



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Internazionale

L'IMMUNITA' FUNZIONALE DELL'INDIVIDUO-ORGANO
DALLA GIURISDIZIONE PENALE STRANIERA: RISVOLTI
RECENTI ALLA LUCE DEL CASO *ENRICA LEXIE*

RELATORE

Chiar.mo Prof. Roberto Virzo

CANDIDATO

Benedetta Del Regno

MATR. 143213

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Pietro Pustorino

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I.....	3
CENNI STORICI E NOZIONI INTRODUTTIVE.....	3
1.1. Premessa.....	3
1.2. Le origini dell’istituto: dal Digesto <i>De Judiciis</i> alla teoria dell’extraterritorialità di Grozio come deroga al principio della sovranità territoriale	5
1.3. Rapporto tra individuo-organo e Responsabilità dello Stato: Immedesimazione Organica. Premessa.	8
1.4. Hans Kelsen: La teoria dell’Immunità Relativa o dell’Atto di stato	10
1.5. Definizione di Stato: Convenzione di New York sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati, 2004.....	12
1.5.1. Definizione di individuo-organo	14
1.6. Distinzione tra immunità di Stato ed immunità dell’individuo-organo.....	16
1.7. Aspetti procedurali dell’immunità ed esercizio della Giurisdizione: Immunità o Impunità?.....	17
1.8. Giurisdizione Civile – Giurisdizione Penale: differenze e tratti fondamentali	20
1.9. Legittimità della limitazione all’esercizio della giurisdizione in rapporto con la lesione di Diritti Umani: Articolo 6 Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo.	22
1.9.1. Test di legittimità e proporzionalità	24
1.10. Immunità <i>ratione personae</i> ed immunità <i>ratione materiae</i>	26
1.10.1. <i>Invocatio</i> e <i>Waiver</i> dell’immunità: diritti imputabili esclusivamente allo stato.	27
1.10.2. Principali differenze applicative.....	29
1.11. Lo stato attuale della disciplina in materia di Immunità, alcuni tentativi di codificazione: <i>Institut de Droit International</i>	30
1.12. International Law Commission e la disciplina sull’Immunità dell’individuo-organo: un complesso lavoro di codificazione.	32
CAPITOLO II	36
IL FONDAMENTO NORMATIVO E LA PORTATA APPLICATIVA RATIONE PERSONAE E MATERIAE DELL’IMMUNITA’ DEGLI ORGANI STATALI	36
2.1. <i>Ratio</i> dell’istituto: filoni dottrinali riguardo l’immunità funzionale	37
2.1.1. Disciplina generale ed uniforme	38
2.1.2. Disciplina generale, ma differenziata a seconda del tipo di atto destinato all’assolvimento di una specifica funzione statale	40
2.1.3. Disciplina non omogenea e differenziata a seconda del tipo di organo beneficiario, del tipo di atto da esso svolto e del tipo di giurisdizione esercitata	41
2.2. Fonti normative dell’immunità <i>ratione materiae</i> : diritto internazionale consuetudinario, principi generali del diritto e trattati internazionali	44
2.2.1. Confronto tra legislazioni nazionali esistenti in materia, Common Law – Civil Law	46
2.2.1.1. US, Foreign Sovereign Immunities Act 1976	48
2.2.1.2. UK <i>State Immunity Act 1978</i>	49
2.2.1.3. Australia, <i>Foreign State Immunity Act 1985</i>	50

2.3.	Tentativi di Codificazione dei Principi esistenti: Draft Articles, <i>International Law Commission</i>	52
2.3.1.	Analisi dell'attività dell'ICL	56
2.4.	Applicazione dell'istituto dal punto di vista oggettivo: definizione degli atti compiuti in veste ufficiale.....	59
2.5.	Applicazione dell'istituto dal punto di vista soggettivo e soggetti tradizionalmente beneficiari dell'immunità: agenti diplomatici e consolari	61
2.5.1.	(ex)Capi di stato ed (ex) Capi di Governo	64
2.5.2.	(ex)Ministri	67
2.5.3.	Membri delle forze armate	71
2.6.	Applicazione dell'istituto dal punto di vista temporale: durata della copertura degli atti ufficiali dall'immunità funzionale.....	73
2.7.	Eccezioni al Riconoscimento dell'immunità funzionale: crimini internazionali	74
2.7.1.	Crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione, crimine di genocidio (cenni definatori)	78
2.7.2.	Seguono: tortura, apartheid e sparizioni forzate.	80
2.7.3.	" <i>Territorial Tort Exception</i> ", possibile eccezione all'applicabilità dell'immunità <i>ratione materiae</i> ?	82
Capitolo III		85
Il caso <i>Enrica Lexie</i>		85
3.2.	L'inizio di una lunga vicenda processuale	87
3.3.	Attivazione della procedura di arbitrato e misure provvisorie del tribunale	91
3.4.	Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare ed esercizio della Giurisdizione	94
3.5.	La rilevanza preliminare dell'Immunità Funzionale e la natura delle funzioni svolte dai Fucilieri della Marina;.....	97
3.6.	Due prospettive a confronto, Italia: immunità attivabile in relazione a qualunque tipo di atto coercitivo	99
3.6.1.	<i>Segue, India: Territorial Tort Exception</i> come principio consuetudinario.	102
CONCLUSIONI		109
BIBLIOGRAFIA		115

INTRODUZIONE

Lo Stato moderno costituisce un'entità giuridica che si avvale, per lo svolgimento delle proprie funzioni sovrane, di individui-organi. La sovranità e l'indipendenza costituiscono elementi peculiari dell'entità giuridica statale. La necessità di tutelare l'uguaglianza sovrana, su cui è imperniata la comunità internazionale a partire dalla pace di Westfalia, e l'esigenza di tutelare lo svolgimento delle funzioni degli agenti di Stato ha condotto ad una progressiva elaborazione di principi che configurano due distinti istituti: l'immunità di Stato e l'immunità dell'individuo-organo. Il focus principale del presente elaborato è costituito da un particolare *genus* dell'immunità individuale: l'immunità *ratione materiae*.

L'immunità *ratione materiae* rappresenta un istituto la cui *ratio* ed estensione applicativa, oggettiva e soggettiva, risultano particolarmente dibattute in dottrina e in giurisprudenza.

Di recente, inoltre, il tema dell'immunità *ratione materiae* (definita altresì “funzionale” o “organica”) è stato sottoposto anche all'interpretazione del Tribunale Arbitrale costituito ad hoc per dirimere la controversia sorta nel 2012 tra lo Stato indiano e l'Italia sull'incidente scaturito dalle azioni dei due fucilieri italiani Salvatore Girone e Massimiliano Latorre che, impegnati in una missione di contrasto alla pirateria, hanno cagionato erroneamente la morte di due pescatori indiani.

. Avendo il Tribunale sostenuto l'esistenza di una norma consuetudinaria che accorda a tutti gli organi dello Stato estero che agiscono nell'ambito delle proprie funzioni l'immunità funzionale dalla giurisdizione penale estera, è parso opportuno verificare attraverso un'analisi induttiva se tale norma esista e in che limiti vada applicata.

Nel primo capitolo del presente elaborato, si individueranno alcuni elementi preliminari necessari a comprendere la portata applicativa dell'istituto. In particolare, alla ricostruzione delle origini storiche dei diversi tipi di immunità seguirà l'analisi del rapporto tra Stato ed individuo, attraverso il quale il primo realizza ed esercita i propri poteri sovrani e, dopo aver chiarito che l'esenzione dalla giurisdizione penale non equivale al venir meno della responsabilità individuale per il fatto realizzato, venendo meno esclusivamente il potere giurisdizionale del foro estero, si distinguerà tra l'immunità Sovrana, propria dell'entità statale, e l'immunità dell'individuo organo.

Infine, saranno introdotte due peculiari *species* dell'immunità dell'individuo organo, l'immunità *ratione personae* e l'immunità *ratione materiae* e verranno esaminati i tentativi di ricostruzione dei principi di diritto internazionale consuetudinario sul tema da parte dell'*Institut de Droit International* e dell'*International Law Commission*, da anni impegnati nello studio delle immunità in diritto internazionale.

La seconda parte dell'elaborato mira ad individuare ed a definire i contorni applicativi dell'eccezione immunitaria *ratione materiae*. A tal fine è parso opportuno approfondire le correnti dottrinali che si sono susseguite sul fondamento giuridico e l'ambito di applicazione dell'istituto distinguendo tra tre principali impostazioni. Da un lato sussiste, infatti, una corrente dottrinale imperniata sull'assunto che l'immunità sia da applicarsi a tutti gli agenti di stato per tutte le condotte realizzate in nome e per conto dello Stato cui l'agente appartiene.

Dall'altro, secondo una dottrina minoritaria è riscontrabile l'esistenza di un'unica norma consuetudinaria per tutti gli organi di stato, ma solo in relazione a determinati tipi di condotte considerate lecite ai sensi del diritto internazionale.

Altra parte della dottrina invece, non ritenendo concorde la prassi e la dottrina sviluppatasi in materia, riconduce il fenomeno dell'immunità *ratione materiae* all'esistenza di una pluralità di norme che, a seconda del contesto giuridico (civilistico o penalistico) e del tipo di organo, accordano l'esenzione giurisdizionale in ragione di specifiche attività che rivestono un ruolo cruciale sul piano internazionale.

Successivamente si passerà alla disamina delle principali fonti normative elaborate nel contesto nazionale ed internazionale nonché alla verifica degli atti e degli organi ai quali l'immunità funzionale si applica.

In ultima istanza, poi, verrà affrontato il problema dell'esistenza di circostanze in cui l'immunità *ratione materiae* non è suscettibile di applicazione concreta in ragione della commissione di un *crimen* particolarmente grave o in ragione della presenza del soggetto attivo sul territorio del foro che intende esercitare la giurisdizione penale.

Infine, una volta chiariti gli elementi cardine dell'istituto individuando i soggetti e le circostanze ai quali l'immunità funzionale si applica, si esaminerà all'interno del terzo capitolo il modo in cui l'istituto è stato concretamente applicato nel recente caso dell'Enrica Lexie.

La descrizione della vicenda processuale e dei fatti avvenuti il 15 febbraio del 2012 è seguita dall'esame dei profili più delicati della controversia: la sussistenza del potere giurisdizionale dell'Unione Centrale Indiana e l'eventuale venir meno dello stesso in ragione dell'esistenza di una norma di diritto consuetudinario che esclude la sottoponibilità degli agenti di Stato che operano nell'ambito del proprio mandato ufficiale.

CAPITOLO I

CENNI STORICI E NOZIONI INTRODUTTIVE

Sommario: 1.1. Premessa; 1.2. Le origini dell'istituto: dal Digesto *De Judiciis* alla teoria dell'extraterritorialità di Grozio come deroga al principio della sovranità territoriale; 1.3. Rapporto tra individuo-organo e responsabilità dello Stato: immedesimazione organica.; 1.4. Hans Kelsen: la teoria dell'immunità relativa o dell'atto di Stato; 1.5. Definizione di Stato: Convenzione di New York sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati, 2004; 1.5.1. Definizione di individuo-organo; 1.6. Distinzione tra immunità di Stato ed immunità individuali; 1.7. Aspetti procedurali dell'immunità ed esercizio della Giurisdizione: Immunità o Impunità? 1.8. Giurisdizione Civile – Giurisdizione Penale: differenze e tratti fondamentali; 1.9. Legittimità della limitazione all'esercizio della giurisdizione e rapporto con la lesione di Diritti Umani: Articolo 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo; 1.9.1. Test di legittimità e proporzionalità; 1.10. immunità *ratione personae* ed immunità *ratione materiae*: cenni sugli istituti; 1.10.1 Invocatio e Waiver dell'immunità: diritti imputabili esclusivamente allo Stato; 1.10.2 Principali differenze applicative; 1.11 Lo stato attuale della disciplina in materia di immunità, alcuni tentativi di codificazione: Institut de Droit International; 1.12. La Commissione di Diritto Internazionale e la disciplina sull'Immunità dell'individuo-organo: un complesso lavoro di codificazione (cenni);

1.1. Premessa

Con il termine “immunità” si intende una serie di benefici o prerogative riconosciute ad un individuo in ragione delle funzioni svolte dallo stesso, per le quali gode di un trattamento differenziato (di norma, più favorevole) rispetto alla disciplina generale di legge¹. L'immunità costituisce, dunque, una peculiare posizione giuridica di cui è investito un determinato soggetto che, in virtù della stessa, risulta essere esente da obblighi giuridici all'interno dello Stato in cui egli si trova ad esplicare determinate funzioni in vece dello Stato di appartenenza. Tale posizione giuridica, che deriva dall'antica norma di diritto internazionale consuetudinario “*par in parem non habet imperium*”² rappresenta, dunque, da un lato una sorta di limite all'esercizio

¹Definizione di “Immunità” in *Garzantilinguistica.it* Estratto il 13 Aprile 2021, <https://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=immunita>

²Y. Dinstein. *Par in Parem Non Habet Imperium*, Israel Law Review, vol. 1, n. 3, 1966, pp. 407-420.

dei poteri di uno Stato sovrano (e.g. giudiziario ed esecutivo), dall'altro si concretizza in una speculare sfera giuridica, in un certo senso "privilegiata", per determinate persone fisiche (o, talvolta, anche per determinati tipi di persone giuridiche, come le organizzazioni internazionali, dotate di soggettività giuridica internazionale). La disciplina delle immunità, poi, si caratterizza per il suo configurarsi come un ampio *genus* in cui confluiscono varie *species*, tra cui la disciplina relativa alle Immunità di Stato e dell'Individuo-organo. In particolare, la disciplina relativa l'immunità degli individui-organo, oggetto della presente analisi, riguarda la concessione ed il riconoscimento, in ossequio con la prassi e i trattati di diritto internazionale elaborati in materia, di una serie di esenzioni e dell'inviolabilità agli Stati, in via indiretta, al fine di consentire un efficace esercizio delle funzioni pubbliche e per assicurare un regolare svolgimento delle relazioni internazionali³.

Tra le numerose esenzioni concesse a favore di determinati individui, nonché in alcune circostanze dello Stato stesso, rileva nello specifico ai fini della presente analisi il rapporto tra immunità dell'individuo e l'esercizio del potere giurisdizionale di ciascuno Stato, sovrano ed indipendente, nell'ambito della realizzazione di un illecito penale.

Sebbene le immunità dell'individuo costituiscano degli istituti con differenze significative rispetto alle immunità propriamente dello Stato, si ritiene che lo sviluppo delle prime sia strettamente connesso rispetto all'evoluzione dell'ultimo, quale istituzione organica non più strettamente personalistica. Talvolta, infatti, si rileva che, secondo alcune impostazioni dottrinali, è proprio la riconducibilità di un atto all'esercizio dell'autorità di governo di uno Stato a giustificare il riconoscimento dell'immunità di un determinato individuo-organo che agisce in vece dell'entità statale⁴.

Partendo da una ricostruzione di alcuni principi connessi al fondamento nonché alle origini dei diversi tipi di immunità, si analizzerà il rapporto tra Stato ed individuo, attraverso il quale il primo realizza ed esercita in concreto le proprie funzioni.

Infine, a seguito di una ricostruzione dei principali strumenti, elaborati sin ora in materia di immunità, si introdurranno nello specifico due elementi peculiari della disciplina dell'immunità dell'individuo-organo: l'immunità *ratione personae* e l'immunità *ratione materiae*.

³ H. Fox, P. Web, QC, *The Law of State Immunity*, Oxford University Press, 2002, pp. 455 e ss.

⁴ R. Nigro, *Le Immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi organi e l'evoluzione della sovranità nel diritto internazionale*, Cedam, 2018 pp. 56-62.

1.2. Le origini dell'istituto: dal Digesto *De Judiciis* alla teoria dell'extraterritorialità di Grozio come deroga al principio della sovranità territoriale

Alcuni tipi immunità ricavano la propria *ratio* dal principio di diritto romano “*ne impediatur legatio*”, rinvenibile all'interno del *Digesto de Judiciis*. Tale principio, in attestazione dell'importanza vitale del ruolo svolto da determinati individui, verte sulla necessità di consentire che l'intrattenimento delle relazioni tra Stati si svolga in modo pacifico e senza condizionamenti di alcun tipo.

L'importanza di talune attività, e di alcuni privilegi ad esse connessi, tuttavia, risiedeva nella derivazione di determinati atti dal Sovrano stesso.

In tal senso il libero e corretto svolgimento delle funzioni ufficiali da parte di individui operanti nell'interesse di uno Sovrano sul territorio estero senza intrusione alcuna dello stesso deriverebbe da un'ulteriore brocardo, “*par in parem non habet imperium*”⁵ e dunque, dal principio in base al quale due stati sovrani, poiché si trovano in una posizione di piena sovranità equiordinata tra loro, non possono esercitare i propri poteri (legislativi, amministrativi e giurisdizionali per lo più, come si avrà modo di chiarire in seguito) gli uni nei confronti degli altri.

Le prime tracce di questa espressione, da cui discende la disciplina delle immunità nel contesto del diritto internazionale, sono rinvenibili già nel *Corpus Iuris Canonici*, nello specifico, all'interno dei *Decretales* Gregoriani⁶. Parte del *Corpus Iuris Canonici*, i *Decretales* descrivono sinteticamente la disciplina del rapporto tra “pontefice precedente” e “pontefice successivo”, indicando l'impossibilità per il primo di incidere sulle prerogative e sulle potestà riconosciute in capo al pontefice nominato in futuro. Trovandosi in posizione di piena parità, infatti, l'estensione dei poteri del pontefice precedente non potrebbe essere più ampia del successivo⁷.

⁵ Nello specifico, tale principio si riconduce tradizionalmente all'immunità di Stato, che si distingue dall'immunità dell'individuo-organo. Secondo alcuni autori tale principio sarebbe calzante solo considerando l'immunità di Stato in senso restrittivo, applicandosi solo per gli atti compiuti nell'esercizio dell'autorità governativa. R. Nigro, *ibidem*, pp. 36-38.

⁶ Y. Dinstein, *op. cit.*.

⁷ Gregorio IX, *Corpus Iuris Canonici, Decretales*, Lib. I, Tit. VI (*De Electione*), Cap. XX; Riproduzione Elettronica, Columbia University Libraries, vol.1-2, 2007 ; http://www.columbia.edu/cu/lweb/digital/collections/cul/texts/ldpd_6029936_002/pages/ldpd_6029936_002_00

Tale principio successivamente è divenuto oggetto di una laica trasposizione attraverso gli studi realizzati da parte dei noti Glossatori di Bologna tra il XI e XII secolo⁸. All'interno del *Corpus Iuris Civilis*, opera attraverso la quale i Glossatori hanno realizzato una monumentale ricostruzione del diritto romano, si trascende infatti dal carattere sacro della *potestas* pontificia per giungere ad un'interpretazione "secolarizzata" del brocardo latino summenzionato⁹.

Anche in questa sede, dunque, sebbene l'oggetto di approfondimento fossero i diritti ed i poteri riconosciuti in capo agli Imperatori Romani, è stato riconosciuto il principio in base al quale il soggetto di diritto, che gode di un particolare *status*, non può incidere sui poteri di imperio di un altro individuo che gode del medesimo status, proprio in virtù della posizione di parità in cui i due si trovano.

Un particolare ed ulteriore riferimento al brocardo latino, è inoltre rintracciabile nel corso di un processo, svoltosi ai danni di Corrado V¹⁰. Catturato a seguito della sconfitta risultante da una battaglia contro Carlo d'Angiò, egli fu accusato del delitto di lesa maestà e fu proprio il principio "*par in parem non habet imperium*" ad essere invocato, purtroppo invano, in tale circostanza¹¹.

Allo stesso modo poi il processo realizzato nei confronti di Maria Stuart di Scozia, riguardante la presunta pianificazione di una congiura ai danni della regina d'Inghilterra Elisabetta I nel 1586, testimonia che nel corso dei secoli quest'antico principio di diritto sia stato considerato, meritevole di particolare attenzione¹², anche se il suo uso non sempre sia stato foriero di esiti processuali favorevoli.

[000073.html?toggle=image&menu=maximize&top=&left=](http://www.stupormundi.it/it/corradino-di-svevia) pag 61- 62: "*Quamvis autem canon Lateranensis Concilii, ab Alexandro predecessore nostro editus non legitime genitos adeo persequatur, quod electionem talium innuit nullam esse, nobis tamen per eum adempta non fuit dispensandi facultas, quum ea non fuerit prohibentis intentio, qui successoribus suis nullum potuit in hac parte praeiudicium generare, pari post eum, immo eadem potestate functuris, quum non habeat imperium par in parem*".

⁸ Si tratta degli studiosi della Scuola di Bologna, un'antica scuola fondata dal giurista Irnerio dedita alla riscoperta del diritto romano. La metodologia di tali studiosi si caratterizza per l'utilizzo di veri e propri commenti, definiti "glosse", apposti sugli antichi testi giuridici al fine di chiarirne il significato.

⁹ "*par in parem non habet imperium*".

¹⁰ Ciò per la giovane età dell'erede della dinastia *Hohenstaufen*. Egli, anche noto come "Corradino di Svevia, fu infatti sottoposto alla pena capitale all'età di 16 anni il 29 ottobre 1268. In questo senso, Alberto Gentili, *Corradino di Svevia*, Stupormundi <https://www.stupormundi.it/it/corradino-di-svevia>.

¹¹ *Supra* nota 2.

¹² Durante il processo sembra, infatti, che ci si sia interrogati sulla possibilità di sottoporre o meno Maria Stuart, in qualità di Regnante di Scozia, alla giurisdizione "estera" per un presunto crimine commesso ai danni della Regina inglese. Tuttavia, come anticipato, le argomentazioni a proposito dell'immunità spettante in capo a Maria Stuart rimasero senza un seguito, dal momento che la stessa fu successivamente processata e sottoposta alla pena capitale. *Supra* nota 2.

Tralasciando il punto di partenza da cui si è originato il dibattito sulle immunità, si registra storicamente un'evoluzione del concetto stesso di Sovranità che, come si avrà modo di specificare in seguito, configura un elemento essenziale dello Stato moderno. In prima istanza, gli interessi personali della figura del sovrano coincidevano con una piena identificazione dello stesso rispetto ai propri funzionari. Gli stessi, infatti, nello svolgere i propri compiti, erano considerati come destinatari particolari di benefici e di protezione, proprio in quanto considerati alla stregua del medesimo Sovrano dal quale essi venivano inviati. Ciò ha determinato per lungo tempo, un'applicazione assoluta delle norme in materia di immunità. Successivamente, l'evoluzione della stessa in termini restrittivi, ha avuto un impulso rilevante a partire dal consolidamento del principio di uguaglianza sovrana, coincidente secondo parte della dottrina con la pace di Westfalia stipulata nel 1648. Inoltre, lo sviluppo dello Stato Moderno inteso quale organismo che interagisce nell'interesse di un'ormai ampia ed eterogenea comunità internazionale, ha rilievo anche rispetto al ruolo che l'individuo ha assunto nel diritto internazionale, che tradizionalmente rappresenta una branca del diritto indirizzata esclusivamente agli stati. Il crescente rilievo dell'importanza del rispetto dei diritti umani ha determinato uno sviluppo decisivo verso l'individuazione di concreti strumenti di tutela idonei a non lasciare impunte determinate violazioni dei diritti dell'individuo, determinandosi così una "comunità internazionale umano-centrica"¹³ ed un nuovo punto di vista circa il fondamento della disciplina sulle Immunità.

Per ciò che attiene ai limiti della sovranità territoriale, come si avrà modo di specificare in seguito, essa costituisce un elemento fondamentale dell'entità Statale.

Dal punto di vista della teoria del diritto fondamento delle immunità¹⁴, secondo parte della dottrina un punto di partenza è costituito dalla teoria dell'extraterritorialità di Ugo Grozio¹⁵. Questa teoria si basa su una peculiare *fictione* giuridica in base alla quale si determina una circostanza di "eccezione al principio di sovranità territoriale" per un soggetto che esercita un'attività o una funzione per lo Stato sul suolo estero, considerando quest'ultimo come operante sul territorio dello Stato di appartenenza.

Da un lato, infatti, sussiste l'interesse dello Stato ad esercitare determinati poteri sovrani, la cui estensione è circoscritta all'intero territorio statale, mentre, dall'altro lato, un limite a tale esercizio del potere viene giustificato attraverso la previsione di una estensione

¹³R. Nigro, *op. cit.*, pp. 64-69.

¹⁴Nello specifico ci si riferisce alle immunità che, come si vedrà in seguito, si definiscono "personali".

¹⁵Sul punto, C. Curti Gialdino, *Lineamenti di diritto diplomatico e consolare*, Giappichelli Editore, 2006, p. 198. Nello specifico l'autore si riferisce ad immunità cosiddetta "personale" o diplomatica.

della sovranità territoriale rispetto ai propri funzionari ed ai beni connessi all'esercizio della propria autorità di governo, in considerazione specifica dell'intrattenimento delle relazioni tra Stati.

Tuttavia, secondo una dottrina consolidatasi in progresso di tempo, la predetta teoria sarebbe da sconfessarsi, essendo divenuta ormai obsoleta e non avendo ottenuto un riscontro positivo nella prassi¹⁶. Dunque, una spiegazione teorica di maggior chiarezza rispetto alla necessità di prevedere determinati privilegi in favore di alcune categorie di individui è data, anche in questa circostanza, dal rilievo funzionalistico che lo svolgimento di determinate funzioni riveste¹⁷.

1.3. Rapporto tra individuo-organo e Responsabilità dello Stato: Immedesimazione Organica. Premessa.

Ai fini dell'analisi della disciplina relativa all'immunità dell'Individuo-organo, risulta meritevole di attenzione il rapporto tra i funzionari e lo Stato per cui gli stessi si trovano a svolgere determinate funzioni.

Lo Stato moderno, come si avrà modo di specificare in seguito, costituisce un'entità operante attraverso individui-organi, che nell'esercitare funzioni attribuitegli dall'ordinamento interno, contribuiscono alla piena realizzazione dell'essenza statale che si concretizza attraverso l'esercizio di poteri legislativi, esecutivi e giurisdizionali.

L'evoluzione del concetto statale in un'entità organica ha, dunque, determinato un progressivo rilievo dell'individuo inteso come strumento di realizzazione delle potestà governative, che talvolta possono concretizzarsi nell'intrattenimento di relazioni inter-statali all'esterno del proprio territorio o nello svolgimento all'estero di funzioni tipicamente interne¹⁸.

Tuttavia, la riconducibilità dell'esercizio di determinate funzioni all'espletamento di esigenze statali costituisce un elemento cardine proprio di una *ratio* che giustifica la sussistenza di una serie di privilegi nonché esenzioni di natura sostanziale o procedurale. In quest'ottica l'attribuzione e l'assolvimento di talune funzioni da parte dell'individuo in nome e per conto

¹⁶*Ibidem*. Sul punto anche: M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali*, Giappichelli Editore, 2007, p. 181 e R. Nigro, *op. cit.*, pp. 113-115.

¹⁷R. Nigro, *op. cit.*, pp.16 e ss.

¹⁸ Con specifico riferimento in quest'ultimo caso, alla *ratio* della disciplina dell'Immunità di Stato.

dell'autorità statale determina di fatto un rapporto di immedesimazione tra lo Stato e l'organo di cui il primo si avvale.

Il punto di partenza per l'analisi del rapporto tra stato sovrano ed entità organiche di cui si compone è costituito dall'elaborazione dei Draft Articles da parte della Commissione di Diritto Internazionale¹⁹, la quale ha provveduto ad individuare gli elementi configuranti la responsabilità degli Stati per la realizzazione di atti internazionalmente illeciti. La circostanza che un organo sia individuato dalla legislazione interna di ciascuno Stato o che, prescindendo dalla disciplina interna, un individuo agisca perseguendo un interesse dello Stato costituisce un elemento determinante ai fini dell'attribuibilità delle condotte in esame all'entità giuridica statale. Dunque, indipendentemente dalla disciplina che regola l'organizzazione interna di uno Stato, ai fini del diritto internazionale le condotte attuate dalle entità individuali ed organiche di un paese risultano attribuibili allo Stato nel cui interesse si trovano ad agire.

Si avrà modo di vedere, nei passaggi successivi, che a seconda del tipo di carica di cui un individuo viene investito, secondo la normativa di diritto interno di uno Stato sovrano, nonché del tipo di funzione assolta, corrisponde un diverso istituto nel panorama della disciplina delle immunità individuali.

E' opportuno anticipare inoltre che la ricostruzione della ratio circa la natura dell'immunità dell'individuo organo ha originato un ampio dibattito in dottrina. Da un lato, secondo una corrente maggioritaria, originatasi a partire dalla teoria dell'atto di stato kelseniana, l'immunità funzionale costituirebbe il corollario dell'immunità di Stato, configurandosi come una forma di difesa di natura sostanziale. In quest'ottica la norma sull'immunità determinerà il venir meno della responsabilità individuale dell'organo in ragione della riferibilità dell'atto allo Stato per il quale l'individuo organo ha agito²⁰. Dall'altro, un'ulteriore impostazione dottrinale, imperniata sulla distinzione tra immunità di stato e immunità dell'individuo, propende invece per l'inquadramento dell'immunità funzionale in un meccanismo di tipo procedurale che non esonera l'individuo dalla responsabilità dell'atto, bensì si limita ad impedire l'esercizio della giurisdizione territoriale nei confronti di un ufficiale di uno Stato estero.

In tal senso infatti, "l'attuale diritto internazionale non fa obbligo allo Stato locale di considerare irrilevante per il proprio ordinamento penale l'operato dell'organo straniero, con

¹⁹Articolo 4, *Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 26 luglio 2001 UN Doc [A/CN.4/L.602/Rev.1](#).

²⁰ M. Frulli, *op. cit.*, pp. 19-20.

conseguenze particolarmente incisive per la tutela penale; l'obbligo internazionale è soltanto quello di astenersi dalle attività dirette all'attuazione del precetto penale²¹".

Per chiarire la portata di entrambe le macro-impostazioni dottrinali che racchiudono le principali teorie elaborate sulla natura dell'immunità *ratione materiae*, approfondite nel capitolo successivo, si analizzerà di seguito il rapporto di immedesimazione organica tra lo Stato e l'individuo agente nonché la relazione tra il concetto di immunità e l'esercizio del potere giurisdizionale.

1.4. Hans Kelsen: La teoria dell'Immunità Relativa o dell'Atto di stato

La teoria dell'atto di Stato, di matrice kelseniana, costituisce l'esemplificazione del concetto di "personificazione"²² del soggetto giuridico "Stato" in individui che agiscono in nome e per conto di esso, esercitando funzioni attribuitegli dall'ordinamento statale.

Kelsen parte dall'assunto in base al quale il tradizionale dualismo tra il concetto di Stato, inteso come una comunità sociale, e Diritto, inteso come un "sistema di norme" sia da sconfessarsi in favore dell'esistenza di un unico ordinamento, e non di due distinti²³. Dunque: "lo Stato è il suo ordinamento giuridico"²⁴, trattandosi di un'unica entità.

L'autore austriaco, nella sua opera "*Teoria Generale del Diritto e dello Stato*", individua, dunque, come caratteristica peculiare dell'ordinamento-Stato la sussistenza di più volontà, o "unità", che concorrono alla realizzazione da parte dello Stato delle proprie funzioni "sovrane" (intendendosi: legislative, esecutive e giudiziarie) e che in tal senso sono legittimate nel loro operato dallo stesso ordinamento giuridico statale.

Infatti, nel fare riferimento al concetto di Stato come unità organica, ossia un *corpus* o entità giuridica composta da ulteriori e vari organi che ne rappresentano l'estrinsecazione delle proprie funzioni di Stato, Kelsen individua determinati soggetti come la manifestazione di un *corpus* che, di fatto, si configura come astratto (da intendersi come un'entità organizzativa o

²¹ M. Miele, *Immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, Giuffrè Editore, 1961, p. 12.

²² R. Nigro, *op. cit.*, pp. 76-96

²³ Hans Kelsen, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, pp. 186-190.

²⁴ *Ibidem*.

sistemica) ma che trova concreta realizzazione in tanti individui-organi che, nell'operare in vece del *corpus* stesso, realizzano i cosiddetti "atti di Stato".

Per atti di Stato Kelsen intende, le condotte realizzate, in ossequio alle disposizioni normative esistenti in un dato ordinamento, da una categoria ristretta di soggetti-agenti, nel perseguimento dei fini previsti dallo stesso ordinamento giuridico, sia per garantire *stricto sensu* l'esistenza dell'ordinamento stesso e sia relativamente alle condotte finalizzate ad esaurire funzioni sovrane di uno Stato. Presupponendo che lo Stato agisca per il tramite di individui, Kelsen prosegue la propria analisi disquisendo circa le modalità di attribuzione di determinate condotte "umane" allo Stato, e dunque sulla loro imputabilità, soprattutto per ciò che concerne le violazioni del diritto internazionale²⁵. In tal senso, infatti, Kelsen ricostruisce il fondamento della disciplina delle immunità individuali nell'immedesimazione degli atti compiuti da funzionari statali con gli atti dello Stato stesso.

Partendo dal principio della responsabilità collettiva dello Stato l'autore, dunque, nel riconoscere che lo Stato si serve di individui e di unità organiche per il perseguimento dei propri interessi, individua il fondamento dell'immunità dell'individuo dall'esercizio della giurisdizione estera nella circostanza che quest'ultimo abbia agito su direzione ed indirizzo dello Stato²⁶.

Pertanto, l'esercizio del potere giurisdizionale da parte di uno Stato nei confronti di un ufficiale di uno Stato estero sarebbe ostacolato da precisa una norma consuetudinaria generale, alla quale tuttavia può derogarsi esclusivamente attraverso l'applicazione di un'ulteriore norma consuetudinaria oppure attraverso strumenti internazionali di natura pattizia, in ragione dell'attribuzione dell'atto configurante un illecito all'autorità sovrana dello Stato di appartenenza del funzionario stesso. In tal senso, l'immunità dalla giurisdizione si configurerebbe esclusivamente sulla base dell'esistenza di un rapporto di immedesimazione-organica tra lo Stato ed il soggetto agente.

Il riconoscimento dell'immunità, a beneficio di un individuo organo per il sol fatto di svolgere un'attività di Stato, non corrisponde tuttavia a quanto di fatto realizzato dalla prassi. Come si avrà modo di spiegare dettagliatamente in seguito, dall'analisi della prassi e della dottrina pertinente in materia, si può constatare l'esigenza di restringere l'applicabilità della disciplina relativa all'immunità degli individui-organi esclusivamente a determinate attività

²⁵ H. Kelsen, *Collective and Individual Responsibility with Particular Regard to the Punishment of War Criminal*, California Law Review, pp. 530-571, vol.31, n. 5, 1963, pp. 530-571. Jstor.org

²⁶ Hans Kelsen, *La Pace attraverso il diritto*, a cura di Luigi Ciaurro, Torino, Giappichelli editore, 2006, p. 105.

dello Stato, prescindendo dunque dalla pura e semplice riconducibilità delle stesse all'autorità statale²⁷.

In sintesi, dallo studio delle teorie kelseniane, sembra sussistere una idea di norma generale consuetudinaria, che di fatto non ha avuto molto riscontro²⁸. Tale norma consuetudinaria presupporrebbe la sussistenza dell'immunità dalla giurisdizione nel caso in cui venga realizzato un illecito, sulla base della sola circostanza che un atto si compia per opera di un individuo che agisce in vece dello Stato di appartenenza.

Sebbene la teoria dell'Atto di Stato e il criterio dell'imputabilità costituiscano un importante cardine nella ricostruzione della *ratio* dell'istituto in esame, è bene inquadrare la disciplina delle immunità individuali in un'ottica di necessità funzionale rispetto alla tutela degli interessi dell'autorità statale, con specifico riferimento alla garanzia della tutela degli interessi di una sempre più ampia comunità internazionale²⁹.

1.5. Definizione di Stato: Convenzione di New York sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati, 2004

Notoriamente, il diritto internazionale si configura come una branca del diritto elaborata dagli Stati e che ha come principale destinatario gli Stati stessi³⁰. Nello specifico, con il termine "Stato" si indica un'entità giuridica dotata di quattro caratteristiche fondamentali: popolazione permanente, territorio definito, governo e capacità di intrattenere relazioni internazionali³¹. Ai fini dell'applicabilità della disciplina relativa alle immunità di Stato, la Convenzione delle Nazioni Unite sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati (di seguito, "Convenzione di New York³²") e dei loro beni fornisce una compiuta definizione di Stato all'Articolo 2:

"Use of terms

²⁷ R. Nigro, *op. cit.*, pp. 76-96.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ N. Ronzitti, *Introduzione al Diritto Internazionale*, quinta edizione, Giappichelli Editore, Torino 2016, p. 10.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

³² Convenzione delle Nazioni Unite sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati, conclusa a New York nel 2004.

1. 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;”

Ad una prima analisi può ben comprendersi come tale definizione si presta ad essere interpretata in senso piuttosto estensivo. Innanzitutto, ad essere ricompresi nel novero delle entità giuridiche statali non sono esclusivamente gli Stati che agiscono sulla scena internazionale in completa autonomia, bensì anche gli stati federali ed i “vari organi di governo” con cui lo Stato stesso realizza ed esercita determinate funzioni (queste ultime, non esclusivamente di natura esecutiva). Risulta significativo il riconoscimento dell’immunità di Stato anche per gli atti compiuti dai soggetti individuati dalla Convenzione come “rappresentanti dello Stato che agiscono in tale veste”, sebbene nel caso specifico ci si riferisca ad aspetti che attengono all’esercizio della giurisdizione civile con esclusione dell’esercizio della giurisdizione penale. Inoltre, con il termine “Stato” si ritiene che il presente Articolo faccia riferimento *non solum* agli Stati la cui indipendenza e sovranità siano riconosciute senza alcun’ombra di dubbio, *sed etiam* agli Stati cosiddetti “semi-sovrani”, ovvero quegli Stati in cui viene meno uno degli elementi finalizzati al riconoscimento della soggettività giuridica internazionale³³.

Dall’analisi dell’Articolo 2 si ricava che gli atti compiuti nell’esercizio delle funzioni pubbliche proprie di uno Stato, siano destinatari della copertura determinata dall’immunità dalla giurisdizione civile prevista in favore degli Stati.

Prescindendo dall’ambito di applicazione della Convenzione in esame, circoscritta all’esercizio della giurisdizione civile, all’ampia nozione di Stato che ricomprende la pluralità di organi e suddivisioni organiche si ricollega la dottrina originatasi a partire dalle teorie kelseniane imperniata sull’assunto che il fondamento dell’immunità dell’individuo organo risiede, a

³³ *Draft Articles on Jurisdictional Immunity of States and their Properties, with Commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II.

monte, nell'immunità di stato³⁴, fondata sul principio dell'uguaglianza sovrana e dell'indipendenza³⁵.

