

Milano, Baghdad, Nuova Delhi: Le rotte incerte dell'immunità funzionale*

Matteo Tondini **
(1 dicembre 2012)

Il 29 novembre scorso sono state depositate le motivazioni della sentenza con cui la V Sezione penale della Corte di Cassazione ha, almeno per il momento, messo la parola fine sulla controversa vicenda del rapimento dell'imam di Milano, Abu Omar, ad opera di un team della CIA, supportato da elementi dell'intelligence italiana (Sent. n. 46340 del 19 settembre – 29 novembre 2012, *Abu Omar*). Se, da un lato, la decisione della Suprema Corte concorre, forse in modo determinante, a far luce su una serie di questioni inerenti gli ambiti e i presupposti applicativi del segreto di Stato, dall'altro risulta particolarmente interessante sotto il profilo del (mancato) riconoscimento dell'immunità funzionale agli imputati statunitensi (22 agenti della CIA e un Colonnello dell'Aeronautica USA – USAF – responsabile della sicurezza nella Base NATO di Aviano), i quali avrebbero portato a termine la *extraordinary rendition* quali agenti/organi dello Stato americano nell'esercizio delle proprie funzioni.

La sentenza in parola assume un significato ulteriore e più profondo dal momento che il Governo italiano sta sostenendo la medesima tesi dell'immunità funzionale degli agenti dello Stato nel ricorso avanzato presso la Corte Suprema di Nuova Delhi nel caso dell'*Enrica Lexie*. Quest'ultima vicenda, come noto, concerne l'arresto, da parte delle Autorità indiane, di due militari italiani, accusati di aver ucciso due pescatori scambiandoli per pirati a largo delle coste del Kerala. L'argomento dell'immunità funzionale degli imputati-organi dello Stato era stato in un primo tempo escluso dall'Alta Corte dello Stato federato (High Court of Kerala, *Massimiliano Latorre v. Union of India*, Sent. 29 maggio 2012, (2012) 252 KLR 794, par. 48 - *Latorre*). Da qui il ricorso alla Corte Suprema indiana, di cui si attende a breve il pronunciamento.

A ben vedere, inoltre, parlandosi di immunità funzionale, la mente non può che correre alla triste vicenda – sul piano umano, operativo e giuridico – della morte del dirigente del SISMI (oggi AISE) Nicola Calipari, ad opera di uno *specialist* americano sulle strade di Baghdad nel 2005. Nel porre la pietra tombale sulla *prosecution* del militare USA, la Cassazione, nel 2008, aveva sostenuto l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario “che sancisce la ‘immunità funzionale’ (*ratione materiae*), dalla giurisdizione interna dello Stato straniero, nella specie quello italiano, dell'individuo-organo [ossia il militare USA] il quale [...] abbia agito iure imperii” (Cass., I Sez. pen., Sent. n. 31171 del 19 giugno – 24 luglio 2008, *Lozano*). Da notarsi che, all'epoca, l'Avvocatura dello Stato dichiarò di aver ricevuto dal Governo l'indicazione di aderire all'orientamento della Procura Generale, il quale era, per l'appunto, favorevole alla concessione dell'immunità dalla giurisdizione penale italiana (l'Avvocatura si dichiarò addirittura “agnostica” – cfr. ANSA, *Calipari: Cassazione, niente processo a Lozano*, 19 giugno 2008, h. 17:45). Governo, Procura Generale e Corte di Cassazione erano tutti quindi apparentemente concordi nel riconoscere l'esistenza di detta norma consuetudinaria sull'immunità funzionale.

Per ciò che riguarda lo scrivente, non mancammo di evidenziare le nostre profonde perplessità sull'esistenza dell'immunità *de quo* già all'indomani del deposito della sentenza (cfr. M. Tondini, F. Bertolin, *La Cassazione e il «caso Calipari»*, *Quaderni Costituzionali*,

* Scritto sottoposto a *referee*.

Vol. 28, No. 4, 2008, pp. 897-901). La consuetudine sull'immunità funzionale dalla giurisdizione penale straniera di *tutti* gli agenti dello Stato non pareva difatti deducibile da alcuna giurisprudenza consolidata né da continue e concordanti dichiarazioni ufficiali degli Stati (*id.*, p. 899). Nel ricostruire la consuetudine la Corte aveva inoltre preso in esame casi del tutto diversi e talvolta discordanti tra loro, finendo per confondere l'immunità degli individui dalla giurisdizione penale con quella degli Stati dalla giurisdizione civile (cfr. A. Cassese, "The Italian Court of Cassation Misapprehends the Notion of War Crimes: The Lozano Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 6, No. 5, 2008, pp. 1077-1089, p. 1081).

