

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**  
**Cattedra di Diritto Internazionale Proredito**

**LA CONTROVERSIA TRA ITALIA E INDIA NEL CASO  
DELL'ENRICA LEXIE NEL QUADRO DELLA LOTTA CONTRO  
LA PIRATERIA**

**RELATORE**

Chiar.ma Prof.ssa  
**Angela Del Vecchio**

**CANDIDATO**

**Andrea Desogus**  
Matr. 094933

**CORRELATORE**

Chiar.ma Prof.ssa  
**Alessandra Zanobetti**

**ANNO ACCADEMICO 2012-2013**

# INDICE

## INTRODUZIONE

### **CAPITOLO I: LA LOTTA ALLA PIRATERIA NELLE ACQUE DELL'OCEANO INDIANO E L'USO DI CONTINGENTI MILITARI ARMATI A BORDO DI NAVI PRIVATE**

<u>A. LA PIRATERIA</u> .....	1
1.1. Considerazioni introduttive sulla pirateria.....	1
1.2. Il contesto normativo .....	1
<i>Il quadro normativo internazionale</i> .....	1
<i>La convenzione UNCLOS del 1982</i> .....	2
<i>Il quadro normativo interno</i> .....	7
<u>B. LA LOTTA ALLA PIRATERIA NELL'OCEANO INDIANO</u> .....	13
1.3. L'azione degli organi internazionali .....	13
<i>Premessa</i> .....	13
<i>Il Consiglio di Sicurezza dell'ONU</i> .....	14
<i>L'International Maritime Organization</i> .....	16
1.4. Il contributo del legislatore italiano nella lotta alla pirateria: la legge 130/2011 .....	19
1.5. I fatti che hanno coinvolto l'Enrica Lexie e i militari italiani a bordo .....	26
1.6. Questioni problematiche .....	30

## CAPITOLO II: L'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

2.1. Cenni introduttivi sull'esercizio della giurisdizione.....	33
<i>Il concetto di "domestic jurisdiction" e le sue espressioni di "legislative",     "executive" e "judicial jurisdiction" .....</i>	<i>34</i>
<i>Il principio di territorialità nella giurisdizione penale .....</i>	<i>36</i>
<i>I principi giurisdizionali extraterritoriali.....</i>	<i>39</i>
a. <i>Il principio di nazionalità e quello di personalità passiva .....</i>	<i>40</i>
b. <i>Il principio di protezione.....</i>	<i>42</i>
c. <i>Il principio di universalità .....</i>	<i>42</i>
2.2. L'esercizio della giurisdizione in mare.....	44
2.3. La controversia internazionale tra Italia ed India: prospettive di soluzione ...	45
<i>La sentenza dell'Alta Corte del Kerala .....</i>	<i>45</i>
<i>La sentenza della Corte Suprema Indiana.....</i>	<i>49</i>

## CAPITOLO III: L'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI STATALI

3.1. Premessa .....	64
3.2. Cenni introduttivi sull'immunità .....	65
3.3. Immunità dello Stato.....	66
<i>Struttura generale e ratio operativa .....</i>	<i>66</i>
<i>La dottrina dell'Act of State.....</i>	<i>70</i>
<i>L'immunità dalla giurisdizione penale di uno Stato straniero .....</i>	<i>72</i>
3.4. Immunità degli individui .....	74
<i>Immunità personale (ratione personae) .....</i>	<i>75</i>
<i>Immunità funzionale (ratione materiae).....</i>	<i>78</i>

<i>Segue: A) Orientamenti dottrinali in materia di immunità funzionale</i> .....	79
<i>Segue: B) L'immunità funzionale dei corpi di truppa all'estero</i> .....	83
3.5. L'immunità funzionale nella controversia Italia-India .....	93
<i>Sentenza dell'Alta Corte del Kerala</i> .....	94
<i>Sentenza della Corte Suprema</i> .....	97

#### **CAPITOLO IV: PROSPETTIVE DI SOLUZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CONTROVERSIA ITALIA-INDIA**

4.1. Premessa .....	101
4.2. Il meccanismo di risoluzione delle controversie nella Convenzione UNCLOS .....	101
<i>Le misure cautelari e il "prompt release"</i> .....	111
4.3. L'arbitrato dell'allegato VII.....	115
4.4. Il trattato bilaterale Italo-Indiano sullo scambio di prigionieri.....	120
<b>CONCLUSIONI</b> .....	124
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	126

## INTRODUZIONE

*Il presente lavoro è frutto di un'intensa e prolungata attività di lavoro di ricerca e studio che non consta di una mera speculazione teorica sul diritto internazionale del mare, ma si interseca con la storia di persone reali, comuni, quali sono Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, i due militari italiani protagonisti di una tormentata e poco chiara vicenda che li vede impossibilitati a far rientro alle proprie case e occupazioni da oramai 20 lunghi mesi, in attesa che sia presa una decisione, in un senso o nell'altro.*

*Il filo conduttore della ricerca è stato quello di trovare, alla luce dello stato attuale del diritto internazionale, quali potessero essere gli strumenti adatti ad una soluzione di un caso concreto di grande attualità, avvenuto al largo delle coste indiane nel febbraio 2012, non già per sostenere le ragioni dell'una o dell'altra parte, bensì per l'interesse di capire da che parte stesse la verità della questione. Si potrebbe azzardare l'ipotesi che il presente lavoro costituisca un lungo tentativo di sussunzione, volto a verificare la compatibilità degli elementi del caso concreto con il complesso delle pertinenti previsioni astratte sancite dagli strumenti convenzionali e dalle consuetudini internazionali, per poi concretizzare un giudizio volto a risolvere il problema dal punto di vista giuridico.*

*A tal fine, nel primo capitolo si procede ad un inquadramento storico-giuridico della vicenda per inserirla nel più ampio contesto della lotta alla pirateria da parte della comunità internazionale, tramite l'analisi degli strumenti normativi convenzionali e, più in particolare, soffermandosi sul contributo apportato dal legislatore italiano.*