Allo stesso modo si rileva come anche la giurisprudenza abbia esteso, talvolta, la categoria di ufficiali di stato che beneficiano dell'immunità dall'esercizio della giurisdizione anche per funzioni non propriamente riconducibili all'autorità statale.

Ne costituisce un esempio il caso *Holland v. Lampen-Wolfe*, avente ad oggetto una denuncia per diffamazione avanzata nei confronti un impiegato preposto al coordinamento dei programmi di istruzione presso la base militare di Menwith Hill.

La natura di tale funzione, inquadrabile secondo i giudici della House of Lords nell'alveo delle attività sovrane di uno stato ha determinato nel caso di specie l'applicazione della disciplina prevista in proposito dell'immunità di stato³⁶.

1.5.1. Definizione di individuo-organo

Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che attengono tanto alla sovranità interna quanto a quella esterna, (tipicamente la conduzione delle relazioni internazionali con altri Stati) si avvale di individui qualificabili come "funzionari di Stato"³⁷. La Convenzione di New York³⁸, all'interno dell'Articolo 2, fa riferimento ai summenzionati "atti nell'esercizio dell'autorità sovrana dello stato", realizzati dai "rappresentanti dello Stato che agiscono in tale veste"³⁹. Generalmente, si ritiene che si tratti di soggetti di cui si avvale l'entità organizzativa statale, qualunque sia la sua forma di governo, per operare sia sul piano dell'esercizio delle funzioni proprie di diritto interno che sul piano delle funzioni strettamente connesse alla sfera del diritto internazionale.

³⁴ H. Fox, QC, P. Webb, *op. cit.*, p. 455.

³⁵ *Supra*, nota 3; le varie posizioni della dottrina sul fondamento e la natura dell'immunità funzionale saranno compiutamente analizzate nel secondo capitolo.

³⁶ *Holland v. Lampen-Wolfe*, House of Lords, 20 luglio 2000, International Law Reports, v. 119, par. 27.

³⁸ Si specifica che la Convenzione si riferisce alla disciplina dell'Immunità di Stato. Tuttavia, avendo debita considerazione della stretta, ed ormai nota, interrelazione tra le due discipline, si ritiene che essa possa costituire un punto di partenza utile ai fini dell'analisi che il presente elaborato si appresta a realizzare.

³⁹ *Ibidem*, (iv) del medesimo articolo di cui sopra.

Come avremo modo di vedere nei passaggi successivi dell'elaborato, il fine precipuo di tutelare la cosiddetta "autorità di governo"⁴⁰ o sovranità, nelle sue differenti conformazioni di sovranità interna ed esterna, ha determinato lo sviluppo dei diversi istituti dell'immunità di stato nonché dell'individuo-organo.

In via preliminare, premettendo che lo scopo ultimo dell'*immunità* mira alla salvaguardia del corretto e pacifico intrattenimento delle relazioni tra gli stati parte della comunità internazionale, si ritiene nella prassi più diffusa i soggetti che svolgono funzioni all'interno dello Stato, e che dunque possono essere destinatari della disciplina immunitaria statale (in via indiretta) o funzionale propria degli individui, siano: Capi di Stato, Capi di Governo, Ministri degli Esteri, Ministri del Commercio⁴¹, Agenti Diplomatici⁴², Agenti Consolari, Membri delle forze armate in missione speciale e lavoratori subordinati presso basi militari o navali di uno stato estero⁴³. Se da un lato l'ordinamento statale si compone di organi per realizzare i propri interessi, non tutti sono destinati a svolgere funzioni che attengono alla rappresentanza all'estero degli interessi dello Stato. Solo per questi ultimi si ritiene applicabile l'immunità dell'individuo-organo, mentre per gli organi preposti solo occasionalmente allo svolgimento di funzioni statali al di fuori del proprio stato si configurerà l'immunità sovrana o immunità di Stato⁴⁴. A ciascuna delle *species* di immunità individuale testé elencate corrisponde una diversa estensione della protezione di tali individui rispetto all'esercizio del potere giurisdizionale da parte del foro di uno stato estero.

Risulta inoltre di fondamentale importanza specificare che la pura e semplice riconducibilità di un atto allo Stato non determina automaticamente il riconoscimento della disciplina dell'immunità a favore dell'individuo.

D'altronde le regole previste per l'individuazione della responsabilità statale per atti internazionalmente illeciti rispondono alla finalità di ampliare le ipotesi in cui gli Stati possano convenire in giudizio evitando che violazioni del diritto internazionale restino impunte mentre, al contrario, le regole che individuano gli atti per i quali gli individui siano esulati dall'esercizio della giurisdizione da parte del foro estero sono interpretate restrittivamente con l'obiettivo di

⁴⁰ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Cedam, Milano 2018, pp. 62-69.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Supra*, nota 39.

⁴³ *Supra*, nota 39.

⁴⁴ R. Nigro, *ibidem* p. 89.

ridurre i casi in cui l'ufficiale di stato possa sfuggire all'esercizio del potere giurisdizionale di uno Stato⁴⁵.

1.6. Distinzione tra immunità di Stato ed immunità dell'individuo-organo

Per maggior chiarezza appare opportuno circoscrivere, a questo punto, l'oggetto del presente elaborato.

Nel panorama dell'ampio *genus* delle immunità nel diritto internazionale possiamo distinguere nello specifico tra due differenti regimi: Immunità di Stato ed Immunità dell'Individuo-Organo.

Si tratta di due istituti, che sebbene strettamente connessi in quanto lo sviluppo dell'uno determina dei riflessi consequenziali anche sull'altro, si applicano in circostanze diverse; anche se, tuttavia, non mancano i casi in cui l'impossibilità di applicare l'immunità dell'individuo-organo ha determinato un dibattito circa l'imputabilità di quegli stessi atti allo Stato di appartenenza dell'individuo. Ai fini della presente analisi si ritiene opportuno accennare che quest'ultima, emerge relativamente alle circostanze in cui lo Stato, quale entità indipendente, viene coinvolto in giudizio. L'Immunità di Stato costituisce l'espressione di un'antica norma di diritto consuetudinario, la quale in principio era considerata espressione di un'immunità in termini assoluti. Successivamente, il rilievo crescente dello Stato nell'esercizio di attività di tipo commerciale ha posto l'esigenza di restringere l'ambito di applicazione del principio consuetudinario in base al quale ciascuno Stato sovrano non può essere subordinato alla giurisdizione civile ed amministrativa di uno Stato estero. A partire dalla giurisprudenza italiana e belga, l'applicabilità della norma avente ad oggetto l'Immunità dello Stato è stata subordinata alla nota distinzione tra *acta iure imperii* ed *acta iure gestionis*, prevedendo solo per gli atti di natura privatistica l'esercizio della giurisdizione da parte del foro estero⁴⁶.

Relativamente ai casi, invece, in cui il convenuto od il responsabile di un atto illecito venga ritenuto un funzionario dello Stato, si prevede l'applicabilità della disciplina afferente alle immunità dell'Individuo-organo, distinguibile a seconda dei casi, negli istituti dell'Immunità Ratione Personae ed Immunità Ratione Materiae, la cui trattazione è rimandata al paragrafo 4.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ A. Cassese, *Diritto Internazionale*, a cura di M. Frulli, Mulino Editore, 2017, pp. 132-136.

1.7. Aspetti procedurali dell'immunità ed esercizio della Giurisdizione: Immunità o Impunità?

“The jurisdiction of a State refers to its lawful power to act and hence to its power to decide whether and, if so, how to act⁴⁷”

Come accennato nei passaggi precedenti, la giurisdizione configura l'esercizio di un potere proprio di un determinato Stato, in ossequio ai principi di sovranità, uguaglianza ed indipendenza. L'esercizio di tale potere, può concretizzarsi in modi differenti: può essere realizzato talvolta, attraverso l'elaborazione di prescrizioni che implicano obblighi positivi o negativi a carico di individui che hanno violato una determinata disposizione sostanziale o, talvolta, attraverso atti idonei ad assicurarsi che le suddette prescrizioni vengano rispettate⁴⁸.

Esistono varie conformazioni di questo peculiare potere sovrano. A seconda del tipo di potere di “governo” esercitato possiamo infatti distinguere in:

- giurisdizione legislativa;
- giurisdizione giudiziale;
- esecutiva ⁴⁹.

⁴⁷ R. A. Kolodkin, *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Documento n. [A/CN.4/601](#), p. 170.

⁴⁸ Malcom Evans, *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 335 e ss.

⁴⁹ Sul punto, R. A. Kolodkin, *op.cit.* parr. 45-46, : *“Legislative or prescriptive (law-making) jurisdiction consists of the promulgation by government authorities of laws and other legal prescriptions. Executive jurisdiction consists of actions by the State, its executive authorities and officials in execution of and enforcement of its laws and other legal prescriptions. Judicial jurisdiction consists of the activity of its judicial authorities, primarily in consideration of cases. Executive and judicial jurisdiction have common features: both involve the application and enforcement of the law. This is why some authors mention the existence of only two types of jurisdiction: legislative (prescriptive) and executive.”*

Allo stesso tempo, in riferimento agli aspetti sostanziali esaminati dalla branca del potere giurisdizionale, possiamo tracciare la tradizionale e ben nota suddivisione in giurisdizione civile, penale ed amministrativa⁵⁰.

Con specifico riferimento all'istituto dell'immunità individuale si sottolinea l'esistenza di una differenza circa l'estensione applicativa dell'esenzione a seconda che si tratti di giurisdizione civile o di giurisdizione penale.

Tuttavia, la correlazione tra questa tipica configurazione del potere sovrano di ciascuno stato emerge sin da subito, rispetto all'istituto dell'immunità individuale in esame. Infatti, se da un lato si prevede l'esistenza di forme di tutela per lo svolgimento di determinate funzioni in favore di alcuni soggetti o entità giuridiche dello Stato, dall'altro risulta chiaro come a tali forme di tutela corrispondono situazioni speculari in cui l'esercizio di un potere sovrano di un determinato stato, giurisdizionale nel caso di specie, viene limitato dalle esenzioni summenzionate. Sembra, dunque, che il riflesso logico e consequenziale della disciplina delle immunità in generale, risieda nei profili applicativi e giurisdizionali di queste esenzioni.

Giungendo all'aspetto più importante e di rilievo primario del rapporto tra immunità e giurisdizione, immunità significa tutt'altro che impunità. Ciò in quanto l'esistenza di norme che possono determinare una deroga all'esercizio della giurisdizione da parte di un determinato Stato, per i più svariati profili di diritto, determina esclusivamente che il potere di giurisdizione non spetta al foro estero, bensì allo stato di appartenenza dell'individuo-organo. Tuttavia, se da un lato tale esenzione dall'esercizio del potere giurisdizionale non aspira a far sì che la responsabilità per determinati fatti illeciti resti impunita dall'altro può implicare che, in assenza di un foro internazionale se l'autore di tali crimini non sarà perseguito dal foro interno competente, l'effettività della tutela giurisdizionale resti incompiuta⁵¹.

In tal senso, risulta importante l'impulso fornito dallo sviluppo della giustizia penale internazionale che, attraverso la cristallizzazione delle violazioni gravi del diritto internazionale, ha determinato lo sviluppo di regole che consentissero una chiara imputabilità alle unità organiche dello Stato di determinate condotte.

La Corte Internazionale di Giustizia (in seguito, la "Corte"), preposta in tal senso all'esercizio di una giurisdizione complementare su determinati crimini, ha adottato una

⁵⁰ Questo aspetto verrà precisato nel paragrafo successivo.

⁵¹I. Wuerth, *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose, and Exceptions*, Swiss Review of International and European Law, 2013, p. 13. Ciò in specifico riferimento a crimini internazionali.

posizione significativa a proposito del rapporto tra responsabilità penale dell'individuo ed immunità dalla giurisdizione in occasione del caso *Arrest warrant*-. La Corte, nell'affrontare il caso vertente sull'emissione di un mandato d'arresto da parte di un magistrato belga nei confronti del Ministro degli Esteri Congolese Abdulaye Yerodia Ndobasi, ha affermato infatti che l'immunità dalla giurisdizione di cui beneficia il Ministro degli Esteri non determini il venir meno della responsabilità penale dello stesso in virtù dei crimini da esso realizzati⁵². Ciò in quanto, l'applicabilità dell'immunità individuale non determina di per sé l'assenza di una possibilità di perseguire l'autore di determinati crimini anzi, di contro la norma che prevede l'immunità dalla giurisdizione fa sì che l'esercizio della giurisdizione sia di competenza di un ordinamento giurisdizionale diverso da quello nel quale l'azione giudiziaria è stata intentata in principio.

Inoltre, appare opportuno chiarire che la norma che prevede l'esenzione dell'immunità dell'individuo organo e l'esercizio del potere giurisdizionale di uno stato rilevano insieme poiché l'elemento intrinseco della norma che prevede l'immunità sia da rinvenirsi proprio nella sua peculiare conseguenza di determinare un limite rispetto all'esercizio della giurisdizione. Infatti, se da un lato l'elemento "giurisdizione" costituisce il potere tipicamente esercitabile da ciascuno Stato sovrano entro i propri confini territoriali, dall'altro invece l'immunità si configura come una sorta di "eccezione" all'esercizio di tale potere.

E' proprio in questa prospettiva infatti, che vanno collocate la dottrina e la giurisprudenza che riconoscono nell'immunità un limite di natura procedurale piuttosto che sostanziale. La circostanza che un individuo non possa essere processato per i propri atti da un tribunale estero non implica infatti il venir meno della responsabilità penale dell'individuo, il quale potrà essere subordinato legittimamente allo scrutinio giurisdizionale dello Stato accreditante.

A discapito di quanto sostenuto da una parte della dottrina, dunque, la mera imputabilità di un atto allo Stato per il quale viene realizzato non determina automaticamente l'irresponsabilità dell'individuo organo ed anche la prassi deporrebbe in tal senso. La circostanza che lo Stato di appartenenza avesse inquadrato le azioni dei propri agenti nell'alveo delle funzioni del mandato loro attribuito, non ha determinato l'accoglimento dell'argomento

⁵²Corte Internazionale di Giustizia, *Repubblica Democratica del Congo v. Belgium*, 14 febbraio 2002, parr. 60-61. <https://www.icj-cij.org/en/case/121>

relativo all'immunità funzionale in favore degli ufficiali francesi nel corso del caso *Raimbow Warrior o* in favore degli agenti britannici in relazione al caso *Mc Leod*⁵³.

Sulla natura procedurale dell'immunità inoltre, si ricorda la posizione adottata dalla Corte Internazionale di Giustizia, la quale nel corso del caso *Arrest Warrant* ha sostenuto che “*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*”⁵⁴.

1.8. Giurisdizione Civile – Giurisdizione Penale: differenze e tratti fondamentali

La giurisdizione penale, così come quella civile, implica la concreta applicazione del diritto sostanziale a casi determinati e specifici. Inoltre, anche se si tende ad associare la ratio sottesa all'applicazione dell'istituto dell'immunità parimenti rispetto alla giurisdizione civile e penale, i risvolti applicativi afferenti all'una o all'altra possono essere ben diversi⁵⁵.

Nello specifico, infatti, la giurisdizione penale, che costituirà il focus principale dell'analisi, è tradizionalmente associata al principio di inviolabilità personale⁵⁶. Tale principio, che si pone alla base degli ordinamenti giuridici moderni, implica l'impossibilità di subordinare l'individuo a misure restrittive della propria libertà, come detenzione, arresto o perquisizione, in assenza di una previsione normativa o di un atto motivato, emesso da un'autorità incaricata dall'ordinamento a tal fine⁵⁷. Tuttavia, non meno importanti sono i riflessi relativi alle misure cautelari personali che anticipano la conduzione del processo in senso stretto.⁵⁸

⁵³ M. Frulli, *On the Existence of a Customary Rule Granting Functional Immunity to State Officials and Its Exceptions: Back to Square One*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 26, 2016, pp. 482-483.

⁵⁴ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, par.66.

⁵⁵ R. Van Alebeek, *Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts*. The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 496-524.

⁵⁶ A. Simonetti, *L'immunità funzionale degli Organi Statali dalla Giurisdizione Straniera*, Università degli Studi di Firenze, 2016, p. 16-17.

⁵⁷ Enciclopedia Treccani, *Inviolabilità della Persona*; <https://www.treccani.it/enciclopedia/inviolabilita-della-persona/#:~:text=inviolabilit%C3%A0%20della%20pers%C3%B3na%20Principio%20fondamentale,diritto%20alla%20difesa%20e%20nei>

Inoltre, l'ambito spaziale entro cui la legge penale viene applicata attraverso l'esercizio del potere giurisdizionale, riconosciuto a ciascun'entità statale, viene definito sulla base di alcuni criteri o principi:

1. principio di territorialità, in base al quale si prevede l'esercizio dell'azione penale se un determinato fatto configurante un illecito viene realizzato all'interno del territorio di uno Stato;
2. principio della personalità attiva, il quale presuppone che il soggetto attivo del reato abbia la nazionalità propria del foro che intende subordinarlo alla propria giurisdizione;
3. principio della personalità passiva, in base al quale si individua la competenza del foro relativamente alla nazionalità del soggetto passivo del reato;
4. principio della giurisdizione universale, secondo cui la commissione di crimini lesivi dei valori fondamentali dell'individuo nonché della comunità internazionale, giustifichi l'esercizio della giurisdizione da parte di un foro estero sebbene l'illecito si sia verificato al di fuori del territorio nazionale del soggetto attivo.

Appare opportuno chiarire innanzitutto che la giurisdizione penale viene esercitata esclusivamente nei confronti degli individui-agenti, restando esclusa la possibilità di esercitare l'azione penale nei confronti degli Stati dal momento che gli stessi non figurano come soggetti attivi all'interno delle fattispecie penali astratte.

Per ciò che concerne la giurisdizione civile⁵⁹ e la norma sull'immunità dalla giurisdizione degli individui, essa sembra che in principio benefici di un'estensione applicativa maggiore⁶⁰ rispetto alla stessa norma che preveda un'esenzione dalla giurisdizione penale dal punto di vista oggettivo. Ciò in quanto è soprattutto in riferimento a tale branca giurisdizionale che la disciplina sull'immunità dell'individuo-organo tende a sovrapporsi rispetto all'immunità propriamente attribuita allo Stato.

D'altronde, proprio la Convenzione sulle Immunità degli Stati e dei loro beni, redatta nel 2004, individua una piena immedesimazione tra stato ed individuo-organo nel prevedere

⁵⁹ Alla quale peraltro l'ILC, associa una concezione di giurisdizione civile tipicamente di natura "esecutiva". Sul punto, *supra* nota 56.

⁶⁰ R. P. Mazzeschi, *La distinzione fra immunità dalla giurisdizione penale e immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa dei giudici stranieri*, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)* [Annali VII, 2014]; Giuffrè, <https://enciclopediadeldiritto.giuffrefrancislefebvre.it/#/detail/4511962/26154601>.

che le azioni giurisdizionali civili intentate nei confronti dei funzionari di stato siano da intendersi come intentate nei confronti dello Stato nella cui vece gli stessi operano⁶¹.

Inoltre, stando a quanto messo in luce dal rapporto redatto in occasione della sessantesima sessione di lavori della Commissione di diritto internazionale, un ulteriore elemento distintivo concerne lo svolgimento del processo.

Talvolta, infatti si registra che la fase delle indagini preliminari del processo penale ha dei risvolti ben più intrusivi rispetto alla conduzione del processo civile, non implicando quest'ultimo potenziali misure cautelari in grado di incidere sensibilmente sulla libertà individuale della persona fisica, concretizzandosi tali misure per lo più nella privazione d'uso temporanea di beni mobili.

Infine, sebbene alcuni autori sostengano che sussista un'unica norma in grado di garantire l'esenzione dalla giurisdizione civile e penale, la tendenza ad uniformare l'impostazione applicativa delle norme sull'esenzione dalle differenti giurisdizioni civile e penale non troverebbe riscontro alcuno nella prassi⁶².

1.9. Legittimità della limitazione all'esercizio della giurisdizione in rapporto con la lesione di Diritti Umani: Articolo 6 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

“Diritto a un equo processo

1. *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]*⁶³.

⁶¹ *Draft Articles on Jurisdictional Immunity of States and their Properties, with Commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, 1991, vol. II., par. 18.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, entrata in vigore il 3 settembre 1953; https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf

Di fondamentale importanza risulta l'Articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, perno centrale delle garanzie di giustizia dell'ordinamento europeo.

Lo stesso, infatti, da un lato implica il diritto di ciascun individuo di adire un tribunale in tutela dei propri diritti civili⁶⁴, dall'altro che l'accesso alla giustizia sia accompagnato dallo svolgimento di un equo processo da concludersi in tempi ragionevoli.

Tuttavia, tale diritto di accesso alla giustizia non risulta esente da limitazioni⁶⁵, e alcune di esse risiedono proprio nella disciplina sulle immunità. In tal senso, infatti, l'applicazione dell'istituto dell'immunità degli organi statali può determinare conseguenza il venir meno della garanzia suindicata⁶⁶.

Tuttavia, un problema di rilevanza crescente è costituito dall'opportunità di individuare delle circostanze in cui l'immunità, in considerazione di determinate violazioni gravi classificabili come violazioni di *jus cogens* nonché nello specifico di diritti umani⁶⁷, non si applichi in virtù di tali gravi violazioni.

Sebbene ad oggi non possa rilevarsi l'esistenza di tale eccezione, a partire del noto caso Al-Adsani⁶⁸, vertente sugli atti di tortura realizzati ai danni del ricorrente da parte delle forze armate impiegate dallo Sceicco Jaber AlSabah Al-Saud Al-Sabah, si è diffusa la tesi della cosiddetta "gerarchia normativa"⁶⁹.

Quest'impostazione della dottrina parte dall'assunto che le norme di *jus cogens*, o a carattere imperativo, tutelando i diritti umani fondamentali ed essendo generalmente riconosciute dalla comunità internazionale come norme inderogabili, si collocano in una posizione di preminenza rispetto ai precetti di natura consuetudinaria nonché rispetto agli stessi di natura pattizia. Trovandosi in una posizione gerarchica superiore, le norme aventi ad oggetto i diritti umani fondamentali prevarrebbero a discapito delle norme consuetudinarie esistenti in materia di immunità di stato o dell'individuo-organo.

⁶⁴Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Jones c. Regno Unito (2014) C.EDU, pp. 188–189; <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-140005%22%7D>

⁶⁵ C.EDU, Jones c. Regno Unito (2014) 1, par. 186; <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-140005%22%7D>: "The right of access to a court is not, however, absolute".

⁶⁶ T. Ruys, N. Angelet. L. Ferro, *International Immunities in a State of Flux?*, The Cambridge handbook of Immunities and International law, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 1-18.

⁶⁷ R. Nigro, *op cit*, pp. 175-176.

⁶⁸Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Al-Adsani c. Regno Unito (2001), p.p. 18-20, <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/Al%20Adsani%20v.%20UK%20-%20ECHR%20-%202001.pdf>

⁶⁹ L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*. The American Journal of International Law, v. 97, n. 4, 2003, pp. 741-781.

In tal proposito, nel corso del caso Tadić si è affermato:

"sarebbe un travisamento del diritto e un tradimento del bisogno universale di giustizia, se si permettesse al concetto di sovranità statale di essere sollevato con successo contro diritti umani"⁷⁰.

La teoria della gerarchia normativa elaborata in proposito dell'immunità statale, anche a seguito della sentenza della Corte di Cassazione italiana sul caso Ferrini⁷¹, che ribadisce tale principio, non è rimasta esente da critiche. Infatti, si rinviene come molti autori abbiano principalmente obiettato che la natura della norma sulle immunità dalla giurisdizione sia di matrice procedurale. Al contrario, invece, i principi di *jus cogens* sarebbero tipicamente di natura sostanziale⁷². Per tale ragione, dunque, si esclude la sussistenza di un contrasto tra le due norme: le due trattando due aspetti differenti non si trovano astrattamente in una posizione di contrasto gerarchico.

1.9.1. Test di legittimità e proporzionalità

Si è accennato che il diritto di accesso alla giustizia non si configura come un diritto assoluto bensì, al contrario, esso sarebbe suscettibile di limitazioni. Tali limitazioni, tuttavia, non possono estendersi sino al punto di comprimere l'essenza del diritto di accesso di giustizia e necessitano di un accurato giudizio di bilanciamento con il primario e fondamentale diritto di giustizia, rispetto all'esigenza di tutelare la sovranità degli Stati, incarnata nell'istituto dell'immunità e nelle sue possibili configurazioni⁷³.

⁷⁰ Procuratore c. Tadić, caso n. IT-94-1-AR72, *Decisione sulla mozione della difesa per un appello interlocutorio sulla giurisdizione*, 1995, par. 58. Sul punto, R. van Alebeek, *Immunity and Human Rights - A Bifurcated Approach*, American Society of International Law Proceedings, vol. 104, 2010.

⁷¹ Cassazione, Sezioni unite civili, Ferrini c. Repubblica Federale Tedesca. sentenza 6 novembre 2003-11 marzo 2004, n. 5044; https://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Italy/Ferrini_Cassazione_6-11-2003.pdf

⁷² R. Nigro, *op. cit.* pp. 315-316.

⁷³ C.EDU, Al-Adsani c. Regno Unito (2001): parr. 52-54; sul punto anche, R. Pisillo Mazzeschi, *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*; tale processo ha ad oggetto l'immunità dalla giurisdizione civile.

La possibilità di subordinare tale fondamentale diritto ad alcune eccezioni, dunque, da un lato è ritenuta ammissibile poiché in capo agli stati aderenti alla Convenzione, è data la possibilità di regolare puntualmente tale diritto, dall'altro essa risulta ammissibile solo e se dal vaglio giurisdizionale risulta che tali limiti siano legittimi nonché proporzionati rispetto allo scopo prefissato dalla limitazione stessa⁷⁴.

Affinché una compressione del diritto di accesso alla giustizia sia considerata ammissibile, è necessario innanzitutto verificare che essa sia applicata in ossequio al diritto internazionale attraverso il cosiddetto test di legittimità dello scopo. Pertanto, l'applicabilità dell'immunità si considera legittima in quanto finalizzata a promuovere il pacifico e corretto andamento delle relazioni tra gli Stati (in tal proposito, tuttavia, sembra ci si trovi dinnanzi ad un paradosso, considerando che è proprio il diritto internazionale ad implicare che determinate norme, garantendo diritti fondamentali, siano inderogabili).

Successivamente, va valutato, attraverso il test di proporzionalità se sussiste “*una ragionevole connessione tra i mezzi impiegati e gli obiettivi legittimi perseguiti dalla limitazione in questione*”⁷⁵. La proporzionalità dello strumento giuridico adoperato rispetto all'obiettivo che la limitazione si prefissa di raggiungere va valutata, infine, anche alla stregua della sussistenza di una forma di tutela giudiziale alternativa, che dia in ogni caso la possibilità all'individuo di perseguire la tutela dei propri diritti civili⁷⁶.

In proposito del caso Jones e altri c. Regno Unito la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito, “la Corte”) ha affrontato la questione dell'immunità dello stato dell'Arabia Saudita e dei suoi funzionari ufficiali rispetto alla realizzazione di atti configuranti il reato di tortura.

In particolare, i ricorrenti hanno lamentato che il riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione estera ha determinato una lesione del diritto di accesso alla giustizia ai sensi dell'articolo 6(1) della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo.

La Corte articola il proprio ragionamento attraverso la sovrapposizione dell'immunità statale rispetto al tema dell'immunità funzionale dell'individuo organo. In tal senso secondo la Corte, data la circostanza che l'immunità dell'individuo organo possa essere oggetto di revoca ed *invocatio* solo attraverso l'entità statale, l'immunità individuale costituisce espressione

⁷⁴ R. van Alebeek, *Immunity and Human Rights - A Bifurcated Approach*, American Society of International Law Proceedings, 2010.

⁷⁵ C.EDU, Al-Adsani c. Regno Unito (2001) par. 65: “[...] Inoltre, una limitazione non sarà compatibile con l'articolo 6 para. 1 (art. 6-1) se non persegue uno scopo legittimo e se non vi è un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo che si intende perseguire [...]”

⁷⁶ Si tratta della regola della protezione equivalente, *supra* nota 70.

dell'immunità dalla giurisdizione prevista in tutela della sovranità ed indipendenza di ciascuno Stato sovrano⁷⁷. Tuttavia, nel dirimere la questione la Corte ha analizzato la prassi esistente in materia omettendo di distinguere tra i casi in cui l'immunità funzionale sia stata invocata nei procedimenti penali dai casi in cui la stessa sia stata invocata in relazione all'esercizio della giurisdizione civile.

La criticità dell'impostazione adottata dalla corte risiede peraltro nelle già richiamate differenze tra immunità di stato ed immunità dell'individuo. Per l'Immunità statale si esclude l'esenzione dalla giurisdizione per gli atti realizzati *iure gestionis* mentre per ciò che attiene all'immunità dell'individuo, si specifica che l'ufficiale di Stato risulta destinatario dell'immunità funzionale per gli atti compiuti nel perimetro del proprio mandato che possono avere anche natura commerciale.⁷⁸

1.10. Immunità *ratione personae* ed immunità *ratione materiae*

Per ciò che concerne la disciplina delle immunità giurisdizionali dell'individuo-organo, possiamo distinguere le immunità *ratione personae* dalle immunità *ratione materiae* a seconda della natura, ratio e dell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo delle stesse.

Le immunità propriamente dette *ratione personae*, ovvero personali o “*status-based immunities*” (di seguito, “immunità personale”), nascono a partire dall'antico brocardo latino “*ne impediatur legatio*”⁷⁹. Si riportano, tradizionalmente, tre diverse teorie alla base dell'immunità personale: una prima suppone che, poiché determinati individui agivano all'estero in rappresentanza del Sovrano, essi fossero meritevoli di una sfera di privilegi; una seconda, sulla base del già citato principio dell'extraterritorialità, ritiene che gli individui operanti all'estero in vece dello stato di appartenenza fossero considerati, attraverso una finzione giuridica, come soggetti mai usciti dal territorio di appartenenza; infine, una terza e più attuale teoria riconosce il fondamento delle immunità di natura personale nel fine ultimo

⁷⁷ P. Pustorino, *Immunità dello Stato, Immunità degli Organi e Crimine di Tortura: la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel Caso Jones*, *Rivista di Diritto Internazionale*, fascicolo 2, 2014, p. 497.

⁷⁸ P. W. Jones v. Uk: *The re-integration of State and Official Immunity*, 2014 EjiI: Talk!, <https://www.ejiltalk.org/jones-v-uk-the-re-integration-of-state-and-official-immunity/>

⁷⁹ M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 179.

di rappresentare lo stato nel necessario intrattenimento dei rapporti tra gli Stati della comunità internazionale⁸⁰.

Per ciò che attiene *la species* delle immunità *ratione materiae*, o anche definite “*conduct-based immunities*”⁸¹, esse costituiscono un tipo di immunità che trovano il proprio fondamento nella natura dell’atto realizzato da un determinato individuo. Per tale motivo esse si prestano ad essere applicate a determinate condotte in ragione della loro riferibilità allo Stato per il quale, l’individuo investito di tale immunità, si trova ad agire. Questo specifico aspetto della disciplina delle immunità-individuali, è stato preso in considerazione all’interno dell’accennato lavoro di cristallizzazione dei principi di diritto da parte Commissione di Diritto Internazionale e ciò probabilmente a dimostrazione della complessità di individuare un’univoca tendenza della prassi sul tema e nella relativa difficoltà di individuazione di una chiara impostazione consuetudinaria. Proprio in riferimento alle teorie fondanti tale istituto, basterà accennare per il momento che sebbene inizialmente si tendesse in dottrina a ricondurre tale istituto al sopraindicato brocardo “*par in parem non habet imperium*”, il cambiamento progressivo della comunità internazionale ha imposto una lettura diversa di tale principio, ritenendosi l’intrattenimento delle relazioni internazionali tra Stati una chiave di lettura fondamentale per l’analisi del presente istituto.

1.10.1. *Invocatio* e *Waiver* dell’immunità: diritti imputabili esclusivamente allo stato.

Sia per ciò che concerne l’immunità funzionale che per l’immunità personale, la ratio è radicata nell’esercizio dell’“autorità di governo”⁸² dello Stato, inteso come entità giuridica internazionale.

Per tale ragione si tende a riconoscere che in entrambi i casi, la titolarità di invocare la prerogativa immunitaria resti associata allo Stato, seppure in concreto essa venga talvolta

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ Ossia, immunità che si basa, in senso letterale, sulla condotta tenuta dall’individuo. Ingrid Wuerth, *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, *op. cit.*, p. 2.

⁸² R. Nigro, *op. cit.*, pp. 62-69.

esercitata anche dalle sue sub-unità che agiscono per esso nel proprio assetto sistematico, ossia gli individui-organi.

Con specifico riferimento all'immunità dalla giurisdizione penale si ritiene che, trattandosi l'immunità di un istituto di cui risulta investito un individuo esclusivamente in virtù del suo rapporto organico con lo Stato per il quale svolge una determinata funzione ovvero in virtù di un particolare status, essa risulti legalmente propria dello Stato stesso e non dell'individuo⁸³.

Pertanto, da un punto di vista procedurale sebbene l'individuo abbia la facoltà di invocare l'immunità dalla giurisdizione, la stessa non avrà debito rilievo giuridico se non sarà accompagnata, a seconda dei casi, da una dichiarazione dello Stato o da una notifica vertente sulla conferma dello status rivestito dal funzionario di stato.⁸⁴

Da un lato lo Stato d'appartenenza, con riferimento all'immunità *ratione materiae* dovrà confermare che determinate attività sono state realizzate in propria vece, dall'altro invece, con riferimento all'immunità di tipo *ratione personae*, lo Stato dovrà confermare o meno l'esistenza di uno *status* di cui risulta investito l'individuo⁸⁵.

Come contrappeso alla possibilità di limitare l'esercizio della giurisdizione di uno Stato estero su un proprio ufficiale, si configura l'alternativa di riconoscere l'insussistenza della protezione dalla giurisdizione determinata eventualmente da un tipo di immunità, sia essa personale ovvero funzionale.

Il *waiver*, ovvero la revoca dell'immunità, costituisce in tal senso uno strumento attraverso il quale si realizza il consenso di uno Stato rispetto all'esercizio della giurisdizione da parte di un foro estero su un cittadino, nonché funzionario del primo.

Sebbene in concreto si pongano dei problemi circa i soggetti intitolati dell'esercizio di tale potere di revoca dell'immunità⁸⁶, la cui disciplina è affidata a norme di diritto interno, si ritiene che esso in generale possa costituire uno strumento utile soprattutto ad evitare l'impunità per determinate e gravi violazioni del diritto internazionale.

⁸³R. Kolodkin, *Third report on immunity of State officials from foreign criminal Jurisdiction*, UN doc. [A/CN.4/646](#), 24 maggio 2011, pp. 7-8.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem* p. 16 e p. 13.

⁸⁶ Soprattutto per ciò che concerne la revoca dell'immunità personale realizzata da soggetti collocati in una posizione apicale della gerarchia organizzativa statale, tra cui Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri. Infatti, talvolta questi soggetti potrebbero trovarsi nella circostanza di determinare la revoca della propria immunità. *Ibidem* pp. 80-83.

Infine, così come il diritto di invocare l'immunità dello Stato si ritiene spetti in via principale allo Stato accreditante, allo stesso modo si ritiene che tale prerogativa vada riconosciuta in via esclusiva all'entità giuridica statale, sovrana ed indipendente, presso cui il funzionario presta la propria opera.

1.10.2. Principali differenze applicative

Pur tenendo in debita considerazione lo scopo ultimo comune, non si esclude che i beneficiari dell'istituto dell'immunità *ratione personae* possano al contempo essere destinatari della disciplina dell'immunità funzionale, presentando pertanto i due istituti delle significative differenze.

L'immunità personale, da un lato, cessa i propri effetti con lo spirare del termine relativo alla carica ricoperta dall'individuo beneficiario di tale esenzione⁸⁷.

Dall'altro per ciò che concerne la differente disciplina dell'immunità *ratione materiae*, gli atti compiuti in funzione dell'esercizio dell'autorità di governo dello Stato risultano destinatari della relativa protezione fornita dall'immunità dalla giurisdizione civile o penale, che permane anche a seguito della scadenza del mandato ufficiale dell'individuo-organo⁸⁸.

Inoltre, risulta ormai consolidato l'orientamento dottrinale che ritiene che un ulteriore fattore di distinzione risieda nella natura tipicamente procedurale dell'immunità personale, rispetto alla differente natura sostanziale dell'immunità funzionale. In tal senso si rinviene che l'immunità di tipo funzionale costituisce un'esenzione “dalla legge⁸⁹” mentre l'immunità personale, invece rappresenta un'esclusione “dal processo”. Gli effetti di tale ultimo elemento

⁸⁷Avendo tuttavia efficacia anche rispetto agli atti che precedono l'investitura del soggetto del particolare status da cui deriva l'immunità personale. M. U. Saillard, *Foreign Official Entitled to (Absolute) Personal Immunity*, The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, 2019.

⁸⁸R. P. Mazzeschi, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)* [Annali VII,2014]; Giuffrè, <https://enciclopediadeldiritto.giuffrefrancislefebvre.it/#/detail/4511962/26154601>

⁸⁹R. Nigro, *op. cit.*, pagg. 118-119.

di distinzione sono poi ravvisabili nel diverso tipo di accertamento che sarà in concreto svolto dal giudice:

- con riferimento all'immunità *ratione personae*, l'accertamento consisterà nella verifica della sussistenza dello *status* dell'individuo destinatario dell'esercizio dell'azione penale da parte del foro dello Stato estero;
- con riferimento all'immunità *ratione materiae*, la verifica avrà invece ad oggetto il tipo di condotta tenuta dal medesimo.

In proposito dell'ambito di applicazione oggettivo dei due istituti e con specifico riferimento ai tipi di atti coperti rispettivamente dall'immunità di tipo funzionale e dall'immunità personale, si ritiene che il contenuto della prima sia significativamente più ristretto rispetto al contenuto del secondo tipo di immunità dalla giurisdizione. Secondo alcuni autori, infatti, la copertura dell'immunità personale, si estenderebbe non solo rispetto agli atti realizzati dal soggetto beneficiario della stessa in veste privata, ma anche rispetto agli atti realizzati dallo stesso individuo in via ufficiale per conto dello Stato accreditante.

