabuye (2008), Capo dell’Ufficio Protocollo del governo ruandese e accusata di essersi resa complice dell’omicidio del Presidente nel 1994, o infine la vicenda che vede tuttora protagonisti i sottufficiali Girone e Latorre, posto che non si ritiene di poter convintamente ricomprendere tali agenti nel novero dei membri di missioni militari operanti all’estero.

In primo luogo, va sottolineata la crescente considerazione dell'immunità *ratione materiae* quale ipotesi residuale rispetto all'immunità personale, ma ad essa strettamente collegata.

A tal proposito si è verificato che l'immunità funzionale risulta essere concessa ad un gruppo di organi considerato unitariamente, Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri e agli agenti diplomatici, a partire dal momento in cui questi non detengono più la carica ufficiale che gli garantiva l'immunità personale ed assoluta dalla giurisdizione straniera; da tale momento, dunque, la tutela nei loro confronti resta circoscritta alle sole condotte poste in essere nell'esercizio della propria funzione.

Rilevato, inoltre, che in diverse ipotesi le due tipologie di attività vengono invocate congiuntamente, l'immunità dalla giurisdizione riconosciuta a tali organi si potrebbe descrivere come un *unicum*, posto che, venuta meno quella inizialmente attribuita *ratione personae*, l'immunità funzionale si caratterizzerebbe come “*continuing*” o “*residual*”.

È lecito domandarsi, a questo punto, sia se l'immunità così configurata possa essere suscettibile di estensione, o se una forma di esenzione dalla giurisdizione straniera in via funzionale sia riconoscibile anche ad altre categorie di organi studiate.

In merito al primo quesito, che rappresenta anche la seconda tipologia di conclusioni intermedie che si intende illustrare, occorre valutare la particolare considerazione riservata ad alcune (limitate) categorie di organi, con particolare riferimento alla posizione degli ex Ministri.

La prassi giurisprudenziale relativa, in particolare, ad alcuni tra gli ex Ministri (diversi da quello degli esteri), ha mostrato che per questi organi è stata espressamente riconosciuta la necessità di una forma propria di tutela dalla giurisdizione straniera.

Come si è visto all'interno del capitolo terzo, infatti, alcune Corti hanno valutato che il Ministro della difesa (e in un caso anche il Ministro del commercio internazionale)⁵¹⁸ non dovesse poter essere perseguito per atti posti in essere nell'esercizio della propria funzione.

Sebbene, sostanzialmente, tale estensione dell'immunità avvenga su base *ratione*

⁵¹⁸ Si vedano, solo per citare due esempi, i casi Mofaz (*Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004) e *Li Weixum v. Bo Xilai*, United States District Court, DCC Civ. No. 04-0649 (RJL), 24 July 2006.

personae, è chiaro che, per il ragionamento illustrato in precedenza, al termine del mandato all'organo sarà riconosciuta anche l'immunità anche di tipo funzionale.

Sotto un diverso punto di vista, inoltre, potrebbe essere analogamente qualificata come una “estensione” dell'immunità personale (e funzionale per la fase successiva all'espletamento dell'incarico), fondata in particolare su una espressa manifestazione del consenso dello Stato territoriale, anche quella riconosciuta ai membri di missioni speciali o a singoli organi statali per particolari circostanze.

Si tratterebbe, per la precisione, dell'attribuzione di una forma “temporanea” di immunità diplomatica determinata dal riconoscimento, da parte dello Stato di destinazione, della speciale natura delle circostanze e delle motivazioni che giustificano la presenza dell'organo straniero sul proprio territorio, motivazioni per le quali si ritiene altresì che l'attività da esso posta in essere debba essere tutelata rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale delle corti interne.

Con riguardo, infine, alle restanti categorie di organi, diverse da quelle coperte da immunità di tipo personale, è possibile sostenere che lo studio della prassi ha fornito alcune rilevanti conferme.

Brevemente, si ritiene di poter riaffermare che l'immunità *ratione materiae* è riconosciuta agli agenti consolari, per l'esercizio delle funzioni ufficiali ad essi attribuite, sia dalla giurisprudenza e dall'interpretazione dell'art. 43 della Convenzione di Vienna del 1963.

Dall'altro canto, per quanto concerne i membri di missioni militari operanti all'estero, si è riscontrato che il riparto di giurisdizione tra Stato di invio del personale e Stato di destinazione avviene principalmente su base convenzionale e non attraverso il ricorso all'istituto dell'immunità funzionale.

La prassi non fornisce, infine, indicazioni univoche rispetto al trattamento delle restanti tipologie di organi stranieri. Sembra ragionevole dedurre, pertanto, che non si è ancora formata nemmeno una *opinio iuris* in grado di far ritenere vigente una norma consuetudinaria che attribuisce l'immunità dalla giurisdizione straniera a tutti gli organi dello Stato che agiscono, più o meno apertamente, per suo conto⁵¹⁹.

⁵¹⁹ Cfr. NIGRO R., «ci sembra che l'immunità funzionale non possa essere astrattamente riconducibile a “qualunque” individuo che agisca per conto dello Stato ma piuttosto, secondo quanto si rileva dalla prassi, ad “alcuni” individui che rappresentano lo Stato e più precisamente gli organi attraverso i quali gli Stati

La conclusione che è possibile trarre con riferimento a questo aspetto, è quindi che non tutti gli organi dello Stato, che si trovano a svolgere le proprie funzioni all'estero in territorio straniero, possono essere ritenuti parimenti tutelati dal diritto internazionale.

Basti pensare, del resto, alla difficoltà di concepire una forma di immunità dalla giurisdizione straniera anche agli individui-organi di rango non elevato che, comunque, pongono in essere delle azioni in rappresentanza e per conto dello Stato di appartenenza.

L'evoluzione in tal senso della prassi giurisprudenziale non può non indurre a ritenere che, rispetto alla configurazione tradizionale degli interessi protetti dalle immunità organiche, vi sia stato un ridimensionamento delle "funzioni ufficiali" tutelabili attraverso il riconoscimento dell'esenzione dalla giurisdizione straniera per gli individui-organi chiamati a svolgerle, come si cercherà di chiarire meglio nel paragrafo seguente.