In *Abu Omar*, la Cassazione ha preso atto della censurabile ricostruzione della pretesa consuetudine di cui sopra e ha sostanzialmente sconfessato il *dictum* di *Lozano*. Secondo la Corte (*Abu Omar*, par. 23.7), difatti, solo due dei casi citati in *Lozano* riguardano la materia penale e in uno, addirittura, la Corte investita dalla questione è pervenuta ad una decisione contraria al riconoscimento dell'immunità funzionale per l'interessato (CIG, *Gibuti c. Francia*, Sent. 4 giugno 2008, par. 194). L'altro caso citato in *Lozano* – il caso *McLeod* del 1841 – riguardava l'affondamento di una nave con equipaggio statunitense che portava aiuti agli insorti canadesi. All'epoca il Governo americano riconobbe di non avere giurisdizione sulle condotte di uno sceriffo canadese, *McLeod*, che aveva apparentemente preso parte alla distruzione della nave e all'uccisione di due membri dell'equipaggio, poiché egli aveva agito come agente dello Stato. Invero, l'immunità di *McLeod* doveva considerarsi "a principle of public law sanctioned by the usages of all civilised nations, and which the Government of the United States has no inclination to dispute" (*McLeod case, British and Foreign State Papers*, Vol. 29, p. 1139). Ad ogni buon conto, tuttavia, la lontananza nel tempo e l'ondivaga prassi degli Stati da allora in poi non ne fanno tuttavia un caso determinante per la ricostruzione della norma in questione. Tra l'altro poi *McLeod* fu comunque processato ed assolto per insufficienza di prove.

Quanto alla dottrina, rileva la Corte che, nonostante autorevoli studiosi confermino l'esistenza della consuetudine in parola (cfr. ad es. N. Ronzitti, "L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: Il Caso Calipari", *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. 91, No. 4, 2008, pp. 1033-1045, p. 1036),

altri [...] ne riconoscono l'esistenza soltanto per le attività autorizzate dallo stato straniero sul cui territorio vengono poste in essere ed altri ancora [...] hanno sostenuto che il beneficio della immunità è riconosciuto da norme specifiche soltanto ad alcune categorie di organi nell'esercizio delle funzioni tipiche del proprio ufficio (*Abu Omar*, par. 23.7).

A favore dell'opinione di questi ultimi propende la Cassazione, la quale conclude affermando che:

il trattamento applicato in materia si presenta con tali discontinuità da non consentire la ricognizione di una norma di portata generale; ed, infatti, la sottrazione alla giurisdizione straniera per gli organi dello Stato in ipotesi inviante è prevista in specifici trattati, mentre in assenza di essi l'immunità funzionale di norma non viene riconosciuta dagli organi giurisdizionali nazionali (*id.*).

In altre parole, ove l'immunità dell'organo straniero dalla giurisdizione penale italiana non sia riconosciuta da specifici accordi aventi rango costituzionale o di legge ordinaria, quali, ad esempio, i Patti lateranensi, il SOFA (*Status of Forces Agreement*) NATO, le Convenzioni di Vienna del 1961 e 1963 sulle relazioni diplomatiche e consolari, ecc., essa

va esclusa. Non a caso, l'unico militare USA coinvolto nella vicenda, ossia il Colonnello dell'USAF, ha fondato il proprio ricorso, tra l'altro, sulle norme del NATO SOFA e non sull'ipotetica immunità funzionale rivestita (la quale avrebbe sostanzialmente reso inutilizzabili le norme del NATO SOFA sul riparto di giurisdizione tra Stato di soggiorno e Stato d'invio). Secondo la Cassazione, infatti, l'Accordo NATO rappresenta un chiaro esempio di evoluzione della prassi degli Stati, i quali, a partire dal secondo conflitto mondiale in poi, hanno progressivamente temperato il principio della giurisdizione esclusiva dello Stato d'invio in materia penale con quello del riparto di giurisdizione, da stabilirsi a mezzo di specifici accordi (*Abu Omar*, par. 20.3). Il requisito della necessità di un accordo è quindi, come minimo, un chiaro indicatore dell'incertezza circa l'esistenza della norma consuetudinaria sull'immunità funzionale per gli *State agents*.