Di contro, invece, la copertura dell'immunità funzionale dell'individuo risulta ristretta agli atti di natura ufficiale rispetto all'esercizio dell'autorità di governo dello Stato, nel cui interesse il funzionario ha operato⁹⁰.

1.11. Lo stato attuale della disciplina in materia di Immunità, alcuni tentativi di codificazione: *Institut de Droit International*

Dunque, l'immunità dell'individuo organo si distingue in due peculiari categorie a seconda dell'applicazione dell'istituto per funzione svolta o per carica ricoperta. I primi strumenti di diritto internazionale in cui è possibile ravvisare alcune disposizioni vertenti sull'immunità funzionale dell'individuo organo sono la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche del 1961 e la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari del 1963. In particolare, l'Articolo 39(2) della Convenzione sulle Relazioni Diplomatiche prevede la possibilità che gli atti realizzati durante il mandato ufficiale siano esenti dall'esercizio della

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 152-153.

giurisdizione estera anche a seguito dello spirare della carica diplomatica. La Convenzione sulle Relazioni Consolari, invece, prescrive all'Articolo 43(1) che gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni consolari non possono essere oggetto di scrutinio giurisdizionale da parte dello Stato accreditatario.

Entrambe le disposizioni costituiranno oggetto di analisi nel capitolo successivo, tuttavia appare opportuno accennare all'importanza di entrambi gli strumenti, i quali hanno contribuito alla cristallizzazione di alcuni importanti principi di diritto internazionale consuetudinario, canalizzando il *consensus* della maggior parte degli Stati della comunità internazionale.

L'analisi dei profili della disciplina immunitaria comincia tuttavia attraverso i lavori dell'*Institut de Droit International*, istituto privato fondato a Gent nel 1873 che si occupa dello studio e della promozione dello sviluppo del diritto internazionale⁹¹. Esso è attualmente costituito da 58 membri e sin dalla sessione di lavori di Cambridge del 1895 si è occupato del tema dell'immunità individuale *ratione materiae* solo in relazione ad alcune categorie di organi dello Stato. La risoluzione di Cambridge del 1895 contiene infatti una disposizione relativa all'immunità degli agenti diplomatici all'Articolo 14⁹². La figura degli agenti consolari e le relative immunità della carica, invece, sono analizzate attraverso gli articoli elaborati nel corso della sessione di Venezia del 1896⁹³.

Successivamente l'*Institut* ha esaminato la disciplina dell'immunità dal punto di vista soggettivo delle alte cariche statali, tra cui il Capo di Stato ed il Capo di Governo nel corso della sessione di Vancouver del 2001, concludendo che entrambe le figure beneficiano dell'immunità dalla giurisdizione civile, penale ed amministrativa dello Stato alla scadenza del mandato, esclusivamente per gli atti realizzati durante la loro carica in esecuzione delle funzioni ufficiali di cui sono investiti.

Inoltre, un aspetto particolarmente rilevante dell'analisi condotta dall'*Institut de Droit International* è rappresentato dallo studio del rapporto tra l'immunità e i crimini internazionali. La sessione di lavori di Napoli del 2009 dell'*Institut de Droit International*, presieduta dalla

⁹¹ P. Macallster-Smith, *Institut de Droit International*, Max Planck Encyclopedias of International Law, 2011, <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e947>.

⁹² Esso dispone: “*L'immunité survit aux fonctions quant aux actions Se rattachant à l'exercice desdites fonctions. En ce qui concerne les actions ne s'y rattachant pas, l'immunité ne peut être invoquée que pendant la durée même des fonctions*”.

⁹³ L'articolo 18 recita: “*Lorsque des actions en matière civile ou criminelle seront dirigées contre des agents consulaires, les tribunaux locaux seront compétents pour en connaître directement, sauf le cas où il serait établi par lesdits agents qu'ils ont agi en leur qualité officielle*”.

Special Rapporteur Lady Fox, ha condotto infatti all'attestazione del principio in base al quale l'immunità basata sullo status dell'organo, ovvero l'immunità di tipo personale, non viene meno in relazione alla commissione di crimini internazionali. In proposito, l'Articolo 3 dispone: “*No immunity from jurisdiction other than personal immunity in accordance with international law applies with regard to international crimes. 2. When the position or mission of any person enjoying personal immunity has come to an end, such personal immunity ceases*”.

L'immunità *ratione materiae*, dunque, secondo questa prospettiva non può mai essere riconosciuta nelle circostanze in cui il soggetto che intende beneficiarne abbia realizzato un crimine internazionale.

Sin ora il tema dell'immunità funzionale non risulta trattato in modo organico e completo in alcuno strumento di diritto internazionale o nazionale, ciò nonostante il dibattito della comunità internazionale ha condotto a numerosi tentativi di individuare gli elementi fondamentali di questo tipo di immunità. Accanto all'analisi dell'Institut de Droit International, dalla quale peraltro si riscontra che solo alcune categorie organiche sono destinatarie dell'immunità dalla giurisdizione, figurano i lavori della Commissione di Diritto Internazionale, impegnata sin dal 2008 nello studio del tema dell'immunità dalla giurisdizione penale degli organi statali.

1.12. International Law Commission e la disciplina sull'Immunità dell'individuo-organo: un complesso lavoro di codificazione.

La Commissione di Diritto Internazionale (di seguito, “Commissione”) fu istituita attraverso la risoluzione 174(III) del novembre 1974, da parte dell'assemblea generale delle Nazioni Unite. In ossequio alle disposizioni contenute all'interno dello Statuto che ne regola il funzionamento, la Commissione si occupa di “promuovere lo sviluppo progressivo del diritto internazionale e della sua codificazione”. In piena attuazione di tale scopo possono inquadrarsi i lavori della Commissione, organo sussidiario delle Nazioni Unite, rispetto al tema dell'immunità dei funzionari di stato dalla giurisdizione penale estera. L'analisi di tale tematica, che risulta impegnativa considerata la frammentarietà della prassi sul tema, ha inizio a partire dalla cinquantottesima sessione di lavori della Commissione, il cui lavoro continua ad essere indirizzato attraverso i report dei cosiddetti *Special Rapporteur*: Roman Kolodkin, nominato

nel 2008, cui è seguita Hescobar Hernandez, a partire dal 2012. Al primo si deve la redazione di tre report tra il 2008 ed il 2011, mentre alla seconda si deve, sin ora la produzione di sette Report, che insieme hanno costituito una solida base per l'approvazione di sette bozze di articoli sul controverso tema dell'immunità dalla giurisdizione penale dei funzionari di stato.

I Report costituiscono un'importante traccia dell'andamento attuale dei lavori sullo studio dell'immunità dalla giurisdizione penale estera.

Il primo report elaborato da Roman Kolodkin nel 2008 ha circoscritto il focus degli studi della Commissione di Diritto Internazionale al tema dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato estero ed ha concluso che le fonti principali elaborate in materia sono da rinvenirsi nel diritto internazionale consuetudinario. Dopo aver analizzato il rapporto tra immunità e giurisdizione ed aver concluso che l'immunità non osta all'imputabilità degli atti all'individuo organo⁹⁴, si conclude che l'immunità *ratione materiae* costituisce un ostacolo di natura procedurale che non determina l'impunità per un atto criminoso, bensì impedisce allo stato estero di sottoporre il soggetto agente al proprio scrutinio giurisdizionale⁹⁵.

Il secondo Report dello Special Rapporteur Kolodkin si concentra su ulteriori elementi preliminari dell'immunità *ratione materiae* e dell'immunità *ratione personae*. L'analisi parte dall'assunto che l'immunità dalla giurisdizione costituisce un principio consuetudinario che rappresenta "*the general rule, the normal state of affairs, and its absence in particular cases is the exception to this rule*"⁹⁶. In esso si analizza preliminarmente anche la questione dell'esistenza di eccezioni all'esenzione dalla giurisdizione penale estera, ed a differenza dell'approccio adottato dalla Special Rapporteur Hernandez, Kolodkin conclude che la frammentarietà della prassi non consente di riconoscere l'esistenza di una norma in virtù della quale l'immunità della giurisdizione penale non si applica in ragione della commissione di un crimine internazionale⁹⁷. Gli elementi procedurali dell'immunità dalla giurisdizione penale risultano oggetto di trattazione all'interno del Terzo report, nel quale si affronta l'importanza

⁹⁴ Yearbook of the International Law Commission 2008, vol.11, part 1, par. 102 (g).

⁹⁵ R. A. Kolodkin, *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 29 maggio 2008. [A/CN.4/601](#), Sessantesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, par. 64- 66.

⁹⁶ R. Kolodkin, *Second Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 10 giugno 2010, [A/CN.4/631](#), Sessantaduesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, par. 18.

⁹⁷ *Ibidem* par. 90.

dell'esame preliminare dell'eccezione immunitaria e si indaga sui soggetti legittimati ad invocare e talvolta a revocare l'istituto⁹⁸.

Nel 2011 la Special Rapporteur Hernandez, il cui approccio è stato definito da alcuni autori come "context-sensitive"⁹⁹, ha assunto la guida dei lavori sul tema.

Il primo dei sette Report elaborati sin ora costituisce un documento di passaggio in cui si traccia il punto dell'analisi sin ora condotta e si individuano i punti focali su cui lo studio dovrà concentrarsi nelle fasi successive. Nell'affrontare l'aspetto della metodologia di lavoro più adatta, la Special Rapporteur inoltre conclude ritenendo necessario affrontare l'analisi sia dal punto di vista della codificazione dei principi consuetudinari esistenti in materia sia attraverso l'approccio dello sviluppo progressivo del diritto internazionale¹⁰⁰.

Il Secondo Report, invece si concentra sugli elementi normativi dell'immunità *ratione materiae* e si conclude con la proposta di 6 articoli in cui si forniscono sia le definizioni di "ufficiale di stato" e degli "atti realizzati nel corso delle funzioni ufficiali" e sia gli elementi applicativi dell'immunità *ratione personae*¹⁰¹.

Ai fini dell'analisi del tema dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale, risultano particolarmente importanti il Terzo¹⁰² ed il Quarto Report¹⁰³ della Special Rapporteur Hernandez.

In essi, infatti, si indaga sull'ambito di applicazione soggettivo, oggettivo e temporale dell'immunità *ratione materiae* ed, abbracciando un'impostazione decisamente ampia, si conclude che la stessa sia applicabile a tutti gli organi statali che agiscono in rappresentanza dello Stato o in esecuzione dell'autorità governativa statale.

Il tema dell'esistenza di eccezioni o limiti all'ambito di applicazione dell'immunità dalla giurisdizione è stato affrontato dalla Special Rapporteur Hernandez nel Quinto report attraverso una duplice prospettiva. Da un lato indagando, attraverso un'analisi induttiva, l'esistenza di una

⁹⁸ M. Wood, *Lessons from the ILC's Work on Immunity of State Officials: Melland Schill Lecture*, Max Planck yearbook of United Nations law, vol. 22, 2018, p. 43.

⁹⁹ C. I. Keitner, *Functional Immunity of State officials Before the International Law Commission: The "who" and the "what"*, Question of International Law, vol 17, 2015, p. 53.

¹⁰⁰ C. Escobar Hernández, *Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/654](#), 64esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2012, par. 77.

¹⁰¹ C. Escobar Hernández, *Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/661](#), Sessantacinquesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2013.

¹⁰² C. Escobar Hernández, *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/673](#), Sessantaseiesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2014.

¹⁰³ C. Escobar Hernández, *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/686](#), Sessantasettesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2015.

norma consuetudinaria che delinea l'ambito applicativo dei limiti o dell'eccezioni all'immunità dalla giurisdizione penale¹⁰⁴. Dall'altro realizzando un'analisi "sistemica del rapporto tra immunità e i crimini internazionali" secondo la prospettiva della criminalizzazione di tali fattispecie, in ragione della loro gravità, nel diritto internazionale consuetudinario¹⁰⁵.

Dopo aver attestato l'esistenza di eccezioni o limiti all'immunità dalla giurisdizione penale estera in ragione della commissione di Crimini Internazionali, attirando numerose critiche della dottrina, la Special Rapporteur passa ad affrontare gli aspetti procedurali dell'immunità all'interno del sesto Report considerando innanzitutto che l'immunità costituisce un elemento che le corti nazionali devono valutare nelle prime fasi del processo e che la stessa non incide su gli atti preliminari di natura investigativa. Successivamente l'analisi prosegue riscontrando che: a. l'esame della questione relativa alla sussistenza dell'immunità in favore di un organo di stato può prevedere in alcuni ordinamenti la cooperazione tra i tribunali interni ed altri organi di Stato¹⁰⁶; b. il grado di inviolabilità di un organo di Stato dipende dal tipo di funzione svolta e dal tipo di immunità di cui esso beneficia¹⁰⁷.

Il settimo Report, elaborato nel 2019, prosegue nell'esame degli elementi procedurali dell'immunità. In riferimento al tema dell'*invocatio*, la Special Rapporteur ha precisato che non è necessario che lo Stato invochi tale esenzione affinché essa sia operativa. Parimenti anche la titolarità e le modalità di esercizio della revoca dell'immunità e l'argomento della collaborazione tra la corte del foro estero e le autorità dello Stato di invio hanno costituito oggetto di esame da parte della Special Rapporteur nel settimo Report¹⁰⁸.

L'analisi degli elementi procedurali, cominciata nel sesto Report, si conclude infine con l'esame del tema delle garanzie procedurali del giusto processo, considerato particolarmente importante dai membri della Commissione soprattutto in relazione al rapporto tra l'immunità e il suo venir meno in relazione alla commissione di crimini internazionali¹⁰⁹.

¹⁰⁴ R. Van Alebeek, *The International Crime Exception in the ICL Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back*, AJIL Unbound vol. 112, 2018, p. 29.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ C. Escobar Hernández, *Sixth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Settantesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, [A/CN.4/722](#), 2018, parr. 97-103.

¹⁰⁷ C. Escobar Hernández, *Sixth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/722](#), 2018, p. 26.

¹⁰⁸ C. Escobar Hernández, *Seventh report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Settantesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2019.

¹⁰⁹ R. Van Alebeek, *The International Crime Exception in the ICL Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back*, AJIL Unbound, vol. 112, 2018, p. 30.

Il lavoro della Commissione, che partendo da un'analisi dei principi generali, proseguendo poi attraverso l'esame dell'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo di tali istituti e giungendo, per il momento, anche alla trattazione di temi particolarmente controversi (ossia la disciplina del rapporto tra la realizzazione di crimini internazionali e l'immunità dei funzionari), ben si presta a costituire dunque un impulso decisivo rispetto al passato nella costituzione di un regime uniforme di "enforcement orizzontale"¹¹⁰ nonostante non sia rimasto esente dalle critiche della dottrina.

CAPITOLO II

IL FONDAMENTO NORMATIVO E LA PORTATA APPLICATIVA RATIONE PERSONAE E MATERIAE DELL'IMMUNITÀ DEGLI ORGANI STATALI

Sommario: 2.1. *Ratio* dell'istituto: filoni dottrinali riguardo l'immunità funzionale; 2.1.1. Disciplina generale ed uniforme; 2.1.2. Disciplina generale, ma differenziata a seconda del tipo di atto destinato all'assolvimento di una specifica funzione statale; 2.1.3. Disciplina non omogenea e differenziata a seconda del tipo di organo beneficiario, del tipo di atto da esso svolto e del tipo di giurisdizione esercitata; 2.2 Fonti normative dell'Immunità *Ratione Materiae*: diritto internazionale consuetudinario, principi generali del diritto e trattati internazionali; 2.2.1 Confronto tra legislazioni nazionali esistenti in materia, Common law-Civil Law; 2.2.1.1. US Foreign Sovereign Immunities Act 1976; 2.2.1.2. UK *State Immunity Act* 1978; 2.2.1.3. Australia, *Foreign State Immunity Act* 1985; 2.3. Tentativi di Codificazione dei Principi esistenti: Draft Articles, *International Law Commission*; 2.3.1. Analisi dell'attività dell'ICL; 2.4. Ambito di applicazione oggettivo dell'immunità funzionale: definizione degli atti compiuti in veste ufficiale; 2.5. Applicazione dell'istituto dal punto di vista soggettivo e soggetti tradizionalmente beneficiari dell'immunità: agenti diplomatici e consolari; 2.5.1.(ex)Capi di stato ed (ex)Capi di Governo; 2.5.2. (ex)Ministri; 2.5.3. Membri delle forze armate; 2.6. Applicazione dell'istituto dal punto di vista temporale: durata della copertura degli atti ufficiali dall'immunità funzionale; 2.7. Eccezioni al riconoscimento dell'immunità funzionale: crimini internazionali; 2.7.1. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione, crimine di genocidio (brevi cenni); 2.7.2. Seguono, tortura, apartheid e

¹¹⁰C. I Keitner *Horizontal Enforcement and the ILC'S Proposed Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, Symposium on Immunity of State Officials, AJIL Unbound, vol. 109 2015-2016, pp. 160-166.

sparizioni forzate; 2.7.3. “*Territorial Tort Exception*”, possibile eccezione all’applicabilità dell’immunità *ratione materiae*?

2.1. *Ratio* dell’istituto: filoni dottrinali riguardo l’immunità funzionale

L’immunità *ratione materiae*, si caratterizza per la sua ristretta applicabilità e per la forte connessione tra tale istituto e lo svolgimento delle funzioni individuate dal mandato conferito ai funzionari di Stato. In dottrina si sono susseguite varie tesi idonee a ricostruire il fondamento dell’immunità funzionale. Da un lato, si configura una posizione dottrinale che individua l’esistenza di una norma generale che riconduce la *ratio* della *species* di immunità in esame all’entità giuridica statale. Altra impostazione della dottrina, invece, riflette sulla natura dell’atto posto in essere dal funzionario di stato, basando la propria analisi sulla valutazione circa la liceità o l’illiceità dell’atto oggetto di scrutinio da parte della branca del potere giudiziario di uno stato estero. Infine, una terza tesi, anch’essa riguardante la necessità di restringere l’ambito di applicazione dell’istituto dell’immunità funzionale, nel riconoscerne l’esenzione dal potere giurisdizionale di uno stato estero, utilizza un approccio che sconfessa la sussistenza di un’univoca norma consuetudinaria che sancisca il venir meno del potere giurisdizionale di uno Stato. Al contrario, infatti, tale dottrina, prescindendo dalla riconducibilità di determinati atti allo Stato per il quale il funzionario si trova ad operare, mira ad individuare una disciplina differenziata a seconda di una serie di caratteristiche, quali il tipo di attività configurante parte del mandato proprio dell’agente di Stato, la tipologia di organi beneficiari o meno di tale esenzione e dell’ambito civile o penale della giurisdizione esercitata.

Importanza rilevante assume, ai fini della lettura delle dottrine che saranno esposte nei paragrafi successivi, l’adozione di un approccio deduttivo o talvolta induttivo. Alcuni autori¹¹¹, infatti, hanno evidenziato che ricavare la disciplina applicabile a tali fattispecie da principi di diritto consuetudinario, che riconoscono l’importanza dell’uguaglianza sovrana tra Stati, conduce necessariamente alla percezione “aprioristica” di un’unica norma consuetudinaria in base alla quale gli individui, che operano in vece di uno Stato, godono pertanto dell’immunità dalla giurisdizione estera. Al contrario, da un’analisi contestualizzata della prassi relativa a tale

¹¹¹ R. P. Mazzeschi, *The Functional Immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the Traditional Theories*, *Questioni di Diritto Internazionale*, volume 2, 2015, p. 11; http://www.qil-qdi.org/the-functional-immunity-of-state-officials-from-foreign-jurisdiction-a-critique-of-the-traditional-theories/#_ftn7

istituto, risulta l'assenza di una ben definita ed omogenea norma consuetudinaria, che riconosca per tutti gli organi di uno Stato l'immunità funzionale dalla giurisdizione estera.

2.1.1. Disciplina generale ed uniforme

L'immunità funzionale, come accennato, costituisce un tipo di immunità che viene riconosciuta non in virtù di uno *status* speciale rivestito da un individuo, come avviene per l'immunità cosiddetta "personale", bensì dello svolgimento di funzioni ufficiali svolte per conto di uno Stato. Tale istituto, sul cui fondamento sono state elaborate numerose tesi dottrinali, si estende anche sugli atti sottoposti a scrutinio giurisdizionale successivamente alla scadenza del mandato dell'agente statale, a differenza dell'immunità personale.

Una caratteristica peculiare di alcune delle predette impostazioni dottrinali, che concepiscono l'immunità funzionale come una norma a carattere generale, risiede nell'individuazione della ragione di tale istituto nel principio di uguaglianza sovrana degli Stati ed in tale macro insieme dottrinale si distinguono altresì differenti orientamenti.

Da un lato, si registra la corrente che individua nell'irresponsabilità individuale per la realizzazione di un illecito un'esenzione dalla legge di natura tipicamente sostanziale, che deriva dalla necessità di rispettare l'assetto organizzativo statale interno. In questa prospettiva l'individuo-organo, non potrà essere subordinato alla giurisdizione dello stato estero, realizzandosi una piena immedesimazione della condotta individuale nell'attività dello Stato per il quale l'ufficiale opera. Imputandosi l'atto in questione all'entità statale e non all'individuo, quest'ultimo non potrà essere giudicato dal foro estero, a meno che lo stesso non svolga attività sotto copertura di spionaggio o non realizzi un illecito scaturente da una violazione grave del diritto sulla conduzione delle ostilità tra paesi esteri¹¹². In quest'ultimo caso, infatti, il diritto internazionale configura la possibilità di attribuire la responsabilità penale individuale alla persona fisica eventualmente colpevole e non allo Stato per il quale il soggetto agisce.

D'altra parte, si rintraccia un'ulteriore corrente che individua negli Stati sovrani, cui gli organi o ufficiali di stato appartengono, la sussistenza di un potere giurisdizionale esercitabile in via esclusiva. Si configura in tal senso una giurisdizione "organica", la quale si sostituisce ai

¹¹² G. Morelli, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, Padova, CEDAM, 1938, p.176 ss.

principi generali di territorialità e personalità della giurisdizione in virtù del rapporto organico sussistente tra individuo e Stato accreditante. Tale rapporto organico tra Stato ed individuo, dunque, risulterà oggetto di tutela, in ossequio al principio di non ingerenza negli affari interni degli Stati esteri, fondandosi tale impostazione dottrinale sulla tutela dell'autorità statale esercitata nei confronti dei propri organi e non sulla piena assimilazione degli atti individuali ufficiali con agli atti compiuti dallo Stato¹¹³. Tuttavia, si precisa che alcuni autori, pur abbracciando la tesi appena esposta, specificano che nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione penale, l'esenzione dalla giurisdizione estera si concretizza nell'impossibilità per il foro estero, in tale circostanza, di esercitare il cosiddetto *ius puniendi*, ovvero la potestà sanzionatoria riconosciuta in capo a ciascuno Stato sovrano funzionale alla repressione degli illeciti penali¹¹⁴.

Inoltre, la teoria dell'atto di stato elaborata da Kelsen, di cui al capitolo che precede, costituisce un chiaro esempio di concezione uniforme della *ratio* sottesa all'istituto dell'immunità *ratione materiae*. Secondo l'autore, infatti, gli atti degli individui, qualificandosi come atti propriamente degli Stati sovrani, non potranno essere oggetto di scrutinio da parte dell'autorità giurisdizionale di uno Stato estero, a meno che lo Stato per il quale l'individuo opera vi acconsenta. Siffatta impostazione dottrinale si fonda, infatti, sul presupposto che l'immunità funzionale dell'individuo sia da collocarsi nel più ampio spettro dell'immunità statale, in virtù della quale gli atti imputabili all'autorità dello stato non sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale di un foro estero. Costituiscono un'eccezione all'applicabilità di tale principio lo svolgimento di attività di spionaggio, come per la precedente corrente dottrinale, e la realizzazione di violazioni gravi del diritto bellico¹¹⁵.

Infine, una differente prospettiva è offerta dalla corrente di pensiero che, attraverso un'analisi induttiva della prassi, rintraccia il fondamento della norma sull'immunità funzionale in una norma consuetudinaria che prescinde da quella che prevede l'immunità degli Stati sovrani dal potere giurisdizionale estero. In quest'ottica, pur ritenendo che gli atti realizzati dal funzionario di Stato costituiscano atti propri dello Stato di appartenenza del funzionario stesso, non si esclude la configurabilità di una forma di responsabilità individuale a carico dell'organo

¹¹³ F. Seyersted, *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 14 n.2, 1965, pp. 493-527.

¹¹⁴ R. Quadri, *Diritto Internazionale Pubblico*, Napoli, Liguori editore, 1968, p. 487 e pp. 614-616.

¹¹⁵ R. P. Mazzeschi, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)* [Annali VII,2014]; Giuffrè, *Enciclopedia del Diritto*, <https://enciclopediadeldiritto.giuffrefranciscilefebvre.it/#/detail/4511962/26154601>.

statale¹¹⁶. Inoltre, così come la precedente dottrina, anche all'interno di questa prospettiva l'estensione applicativa dell'istituto dell'immunità individuale in esame è limitata dalla realizzazione di un crimine di guerra o dallo svolgimento di attività di *intelligence*¹¹⁷.

2.1.2 Disciplina generale, ma differenziata a seconda del tipo di atto destinato all'assolvimento di una specifica funzione statale

Per ciò che concerne le impostazioni dottrinali che sono a favore dell'esistenza di una norma generale in materia di immunità funzionale, ma con un'estensione applicativa ridotta a seconda del tipo di atto posto in essere dall'individuo organo, si distinguono in proposito tre correnti di pensiero in parte divergenti¹¹⁸.

In prima istanza si individua una matrice di pensiero che individua, come criterio risolutivo per l'applicabilità dell'istituto immunitario in esame, la conformità degli atti realizzati dall'individuo-organo rispetto al diritto internazionale. L'elemento della liceità dell'attività svolta risulta in tal senso determinante. Tuttavia, affinché un'attività possa essere considerata internazionalmente lecita è necessario altresì che essa venga realizzata, da un lato, con il consenso dello Stato estero sul cui territorio tale attività sarà svolta. Dall'altro, si discute in dottrina sull'opportunità di coordinare il consenso dello Stato estero con la sussistenza di circostanze che ostano all'attribuzione della responsabilità individuale in capo all'individuo, ad esempio se l'individuo realizza l'atto per tutelare la propria vita o quella di un'altrui soggetto, o quando si verifica un evento le cui conseguenze sono materialmente impossibili da evitare o, ancora, quando in determinate circostanze l'individuo agisce in forma di autotutela in risposta ad un'offesa ingiusta arrecatagli da un altro soggetto.

Nell'alveo delle impostazioni dottrinali che individuano una norma consuetudinaria generale univoca per gli organi statali, ma con efficacia limitata alla natura ufficiale delle condotte realizzate, si rintraccia un'ulteriore posizione imperniata sull'assunto secondo il quale l'immunità scaturisce dalla non imputabilità degli atti all'individuo organo nel caso in cui tali

¹¹⁶ B. Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 371ss.

¹¹⁷ R. P. Mazzeschi, *The Functional Immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the Traditional Theories*, *Questioni di Diritto Internazionale*, volume 2, 2015, p. 18.

¹¹⁸ M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*. Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 15-21.

atti costituiscano una diretta conseguenza del mandato assegnato all'individuo organo. Qualora, infatti, tali condotte non siano assimilabili all'esercizio dell'autorità statale, in ossequio al mandato di cui è investito l'ufficiale, si configura la possibilità per il foro giurisdizionale estero di imputare la responsabilità dei predetti atti alla sfera giuridica soggettiva personale del soggetto agente e non allo Stato accreditante¹¹⁹, nel pieno rispetto dell'uguaglianza sovrana e dell'indipendenza tra Stati sovrani.

Infine, un recente approccio, incentrato sul rapporto organico tra individuo e Stato di appartenenza, come le precedenti posizioni, individua la realizzazione di atti in "servizio dello stato"¹²⁰ tra le circostanze dirette a configurare l'esenzione dalla giurisdizione estera. Tali atti configurano l'esercizio da parte dello Stato cui gli ufficiali appartengono dell'autorità pubblicistica statale ovvero di atti che costituiscono l'esercizio di una funzione pubblica da parte di uno Stato sovrano.

Per ciò che concerne gli atti *ultra vires*, realizzati al di fuori cioè dei limiti oggettivi del mandato attribuite funzioni statali, tale impostazione dottrinale ritiene che gli stessi da soli non siano sufficienti a determinare la responsabilità dell'individuo organo, essendo fondamentale in tal senso la revoca dell'immunità da parte dello Stato di appartenenza dell'individuo organo nel caso in cui tali atti non siano stati autorizzati e dunque non corrispondano all'esercizio di una pubblica funzione. Secondo tale impostazione, poi, non rientrano nella sfera di esercizio dell'autorità pubblica statale le condotte rese in violazione delle norme di diritto internazionale, che individuano una forma di responsabilità penale ed individuale¹²¹.

2.1.3. Disciplina non omogenea e differenziata a seconda del tipo di organo beneficiario, del tipo di atto da esso svolto e del tipo di giurisdizione esercitata

In senso diametralmente opposto si muove la dottrina che supporta l'inesistenza di un regime unitario di previsione dell'immunità funzionale dell'organo statale.

¹¹⁹ R. Van Alebeek, *National courts, International Crimes and the Functional Immunity of State officials*, *Netherlands International Law Review*, Volume 59, 2012, pp. 13-14.

¹²⁰ Z. Douglas, *State Immunity for the acts of State officials*, *The British Yearbook of international law*, 2012, p. 322.

¹²¹ *Ibidem*.

Tale impostazione si erge sulla base di due presupposti: da un lato, si registra che non tutte le attività svolte dall'individuo-organo sono destinatarie della protezione dall'esercizio del potere giurisdizionale offerta dalla disciplina relativa all'istituto dell'immunità *ratione materiae* e, allo stesso tempo, risulta da tale impostazione che la circostanza di essere investiti dello *status* di organo statale, attraverso l'attribuzione di determinate funzioni pertinenti all'esercizio dell'autorità governativa esterna, non è sufficiente a giustificare la non sottoponibilità dell'individuo-organo allo scrutinio giurisdizionale di merito da parte del foro estero. Anche con riferimento all'inesistenza di un regime normativo uniforme, si distinguono differenti prospettive. Una prima teoria, inquadrabile nell'alveo di tale posizione dottrinale, si discosta da una percezione uniforme della norma consuetudinaria che tutela lo svolgimento delle funzioni dell'individuo-organo, sconfessando la rilevanza della mera posizione organica ricoperta dall'ufficiale di Stato rispetto al fondamento della disciplina in esame¹²².

Con riferimento alle condotte individuali degli organi statali che agiscono sul piano esterno dell'autorità statale, si distinguono:

- condotte illecite in violazione dello *jus cogens* configuranti un crimine internazionale;
- condotte lecite;
- condotte oggetto di specifica tutela.

L'applicabilità dell'immunità funzionale, in considerazione della peculiare gravità che caratterizza i crimini internazionali, resta esclusa per ciò che concerne la prima delle circostanze indicate.

Le condotte lecite ai sensi del diritto internazionale, ma che non risulta siano regolate da specifiche disposizioni appaiono, invece, destinatarie della copertura dell'immunità organica rispetto alla giurisdizione penale estera nel caso in cui lo Stato, sul cui territorio si svolgono tali condotte, abbia fornito il proprio consenso per lo svolgimento delle stesse e le stesse condotte siano realizzate da alte cariche dello Stato (*id.* Capi di stato, Capi di governo). In quest'ultimo caso, lo svolgimento di attività sul suolo di uno stato estero determinerà l'applicabilità della disciplina prevista a favore degli Stati sovrani.

¹²² P. De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, Milano Giuffrè editore, 1996, p. 109 ss.

Tra le attività tutelate dal diritto internazionale, infine, spiccano le funzioni diplomatiche e consolari. L'immunità funzionale di cui risultano destinatari i funzionari diplomatici e consolari, costituisce oggetto di specifica tutela nel diritto internazionale in considerazione della fondamentale importanza del pacifico intrattenimento delle relazioni tra i paesi della comunità internazionale, individuandosi in tal proposito un'autonoma disciplina normativa che prescinde dall'estensione della sfera di tutela riconosciuta all'entità statale¹²³.

Altra parte della dottrina pur condividendo l'assenza di univocità della disciplina dell'istituto in esame, sostiene la necessità di distinguere tra immunità rispetto all'esercizio della giurisdizione civile ed immunità dall'esercizio della giurisdizione penale.

In proposito dell'esercizio della giurisdizione penale, si ritiene che l'immunità *ratione materiae* possa rappresentare un ostacolo al potere sovrano dello stato territoriale solo in virtù di una specifica previsione normativa. Con riferimento alla giurisdizione civile, la norma che prevede l'esenzione dallo scrutinio giurisdizionale del foro estero si riferisce esclusivamente ad alcune categorie di organi, fermo restando che le loro azioni rientrano nel perimetro del mandato attribuitogli dallo stato di appartenenza¹²⁴.

Fermo restando la necessaria distinzione dei profili applicativi dell'istituto a seconda del tipo di giurisdizione esercitata, emerge una corrente di pensiero che individua alcune categorie di organi statali rispetto ai quali l'istituto dell'immunità funzionale sarà applicato sia in relazione alla commissione di illeciti civili che penali. Nello specifico, si fa riferimento alle figure dei Capi di Stato, Capi di Governo, Ministri degli Esteri ed il personale militare impegnato in missione all'estero e sulle navi da guerra. Al di fuori di tali categorie di organi, l'impostazione in esame propende per l'assenza di una norma che preveda l'esenzione dalla giurisdizione penale.

Diversamente dalla giurisdizione penale, l'esercizio del potere giurisdizionale in materia civilistica risulta precluso per ciò che attiene agli atti realizzati nell'esercizio delle funzioni statali assegnate all'individuo; in tal caso, infatti, lo Stato di appartenenza costituisce il centro di imputazione giuridica per gli atti realizzati in sua vece.

Infine, all'interno della dottrina imperniata sull'inesistenza di un'unica norma consuetudinaria in previsione dell'immunità funzionale per tutti gli organi statali, si individua un approccio che colloca *in primis* nell'ambito di applicazione soggettiva dell'istituto i

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2007 pp. 21-23

funzionari diplomatici e consolari¹²⁵. Dunque, l'esenzione giurisdizionale riconosciuta in virtù di tali funzioni di rappresentanza sarebbe in tal senso suscettibile di applicazione in via analogica alle figure apicali delle istituzioni statali i.e. Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli Esteri, proprio tenendo in debita considerazione l'importanza del ruolo degli organi menzionati nella conduzione delle relazioni interstatali. In tal senso, ne costituisce un esempio il ragionamento adottato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Arrest Warrant*¹²⁶, la quale ha associato nel caso di specie il rilievo sul piano internazionale delle funzioni svolte da un Ministro degli Affari Esteri a quelle tipicamente svolte da un ufficiale diplomatico, da un Capo di Stato o da un Capo di Governo¹²⁷ ai fini del riconoscimento dell'immunità per l'ex-Ministro degli Affari Esteri Yerodia Ndombasi.

Con specifico riferimento invece ad organi destinatari di funzioni di rappresentanza *ad hoc*, in via temporanea, da svolgersi sul suolo statale estero, la tesi in esame riconosce l'impossibilità di applicare *tout court* una presunzione generica di esenzione dalla giurisdizione del foro estero, dovendosi valutare caso per caso se l'illecito rientri nel mandato proprio del funzionario statale¹²⁸.

D'altronde anche lo svolgimento di determinate funzioni da parte dei tradizionali organi di rappresentanza non determina in automatico il riconoscimento in egual misura per tutti di tale beneficio, il cui parametro per eccellenza, su cui è modulato l'ambito di applicazione oggettivo dell'istituto, sarà costituito dalla natura, dal tipo di funzione svolta e dalla posizione dell'organo nell'assetto organizzativo statale.

2.2. Fonti normative dell'immunità *ratione materiae*: diritto internazionale consuetudinario, principi generali del diritto e trattati internazionali

¹²⁵ R. Nigro, *La disciplina dei militari impegnati all'estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lonzano*, Diritti umani e Diritto internazionale, fascicolo 3, 2009.

¹²⁶ Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, par. 51-55.

¹²⁷ D. Koller, *Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgement as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court*, American University International Law Review, vol. 20, 2004, p.10.

¹²⁸ Ibidem.

L'immunità *ratione materiae* rappresenta un istituto elaborato a partire dalla necessità di tutelare lo svolgimento di funzioni che attengono all'esercizio dell'autorità esterna da parte di ciascuno Stato sovrano. La rilevanza internazionale dell'adempimento di tali funzioni ha spinto verso la proliferazione di strumenti di diritto internazionale pattizio indirizzati principalmente verso gli Stati, soggetti primari del diritto internazionale, pur non mancando disposizioni aventi come destinatari le persone fisiche di cui gli Stati si servono per la concretizzazione delle proprie potestà di governo. In tal proposito si individuano, seppur in tutela delle sole funzioni diplomatiche e consolari, disposizioni relative all'esenzione dall'esercizio della giurisdizione penale civile ed amministrativa nella Convenzione sulle Relazioni Diplomatiche del 1961¹²⁹ ed all'interno della Convenzione sulle Relazioni Consolari del 1963¹³⁰.

La Convenzione di New York sulle Missioni Speciali elaborata nel 1969, presenta parimenti una specifica disposizione che prevede l'esenzione dalla giurisdizione penale all'Articolo 31(1)¹³¹.

Ulteriori strumenti di diritto internazionale pattizio, da un lato, sono testimonianza della difficoltà registrata nell'individuare un certo grado di *consensus* da parte degli stati della comunità internazionale rispetto ad una chiara limitazione dei propri poteri sovrani¹³², dall'altro riproducono l'irrilevanza della qualifica ufficiale degli organi statali responsabili di alcune fattispecie criminose particolarmente gravi¹³³.

¹²⁹ Si tratta degli articoli 31 e 39. Ai sensi dell'articolo 31 (1) "A diplomatic agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State. He shall also enjoy immunity from its civil and administrative jurisdiction [...]".

L'articolo 39(2) invece recita: "Every person entitled to privileges and immunities shall enjoy them from the moment he enters the territory of the receiving State on proceeding to take up his post or, if already in its territory, from the moment when his appointment is notified to the Ministry for Foreign Affairs or such other ministry as may be agreed".

¹³⁰ L'articolo 43(1) della Convenzione sulle relazioni Consolari, a tal proposito, dispone: "Consular officers and consular employees shall not be amenable to the jurisdiction of the judicial or administrative authorities of the receiving State in respect of acts performed in the exercise of consular functions".

¹³¹ Esso recita: "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".

¹³² Con specifico riferimento alla Convenzione delle Nazioni unite sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati e dei loro Beni, elaborata nel 2004 e non ancora in vigore.