*I successivi capitoli consentono di focalizzarsi sul cuore del problema giuridico, tramite l'approfondimento delle questioni inerenti al riparto di giurisdizione e alla regola dell'immunità degli agenti/organismi di uno Stato che svolgano un'attività ufficiale per conto di quest'ultimo in paesi terzi, la cd. "immunità funzionale".*

*In particolare, nel secondo viene esaminata la disciplina giuridica in materia di giurisdizione: dopo una premessa di carattere generale volta ad inquadrare l'istituto nel contesto delle norme di diritto internazionale consuetudinario e pattizio, viene effettuata un'analisi critica delle sentenze emanate dalle corti indiane, nel tentativo di individuare una soluzione del caso che sia coerente con il quadro normativo internazionale esaminato.*

*Il terzo capitolo, invece, è focalizzato sull'istituto giuridico dell'immunità funzionale degli organi statali, tentandone una ricostruzione attraverso una breve rassegna dei principali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali internazionali, al fine di comprendere se sia possibile, in concreto, garantire o meno l'applicazione delle norme in tema di immunità alle attività poste in essere dai due militari che operavano, su mandato dello Stato italiano, in funzione antipirateria su una nave commerciale battente bandiera italiana.*

*Il capitolo conclusivo del presente studio è dedicato all'analisi delle disposizioni inserite nella Convenzione UNCLOS in materia di soluzione pacifica delle controversie riguardanti l'interpretazione e applicazione del trattato, focalizzandosi principalmente sulla disciplina dell'arbitrato regolato dall'allegato VII alla Convenzione. Infine, viene compiuta una breve analisi delle norme contenute nel Trattato bilaterale stipulato tra Italia ed India nell'agosto 2012, volto a disciplinare lo scambio di cittadini dei rispettivi paesi, detenuti nelle carceri dello Stato straniero.*

**CAPITOLO I: LA LOTTA ALLA PIRATERIA NELLE ACQUE  
DELL'OCEANO INDIANO E L'USO DI CONTINGENTI MILITARI ARMATI A  
BORDO DI NAVI PRIVATE**

**A. LA PIRATERIA**

***1.1. Considerazioni introduttive sulla pirateria***

Il fenomeno della pirateria costituisce un problema che fin dall'antichità<sup>1</sup> ha interessato i mari, interferendo con i commerci e la libera navigazione. Esso ha recentemente avuto una recrudescenza -in un'area geografica che si estende dalle coste della Somalia fino allo stretto di Malacca, nel cuore dei traffici commerciali del sud-est asiatico- di tale rilevanza da indurre la comunità internazionale a reagire, rafforzando la lotta alla pirateria anche nell'ambito dell'attività delle organizzazioni internazionali universali e regionali. Appare opportuno dunque, prima di trattare dell'odierna controversia tra Italia ed India, inquadrare giuridicamente la pirateria nel contesto normativo internazionale e interno.

***1.2. Il contesto normativo***

***Il quadro normativo internazionale***

La dottrina è unanime nell'affermare l'esistenza, nell'ambito del diritto internazionale generale, di una norma consuetudinaria che consente agli Stati di reprimere la pirateria *iuris gentium*, attribuendo agli stessi una serie di facoltà, tra

---

<sup>1</sup> Cfr. Svetonio in *De vita Caesarum*; Plutarco in *Vite parallele. Alessandro e Giulio Cesare*.

cui il diritto di visita e di cattura della nave pirata<sup>2</sup>, qualunque sia la nazionalità della stessa o la cittadinanza dei pirati.

La *ratio* sottesa a tale approccio, risiede nel fatto che il pirata, esplicando la sua attività in alto mare, tradizionalmente svincolato da forme di controllo esclusivo da parte degli Stati in quanto sottoposto ad un regime di “libertà”, pone a repentaglio la sicurezza dei traffici marittimi: solo attribuendo a qualsiasi Stato, per mezzo delle proprie navi da guerra, il potere di reprimere un’attività criminosa, che finirebbe per mettere in discussione l’altrettanto fondamentale e storicamente consolidato principio della libertà dell’alto mare<sup>3</sup>, consente di preservarne lo status.

Se la comunità internazionale è unanime nel riconoscere i poteri repressivi che possono essere esercitati dagli Stati nei confronti dei pirati, altrettanto non si può affermare con riferimento al contenuto sostanziale del fenomeno “pirateria”: non è pacifica infatti, almeno da un punto di vista di norma consuetudinaria, l’interpretazione da darsi agli elementi concernenti l’autore, l’elemento soggettivo e oggettivo che caratterizzano la fattispecie.

Si è così giunti all’adozione di una definizione normativa convenzionale che fosse in grado di chiarire tutte le ambiguità e incertezze emerse nel corposo dibattito dottrinale, in due trattati internazionali fondamentali concernenti il diritto del mare: dapprima con la Convenzione di Ginevra sull’alto mare del 29 Aprile 1958 e in seguito con la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del Mare, firmata a Montego Bay il 10 Dicembre 1982.

### La convenzione UNCLOS del 1982

La Convenzione di Montego Bay si pone in stretta linea di continuità con quanto stabilito dalla Convenzione di Ginevra sull’Alto Mare del 1958, le cui

---

<sup>2</sup> Ai sensi della Convenzione di Ginevra sull’Alto Mare del 1958, per nave (o aeromobile) pirata si deve intendere: 1.la nave (o aeromobile) destinata, da chi ne ha l’effettivo controllo, alla realizzazione degli atti di pirateria (ma che quindi non abbia ancora posto in essere alcun atto qualificabile alla stregua di pirateria); 2.la nave che pur non essendo destinata alla realizzazione di atti pirateschi, sia stata nei fatti utilizzata per il compimento degli stessi da parte dell’equipaggio o dei passeggeri presenti a bordo.

<sup>3</sup> Grozio, *Mare Liberum*.



disposizioni sono state in gran parte riprese e traslate nella nuova Convenzione, essendo dichiarative di consolidate norme consuetudinarie di diritto internazionale generale.