2.2 LA FUNZIONE UFFICIALE ED I LIMITI AL SUO ESERCIZIO LEGITTIMO

Lo studio della prassi relativa al riconoscimento dell'immunità per le diverse categorie di organi che ne hanno invocato l'applicazione ha fornito delle conferme ed altresì alcuni possibili nuove interpretazioni dell'istituto oggetto del presente lavoro.

Uno dei punti fermi che si sono più volte ribaditi nel contesto della ricerca, tuttavia, è che l'esame degli elementi normativi dell'immunità funzionale non può essere condotto disgiuntamente, limitandosi a chiarire, dal punto di vista soggettivo, quali organi potrebbero ritenersi astrattamente esenti dall'esercizio della giurisdizione straniera nei loro confronti.

Se il terzo capitolo del presente lavoro era dedicato al concetto di "organo", infatti, nella sezione successiva ci si è invece concentrati su quello di "atto posto in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale" ai fini dell'immunità, con l'obiettivo di porre a confronto quanto emerso in precedenza con la natura e i limiti delle attività

intrattengono normalmente le loro relazioni reciproche. Di conseguenza, l'eventuale immunità funzionale riconosciuta "anche" ad altri individui che agiscano per conto dello Stato sarà da dimostrare e non semplicemente da presumere»; cit. *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, pp. 576 – 577.

poste in essere dagli organi statali interessati.

Ancora prima di procedere con questo tipo di comparazione, tuttavia, si è ritenuto di studiare il tema della “funzione ufficiale” a più ampio spettro, a partire dall’indagine in merito ad alcuni parallelismi possibili tra l’istituto dell’immunità *ratione materiae* ed altri settori del diritto internazionale ad essa collegati.

Si sono approfonditi, infatti, i profili legati dall’attribuzione della responsabilità internazionale dello Stato e dell’individuo, nonché il rapporto tra l’immunità dell’organo e quella dello Stato di appartenenza.

Relativamente al primo profilo, una delle conclusioni preliminari sviluppate a partire dallo studio delle norme del Progetto di articoli del 2001 sulla responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, è che gli ambiti di competenza organica che possono dare luogo ad attribuzione dell’illecito internazionale, rispetto alle ipotesi di riconoscimento dell’immunità funzionale all’individuo-organo, è molto più ampia, nonché fondata tanto su elementi di fatto che di diritto in grado di assumere pari importanza.

L’ampliamento più significativo, in ogni caso, risiede in una nozione di organo statale che va al di là delle categorie espressamente titolari di una funzione ufficiale da porre in essere in nome e per conto dello Stato di appartenenza, come invece accade nel caso delle immunità *ratione materiae*.

A ben vedere, tuttavia, la rilevanza delle regole in materia di attribuzione in questo campo va ridimensionata alla luce della sostanziale differenza di *ratio* tra le due tipologie di norme: le prime, infatti, concorrono a determinare se la condotta di uno Stato può essere qualificata come un atto internazionalmente illecito, mentre le regole in materia di immunità sono volte a bilanciare la tutela di alcune funzioni statali e la competenza dei giudici nazionali ad esercitare la giurisdizione sul loro esercizio da parte di individui-organi stranieri⁵²⁰.

Nondimeno, l’approfondimento condotto con riferimento alla responsabilità internazionale dell’individuo è meritevole di interesse soprattutto per la lettura che ne inquadra l’insorgere nel diritto internazionale come un momento di rottura rispetto alle teorie di origine kelseniana che riconoscevano un rapporto ben più stretto tra organo e

⁵²⁰ Cfr. DOUGLAS Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012, pp. 13 – 16.

Stato di appartenenza, ove il primo non era altro che un elemento costitutivo del secondo e privo di ogni autonomia, non potendo lo Stato che servirsi di agenti interposti per l'esercizio delle proprie funzioni⁵²¹.

Infine, sulla base del modello della “*single act, dual responsibility*”⁵²², si è visto che anche la distinzione tra immunità dello Stato e immunità dell'individuo-organo, soprattutto con riferimento all'esercizio della giurisdizione penale, viene a cadere.

Se si accetta una tale impostazione, peraltro, sono evidenti le implicazioni rispetto alla validità delle teorie che ponevano il fondamento dell'immunità funzionale proprio sull'identità tra responsabilità dell'organo e immunità dello Stato.

*

Per quanto tutti e tre i potenziali parallelismi esplorati con riferimento all'immunità funzionale degli organi statali non siano risultati fondati, ciò nonostante alcuni concetti comuni risultano comunque emergere da tale confronto.

Nei lavori della Commissione del Diritto Internazionale sull'immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione penale straniera, e in particolare nel quarto rapporto della Special Rapporteur Escobar Hernandez (2015) che si incentra proprio sul tema dell'”atto posto in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale”, la nozione di funzione tutelata viene identificata, per l'appunto, con il concetto di *governmental authority*⁵²³.

La stessa Commissione riconosce che, sino ad ora, non è stata fornita una definizione puntuale di tale nozione, che viene autonomamente inquadrata sulla base di due caratteristiche principali, vale a dire l'individuazione di alcune specifiche attività espressione di sovranità statale (come l'esercizio di funzioni di polizia,

⁵²¹ Cfr. PISILLO MAZZESCHI R. (2006), *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 415 – 430.

⁵²² V. ESCOBAR HERNANDEZ C. (2015), *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. A/CN.4/686, parr. 98 – 99.

⁵²³ Si veda ESCOBAR HERNANDEZ C. (2015) *Fourth report*, UN Doc. A/CN.4/686, e il testo dell'art. 2, lettera f), proposto dalla relatrice per il progetto di articoli: « (f) An “act performed in an official capacity” means an act performed by a State official exercising elements of the governmental authority that, by its nature, constitutes a crime in respect of which the forum State could exercise its criminal jurisdiction».

l'amministrazione della giustizia, le attività delle forze armate e quelle afferenti allo svolgimento delle relazioni internazionali dello Stato) nonché quelle attività che alla sovranità sono collegate in via "funzionale", in quanto poste in essere nell'attuazione di politiche e decisioni statali.

Secondo la Special Rapporteur, il concetto di *governmental authority*, unitamente alla natura criminale dell'atto incriminato e la sua attribuibilità allo Stato di appartenenza dell'organo che lo ha posto in essere, concorrerebbero a formare la definizione di "funzione ufficiale" da esso esercitata ai fini del riconoscimento dell'immunità.