¹³³ Si tratta dell'Articolo 4 della Convenzione sulla Prevenzione e Repressione del Crimine di Genocidio del 1948. Esso recita: "persons committing genocide or any of the other acts enumerated in article III shall be punished, whether they are constitutionally responsible rulers, public officials or private individuals".

Il diritto internazionale consuetudinario costituisce, ad ogni modo, la fonte giuridica primaria della disciplina vertente sull'istituto in esame. Gli stessi principi consuetudinari, oggetto di frequenti richiami nei fori giurisdizionali interni ed internazionali, si pongono, in tal senso, come un utile strumento per sopperire alla mancanza di una specifica disciplina dettata dagli stessi strumenti di *ius positum*¹³⁴, limitandosi questi ultimi a regolare parzialmente gli ambiti di applicazione dell'immunità funzionale¹³⁵. La maggior parte degli strumenti internazionali che disciplinano il ruolo degli organi statali all'estero individua esclusivamente una ristretta categoria di funzionari statali quali destinatari dell'immunità organica e ciò a riprova dell'approccio restrittivo che osta ad un aprioristico riconoscimento dell'immunità dall'esercizio della giurisdizione penale estera per qualunque organo statale e per qualunque funzione da esso svolta. Gli organi statali non espressamente indicati dalle disposizioni in esame saranno oggetto di specifici accordi tra stati che, a seconda dell'obiettivo perseguito dall'esercizio della funzione ufficiale, tenderanno a concedere un'esenzione più o meno estesa dall'esercizio della giurisdizione da parte del foro estero. Un chiaro esempio è costituito dagli *Status of Forces Agreement*, accordi bilaterali o multilaterali elaborati con la finalità di disciplinare lo *status* giuridico delle forze armate presenti sul territorio di uno Stato estero, e che prevedono dei criteri di riparto dell'esercizio del potere giurisdizionale tra Stato di invio delle forze armate e Stato sul quale le funzioni disciplinate da tale accordo saranno esaurite¹³⁶.

2.1.1. Confronto tra legislazioni nazionali esistenti in materia, Common Law – Civil Law

I termini *common law* e *civil law* sono utilizzati per distinguere due dei più diffusi ordinamenti giuridici, cui corrispondono due approcci giuridici differenti. In estrema sintesi, infatti, i caratteri fondamentali degli ordinamenti di civil law e di common law possono essere tradotti nella posizione di rilievo differente delle fonti giuridiche e nel ruolo dell'organo giudiziario.

¹³⁴ B. Conforti, *A few Remarks on the Functional Immunity of the Organs of Foreign State*, Questioni di Diritto Internazionale, vol.2 2015.

¹³⁵ R. Kolodkin, *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Documento [A/CN.4/601](#), Sessantesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2008, parr. 30-34.

¹³⁶ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano, Cedam, 2018, p.208.

Negli ordinamenti di *civil law* lo *ius positum* gode di una posizione privilegiata dal momento che la produzione del diritto è affidata alla codificazione ed all'elaborazione legislativa di principi giuridici e il ruolo del giudice si concretizza nella mera interpretazione della legge.

In riferimento agli ordinamenti di *common law*, si rileva come la codificazione dei principi giuridici costituisca un elemento secondario nell'ambito della gerarchia delle fonti giuridiche, al cui vertice peraltro si ritrovano le decisioni giurisprudenziali.

Sulla base delle informazioni inviate da ciascuno Stato alla Commissione di Diritto Internazionale si riscontra, sul tema delle immunità, un paradosso. Negli ordinamenti di *common law*, contrariamente ai principali sistemi di *civil law*, si è assistito ad un progressivo consolidamento della produzione normativa elaborata principalmente in riferimento all'entità statale. Sono pochi invece gli ordinamenti di *civil law* in cui il legislatore ha provveduto ad individuare una disciplina sull'istituto dell'immunità e men che meno sull'immunità individuale *ratione materiae*. In assenza di disposizioni specifiche alcuni ordinamenti hanno risolto il problema richiamando i principi ricavabili dall'ordinamento internazionale o attraverso la previsione di criteri di riparto dell'esercizio del potere giurisdizionale.

Un'importante eccezione, tuttavia, è costituita dall'ordinamento spagnolo che il 27 ottobre 2015 ha adottato la legge organica n.16/2015 sui privilegi e le immunità degli Stati stranieri delle organizzazioni internazionali con sede o ufficio in Spagna e delle conferenze e riunioni internazionali tenute in Spagna. Il provvedimento legislativo, ripartito in 3 capitoli contiene disposizioni sull'immunità personale degli agenti statali di alto rango (Capi di Stato, Capi di Governo, Ministri degli Esteri) in carica e sull'immunità funzionale degli stessi operante allo spirare della carica. Sull'immunità dalla giurisdizione penale, l'Articolo 23 (1) dispone: *“After their term of office has ended, former Heads of State, former Heads of Government and former Ministers for Foreign Affairs shall continue to enjoy criminal immunity only in regard to acts performed in an official capacity while in office, as determined by international law. In all cases, the crimes of genocide, enforced disappearance, war crimes and crimes against humanity shall be excluded from that immunity”*.

Con riferimento agli ordinamenti in cui l'assenza di una specifica disciplina sull'immunità viene colmata attraverso l'applicazione di norme relative all'esercizio di giurisdizione, l'ordinamento italiano in tal senso prevede agli Articoli 7-10 disposizioni concernenti i cosiddetti reati commessi all'estero. L'Articolo 7, in particolare, indica i casi in cui ad un reato commesso all'estero viene applicata la legge italiana, si tratta dei delitti contro

la personalità dello Stato, delitti di contraffazione del sigillo statale o della valuta italiana e dei delitti commessi da un ufficiale di Stato in violazione del proprio mandato ufficiale.

2.1.1.1. US, Foreign Sovereign Immunities Act 1976

La materia dell'immunità dell'individuo organo viene affidata, nell'ordinamento giuridico statunitense, alla disciplina del *common law*, ovvero il corpus di principi normativi ricavati dalla prassi giurisdizionale.

Con l'obiettivo di codificare il principio dell'immunità statale in termini restrittivi, a partire dal 1972 cominciano i lavori che nel 1976 condurranno all'elaborazione del *Foreign Sovereign Immunities Act*¹³⁷.

Emanato allo scopo di realizzare una depoliticizzazione del tema, le cui determinazioni circa l'applicabilità dell'immunità sovrana erano in precedenza affidate esclusivamente alla branca esecutiva di governo, il *Foreign Sovereign Immunities Act* individua nella sezione 1063 una definizione dell'entità giuridica statale caratterizzata dal suo inquadramento attraverso le entità organiche costituite da agenzie, divisioni politiche e società a maggioranza pubblica.

Tuttavia, da una lettura puramente testuale, emerge che tale definizione esclude dal novero degli organi statali le persone fisiche e gli ufficiali di stato. In tal senso, infatti, la sezione 1603 recita:

“(a) A “foreign state”, except as used in section 1608 of this title, includes a political subdivision of a foreign state or an agency or instrumentality of a foreign state as defined in subsection (b).

(b) An “agency or instrumentality of a foreign state” means any entity

(1) which is a separate legal person, corporate or otherwise, and

(2) which is an organ of a foreign state or political subdivision thereof, or a majority of whose shares or other ownership interest is owned by a foreign state or political subdivision thereof, and

(3) which is neither a citizen of a State of the United States as defined in section 1332 (c) and (e) of this title, nor created under the laws of any third country.

(c) The “United States” includes all territory and waters, continental or insular, subject to the jurisdiction of the United States.

¹³⁷H. Fox, QC, P. Webb, *The Law of State Immunity*, terza edizione. Oxford, Oxford University Press, 2015, pp.241-255.

(d)A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.

(e)A “commercial activity carried on in the United States by a foreign state” means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States.

Sebbene una giurisprudenza minoritaria non abbia inizialmente escluso la configurabilità dell’immunità in favore di individui che agiscono in ossequio alle funzioni statali ufficiali¹³⁸, come messo in luce dalla Corte Suprema statunitense a proposito del caso *Samantar c. Yousuf*¹³⁹, gli organi statali risultano al di fuori dell’ambito applicativo del *Foreign Sovereign Immunities Act* che, anche se ispirato al diritto internazionale vigente in materia, non include gli ufficiali di stato tra le entità ed agenzie statali destinatarie della copertura dell’immunità sovrana¹⁴⁰.

La determinazione della natura ufficiale delle condotte attribuite all’individuo-organo risulta, pertanto, affidata al Dipartimento di Stato, incaricato del coordinamento delle relazioni estere del paese.

2.1.1.2. UK State Immunity Act 1978

L’esenzione dall’esercizio della giurisdizione è prevista, invece, dalla legislazione inglese attraverso lo *State Immunity Act* (di seguito “SIA”), entrato in vigore il 22 novembre

¹³⁸ Corte d’Appello del 9° circuito degli Stati Uniti, *Chuidian c. Banca Nazionale delle Filippine*, 29/08/1990, pur vertendo sulla materia dell’esercizio della giurisdizione civile, in questa sede la Corte d’Appello ha ritenuto che, in assenza di una specifica precisazione sul punto, non si potesse escludere a priori dall’ambito di applicazione soggettivo del FSIA l’individuo organo operante in vece dello Stato.

¹³⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Mohamed Ali Samantar c. Bashe Abdi Yousuf e altri*, No. 08–1555, 01/06/2010. Il caso ha oggetto un ricorso avverso il riconoscimento dell’immunità rispetto alla richiesta di risarcimento del danno avanzata nei confronti dell’ex Primo Ministro nonché Ministro della Difesa, Mohamed Ali Samantar, accusato di essere a conoscenza e di aver coordinato il compimento di atti di tortura sistemici in qualità di soggetto al vertice delle forze militari somale tra il 1980 ed il 1990.

¹⁴⁰ X. Yang, *State immunity and human rights violations*, State immunity in International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p.435.

1978. Dall'articolo 1(1)¹⁴¹ si ricava una generica esenzione dalla giurisdizione delle corti inglesi per gli Stati esteri ed a differenza dell'impostazione adottata dall'*Immunity Act* statunitense, si riscontrano delle disposizioni aventi ad oggetto i rapporti tra Stati e le entità organiche individuali di cui ciascun ordinamento si compone. L'articolo 14, infatti, individuando la definizione di *Stato*, include nell'ambito di applicazione soggettiva della disciplina dell'immunità statale i "Sovrani o altri Capi di Stato nell'esercizio delle proprie pubbliche funzioni". Tuttavia, affrontando il tema delle eccezioni dalla portata del SIA, l'Articolo 16(4) dispone che l'atto legislativo in esame non si applica in relazione ai procedimenti di natura penale.

In ossequio a tale impostazione restrittiva, le corti inglesi, pur riconoscendo la necessaria rilevanza dell'agire statale rispetto alle unità organiche attraverso le quali vengono realizzate le tipiche funzioni sovrane, escludono principalmente le gravi violazioni del diritto internazionale dall'ambito di applicazione delle norme sull'immunità individuale. In tal senso, nel rispetto dei principi dettati dalla disciplina internazionale sancita dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti del 1987, in proposito del caso Pinochet¹⁴² la Commissione d'Appello della House of Lords Inglese ha stabilito l'impossibilità di ricondurre gli atti di tortura nel novero dell'esercizio delle funzioni ufficiali tutelate dall'immunità *ratione materiae* in favore degli ex capi di Stato.

2.2.1.3 Australia, *Foreign State Immunity Act 1985*

¹⁴¹ Esso recita: "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".

¹⁴² Il caso ha ad oggetto la richiesta di estradizione dell'ex Capo di Stato Augusto Pinochet avanzata dallo Stato spagnolo per la realizzazione di crimini internazionali quali genocidio, tortura nonché la presa di ostaggi civili. H. Fox, C. Warbrick, D. Mc Goldrick, *The Pinochet Case No.3*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Volume 48 n.3, Cambridge University press, 1999.

Il sistema normativo australiano individua la disciplina in materia di immunità statale attraverso il *Foreign State Immunity Act* il quale, oggetto di recenti modifiche nel 2016, costituisce la base per il trattamento giuridico degli stati stranieri rispetto agli illeciti compiuti nell'esercizio, *iure imperii o iure gestionis*, delle proprie potestà.

La legge risulta suddivisa in cinque sezioni e nella prima di esse vengono forniti strumenti interpretativi e definizioni preliminari, tra cui spicca la definizione di "Stato" che include ai sensi dell'Articolo 1, le entità statali sovrane ed indipendenti nonché quelle che non hanno ancora raggiunto un certo grado di autonomia politica. L'articolo 3(3) del presente atto, poi, specificando che ai sensi delle disposizioni in esame l'entità giuridica statale sia da considerarsi anche rispetto alle sue entità individuali, dispone:

"Unless the appears, a reference in this Act to a foreign State includes a reference to:

- a) *a province, state, self-governing territory or other political subdivision (by whatever name known) of a foreign State;*
- 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;"*

Il capo di Stato, dunque, nell'esercizio della propria "*public capacity*" rientra nella tutela giurisdizionale accordata dalla clausola aperta sancita dall'Articolo 9 del presente atto legislativo.

Sul punto si è pronunciata la Corte d'Appello australiana (di seguito, "la Corte") in proposito del caso Zhang, vertente sul riconoscimento dell'immunità dalla giurisdizione dell'ex capo di Stato cinese rispetto alla richiesta di risarcimento per danni derivanti da atti di tortura e detenzione illegale. In tal proposito la corte ha riconosciuto espressamente la sussistenza della dimensione individuale nella previsione legislativa sull'immunità statale, affermando che gli ufficiali di stato sono espressamente ricompresi nell'ambito di applicazione dell'immunità statale non solo secondo il *Foreign State Immunities Act*, ma anche secondo le disposizioni di *common law*¹⁴³. L'ordinamento giuridico australiano, inoltre, presenta delle specifiche disposizioni che riconoscono l'immunità per atti compiuti nell'esercizio delle funzioni

¹⁴³ Corte d'Appello del New South Wales, Cuiying Zhang v Jiang Zemin, n. 255 2010, par. 5.

diplomatiche e consolari rispettivamente nel *Diplomatic Privileges and Immunities Act* del 1967 ed all'interno del *Consular Privileges and Immunities Act* del 1972¹⁴⁴.

Infine, come per l'ordinamento statunitense, anche nel sistema giuridico australiano spicca il ruolo rivestito dal Ministro degli Esteri ai fini della configurabilità di un determinato atto all'interno delle funzioni ufficiali di cui è investito l'ufficiale diplomatico o consolare, sussistendo la possibilità di produrre dei documenti probatori in grado di certificare l'effettivo svolgimento di attività proprie delle missioni diplomatiche o consolari¹⁴⁵.

2.2. Tentativi di Codificazione dei Principi esistenti: Draft Articles, *International Law Commission*

Come accennato, l'*International Law Commission* ha contribuito in modo significativo all'elaborazione di una serie di disposizioni basate sull'analisi della prassi esistente e sulle informazioni recepite dagli Stati sulle legislazioni promulgate materia.

Tra il 2013 ed il 2021 sono stati avanzati ed adottati provvisoriamente 11 *Draft Articles* con lo scopo di "codificare" i principi consuetudinari di diritto internazionale rispetto al tema dell'immunità degli agenti statali dall'esercizio della giurisdizione penale estera, bilanciando da un lato l'interesse di ciascuno Stato ad evitare che degli illeciti di rilevanza penale restino

¹⁴⁴ I citati atti legislativi ripropongono, infatti, le disposizioni previste dalla Convenzione sulle Relazioni Diplomatiche del 1961 e dalla Convenzione sulle Relazioni Consolari del 1963.

Si segnala inoltre che l'Articolo 36 del Foreign State Immunity Act estende i privilegi e le immunità previste dalla legislazione interna sulle relazioni diplomatiche disponendo che: "*Diplomatic Privileges and Immunities Act 1967 extends, with such modifications as are necessary, in relation to the person who is for the time being:*

(a) *the head of a foreign State; or*

(b) *a spouse of the head of a foreign State;*

as that Act applies in relation to a person at a time when he or she is the head of a diplomatic mission."

¹⁴⁵ In tal proposito l'Articolo 40 del Foreign State Immunity Act prevede la possibilità, per il Ministro degli Esteri, di pronunciarsi sulla qualifica ufficiale rivestita dal soggetto agente al momento del compimento degli atti oggetto di scrutinio giudiziale.

Similmente l'Articolo 14 del Diplomatic Privileges and Immunities Act, N.16 1967 e l'Articolo 12 del Consular Privileges and Immunities Act, N.62 1972 dispongono che:

"(1) The Minister may give a certificate in writing certifying any fact relevant to the question whether a person is, or was at any time or in respect of any period, entitled to any privileges or immunities by virtue of this Act, of an Act repealed by this Act or of the regulations.

(2) In any proceedings, a certificate given under this section is prima facie evidence of the facts certified in question".

impuniti e dall'altro il pacifico svolgimento delle relazioni interstatali. Lo Stato di avanzamento attuale dei lavori della Commissione di Diritto Internazionale consente di individuare una suddivisione del progetto di Articoli in 4 distinte sezioni: Introduzione, Immunità *ratione personae*, Immunità *ratione materiae*, Disposizioni procedurali e garanzie.

Relativamente ai *Draft Articles* provvisoriamente adottati, la bozza di Articolo 1¹⁴⁶ individua nei commi 1 e 2 l'ambito tematico coperto dal Progetto di Articoli e fa salve le disposizioni in materia di immunità dalla giurisdizione penale per gli ufficiali diplomatici, consolari e per membri delle forze armate impegnati in missioni speciali all'estero, già "ampiamente definiti" negli strumenti di diritto consuetudinario ed internazionale¹⁴⁷.

Il tenore delle lettere (e) ed (f) della bozza di Articolo 2 suggerisce l'intento di individuare le nozioni definitorie idonee in parte a chiarire i termini adottati ed il tono interpretativo delle disposizioni che seguiranno. Dunque, poiché "ai fini del presente progetto di articoli: (e) "State official" means any individual who represents the State or who exercises State functions"¹⁴⁸ e (f) "An "act performed in an official capacity" means any act performed by a State official in the exercise of State authority"¹⁴⁹" la figura dell'ufficiale di Stato risulta configurabile in due distinte accezioni. Da un lato, inteso come individuo al vertice dello Stato dotato di poteri di indirizzo politico e destinatario di funzioni rappresentative sul piano nazionale ed internazionale dell'entità giuridica statale. Dall'altro, non limitandosi l'immunità funzionale esclusivamente agli alti organi statali, anche l'individuo che agisce in esecuzione di quanto disposto dalle preminenti autorità statali di cui sopra rientra nella definizione in esame, beneficiando parimenti, ai sensi del Progetto di Articoli, dell'esenzione dall'esercizio della giurisdizione penale del foro estero¹⁵⁰.

L'immunità *ratione personae*, in quanto parte della disciplina prevista per la tutela delle funzioni dell'individuo organo, è individuata nei suoi tratti principali dalle bozze di Articoli 3

¹⁴⁶ *Text of draft articles 1, 3 and 4 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session of the International Law Commission*, [A/CN.4/L.814](#) 65esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2013.

¹⁴⁷ D. Tladi, *Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, 65esima Sessione di Lavori della Commissione di Diritto Internazionale, 2013.

¹⁴⁸ *Text of draft articles 2 (f) and 6 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-seventh session*, [A/CN.4/L.865](#), 67esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2015.

¹⁴⁹ *Text of draft articles 2 (e) and 5 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-sixth session*, [A/CN.4/L.850](#), 66esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2014.

¹⁵⁰ C. Escobar Hernández, *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/673](#), 66esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2014, par. 37.

e 4¹⁵¹. In particolare, la bozza di Articolo 3 ne circoscrive l'applicazione dal punto di soggettivo dell'istituto entro la tradizionale "troika" costituita da Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli esteri. La bozza di Articolo 4, invece, puntualizza che all'esaurimento delle funzioni da parte di tali organi corrisponde il venir meno della copertura prevista dall'istituto e descrive l'ambito di applicazione oggettivo in chiave estensiva, estendendosi l'immunità personale sia rispetto agli atti realizzati in veste privata che agli atti di natura ufficiale.

L'ambito di applicazione soggettivo dell'immunità funzionale viene previsto in termini generali dalla bozza di Articolo 5¹⁵² che, nel rinviare implicitamente alla definizione di ufficiale di Stato individuata dall'Articolo 2 (e), stabilisce: "*State officials acting as such enjoy immunity ratione materiae from the exercise of foreign criminal jurisdiction*".

Qualunque funzionario statale gode dell'immunità funzionale nell'esclusivo esercizio delle proprie funzioni, anche dopo la fine del proprio mandato, in quanto gli atti da esso compiuti in veste ufficiale siano espressione delle prerogative sovrane dello stato che rappresenta. La bozza di Articolo 6 in tal proposito dispone:

- a) "*State officials enjoy immunity ratione materiae only with respect to acts performed in an official capacity.*
- b) "*Immunity ratione materiae with respect to acts performed in an official capacity continues to subsist after the individuals concerned have ceased to be State officials*
- c) "*Individuals who enjoyed immunity ratione personae in accordance with draft article 4, whose term of office has come to an end, continue to enjoy immunity with respect to acts performed in an official capacity during such term of office.*"

Come si avrà modo di vedere successivamente, un'importante eccezione all'ambito di applicazione della norma sull'immunità funzionale in esame è costituita dalla violazione di norme di *jus cogens* poste in tutela dei valori fondamentali della comunità internazionale. In particolare, la commissione di crimini internazionali, identificati principalmente nel crimine di genocidio, crimine di tortura, apartheid, sparizioni forzate, nei crimini di guerra e contro l'umanità viene universalmente riconosciuta come motivo di esclusione dell'immunità funzionale prevista per gli ufficiali di stato, non rientrando in alcun modo nel novero delle funzioni sovrane ufficiali da essi svolte.

¹⁵¹ *Text of draft articles 1, 3 and 4 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session of the International Law Commission, [A/CN.4/L.814](#) 65esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2013.*

¹⁵² *Text of draft articles 2 (e) and 5 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-sixth session, [A/CN.4/L.850](#), 66esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2014.*

Per ciò che concerne le bozze di articoli non ancora approvate dalla Commissione di Diritto Internazionale, gli Articoli 8 e ss. costituiscono espressione di alcune previsioni di natura procedurale e forniscono delucidazioni sulle modalità di esercizio della prerogativa conferita dalle immunità individuali. Dalla bozza di Articolo 8 si ricava la rilevanza dell'istituto rispetto all'esercizio in qualunque forma del potere giurisdizionale che implichi una limitazione nell'esercizio delle funzioni attribuite all'ufficiale di Stato, dal momento che le “*competent authorities of the forum State become aware that an official of another State may be affected by the exercise of its criminal jurisdiction, they shall examine the question of immunity without delay*” e “*immunity shall, in any case, be considered if the competent authorities of the State intend to take a coercive measure against the foreign official that may affect the performance of his or her functions*”¹⁵³. Le valutazioni afferenti alla sussistenza dell'immunità sono affidate all'autorità giuridica competente del foro estero, la quale dovrà tenere in debita considerazione le informazioni di cui dispone nonché quelle individuate dallo stato di appartenenza dell'ufficiale attraverso l'*invocatio* dell'immunità. La stessa *invocatio* dell'istituto, ai sensi della bozza di Articolo 10, dovrà essere avanzata in forma scritta non appena lo Stato sia a conoscenza della circostanza che un proprio ufficiale potrebbe essere subordinato alla giurisdizione penale di un foro estero¹⁵⁴.

La revoca dell'istituto, invece, risulta codificata all'interno della bozza di Articolo 11¹⁵⁵, il quale prescrive che essa venga realizzata in forma espressa e ritiene valida tal fine l'adesione a strumenti di diritto internazionale che prevedano espressamente la revoca dell'immunità con specifico riferimento ad alcune fattispecie criminose. Il raggiungimento di un certo grado di conoscenza sulla questione in cui risulta implicato un ufficiale di Stato può far sì, secondo quanto previsto dalla bozza di Articolo 12, che lo Stato del foro notifichi le informazioni relative all'identità ed agli atti compiuti dall'individuo-organo¹⁵⁶. Qualora, in un determinato caso, si configuri la possibilità in astratto di esercitare il proprio potere giurisdizionale sia per del foro

¹⁵³ C. Escobar Hernández, *Seventh Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Annex II [A/CN.4/729](#), 71esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2019, p.13.

¹⁵⁴ *Ibidem*. La bozza di Articolo 10 presenta, inoltre, alcune indicazioni circa il contenuto dell'istanza, delle tempistiche di presentazione della stessa e della rilevanza o meno dell'*invocatio* ai fini della valutazione sulla sussistenza dell'immunità che si articola in modo diverso a seconda che si tratti dell'immunità personale o funzionale.

¹⁵⁵ C. Escobar Hernández, *Seventh Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Annex II [A/CN.4/729](#), 71esima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2019, p. 37.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 46.

estero che per lo Stato di appartenenza del soggetto agente, sussiste l'opportunità di declinare lo svolgimento della fase processuale in favore del primo ai sensi della bozza di Articolo 14¹⁵⁷.

L'aspetto della cooperazione tra Stati viene affrontato nel Progetto di Articoli attraverso la previsione sia della possibilità di richiedere od inviare informazioni rilevanti ai fini della valutazione circa la sussistenza dell'immunità funzionale, sia attraverso lo svolgimento di consultazioni, previste rispettivamente dalle bozze di Articoli 13 e 15¹⁵⁸. Inoltre, alla bozza di Articolo 13(4), riguardante lo scambio di informazioni, si delinea l'opportunità per lo Stato di appartenenza dell'individuo organo di rifiutarsi di fornire informazioni suscettibili di inficiare e di incidere in qualche modo sulla "sovranità, l'ordine pubblico, la sicurezza o servizi pubblici essenziali".

Infine, le garanzie processuali dello svolgimento di un giusto ed equo processo rispetto alle valutazioni che l'organo giudiziario competente si accinge a compiere sono contenute entro i margini della bozza di Articolo 16, la quale, nell'individuare degli elementi considerati come il perno degli ordinamenti giudiziari nazionali nonché internazionali, dispone:

1. *"A State official whose immunity from foreign criminal jurisdiction is being examined by the authorities of the forum State shall benefit from all fair treatment safeguards, including the procedural rights and safeguards relating to a fair and impartial trial.*
2. *These safeguards shall be applicable both during the process of determining the application of immunity from jurisdiction and in any court proceeding initiated against the official in the event that immunity from jurisdiction does not apply*
3. *The fair and impartial treatment safeguards shall in all cases include the obligation to inform the nearest representative of the State of the official, without delay, of such person's detention or any other measure that might affect his or her personal liberty, so that the official can receive the assistance to which he or she is entitled under international law.*
4. *The official shall be treated in a fair and impartial manner consistent with applicable international rules and the laws and regulations of the forum State.*"¹⁵⁹

2.2.1. Analisi dell'attività dell'ICL

¹⁵⁷ C. Escobar Hernández, *Seventh Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Annex II [A/CN.4/729](#), 71esima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2019, p. 57.

¹⁵⁸ Ibidem, rispettivamente p. 51 e p. 58.

¹⁵⁹ C. Escobar Hernández, *Seventh Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Annex II [A/CN.4/729](#) p. 67, 71esima sessione di lavori della Commissione di Diritto Internazionale, 2019.

L'attività dell'*International Law Commission* consiste, principalmente, nell'analisi della prassi giudiziaria dei principi consuetudinari esistenti su un particolare argomento giuridico, che riveste una posizione di interesse per la comunità internazionale, con la finalità di condurre all'elaborazione di strumenti di diritto internazionale di natura vincolante e non vincolante ed agevolando al contempo l'attività di produzione giuridica propria delle conferenze diplomatiche internazionali. Tale processo risulta favorito dalla convergenza di una pluralità di posizioni consentita dalla composizione dell'*International Law Commission* "geograficamente rappresentativa dei paesi e dei sistemi legali dell'intera comunità internazionale"¹⁶⁰.

La Commissione di Diritto Internazionale ha affrontato la trattazione dell'argomento dell'immunità dell'individuo-organo attraverso una metodologia di lavoro sintetizzabile in 3 fasi. Nel corso della prima fase è stato inquadrato puntualmente l'ambito dell'indagine attraverso la definizione degli aspetti preliminari sostanziali e processuali, da tenere in debita considerazione ai fini dell'elaborazione del Progetto di Articoli. La definizione degli aspetti normativi connessi all'ambito di applicazione oggettivo, soggettivo e temporale del tema dell'immunità individuale, riconducibile alla seconda fase della metodologia di lavoro della Commissione, viene realizzata attraverso la partecipazione attiva dei paesi della comunità internazionale, ai quali si richiede di fornire informazioni sulla prassi nazionale e la legislazione elaborata in materia. Durante questa fase, i lavori svolti hanno condotto, nello specifico, ad individuare la nozione di ufficiale di Stato, nonché di atto ufficiale, valida per entrambe le conformazioni dell'immunità dalla giurisdizione individuale: immunità *ratione materiae* ed immunità *ratione personae*. Nonostante la categoria di organi destinatari dell'immunità personale risulti chiaramente inquadrata in senso restrittivo, in proposito dell'immunità *ratione materiae* la Commissione ha individuato dei criteri identificativi della qualifica di "ufficiale di Stato". A tal fine, la sussistenza di un rapporto con lo Stato (di natura legale, contrattuale o costituzionale), l'esercizio di funzioni di rappresentanza e l'esercizio di autorità governativa costituiscono delle condizioni necessarie e sufficienti per l'individuazione caso per caso dell'ambito di applicazione soggettivo della norma. Terminata l'analisi della prassi nazionale ed internazionale sugli aspetti di approfondimento individuati, nel corso della terza fase lo *Special Rapporteur* provvede alla stesura delle proposte di Articoli che costituiranno oggetto

¹⁶⁰United Nations, *The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology*, Commentaries and Decision-Making, Seventy Years of the International Law Commission, Brill, Ottobre 2020, p.172. <https://brill.com/view/book/edcoll/9789004434271/front-3.xml>

di approvazione provvisoria da parte della “*Drafting Committee*” prima e di adozione definitiva da parte della Commissione in seduta plenaria poi.

Dunque, l’analisi dei caratteri fondamentali dell’immunità funzionale e dell’immunità personale è realizzata attraverso l’approfondimento di 3 elementi essenziali:

- soggetti destinatari della disciplina in esame;
- atti per i quali è prevista la copertura immunitaria;
- frazione temporale entro la quale l’immunità individuale va ad esaurire i propri effetti, ovvero può essere invocata.

Pur trattandosi di un piano di indagine estremamente vasto, il metodo induttivo adottato dalla Commissione di Diritto Internazionale, imperniato sull’analisi della prassi nazionale ed internazionale, sembra indirizzato, soprattutto per ciò che riguarda l’immunità funzionale degli organi statali, da un’unica presunzione generale: l’esistenza di una generica norma di esenzione dalla giurisdizione prevista per tutti i funzionari di Stato che agiscono sotto il manto dell’ufficialità delle funzioni loro attribuite.

Dunque, seppur basato su un metodo che mira a ricavare l’esistenza di determinati principi partendo da un’analisi fattuale, lo studio condotto dalla Commissione di Diritto Internazionale mira, non ad individuare in quali circostanze ed a quali categorie di organi statali l’eccezione all’ordinario esercizio del tipico potere sovrano giurisdizionale, bensì a dimostrare l’esistenza in termini generici di tale norma consuetudinaria che si estenderebbe peraltro a tutte le entità organiche statali¹⁶¹.

Come accennato, l’attività dell’International Law Commission mira principalmente alla codificazione o allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, che peraltro possono avvenire anche contestualmente¹⁶². Dal punto di vista pratico, nell’ottica del rispetto del principio della certezza del diritto, l’aspetto della *lex lata* e della *lege ferenda* risulta particolarmente importante soprattutto per le corti nazionali. Da un lato la *lex lata* costituisce la cristallizzazione dei principi non scritti del diritto internazionale consuetudinario, mentre la

¹⁶¹ R. P. Mazzechi, *The Functional Immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the Traditional Theories*, *Questioni di Diritto Internazionale*, volume 2, 2015; http://www.gil-qdi.org/the-functional-immunity-of-state-officials-from-foreign-jurisdiction-a-critique-of-the-traditional-theories/#_ftn7

¹⁶² C. Escobar Hernández, *Preliminary report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, *A/CN.4/654*, 64esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2012, par. 71.

lege ferenda rappresenta il tentativo di elaborare *draft conventions on subjects which have not yet been regulated by international law*¹⁶³”.

Pur attestandosi l'importanza vitale della possibilità di distinguere agevolmente per i tribunali nazionali “ciò che è la legge e ciò che la legge potrebbe essere”¹⁶⁴, la Special Rapporteur Hernandez ha ritenuto opportuno proseguire i lavori della Commissione utilizzando un approccio imperniato su entrambe le modalità di lavoro, in modo da affrontare il tema dell'immunità dalla giurisdizione penale degli ufficiali di Stato “*in a balanced manner*”¹⁶⁵”.

Infine, per ciò che concerne l'analisi della prassi nazionale ed interazionale, si riscontra come alcuni dei casi indicati dalla Commissione di Diritto Internazionale risultino poco pertinenti al tema oggetto di approfondimento¹⁶⁶. In alcune circostanze, ad esempio, si fa riferimento alla giurisprudenza in materia civile o talvolta alla legislazione nazionale elaborata in relazione al diverso istituto dell'immunità di Stato¹⁶⁷. Anche l'immunità diplomatica è stata oggetto di riferimento da parte della Commissione di Diritto Internazionale. Infatti, a sostegno dell'esistenza di una tendenza delle corti nazionali ad escludere l'immunità funzionale in relazione alla commissione di un crimine internazionale, l'ILC ha citato il caso vertente sulle accuse di genocidio, crimini contro l'umanità e tortura avanzate nei confronti dell'ex-presidente cinese Hu Jintao, pur essendo stata invocata nel caso di specie l'immunità diplomatica di un'alta carica di Stato e non l'immunità *ratione materiae* di un ufficiale statale¹⁶⁸.

2.3. Applicazione dell'istituto dal punto di vista oggettivo: definizione degli atti compiuti in veste ufficiale.

Un presupposto fondamentale ai fini dell'applicabilità dell'istituto dell'immunità funzionale è rappresentato dalla circostanza che l'individuo-organo abbia agito nell'esercizio delle funzioni ufficiali attribuitegli dallo Stato per il quale si trova ad operare. La connessione

¹⁶³ Articolo 15 dello Statuto della Commissione di Diritto Internazionale.

¹⁶⁴ M. Wood, *Lessons from the ILC's Work on Immunity of State Officials: Melland Schill Lecture*, Max Planck yearbook of United Nations law, vol. 22, 2018, p.38.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 44.

¹⁶⁶ M. Forteau, *Immunities and International Crimes Before the ILC: Looking for Innovative Solutions*, AJIL Unbound, Vol. 22, 2018, p. 24.

¹⁶⁷ Q. Shen, *Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, AJIL Unbound, Vol. 22, 2018, pp. 11-12.

¹⁶⁸ P. Webb, *How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us*, AJIL Unbound, Vol. 22, 2018, p. 17.

tra quanto posto in essere dall'ufficiale rispetto al proprio stato di appartenenza risulta cruciale ai fini della presente valutazione dal momento che, in assenza di un legame tra la condotta dell'individuo e l'autorità governativa statale, risulta impossibile configurare l'esenzione dalla giurisdizione del foro estero.

Secondo parte della dottrina, i criteri definiti dalla Commissione di Diritto Internazionale rispetto alla Responsabilità Internazionale degli Stati per atti internazionalmente illeciti¹⁶⁹ costituiscono uno strumento utile ma non applicabile pedissequamente alla disciplina dell'immunità funzionale. Il progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati prevede, infatti, delle indicazioni in base alle quali *“la condotta di un organo statale si considera un atto di stato”*. Si tratta dell'esercizio di funzioni legislative, esecutive o giudiziarie¹⁷⁰. La nozione di organo dello Stato, individuata nel Progetto di Articoli in esame, inoltre, prefigura una lettura estensiva, includendovi anche quelle entità che non rientrano tipicamente nell'organizzazione statale, ma che in ogni caso assolvono allo svolgimento di determinate funzioni per conto dello Stato di appartenenza agendo sotto il controllo e la direzione dello stesso, ovvero gli organi *“de facto”*¹⁷¹. Tuttavia, pur considerando le indicazioni del progetto di articoli delle utili linee guida e la necessità di interpretare le regole sull'attribuzione dell'immunità funzionale dall'esercizio della giurisdizione penale in senso restrittivo, una simile impostazione, che risponde al diverso obiettivo di estendere i casi rispetto ai quali la realizzazione di un illecito sia imputabile agli Stati, mal si concilierebbe col presupposto di base su cui si fonda tale istituto.

Mitigando la portata delle indicazioni dei *Draft Articles* sulla responsabilità degli Stati, l'attribuibilità di una condotta allo Stato si rileva verificando sia da un lato la sussistenza di questo legame tra ufficiale e stato di appartenenza, sia verificando che le funzioni esercitate dal

¹⁶⁹ *Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 26 luglio 2001 UN Doc [A/CN.4/L.602/Rev.1](#).

¹⁷⁰ Ai sensi dell'articolo 4 *“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”. *Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 26 luglio 2001 UN Doc [A/CN.4/L.602/Rev.1](#).

¹⁷¹ In tal senso l'Articolo 8 recita: *“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”*. *Draft Articles Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 26 luglio 2001 UN Doc [A/CN.4/L.602/Rev.1](#).

primo rientrano nell'espressione di sovranità attraverso cui ciascuno stato esercita i propri poteri statali. Le mansioni che tipicamente rientrano nell'alveo dell'autorità governativa statale sono funzioni di polizia, di amministrazione della giustizia, svolgimento di attività militari e funzioni che attengono all'intrattenimento delle relazioni tra stati. Inoltre, si esclude la rilevanza dell'elemento soggettivo della condotta, ovvero se la stessa sia sorretta da motivi personali.

Un'impostazione più restrittiva della dottrina, invece, ritiene necessario applicare i principi ricavabili dalla prassi internazionale, che peraltro non consentono di individuare un'omogenea nozione di "atti compiuti in veste ufficiale", dal momento che sussistono una pluralità di organi che, come si avrà modo di vedere nei paragrafi successivi, svolgono una pluralità di funzioni nell'esercizio dell'autorità di governo e solo per alcune di esse si prescrive un determinato grado di tutela¹⁷².