Il fenomeno della pirateria e i poteri che sono riconosciuti agli Stati nella repressione dello stesso, sono disciplinati dalla Convenzione di Montego Bay negli articoli 100-107, nella Parte VII che disciplinante la natura giuridica dell'Alto Mare.

Gli Stati, ai sensi dell'articolo 100, sono innanzitutto chiamati ad esercitare "la massima collaborazione per reprimere la pirateria nell'alto mare o in qualunque altra area che si trovi fuori dalla giurisdizione di qualunque Stato".

Appare doveroso chiarire come il presente enunciato non istituisca un obbligo di repressione a carico degli Stati, ma solo un generico dovere di cooperazione.

In ogni caso, in virtù della natura particolarmente grave del fenomeno in questione, considerato tradizionalmente come crimine contro l'umanità, la repressione dello stesso è improntata al principio di *universalità della giurisdizione*, criterio che si rende maggiormente esplicito nella formulazione dell'articolo 105. Tutti gli Stati dunque, possono agire in tal senso, esercitando la propria giurisdizione sovrana nei confronti dei pirati, anche in assenza dei classici criteri di collegamento quali il principio di territorialità, di nazionalità attiva o passiva, che la scienza penalistica demanda per il corretto espletamento della giurisdizione penale, vale a dire quel potere che è riconosciuto alle corti interne di uno Stato di applicare le proprie leggi per sanzionare una condotta criminosa.

La definizione di pirateria, contenuta nel successivo articolo 101, riproduce quella datane dalla Convenzione di Ginevra:

*“Si intende per pirateria uno qualsiasi degli atti seguenti: a) ogni atto illecito di violenza o di sequestro, od ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati, e rivolti: i) nell'alto mare, contro un'altra nave o aeromobile o contro persone o beni da essi trasportati; ii) contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato; b) ogni atto di partecipazione*

*volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata; c) ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere a) o b).”*

La pirateria consta dunque di una serie di elementi particolari che la caratterizzano rispetto ad altre figure delittuose: innanzitutto in essa si evidenzia la realizzazione di una serie condotte specifiche, poste in essere da soggetti privati imbarcati su una nave o aeromobile privati, a danno di imbarcazioni o aeromobili privati o dei passeggeri o beni a bordo di questi (*criterio della doppia nave*)<sup>4</sup>. Per tale motivo dunque, le navi e gli aeromobili da guerra sotto controllo delle autorità legittime, non possono commettere atti di pirateria; solo nel caso in cui gli stessi siano sottoposti al controllo dell’equipaggio che si sia ammutinato, sono assimilati a navi e aeromobili privati ed è pertanto configurabile la fattispecie (articolo 102).

Nella definizione di nave o aeromobile pirata sancita all’articolo 103, rientrano le due ipotesi classiche già codificate nella Convenzione ginevrina: i mezzi che sono sotto il controllo di persone che intendano servirsene per realizzare uno degli atti descritti dall’articolo 101; i mezzi che siano stati adoperati per commettere uno degli atti summenzionati, finché restano sotto il controllo delle persone che di essi si sono rese colpevoli.

Inoltre, la pirateria è caratterizzata da un particolare elemento soggettivo: essa infatti è configurabile solo nella misura in cui, nella mente degli autori del crimine, gli atti di violenza depreazione e detenzione siano preordinati e successivamente posti in essere con uno specifico “scopo personale”.

I motivi che spingono a compiere un atto di pirateria, invece, possono essere i più disparati (rapina, vendetta, odio) e non hanno rilevanza giuridica ai fini della ricostruzione della fattispecie.

---

<sup>4</sup> Laddove manchi una nave o aeromobile si è in presenza di figure delittuose di altro genere come ad esempio nei casi di dirottamento di nave o aeromobile, ove la condotta caratterizzata da violenza, detenzione o depreazione sia commessa da soggetti a bordo dello stesso mezzo in cui siano presenti le vittime della stessa.

Infine, gli atti costituenti la condotta devono localizzarsi in alto mare o in un altro luogo non soggetto alla giurisdizione di alcuno Stato<sup>5</sup>: questo perché, come precedentemente accennato, in virtù di una consolidata norma di diritto internazionale consuetudinario, ribadita dagli articoli 87 e 89 della Convenzione stessa, “l’alto mare è aperto a tutti gli Stati, sia costieri sia privi di litorale (...)” e “nessuno Stato può legittimamente pretendere di assoggettare alla propria sovranità alcuna parte dell’alto mare”.

Il fatto che la pirateria si manifesti solo in spazi non sottoponibili a sovranità esclusiva, è coesistente all’esistenza dei poteri di repressione di cui gode ciascuno Stato: qualora un atto sia materialmente assimilabile a pirateria, ma sia posto in essere nelle acque territoriali di uno Stato, spetterà solo ed esclusivamente allo Stato costiero, in virtù della propria sovranità esclusiva, la prerogativa di repressione del crimine<sup>6</sup>, in base agli strumenti giuridici interni di cui esso dispone.

Così come nella precedente definizione convenzionale contenuta nel documento di Ginevra, l’articolo 101 UNCLOS specifica, alle lettere (b) e (c), che sono assimilabili a pirateria “ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o aeromobile commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata” e “ogni azione che sia di incitamento o facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere (a) o (b)”.

Tra i poteri riconosciuti agli Stati per contrastare il fenomeno, gli articoli 105 e 110 riconoscono espressamente il potere di sequestro dei mezzi pirata e il diritto di visita.

In deroga al principio della libertà di navigazione dell’alto mare e al principio della sottoposizione delle navi alla giurisdizione esclusiva dello Stato di

---

<sup>5</sup> In quest’ultimo caso si prescinde dal criterio delle due navi, emergendo dal dato testuale dell’art.15 come l’atto delittuoso possa esplicarsi anche nei confronti delle persone o dei beni posti in tale “luogo”. Peraltro, l’individuazione di cosa possa concretamente considerarsi “luogo non soggetto alla giurisdizione di alcuno stato” e diverso dall’alto mare, risulta ipotesi di scuola: in tal senso la CDI, nel commento alla bozza di convenzione sulla pirateria, ha ipotizzato l’isola che sia ancora terra *nullius*; altri, hanno ipotizzato che possa tale “luogo” individuarsi nel continente Antartico, vista la sua sottoposizione da parte del Trattato di Washington ad un regime legale assimilabile per certi versi a quello di *res communis omnium*.