L'esigenza di un preventivo accordo tra Stato territoriale e d'invio al fine di riconoscere l'immunità degli agenti dello Stato è stato riconosciuto anche dall'Alta Corte del Kerala (*Latorre*, par. 48) e trova conforto finanche nei lavori della Commissione sul Diritto Internazionale dell'ONU (ILC, *Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction*, UN Doc. n. A/CN.4/631, 10 giugno 2010). Come affermato dallo *Special Rapporteur* Kolodkin, infatti

A situation where criminal jurisdiction is exercised by a State in whose territory an alleged crime has taken place, and this State has not given its consent to the exercise in its territory of the activity which led to the crime, and to the presence in its territory of the foreign official who committed this alleged crime stands alone in this regard. There would in such a situation appear to be sufficient grounds for talking of an absence of immunity (par. 90).

In altra recente sentenza, l'High Court of Justice inglese (High Court of Justice (Queen's Bench Division), *Khurts Bat v. The Investigating Judge of the German Federal Court*, [2011] EWHC 2029 (Admin), 29 luglio 2011), giudica il caso *McLeod* come "a confusing example of State practice" (*Khurts Bat*, par. 86), poiché troppo lontano nel tempo e non indicativo della prassi attuale degli Stati. Dopo aver effettuato una minuziosa disamina della dottrina e della prassi in materia, il giudice inglese conclude che "there is no customary international law which affords this appellant immunity *ratione materiae*" (*Khurts Bat*, par. 101). Di particolare rilievo risulta il fatto che l'agente dello Stato interessato all'immunità funzionale era il capo dell'Ufficio per la sicurezza nazionale della Mongolia e che il caso in questione riguardava – al pari del caso *Abu Omar* – il sequestro da parte dell'imputato e di altri tre complici, di un cittadino mongolo nella città francese di Le Havre, il suo trasporto fino all'Ambasciata della Mongolia a Berlino e il suo rimpatrio forzato: in breve, una vera e propria *extraordinary rendition*. Una successiva visita ufficiale a Londra del funzionario mongolo aveva fatto scattare un mandato d'arresto europeo spiccato da un giudice tedesco e, *a fortiori*, un procedimento di estradizione verso la Germania, a cui l'interessato aveva provato a resistere ricorrendo all'Alta Corte londinese, dopo essere stato tratto in arresto.

Altro recente caso di attività clandestine – o quanto meno esercitate senza un preventivo accordo con il Paese di soggiorno – poste in essere da parte di agenti dello Stato è quello inerente il *contractor* della CIA Raymond Allen Davis, accusato dell'omicidio di due cittadini pakistani, avvenuto a Lahore nel 2011. Nonostante Davis, – proprio come due degli imputati nel caso *Abu Omar* – fosse ufficialmente insignito di funzioni consolari a Lahore (il Dipartimento di Stato USA arrivò a sostenere che beneficiasse dell'immunità diplomatica come membro dello staff tecnico dell'Ambasciata a Islamabad), lavorava nella realtà per l'intelligence USA in Pakistan. In *Davis*, analogamente a quanto stabilito dalla Cassazione

in *Abu Omar* (*Abu Omar*, par. 23.4), la funzione consolare ufficialmente rivestita non ha avuto pregio ai fini del riconoscimento dell'immunità a favore dell'imputato americano, poiché le condotte coercitive in oggetto erano estranee alle funzioni proprie del console. La Corte di Lahore, dopo aver respinto l'eccezione sull'immunità, ha condannato Davis al pagamento di una sanzione pecuniaria in luogo della reclusione, come previsto dalla legge penale islamica (cfr. sul caso T. Hassan, 'Diplomatic or Consular Immunity for Criminal Offenses', *Virginia Journal of International Law*, Vol. 2, No. 1, pp. 17-39).

Orbene, quanto fin qui riferito porta ad una conclusione univoca, ovvero che, ad oggi, la questione dell'immunità funzionale di *tutti* gli agenti dello Stato dalla giurisdizione penale straniera è, quantomeno, del tutto incerta. Prassi e *opinio iuris* paiono difatti frammentate e pertanto inadatte a dare luogo ad una norma di origine consuetudinaria. In tale contesto, la Suprema Corte, in *Abu Omar*, ha correttamente – e coraggiosamente – abbandonato il teorema precedentemente sostenuto in *Lozano*, riportando la materia su un piano giuridicamente assai più corretto, che vede la concessione dell'immunità (funzionale, ma anche personale) al funzionario straniero quale corollario ineludibile della sovranità statale, e quindi da disciplinarsi a mezzo di specifici accordi internazionali (multilaterali, bilaterali, *ad hoc*, ecc.). La presenza di un accordo è e rimane dunque l'unico necessario strumento per scongiurare *ab initio* l'esercizio della giurisdizione straniera sul personale dello Stato in missione all'estero.

** Ricercatore e consigliere giuridico. Si ringrazia l'Avv. Federica Bertolin per la gentile revisione del testo. Note e commenti a m.tondini@gmail.com.