Occorre domandarsi, a questo punto, se un'accezione così ampia del concetto di "atto posto in essere nell'esercizio di una funzione ufficiale" sia in linea con quanto evidenziato a seguito della prassi relativa alle diverse categorie di organi statali.

2.3. IL CONFRONTO TRA I RISULTATI DELLO STUDIO DELLA PRASSI RELATIVA ALLE DIVERSE CATEGORIE DI ORGANI STATALI E LA DEFINIZIONE DI "FUNZIONE UFFICIALE" DA ESSI ESERCITATA

È il momento di esaminare concretamente su quale fondamento e per quale ambito di applicazione si verifica la contemporanea presenza dei due requisiti fondanti il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae*: che la condotta incriminata sia stata posta in essere da un individuo nella sua qualità di organo dello Stato e che si sia trattato di un "atto posto in essere nell'esercizio delle funzioni ufficiali" ad esso attribuite⁵²⁴.

Ricapitolando, l'esame della prassi ci conferma che l'immunità non risulta essere riconosciuta a tutti gli organi statali, ma solo ad alcuni: con l'eccezione degli agenti consolari e del particolare trattamento riservato ai membri di missioni speciali, si tratta degli organi già tutelati dall'immunità *ratione personae* (Capi di Stato, Capi di governo, Ministri degli esteri ed agenti diplomatici), per i quali l'immunità funzionale viene in rilievo al termine del mandato.

Di fronte a tali risultati, la definizione di "funzione ufficiale" che si ricava dai diversi settori indagati nel capitolo quarto, così come dai lavori della Commissione del

⁵²⁴ Cfr. ESCOBAR HERNANDEZ, *Third report*, p. 146.

Diritto Internazionale, fortemente incentrata sul concetto di sovranità e delle necessità ad essa funzionalmente collegate, si dimostra eccessivamente ampia⁵²⁵.

Con riguardo all'importante lavoro svolto dalla Commissione, pertanto, questo significa contestarne le conclusioni sostanziali dal punto di vista dell'ambito di applicazione sia soggettivo che oggettivo dell'immunità degli organi dalla giurisdizione straniera.

La soluzione alternativa che si propone, in conclusione dello studio della dottrina e della prassi (legislativa e giurisprudenziale) sul tema dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera, è che questa vada riconosciuta agli individui-organi incaricati di svolgere le funzioni di rappresentanza e di sviluppo delle relazioni esterne dello Stato di appartenenza, o comunque i compiti ad esse strettamente funzionali⁵²⁶.

In tale contesto, è chiaro che non tutti gli organi statali assumono la medesima rilevanza all'interno dell'organizzazione statale⁵²⁷, ma il fatto che gli Stati si servano proprio di tali categorie di agenti per la gestione delle loro relazioni reciproche rappresenta il fattore comune che ne giustifica la tutela dalla giurisdizione delle corti straniere per le condotte strettamente legate all'espletamento di questo tipo di mandato⁵²⁸.

Si è visto altresì che, recentemente, vi è la tendenza ad ipotizzare l'estensione dell'immunità così configurata anche ad organi differenti, come gli ex-Ministri diversi da quello degli affari esteri.

Considerando le singole fattispecie in cui questa valutazione si è concretamente

⁵²⁵ Per uno stimolante commento al lavoro della CDI sull'argomento, v. WOOD Sir M. (2014), *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, relazione in occasione del Council of Europe Seminar, 2014; «we need to start from what States and courts have actually done, not what we wish they had done».

⁵²⁶ Come, ad esempio, nel caso degli agenti consolari.

⁵²⁷ Come sottolinea PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014, p. 777: «la disciplina complessiva delle immunità giurisdizionali, personali e funzionali, ha, quantomeno nel diritto internazionale contemporaneo, un solo ed unico scopo di carattere unitario: quello di tutelare certe funzioni dello Stato, comunque attinenti ai rapporti esterni del medesimo, attraverso la tutela degli organi che esercitano normalmente tali funzioni. Ma tale tutela viene ad essere graduata a seconda dell'importanza delle funzioni svolte dai diversi organi».

⁵²⁸ V. NIGRO R. (2009), *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009, p. 575.

prospettata, si è reso evidente come almeno il rango degli individui-organi interessati sia lo stesso, mentre si rileverebbe una discordanza nella tipologia delle funzioni ad essi attribuite, non direttamente pertinenti alla vita di relazione esterna dello Stato.

Questo potrebbe indurre a far decadere ogni interesse per questi casi rispetto alle conclusioni ricavate in materia di immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione straniera.

E invece, se si prova a leggerli proprio con tale ottica, si potrebbe anche considerare la presenza di un elemento di “rappresentanza” o di “internazionalità” anche nelle funzioni di un ministro della Difesa o del commercio⁵²⁹, valutazione che andrà compiuta, caso per caso, dai giudici interessati di simili procedimenti.

Non è escluso che, con il tempo, una simile valutazione possa condurre ad un ampliamento del novero di organi statali titolari di immunità funzionale, riconoscimento che, tuttavia, allo stato attuale, si ritiene realisticamente circoscritto alle figure e alle funzioni individuate all’esito della presente ricerca.

3. L'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI DELLO STATO DALLA GIURISDIZIONE STRANIERA: UN COMMENTO CONCLUSIVO

Quanto affermato sino ad ora con riguardo all’ambito di applicazione soggettivo e oggettivo dell’immunità funzionale degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera non ci può far esimere da un commento conclusivo in ordine al fondamento di tale istituto.

All’interno del quadro complessivo delle diverse teorie formulate negli anni in merito al suo fondamento, delineato nel capitolo secondo e richiamato in apertura della

⁵²⁹ Come ad esempio ipotizzato, pur in maniera critica, da FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London, pp. 111 – 114. Cfr., inoltre, la decisione *Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz*, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004: «Although travel will not be on the same level as that of a Foreign Minister, it is a fact that many [S]tates maintain troops overseas and there are many United Nations missions to visit in which military issues do play a prominent role between certain States, It strikes me that the roles of defence and foreign policy are very much intertwined ... today I conclude that a Defence Minister would automatically acquire [S]tate immunity in the same way as that pertaining to a Foreign Minister».

presente sezione, la differenza principale, si sa, si delinea tra le tesi che ritengono vigente un regime generale o unitario in materia di immunità, e quanti, invece, un regime complesso o comunque differenziato.