<sup>6</sup> In nessuno caso viene preclusa alla nave oggetto di attacco pirata di reagire allo stesso in ossequio all’insopprimibile diritto di legittima difesa.

bandiera<sup>7</sup>, la Convenzione, data la specificità del fenomeno, accorda agli Stati, ai sensi dell'articolo 110, tramite le proprie navi da guerra<sup>8</sup> che incrocino una nave straniera nell'alto mare (sia essa una nave privata, o una nave da guerra o governativa il cui equipaggio si sia ammutinato) la possibilità di abbordarla, qualora vi siano fondati motivi per sospettare che essa sia impegnata in atti di pirateria<sup>9</sup>.

Inoltre, l'articolo 105 riconosce agli Stati, il diritto di sequestrare i mezzi pirata (e quelli catturati con atti di pirateria e posti sotto il controllo dei pirati), nonché di arrestare le persone a bordo e di requisirne i beni. In virtù dell'estensione di sovranità nei confronti dei mezzi pirata e del loro equipaggio, sarà competenza degli organi giurisdizionali interni dello Stato cattore, stabilire le pene da infliggere e le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede.

Prima di entrare nel merito dell'analisi della normativa nazionale, appare doveroso operare una piccola digressione sul concetto di pirateria, distinguendola da quelle che appaiono come fattispecie affini, quali la "pirateria per analogia" o la cd. "*armed robbery*".

Con il concetto di "pirateria *per analogia*", si suole riferirsi a quella categoria residuale che ricomprende tutti quegli atti individuati come "pirateria" da fonti di diritto interno o in virtù di accordi di diritto internazionale pattizio, ma che non rientrano nella classica definizione di pirateria come ricavabile dalle convenzioni internazionali del 1958 e del 1982. Di conseguenza, uno Stato potrà qualificare come pirateria e sottoporre alla propria potestà punitiva anche atti compiuti nelle

---

<sup>7</sup> Articolo 92 UNCLOS.

<sup>8</sup> Disposizioni che, *mutatis mutandis*, si applicano anche agli aeromobili militari ed alle navi o aeromobili autorizzati, chiaramente contrassegnati ed identificabili come navi o aeromobili in servizio di Stato (art.110, n.4-5).

<sup>9</sup> L'articolo 107 UNCLOS riconosce agli Stati la possibilità di agire al fine di effettuare sequestri per atti di pirateria, solo ed esclusivamente "per mezzo di navi da guerra o aeromobili militari, oppure per mezzo di altri tipi di navi che siano chiaramente contrassegnati e riconoscibili quali mezzi di servizio di Stato, e siano autorizzati a tali operazioni". Questo per ragioni di carattere operativo -poiché si è ritenuto che solo mezzi militari o governativi dispongano dei mezzi adeguati al fine di operare delle coercizioni- ed al fine di circoscrivere la deroga al fondamentale principio della libertà dell'alto mare ed impedire eventuali abusi. Disposizioni che, *mutatis mutandis*, si applicano anche agli aeromobili militari ed alle navi o aeromobili autorizzati, chiaramente contrassegnati ed identificabili come navi o aeromobili in servizio di Stato (art.110, n.4-5).

proprie acque territoriali (laddove, come si vedrà, la pirateria “classica” si caratterizza per una serie di condotte specifiche poste in essere in alto mare o comunque in un luogo non soggetto alla giurisdizione di alcuno Stato).

Discorso parzialmente diverso merita invece il concetto di *armed robbery*, terminologia adottata in ambito internazionale dall’IMO<sup>10</sup> che vi ricomprende:

*“(...) any illegal act of violence or detention or any act of depredation, or threat thereof, other than an act of piracy, committed for private ends and directed against a ship or against persons or property on board such a ship, within a State’s internal waters, archipelagic waters and territorial sea (...) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described above.”*

Essa viene menzionata in contrapposizione al concetto di “pirateria”, per il quale la risoluzione IMO fa riferimento interamente al contenuto dell’articolo 101 UNCLOS, e da esso se ne distingue proprio perché nell’*armed robbery*, oltre alle classiche forme di “depredazione” sono ricompresi anche gli atti di minaccia (di sequestro, violenza o rapina), che possono comunque configurarsi solo in acque interne, arcipelagiche o territoriali.

La pirateria inoltre va distinta dalla figura del terrorismo, che si caratterizza per una serie di condotte, similari a quelle riscontrabili in caso di pirateria, ma che se ne distanziano in quanto poste in essere per *fini politici* e dunque prive del cosiddetto *scopo personale*.

### Il quadro normativo interno

Per quanto concerne la disciplina della pirateria in ambito nazionale, il legislatore italiano si è dotato delle norme di cui agli articoli 1135 e 1136 del codice della

---

<sup>10</sup> Risoluzione IMO A.1025 (26) del 02/12/2009, denominata “Code of Practice for the Investigation of Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships”.

navigazione<sup>11</sup>, che sanzionano due tipi di fattispecie: la pirateria *strictu sensu*, e la pirateria *presunta*.

Secondo il primo articolo, commette pirateria:

*“il comandante o l’ufficiale<sup>12</sup> 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”.*

Possono altresì essere incriminati per gli stessi atti gli altri componenti dell’equipaggio e gli estranei.<sup>13</sup>

La condotta si concretizza dunque in atti di depredazione nei confronti di una nave o del carico della stessa, o di violenza a scopo di depredazione (*animus furandi*) nei confronti di persone imbarcate sulla nave *target*: viene recepito dunque il *criterio delle due navi*.

L’articolo 1136 invece, rubricato come “Nave sospetta di pirateria”, sanziona il comandante della nave nazionale o straniera, l’equipaggio o le persone che siano imbarcate sulla stessa ma non facenti parte della *crew*, laddove l’imbarcazione sia fornita abusivamente di armi e navighi priva delle carte di bordo.