2.4. Applicazione dell'istituto dal punto di vista soggettivo e soggetti tradizionalmente beneficiari dell'immunità: agenti diplomatici e consolari

Gli ufficiali diplomatici e consolari costituiscono gli organi dello Stato ai quali è tradizionalmente riconosciuto un ruolo significativo nelle relazioni tra i paesi della comunità internazionale. Agli ufficiali diplomatici è affidato il compito di istituire, mantenere e sviluppare le relazioni tra lo Stato di appartenenza ed i paesi della comunità internazionale, mentre gli agenti consolari si occupano di tutelare e implementare gli interessi dello Stato accreditante, ma allo stesso tempo le funzioni da essi svolte hanno un carattere spiccatamente amministrativo.

L'entità delle rispettive funzioni degli ufficiali diplomatici e consolari diverge sebbene siano, in entrambi i casi, orientate al perseguimento degli interessi degli Stati di appartenenza ed abbiano uno specifico rilievo nella dimensione internazionale dell'autorità statale.

Per ciò che concerne la figura degli agenti diplomatici, un'indicazione non esaustiva sul tipo di funzione che gli stessi si accingono a svolgere può essere ricavata dal tenore dell'Articolo 3 della Convenzione sulle Relazioni Diplomatiche e Consolari di Vienna del 1961, che nel descrivere le funzioni della missione diplomatica dispone che consistono nel : “- *representing the sending State in the receiving State*; - *protecting in the receiving State the interests of the*

¹⁷² R. P. Mazzeschi, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)* [Annali VII,2014]; Giuffrè, *Enciclopedia del Diritto*, <https://enciclopediadeldiritto.giuffrefranciscilefebvre.it/#/detail/4511962/26154601>.

sending State and of its nationals, within the limits permitted by international law; - negotiating with the Government of the receiving State; - ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State; - promoting friendly relations between the sending State and the receiving State, and developing their economic, cultural and scientific relations". L'ambito di applicazione dell'immunità *ratione materiae* in relazione a tale specifica categoria di organi statali risulta parzialmente descritto nel già citato Articolo 39(2) della medesima Convenzione, che provvede ad individuare l'esenzione dalla giurisdizione estera alla scadenza del mandato e nei limiti delle funzioni ufficiali svolte dagli agenti diplomatici.

In relazione agli organi statali in esame appare cruciale l'individuazione di un elemento di connessione tra la funzione esercitata e lo scopo ultimo della missione diplomatica, anche se non mancano casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto l'immunità funzionale in virtù di un astratto riferimento alle funzioni imputabili all'esercizio dell'autorità statale del paese accreditante¹⁷³. Quest'ultima impostazione è stata accolta dalla Corte costituzionale tedesca (di seguito, "la Corte") pronunciata sul caso *Former Syrian Ambassador*¹⁷⁴ vertente sulle accuse di concorso nella realizzazione degli atti terroristici avvenuti nella zona Est di Berlino. A tal proposito, infatti, la Corte ha incentrato il fondamento del riconoscimento dell'immunità diplomatica *ratione materiae* sulla circostanza che l'atto oggetto di scrutinio giurisdizionale era stato ordinato dal paese accreditante, e risultando perciò imputabile solo a quest'ultimo ha ritenuto applicabile al caso di specie l'esenzione dalla giurisdizione penale per la realizzazione di atti considerati "ufficiali"¹⁷⁵.

Al contrario, l'importanza del nesso funzionale tra l'atto e lo svolgimento della missione diplomatica è stata riconosciuta nel caso *Swarna v. Al Wadi* vertente sulle accuse mosse da una lavoratrice domestica contro il Terzo Segretario della missione permanente dello Stato del Kuwait negli Stati Uniti e sua moglie. A conferma del giudizio di primo grado, la Corte d'appello del Secondo Circuito ha ritenuto infatti di escludere la configurabilità dell'immunità *ratione materiae*, peraltro definita in termini di residualità rispetto all'immunità personale, in ragione dell'impossibilità di ricondurre gli atti di maltrattamento e di abusi realizzati nei

¹⁷³ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano 2018, Cedam, p. 150.

¹⁷⁴ Corte costituzionale tedesca, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*, 1997, *International Law Report*, vol. 115, pp. 609-610.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

confronti della lavoratrice domestica nell'alveo delle funzioni attinenti allo svolgimento della missione diplomatica¹⁷⁶.

Gli ufficiali consolari, accanto agli agenti diplomatici, rappresentano gli organi dello Stato che svolgono abitualmente le proprie funzioni ufficiali all'estero. Con la finalità di tutelare il corretto svolgimento delle funzioni esercitate dai Consoli, la Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari elaborata nel 1963 prevede all'Articolo 43 un'esenzione dalla giurisdizione penale per lo svolgimento esclusivo degli atti pertinenti all'esercizio delle “*consular functions*”¹⁷⁷. Sin da subito spicca il carattere decisamente più restrittivo dell'espressione utilizzata in questa sede rispetto al generico riferimento alle “*official functions*” contenuto nell'Articolo 39(2) della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche¹⁷⁸.

La prassi sviluppatasi in materia di immunità *ratione materiae* nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione penale nei confronti degli agenti consolari conferma la tendenza a riconoscere l'immunità dalla giurisdizione estera principalmente quando l'atto in questione rientra nelle funzioni associate allo svolgimento del mandato consolare¹⁷⁹. Uno dei primi casi riscontrabili sul tema è rappresentato dalla controversia vertente sul rifiuto di rilasciare un passaporto e per delle dichiarazioni a carattere diffamatorio attribuiti all'ufficiale consolare Bigelow¹⁸⁰. Si rileva come in proposito del rilievo del nesso tra l'esercizio delle funzioni consolari e la condotta dell'individuo, i giudici del Tribunale d'Appello di Parigi hanno riconosciuto l'immunità dell'agente consolare solo per gli atti di natura amministrativa rientranti nel mandato consolare, ovvero il rilascio di visti e passaporti, escludendola in riferimento alle dichiarazioni rilasciate nel corso di un'intervista poiché “*clearly unconnected with the duty performed by Bigelow*”¹⁸¹.

¹⁷⁶ Corte d'Appello del Secondo Circuito degli Stati Uniti, *Swarna v. Al-Awadi, Al-Shaitan and State of Kuwait*, 2010. https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/09-2525/09-2525-cv_opn-2011-03-27.html

¹⁷⁷ L'Articolo, al paragrafo 1 recita: “*Consular officers and consular employees shall not be amenable to the jurisdiction of the judicial or administrative authorities of the receiving State in respect of acts performed in the exercise of consular functions*”.

¹⁷⁹ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano, Cedam, 2018 pp. 165-169.

¹⁸⁰ P. De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, p. 237, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. 237.

¹⁸¹ Corte d'Appello di Parigi, *Bigelow v. Princess Zizianoff*, *The American Journal of International Law*, vol. 23, n. 1, 1929, pp. 172-179.

Un approccio interpretativo restrittivo dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale prevista per gli agenti consolari è stato abbracciato anche dai tribunali statunitensi e dalla giurisprudenza italiana. Con riferimento ai primi, nel caso *Gerritsen v. De la Madrid Hurtado* la Corte d'Appello del nono circuito degli Stati Uniti ha escluso l'esenzione giurisdizionale in esame in assenza di un legame tra le funzioni consolari e gli atti di aggressione finalizzati ad impedire lo svolgimento di proteste¹⁸². Con riferimento ai secondi, invece, rileva il provvedimento adottato dal Gip di Milano sul caso *Abu Omar* escludendo la sussistenza dell'immunità giurisdizionale prevista per i Consoli ai sensi dell'Articolo 43(1) della Convenzione sulle Relazioni consolari non potendo rientrare nel novero delle funzioni descritte dall'Articolo 5 della medesima convenzione gli atti di sequestro di persona realizzati ai danni dell'Imam di una moschea di Milano¹⁸³.

2.4.1. (ex)Capi di stato ed (ex) Capi di Governo

L'immunità funzionale è un istituto che presuppone una connessione tra la condotta realizzata dall'individuo e lo Stato per il quale la stessa opera. Un legame per eccellenza tra Stato ed organo è incarnato nella figura del Capo di Stato, al vertice dell'organizzazione statale. Sebbene le funzioni di tale organo differiscano sulla base delle particolarità che i diversi ordinamenti statali prefigurano, si ritiene che lo svolgimento delle funzioni che rientrano nel proprio mandato giustificano l'applicazione dell'esenzione dalla giurisdizione penale estera.

In tal proposito, l'Articolo 13 elaborato dall'*Istitut de Droit International* nel corso della Sessione di Lavori tenutasi a Vancouver nel 2001¹⁸⁴, recita:

1. "A former Head of State enjoys no inviolability in the territory of a foreign State.

¹⁸²*Gerritsen v. De la Madrid Hurtado*, Corte d'Appello del nono circuito degli Stati Uniti 1987, International Law Reports, vol. 101, 1995, pp. 446-484.

¹⁸³Paola Gaeta, *Extraordinary renditions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar*, Rivista di Diritto Internazionale, fascicolo 1, 2006, pp. 126-129.

¹⁸⁴*Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, Institut de Droit International, Session of Vancouver, 2001. https://www.idi-ii.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf

2. *Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State's assets and resources.*

3. *Neither does he or she enjoy immunity from execution”.*

Tale articolo riprende il medesimo nesso funzionale adottato per gli ufficiali diplomatici all'interno della Convenzione di Vienna del 1961 di cui all'articolo 39(2), per i quali è prevista una forma di tutela al di fuori della scadenza della propria carica esclusivamente per gli atti realizzati nel corso della missione diplomatica, nello svolgimento delle funzioni ufficiali ad essa pertinenti¹⁸⁵.

La disciplina dell'immunità prevista per i capi di Stato viene ricondotta, secondo parte della dottrina, nella citata teoria dell'Atto di Stato e ciò emerge soprattutto in considerazione della prassi statunitense maturata sul tema¹⁸⁶. Il caso vertente sulla richiesta delle Filippine di congelare determinati beni patrimoniali del suo ex-Presidente Marcos, realizzati attraverso lo svolgimento di attività illecita¹⁸⁷, ne costituisce un chiaro esempio. Dopo la caduta del Governo nel 1986, l'ex-presidente delle Filippine, giunto in esilio alle Hawaii, fu infatti accusato di appropriazione indebita di beni appartenenti allo Stato delle Filippine. In prima istanza, la Corte d'Appello del secondo circuito degli Stati Uniti ha emesso un ordine temporaneo di sequestro, in virtù della circostanza che l'applicabilità della teoria dell'Atto di Stato è subordinata alla possibilità di ricondurre gli atti commessi dall'organo di Stato entro la sfera di sovranità e di esercizio dei poteri di natura pubblicistica propri dell'autorità statale¹⁸⁸. Dunque, non avendo i legali dell'ex presidente Marcos provato in maniera sufficiente che gli atti in esame

¹⁸⁵ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano, Cedam, 2018, p. 172-173.

¹⁸⁶ P. De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, pp.5-11.

¹⁸⁷ Si specifica che l'ordinamento costituzionale delle filippine prevede che la figura del Capo di Stato inglobi anche le funzioni esecutive tipiche del Capo di Governo.

¹⁸⁸ Corte d'Appello Federale, Secondo Circuito Republic of the Phil. v. Marcos, 1986, *The American Journal of International Law*, vol. 81 (2) 1987.

costituissero parte dell'esercizio delle funzioni statali e non atti di natura privata, la dottrina dell'Atto di Stato non risultò applicabile agli atti oggetto di scrutinio giurisdizionale.

Inoltre, l'assenza di un riconoscimento internazionale per il governo panamense ha costituito un elemento determinante ai fini della configurabilità dell'immunità in favore del generale Manuel Antonio Noriega, il quale avrebbe tratto vantaggio della propria posizione all'interno dell'organizzazione dello Stato per favorire il traffico internazionale di stupefacenti a fronte dell'ottenimento di un lauto compenso. Si tratta del primo caso in cui un leader o un leader de facto di una nazione sovrana è stato portato coattivamente negli Stati Uniti per affrontare un'accusa penale.

Come messo in luce dalla dottrina anche nel caso in esame si rileva come l'immunità invocata dalla difesa del leader Noriega venga accostata all'immunità diplomatica¹⁸⁹. Tuttavia, sia nel corso del procedimento di primo grado, che successivamente in fase di appello, i giudici statunitensi hanno trattato l'argomento relativo all'immunità del Capo di Stato in termini restrittivi, escludendo innanzitutto che la realizzazione di crimini quali la corruzione ed il traffico internazionale degli stupefacenti potessero rientrare nelle funzioni tipiche della più alta istituzione dello Stato, non solo ai fini dell'applicabilità della teoria dell'Atto di Stato, ma anche ai fini dell'applicabilità dell'istituto dell'immunità diplomatica dal momento che, con specifico riferimento a quest'ultimo, "*passaporti e visti sono talvolta rilasciati a titolo di cortesia anche a persone diverse dai diplomatici, e non provano che il titolare goda di status diplomatico o abbia diritto a privilegi e immunità diplomatiche nello Stato ricevente*"¹⁹⁰.

Relativamente alla figura dell'ex Capo di Governo, dedita nel corso del suo mandato allo svolgimento di un ruolo di natura esecutiva, l'Articolo 16 della risoluzione adottata dall'*Istitut de Droit International*¹⁹¹ estende la disciplina prevista per l'organo di alta rappresentanza del Capo di Stato, disponendo: "*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. This provision is without prejudice to any immunity from execution of a Head of Government.*"

¹⁸⁹ P. De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, p. 209.

¹⁹⁰ Stati Uniti d'America c. Noriega e altri, Corte Distrettuale della Florida 1990; <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/746/1506/1757098/>

¹⁹¹ *Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law*, Institut de Droit International, Session of Vancouver, 2001. https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2001_van_02_en.pdf

La convergenza del trattamento previsto per il Capo di Stato con quello relativo al Capo di Governo si giustifica in considerazione del ruolo di rappresentanza degli interessi nazionali assolto da entrambi. Come accennato, infatti, i diversi ordinamenti costituzionali possono prevedere, da un lato, la sussistenza di un'unica figura incaricata allo svolgimento delle funzioni di rappresentanza ed esecutive e, dall'altro, la sussistenza di due individui distinti, entrambi dediti allo svolgimento di funzioni rappresentative nonché all'intrattenimento delle relazioni interstatali.

Lo svolgimento di attività del proprio mandato finalizzate all'esclusivo scopo di perseguire gli interessi pubblici del proprio paese costituirà, dunque, anche in relazione alla figura del Capo di Governo, un elemento essenziale ai fini dell'applicabilità dell'immunità *ratione materiae*. Pavlo Lazarenko, ex Primo Ministro dell'Ucraina, ad esempio, fu sottoposto ad una misura detentiva prima in Svizzera nel 1999 e, dopo esser stato rilasciato su cauzione, negli Stati Uniti nel 2004, per la realizzazione di crimini quali corruzione e riciclaggio di danaro¹⁹². Il caso in esame rileva in quanto "l'immunità non costituisce un ostacolo al perseguimento dei funzionari stranieri per corruzione". Del resto, la tendenza ad escludere dall'ambito di applicazione dell'istituto dell'immunità da parte delle corti nazionali nella circostanza in esame risulta anche dall'analisi condotta dalla Commissione di Diritto Internazionale¹⁹³ nonché dalla proposta vertente sul *Draft Article 7* elaborato dalla *Special Rapporteur* Kolodin, nel quale, tra le "eccezioni" alla regola dell'immunità dalla giurisdizione penale dei funzionari stranieri, elenca non solo la commissione di crimini internazionali, ma anche la realizzazione di "*corruption related crimes*¹⁹⁴", non rientrando le stesse nelle tipiche funzioni di un ufficiale di Stato.

2.4.2. (ex)Ministri

¹⁹²The case against Pavlo Lazarenko, BBC News, 2006.<http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4780743.stm>

¹⁹³ E. Hernández, *Fifth Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 14 giugno 2016, [A/CN.4/701](https://www.unhcr.org/refugees/4/701), Sessantottesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale.

¹⁹⁴ La proposta di Articolo avanzata dalla Special Rapporteur Hernández recita infatti:

"L'immunità non si applica in relazione ai seguenti crimini: (i) Genocidio, crimini contro l'umanità, crimini di guerra, tortura e sparizioni forzate; (ii) Reati di corruzione; (iii) Crimini che causano danni alle persone, compresa la morte e le lesioni gravi, o ai beni, quando tali crimini sono commessi nel territorio dello Stato del foro e il funzionario dello Stato è presente in detto territorio al momento in cui tali crimini sono commessi".

Tra i componenti al vertice dell'organico governativo, il Ministro degli Esteri costituisce la figura incaricata di rappresentare lo Stato nelle relazioni con i paesi della comunità internazionale. A capo del Ministero degli Affari Esteri, egli dispone della facoltà di assumere impegni internazionali in nome dello Stato di appartenenza e costituisce il centro nevralgico del coordinamento delle politiche estere di ciascun paese.

Il ruolo cruciale di questa figura nella realizzazione e nel perseguimento degli interessi statali nel panorama della comunità internazionale costituisce il motivo determinante per il quale la prassi riconosce l'esigenza di accordare una forma di tutela all'esercizio delle funzioni attribuite a tale organo statale.

Tuttavia, anche in relazione a tale organo, un fattore decisivo ai fini del riconoscimento dell'esenzione dall'esercizio della giurisdizione penale è costituito dal perimetro tracciato dal mandato ufficiale di cui lo stesso è investito.

L'esercizio dell'autorità statale sul piano esterno e lo svolgimento di funzioni di rappresentanza, rientrando nel novero delle funzioni tipicamente esercitate dal Ministro degli Esteri, rappresentano il *discrimen* che ha condotto i giudici del Tribunale di Roma a negare la configurabilità dell'immunità in favore dell'ex Ministro degli Esteri della Repubblica di San Marino Bigi¹⁹⁵.

Nel caso in esame, risalente al 1987, i giudici hanno ritenuto che il tenore dell'articolo 39(2) della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche determinasse l'impossibilità di riconoscere l'immunità per gli atti che non rientrano nelle funzioni tipiche di un Ministro degli Esteri e come messo in luce da parte della dottrina, l'applicazione per analogia della Convenzione di Vienna suggerisce ancora una volta l'assenza di una norma generale consuetudinaria valevole per tutti gli organi statali¹⁹⁶.

Allo stesso modo, I giudici della Corte d'Appello francese hanno negato il riconoscimento dell'immunità rispetto all'ex vice Primo Ministro Obiang Mangué¹⁹⁷ poiché al momento dei fatti il Sig. Obiang rivestiva la qualifica di ministro dell'agricoltura e le attività illecite configuranti il reato di corruzione, riciclaggio di danaro e di appropriazione indebita di fondi pubblici non rientrano nelle funzioni sovrane destinarie dell'immunità prevista dal

¹⁹⁵ Tribunale di Roma, Ordinanza 28 febbraio 1987, *Imputato Bigi*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, Cedam, 1988, p. 339 ss.

¹⁹⁶ M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali*, Giappichelli Editore, Torino 2007, p. 41.

¹⁹⁷ Corte d'Appello di Parigi, Obiang Mangué, giudizio del 13 giugno 2013.

diritto internazionale consuetudinario. I *corruption-related crimes*, dunque, costituiscono in tal senso atti di natura privata¹⁹⁸.

Con specifico riferimento alla prassi internazionale, dei principi significativi possono essere ricavati dal già citato caso *Arrest Warrant*¹⁹⁹. La Corte Internazionale di Giustizia, si è pronunciata sulla legittimità del mandato di arresto internazionale emesso dal foro giurisdizionale belga ed ha ritenuto che gli atti realizzati prima dell'assolvimento delle funzioni di Ministro degli Esteri, nonché gli atti realizzati successivamente allo spirare della carica, non esulano dall'esercizio della giurisdizione se si tratta di atti compiuti in veste privata²⁰⁰.

Per ciò che concerne gli organi diversi da quelli appartenenti alla "troika" la stessa Corte Internazionale di Giustizia ha evidenziato che "*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*"²⁰¹.

Per lo più si riscontra che lo svolgimento di funzioni rilevanti sul piano internazionale sia da attribuirsi alla figura incaricata del coordinamento delle operazioni delle forze armate, ovvero il Ministro della Difesa. In più di un'occasione, infatti, in considerazione del rilievo strategico della funzione esercitata dell'organo in esame è stata ritenuta configurabile l'immunità *ratione materiae* in favore dello stesso.

Ne costituisce un esempio il ragionamento avanzato dai giudici svizzeri in proposito del caso Nezzar, vertente sulle gravi violazioni del diritto bellico e sugli atti di tortura di cui fu accusato il Ministro della Difesa ed ex membro dell'Haute Comité d'Etat Khaled Nezzar²⁰². Nel caso di specie, secondo la Corte Federale lo *status* rivestito dall'imputato giustifica la copertura dell'immunità *ratione personae*, nel corso del proprio mandato, e dell'immunità

¹⁹⁸ R. Van Alebeek, *Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts*. The Cambridge Handbook of Immunities and International Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 496-524.

¹⁹⁹ Arrest Warrant of 11 April 2000 (*Democratic Republic of the Congo v. Belgium*), Judgment, I.C.J. Reports 2002, par. 51-55.

²⁰⁰ "*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*", *ibidem* par.61.

²⁰¹ Armed activities on the territory of the Congo (New Application: 2002) (*Democratic Republic of Congo v. Rwanda*) Judgment, I.C.J. Reports 2006, par.47. Il caso ha ad oggetto la violazione di diritti umani realizzata sul territorio congolese da parte delle forze armate del Ruanda.

²⁰² A. v. Office of the Attorney General of Switzerland, Swiss Federal Criminal Court, sentenza 25 luglio 2012, file n. BB.2011.140;

ratione materiae, dall'esercizio della giurisdizione estera allo spirare della carica. Tuttavia, la sistematica lesione dei valori e dei diritti fondamentali da parte dell'imputato non consente di interpretare estensivamente la disciplina dell'istituto dell'immunità funzionale, dal momento che lo stesso legislatore svizzero ha provveduto a criminalizzare la gravità delle condotte configuranti crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio attraverso la modifica del Codice penale svizzero realizzata nel 2011²⁰³.

Un'estensione analogica della disciplina sull'immunità funzionale riconosciuta ai Capi di Stato, Capi di Governo e Ministri degli Esteri è stata realizzata attraverso la decisione del procuratore di Parigi di non avviare il processo nei confronti dell'ex Segretario della Difesa Rumsfeld, accusato di aver ordinato ed incitato i propri subordinati alla realizzazione di atti di tortura nei centri detentivi di Guantanamo Bay (Cuba) e Abu Ghraib (Iraq)²⁰⁴. In questa circostanza è risultato decisivo il parere del Ministro degli Esteri francese, secondo il quale gli atti realizzati nell'ambito delle funzioni ufficiali, non possono essere oggetto di scrutinio giurisdizionale in ossequio ai principi di diritto internazionale consuetudinario.

Dall'analisi della prassi si rileva la tendenza ad associare per analogia la disciplina prevista in favore degli ufficiali diplomatici e consolari alle figure di ex Capi di Stato, ex Capi di Governo ed ex Ministri degli Esteri, in considerazione dello svolgimento di funzioni ufficiali in vece dello stato di appartenenza, destinate ad esplicare la propria efficacia sul piano internazionale.

Tuttavia, la crescente rilevanza del ruolo di organi differenti rispetto a quelli tradizionali nella rappresentanza all'estero degli interessi statali ha determinato l'applicazione in via estensiva delle considerazioni effettuate rispetto agli organi statali di alto rango. L'immunità funzionale si caratterizza, secondo parte della dottrina, per il fatto di essere prevista non in base allo status rivestito dall'organo in esame, bensì tenendo in debita considerazione la funzione rivestita e la condotta posta in essere dall'individuo-organo²⁰⁵ ed è proprio nell'ottica del rilievo internazionale delle funzioni che determinati organi possono essere chiamati a compiere che le decisioni esaminate in questo paragrafo vanno inquadrare. Pur non potendosi configurare da

²⁰³ G. Citroni, *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*, Agosto 2012, Eji!talk!.org, <https://www.ejiltalk.org/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/>

²⁰⁴ M. Langer, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, *The American Journal of International Law*, vol. 105 n. 1, 2015, pp. 51-52.

²⁰⁵ C. I. Keitner, *Foreign Official Immunity and the Baseline Problem*, *Fordham Law Review*, 2011, pp. 605-606.

tale prassi una regola applicabile alla categoria di organi in esame, emerge in ogni caso come i riflessi esterni dell'autorità di stato che il mandato ufficiale può talvolta implicare risultano determinanti ai fini della valutazione circa l'applicabilità dell'immunità *ratione materiae*.

2.4.3. Membri delle forze armate

Il trattamento dei soggetti appartenenti alle forze armate che si trovano sul suolo dello Stato estero e il riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* per la realizzazione di illeciti di natura penale costituisce un tema particolarmente controverso, dal momento che si riscontra l'esistenza di differenti opinioni in dottrina e la prassi si è dimostrata particolarmente incerta sulla natura e sull'ambito di applicazione dell'eventuale eccezione dalla giurisdizione penale estera in proposito a tale categoria di organi, sovrapponendo talvolta i criteri valevoli per la distinta immunità di Stato alla disciplina dell'immunità dell'individuo organo.

Una parte della dottrina ritiene che il fondamento dell'immunità *ratione materiae* della categoria di organi in esame sia da ricercarsi nel principio generale del diritto consuetudinario in base al quale lo Stato sul cui suolo si trovano le truppe militari straniere dovrebbe astenersi, avendo fornito il proprio consenso alla presenza militare, dall'esercitare i propri poteri giurisdizionali nel caso in cui l'illecito viene realizzato all'interno del corpo di truppa e non ha riflessi sulla comunità ospitante né sui cittadini della stessa²⁰⁶. Tale astensione, secondo questa impostazione della dottrina, si giustifica in ragione dell'esistenza di un generico obbligo di non interferire sulla potestà di ciascuno stato di amministrare i propri contingenti finalizzata al “*mantenimento dell'ordine e della disciplina delle forze stesse*”²⁰⁷. In tal senso infatti alcuni autori hanno associato il principio di extraterritorialità²⁰⁸ al trattamento dei membri delle forze armate dovendosi attribuire l'esercizio della potestà punitiva degli organi statali in capo allo

²⁰⁶ P. De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, Milano, Giuffrè Editore, 1996, pp. 244-246.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ R. Borin, *L'extraterritorialità delle Forze Armate*, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1937, p.186.

Stato di appartenenza, ad eccezione di quelle circostanze in cui l'atto illecito venga realizzato al di fuori del servizio militare cui era preposto l'organo in questione.

Un'impostazione dottrinale più recente, invece, ritiene che la disciplina sul trattamento delle forze armate presenti sul territorio estero con il consenso dello Stato territoriale sia da ricercarsi negli strumenti bilaterali costituiti dagli Status of Forces Agreement, dagli accordi ad hoc stipulati in relazione allo svolgimento di missioni di pace dirette dall'ONU, dal trattato multilaterale, concluso a Londra nel 1951, che regola lo status delle forze armate appartenenti all'Alleanza Atlantica del Nord (NATO) ed infine dalle disposizioni che regolano lo status delle forze armate dispiegate nell'ambito dell'Unione Europea contenute nell'EU SOFA risalente al 31 dicembre del 2003²⁰⁹. Si specifica che tali accordi più che disciplinare l'immunità di cui beneficia il personale militare impiegato all'estero, si concentrano sull'individuazione di alcuni criteri finalizzati a ripartire l'esercizio della giurisdizione tra lo Stato di invio e lo Stato sul cui territorio le forze armate si trovano a svolgere determinate funzioni.

L'articolo 7 dell'Accordo di Londra sullo *status* delle forze armate NATO²¹⁰ risulta particolarmente utile per individuare i criteri di riparto del potere giurisdizionale. Ai sensi della disposizione citata, infatti, se l'atto realizzato dal personale militare configura un illecito esclusivamente per lo Stato di invio, il potere di giurisdizione risulta attribuito a quest'ultimo. In caso contrario, qualora la condotta risulti criminalizzata esclusivamente dall'ordinamento dello Stato che ospita le truppe militari, l'ufficiale sarà sottoposto allo scrutinio giurisdizionale dello Stato territoriale.

Nei casi in cui l'atto costituisca un illecito in entrambi gli ordinamenti la giurisdizione dello Stato di invio potrà essere esercitata in via prioritaria se l'illecito costituisce un danno per lo stesso Stato di invio, per i suoi beni o i suoi cittadini o talvolta quando la condotta illecita è il frutto dell'adempimento delle proprie funzioni ufficiali²¹¹.

²⁰⁹ Articolo 17, Accordo tra gli Stati membri dell'Unione europea relativo allo statuto dei militari e del personale civile distaccati presso le istituzioni dell'Unione europea, dei quartieri generali e delle forze che potrebbero essere messi a disposizione dell'Unione europea nell'ambito della preparazione e dell'esecuzione dei compiti di cui all'articolo 17, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea, comprese le esercitazioni, nonché dei militari e del personale civile degli Stati membri messi a disposizione dell'Unione europea per essere impiegati in tale ambito (SOFA UE), 2003.

²¹⁰ Articolo 7, North Atlantic Treaty Organisation Status of Forces Agreement, 1951. Testo integrale: https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm.

²¹¹ M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, pp. 33-37, 2007 Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 33-37.

L'incertezza della disciplina in materia ha avuto dei riflessi sulla prassi e, come anticipato, ha condotto in alcuni casi all'applicazione dell'iter logico-argomentativo tipico dell'immunità di Stato. In proposito, i giudici della Corte di Cassazione pronunciandosi sul caso relativo all'uccisione in Iraq dell'agente italiano Calipari, hanno asserito che gli atti realizzati dall'ufficiale statunitense rientravano nel novero degli atti "iure imperii" e, dunque, nell'adempimento delle funzioni ufficiali proprie della missione militare.

La giurisdizione penale italiana, secondo quanto disposto dalla Sezione Penale della Corte di Cassazione, viene meno in considerazione dell'esistenza e dell'applicabilità al caso di specie di una norma di diritto consuetudinario che sancisce l'immunità *ratione materiae* per le condotte realizzate nell'esercizio delle funzioni ufficiali dell'individuo-organo in questione²¹².

Tuttavia, l'esistenza di tale norma, in assenza di specifiche previsioni convenzionali come previsto per gli ufficiali diplomatici e consolari, è dibattuta in dottrina. Si ritiene infatti che la mera riconducibilità di un atto allo Stato nel cui interesse la funzione ufficiale viene esercitata non costituisce l'unico elemento necessario ai fini della valutazione sull'opportunità di applicare l'immunità funzionale all'individuo-organo membro delle forze armate. Inoltre, la circostanza che lo status delle forze armate venga disciplinato da accordi che si concentrano sulla ripartizione delle competenze giurisdizionali tra gli stati coinvolti nella missione risulta ancor più indicativo dell'inesistenza di una norma consuetudinaria che accorda l'immunità *ratione materiae* a tutti gli organi che agiscono in nome e per conto dello Stato di appartenenza²¹³.

2.5. Applicazione dell'istituto dal punto di vista temporale: durata della copertura degli atti ufficiali dall'immunità funzionale

Uno degli aspetti che differenzia l'immunità *ratione materiae* dall'immunità *ratione personae* è costituito dall'ambito di applicazione temporale, ovvero dalla durata della copertura immunitaria degli atti realizzati dagli ufficiali di Stato.

²¹² N. Ronzitti, *L'immunità Funzionale degli Organi Stranieri dalla Giurisdizione Penale: Il caso Calipari*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fascicolo 4, 2008, pp. 1033-1045.

²¹³ M. Frulli, *On the consequence of customary rule granting functional immunity to state officials and its exceptions: Back to square one*, in *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 26 n. 3, 2016, pp. 479-502.

A tal proposito, infatti, si è già accennato di come l'immunità personale riconosciuta agli organi dello stato di alto rango esaurisca i propri effetti con lo spirare del mandato ufficiale dell'individuo-organo.

L'immunità funzionale dell'individuo-organo viene inquadrata, invece, come “permanent though partial immunity²¹⁴”, dal momento che la sua sfera di operatività non risulta circoscritta alla durata in carica dell'individuo e si applica esclusivamente agli atti realizzati nell'esercizio delle funzioni ufficiali dell'agente di stato, sia durante che dopo che il mandato ufficiale dell'individuo volge al termine.

L'indefinitività dell'immunità *ratione materiae* comporta che l'elemento temporale più che costituire un limite all'efficacia di tale istituto, rappresenta invece una condizione applicativa vera e propria²¹⁵.

In tal senso, si rileva che nel momento in cui l'azione penale viene intentata, è necessario che l'individuo-organo abbia realizzato l'atto durante il proprio mandato ufficiale e che lo stesso atto non configuri una condotta riconducibile alla sfera degli interessi privati del soggetto. D'altronde, infatti, come statuito dalla Corte Federale Svizzera sul caso *Nezzar*²¹⁶: “*functional immunity, [...], cannot protect a former official against criminal prosecution for offences committed before or after leaving office nor for criminal offenses committed during the period whilst in office but which are not connected to that public function*”.

2.6. Eccezioni al Riconoscimento dell'immunità funzionale: crimini internazionali

I Crimini Internazionali costituiscono delle fattispecie delittuose che si distinguono per la penalizzazione di una condotta a partire da previsioni del diritto internazionale.

Tale branca del diritto, come si è accennato nei passaggi che precedono, ha tra i suoi principali destinatari gli Stati. Tuttavia, partendo da un differente approccio determinato dallo svolgimento dei due maggiori conflitti mondiali, si è giunti ad una previsione più dettagliata di

²¹⁴ Y. Dinstein, *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, The International and Comparative Law Quarterly, vol. 15 n. 1, 1966, pp.76-89.

²¹⁵ C. Escobar Hernández, *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/686](#), Sessantasettesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2015, p. 55.

²¹⁶ A. v. Office of the Attorney general of Switzerland, Swiss Federal Criminal Court, sentenza 25 luglio, par 5.3.2., 2012, file n. BB.2011.140;

norme tese ad evitare che i soggetti responsabili di atrocità restassero impuniti. Ciò ha consentito l'individuazione sul piano internazionale di forme di responsabilità connesse alla lesione degli interessi della comunità internazionale, che risultano ora canalizzati anche verso la tutela dei valori fondamentali dell'individuo²¹⁷.

Il Preambolo dello Statuto della Corte Penale Internazionale, in tal senso, individua la pace, la sicurezza ed il benessere della comunità internazionale come i beni giuridici oggetto di tutela delle proprie disposizioni, e nelle disposizioni di cui agli Articoli 6, 7, 8 ed 8bis individua i crimini internazionali distinguendoli in: crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di genocidio e crimine di aggressione²¹⁸.

Sebbene in alcuni casi tali crimini siano stati individuati come delle eccezioni rispetto alla norma di diritto internazionale consuetudinario²¹⁹, che prevede l'esonero dalla giurisdizione penale estera in favore dei funzionari di stato, si ritiene coerente con l'estensione applicativa di tale istituto l'impostazione di parte della dottrina che, al contrario, inquadra le fattispecie in esame sulla base dell'insussistenza del nesso funzionale del mandato dell'ufficiale di Stato rispetto alle azioni da esso realizzate²²⁰. Come evidenziato dall'analisi della Commissione di Diritto Internazionale (di seguito, "Commissione"), tale distinzione non risulta agevole nella prassi²²¹. Tuttavia, ciò non ha impedito di registrare, prescindendo dalla *ratio* sottesa all'inapplicabilità dell'immunità funzionale rispetto ai crimini internazionali, la sussistenza di una generale tendenza da parte delle corti degli stati di non riconoscere l'esonero dalla giurisdizione penale con specifico riferimento all'immunità *ratione materiae*.

I crimini internazionali, per tali intendendosi le ipotesi di responsabilità penale individuale previste in relazione alla commissione di atti che ledono i valori fondamentali della comunità internazionale, costituiscono, ai sensi della bozza di Articolo 7 approvata dalla Drafting Committee della Commissione di Diritto Internazionale, delle circostanze in cui l'istituto dell'immunità funzionale non risulta suscettibile di applicazione concreta.

²¹⁷ E. Greppi, *I Crimini dell'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano 2012, Utet Giuridica.

²¹⁸ M. Mancini, *Crimini internazionali*, 2019, Enciclopedia Treccani.

²¹⁹ R. Van Alebeek, *Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts*, The Cambridge Handbook of Immunities and International law, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp. 496-524.

²²⁰ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano, Cedam, 2018, pp. 178-179.

²²¹ E. Hernández, *Fifth Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, [A/CN.4/701](#), Sessantottesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2016, parr. 115-116.

Esso infatti recita:

“Immunity ratione materiae from the exercise of foreign criminal jurisdiction shall not apply in respect of the following crimes under international law: (a) crime of genocide; (b) crimes against humanity; (c) war crimes; (d) crime of apartheid; (e) torture; (f) enforced disappearance.”²²²

Non risulta che sussista una netta presa di posizione da parte della dottrina e della giurisprudenza circa la ragione dell’esclusione dell’immunità *ratione materiae* per quanto riguarda la commissione di crimini internazionali. In alcuni casi la giurisprudenza ha ritenuto opportuno inquadrare l’impossibilità di applicare l’esenzione immunitaria rispetto allo svolgimento delle funzioni da parte dell’individuo-organo dello Stato.

In tal senso, dunque, uno dei limiti all’immunità funzionale si giustifica per l’impossibilità di ricondurre la realizzazione di un crimine internazionale allo svolgimento del mandato dell’ufficiale di Stato e ciò costituisce espressione della tendenza a negare l’esistenza di una norma consuetudinaria che accordi l’immunità funzionale a tutti gli organi statali in virtù dello svolgimento di funzioni che risultano imputabili allo Stato di appartenenza dell’individuo organo²²³. Secondo parte della dottrina, infatti, percepire la realizzazione di un crimine internazionale come un limite all’ambito di applicazione della norma equivale a ritenere che l’immunità *ratione materiae* costituisce un istituto che si applica esclusivamente in ragione dello svolgimento di alcune funzioni ed ad una limitata categoria di organi di Stato²²⁴.

In alcune circostanze invece, la giurisprudenza ha escluso la possibilità di accordare l’esenzione dalla giurisdizione penale estera alla scadenza del mandato dell’ufficiale di Stato in ragione della particolare gravità degli atti realizzati dallo stesso. In quest’ottica, si presuppone che l’immunità organica costituisca una norma suscettibile di applicazione concreta nei confronti tutti gli organi di stato in ragione della realizzazione di una funzione ufficiale. Pertanto, la gravità dei crimini internazionali costituirebbe una circostanza del tutto eccezionale in cui l’immunità *ratione materiae* non trova applicazione²²⁵.

²²² *Text of draft articles 7 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session of the International Law Commission, [A/CN.4/L.893](#), 65esima Sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2017.*

²²³ R. Nigro, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l’Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, Milano, Cedam, 2018, pp. 179-181.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Ibidem*.