Il percorso di ricerca affrontato, le categorie di organi individuate dall'esame della prassi e lo studio delle loro funzioni ufficiali ritenute meritevoli di tutela a livello internazionale, inducono a confermare che non risultano affermati, nel diritto internazionale consuetudinario, un principio generale o una norma che attribuisce a tutti gli individui-organi l'immunità dalla giurisdizione straniera per le azioni poste in essere in nome e per conto dello Stato.

Ciò sarebbe vero non soltanto in virtù dello stretto legame individuato tra immunità personale e immunità funzionale⁵³⁰, ma anche, ad esempio, del ruolo attribuito al consenso dello Stato territoriale e al ruolo del potere esecutivo nel riconoscimento dell'esenzione di un determinato organo dalla giurisdizione straniera⁵³¹.

L'argomento principale, in ogni caso, che può far ritenere ormai superate le concezioni dell'immunità *ratione materiae* fondate sui principi della tutela della sovrana uguaglianza degli Stati o della loro organizzazione interna, risiede proprio nella tipologia di funzione sovrana più ristretta che questa è volta a preservare⁵³², limitata, tanto sotto il profilo soggettivo che oggettivo, allo sviluppo delle relazioni internazionali dello Stato.

⁵³⁰ Cit. FRANEY E.H. (2011), *op. cit.*, p. 285: «The analysis of state practice demonstrates that immunity does not attach to conduct alone, for a person to have continuing immunity *ratione materiae* from prosecution for offences committed on the territory of a foreign state they must initially have had immunity *ratione personae*. The forum state must have agreed to the official being present on its territory, and agreed to the purpose of the visit. Those officials present on the territory of a foreign state, with the consent of that state, who have immunity *ratione personae*, have continuing immunity *ratione materiae* only for official conduct, *acta jure imperii*, with the proviso that the conduct must be part of the legitimate functions of the official». In senso conforme anche PISILLO MAZZESCHI, *op. cit.*, p. 777 (v. anche *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, in *Questions of International Law, Zoom out 17* (2015), pp. 25-26), FRULLI, *op. cit.*, p. 498; CONFORTI, B. (2010) *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1/2010.

⁵³¹ Le “*suggestions of immunity*” da parte degli esecutivi dei Paesi anglosassoni, secondo alcuni possono essere lette come indizio della mancanza di una regola generale in materia di immunità.

⁵³² «If we take a close look at the treaty rules granting functional immunity to a specific category of state officials, the underlying rationale seems to be “functional necessity” rather than sovereign equality of states» Cit. FRULLI M. (2016), *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 *Duke J. Comp. & Int'l L.* 479, pp. 497 – 498.

In conclusione, questa impostazione ci sembra, da un lato, più coerente sia con la prassi attuale, sia con le istanze di applicazione ristretta dell'immunità (nell'ottica di una sempre più estesa lotta all'impunità per le gravi violazioni dei diritti umani⁵³³), sia, dall'altro, soggetta a delle possibili direttrici di espansione correlate all'ampliamento dell'azione dello Stato a livello internazionale.

Per tali ragioni, e anche alla luce del lavoro di codificazione in fase di svolgimento da parte della Commissione del Diritto Internazionale⁵³⁴, sembra ragionevole ipotizzare che il tema continui a ricevere sempre maggiore considerazione, a dimostrazione della sua perdurante attualità e rilevanza in diritto internazionale⁵³⁵.

*** * ***

⁵³³ Cfr. ICJ, *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Joint Separate Opinion Of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, par. 75.

⁵³⁴ È interessante richiamare il concetto di “*systemic approach*”, che la Commissione tiene in particolare considerazione e che prevede «that immunity be analysed not in isolation, but in connection with the rest of the norms and institutions that make up the system. From this standpoint, the immunity of State officials is a useful and necessary institution for ensuring that certain values and legal principles of the international legal order, in particular the principle of sovereign equality, are respected. But at the same time, the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, as a component of this system, should be interpreted in a systemic fashion to ensure that this institution does not produce negative effects on, or nullify, other components of the contemporary system of international law understood as a whole», richiamando, peraltro, la *joint separate opinion* dei giudici Higgins, Kooijmans e Buergenthal nella sentenza della Corte Internazionale di Giustizia sul caso del *Mandato d'arresto*, che continua a rappresentar uno dei più noti precedenti in materia.

⁵³⁵ «A general decline in the deference paid to holders of high offices of State, the general replacement of absolute immunity by qualified immunity in the case of States, and the increasing emphasis on functional needs rather than personal status as the proper basis of immunity will lead to the international position of officials in the service of a foreign State being looked at more critically» (Sir Arthur Watts, Max Planck Encyclopaedia of Public International Law, 3rd edition, 2006).

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

AKANDE D. (2016), *An International Court of Justice Advisory Opinion on the ICC Head of State Immunity Issue*, in *EJIL:Talk!*, <http://www.ejiltalk.org/an-international-court-of-justice-advisory-opinion-on-the-icc-head-of-state-immunity-issue/>.

AKANDE D. (2004), *International Law Immunities and the International Criminal Court*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (Jul., 2004).

AKANDE D., SHAH S. (2011), *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, Vol. 21 n. 4.

AKANDE D. (2008), *Prosecution of Senior Rwandan Government Official in France: More on Immunity*, in *EJIL:Talk!*, <http://www.ejiltalk.org/prosecution-of-senior-rwandan-government-official-in-france-more-on-immunity/>.

AKANDE D. (2016), *The Bashir Case: Has the South African Supreme Court Abolished Immunity for all Heads of States?*, in *EJIL:Talk!*, <http://www.ejiltalk.org/the-bashir-case-has-the-south-african-supreme-court-abolished-immunity-for-all-heads-of-states/>.

AMOROSO D. (2013), *Sull'(in)esistenza di un regime generale in materia di immunità funzionale degli organi stranieri*, in *Giurisprudenza Italiana*, agosto/settembre 2013.

ANDREWS S. (2004), *U.S. Courts Rule on Absolute Immunity and Inviolability of Foreign Heads of State: The Cases against Robert Mugabe and Jiang Zemin*, in *ASIL Insights*, novembre 2004.

ANZILOTTI D. (1928), *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1928.

ARANGIO-RUIZ G. (2008), *La persona internazionale dello stato*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, Torino, 2008.