Tale fattispecie, qualificabile alla stregua di vero e proprio reato “di sospetto<sup>14</sup>”, instaura una sorta di regime presuntivo a carico della nave che, se trovata nelle summenzionate condizioni, è sospettata di essere una nave pirata<sup>15</sup>.

La portata applicativa spaziale della norma italiana è stata per lungo tempo illimitata in virtù di due disposizioni complementari ai suddetti articoli: l’articolo 1080 cod. nav.<sup>16</sup> e l’articolo 7, comma 5 cod. pen.<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> R.D. 30 Marzo 1942, n.327 e successive modifiche.

<sup>12</sup> Sanzionati con la reclusione da 10 a 20 anni.

<sup>13</sup> Ai sensi dell’articolo 1135 §2 cod. nav. la pena è ridotta in misura non eccedente un terzo per gli altri membri dell’equipaggio, fino alla metà per gli estranei.

<sup>14</sup> Sono reati di sospetto quelli in cui la punibilità è anticipata alla mera presenza di condotte di per sé in alcun modo lesive, ma “sintomatiche” del compimento di un’azione criminosa non sanzionata o di una futura commissione di reati.

<sup>15</sup> È rimesso al libero apprezzamento del giudice stabilire se la nave sia effettivamente destinata alla pirateria configurandosi eventualmente, in caso di riscontro negativo, altre figure delittuose.

Il primo stabiliva l'applicazione della norma italiana ad ogni fatto che rientrasse nelle definizioni di "pirateria" (intesa come "pirateria per analogia" ex 1135 cod. nav.) e di "nave sospetta di pirateria", fosse esso intervenuto in acque territoriali o in acque internazionali, a danno di cittadini o navi sia italiani che stranieri, purché il soggetto agente (cittadino o straniero) fosse a servizio di una nave/aeromobile italiani.

Il secondo, operando un'estensione ancor più ampia, sottoponeva alla punibilità della legislazione penale italiana anche quelle fattispecie escluse ex art.1080 comma 2 cod. nav. (vale a dire il reato di pirateria commesso da membri dell'equipaggio o da passeggeri di nave o aeromobile stranieri), in virtù del richiamo operato dall'articolo 105 UNCLOS, che stabiliva l'automatica applicazione della normativa dello Stato "cattore" relativamente alla "pena da infliggere nonché [al]le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede": qualora una nave militare italiana si fosse imbattuta in un'imbarcazione pirata e avesse esercitato le prerogative riconosciute ex art.105, si sarebbero dovute applicare alla fattispecie le disposizioni contenute nel codice penale e nelle "leggi speciali" italiane.

In definitiva, per lungo tempo, il legislatore ha scelto di adottare un approccio "universalistico" alla questione della punibilità della pirateria: qualunque condotta rientrante nell'ambito applicativo *ratione materiae* delle norme del cod. nav., fosse essa commessa in acque territoriali, in acque internazionali (o persino in acque territoriali straniere, mancando in questo caso però una legittimazione di carattere internazionalistico<sup>18</sup>), da cittadino italiano o straniero, su nave italiana o

---

<sup>16</sup> "1. Il cittadino o lo straniero, che, essendo al servizio di una nave o di un aeromobile nazionale, commette in territorio estero un delitto previsto dal presente codice, è punito a norma del medesimo. Il colpevole che sia stato giudicato all'estero è giudicato nuovamente nello Stato, qualora il ministro della giustizia ne faccia richiesta.

2. Le disposizioni penali di questo codice non si applicano ai componenti dell'equipaggio e ai passeggeri di nave o di aeromobile stranieri, salvo che sia diversamente stabilito."

<sup>17</sup> "È punito secondo la legge italiana il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei seguenti reati: (...) 5.ogni altro reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana."

<sup>18</sup> In virtù del divieto di ingerenza nel dominio riservato di uno Stato estero, una nave militare italiana non avrebbe potuto operare il sequestro della nave pirata e l'arresto dell'equipaggio, nelle acque territoriali di uno Stato terzo, senza incorrere nella commissione di un illecito internazionale, e in una sanzione di diritto interno, caratterizzandosi infatti l'atto per difetto assoluto di giurisdizione. Tutti gli atti compiuti (arresto in flagranza di reato per l'equipaggio e

straniera, a danno di nave italiana o straniera, sarebbe stata sottoponibile al vaglio di un giudice italiano.

La suddetta politica legislativa, eccessivamente totalizzante<sup>19</sup>, ha condotto il legislatore italiano a rivedere i suddetti criteri di giurisdizione, attraverso l'adozione di due provvedimenti legislativi d'urgenza, il d.l.209/2008 (convertito in legge n.12/2009) e il d.l.61/2009 (convertito in legge n.100/2009).

In particolare l'articolo 5 comma 4 della legge 12/2009 recita che:

*“i reati previsti dagli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale, inclusi i reati a danno dello Stato o dei cittadini italiani che partecipano alla missione di cui all'articolo 3, comma 14<sup>20</sup> commessi in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati durante la medesima missione sono puniti ai sensi dell'articolo 7 del codice penale e la competenza è attribuita al tribunale di Roma”.*

Quando i reati di pirateria (e quelli ad essi collegati) sono commessi nell'area in cui operano le forze dell' "EU NAVFOR", in danno dello Stato Italiano, di nave, cittadini o beni italiani, gli stessi sono puniti dalla legge italiana e la giurisdizione non è sottoposta ad alcuna condizione.

Qualora invece i suddetti atti siano commessi in danno di navi o cittadini stranieri, l'Italia declina la giurisdizione in favore di altri Stati, consegnando loro i responsabili che siano stati catturati dalle imbarcazioni italiane. In tale categoria rientrano sia gli Stati offesi dagli attacchi, sia quegli Stati con cui la UE o la

---

sequestro della nave pirata e del carico), anche a livello interno sarebbero privi di validità giuridica.