Altre volte invece, la prassi ha adottato entrambe le impostazioni per argomentare il diniego dell'immunità in ragione della realizzazione di crimini internazionali. E' quanto avvenuto nel corso del processo svoltosi nei confronti dell'ex Capo di Stato cileno Augusto Pinochet relativamente all'extradizione richiesta dalla Spagna per la realizzazione di atti di tortura e presa di ostaggi tra il 1988 ed il 1992. In due distinte decisioni, nel 1998 e nel 1999, la House of Lords ha ritenuto che l'ex-presidente Pinochet non potesse beneficiare dell'immunità *ratione materiae* per la realizzazione di atti di tortura sulla base della Convenzione contro la Tortura ed altri Trattamenti Inumani e Degradanti in vigore dal 1987 e della natura cogente del divieto di realizzazione di atti di tortura, che in quanto tale si pone in posizione gerarchica superiore rispetto alle norme che accordano l'immunità per la figura del Capo di Stato. Inoltre, è stato messo in luce che gli atti di tortura non possono essere considerati come atti propri del mandato ufficiale dell'organo in questione²²⁶.

Un peculiare iter argomentativo è stato adottato nella già citata controversia in cui lo Stato dell'Arabia Saudita e il suo funzionario Abdul-Aziz sono stati ritenuti immuni dall'esercizio della giurisdizione civile in relazione alla richiesta di risarcimento del danno avanzato da un cittadino inglese per atti di tortura e trattamenti inumani ricevuti durante un periodo di detenzione in Arabia Saudita. L'elemento peculiare del caso *Jones*, al di là della sovrapposizione della disciplina prevista in materia di immunità statale ed immunità dell'individuo organo, risiede nella differenziazione tra l'immunità dalla giurisdizione civile e l'immunità dalla giurisdizione penale. La House of Lords, contrariamente a quanto affermato in sede di appello, ha ritenuto che l'immunità dall'esercizio della giurisdizione possa essere esclusa, in relazione alla commissione di crimini internazionali, esclusivamente in proposito dei procedimenti penali dal momento che *“the prosecution of a servant or agent for an act of torture within article 1 of the Torture Convention is founded on an express exception from the general rule of immunity. It is, however, clear that a civil action against individual torturers based on acts of official torture does indirectly implead the state since their acts are attributable to it”*²²⁷. Dunque, la circostanza che la condanna dell'ufficiale di Stato implicasse l'imputazione di tali atti allo Stato stesso, avrebbe indirettamente portato al coinvolgimento in giudizio

²²⁶ Ibidem p. 177. Sul punto anche M. Frulli, *Immunità e Crimini Internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, p. 117-125.

²²⁷ House of Lords, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya*, 14 giugno 2006, par. 31. <https://www.refworld.org/pdfid/449801d42.pdf>

dell'entità statale ritenuta peraltro immune dall'esercizio della giurisdizione civile ai sensi dello State Immunity Act del 1978.

In sintesi, sebbene non si possa riscontrare un orientamento netto circa le ragioni dell'esclusione dell'immunità *ratione materiae* per la realizzazione di una particolare tipologia di crimini, nella prassi tale esclusione costituisce una pratica diffusa. Di seguito si chiarirà la portata delle fattispecie elencate dal *Draft Article 7* in cui l'immunità funzionale non trova applicazione.

2.6.1. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità, crimine di aggressione, crimine di genocidio (cenni definitivi)

L'Articolo 5 dello Statuto della Corte Penale Internazionale (di seguito, "la Corte") individua i crimini su cui la stessa può esercitare il proprio potere giurisdizionale, in ossequio alle condizioni di procedibilità nonché di esercizio di competenza fissate dagli Articoli 12 e 13²²⁸. Tra i crimini indicati figurano il crimine di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e il crimine di aggressione, mancando alcune fattispecie tra cui la pirateria sulla quale è sorto un dibattito circa la possibilità di inquadrare tale illecito nel novero dei crimini internazionali.

Per ciò che concerne il crimine di genocidio, esso costituisce una fattispecie che si caratterizza per una particolare intenzione volitiva del soggetto agente: l'intenzione di determinare la fine dell'esistenza di un gruppo razziale, etnico, nazionale e religioso. Lo stesso termine "genocidio", infatti, coniato dal giurista Lemkin dalla fusione dei termini greci e latini, rispettivamente "γένος" e "caedere", corrisponde in senso stretto al significato di "uccisione della specie"²²⁹. La definizione del crimine di genocidio, come indicato dalla sopracitata Convenzione sulla Prevenzione e Repressione del Crimine di Genocidio adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, individua cinque condotte tipiche che realizzate con la volontà di distruggere, dal punto di vista oggettivo, un determinato gruppo (religioso, etnico, razziale e nazionale) configurano il crimine internazionale del genocidio: *omicidio di individui in quanto parte di un determinato gruppo protetto; lesioni psico-fisiche*

²²⁸ M. Mancini, *Crimini internazionali*, Enciclopedia Treccani, 2019.

²²⁹ Larry May, *Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 4,

*arretrate ai soggetti parte del gruppo; sottoposizione della comunità a condizioni di vita degradanti, finalizzate ad ottenere la distruzione in tutto o in parte della stessa (i.e. il razionamento degli alimenti); provvedimenti idonei a limitare ed impedire le nascite all'interno del gruppo; trasferimento forzato di fanciulli da un gruppo ad un altro diverso, allontanando questi ultimi dalle proprie famiglie e comunità con lo scopo di determinare negli stessi una mancanza di consapevolezza del costituire parte di un insieme sociale etnico religioso, razziale e nazionale*²³⁰.

I crimini contro l'umanità, invece, costituiscono una serie di fattispecie che si perfezionano attraverso il compimento di atti particolarmente lesivi dei valori fondamentali di umanità, tra cui la libertà religiosa, culturale, la vita, e risultano testimoni della crescente attenzione del diritto internazionale verso una dimensione individuale ed umana. Essi, con specifico riferimento all'elemento materiale della condotta, possono essere realizzati attraverso: *“l'omicidio volontario, lo sterminio, la riduzione in schiavitù; la deportazione ed il trasferimento di popolazione; la detenzione ed ogni altra grave violazione della libertà personale in violazione del diritto internazionale; la tortura; lo stupro, la schiavitù sessuale, la prostituzione forzata, la sterilizzazione forzata e altre forme di violenza sessuale di analoga gravità, la persecuzione per motivi politici, razziali, nazionali, etnici, culturali, religiosi, di genere o altri motivi non ammessi dal diritto internazionale, la sparizione forzata di persone; l'apartheid e altri atti inumani di carattere analogo comportanti gravi lesioni fisiche o psichiche”*.²³¹

I crimini contro l'umanità penalizzano una serie di condotte lesive della dimensione individuale del soggetto, che rileva in quanto tale e non in quanto parte di un gruppo protetto²³². Tra le condotte persecutorie, inoltre, figura la tutela dell'elemento culturale, costituendo un'ulteriore modalità di tutela della dimensione individuale nel diritto internazionale. Tali fattispecie possono essere realizzate sia in tempo di pace sia nel corso dello svolgimento di un conflitto bellico tra due Stati sovrani e si caratterizzano da un lato per la gravità di tali violazioni, configurando tali atti delle serie violazioni al cosiddetto diritto di umanità, dall'altro

²³⁰ Articolo 2, Convenzione sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio, 1948 New York.

²³¹ Articolo 7(1), Statuto della Corte Penale Internazionale, 1998 Roma.

²³² G. Mettraux, *International Law and Practice: Volume II: Crimes against Humanity*, Oxford, Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2020, p. 799.

per il loro perfezionamento attraverso una molteplicità sistematica di attacchi attuati su vaste aree e diretti contro la popolazione civile²³³.

I crimini di guerra, invece, risultano dalla combinazione di un *corpus* normativo in cui si individua da un lato il diritto dell'Aja, rappresentato dalle convenzioni del 1899 e del 1907, in cui figurano previsioni dirette per lo più agli stati e alle modalità di conduzione delle ostilità (sia interne²³⁴ che internazionali), dall'altro il diritto di Ginevra risultante dalle quattro Convenzioni elaborate nel 1949, vertenti sulla protezione dei civili nonché dei militari feriti in guerra²³⁵. A seconda dei soggetti, dei beni nei cui confronti determinati atti vengono realizzati e, talvolta, delle modalità e dei mezzi di realizzazione di tali condotte, si individuano distinte categorie di crimini di guerra realizzabili:

- contro soggetti, non direttamente coinvolti nelle conduzioni delle ostilità nonché di prigionieri di guerra;
- contro beni, non destinati allo svolgimento delle operazioni militari;
- con metodi di conduzione delle ostilità proibiti (i.e. l'impiego di civili come scudi umani);
- con mezzi di combattimento proibiti;

Relativamente al crimine di aggressione, introdotto attraverso un emendamento dello Statuto della Corte nel 2010, esso configura una fattispecie criminosa che mira alla penalizzazione della premeditazione dell'utilizzo della forza armata da parte di uno Stato nei confronti di un altro. Tale delitto viene tradizionalmente definito di "*leadership*" o di comando in quanto individua la responsabilità penale per la realizzazione di condotte configuranti il crimine di aggressione in capo ai soggetti che dirigono l'attività delle forze armate di un determinato paese contro "la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro stato"²³⁶.

2.6.2. Seguono: tortura, apartheid e sparizioni forzate.

²³³ Articolo 7(2), Statuto della Corte Penale Internazionale, 1998 Roma.

²³⁴ Si rimanda all'articolo 3 comune delle convenzioni di Ginevra del 1949, che a determinate condizioni prevede la criminalizzazione di alcune condotte connesse allo svolgimento di conflitti di natura interna piuttosto che internazionale.

²³⁵ E. Greppi, *I Crimini dell'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Utet Giuridica, 2012, pp. 65-115.

²³⁶ Articolo 8bis (2), Statuto della Corte Penale internazionale, 1998 Roma.

I crimini di tortura, apartheid e sparizioni forzate risultano tra i casi individuati dalla Commissione di Diritto internazionale in cui l'immunità *ratione materiae* non potrà essere applicata al caso concreto in alcun modo.

La tortura configura un crimine particolarmente grave per il suo potenziale lesivo della dignità dell'individuo. Essa si realizza attraverso atti di violenza fisica e mentale idonea a coartare la volontà di un individuo, rendendolo vulnerabile e pertanto maggiormente propenso a rivelare informazioni per cui il soggetto attivo del reato nutre interesse. In proposito dell'ambito di applicazione *ratione personarum*, si ritiene che il perfezionamento di questa fattispecie, così come risultante dalla definizione di cui all'Articolo 1 della Convenzione contro la Tortura ed altri Trattamenti Inumani e Degradanti²³⁷, presuppone che i membri delle forze dell'ordine, o ancora i soggetti che agiscono in forza della connivenza delle stesse, siano soggetti attivi del reato.

Per ciò che attiene alla distinzione tra le fattispecie criminose di tortura e trattamenti inumani e degradanti, invece, si considerano fondamentali le intenzioni del soggetto agente, nonché l'insussistenza di una situazione di controllo tra soggetto attivo del reato e vittima e non gli elementi dell'intensità o la gravità dell'inflizione.

Con in termine "*apartheid*" si intende un crimine internazionale rientrante nella categoria dei crimini contro l'umanità e che si caratterizza per la realizzazione di una serie di condotte, corrispondenti ad una politica statale che non mira all'eliminazione del gruppo in quanto tale, bensì risulta finalizzata alla prevalenza di "gruppo razziale" su un altro. Tale crimine nasce da una prassi sviluppatasi a partire dal 1948 in alcuni stati sud-africani, dove sono state realizzate politiche dedite a feroci repressioni dei diritti di un determinato gruppo razziale. Tali prassi e, soprattutto, le movimentazioni di gran parte della comunità internazionale hanno fornito impulso alla formazione della Convenzione sull'Eliminazione e Repressione del Crimine di Apartheid, nel 1973. Quest'ultima, nel definire all'Articolo 2 il crimine di *apartheid*, elenca altresì una serie di condotte idonee a configurare tale fattispecie

²³⁷ Esso, al paragrafo 1 recita: "*for the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions*".

che non solo possono avere ad oggetto la privazione del bene vita, ma includono anche la privazione della possibilità per un determinato gruppo razziale di contribuire attivamente alle attività politiche, sociali ed economiche di uno Stato.

Le sparizioni forzate, invece, consistono in atti di privazione della libertà individuale realizzate dalle forze dell'ordine di uno stato in via del tutto illegittima. In tal senso, infatti, si individuano le sparizioni di individui che di fatto sono detenuti all'interno di strutture la cui collocazione geografica resta sconosciuta per i familiari del detenuto. La Convenzione Internazionale per la Protezione di tutte le Persone dalla Sparizione Forzata (di seguito anche "CED") individua la configurazione di tale fattispecie nei seguenti atti: *"l'arresto, la detenzione, il rapimento o qualsiasi altra forma di privazione della libertà da parte di agenti dello Stato o da persone o gruppi di persone che agiscono con l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza dello Stato, seguito da dal rifiuto di comunicare la privazione della libertà o dall'occultamento della sorte o del luogo in cui si trova la persona scomparsa, che pongono tale persona al di fuori della protezione della legge."*²³⁸

La CED, inoltre, prosegue definendo all'Articolo 5 la sparizione forzata come un crimine contro l'umanità e tale aspetto non è rimasto insuscettibile di osservazioni circa l'autonoma previsione di tale fattispecie all'interno della Bozza di Articolo 7 summenzionato²³⁹. In occasione della Sessantanovesima sessione si è registrata, a tal proposito, la titubanza di alcuni stati relativamente all'inserimento di un ulteriore specificazione di quel che è configurabile come un crimine contro l'umanità, ritenendola "superflua"²⁴⁰.

2.6.3. "Territorial Tort Exception", possibile eccezione all'applicabilità dell'immunità *ratione materiae*?

Tradizionalmente, la *territorial tort exception* costituisce una delle circostanze in cui viene meno l'immunità giurisdizionale degli stati dalle azioni di risarcimento del danno,

²³⁸ Articolo 2, Convenzione Internazionale per la Protezione di tutte le Persone dalla Sparizione Forzata, 2006 New York.

²³⁹ A. Rajput, *Statement of the Chairperson of the Drafting Committee*, International Law Commission, Sessantanovesima Sessione di Lavori, Ginevra 2017.

²⁴⁰ Ibidem.

realizzatosi in conseguenza di una lesione o dell'evento morte arrecata ad un individuo o ad un bene sul territorio dello Stato del foro.

Originariamente tale principio fu concepito con l'intento di prevenire l'applicazione dell'immunità in relazione alle lesioni determinate da incidenti stradali causati da uno Stato sul territorio estero²⁴¹. Esso costituisce un principio di diritto consuetudinario, non applicabile nel contesto dei conflitti armati²⁴² ed una delle sue prime formulazioni risale alla Convenzione Europea sull'Immunità degli Stati, conclusa a Basilea nel 1972, di cui all'Articolo 11²⁴³.

Un ulteriore strumento di diritto internazionale pattizio che ha cristallizzato il principio della *Territorial Tort Exception* è rappresentato dalla Convenzione sulle Immunità Giurisdizionali degli Stati e dei loro beni del 2004. In essa, la disposizione di cui all'Articolo 12 prescrive: “ *Unless otherwise agreed between the States concerned, 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*”. L'elemento della *Territorial Tort Exception* è venuto in rilievo rispetto al tema dell'immunità individuale *ratione materiae* a partire dai lavori della Commissione di Diritto Internazionale indirizzati dallo Special Rapporteur Kolodkin, secondo il quale la circostanza che un illecito penale fosse stato realizzato da un ufficiale di stato la cui presenza sul territorio estero non era stata consentita determinasse il venir meno dell'immunità *ratione materiae*, costituendo un'eccezione all'esenzione degli ufficiali di stato dall'esercizio della giurisdizione penale estera²⁴⁴.

²⁴¹ H. Fox, QC, P. Webb, *The Law of State Immunity*, terza edizione. Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 470.

²⁴² International Court of Justice, *Jurisdictional Immunity of the State, (Germany v. Italy, Greece intervening)*, Judgement ICJ Records, 2012, p. 99, par. 68.

²⁴³ Esso recita: “*a Contracting State cannot claim immunity from the jurisdiction of a court of another Contracting State in proceedings which relate to redress for injury to the person or damage to tangible property, if the facts which occasioned the injury or damage occurred in the territory of the State of the forum, and if the author of the injury or damage was present in that territory at the time when those facts occurred*”.

²⁴⁴R. Kolodkin, *Second Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 10 giugno 2010, [A/CN.4/631](#), Sessantaduesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, parr. 81-88.

Successivamente, nell'ambito dell'elaborazione del Draft Article 7, dalla proposta avanzata dalla Special Rapporteur Hernández²⁴⁵, contenente al par. 3 un riferimento alla *territorial tort exception* che peraltro non è stato accolto dalla Drafting Committee, è scaturito un dibattito sull'utilità di tale eccezione, dal momento che nel caso in cui l'ufficiale di Stato si trovi sul territorio estero senza il consenso dello Stato in cui si trova, l'ufficiale in questione non può in principio beneficiare dell'immunità funzionale dalla giurisdizione penale estera. L'introduzione di una specifica eccezione in tal proposito è stata, infatti, ritenuta "superflua"²⁴⁶.

Nonostante molte legislazioni nazionali abbiano introdotto il principio della *Territorial Tort Exception*²⁴⁷ in riferimento alla disciplina del diverso istituto dell'immunità di Stato, si può riscontrare come la maggior parte delle circostanze in cui tale principio è stato invocato in giurisprudenza riguardavano l'esercizio della giurisdizione civile. Dunque pur assumendo che tale principio corrisponda al diritto consuetudinario internazionale, risulta difficile configurare in via analogica la medesima eccezione in riferimento all'immunità degli agenti di Stato dall'esercizio della giurisdizione penale.

La considerazione di un elemento che attiene propriamente alla disciplina dell'immunità di Stato conferma, inoltre, la frequente tendenza della prassi e della dottrina di sovrapporre la disciplina dell'immunità *ratione materiae* al differente istituto dell'immunità statale.

²⁴⁵ E. Hernández, *Fifth Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, 14 giugno 2016, [A/CN.4/701](#), Sessantottesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, parr. 225-229.

²⁴⁶ Aniruddha Rajput, Statement of the Chairperson of the Drafting Committee, Sessantanovesima sessione di lavoro della Commissione di Diritto Internazionale, 2017, p. 11. [;https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2017_dc_chairman_statement_iso.pdf&lang=E](https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/statements/2017_dc_chairman_statement_iso.pdf&lang=E)

²⁴⁷ Sul punto è particolarmente utile la ricostruzione realizzata all'interno della Dissenting Opinion del giudice Gaja in *Jurisdictional Immunities of States, Germany v. Italy*, 2012, pp. 312-313.

Capitolo III

Il caso Enrica Lexie

SOMMARIO: 3.1. I Fatti; 3.2. L'inizio di una lunga vicenda processuale; 3.3. Attivazione della procedura di arbitrato e misure provvisorie del tribunale; 3.4. Convenzione delle Nazioni Unite del Diritto del Mare ed esercizio della giurisdizione; 3.5. La rilevanza preliminare dell'immunità funzionale e la natura delle funzioni svolte dai fucilieri della Marina; 3.6. Due prospettive a confronto, Italia: immunità attivabile in relazione a qualunque tipo di atto coercitivo; 3.6.1. Segue, India: *Territorial Tort Exception* come principio consuetudinario; 3.7. Determinazioni del Tribunale sul merito dell'argomento: la sussistenza dell'immunità *ratione materiae* in favore dei Marò italiani.

3.1.I fatti

Il 2 agosto 2011 è stata approvata la legge 130, che converte il D.L. 170/2011 emanato in attuazione delle risoluzioni 1897 del 2009, 1970 e 1973 del 2011 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, che prevede la possibilità di impiegare del personale militare o degli agenti di sicurezza privata sulle navi commerciali, al fine di contrastare e reprimere il fenomeno della

pirateria su determinate rotte considerate altamente rischiose sulla base delle determinazioni contenute in un decreto emanato dal Ministero della Difesa. L'articolo 5 della L. 130/2011 prevede in tal senso la possibilità di imbarcare i cosiddetti Nuclei Militari di Protezione con la finalità di garantire “*la libertà di navigazione del naviglio commerciale nazionale*”, attraverso la stipula di un accordo tra il Ministero della difesa e un armatore privato o con l'associazione di rappresentanza di categoria²⁴⁸.

Sulla base della disciplina istituita di lì a poco, la petroliera Enrica Lexie, partita da Singapore, il 14 febbraio lasciò la città di Galle, dopo aver imbarcato un Nucleo Militare di protezione costituito da sei membri della marina, dirigendosi verso la città egiziana di Saint Port. Il successivo 15 febbraio 2012 la petroliera, alle 16 e 30 circa, si imbatté in un'imbarcazione sospetta in avvicinamento²⁴⁹. Tale imbarcazione, denominata Saint Anthony, disponeva di pneumatici collocati in sostituzione dei parabordi e si avvicinava progressivamente alla petroliera italiana. Il Capitano della nave, Noviello, ha tentato di stabilire senza successo un contatto radio con l'imbarcazione e, avendo quest'ultima raggiunto una distanza molto ravvicinata dalla petroliera italiana, alcuni dei membri del nucleo militare hanno provveduto ad effettuare delle segnalazioni con delle luci di emergenza. Successivamente, i fucilieri Salvatore Girone e Massimiliano Latorre hanno sparato diverse serie di colpi di avvertimento in mare dal momento che la St. Anthony si era ormai avvicinata ad una distanza di circa 30 metri. L'imbarcazione, quindi, iniziò una fase di allontanamento dall'Enrica Lexie, con due degli undici membri dell'equipaggio deceduti a seguito della sparatoria.

Tuttavia, non avendo percepito le conseguenze dei colpi di avvertimento, la petroliera continuò il proprio tragitto sino a che, giunti ad una distanza di 39 miglia dal luogo in cui si è verificato l'incidente, al capitano della nave è stato richiesto di rientrare al porto di Kochi, per identificare alcuni soggetti sospettati di aver commesso atti di pirateria.

Secondo la versione del Capitano dell'imbarcazione St. Anthony, invece, dopo aver trascorso diversi giorni in mare ed a seguito di una lunga notte di pesca, gran parte dell'equipaggio dell'imbarcazione era assopito. Egli raccontò che, dopo essersi addormentato,

²⁴⁸Il protocollo d'intesa elaborato dal Ministero della Difesa unitamente Confederazione Italiana Armatori è consultabile al seguente link: testo consultabile al seguente link: http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/diritti-umani-conflitti-armati/materiale-da-archiviare/dudu-2013/salerno/B_101011_Convenzione_Difesa_CONFITARMA_UG.pdf.

²⁴⁹ La ricostruzione dei fatti risulta in parte divergente. Secondo la versione italiana, a partire dalle ore 16 sui radar della nave Enrica Lexie poteva registrarsi la presenza di un'imbarcazione distante otto miglia. Tribunale Arbitrale, Repubblica Italiana c. Repubblica Indiana, *The Enrica Lexie Incident*, caso n.2015-28, 21 maggio 2020, parr. 87-104.

alle 16 e 30 circa del 15 febbraio si svegliò improvvisamente dopo aver udito una serie di spari provenienti da una nave distante circa 200 metri dall'imbarcazione, ai quali non era preceduto nessun avviso o segnalazione. Avvedutosi immediatamente della gravità della situazione e delle gravi condizioni di due dei membri dell'equipaggio, il comandante della Saint Anthony prese il comando del natante, allontanandosi dalla petroliera italiana²⁵⁰. Giunto al porto, il capitano dell'imbarcazione S. Anthony informò la polizia dello Stato del Kerala di una sparatoria, avvenuta al largo della costa del paese, che ha causato la morte di due membri dell'equipaggio.

Dopo alcune verifiche, la guardia costiera indiana intimò al Comandante della nave Enrica Lexie di rientrare nel porto di Kochi. Successivamente, all'arrivo della petroliera nella città di Kochi seguì, il 19 febbraio, l'arresto e la detenzione dei due fucilieri Salvatore Girone e Massimiliano Latorre.

3.2.L'inizio di una lunga vicenda processuale

Sin dal primo momento le autorità italiane hanno sostenuto l'assenza della giurisdizione delle autorità indiane. Il 20 febbraio il collegio difensivo italiano ha inviato una richiesta di diniego di giurisdizione all'Alta Corte del Kerala, sostenendo parimenti la sussistenza dell'immunità funzionale dei due fucilieri italiani in quanto organi agenti su ordine dello Stato italiano²⁵¹.

La difesa italiana ha, infatti, ritenuto che nel caso in esame la giurisdizione spetti allo Stato di bandiera degli imputati, in ossequio a quanto previsto dall'Articolo 97 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare²⁵², dal momento che il fatto contestato

²⁵⁰ *Ibidem*, parr. 105-117.

²⁵¹ Alta Corte del Kerala, *Writ Petition* No. 4542 of 2012, 20 February 2012.

²⁵² L'articolo 97 della Convenzione Delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare recita: “ *In caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare che implichi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio, non possono essere intraprese azioni penali o disciplinari contro tali persone, se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza. 2. In ambito disciplinare, lo Stato che ha rilasciato la patente di capitano o un'idoneità o licenza è il solo competente, dopo aver celebrato un regolare processo, a disporre il ritiro di tali documenti, anche nel caso che il titolare non sia cittadino dello Stato che li ha rilasciati. 3. Il fermo o il sequestro della nave, anche se adottati come misure cautelari nel corso dell'istruttoria, non possono essere disposti da nessuna autorità che non sia lo Stato di bandiera*”; Traduzione disponibile su Eurlax: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21998A0623\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:21998A0623(01)&from=IT)

sarebbe avvenuto al di là del mare territoriale indiano e in tale circostanza “*non possono essere intraprese azioni penali o disciplinari contro tali persone, se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza*”. Inoltre, in considerazione del fatto che i due fucilieri stavano svolgendo un’attività per conto del Ministero della Difesa, nel proteggere la nave italiana da eventuali attacchi realizzati da pirati, e pertanto accingendosi a svolgere una funzione ufficiale, potevano esclusivamente essere subordinati alla giurisdizione dello Stato di bandiera, ovvero lo Stato italiano, poiché immuni dalla giurisdizione penale del foro estero.

L’istanza fu rigettata dall’Alta Corte del Kerala con sentenza del 29 maggio 2012²⁵³. I giudici dell’Alta Corte hanno escluso l’applicabilità dell’Articolo 97 al caso di specie sia poiché i fatti sono avvenuti nella Zona Economica Esclusiva indiana e non in alto mare sia poiché ai sensi dell’Articolo 97 il termine “*incident of navigation literally means ‘an event or happening, especially one causing trouble’. Generally it occurs unexpected or unanticipated. Thus speaking, an ‘incident of navigation’ would generally mean an event that has a bearing on the navigation. In the present case, nothing of that sort happened*”²⁵⁴, escludendo che l’uccisione di due pescatori rientrasse, secondo una lettura estensiva del significato del termine, nella nozione di atti avvenuti durante la navigazione.

Sull’immunità funzionale invece, i giudici pronunciarono affermando che i due imputati, sebbene stessero operando nel regime giuridico stabilito dal protocollo sancito tra Confitarma e il Ministero della Difesa italiano, erano impiegati su base contrattuale a protezione degli interessi di natura privatistica di un soggetto privato. Pertanto, non realizzando un’attività tipica di un mandato ufficiale eseguito nell’interesse dell’autorità statale, l’argomento relativo all’applicabilità dell’immunità funzionale dalla giurisdizione penale non poteva essere accolto²⁵⁵. Pur riconoscendo l’esistenza in diritto internazionale e nazionale di una disciplina che accorda l’immunità, definita dai giudici dell’alta corte del Kerala come “*sovereign immunity*”, l’ambito applicativo della stessa dipende dalle circostanze fattuali di ciascun caso. Nel caso di specie, i due fucilieri, in totale autonomia, non ebbero alcun ordine dal Comandante della nave di sparare i colpi di avvertimento che hanno cagionato la morte dei due pescatori. Dunque, omettendo di considerare la netta divisione dei ruoli tra il responsabile del personale

²⁵³ N. Ronzitti, *Enrica Lexie Incident: Law of the Sea and Immunity of State Officials Issues*, Italian Yearbook of International Law, vol. 22, 2013.

²⁵⁴ Alta Corte del Kerala, *Massimilano Latorre v. Union of India*, WP(C) No. 4542, 29 maggio 2012, par. 26.; <https://indiankanoon.org/doc/191738505/>

²⁵⁵ *Ibidem*, par. 47.

militare a bordo e il Comandante della nave realizzata dalla disciplina italiana²⁵⁶, i giudici esclusero lo svolgimento di una funzione di Stato tutelata dalla norma sull'immunità nella circostanza in esame.

Ciononostante, il 30 maggio 2012 l'Alta Corte del Kerala ha approvato il rilascio su cauzione dei fucilieri, prevendendo allo stesso tempo la consegna del passaporto e l'obbligo di recarsi quotidianamente al Commissariato di Polizia di Kochi e di non allontanarsi oltre i 10 km dallo stesso.

Nel frattempo, il rigetto dell'istanza presentata dal collegio difensivo è stato successivamente impugnato dinnanzi alla Corte Suprema indiana (di seguito la "Corte"), la quale si è pronunciata con sentenza il 18 gennaio 2013 anche sul ricorso presentato dalla difesa italiana ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione indiana. Uno degli aspetti cruciali della pronuncia della Corte è rappresentato dalla qualificazione giuridica e dal diritto applicabile nel luogo in cui si ritiene siano avvenuti i fatti contestati al maresciallo Massimiliano Latorre ed al sergente Salvatore Girone. Sull'esercizio della giurisdizione penale, i giudici hanno infatti ritenuto che la disciplina fornita dalla Sezione A dell'Articolo 188 del Codice di Procedura Penale indiano,²⁵⁷ a seguito della "Notification" elaborata dal Ministero degli Affari Interni indiano del 27 agosto 1981, vada applicata alla Zona Economica Esclusiva indiana che si estende per 200 miglia comprendendo la zona contigua ai sensi del Maritime Zone Act del 1976²⁵⁸. Secondo la Corte, alla luce della citata disciplina, lo Stato Centrale Indiano ha la possibilità di esercitare la propria giurisdizione e di coordinare lo svolgimento degli atti investigativi per le condotte verificatesi nella zona al di fuori del mare territoriale e nella porzione di mare ricompresa entro la zona economica esclusiva e non lo Stato Federale del

²⁵⁶ L'Articolo 5 della L.130/2011 assegna al Comandante del nucleo militare di protezione la responsabilità per lo svolgimento delle misure di contrasto alla pirateria e l'Articolo 4 dell'accordo stipulato tra il Ministero della Difesa e Confitarma reca una ripartizione delle competenze che prevede che il Comandante della Nave sia responsabile della navigazione della nave mentre la direzione delle misure per contrastare un attacco pirata è affidata al Comandante del NMP, effettuando, effettua un richiamo alla disciplina prevista dall'Articolo 5 della L.130/2011 al par.4.4, testo consultabile al seguente link: http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/diritti-umani-conflitti-armati/materiale-da-archiviare/dudu-2013/salerno/B_101011_Convenzione_Difesa_CONFITARMA_UG.pdf.

²⁵⁷ L'Articolo recita: " *Offence committed in exclusive economic zone: When an offence is committed by any person in the exclusive economic zone described in sub-section(1) of Section 7 of the Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act, 1976 (80 of 1976) or as altered by notification, if any, issued under sub-section (2) thereof, such person may be dealt with in respect of such offence as if it had been committed in any place in which he may be found or in such other place as the Central Government may direct under Section 13 of the Said Act*".

²⁵⁸ Corte Suprema Indiana, *Republic of Italy v. Union of India*, caso n. 4SCC721, 28 febbraio 2013, par. 128

Kerala, il cui potere giurisdizionale è limitato alla soglia di 12 miglia nautiche, entro le quali si estende il mare territoriale²⁵⁹.

Inoltre, sul significato del termine “incidente di navigazione” ai sensi dell’Articolo 97 invocato dalla difesa italiana²⁶⁰, i giudici della Corte Suprema si sono espressi ritenendo che la fattispecie non è suscettibile di applicazione concreta nella circostanza in esame, dal momento che non si è verificata una collisione tra due imbarcazioni e l’espressione “*incident of navigation*” “*cannot be extended to a criminal act*”²⁶¹. Le disposizioni di cui al Capitolo 7 della Convenzione di Montego Bay si applicherebbero, pertanto, esclusivamente all’area marina dell’alto mare e non alla zona economica esclusiva, di cui è parte la zona contigua in cui si è registrata la condotta degli imputati²⁶².

Tuttavia, l’argomento dell’immunità funzionale dei fucilieri è stato affrontato in modo molto marginale dalla Corte Suprema Indiana. Sull’aspetto dell’esenzione dalla giurisdizione penale estera, la difesa italiana ha messo in luce come la condotta del personale della marina è stata oggetto di specifico riconoscimento e di conferma da parte delle autorità statali: in tal senso si è fatto riferimento alla Nota Verbale inviata al Ministero degli Affari Esteri indiano n.95/553 con cui l’ambasciatore italiano a New Delhi ha indicato che gli ufficiali della marina hanno agito ed esercitato le proprie funzioni ufficiali alla stregua della legislazione nazionale nel proteggere la nave nelle zone marittime al di fuori del territorio italiano, in cui il rischio di pirateria era da considerarsi elevato all’epoca dei fatti²⁶³. La difesa dell’Unione indiana invece ha considerato che, in assenza di specifiche disposizioni elaborate in occasione dello svolgimento delle funzioni ufficiali da parte delle forze armate sul territorio estero sul riparto del potere giurisdizionale tra i paesi coinvolti, la giurisdizione spetta allo stato sul cui territorio tali attività sono svolte²⁶⁴. Perlopiù si rileva che tra lo Stato indiano e l’Italia non sia mai stato concluso un accordo sul modello del cosiddetto *Status of Forces Agreement*²⁶⁵.

²⁵⁹ *Ibidem*, par. 84 della sentenza : “*What, in effect, is the result of such extension is that the Union of India extended the application of the [Indian Penal Code](#) and [the Code of Criminal Procedure](#) to the Contiguous Zone, which entitled the Union of India to take cognizance of, investigate and prosecute persons who commit any infraction of the domestic laws within the Contiguous Zone*”.

²⁶⁰ *Ibidem*, par. 26 della sentenza.

²⁶¹ *Ibidem*, par. 96.

²⁶² *Ibidem*, opinione del giudice Chelameswar J., par. 153(36).

²⁶³ *Ibidem*, par. 44-45.

²⁶⁴ G.M. Fanelli, *Profili giuridici della recente controversia tra Italia e India nel caso dei fucilieri del Battaglione San Marco*, La Comunità Internazionale, vol. 68 n. 3, 2013.

²⁶⁵ D. Ireland- Piper, *The Enrica Lexie and St. Anthony, a Voyage into jurisdictional conflict*, QUT Law Review, 2014, p. 83.

Tuttavia, non avendo adottato una posizione specifica sull'aspetto dell'esenzione dalla giurisdizione penale estera in ragione dello svolgimento di una funzione ufficiale per conto dello Stato di appartenenza, sembra che i giudici non abbiano tenuto conto delle argomentazioni avanzate dalle parti. Essi si sono limitati a ritenere che “*some public ships and armed forces of foreign States may enjoy a degree of immunity from the territorial jurisdiction of a nation*²⁶⁶” concentrandosi principalmente sul tema della giurisdizione territoriale piuttosto che sull'eventuale questione preliminare dell'esenzione dalla stessa.

La Corte Suprema ha inoltre disposto l'istituzione di un Tribunale Speciale che potrà applicare le disposizioni di cui alla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (nei limiti della loro compatibilità rispetto al diritto interno), al Maritime Zone Act del 1976 nonché al Codice penale ed al Codice di procedura penale indiani, dinnanzi al quale le parti hanno la possibilità rimettere in discussione l'aspetto del conflitto di giurisdizione e dell'immunità funzionale.

Come si ricava da una precisa ricostruzione della vicenda processuale fornita dal dispositivo reso dal Tribunale Arbitrale, che sarà esaminato in seguito, il 1 aprile 2013 il Ministero degli Affari Interni indiani ha deferito le indagini del caso alla National Investigation Agency of India, competente ad investigare sulle violazioni della disciplina di cui al *Suppression of Unlawful Acts Against Safety of Maritime Navigation Act* del 2002 (di seguito, “SUA”), che prevede la possibilità di comminare la pena capitale per le violazioni della sezione 3(g) della suddetto atto.

Tuttavia, su ricorso della difesa italiana, la Corte Suprema indiana ha previsto nel 2014, tenendo soprattutto in considerazione il parere fornito dal *Ministry of law* che l'atto legislativo finalizzato alla repressione di atti in contrasto con la sicurezza di navigazione, che il SUA non sia applicabile al caso di specie ed ha successivamente indicato la sospensione del procedimento dinnanzi all'istituendo Tribunale Speciale indiano²⁶⁷.

3.3. Attivazione della procedura di arbitrato e misure provvisorie del tribunale

²⁶⁶ Corte Suprema Indiana, *Republic of Italy v. Union of India*, caso n. 4SCC721, 28 febbraio 2013, par. 98

²⁶⁷ Rispettivamente: - Order of the Supreme Court of India of 24 february 2014, Annex IT- 55; - Order of the Supreme Court of India of 28 march 2014, Annex IT-57. Entrambi i documenti sono reperibili al seguente link: <https://pca-cpa.org/en/cases/117/>.

Dopo un vano tentativo di scambio diplomatico di vedute con l'Unione Centrale indiana, il 24 giugno 2015 l'Italia ha deferito la risoluzione della controversia ad un Tribunale Arbitrale costituito ai sensi dell'articolo 287 annesso VII della Convenzione di Montego Bay²⁶⁸, e competente a decidere delle questioni che vertono sull'interpretazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare. L'annesso VII della Convenzione su Diritto del Mare ne regola il funzionamento e si prevede che la controversia sia affidata alle valutazioni di 5 arbitri, di cui due nominati da ciascuno Stato e gli altri nominati di comune accordo²⁶⁹. In attesa della costituzione del Tribunale Arbitrale, l'Italia attivò la giurisdizione cautelare provvisoria del Tribunale Internazionale del Diritto del Mare, ad Amburgo, con la finalità di tutelare gli interessi delle parti ai sensi dell'Articolo 290(5) della Convenzione di Montego Bay²⁷⁰. In particolare, il collegio difensivo italiano ha richiesto al Tribunale di Amburgo:

- 1) che l'India si astenesse dall'esercitare i propri poteri giurisdizionali attraverso l'adozione e l'esecuzione di misure giudiziarie o amministrative nei confronti dei fucilieri italiani;
- 2) e che le restrizioni della libertà personali venissero allentate per consentire al sergente Girone di ritornare in Italia ed al sergente Latorre di rimanervi durante il procedimento arbitrale²⁷¹.