ATTERITANO A. (2009), *Immunity of States and their organs: the contribution of italian jurisprudence over the past ten years*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2009

- BALLADORE PALLIERI G. (1962), *Diritto internazionale pubblico*, Milano, 1926.
- BARBERINI R. (2009), *Una decisione discutibile*, in *Cassazione Penale*, n. 5/2009.
- BELLAL A. (2011), *Immunités et violations graves des droits humains: vers une evolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Bruylant, Collection de l'Académie de droit international humanitaire et de droits humains à Genève, Bruxelles, 2011.
- BIANCHI A. (1999), *Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case*, in *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. n. 10/1999, pp. 237 – 277.
- BONAFÉ B. (2004), *Imputazione all'individuo di crimini internazionali e immunità dell'organo*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 393 – 426.
- BONAFÉ B. (2006), *Responsabilità dello Stato per fatti illeciti particolarmente gravi e responsabilità penale dell'individuo: due approcci a confronto*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 501 – 517.
- BONAFÉ B. (2009), *The Relationship Between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.
- BORGHI A. (2003), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
- BUZZINI G. (2015), *The enduring validity of immunity ratione materiae: A reply to Professor Pisillo Mazzeschi*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 33 – 42.
- CAPLAN L. M. (2003), *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 97, No. 4 (Oct., 2003).
- CARBONE, LUZZATTO, SANTAMARIA e altri (2002), *Istituzioni di diritto internazionale*, cap. V, Giappichelli Editore, Torino, 2002.
- CASSESE A. (2013), *Diritto Internazionale*, a cura di P. Gaeta, Ed. Il Mulino, Bologna,

2013.

CASSESE A. (2002), *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, vol. 13, n. 4, pp. 853 – 875.

CATALDI M., SERRA G. (2010), *Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero, fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani. Riflessioni a margine del dibattito parlamentare sulla riforma della legge per la partecipazione italiana alle missioni militari internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.4, pp.141 – 158.

CITRONI G. (2012), *Swiss Court Finds No Immunity for the Former Algerian Minister of Defence Accused of War Crimes: Another Brick in the Wall of the Fight Against Impunity*, in *European Journal of International Law*, <http://www.ejiltalk.org/>, 2012.

CONFORTI B. (2015), *A few remarks on the functional immunity of the organs of foreign States*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 69 – 73.

CONFORTI B. (2006), *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica.

CONFORTI B. (2010), *In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, n.1.

CONFORTI B. (1993), *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

CRAWFORD J. (2013), *State Responsibility. The General Part*, in *Cambridge Studies in International and Comparative Law*, Cambridge 2013.

D'ARGENT P. (2013), *Immunity of State Officials and Obligations to Prosecute*, in *Cahiers du Centre Charles de Visscher pour le droit international et européen (CeDIE)*, Université Catholique de Louvain, 2013.

DENZA E. (2016), *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations - Fourth Edition*, Oxford University Press, 2016.

DE SENA, P. (1996) *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*,

Milano, Giuffrè Editore.

DE SENA P. (2006), *Immunità dell'individuo-organo dalla giurisdizione e responsabilità dello Stato: rapporti e problemi di collegamento*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 469 – 499.

DINSTEIN Y. (1966), *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1966.

DOUGLAS, Z. (2012), *State Immunity for the Acts of State Officials*, in *British Yearbook of International Law*, May 2012.

DUPUY P.M. (2002), *International criminal responsibility of the individual and international responsibility of the State*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Oxford University Press, 2002.

ELSEA J.K. (2013), *Samantar v. Yousef: The Foreign Sovereign Immunities Act (FSIA) and Foreign Officials*, in *Congressional Research Service*, www.crs.gov, 16 dicembre 2013.

FOAKES J. (2011), *Immunity for International Crimes? Developments in the Law on Prosecuting Heads of State in Foreign Courts*, Chatham House briefing paper, November 2011, IL BP 2011/02.

FOAKES J. (2014), *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law*, Oxford University Press, 2014.

FOCARELLI C. (2008), *Lezioni di diritto internazionale - Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, Cedam, 2008.

FOCARELLI C. (2012), *Diritto Internazionale, I. Il sistema degli Stati e i valori comuni dell'umanità*, II ed., Cedam, 2012.

FOX H. (2012), *Functions of State Officials and the Restrictive Rule of State Immunity*, in *Perspectives of international law in the 21st century = Perspectives du droit international au 21e siècle: liber amicorum Professor Christian Dominice in honour of*

his 80th birthday, Leiden.

FOX H. (2009), *Résolution sur l'immunité de juridiction de l'Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux*, Institut de Droit International, III Commissione, Napoli, 2009.

FOX H. (2008), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press.

FOX H. (2015), *The Law of State Immunity*, Oxford University Press.

FRANEY E.H. (2011), *Immunity, Individuals and International Law. Which Individuals are Immune from the Jurisdiction of National Courts under International law?*, LAP Lambert Academic Publishing, London.

FRULLI M. (2007), *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore.

FRULLI M. (2016), *On the existence of a customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: back to square one*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 26 Duke J. Comp. & Int'l L. 479.

GAETA, CASSESE, JONES (2002), *The Rome statute of the International Criminal Court: a commentary*, Oxford University Press, 2002.

GAETA P. (2009), *The UN Genocide Convention - A Commentary*, Oxford University Press, 2009.

GIULIANO M. (1963), *Sull'immunità dalla giurisdizione dello Stato degli agenti consolari esteri per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni*, in *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963.

GIUPPONI T.F. (2006), *Le immunità costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it.

HASSAN T. (2011), *Diplomatic or Consular Immunity for Criminal Offenses*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1.

HENZELIN M. (2002), *L'immunité pénale des chefs d'Etat en matière financière. Vers une exception our les actes de pillage de ressources et de corruption*), in RSDIE 2/2002, pp. 179 – 212.

HENZELIN M. (2002), *L'immunité pénale des ministres selon la Cour Internationale de Justice*, Schweizerisches Zeitschrifts fur Strafrecht, 2002, pp. 249 – 264.

JIA B. B. (2012), *The Immunity of State Officials for International Crimes Revisited*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2012.

KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity after Samantar*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 44, 2011, pp. 837 – 852.

KEITNER C. (2011), *Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem*, in *Fordham Law Review*, Vol. 80, p. 605 – 621.

KEITNER C. (2015), *Functional immunity of State officials before the International Law Commission: The ‘who’ and the ‘what’*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 51 – 57.