<sup>19</sup> Per ipotesi, un atto di pirateria commesso da nave battente bandiera ombra, a danno di nave battente bandiera Filippina a largo dell'Indonesia, sarebbe potuto essere stato oggetto di procedimento penale dinanzi alle autorità giurisdizionali italiane, competenti in virtù del combinato disposto suddetto, qualora la nave pirata fosse stata catturata da navi militari italiane.

<sup>20</sup> Si tratta della missione "Atalanta", gestita dalla EU Naval Force, un contingente guidato dall'UE in cooperazione con altri Stati come Norvegia, Ucraina, Serbia, Croazia e Montenegro, che opera al largo delle coste somale ai fini di repressione della pirateria somala ed in ossequio alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, istituita in virtù dell'Azione Comune 2008/851/PESC adottata dal Consiglio dell'Unione Europea in data 10/11/2008.



NATO, abbiano concluso degli accordi di “trasferimento” (attualmente Kenya e Seychelles) ai fini dell’esercizio della giurisdizione di questi paesi<sup>21</sup>.

In sintesi dunque, la scelta del legislatore italiano ha condotto ad una radicale trasformazione del regime di sottoposizione dei pirati alla giurisdizione italiana, limitandola ai soli casi in cui l’attacco piratesco intervenga nell’area in cui opera la missione Atalanta, e solo nel caso in cui esso sia diretto nei confronti di nave italiana o di cittadini italiani.

Negli altri casi in cui non sussistano tali presupposti, si applicherà la giurisdizione italiana solo nei casi previsti dall’articolo 10 c.p.<sup>22</sup>, oppure si procederà alla cattura e detenzione dei pirati, ai fini del loro trasferimento in uno Stato con cui l’UE o la NATO abbiano stipulato degli accordi.

Discorso parzialmente diverso merita la fattispecie di pirateria *iuris gentium*, che così com’è definita nell’articolo 101 dell’UNCLOS, si manifesta solo ed esclusivamente in alto mare e, come da alcuni sottolineato<sup>23</sup>, trattandosi di norma penale generica, pone a capo degli Stati membri un obbligo di reprimerla (e chi non lo faccia incorrerebbe nella commissione di un illecito internazionale), ma la sua punibilità effettiva è rimessa all’ordinamento interno di ciascuno stato: qualora dovesse mancare una specifica norma “incriminatrice” interna, uno Stato non potrebbe procedere alla punibilità della condotta, solamente facendo riferimento alle norme convenzionali, che risultano troppo generiche.

Nel caso dell’Italia, la punibilità della pirateria *iuris gentium* è affidata alla legge italiana in virtù dell’articolo 105 che, nel caso in cui una nave militare italiana

---

<sup>21</sup> In virtù della legge 100/2009, l’Italia, per mezzo delle proprie navi militari, dopo aver sequestrato in alto mare le navi pirata ed averne arrestato l’equipaggio, lo trattiene a bordo in attesa di trasferirlo verso lo Stato di destinazione, con cui vige l’accordo.

<sup>22</sup> “1.Lo straniero, che, fuori dei casi indicati negli articoli 7 e 8, commette in territorio estero, a danno dello Stato o di un cittadino, un delitto per il quale la legge italiana stabilisce (...) l’ergastolo, o la reclusione non inferiore nel minimo a un anno, è punito secondo la legge medesima, sempre che si trovi nel territorio dello Stato, e vi sia richiesta del ministro della giustizia, ovvero istanza o querela della persona offesa.

2.Se il delitto è commesso in danno (...) di uno Stato estero o di uno straniero, il colpevole è punito secondo la legge italiana, a richiesta del ministro della giustizia, sempre che: 1. si trovi nel territorio dello Stato; 2. si tratti di delitto per il quale è stabilita la pena (...) dell’ergastolo, ovvero della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni; 3. l’extradizione di lui non sia stata concessa, ovvero non sia stata accettata dal Governo dello Stato in cui egli ha commesso il delitto, o da quello dello Stato a cui egli appartiene”.

<sup>23</sup> Cfr. Pierini, *L’aspetto giuridico nazionale (diritto marittimo e nazionale) in Pirati di ieri e di oggi*, pp.70 ss., supplemento della *Rivista Marittima*, dicembre 2009.

eserciti la facoltà di sequestrare la nave pirata, prevede l'automatica applicazione della normativa dello Stato "cattore".

Di conseguenza si avrebbe la punibilità della condotta, in virtù del combinato disposto dagli articoli 105 UNCLOS<sup>24</sup> e 7, comma 5, del codice penale italiano (risultato a cui si perveniva già con il combinato disposto, puramente interno, degli articoli 1135, 1136, 1080 cod. nav. e 7 ult. comma, c.p.).

Peraltro nell'ipotesi in cui si realizzi una condotta rientrante nella qualificazione giuridica disposta dall'articolo 101 UNCLOS, ma non in quella di "pirateria per analogia" di matrice italiana, il capo d'accusa formulabile dal pubblico ministero nei confronti del reo, dovrà necessariamente spaziare su altre norme (lesioni personali, omicidio, rapina, sequestro di persona a scopo di estorsione).

Nel caso in cui, poi, vi sia l'assenza del sequestro *ex art.105 UNCLOS* della nave pirata (che legittima l'applicazione della legge italiana ai sensi del combinato disposto 105 UNCLOS – 7 c.p.), la questione si complica ulteriormente: la legge applicabile alla fattispecie che non rientri nella definizione di pirateria "per analogia" (essendo quest'ultima una fattispecie maggiormente "ristretta" nel suo ambito applicativo dalla necessaria presenza della particolare qualifica di scopo, l'*animus furandi*, in capo ai pirati in qualità di elemento soggettivo, a fronte di un più generico "fine privato" che caratterizza la pirateria *iuris gentium*), sarà quella italiana, in virtù dell'articolo 10 c.p., solo a condizione però, ai sensi del secondo comma, che il reo sia presente nel territorio dello Stato, abbia commesso un delitto per il quale la reclusione non è inferiore nel minimo ai tre anni e non sia stata concessa o accettata l'extradizione.