Sussistendo la giurisdizione *prima facie* sulla controversia e l'ulteriore requisito dell'urgenza previsti dall'Articolo 290(5), il Tribunale Internazionale del Diritto del Mare si è pronunciato con ordinanza il 24 agosto 2015 non accogliendo le pretese avanzate dalla difesa italiana. Tuttavia, avvalendosi della previsione di cui all'Articolo 89(5) delle regole di

²⁶⁸ R. Virzo, *The Dispute Concerning the Enrica Lexie Incident and the Role of International Tribunals in Provisional Measure Proceedings Instituted Pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses, Leiden, Brill, 2017.

²⁶⁹ Par. b, c, d Annex VII, *UN Convention on the Law of the Sea*, 1982

²⁷⁰ L'Articolo recita al par. 5: "nelle more della costituzione di un tribunale arbitrale investito di una controversia ai sensi della presente sezione, qualunque corte o tribunale designato di comune accordo dalle parti od, in difetto di tale accordo, entro un termine di due settimane dalla richiesta delle misure cautelari, il Tribunale internazionale per il diritto del mare od, in caso di attività svolte nell'Area, la Camera per la soluzione delle controversie relative ai fondi marini, può adottare, modificare o revocare le misure cautelari conformemente al presente articolo se ritiene, *prima facie*, che il tribunale da costituire avrebbe la competenza e che l'urgenza della situazione così esiga. Una volta costituito, il tribunale cui la controversia sia stata sottoposta, agendo conformemente ai numeri da 1-4, può modificare, revocare o confermare queste misure cautelari".

²⁷¹ Il Sergente Latorre, infatti, è rientrato in Italia sia nel 2013 che successivamente nel 2014 per motivi di salute. Dopo una serie di proroghe concesse dalla Corte Suprema indiana il fuciliere della marina ha potuto proseguire le sue cure riabilitative in Italia.

procedura²⁷², il Tribunale ha prescritto che “*Italy and India shall both suspend all court proceedings and shall refrain from initiating new ones which might aggravate or extend the dispute submitted to the Annex VII arbitral tribunal or might jeopardize or prejudice the carrying out of any decision which the arbitral tribunal may render*”²⁷³ adottando così una decisione autonoma dalle richieste delle parti, finalizzata ad evitare che gli effetti di eventuali procedimenti giudiziari possano pregiudicare l’attività dell’istituendo Tribunale Arbitrale²⁷⁴.

Anche la procura militare e la procura ordinaria di Roma italiane hanno infatti attivato l’esercizio dell’azione penale, inviando peraltro numerose rogatorie, in cui si richiedeva sia la trasmissione di documenti ed elementi rilevanti ai fini dello svolgimento delle indagini e sia la partecipazione delle autorità italiane agli interrogatori ed alle deposizioni, alle quali non è seguito alcun riscontro.

A seguito della costituzione del Tribunale Arbitrale, nel dicembre 2015 l’Italia ha elaborato un’ulteriore richiesta di misure provvisorie ai sensi dell’Articolo 290(1) della Convenzione sul Diritto del Mare, sostenendo non l’immediato rilascio bensì una “*relaxation of the bail conditions*” dell’isolamento sociale cui è sottoposto il sergente Girone, in modo da consentirne il rientro in Italia e la permanenza ivi sino alla conclusione del procedimento²⁷⁵. Il 26 Aprile 2016 all’unanimità il Tribunale Arbitrale ha ritenuto che nella circostanza in esame, considerando la sospensione dei procedimenti e la disponibilità dell’Italia a fornire adeguate garanzie sul ritorno dei fucilieri in India nel caso in cui il Tribunale Arbitrale si fosse pronunciato a favore della giurisdizione penale indiana, la tutela degli interessi di entrambi i paesi sarebbe garantita con la possibilità per il sergente Girone di trascorrere in Italia il periodo che precede la sentenza definitiva. Il Tribunale, in tal senso, ha rilevato che non vi sarebbe alcuna necessità oggettiva nella permanenza del fuciliere sul suolo indiano, data la sospensione dei procedimenti giurisdizionali stabilita nel 2015 dal Tribunale Internazionale del Diritto del Mare²⁷⁶.

²⁷²R. Virzo, *Le misure cautelari nell’affare dell’incidente dell’Enrica Lexie*, Osservatorio Costituzionale, Fascicolo 3/2016, Ottobre 2016.

²⁷³Tribunale Internazionale del Diritto del Mare, *Incidente della “Enrica Lexie” (Italia c. India)*, ordinanza del 24 agosto 2015, *misure provvisorie*, Rivista di diritto internazionale, 2015, pp. 1289-1308.

²⁷⁴L. Schiano di Pepe, *International Tribunal for the Law of the Sea, Case 24, The Enrica Lexie Incident (Italy v. India) Provisional Measures*, Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy, vol. 1, 2016, p. 149.

²⁷⁵Y. Tanaka, *Dual Provisional Measures Prescribed by ITLOS and Annex VII Arbitral Tribunal: Reflections on the “Enrica Lexie” Incident Case*, The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence, 2018, pp. 268-270.

²⁷⁶Arbitral Tribunal, *The Enrica Lexie Incident Order*, Request for Provisional Measures, 29 April 2016, par. 107.

Nei paragrafi che seguono saranno esaminate le due questioni cruciali relative al caso in esame: l'esercizio della giurisdizione e l'immunità funzionale degli organi che svolgono un servizio per tutelare un interesse statale.

3.4. Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare ed esercizio della Giurisdizione

La convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (di seguito anche, “la Convenzione” o “Convenzione sul Diritto del Mare”) adottata nel 1982 a Montego Bay, ratificata sia dall'Unione indiana che dallo Stato italiano, costituisce la fonte di diritto internazionale pattizio che regola l'attribuzione dei poteri giurisdizionali statali distinguendo tra diverse aree marittime in cui sussiste un grado di estensione differente di tali poteri. La Convenzione dispone di 320 articoli e comprende una disciplina esaustiva sugli aspetti più rilevanti del diritto del mare, tra cui la delimitazione degli spazi marittimi e i relativi diritti che ciascuno stato può esercitarvi. In tal senso risultano fondamentali le disposizioni di cui all'Articolo 2, all'Articolo 33 ed all'Articolo 55. L'Articolo 2²⁷⁷ individua, nello specifico, la zona di mare in cui lo stato costiero può esercitare la propria sovranità, il cd. “mare territoriale”. Entro la soglia di 12 miglia²⁷⁸, infatti, lo Stato può esercitare i medesimi poteri sovrani vantati sul proprio territorio con l'unico limite del diritto di passaggio “inoffensivo”. L'Articolo 33 qualifica come “*zona contigua*” la porzione di mare adiacente al mare territoriale di ciascuno stato e stabilisce che i diritti sovrani che ciascuno stato può utilizzare entro le 24 miglia, in cui tale area marittima è collocata, sono circoscritti alla prevenzione nonché alla repressione delle violazioni della disciplina statale in ambito doganale, fiscale e in materia di immigrazione.

²⁷⁷ Esso dispone: “*La sovranità dello Stato costiero si estende, al di là del suo territorio e delle sue acque interne e, nel caso di uno Stato-arcipelago, delle sue acque arcipelagiche, a una fascia adiacente di mare, denominata mare territoriale.*

Tale sovranità si estende allo spazio aereo soprastante il mare territoriale come pure al relativo fondo marino e al suo sottosuolo.

La sovranità sul mare territoriale si esercita alle condizioni della presente convenzione e delle altre norme del diritto internazionale”.

²⁷⁸ Secondo quanto stabilito dall'articolo 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare “*Ogni Stato ha il diritto di fissare la larghezza del proprio mare territoriale fino a un limite massimo di 12 miglia marin e, misurate a partire dalle linee di base determinate conformemente alla presente convenzione [...]*”.

L'Articolo 55, invece, dispone per ciascuno stato la possibilità di istituire, entro le 200 miglia nautiche partendo dal mare territoriale²⁷⁹, una zona economica esclusiva, entro la quale lo stato istituyente può esercitare una limitata sovranità, funzionale alla tutela di interessi specifici. Entro questa porzione di mare gli stati hanno infatti la possibilità di esercitare diritti sovrani limitatamente all'esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali e biologiche e l'esercizio dei poteri giurisdizionali è limitato alla creazione di isole artificiali o altre strutture, nonché alla ricerca scientifica ed alla tutela dell'ambiente marino²⁸⁰.

Nella porzione di mare che si estende al di fuori delle 200 miglia della zona economica esclusiva vige il regime giuridico dell'"*alto mare*" previsto dal capitolo VII della Convenzione sul Diritto del Mare. In essa nessuno stato può esercitare diritti sovrani in via esclusiva e le navi e le imbarcazioni che vi transitano sono subordinate al principio dello Stato di Bandiera ai sensi dell'Articolo 92 della Convenzione sul Diritto del Mare.

Per chiarire in maniera esaustiva la portata del problema dello Stato legittimamente autorizzato all'esercizio del potere giurisdizionale è bene distinguerne preliminarmente le configurazioni del suddetto potere sovrano nell'ambito penale.

Si distingue tradizionalmente tra giurisdizione prescrittiva, che consiste nell'elaborazione di norme atte a regolare e definire le conseguenze giuridiche delle condotte individuali, e giurisdizione esecutiva, che indica il potere dello stato di condurre azioni finalizzate a garantire l'esecuzione di quanto previsto dal legislatore, alle quali si è aggiunta di recente la giurisdizione "giudiziaria", una forma peculiare di giurisdizione che costituisce la logica manifestazione processuale della giurisdizione prescrittiva²⁸¹. Se all'interno dei confini territoriali sovrani l'esercizio della giurisdizione non è messo in dubbio, al di fuori del territorio statale la possibilità di applicare la normativa di uno Stato piuttosto che un altro è subordinata

²⁷⁹ Secondo quanto previsto dall'Articolo 57 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare.

²⁸⁰ L'Articolo 56 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, rubricato "Diritti, giurisdizione e obblighi dello Stato costiero nella zona economica esclusiva", prevede al paragrafo 1: "*Nella zona economica esclusiva lo Stato costiero gode di:*

a) diritti sovrani sia ai fini dell'esplorazione, dello sfruttamento, della conservazione e della gestione delle risorse naturali, biologiche o non biologiche, che si trovano nelle acque soprastanti il fondo del mare, sul fondo del mare e nel relativo sottosuolo, sia ai fini di altre attività connesse con l'esplorazione e lo sfruttamento economico della zona, quali la produzione di energia derivata dall'acqua, dalle correnti e dai venti;
b) giurisdizione conformemente alle pertinenti disposizioni della presente convenzione, in materia di:
i) installazione e utilizzazione di isole artificiali, impianti e strutture;
ii) ricerca scientifica marina;
iii) protezione e preservazione dell'ambiente marino;
c) altri diritti e doveri previsti dalla presente convenzione".

²⁸¹ G. Mannucci, *Il conflitto di giurisdizione tra Italia e India nel caso Enrica Lexie: quale ruolo per il diritto internazionale?*, Firenze, Firenze University Press, 2014, pp. 5-6.

all'esistenza di alcuni criteri di collegamento tra il fatto giuridicamente rilevante e lo Stato che ritiene di disporre del potere giurisdizionale.

Il criterio di territorialità consente l'esercizio del potere giurisdizionale da parte di uno Stato in tre differenti circostanze: nel caso in cui il fatto costituente reato sia avvenuto sul territorio statale, nel caso in cui un elemento della fattispecie si è verificato in uno Stato o in alternativa se gli effetti dell'azione criminosa si riverberano sul territorio di un altro Stato²⁸². Un ulteriore elemento di collegamento può derivarsi dalla nazionalità del soggetto attivo del reato o talvolta dal principio della personalità passiva della vittima.

Secondo il principio di protezione, invece, la giurisdizione di un determinato Stato su una condotta offensiva è legittimamente esercitata dallo stesso se mira alla tutela della sicurezza dello Stato da reati come il tradimento o lo spionaggio²⁸³. Infine, secondo il principio di universalità della giurisdizione penale, in ragione della gravità di alcuni crimini e del rilievo che gli stessi rivestono sugli interessi della comunità internazionale, l'esercizio del potere giurisdizionale può essere avvenire anche in assenza dei criteri di collegamento summenzionati.

Nel caso in esame e dunque nell'ambito del diritto del mare, la giurisdizione si contende tra Stato di bandiera e lo Stato costiero e ben si comprende come il *locus commissi delicti* costituisca un elemento fondamentale ai fini dell'attribuzione della giurisdizione prescrittiva all'uno piuttosto che all'altro.

Il fatto contestato ai fucilieri italiani si attesta essere avvenuto ad una distanza di 22,5 miglia dalla costa dello Stato indiano del Kerala e, pertanto, all'interno della *zona economica esclusiva* che, come accennato comprende l'area marittima denominata *zona contigua*. Entro questa fascia marittima lo stato costiero, come rilevato peraltro dalla stessa Corte Suprema indiana²⁸⁴, può esercitare i propri diritti sovrani limitatamente all'esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali. Interpretando l'articolo 58(2) della Convenzione sul Diritto del Mare, il quale prevede la possibilità di applicare la disciplina di cui alla sezione VII della Convenzione, che regola zona marittima dell'alto mare alla zona economica esclusiva ove compatibile, alla luce del principio di esclusività dello Stato di bandiera in materia di esercizio della giurisdizione penale sancito dall'articolo 97 della Convenzione sul Diritto del Mare, può comprendersi la posizione sostenuta dalla difesa italiana sin dalle fasi iniziali della

²⁸² P. Busco, F. Fontanelli, *Questione di Giurisdizione e Immunità nella vicenda dell'Enrica Lexie, alla Luce del Diritto Internazionale*, Diritto Penale Contemporaneo, 2013, p. 12-13.

²⁸³ G. R. Watson, *Offender Abroad: The Case for Nationality-based Criminal Jurisdiction*, Yale Journal of International Law, vol. 17, 1992, p. 43.

²⁸⁴ Corte Suprema Indiana, *Republic of Italy v. Union of India*, caso n. 4SCC721, 28 febbraio 2013, par. 99.

vicenda. In quest'ottica, infatti, la giurisdizione dello Stato del Kerala e dell'Unione Indiana verrebbe meno in favore della giurisdizione esclusiva ²⁸⁵ dello Stato di bandiera della petroliera Enrica Lexie, l'Italia.

Depone in tal senso anche la previsione di cui all'Articolo 92(1) della Convenzione sul Diritto del Mare che, più in generale, stabilisce che “*le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva*”.

3.5. La rilevanza preliminare dell'Immunità Funzionale e la natura delle funzioni svolte dai Fucilieri della Marina;

Più volte in dottrina e nella prassi è stato affermato che gli aspetti dell'immunità e della giurisdizione, sebbene costituiscano elementi differenti, siano “*inextricably linked*”²⁸⁶. Essi costituiscono una questione spinosa nella controversia giuridica nata sul caso dell'Enrica Lexie. Sin ora, infatti, lo scrutinio delle corti e dei tribunali coinvolti sul procedimento si è limitato alle valutazioni preliminari sull'esistenza di giurisdizione e sull'applicabilità al caso di specie dell'istituto dell'immunità funzionale senza giungere a valutazioni di merito sulla condotta dei fucilieri italiani.

In particolare, si rileva come la valutazione in *limine litis* dell'aspetto dell'immunità funzionale sia determinante ai fini della verifica sul legittimo esercizio della giurisdizione penale da parte del foro estero, dal momento che, se si attesta l'applicabilità dell'istituto, viene meno il potere giurisdizionale dello Stato estero sulla controversia.

²⁸⁵ Per giurisdizione prescrittiva si intende la prerogativa di ciascuno Stato di disciplinare le condotte e le conseguenze giuridiche che ne scaturiscono. Per giurisdizione esecutiva si intende invece il potere sovrano di compiere azioni di natura investigativa, di arresto o di abbordaggio sull'imbarcazione. Quest'ultima può essere esercitata esclusivamente se sussiste il consenso dello Stato cui appartiene il soggetto attivo del reato, configurandosi in caso contrario una lesione dell'integrità territoriale dello Stato di appartenenza.

²⁸⁶ ICJ 14 february 2002, *Arrest Warrant of 11 april 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, separate opinion Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, ICJ Reports, 2002, par. 3, p. 64.

Per rilevare correttamente l'applicabilità della norma oggetto di studio, che consente il venire meno dell'esercizio della giurisdizione penale del foro estero, occorre in primo luogo analizzare la natura delle funzioni svolte dai due fucilieri.

Come accennato, il regime giuridico che regola la condotta e lo *status* del personale della marina militare italiana a bordo di navi commerciali è contenuto nella Legge 130/2011 e rispecchia l'approccio adottato dallo stato italiano, in conformità con le risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza ONU. Con la finalità di contrastare il fenomeno della pirateria, definito come quel crimine che si realizza attraverso la depredazione di imbarcazioni²⁸⁷, il legislatore italiano ha adottato una disciplina "ibrida"²⁸⁸ configurando la duplice possibilità per l'armatore privato di ottenere un servizio di protezione attraverso il personale della Marina Militare italiana o attraverso *private contractors* o *Privately Contracted Armed Security Personnel*, i quali forniscono le proprie prestazioni qualora il personale militare non sia disponibile²⁸⁹. Per ciò che attiene ai Nuclei Militari di Protezione, oggetto specifico della controversia in esame, si rileva che il personale impiegato sulle imbarcazioni private sia assunto dal Ministero della Difesa italiano, che si impegna a fornire un servizio di natura pubblicistica²⁹⁰. I Militari, in quanto membri della Marina, sono impiegati in questa particolare circostanza ad eseguire un servizio per lo Stato italiano, sebbene siano adoperati per garantire la sicurezza del viaggio delle navi commerciali italiane e sebbene l'armatore sia tenuto in seguito a corrispondere un rimborso per gli oneri sostenuti. In particolare, secondo parte della dottrina, tale corrispettivo, versato direttamente al Ministero della Difesa, è da configurarsi come una sorta di prestazione speciale di natura tributaria "in quanto dovuto dal singolo in seguito a specifica attività amministrativa dell'ente"²⁹¹ e non come l'attestazione della natura commerciale e privatistica delle funzioni realizzate dai fucilieri.

²⁸⁷ L'articolo 1135 del Codice della Navigazione fornendo una definizione della fattispecie criminosa, recita: "Il comandante o l'ufficiale di nave nazionale o straniera, che commette atti di depredazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico, ovvero a scopo di depredazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera, è punito con la reclusione da dieci a venti anni. Per gli altri componenti dell'equipaggio la pena è diminuita in misura non eccedente un terzo; per gli estranei la pena è ridotta fino alla metà".

²⁸⁸ E. Cusumano, S. Ruzza, *Contractors as a Second-Best Option: The Italian Hybrid Approach to Maritime Security*, *Ocean Development and International Law*, vol.46(2), 2014, pp. 211-222.

²⁸⁹ Tuttavia, si specifica che l'opzione dei *private contractors* è divenuta praticabile solo nell'ottobre 2013.

Ibidem.

²⁹⁰ V. Eboli, J.P. Pierini, *The Enrica Lexie case and the limits of extraterritorial Jurisdiction of India*, I quaderni europei, n. 39, 2012, pp. 5-6

²⁹¹ C. Culti Gialdino, *Il Caso dei Fucilieri di Marina in India: Una Caporetto Diplomatica, Politica e Giudiziaria*, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato e Comunitario*, 2013, p. 13,

<https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?eid=267&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F0304201311114%2Epdf&content=Il%2Bcaso%2Bdei%2Bfucilieri%2Bdi%2Bmarina%2Bin%2BIndia%3A%2Buna%2>

La natura dell'attività svolta dai fucilieri non costituisce l'unico elemento rilevante ai fini dell'applicabilità dell'immunità funzionale. Un elemento utile può essere ricavato dalla portata delle attribuzioni funzionali dell'ufficiale di Stato, analizzando dunque il mandato degli ufficiali e verificando che le funzioni ad essi attribuite corrispondano alle condotte realizzate in concreto. In quest'ottica appare opportuno innanzitutto verificare la possibilità di estendere la copertura dell'immunità *ratione materiae* anche agli atti cosiddetti *ultra vires*, ovvero gli atti svolti al di fuori dei limiti accordati dal mandato ufficiale. Sulla base delle ricostruzioni dei fatti, la condotta dei fucilieri sembrerebbe in linea teorica conforme alle funzioni ad essi attribuite. Infatti, i militari, avendo percepito un concreto rischio di un attacco pirata, dopo aver effettuato alcune segnalazioni ad un'imbarcazione in costante avvicinamento, hanno sparato dei colpi di avvertimento cagionando la morte di due dei membri dell'equipaggio dell'imbarcazione. In tal senso, la tutela dell'imbarcazione da attacchi pirati risponde pienamente alle funzioni del mandato ufficiale di cui alla disciplina italiana.

Si riscontra peraltro che la maggior parte dei casi, in cui gli atti di un funzionario ufficiale dello Stato sono stati qualificati come “*ultra vires*”, riguardano condotte qualificate come crimini internazionali o violazioni gravi del diritto internazionale,²⁹² mentre nel caso di specie l'uccisione dei due membri dell'equipaggio della Saint Anthony configurerebbe un “*crimine ordinario*”²⁹³.

3.6. Due prospettive a confronto, Italia: immunità attivabile in relazione a qualunque tipo di atto coercitivo

Una volta attestata la possibilità del Tribunale Arbitrale di esaminare l'argomento dell'immunità funzionale dell'individuo organo, considerato un elemento incidentale necessario ai fini della risoluzione della controversia sorta tra lo Stato indiano e l'Italia, i giudici hanno esaminato le posizioni avanzate dalle parti sul merito della questione dell'immunità.

[B%27Caporetto%27%2Bdiplomatica%2C%2Bpolitica%2Be%2Bgiudiziaria&content_auth=Carlo%2BCurti%2BGialdino](#)

²⁹²M. Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, 2007, pp. 41 e ss.

²⁹³ P. Busco, F. Fontanelli, *Questione di Giurisdizione e Immunità nella vicenda dell'Enrica Lexie, alla Luce del Diritto Internazionale*, Diritto Penale Contemporaneo, 2013, p. 51.

Secondo la prospettiva italiana, gli ufficiali di Stato costituiscono gli individui- organi che svolgono funzioni di rappresentanza o funzioni statali e in tale prospettiva i fucilieri rientrerebbero pienamente nella definizione di ufficiali di Stato individuata dal progetto di articoli della Commissione di Diritto Internazionale²⁹⁴. In considerazione del regime giuridico italiano che inquadra lo *status* dei Nuclei Militari di Protezione, definiti *Vessel Protection Detachment*, i Marò si trovavano sulla petroliera dell'Enrica Lexie su incarico del Ministero della Difesa per tutelare la nave italiana in zone in cui si attesta l'esistenza di un elevato rischio di attacchi di pirati. Sul punto, risulta particolarmente rilevante, ad avviso di chi scrive, l'attribuzione al comandante del Nucleo Militare di Protezione dei medesimi poteri riconosciuti in capo ad ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria in relazione alle condotte di depredazione delle navi nazionali o straniere, ai sensi delle disposizioni del Codice della Navigazione²⁹⁵. L'articolo 5 della legge 130 del 2011 recita, infatti, al paragrafo due che “*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 [...]*”.

Inoltre, secondo la posizione avanzata dalla difesa italiana, un ulteriore criterio dirimente ai fini dell'applicabilità dell'immunità *ratione materiae* è costituito dalla verifica dell'ufficialità dell'atto. Anche le condotte *ultra vires*, ovvero le condotte che non rientrano tipicamente nel novero dei poteri attribuiti all'organo, se realizzate “*under colour of or in ostensible exercise of [their] public authority*” e non in qualità di un privato cittadino, costituiscono atti ufficiali che possono essere attribuiti *latu sensu* allo Stato di cui l'individuo-organo fa parte²⁹⁶. La prova dell'aver agito nell'esercizio delle proprie funzioni ufficiali è fornita anche dalla costante comunicazione mantenuta sin dal primo momento dello svolgimento dell'*incident* dagli ufficiali con il Comando in Capo della Squadra Navale ed il

²⁹⁴ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 816.

²⁹⁵ Il capo VI rubricato dei “dei delitti contro la proprietà della nave dell'aeromobile o del carico” reca gli Articoli 1135 e 1136 i quali disciplinano i casi di pirateria e di sospetta pirateria punibili ai sensi del nostro ordinamento con la reclusione da 10 a 20 anni nel primo caso e da 5 a 10 anni nel secondo. L'Articolo 1135 dispone: “*Il comandante o l'ufficiale di nave nazionale o straniera, che commette atti di depredazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico, ovvero a scopo di depredazione commette violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera, è punito con la reclusione da dieci a venti anni. Per gli altri componenti dell'equipaggio la pena è diminuita in misura non eccedente un terzo; per gli estranei la pena è ridotta fino alla metà*”.

L'Articolo 1136, invece, recita: “*Il comandante o l'ufficiale di nave nazionale o straniera, fornita abusivamente di armi, che naviga senza essere munita delle carte di bordo, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni*”.

²⁹⁶ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 819.

Ministero della Difesa italiani. I Marò, dunque, avendo attivato sin dalle prime fasi dell'incidente un dialogo i vertici della Marina, avrebbero agito in qualità di individui operanti per conto di questo dipartimento operativo militare di Stato e non come soggetti impiegati direttamente da un armatore privato²⁹⁷.

Parimenti, anche la stipula di un accordo tra il Ministero della Difesa e la Confederazione Italiana Armatori e la circostanza che quanto percepito dal personale della marina militare a bordo del natante sia conferito a titolo di rimborso degli oneri connessi con il loro impiego al ministero della difesa dimostrano la natura pubblicistica delle funzioni dei due militari²⁹⁸.

Le autorità giurisdizionali indiane, inoltre, avrebbero mancato di considerare la questione dell'immunità *ratione materiae* di cui beneficiano i fucilieri italiani in *limine litis*, ovvero sin dalle prime fasi dello svolgimento del processo.

Tuttavia, l'elemento cruciale su cui è imperniato l'argomento del collegio difensivo italiano risiede nella regola consuetudinaria di diritto internazionale in base alla quale tutti gli organi che agiscono per conto dello Stato di appartenenza godono di esenzione dalla giurisdizione estera. Tale principio, nell'accezione accolta dalla difesa italiana, aderisce all'impostazione che tende a riconoscere l'esistenza di un'unica norma consuetudinaria valevole per tutti gli individui-organi che operano per lo Stato svolgendo una funzione ufficiale. Si nota tuttavia che tale principio non risulta affatto consolidato, sia in dottrina che nella prassi.

D'altronde, però, se è vero che tradizionalmente la prassi si è orientata sulla base di un approccio restrittivo all'applicabilità *ratione personarum* dell'immunità funzionale, limitandola alla circostanza in cui tra i paesi coinvolti nella controversia sia stato siglato un accordo in cui si definiscono le funzioni, lo *status* e le norme di riparto della competenza giurisdizionale tra il paese di invio del personale militare e lo Stato territoriale, si ritiene doveroso osservare che la circostanza in esame non abbia ad oggetto la presenza di un contingente militare sul territorio statale estero, bensì lo svolgimento di un servizio di protezione a bordo di una nave commerciale su incarico del Ministero della Difesa dello Stato

²⁹⁷ *Ibidem*.

²⁹⁸ C. Culti Gialdino, *Il Caso dei Fucilieri di Marina in India: Una Caporetto Diplomatica, Politica e Giudiziaria*, Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato e Comunitario, p. 23, 2013, federalismi.it, https://www.federalismi.it/ApplyOpenFilePDF.cfm?eid=267&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F03042013111114%2Epdf&content=Il%2Bcaso%2Bdei%2Bfucilieri%2Bdi%2Bmarina%2Bin%2BIndia%3A%2Buna%2B%27Caporetto%27%2Bdiplomatica%2C%2Bpolitica%2Be%2Bgiudiziaria&content_auth=Carlo%2BCurti%2BGialdino

italiano. Pertanto, l'inesistenza di un accordo specificamente siglato dalle parti non costituirebbe in linea di principio un elemento determinante per l'applicabilità dell'immunità dalla giurisdizione penale estera.

3.6.1. *Segue, India: Territorial Tort Exception* come principio consuetudinario.

L'Articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sull'Immunità degli Stati prevede l'inammissibilità dell'immunità in relazione alle azioni di risarcimento del danno se il soggetto che ha cagionato la morte, le lesioni o un danno ad un bene giuridico mobile od immobile si trovi sul territorio dello Stato in cui viene intentata l'azione giudiziaria o se l'evento, anche parzialmente, sia stato realizzato sul territorio del foro estero²⁹⁹. Esso, come accennato nel capitolo che precede, enuncia il principio della *Territorial Tort Exception* sulla cui base la sovranità territoriale di un determinato paese non può essere derogata dinnanzi alla perpetrazione di un danno o di una lesione del bene vita quando l'azione criminosa si svolga sul territorio statale o il responsabile della stessa sia presente nel paese competente ad esercitare il potere di giurisdizione³⁰⁰.

Nella circostanza in esame, la *ficatio* giuridica che ritiene che un'imbarcazione battente bandiera di uno stato sia da considerarsi come l'estensione del suo territorio su cui può legittimamente essere esercitata la giurisdizione penale da parte dello stato in questione, ha costituito un elemento fondamentale avverso l'argomento avanzato dalla difesa italiana rispetto alla presunta violazione da parte delle autorità giudiziarie indiane del principio dell'*immunità ratione materiae* dei due ufficiali della marina italiani. In tal senso, secondo la posizione avanzata dalla difesa indiana, il fatto che l'evento lesivo si sia realizzato nei confronti di cittadini indiani, su una nave battente la bandiera di stato indiana, renderebbe l'elemento dell'immunità irrilevante ai fini della presente controversia³⁰¹.

Per di più, la *Territorial Tort Exception*, seppur concepita per essere applicata *ab origine* in materia civilistica, sarebbe applicabile in via analogica anche alla circostanza dell'esercizio della giurisdizione penale. La disposizione citata costituirebbe in quest'ottica l'espressione di

²⁹⁹ Una simile previsione risulta contenuta anche all'interno della Convenzione Europea sull'Immunità degli stati conclusa a Basilea nel 1972, all'Articolo 11.

³⁰⁰ La natura giuridica dell'istituto è peraltro analizzata dal giudice G. Gaja attraverso la Dissenting Opinion in *Jurisdictional Immunities of States, Germany v. Italy*, 2012.

³⁰¹ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 830.

un principio consuetudinario valevole nel caso di specie poiché sussisterebbero entrambi gli elementi necessari a sorreggere l'eccezione alla regola immunitaria:

- 1) la realizzazione del fatto illecito sul territorio statale;
- 2) la presenza dell'autore dell'illecito sul territorio dello Stato.

Inoltre, a supporto delle proprie considerazioni sul punto, l'impostazione difensiva indiana ha rilevato che il principio addotto è stato considerato anche dalla proposta di Articolo 7 di cui al paragrafo 1 dalla *Special Rapporteur* Hernandez della Commissione di Diritto Internazionale, e, anche se non risulta approvato dalla versione definitiva della *Drafting Committee* nell'ambito dell'individuazione di circostanze in cui l'immunità *ratione materiae* non è suscettibile di applicazione concreta, il tema è stato considerato positivamente pur non accogliendo l'esatta terminologia della bozza summenzionata³⁰².

La difesa italiana ha tuttavia ritenuto l'argomento fallace poiché il fatto non è stato realizzato sul territorio indiano e né tantomeno i due fucilieri al momento della condotta si trovavano all'interno del perimetro territoriale dell'Unione Indiana. Secondo il collegio difensivo italiano, infatti, da un lato l'associazione delle navi col territorio di uno Stato corrisponde ad una tendenza ormai superata nella prassi internazionale e la "*fiction of the territoriality of the ship [...] has now been abandoned by all States*"³⁰³. Dall'altro, i due *marines*, trovandosi nella zona contigua indiana al momento dell'incidente non possono essere ritenuti presenti sul territorio indiano ai fini dell'applicazione dell'eccezione invocata. Dunque, anche ammettendo che il principio della *Territorial Tort Exception* costituisca una consuetudine di diritto internazionale, questi risulterebbe inapplicabile al caso di specie, difettandone i due elementi costitutivi fondamentali³⁰⁴.

3.7. Determinazioni del Tribunale Arbitrale sul merito dell'argomento: la sussistenza dell'immunità *ratione materiae* in favore dei Marò italiani

³⁰² *Ibidem*, par. 832.

³⁰³ *Ibidem*, par. 824. Sul punto anche R.J. Dupuy, D. Vignes, *A Handbook on the New Law of the Sea*, Académie de droit international de La Haye, 1991, pp. 407 e ss.

³⁰⁴ *Ibidem*, par. 824.

Dopo aver affermato l'esistenza di una controversia tra l'Unione Centrale Indiana e l'Italia, il Tribunale Arbitrale ha attestato la propria competenza sulla base dell'esistenza di una divergenza di opinioni sull'interpretazione di alcune disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, e, ritenendo necessaria l'analisi dell'elemento dell'immunità *ratione materiae* per fornire una decisione completa sulla *quaestio* relativa all'esercizio legittimo del potere giurisdizionale, si è pronunciato sull'applicabilità di tale esenzione nel caso di specie.

L'immunità dell'individuo organo in effetti non costituisce un elemento che è stato affrontato direttamente nel corpus della Convenzione. Gli unici riferimenti diretti all'immunità contenuti nella stessa, infatti, si riferiscono esclusivamente alle navi da guerra ed alle navi di proprietà di Stato destinate ad un uso non commerciale³⁰⁵.

Nel definire la competenza giurisdizionale del Tribunale Arbitrale sull'aspetto dell'immunità funzionale, ritenuto peraltro un argomento secondario della controversia anche dalla difesa italiana, i giudici della maggioranza hanno utilizzato il criterio dell'*ancillary necessity* omettendo, tuttavia, di individuarne gli elementi costitutivi.

Gli Articoli 2(3), 56(2) or 58(2) invocati dall'impostazione difensiva italiana a titolo di *renvoi* non risulterebbero applicabili alla circostanza di specie dal momento che si riferiscono alle prerogative ed ai diritti vantati da ciascuno stato entro l'area marina della zona economica esclusiva e del mare territoriale e i fucilieri della marina italiana sono stati sottoposti a misure restrittive della propria libertà solo nel mare interno dello Stato del Kerala³⁰⁶. Per lo stesso motivo, inoltre, i giudici hanno rigettato l'argomento sussidiario basato sull'Articolo 297(1), invocato dalla difesa italiana al fine di sorreggere la competenza giurisdizionale del tribunale arbitrale³⁰⁷.

Tuttavia, il Tribunale ha accolto un'ampia portata della nozione di giurisdizione incidentale, condividendo quanto sostenuto dal Sir Michael Woods sull'interrelazione dei concetti di immunità e giurisdizione³⁰⁸. In particolare, il tribunale ha ritenuto che, operando

³⁰⁵ Si tratta delle disposizioni di cui agli Articoli 95 e 96 che recitano rispettivamente:

- “Le navi da guerra godono, nell'alto mare, della completa immunità dalla giurisdizione di qualunque Stato che non sia lo Stato di bandiera.”
- “Le navi di proprietà o al servizio di uno Stato, e da questo impiegate esclusivamente per servizi governativi non commerciali, godono nell'alto mare della completa immunità dalla giurisdizione di qualunque Stato che non sia lo Stato di bandiera”.

³⁰⁶ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 798

³⁰⁷ *Ibidem*, parr. 800-802.

³⁰⁸ N. Ronzitti, *Il caso dell'Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, *Rivista di Diritto Internazionale*, fascicolo 4, 2020, p.946.

l'immunità come eccezione alla generale regola sull'esercizio della giurisdizione da parte di ciascuno Stato sovrano, nel caso di specie non sarebbe stato possibile dirimere la questione con sufficiente grado di chiarezza senza chiarire prima l'applicabilità dell'elemento preliminare o incidentale dell'immunità *ratione materiae*. Sul merito della questione, i giudici hanno innanzitutto ribadito la competenza concorrente degli Stati ad esercitare la giurisdizione rispetto alle imbarcazioni battenti la propria bandiera.

Partendo dall'assunto che in principio sussiste la possibilità per lo Stato su cui si sono verificati gli effetti della condotta criminosa di esercitare la giurisdizione penale in virtù del principio di territorialità oggettiva corroborato dal caso *Lotus*³⁰⁹ del 1926, la maggioranza del collegio arbitrale ha affrontato l'argomento dell'esercizio del potere giurisdizionale nel caso di specie, verificando la sussistenza dell'immunità funzionale attraverso un'analisi articolata in 3 fasi, consistenti nella verifica:

- 1) della natura "ufficiale" del ruolo ricoperto dai fucilieri della marina;
- 2) della conformità della condotta realizzata rispetto al mandato ufficiale ad essi attribuito;
- 3) dell'esistenza di circostanze che possano determinare il venir meno dell'immunità *ratione materiae*.

Il Tribunale Arbitrale ha innanzitutto abbracciato la dottrina più diffusa che concepisce l'immunità *ratione materiae* come un principio consuetudinario valevole, secondo il tenore della pronuncia, per tutti gli ufficiali di Stato dediti allo svolgimento di una funzione ufficiale³¹⁰. A supporto di tale impostazione il Tribunale fa riferimento ai casi *Blaškić*³¹¹ e *Gibuti c.*

³⁰⁹ Il caso verte su un'incidente avvenuto tra il vascello francese *Lotus* e la nave turca *Boz-Kourt* il 2 agosto 1926 che ha causato la morte di 8 cittadini turchi a bordo della *Boz-Kourt*. La questione fu sottoposta al giudizio della Corte Permanente di Giustizia Internazionale (ossia l'attuale Corte Internazionale di Giustizia), attivata dalla Francia in relazione alla presunta violazione del diritto internazionale realizzata dalla Turchia attraverso l'esercizio della giurisdizione penale nei confronti dell'ufficiale di sentinella francese. La Corte Permanente si è pronunciata ritenendo che "*once it is admitted that the effects of the offence were produced on the Turkish vessel, it becomes impossible to hold that there is a rule of international law which prohibits Turkey from prosecuting Lieutenant Demons because of the fact that the author of the offence was on board the French ship*", affermando, dunque, che in considerazione del luogo su cui gli effetti della condotta si sono realizzati non possa attestarsi alcuna violazione del diritto internazionale da parte dello Stato turco. CPGI, Caso S.S. *Lotus (Francia c. Turchia)*, sentenza 7 settembre 1927, n. 9, pag 23.