KEITNER C. (2010), *The Common Law of Foreign Official Immunity*, in *Green Bag 2D*, Vol. 14, Autumn 2010.

KEITNER C. (2014), *Foreign Official Immunity and the Chinese Cyberespionage Indictments*, in <http://opiniojuris.org/>, 21 maggio 2014.

KEITNER C. (2010), *Officially Immune? A response to Bradley and Goldsmith*, in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 36.

KEITNER C. (2014), *The Evolving Law of Foreign Official Immunity—Mortazavi and Bakhshi, Prince Nasser, and “Samantar II”*, in <http://opiniojuris.org/>, 27 ottobre 2014.

KELSEN H., *La pace attraverso il diritto* (1944), a cura di L. CIAURRO, Giappichelli Editore, 1990.

KELSEN H. (1932), *Théorie générale du droit international*, in *Recueil de Cours* (IV).

KRESS C., LATTANZI F. (2000), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, in *Il*

Sirente, 2000.

KRIEGER H. (2014), *Between Evolution and Stagnation: Immunities in a Globalized World*, in *Goettingen Journal of International Law* 6 (2014) 2, pp. 177 – 216.

LANCIOTTI A. (2013) *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Torino, Giappichelli Editore.

LANCIOTTI A. (2007) *Le immunità nel diritto internazionale. Temi scelti – Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006* / a cura di A. Lanciotti e A. Tanzi.

MANN, F.A.P. (1964), *The doctrine of jurisdiction in international law (Volume III)*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Brill Nijhoff, Leiden - Boston, 1964.

MIELE M. (1961), *L'immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore.

MORELLI G. (1954), *Diritto processuale civile internazionale*, Padova.

MORELLI G. (1967), *Nozioni di diritto internazionale*, Cedam, 1967.

NIGRO R. (2013), *Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel diritto internazionale?*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3/2013.

NIGRO R. (2009), *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lozano*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 3/2009.

NOLLKAEMPER A. (2003), *Concurrence between individual responsibility and State responsibility in international law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615 – 640.

PALCHETTI P. (2006), *Comportamenti di organi di fatto e illecito internazionale nel progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati*, in Spinedi, Gianelli, Alaimo (a cura di), *La codificazione della responsabilità internazionale alla prova dei fatti*, Giuffrè, Milano, 2006.

PALCHETTI P. (2007), *L'organo di fatto dello Stato nell'illecito internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

PALMISANO G. (2013), *Sull'applicazione del diritto internazionale al caso dei Marò*, in *L'Italia e l'applicazione del Diritto Internazionale*, Rassegna dell'Istituto di Studi Giuridici Internazionali del CNR, n. 1.

PAVONI R. (2011), *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, pp. 393 – 399.

PISILLO MAZZESCHI R. (2012), *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*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2-2012.

PISILLO MAZZESCHI R. (2006), *Il ruolo marginale dell'individuo nel Progetto della Commissione del Diritto Internazionale sulla responsabilità degli Stati*, in *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006, pp. 415 – 430.

PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *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 umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 8, pp. 215 – 224.

PISILLO MAZZESCHI R. (2014), *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, vol. VII, Milano, 2014.

PISILLO MAZZESCHI R. (2015), *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 3 – 31.

QUADRI R. (1969), *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore.

RONZITTI N. (2009), *Introduzione al diritto internazionale*, III ed., Giappichelli, 2009.

RONZITTI N. (2010), *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in *Rivista di diritto internazionale*, pp. 1033 – 1045.

RONZITTI N. (2012), *The Enrica Lexie incident: the law of the sea and immunity of State officials issues*, in *The Italian Yearbook of International Law*, Vol. 22.

RONZITTI N. (2015), *The immunity of State organs – A reply to Pisillo Mazzeschi*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 59 – 67.

SALERNO F. (2009), *Genesi e usi della nozione di organo nella dottrina internazionalista italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 921 – 958.

SANGER A. (2013), *Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of a Foreign State*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 62 n.1.

SEYERSTED F. (1965), *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14, No. 2 (Apr., 1965), pp. 493 – 527.

SHOBHA VARUGHESE G. (1995), *Head-of-State Immunity in the United States Courts: Still Confused After All These Years*, in *Fordham Law Review* Vol. 64, N. 3, pp. 1051 – 1088.

SMITH E.A. (2014), *Immunity Games: How the State Department Has Provided Courts with a Post-Samantar Framework for Determining Foreign Official Immunity*, in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 67, N. 2, pp. 569 – 608.

SPERDUTI G. (1950), *L'individuo nel diritto internazionale - Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio dell'effettività*, Milano, Giuffrè Editore, 1950.

SPINEDI M., GIANNELLI A., ALAIMO M.L., a cura di (2006), *La codificazione della responsabilità internazionale degli Stati alla prova dei fatti - Problemi e spunti di riflessione*, Giuffrè Editore, 2006.

SPINEDI M. (2002), *State Responsibility v. Individual Responsibility for International Crimes: Tertium Non Datur?*, in *European journal of International Law*, vol. 13, n. 4,

pp. 895 – 899.

STEWART D. P. (2012), *The Immunity of State Officials Under the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2012.

TANZI A. (1991), *L'immunità dalla giurisdizione degli agenti diplomatici*, Cedam 1991.

TANZI A. (2007), *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale - temi scelti: atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006* / a cura di Alessandra Lanciotti e Attila Tanzi, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 1 – 22.

TOMONORI M. (2003), *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2003.

TONDINI M. (2012), *Milano, Baghdad, Nuova Delhi: le rotte incerte dell'immunità funzionale*, in *Forum Costituzionali*, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/temi_attualita/segreto_stato/0001_tondini.pdf

TONIOLO S. (2006), *Immunità dei soggetti internazionali dalla giurisdizione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* (a cura di CASSESE S.), Giuffrè Editore, 2006.

TREVES T. (2005), *Diritto internazionale - Problemi Fondamentali*. Continuazione del Diritto internazionale di Mario Giuliano, nuova edizione del Diritto internazionale - Parte generale di Mario Giuliano, Tullio Scovazzi, Tullio Treves, Milano, Giuffrè Editore.

VAN ALEBEEK R. (2007), *The Immunity of States and Their Officials*, in *International Criminal Law and International Human Rights Law*, Oxford University Press.

VAN ALEBEEK R. (2012), *The Judicial Dialogue between the ICJ and International Criminal Courts on the Question of Immunity*, in *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden.