Riconducendo a sintesi: la pirateria "per analogia", che è l'unica forma di pirateria punibile dinanzi ad un giudice italiano, è sanzionata in virtù del combinato disposto 1135-1136 cod. nav. con gli articoli 1080 cod. nav. e l'art.7, comma 5, cod. pen. anche laddove sia commessa all'estero, anche da nave o cittadini stranieri; quella "*iuris gentium*", invece, appare più che una vera e propria norma incriminatrice, un presupposto per l'esercizio della giurisdizione penale italiana, a

---

<sup>24</sup> Si tenga presente comunque che la Convenzione è stata ratificata dal legislatore italiano con l.689/1995 ed è a tutti gli effetti parte dell'ordinamento interno dello Stato.

condizione che il reo sia sulla nave sequestrata da nave militare italiana ai sensi dell'articolo 105.

## **B. LA LOTTA ALLA PIRATERIA NELL'OCEANO INDIANO**

### ***1.3. L'azione degli organi internazionali***

#### ***Premessa***

Dopo aver analizzato il quadro normativo vigente in materia di pirateria e prima di analizzare la prassi instaurata dalle organizzazioni internazionali nella lotta alla pirateria –l'ONU in prima linea, ma anche la NATO, l'Unione Europea e l'IMO– appare necessario evidenziare come una delle cause, che hanno portato ai recenti interventi normativi da parte della comunità internazionale, risieda nella crisi di effettività del governo della Somalia<sup>25</sup>. La sostanziale situazione di anarchia che regna nel territorio somalo si estende anche nelle acque territoriali del paese che sono alla mercé dei pirati e che non sono oggetto di alcuna forma di controllo da parte delle autorità costiere. L'inesistenza di un'autorità in grado di garantire il governo delle acque somale, la posizione strategica di fondamentale importanza per le rotte commerciali verso l'Oceano Indiano e la conformazione territoriale del Corno d'Africa che si affaccia direttamente sul Golfo di Aden, anello di

---

<sup>25</sup> A partire dal 1991, anno di inizio della guerra civile fra fazioni opposte all'interno del paese, lo Stato africano versa in una situazione di anarchia dove non è possibile l'instaurazione di un governo effettivamente in grado di esercitare la sovranità interna sui propri cittadini. Il fallimento di due missioni volute dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, l'UNOSOM I e II, che abbandonarono il paese a partire dalla seconda metà degli anni '90, ha di fatto consegnato la Somalia ai signori della guerra locali, che da sempre lottano fra di loro e contro l'autorità centrale, per ottenere il predominio territoriale su varie zone. A partire dal 2004 si è instaurato un governo federale di transizione (TFG), che ha portato anche alla riammissione del paese all'interno dell'ONU (anche se formalmente la Somalia non è mai stata oggetto di misure ufficiali di sospensione o espulsione dall'organizzazione, nel periodo 1992-2005 il paese ha subito una sospensione *de facto* della propria membership). Ciononostante il TFG tuttora non è in grado di esprimersi pienamente quale governo effettivo, in grado di esercitare la propria piena sovranità su tutto il territorio e di garantire quella supremazia interna, essenziale a configurare correttamente l'esistenza di uno Stato secondo i canoni classici del diritto internazionale.

congiunzione tra il Mediterraneo e l'Oceano, hanno comportato una crescita esponenziale senza precedenti del fenomeno piratesco<sup>26</sup>.

### Il Consiglio di Sicurezza dell'ONU

Il problema della crisi di effettività del governo somalo, ha posto la comunità internazionale di fronte al problema di dover intervenire al fine di debellare la pirateria nelle acque territoriali somale, per garantire la sicurezza delle rotte e dei traffici marittimi insistenti nell'area interessata.

Nella ricerca di una soluzione, tuttavia, ci si è trovati di fronte ad una serie di ostacoli giuridici, costituiti dalla regola di diritto consuetudinario del divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato sovrano e sull'altrettanto consolidato principio, sia sul piano consuetudinario che su quello pattizio<sup>27</sup>, secondo cui nelle acque territoriali vige il principio della giurisdizione territoriale esclusiva dello Stato costiero.

Per ovviare al problema, il Consiglio di Sicurezza ha adottato una serie di risoluzioni<sup>28</sup> a partire dalla fondamentale 1816 del 2 giugno 2008, che hanno introdotto un regime derogatorio ed eccezionale concernente le acque territoriali somale.

La risoluzione appare decisamente innovativa in quanto, pur ribadendo la validità degli strumenti già esistenti nel quadro giuridico internazionale (la convenzione UNCLOS) e riaffermando come alla luce di questa fosse già desumibile un generale dovere di cooperazione fra Stati nella lotta alla pirateria, ha qualificato la stessa come "minaccia alla pace internazionale e alla sicurezza nella regione".

Su richiesta dello stesso governo somalo, che in una lettera inviata al Segretario Generale delle Nazioni Unite nel 2007, aveva fatto presente come un intervento

---

<sup>26</sup> Fonti dell'International Maritime Organization testimoniano come nel triennio 2009-2011, vi sia stata una crescita progressiva ed esponenziale di quasi il 60% dei fenomeni legati alla pirateria: 544 attacchi nel 2011, 489 nel 2010, 406 nel 2009 (+24.6% rispetto al 2008) –dati reperibili sul sito dell'organizzazione:  
<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ShipsAndShippingFactsAndFigures/Statisticalresources/Piracy/Pages/default.aspx>

<sup>27</sup> Convenzione di Ginevra sul mare territoriale e zona contigua del 1958; articolo 2 UNCLOS.

<sup>28</sup> RIS.1838-1846-1851(2008), 1897(2009), 1918-1950(2010), 1976-2015-2020(2011), 2077(2012).

da parte della comunità internazionale sarebbe stato ben accetto, il CDS, preso atto della grave mancanza di capacità da parte del TFG nell'arginare il fenomeno, ha agito ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, autorizzando l'uso della forza da parte di tutti gli Stati presenti con i propri assetti aeronavali nell'alto mare e nello spazio aereo al largo delle coste somale.