³¹⁰ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par.843.

³¹¹ Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, caso n. IT-95-14-AR108 bis.

Francia³¹² nonché ai lavori della Commissione di Diritto Internazionale ed attesta l'accoglimento positivo di entrambe le parti della controversia dell'esistenza di un principio consuetudinario che prevede l'immunità *ratione materiae* in favore degli organi di Stato in virtù dello svolgimento delle proprie funzioni ufficiali³¹³.

Per ciò che attiene alla verifica della natura "ufficiale" del ruolo ricoperto dai fucilieri della marina, il Tribunale ha esaminato la disciplina italiana che qualifica la Marina come l'organo militare incaricato della tutela e della difesa degli interessi di Stato anche al di là dei limiti delle acque territoriali da attacchi di pirateria. Risultano, dunque, cruciali, ai fini dell'analisi dell'argomento, gli articoli 110 e 111 del Codice dell'Ordinamento Militare Italiano³¹⁴.

In particolare, l'articolo 110 descrive lo *status* ed il ruolo ricoperto dal dipartimento militare della Marina italiana, la quale "*costituisce la componente operativa marittima della difesa militare dello Stato*", mentre l'articolo 111 indica le funzioni attribuite a tale componente operativa della difesa statale e dispone che: "*rientrano nelle competenze della Marina militare, secondo quanto previsto dalla legislazione vigente: la vigilanza a tutela degli interessi nazionali e delle vie di comunicazione marittime al di là del limite esterno del mare territoriale e l'esercizio delle funzioni di polizia dell'alto mare demandate alle navi da guerra negli spazi marittimi internazionali[...], nonché di quelle relative alla salvaguardia dalle minacce agli spazi marittimi internazionali, ivi compreso il contrasto alla pirateria; il concorso ai fini di prevenzione e di contrasto del traffico dei migranti via mare, nelle acque internazionali*".

Ai sensi della disciplina italiana, così come risultante dall'articolo 5 del Decreto-legge 107/2011, i fucilieri della marina erano imbarcati a bordo dell'Enrica Lexie in qualità di organi dello stato e di membri del Nucleo Militare di Protezione, in veste di ufficiali di polizia giudiziaria³¹⁵.

Sull'aspetto del rimborso dei costi del personale del Nucleo Militare di Protezione, il tribunale si è pronunciato ritenendo che esso non costituisce un versamento della retribuzione per i servizi offerti dai militari, bensì rappresenta la restituzione, da parte dell'armatore che beneficia del servizio di protezione, delle spese logistiche sostenute dal Ministero della Difesa³¹⁶. Pertanto, dunque, il Tribunale dopo aver esaminato la caratterizzazione dell'organo

³¹² Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v. France*), 4 June 2008, I.C.J. Reports 2008.

³¹³ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 844-845.

³¹⁴ *Ibidem*, par. 850.

³¹⁵ *Ibidem*, par. 851.

³¹⁶ *Ibidem*, par. 854.

di Stato effettuata dalla disciplina italiana, dispone che “*the Marines are therefore State officials of the Italian Republic for the purpose of determining their entitlement to immunity ratione materiae because they were and remain members of the Italian Navy and officers and agents of the judicial police entrusted with guaranteeing the maritime defence of the State*³¹⁷”.

Sull'elemento conformità della condotta realizzata rispetto al mandato ufficiale ad essi attribuito, ai fini della propria analisi il Tribunale Arbitrale ha ritenuto fondamentale l'imputabilità di un determinato atto alla sovranità statale nelle sue configurazioni legislative, giudiziarie ed esecutive. Nel caso di specie risulta infatti che i due ufficiali della marina avessero agito in virtù della concreta percezione di un rischio di attacco pirata, e dunque, in piena conformità con l'entità delle funzioni attribuitegli.

In tal proposito risulta irrilevante sia la circostanza che i militari fossero a bordo di una nave commerciale, rivestendo la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria incaricato della protezione delle navi italiane commerciali, e sia che le azioni da essi realizzate possano costituire degli atti *ultra vires*³¹⁸. Quest'ultima circostanza, secondo il tenore della bozza di Articolo 7, elaborata dalla Drafting Committee della Commissione di Diritto Internazionale, non osterebbe all'applicabilità dell'istituto dell'immunità funzionale dal momento che “*they continued to act in the name of the State and in their official capacity*”.

Dopo aver attestato la qualifica di organo di Stato e la natura ufficiale delle funzioni dei fucilieri della Marina italiana, e dunque la configurabilità in concreto dell'esenzione giurisdizionale, il Tribunale ha verificato la possibilità che l'immunità *ratione materiae* venisse meno in considerazione della *Territorial Tort Exception* sollevata dalla difesa indiana. Si riscontra, infatti, che l'impostazione difensiva indiana non ha negato l'esistenza di una norma consuetudinaria che accorderebbe l'esenzione dall'esercizio della giurisdizione penale del foro estero³¹⁹, bensì ha ritenuto che, in virtù del fatto che l'azione criminosa sia stata realizzata sul territorio dello Stato indiano (attraverso l'assimilazione dell'imbarcazione Saint Anthony con il territorio di Stato) e della presenza dei militari nella zona marittima indiana, l'immunità funzionale non possa essere riconosciuta nel caso di specie.

Sul punto il Tribunale ha constatato che, sebbene alcune corti interne abbiano riconosciuto il principio incarnato nella disposizione di cui all'articolo 12 della Convenzione delle Nazioni Unite sulle Immunità Giurisdizionale degli Stati e dei loro beni come un principio

³¹⁷ *Ibidem*, par. 855.

³¹⁸ *Ibidem*, parr. 859-860.

³¹⁹ N. Ronzitti, *Il caso dell'Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, *Rivista di Diritto Internazionale*, fascicolo 4, 2020, p. 952.

consuetudinario, la stessa convenzione non risulta essere attualmente in vigore, dimostrando pertanto la reticenza della comunità internazionale a riconoscere la vincolatività di tali disposizioni. Inoltre, pur ammettendosi l'esistenza di tale principio generale, ai fini della sua configurabilità è prevista la necessaria sussistenza di due requisiti: la presenza dell'imputato e la realizzazione del fatto illecito sul suolo dello Stato del foro. Relativamente alla sussistenza del primo requisito, il tribunale ha correttamente affermato come pur essendo frequente in passato la tendenza ad assimilare le imbarcazioni battenti bandiera di un determinato stato come un "territoire flottant"³²⁰, tale impostazione è caduta in disuso rendendo inapplicabile il ragionamento logico che consente di sovrapporre l'estensione territoriale di uno stato rispetto alle imbarcazioni registrate nello stesso.³²¹ Inoltre, essendo appurato che i due fucilieri della marina si trovavano al di fuori del territorio statale indiano risulta irrilevante che l'Unione Centrale indiana abbia o meno fornito il consenso alla presenza del personale della marina sul proprio territorio³²².

Per tali ragioni, dunque, il Tribunale Arbitrale ha riconosciuto l'immunità *ratione materiae* in favore dei fucilieri della marina³²³, pur prevedendosi per l'Italia l'obbligo di risarcimento del danno in relazione alla morte dei membri dell'equipaggio e per i danni arrecati all'imbarcazione indiana Saint Anthony. La conclusione in via ufficiale di questo lungo capitolo è stata affidata alla Corte Suprema indiana, la quale, dopo aver quantificato ed aver attestato il versamento dell'ammontare del risarcimento agli eredi delle vittime, ha adempiuto a quanto disposto dal Tribunale Arbitrale determinando la cessazione della giurisdizione penale nei confronti dei Marò Salvatore Girone e Massimiliano Latorre attraverso il provvedimento del 15 giugno 2021³²⁴.

³²⁰ N. Ronzitti, *Il caso dell'Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, op.cit, p.937-958.

³²¹ Award of the Arbitral Tribunal, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, par. 869

³²² *Ibidem*, par. 870

³²³ *Ibidem*, par. 874

³²⁴ Supreme Court of India, *Massimiliano Latorre and others v. Republic of India and others*, n.58644/2020, 15 June 2021. Il provvedimento è reperibile online al seguente link: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-the-enrica-lexie-incident-italy-v-india-order-of-the-supreme-court-of-india-tuesday-15th-june-2021>

CONCLUSIONI

Come evidenziato nella presente trattazione, l'annoso tema riguardante il fondamento e la portata applicativa dell'istituto dell'immunità *ratione materiae* dalla giurisdizione penale estera risulta oggetto di un acceso dibattito in dottrina.

Storicamente, le prime istanze dell'esenzione giurisdizionale estera in esame sono da inquadrarsi nel brocardo latino "*par in parem non habet imperium*", presente anche nel *Corpus Iuris Canonici*. Tale brocardo, inoltre, espressione della sovranità statale in principio inviolabile, è posto anche alla base dell'immunità di Stato, pur se gli istituti dell'immunità funzionale e dell'immunità degli stati risultano profondamente diversi, sia per ciò che attiene al contesto giuridico (dal momento che uno Stato, ad esempio, non può convenire in giudizio all'interno di un procedimento penale) sia per quanto riguarda i criteri applicativi.

Nel primo capitolo, infatti, si è evidenziato che una parte della dottrina individua una matrice sostanziale nella natura dell'immunità funzionale. In questo senso, l'attribuibilità di un atto realizzato da un individuo-organo all'entità giuridica statale costituirebbe una forma di irresponsabilità dell'individuo ed i criteri forniti dai *Draft Articles on Responsibility of States for internationally wrongful acts*, elaborati nel 2001, rappresentano un punto di riferimento fondamentale.

Tuttavia, alla luce delle considerazioni avanzate da un'ulteriore corrente dottrinale che considera l'immunità una compressione del diritto sovrano dell'esercizio del potere giurisdizionale, risulterebbe chiara la natura procedurale dell'istituto, in quanto l'immunità non sarebbe da considerarsi esclusivamente come sinonimo di "impunità".

L'esercizio del potere giurisdizionale, infatti, viene sì meno allo Stato del foro estero ma non allo Stato di appartenenza dell'individuo agente.

In una comunità internazionale sempre più attenta alla dimensione individuale, si riscontra una crescente attenzione al rispetto dei diritti umani e, in quest'ottica, è parso opportuno chiarire in che modo il diritto di accesso alla giustizia, di cui all'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, possa legittimamente essere compreso a vantaggio dei molteplici interessi funzionali al pacifico intrattenimento delle relazioni internazionali. Secondo tale corrente, attraverso il *test* di legittimità, finalizzato a verificare la legittimità dello scopo della compressione al diritto di accesso alla giustizia, ed il *test* di proporzionalità, teso a verificare l'adeguatezza della *ratio* sottesa alla limitazione al diritto, risulterebbe possibile individuare i casi in cui il potere statale venga utilizzato in proposito in modo illegittimo.

Ad avviso di chi scrive, l'immunità *ratione materiae* è caratterizzata da tre elementi soggettivi, oggettivi e temporali:

- si riconosce agli organi statali;
- l'immunità si estende agli atti realizzati nell'ambito del mandato ufficiale dell'organo;
- ha una durata temporale indefinita.

L'analisi contenuta nell'elaborato è finalizzata altresì a chiarire il fondamento dell'istituto immunitario di tipo funzionale. In proposito sono state esaminati i 3 principali macro-orientamenti sul tema.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'istituto in esame costituisce espressione di una norma consuetudinaria valevole per tutti gli organi di stato in relazione a tutti gli atti compiuti in nome e per conto dello Stato di appartenenza.

Una differente prospettiva è offerta invece dalle posizioni dottrinali che, pur riconoscendo l'esistenza di un'unica norma consuetudinaria, ritengono sussistano estensioni applicative diverse, più o meno ridotte, a seconda del tipo atto realizzato dall'individuo-organo.

Risulta interessante, inoltre, la posizione adottata da una recente dottrina imperniata sull'assunto che non tutti gli organi e non tutte le funzioni espressione dell'autorità governativa statale sono ugualmente destinatarie della disciplina sull'immunità *ratione materiae*: solo le funzioni che costituiscono espressione dell'autorità governativa esterna, dedicata al pacifico e corretto intrattenimento delle relazioni internazionali, risulterebbero coperte dall'esenzione giurisdizionale esaminata. A parziale conferma di ciò, si nota, infatti, che, nonostante prassi tra di loro fortemente diverse, non tutti gli organi dell'ordinamento statale sono destinatari della medesima norma consuetudinaria, configurandosi al contrario l'esistenza di una pluralità di norme che accordano l'immunità *ratione materiae* in considerazione del tipo di organo coinvolto, del tipo di giurisdizione esercitata (civile o penale) e del tipo di atto posto in essere.

Dal punto di vista normativo, si riscontra l'esistenza in alcuni paesi, principalmente negli ordinamenti giuridici di *common law*, di una legislazione orientata a disciplinare il fenomeno dell'immunità dell'entità giuridica statale soprattutto in relazione all'esercizio della giurisdizione civile, mentre l'aspetto dell'immunità individuale viene spesso trascurato o incentrato esclusivamente sulla disciplina dei privilegi e delle immunità proprie degli agenti diplomatici e consolari. Questi ultimi, risultano peraltro destinatari anche delle uniche norme di natura pattizia elaborate a livello internazionale, ovvero quelle di cui alle Convenzioni di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche e Consolari. Con specifico riferimento al tema dei soggetti ai quali l'immunità *ratione materiae* può essere riconosciuta rispetto all'esercizio della giurisdizione penale estera, si è evidenziato come accanto agli agenti diplomatici e consolari, ed alla *troika* composta dalle alte cariche dello Stato, quali capi di Stato, capi di Governo e ministri degli esteri, anche personale militare e altre figure ministeriali possono in alcuni casi essere riconosciuti immuni dalla giurisdizione penale estera proprio in ragione della sempre crescente rilevanza strategica di ruoli ed attività nel panorama internazionale.

Tuttavia, proprio in ragione dell'esistenza di una disciplina differenziata a seconda del tipo di organo, si evidenzia come in alcuni casi solo l'esistenza di uno specifico accordo tra lo Stato di invio e lo Stato sul cui suolo opererà l'agente determina l'applicabilità dell'esenzione giurisdizionale. In particolare, infatti, in riferimento alla categoria organica del personale

militare operante all'estero, l'esistenza dell'immunità *ratione materiae* è generalmente demandata alle previsioni contenute negli *Status of Forces Agreement*, accordi finalizzati all'individuazione delle modalità di svolgimento della missione ed alla definizione della ripartizione del potere giurisdizionale tra lo Stato accreditante ed accreditario.

Sul tipo di atto destinatario della copertura immunitaria, pur mitigando la portata delle indicazioni risultanti dai *Draft Articles* sulla Responsabilità degli Stati per atti internazionalmente illeciti, si osserva che un punto di partenza fondamentale è costituito dall'individuazione di un legame tra la condotta realizzata dall'organo dello stato e l'entità giuridica statale. Solitamente le attività destinarie di immunità che tipicamente rientrano nell'alveo dell'autorità governativa statale riguardano funzioni di polizia, di amministrazione della giustizia, svolgimento di attività militari e funzioni che attengono all'intrattenimento delle relazioni tra Stati.

Invece, sulle circostanze in cui l'immunità *ratione materiae* non è suscettibile di applicazione concreta, partendo dall'esame della bozza di Articolo 7 elaborata in seno alla *Drafting Committee* della Commissione di Diritto Internazionale e dalle osservazioni espresse dai rappresentanti degli Stati, si riscontra come non esista una tendenza univoca sulle ragioni del mancato riconoscimento dell'immunità rispetto alla realizzazione di crimini internazionali. Ciononostante, a prescindere dall'argomentazione logico-giuridica adottata, da un'analisi della giurisprudenza risulta come le corti nazionali sono spesso orientate ad escludere l'applicazione dell'esenzione della giurisdizione penale estera in seguito alla commissione di un crimine internazionale.

I profili e le problematiche esaminate in questo elaborato, legati all'inesistenza di strumenti di natura vincolante o di *soft law* volti ad indirizzare l'approccio legislativo degli Stati in circa lo svolgimento di attività sovrane all'estero da parte degli organi di altri, riverberano le proprie conseguenze negative su molti casi di cronaca, tra cui il caso dell'Enrica Lexie e dei due fucilieri della Marina Militare Italiana Salvatore Girone e Massimiliano Latorre.

In tale elaborato, la scrivente ha cercato di analizzare il caso di cui sopra focalizzandosi sui due elementi principali dell'intera vicenda:

- l'esistenza del potere giurisdizionale dello Stato indiano;
- l'applicazione dell'immunità *ratione materiae* in ragione della funzione ufficiale svolta dai due Marò.

Ai sensi delle previsioni dettate dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare³²⁵, a seconda dell'area marittima considerata si configurano differenti gradi di sovranità che ciascuno Stato costiero può esercitare. In proposito, sin dalle prime fasi della controversia, il collegio difensivo italiano ha sostenuto l'inesistenza del potere giurisdizionale dello Stato del Kerala prima e dell'Unione Centrale indiana poi, in ragione del *locus commissi delicti* situato a circa 23 miglia dalla costa, dove allo Stato costiero risulterebbero associabili solo alcuni diritti limitati principalmente all'esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali dell'area marina.

Inoltre, la condotta del personale della Marina italiana risulterebbe coperta dall'applicazione della norma che accorda l'immunità dalla giurisdizione penale estera in ragione dello svolgimento di una funzione ufficiale in nome e per conto dello Stato di appartenenza. Attraverso l'analisi della natura delle funzioni realizzate dai fucilieri italiani, è stato evidenziato come, ai sensi della L. 130/2011 e della convenzione-modello stipulata tra il ministero della difesa e la Confederazione Italiana Armatori, il personale della marina militare italiana era imbarcato a bordo della petroliera Enrica Lexie in veste di ufficiali di polizia con la finalità di tutelare la nave da eventuali attacchi di pirati.

L'accesa controversia è stata sottoposta di recente alla giurisdizione di un Tribunale Arbitrale costituito ad hoc ai sensi dell'articolo 287 della Convenzione delle Nazioni Unite del Diritto del Mare.

Da un lato, secondo la prospettiva indiana le funzioni svolte dal personale della marina italiana non rappresentano lo svolgimento di un servizio di natura pubblicistica. Inoltre, pur configurandosi in astratto l'esistenza di una norma consuetudinaria che accorda l'esenzione dalla giurisdizione penale estera, la stessa non sarebbe applicabile al caso di specie dal momento che l'atto ha realizzato i propri effetti sul territorio statale indiano e nei confronti di cittadini indiani.

Di contro, secondo l'argomentazione avanzata dalla difesa italiana, la *fictione* giuridica che assimila le imbarcazioni battenti bandiera di uno Stato al territorio dello stesso risulterebbe ormai caduta in disuso e le funzioni poste in essere dai funzionari di Stato italiani costituirebbero la concretizzazione delle azioni intraprese dagli stati della comunità internazionale allo scopo di reprimere e contrastare il fenomeno della pirateria.

³²⁵ Tra cui rilevano in particolare:

- Articolo 2
- Articolo 33
- Articolo 55
- Articolo 92

Ponendo le basi per la conclusione di una lunga vicenda, il Tribunale Arbitrale si è pronunciato il 20 maggio 2021 innanzitutto sciogliendo in maniera estensiva il nodo relativo alla propria competenza ad affrontare il tema dell'immunità *ratione materiae*. Si è riscontrato in particolare come, nonostante la Convenzione sul Diritto del Mare non presenti disposizioni relative alla disciplina dell'immunità individuale, il Tribunale ha ritenuto l'argomento dell'immunità funzionale configurante un elemento incidentale la cui analisi è di fondamentale importanza ai fini dell'elaborazione di una risposta chiara ai quesiti avanzati dalle parti.

In modo inaspettato, poi, pur sostenendo che l'Enrica Lexie avesse violato la libertà di navigazione dell'imbarcazione indiana, la corte ha ritenuto che i due fucilieri della marina militare italiana risultassero in concreto beneficiari di una norma consuetudinaria in virtù della quale gli organi dello Stato estero sono esenti dalla giurisdizione penale estera per gli atti ufficiali da essi realizzati.

In particolare, dall'analisi della pronuncia emerge che i fucilieri della marina al momento della realizzazione del fatto si accingevano a svolgere una funzione loro attribuita, con la finalità di tutelare la petroliera ed il suo equipaggio da eventuali attacchi pirati. Tuttavia, non è possibile allo stato di fatto riconoscere un'univoca posizione in dottrina e nella prassi circa l'esistenza di una norma consuetudinaria che accordi l'immunità dalla giurisdizione penale a tutti organi di Stato per le funzioni ufficiali da essi svolte.

In riferimento alla categoria organica del personale delle forze armate, si è infatti riscontrato come l'immunità possa generalmente configurarsi in presenza di un accordo appositamente stipulato tra lo Stato di invio e lo Stato sul cui suolo si svolge la missione ufficiale. Nel presente elaborato, inoltre, si è messo in luce come il riconoscimento dell'immunità sia subordinato allo svolgimento di determinate funzioni corrispondenti all'esercizio dell'autorità statale esterna.

In assenza di un *excursus* sulla ratio e sul fondamento dell'immunità funzionale, si riscontra dunque come il Tribunale Arbitrale abbia adottato un approccio estensivo della norma sull'immunità *ratione materiae*, laddove sul punto, in ragione della difformità della prassi e della dottrina, sarebbe stato opportuno adottare un approccio più cauto.

Ciononostante, sarebbe auspicabile che la risonanza internazionale del caso possa costituire l'impulso decisivo per l'individuazione e la cristallizzazione delle modalità di applicazione dell'istituto dell'immunità *ratione materiae*, soprattutto in considerazione della rilevanza crescente che gli organi di stato rivestono nel panorama internazionale svolgendo sempre più spesso le proprie funzioni ufficiali al di fuori del contesto nazionale.

BIBLIOGRAFIA

A. CASSESE, *Diritto Internazionale*, (1996), Mulino Editore.

C. CURTI GIALDINO, *Diritto Diplomatico- Consolare Internazionale ed Europeo*, (2018), Giappichelli Editore.

E. DENZA, *Diplomatic Law, Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, (2016), Oxford Commentaries on International law.

P. DE SENA, *Diritto Internazionale e Immunità Funzionale degli Organi Stranieri*, (1996), Giuffrè Editore.

R.J. DUPUY, D. VIGNES, *A Handbook on the New Law of the Sea*, (1991), Académie de droit international de La Haye.

M. EVANS, *International Law*, (2018), Oxford University Press.

H. FOX, QC P. WEBB, *The Law of State Immunity*, (2015), Oxford University Press.

M. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, (2007), Giappichelli Editore.

E. GREPPI, *I Crimini dell'Individuo nel Diritto Internazionale*, (2012), Utet Giuridica.

H. KELSEN, *Teoria Generale del Diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta, G. Treves (1963), Edizioni di Comunità.

H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, a cura di L. Ciaurro, (2006), Giappichelli editore.

G. MANNUCCI, *Il conflitto di giurisdizione tra Italia e India nel caso Enrica Lexie: quale ruolo per il diritto internazionale?*, (2014), Firenze University Press.

L. MAY, *Genocide*, (2012), Cambridge University Press.

G. METTRAUX, *International Law and Practice: Volume II: Crimes against Humanity*, (2020), Oxford University Press.

M. MIELE, *Immunità giurisdizionale degli organi stranieri*, Milano, (1961), Giuffrè Editore.

G. MORELLI, *Diritto Processuale Civile Internazionale*, (1938), CEDAM.

R. NIGRO, *Le Immunità Giurisdizionali dello Stato e dei suoi Organi e l'Evoluzione della Sovranità nel Diritto Internazionale*, (2018), CEDAM.

B. PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico*, (1962), Giuffrè.

B. PAUL, *Diplomatic Law in a new Millennium*, (2017) Oxford University Press.

R. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, (2014), Annali, vol. VII, Enciclopedia del diritto.

R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, (1968), Liguori.

N. RONZITTI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, (2016), Giappichelli editore.

T. RUYSS, N. ANGELET, L. FERRO, *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, (2019), Cambridge University Press.

R. VIRZO, *The Dispute Concerning the Enrica Lexie Incident and the Role of International Tribunals in Provisional Measure Proceedings Instituted Pursuant to the United Nations Convention on the Law of the Sea*, (2019), Brill.

UNITED NATIONS, *The Working Methods of the International Law Commission: Adherence to Methodology, Commentaries and Decision-Making, Seventy Years of the International Law Commission*, (2020), Brill.

X. YANG, *State Immunity in International Law*, (2012) Cambridge University Press.

ARTICOLI

P. ALLOT, *European Convention on State Immunity*, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 33, (1974).

R. BORIN, *L'extraterritorialità delle Forze Armate*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 16, (1937).

P. BUSCO, F. FONTANELLI, *Questioni di Giurisdizione e Immunità nella vicenda dell'Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, *Diritto Penale Contemporaneo*, Vol. 3, (2013).

P. CAHIER, Vienna Convention on Diplomatic Relations, *International Conciliation*, Vol. 37 (1966).

L. M. CAPLAN, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory*, *The American Journal of International Law*, Vol. 97, (2003).

B. CONFORTI, *A few Remarks on the Functional Immunity of the Organs of Foreign State*, *Questioni di Diritto Internazionale*, Vol. 2, (2015).

E. CUSUMANNO, S. RUZZA, *Contractors as a Second-Best Option: The Italian Hybrid Approach to Maritime Security*, *Ocean Development and International Law*, Vol.46, (2014)

F. DE VITTOR, *Recenti Sviluppi in Tema di Immunità dalla Giurisdizione: La Convenzione di New York del 2 dicembre 2004*, *Comunicazioni e Studi*, Vol. 23, (2007).

Y. DINSTEIN, *Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, (1966).

Y. DINSTEIN, *Par in Parem non Habet Imperium*, *Israel Law Review*, Vol.1, (1966).

Z. DOUGLAS, *State Immunity for the Acts of State Officials*, *The British Yearbook of International Law*, Vol.2, (2012).

V. EBOLI, J.P. PIERINI, *The Enrica Lexie case and the limits of extraterritorial Jurisdiction of India*, *I quaderni europei*, Vol. 39, (2012).

G.M. FANELLI, *Profili giuridici della recente controversia tra Italia e India nel caso dei fucilieri del Battaglione San Marco*, *La Comunità Internazionale*, Vol. 68, (2013).

M. FRULLI, *On the consequence of customary rule granting functional immunity to State officials and its exceptions: Back to square one*. *Duke Journal of Comparative International Law*, Vol. 26, (2016).

M. FORTEAU, *Immunities and International Crimes Before the ILC: Looking for Innovative Solutions*, *AJIL Unbound*, Vol. 22, (2018).

H. FOX, *In defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity is Important*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 55, (2006).

H. FOX, C. WARBRICK, D. MC GOLDRICK, *The Pinochet Case No. 3*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.48, (1999).

P. GAETA, *Extraordinary redintions e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stato esteri: il caso Abu Omar*, Rivista di Diritto Internazionale, Vol.1, (2006).

R. GARDNIER, *UN Convention on State Immunity: Form and Function*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 55, (2006).

D. IRELAND- PIPER, *The Enrica Lexie and St. Anthony, a Voyage into jurisdictional conflict*, QUT Law Review, (2014).

C. KEITH HALL, *UN Convention: The Need for a Human Right Protocol*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 55 (2006).

C.L. KEITNER, *Foreign Official Immunity and the “Baseline” Problem*, Fordham Law Review, Vol.80, (2011).

C. I KEITNER, *Horizontal Enforcement and the ILC’S Proposed Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, Symposium on Immunity of State Officials, AJIL Unbound, Vol. 109, (2015-2016).

H. KELSEN, *Collective and Individual Responsibility with Particular Regard to the Punishment of War Criminal*, California Law Review, Vol.31, (1963).

D. KOLLER, *Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgement as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court*, American University International Law Review, Vol. 20, (2004).

M. LANGER, *The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes*, The American Journal of International Law, Vol. 105, (2015)

R. NIGRO, *La disciplina dei militari impegnati all’estero in missioni umanitarie: in margine al caso Lonzano*, Diritti Umani e Diritto Internazionale, vol. 3, (2009).

R. PISILLO MAZZESCHI, *The Functional Immunity of State Officials from Foreign Jurisdiction: A Critique of the Traditional Theories*, *Questioni di Diritto Internazionale*, Vol. 2, (2015).

R. PISILLO MAZZESCHI, *Le Immunità degli stati e degli organi statali precludono l'accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: il caso Jones dinnanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6 (2014).

P. PUSTORINO, *Immunità dello Stato, Immunità degli Organi e Crimine di Tortura: la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Jones*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 2 (2014).

N. RONZITTI, *L'immunità Funzionale degli Organi Stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 4, (2008).

N. RONZITTI, *Enrica Lexie Incident: Law of the Sea and Immunity of State Officials Issues*, *Italian Yearbook of International Law*, Vol. 22, (2013).

N. RONZITTI, *Il caso dell'Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 4, (2020).

L. SCHIANO DI PEPE, *International Tribunal for the Law of the Sea, Case 24, The Enrica Lexie Incident (Italy v. India) Provisional Measures*, *Asia-Pacific Journal of Ocean Law and Policy*, Vol. 1, (2016).

F. SEYERSTED, *Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 14, (1965).

A. SIMONETTI, *L'immunità funzionale degli Organi Statali dalla Giurisdizione Straniera*, (2016), Università degli Studi di Firenze.

Q. SHEN, *Methodological Flaws in the ILC's Study on Exceptions to Immunity Ratione Materiae of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, *AJIL Unbound*, Vol. 22, (2018).

Y. TANAKA, *Dual Provisional Measures Prescribed by ITLOS and Annex VII Arbitral Tribunal: Reflections on the "Enrica Lexie" Incident Case*, *The Global Community: Yearbook of International Law and Jurisprudence*, (2018).

R. VAN ALEBEEK, *National Courts, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials*, *Netherlands International Law Review*, Vol. 59, (2012).

R. VAN ALEBEEK, *Immunity and Human Rights- A Bifurcated Approach*, American Society of International Law Proceedings, Vol. 104, (2010).

R. VAN ALEBEEK, *The International Crime Exception in the ICL Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Two Steps Back*, AJIL Unbound, Vol. 112, (2018).

R. VIRZO, *Le misure cautelari nell'affare dell'incidente dell'Enrica Lexie*, Osservatorio Costituzionale, Vol. 3, (2016).

G. R. WATSON, *Offender Abroad: The Case for Nationality-based Criminal Jurisdiction*, Yale Journal of International Law, Vol. 17, (1992)

P. WEBB, *How Far Does the Systemic Approach to Immunities Take Us*, AJIL Unbound, Vol. 22, (2018).

M. WOOD, *Lessons from the ILC's Work on Immunity of State Officials: Melland Schill Lecture*, Max Planck yearbook of United Nations law, Vol. 22, (2018).

I. WUERTH, *Foreign Official Immunity: Invocation, Purpose and Exceptions*, Swiss Review of International and European Law, Vol. 207, (2013).

DOCUMENTI COMMISSIONE DI DIRITTO INTERNAZIONALE

D. TLADI, *Statement of the Chairman of the Drafting Committee*, (2013).

A. RAJPUT, *Statement of the Chairperson of the Drafting Committee*, (2017).

R. KOLODKIN, *Preliminary report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/601](#), (60th session of the ICL (2008)).

R. KOLODKIN, *Second Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/631](#), (62th session of the ICL (2010)).

R. KOLODKIN, *Third Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/646](#), (63rd session of the ILC (2011)).

C. HERNÁNDEZ, *Second report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/601](#) (65th session of the ICL (2011)).

C. HERNÁNDEZ, *Third report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/673](#), (66th session of the ILC (2014)).

C. HERNÁNDEZ, *Fourth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/686](#) (67th session of the ILC (2015)).

C. HERNÁNDEZ, *Fifth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/701](#) (68th session of the ILC (2016)).

C. HERNÁNDEZ, *Sixth report on the immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/722](#) (70th session of the ILC (2018)).

C. HERNÁNDEZ, *Seventh Report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, Doc. [A/CN.4/729](#), (71st session of the ILC (2019)).

DRAFTING COMMITTEE, *Text of draft articles 1, 3 and 4 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session*, Doc. [A/CN.4/L.814](#), (2013).

DRAFTING COMMITTEE, *Text of draft articles 1, 3 and 4 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session*, Doc. [A/CN.4/L.814](#), (2013).

DRAFTING COMMITTEE, *Text of draft articles 2 (e) and 5 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-sixth session*, [A/CN.4/L.850](#), (2014).

DRAFTING COMMITTEE, *Text of draft articles 2 (f) and 6 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-seventh session*, Doc. [A/CN.4/L.865](#), (2015).

DRAFTING COMMITTEE, *Text of draft articles 7 provisionally adopted by the Drafting Committee at the sixty-fifth session of the International Law Commission*, Doc. [A/CN.4/L.893](#), (2017).

Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries – International Law Commission (53rd session, 2001)

Draft articles on Responsibility of states for internationally wrongful acts, with Commentaries-
International Law Commission (43rd session 1991)

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL

Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Vancouver (2001).

Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes, Naples (2009).

GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Lotus Case, (France v. Turkey)*, (1927).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Arrest Warrant of 11 april 2000, (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, (2002).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, (2006).

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy)*, (2012).

TRIBUNALE PENALE INTERNAZIONALE PER L'EX IUGOSLAVIA

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-AR72 (1995).

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA, *Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II*, IT-95-14-AR108 bis (1997).

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Jones v. Ministry of Interior of the Kingdom of Saudi Arabia and Another*, appl. n. 34356/06 - 40528/06 (2014).

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Al- Adsani c. Regno Unito*, appl. n. 35763/97 (2001).

TRIBUNALI ARBITRALI

ARBITRAL TRIBUNAL, *The Italian Republic v. Republic of India*, Case n. 2015-28, (2020).

ARBITRAL TRIBUNAL, *The Enrica Lexie Incident Order*, Request for Provisional Measures, Case n. 2015-28, (2016).

GIURISPUDENZA NAZIONALE

FRANCIA

COURT OF APPEAL OF PARIS, *Bigelow v. Princess Zizianoff*, 4 AD 384 n. 266, (1929).

COURT DE CASSATION, *Obiang Mangué*, case n. 1583156, (2015).

GERMANIA

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, *Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic*, Case No. 2 BvR 1516/96, (1997).

ITALIA

TRIBUNALE DI ROMA, *Imputato Bigi*, ordinanza 28 febbraio (1987)

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE CIVILI, *Ferrini c. Repubblica Federale tedesca*, n. 5044, (2004).

CORTE DI CASSAZIONE, V SEZIONE PENALE, *caso Abu Omar*, n. 46340 (2012).

INGHILTERRA

HOUSE OF LORDS, JUDGMENT ON APPEAL, *Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya*, EWCA Civ 1394, (2006).

HOUSE OF LORDS, JUDGEMENT ON APPEAL, *Holland v. Lampen-Wolfe*, WLR 1573, [2000] UKHL 40.

SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM, *Reyes v Al-Malki and another*, UKSC 0023, (2016).

STATI UNITI

US COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT, *Republic of the Philippines v. Marcos*, 806 F.2d 344 (1986).

US COURT OF APPEALS, NINE CIRCUIT, *Gerritsen v. De la Madrid Hurtado*, 819 F 2d 1511, (1987).

DISTRICT COURT OF FLORIDA, *United States v. Noriega*, 746 F. Supp. 1506, 1519 (S.D. Fla. 1990).

US COURT OF APPEALS, NINE CIRCUIT, *Chuidian c. Philippines National Bank*, 912 F. 2d 1095, 1103 (CA9 1990).

US COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT, *Swarna v. Al-Awadi, Al-Shaitan and State of Kuwait*, 622 F 3d 123, (2010).

US SUPREME COURT, *Samantar v. Yousuf, v. United States Supreme Court*, 560 U.S. 305 (2010).

SVIZZERA

SWISS FEDERAL COURT, *Caso Nezzar*, BB.2011.140, (2012).

AUSTRALIA

NEW SOUTH WALES COURT OF APPEAL, *Zhang v Zemin* [2010] NSWCA 255,5.

INDIA

HIGH COURT OF KERALA, *Massimilano Latorre v. Union of India*, WP(C) No. 4542, (2012).

SUPREME COURT OF INDIA, *Massimiliano Latorre and others v. Republic of India and others*, (2021).

SUPREME COURT OF INDIA, *Republic of Italy v. Union of India*, 4SCC721, (2013)

SITOGRAFIA

BBC NEWS, *The case against Pavlo Lazarenko* (2007), <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4780743.stm>

G. CITRONI, *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*, *Ejil:talk!*, (2012) <https://www.ejiltalk.org/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/>

C. CULTI GIALDINO, *Il Caso dei Fucilieri di Marina in India: Una Caporetto Diplomatica, Politica e Giudiziaria*, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano Comparato e Comunitario*, p. 23, 2013, [federalismi.it](http://www.federalismi.it),

https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?eid=267&dpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F03042013111114%2Epdf&content=Il%2Bcaso%2Bdei%2Bfucilieri%2Bdi%2Bmarina%2Bin%2BIndia%3A%2Buna%2B%27Caporetto%27%2Bdiplomatica%2C%2Bpolitica%2Be%2Bgiudiziaria&content_auth=Carlo%2BCurti%2BGialdino

European Convention on State Immunity, Explanatory Report, World Legal Information Institute, <http://www.worldlii.org/int/other/treaties/COETSER/1972/2.html>

A. GENTILI, *Corradino di Svevia*, Stupor Mundi, <https://www.stupormundi.it/it/corradino-di-svevia>.

M. MANCINI, *Crimini Internazionali*, Enciclopedia Treccani, (2019) https://www.treccani.it/enciclopedia/crimini-internazionali_%28Diritto-on-line%29/

Inviolabilità della persona, Enciclopedia Treccani, <https://www.treccani.it/enciclopedia/inviolabilita-della-persona/#:~:text=inviolabilit%C3%A0%20della%20pers%C3%B3na%20Principio%20fondamentale,diritto%20alla%20difesa%20e%20nei>

Gregorio IX, *Corpus Iuris Canonici*, Decretales, http://www.columbia.edu/cu/lweb/digital/collections/cul/texts/ldpd_6029936_002/pages/ldpd_6029936_002_00000073.html?toggle=image&menu=maximize&top=&left=

P. WEBB, *Jones v. Uk: The re-integration of State and Official Immunity*, EjiI: Talk! (2014) <https://www.ejiltalk.org/jones-v-uk-the-re-integration-of-state-and-official-immunity/>

C. RYNGAERT, *Functional immunity of foreign State officials in respect of international crimes before the Hague District Court: A regressive interpretation of progressive international law*, EjiI:talk!, (2020) <https://www.ejiltalk.org/functional-immunity-of-foreign-state-officials-in-respect-of-international-crimes-before-the-hague-district-court-a-regressive-interpretation-of-progressive-international-law/>