VERHOEVEN J. (2012), *Les immunités propres aux organes ou autres agents de sujets du droit international*, in *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Beaud O. and others, Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris.

WARBRICK C. (2012), I. *British policy and the National Transitional Council of Libya*, in *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, N. 1, pp. 247 – 264.

WATTS Sir. A (2010), *Heads of Governments and Other Senior Officials*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2010.

WATTS Sir. A (2010), *Heads of State*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2010.

WEBB P. (2015), *Comment on 'The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories'*, in *Questions of International Law*, Zoom out 17 (2015), pp. 43 – 49.

WHOMERSLEY C. A. (1992), *Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts*, in *International and Comparative Law Quarterly* 41, 1992, pp. 848 – 858.

WINDRIGE O. (2014), *Removing the cloak of immunity – the Director of Public Prosecutions for England and Wales accepts no immunity from criminal investigation into torture*, in <http://opiniojuris.org/>, 16 ottobre 2014.

WOOD Sir M. (2014), *Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, relazione in occasione del Council of Europe Seminar, 2014.

WOOD Sir M. (2012), *The Immunity of Official Visitors*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2012.

WUERTH I. (2013), *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, Exceptions*, in *Vanderbilt University Law School*, Working Paper n. 13-22, pubblicato anche in *Swiss Review of International and European Law*, n. 2/2013.

WUERTH I. (2012), *International Law in Domestic Courts and the Jurisdictional Immunities of the State Case*, in *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 13, n. 2, 2012.

WUERTH I. (2013), *Official Act Immunity - Getting the Answers Right*, in <http://opiniojuris.org/>, 19 maggio 2013.

YANG X. (2012), *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press.

YELIN L.S. (2011), *Head of State Immunity as Sole Executive Lawmaking*, in *Vanderbilt Journal of International Law*, Vol. 44:911, pp. 911 – 997.

*** * ***

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA (ICJ)

I casi trattati dalla Corte e le sentenze possono essere consultate a partire dal sito web <http://www.icj-cij.org/>

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), sentenza del 24 maggio 1980.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), sentenza dell'11 luglio 1996.

LaGrand (Germany v. United States of America), sentenza del 27 giugno 2001.

Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), sentenza del 14 febbraio 2002 [v. anche le *dissenting/separate opinions*].

Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), sentenza del 31 marzo 2004.

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), sentenza del 3 febbraio 2006.

Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), sentenza del 4 June 2008.

Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy), sentenza del 3 febbraio 2012.

Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite - Belgium v. Senegal, sentenza del 20 luglio 2012.

Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), 2016, pendente.

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER LA EX – JUGOSLAVIA (ICTY)

I casi trattati dal Tribunale e le sentenze possono essere consultate a partire dal sito web <http://www.icty.org/>

Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Decision on the Objection of the Republic of Croatia to the Issuance of subpoena duces tecum, Case n. I-95-14-PT, Trial Chamber II, decision of 18 July 1997.

Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Decision on the Request of the Republic of Croatia for the Review of the Decision of the Trial Chamber of 18 July 1997, Case n. I-95-14-AR 108bis, Appeals Chamber judgment of 2 October 1997.

The Prosecutor v. Anto Furundžija, Trial Chamber II, Case n. IT-95-17/1-T, judgment of 10 December 1998.

The Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber, Case n. IT-94-1-A, judgment of 15 July 1999.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (ECHR)

I casi trattati dalla Corte e le sentenze possono essere consultate a partire dal sito web <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

Jones and others v. the United Kingdom, Fourth Section, Applications nos. 34356/06 and 40528/06, judgment of 14 January 2014.

Al-Adsani v. the United Kingdom, Application no. 35763/97, judgment of 21 November 2001.

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI NAZIONALI

AUSTRALIA

Zhang v Zemin, New South Wales Court of Appeal, [2010] NSWCA 255.

BELGIO

Re Sharon and Yaron, HSA v SA (Ariel Sharon) and YA (Amos Yaron), Final

appeal/Cassation (concerning questions of law), P.02.1139.F/2, JT 2003, 243, ILDC 5 (BE 2003), 12th February 2003, Court of Cassation.

BIRMANIA

Kotvunenko v. U Law Yonel, Corte Suprema della Birmania, 1960.

CANADA

Jaffe v. Miller, Ontario Supreme Court, judgment September 17, 1990, Doc. 6103/85.

Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran [2014] SCC 62.

FRANCIA

Bigelow c Zizianov, Cour d'appel de Paris, 28 January 1928.

Association des familles des victimes du Joola case, Cour de cassation, Chambre criminelle, sentenza del 19 gennaio 2010.

M. Teodoro Obiang Mangue, Cour de cassation, Chambre criminelle, pourvoi n. 15-83156, sentenza 15 dicembre 2015.

GERMANIA

Church of Scientology case, Federal Supreme Court (Germany), judgement of 26 September 1978.

Decision of 27 Feb. 1984, Case No. 4 StR 396/83, 80 ILR (1989) 388 (Germany: Federal Supreme Ct).

INDIA

Latorre and Others v. Union of India and Others (2012), High Court of Kerala, judgement 29th May 2012.

Republic of Italy & Ors. v. Union of India & Ors., Writ petition (civil) n. 135 of 2012, Supreme Court of India, judgment 18th January 2013.

IRLANDA

Schmidt v. Home Secretary of the Government of the United Kingdom, Supreme Court (Ireland), judgement of 24 April 1997.

ITALIA

In re Vuhotic, Corte di Cassazione, sentenza 19 aprile 1933.

Reinhardt, Tribunale di Roma, sentenza del 22 marzo 1938.

Rissmann, Corte di Cassazione penale, sentenza 26 febbraio 1972.

Imputato Bigi, Tribunale di Roma, ordinanza 28 febbraio 1987.

Marcinkus, Mennini e de Strobel, Corte di Cassazione, sentenza 17 luglio 1987.

Incidente del Cermis, Corte di Cassazione, SS. UU., sentenza 3 agosto 2000 n. 530.

Djukanovic, Corte di Cassazione, sentenza n. 49666 del 28 dicembre 2004.

Ferrini, Corte di Cassazione, SS. UU. Civili, sentenza 11 marzo 2004, n. 5044.

Lozano, Corte di Cassazione, Sez. I Penale, sentenza 24 luglio 2008 n. 31171.

Pubblico Ministero c. Adler e altri, Tribunale di Milano, sentenza 1° febbraio 2010, n. 12428/09.

Adler e a., Corte di Cassazione, Sez. V Penale, sentenza 19 settembre 2012, n. 46340.

Abu Omar, Corte di Cassazione, Sez. V Penale, sentenza 19 settembre 2012 n. 46340.

Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2014.

REGNO UNITO

Dickinson v. Del Solar [1930] 1 KB 376 (King's Bench Division, England).

Propend Finance Pty Ltd v Sing, House of Lords, 24 March 1992, Court of Appeal, 14 March 1993.

House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional

Court of the Queen's Bench Division); *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent)* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), sentenza del 25 novembre 1998 [37 ILM (1998) 1302 – Ex Parte Pinochet (HL1)].

House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division); *Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Respondent)* (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) (n. 3), sentenza del 24 marzo 1999 [37 ILM (1998) 1302 – Ex Parte Pinochet (HL1)].

R. w. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet Ugarte – Amnesty International and others intervening – No. 3, 1999.

Application for Arrest Warrant Against General Shaul Mofaz, First instance, unreported (Bow Street Magistrates' Court), 12 February 2004.

R. (on the application of Alamiyeseigha) v Crown Prosecution Service, Judicial Review, [2005] EWHC 2704.

Sultan of Pahang v. Secretary of State for the Home Department, sentenza della Court of Appeal of England and Wales (EWCA) n. 616 del 2011.

Khurts Bat v. Investigating Judge of the Federal Court of Germany, High Court of Justice, Queen's Bench Division, 29 luglio 2011, [2011] EWHC 2029.

British Arab Commercial Bank plc v National Transitional Council of the State of Libya, ex parte Foreign and Commonwealth Office, Declaratory judgment, [2011] EWHC 2274 (Comm), ILDC 1807 (UK 2011), 26th August 2011, Queens Bench Division [QBD].

FF v Director of Public Prosecutions, High Court of Justice Queen's Bench Division Divisional Court, [2014] EWHC 3419 (Admin) 2014 WL 5311914, sentenza 7 ottobre 2014.

STATI UNITI

Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim, Circuit Court of the First Circuit, State of Hawaii, 9 September 1963.

R. V. Lambeth Justices, ex parte Yusufu [1985] Crim LR 510.

Republic of the Philippines v. Marcos, 806 F.2d 344 (2d Cir. 1986).

Chuidian v. Philippine National Bank, 912 F. 2d 1095, 1103 (CA9 1990).

United States v. Noriega, 746 F. Supp. 1506, 1519 (S.D. Fla. 1990).

Trajano v. Marcos and Marcos Manotoc (In re Estate of Ferdinand E. Marcos Human Rights Litigation), Court of Appeals for the Ninth Circuit, 978 F.2d 493, 21 ottobre 1992.

Lafontant v Aristide, Ruling on motion to dismiss, 844 F.Supp. 128 (E.D.N.Y. 1994), ILDC 1677 (US 1994), 27th January 1994, District Court for the Eastern District of New York.

Teresa Xuncax and Others v. Hector Gramajo, United States District Court. D. Massachussets, 12 aprile 1995, 86 F. supp. 162.

United States of America, Plaintiff, v. Foutanga Dit Babani SISSOKO, Defendant, United States District Court, S.D. Florida, 3 settembre 1997.

District Court of New York, Tachiona v. Mugabe, 169 F. Supp. 2d 259 (S.D.N.Y., 2001) (Tachiona I) – United States Court of Appeals - Second Circuit (386 F.3d at 224).

Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 383 F.3d 620.

Li Weixum v. Bo Xilai, United States District Court, DCC Civ. No. 04-0649 (RJL), 24 July 2006.

Ali Saadallah Belhas et al. v. Moshe Ya'alon, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, judgement of 15 February 2008.

Samantar v. Yousuf, v. United States Supreme Court, 560 U.S. 305 (2010).

SUDAFRICA

The Minister of Justice and Constitutional Development v The Southern African Litigation Centre (867/15, Al Bashir) [2016] ZASCA 17 (15 marzo 2016) Supreme Court of Appeal of South Africa.

SVIZZERA

Ferdinand et Imelda Marcos contre Office fédéral de la police (recours de droit administrative), 115 Ib 496, arrêt de la Ire Cour de droit public du 2 novembre 1989.

Adamov v Federal Office of Justice (Switzerland, Federal Tribunal, 2005), Appeal judgment 1A.288/2005.

A. v. Office of the Attorney general of Switzerland, Swiss Federal Criminal Court, sentenza 25 luglio 2012, file n. BB.2011.140.

Arrêt IC_566/2014 du Tribunal fédéral du 23 décembre 2014.

Arrêt RR_2014_222 du Tribunal pénal fédéral du 12 novembre 2014.

*** * ***

ATTI E DOCUMENTI UFFICIALI

COMMISSIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

* * *

IMMUNITY OF STATE OFFICIALS FROM FOREIGN CRIMINAL JURISDICTION

Memorandum prepared by the Secretariat (2008), 60th session of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/596.

*

SPECIAL RAPPORTEUR ROMAN A. KOLODKIN

KOLODKIN R.A. (2008), *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (60th session of the ILC (2008)), UN Doc. A/CN.4/601.

KOLODKIN R.A. (2010), *Second report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (63rd session of the ILC (2011)), UN Doc. A/CN.4/631.

KOLODKIN R.A. (2011), *Third Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, (63rd session of the ILC (2011)), UN Doc. A/CN.4/646.

*

SPECIAL RAPPORTEUR CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNÁNDEZ

ESCOBAR HERNANDEZ C. (2012), *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (64th session of the ILC (2012)), UN Doc. A/CN.4/654.

ESCOBAR HERNANDEZ C. (2013), *Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (65th session of the ILC (2013)), UN Doc. A/CN.4/661.

ESCOBAR HERNANDEZ C. (2014), *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (66th session of the ILC (2014)), UN Doc. A/CN.4/673.

ESCOBAR HERNANDEZ C. (2015), *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (67th session of the ILC (2015)), UN Doc. A/CN.4/686.

ESCOBAR HERNANDEZ C. (2016), *Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, (68th session of the ILC (2016)), UN Doc. A/CN.4/701.

* * *

STATE RESPONSIBILITY

Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries – International Law Commission (53rd session, 2001).

*** * ***