Tale autorizzazione, esplicitandosi nell'impiego "di tutti i mezzi necessari a reprimere gli atti di pirateria e di rapina a mano armata", può condurre gli Stati cooperanti finanche alle acque territoriali somale, con le stesse modalità con cui si reprimerebbe la pirateria in alto mare.

Il CDS ha avuto modo di precisare come il suddetto regime non metta in discussione la sovranità del TFG, né tanto meno la sua integrità territoriale, l'indipendenza politica e la sua unità (che vengono infatti riaffermati nelle considerazioni introduttive della risoluzione): si tratta dunque di un'autorizzazione all'uso della forza in presenza del consenso preventivo dello Stato interessato.

Questo speciale regime derogatorio del divieto d'ingerenza nel dominio riservato di uno Stato è temporaneo: inizialmente sottoposto ad una scadenza semestrale, è stato poi periodicamente prorogato<sup>29</sup>; inoltre ne viene ribadita la natura eccezionale in quanto esso non potrà costituire in alcun modo un precedente sul quale basare un'*opinio juris* atta all'instaurazione di una futura norma di diritto consuetudinario, né tanto meno fungere da precedente per estenderne la portata applicativa ad altre circostanze fattuali.

Nelle successive risoluzioni, l'organo garante della pace e della sicurezza internazionale, ha salutato con favore le operazioni intraprese dagli Stati, che come singoli, in coalizioni o tramite organizzazioni internazionali regionali, sono intervenuti per dare attuazione alle sue risoluzioni.

A titolo esemplificativo meritano un accenno le operazioni condotte dalla NATO, dall'UE, ma anche dalle "coalizioni di volenterosi".

La NATO, tra le prime organizzazioni internazionali ad operare nell'area, ha istituito nell'area l'operazione militare "*Ocean Shield*", composta da due "*Standing Nato Maritime Groups*", forze multinazionali integrate di contingenti

---

<sup>29</sup> L'ultima proroga in ordine di tempo è intervenuta con la risoluzione 2077 del dicembre 2012.

cui hanno partecipato, tra gli altri, Italia, Germania, Grecia, Regno Unito, Turchia e Usa, in un periodo compreso tra il 2008 ed il 2010.

Anche l'Unione Europea, nell'ambito della Politica estera e di sicurezza comune (PESC), mediante l'adozione da parte del Consiglio di un'azione comune in data 19 settembre 2008, ha istituito una forza militare navale denominata "Missione Atalanta", con l'obiettivo di dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU in materia di protezione delle navi del WFP dagli attacchi dei pirati e di sorveglianza delle acque territoriali somale.

Alcuni Stati hanno inoltre operato nell'area anche al di fuori delle Organizzazioni Internazionali, in qualità di coalizioni o *uti singuli*<sup>30</sup>: nel primo caso si può menzionare l'esempio della "Combined Maritime Forces" istituita dagli Stati Uniti insieme ad altri 28 Stati membri<sup>31</sup>, che ha dato luogo a tre *Task Forces*: la n.150, 151 e 152, operanti nell'area dell'Oceano Indiano nord occidentale e i cui obiettivi principali consistono nella lotta al terrorismo e alla pirateria marittima, attraverso anche un approccio cooperativo multilaterale finalizzato alla stabilizzazione e pacificazione dell'area regionale interessata.

Oltre ad autorizzare l'uso della forza nelle forme appena menzionate, il CDS ha caldeggiato l'intensificarsi di azioni di collaborazione fra i vari cooperanti e le organizzazioni internazionali interessate, quali l'IMO, al fine di attuare un programma di formazione degli equipaggi, di creazione di alcune linee guida di condotta circa le modalità di difesa e di reazione agli attacchi.

### L'International Maritime Organization

Un ruolo chiave nella creazione di un *legal framework* comune agli Stati operanti nell'ambito del trasporto e del commercio marittimo è svolto dall'IMO, organizzazione internazionale a carattere universale che opera nel settore del trasporto marittimo internazionale, elaborando regole, *reports* sulle problematiche

---

<sup>30</sup> È il caso ad esempio di Stati come la Cina, l'India, Singapore, che pattugliano i mari internazionali prospicienti le rispettive coste al fine di prevenire gli attacchi di pirateria intorno allo stretto di Malacca.

<sup>31</sup> L'elenco completo dei partecipanti è reperibile sul sito della coalizione: <http://combinedmaritimeforces.com/about/>

relative alla navigazione e codici di condotta non vincolanti, al fine di renderlo più sicuro e ordinato.

Esso, pur non potendo adottare atti a carattere vincolante, funge da organo consultivo dell'ONU nel proprio ambito di competenza, attraverso numerose iniziative convenzionali da sottoporre all'attenzione degli Stati.

Una in particolare, denominata “Codice di condotta per la repressione degli atti di pirateria e rapine a mano armata contro navi”<sup>32</sup>, adottata nel 2009 e ratificata da diversi Stati confinanti con la Somalia<sup>33</sup>, ha istituito un regime con cui i firmatari si sono impegnati a cooperare, nel rispetto delle regole del diritto internazionale, nel condurre azioni congiunte di lotta e repressione dei fenomeni di pirateria, nel prestare soccorso e assistenza nel recupero delle navi, persone e proprietà soggetti ad attacchi da parte dei pirati, nonché ad instaurare un regime di condivisione delle informazioni provenienti dai centri di osservazione del fenomeno piratesco<sup>34</sup>. Inoltre i firmatari si sono impegnati a revisionare le legislazioni interne al fine di inserire fattispecie incriminatrici della pirateria e della rapina a mano armata contro le navi, nonché ad adottare previsioni adeguate in materia di giurisdizione, conduzione delle indagini e perseguimento dei presunti colpevoli.

L'azione dell'IMO non si limita solo alle proposte di convenzione: esso svolge una costante azione di monitoraggio della pirateria, emanando delle “circolari”, atti che pur non essendo formalmente vincolanti, godono di un certo risalto a livello internazionale<sup>35</sup> e che operano al fine di indirizzare l'attività degli operatori del settore, cercando di introdurre degli *standards* in materia.

Tali *guidelines* o *best practices* suggeriscono ai destinatari l'impiego di una serie di accorgimenti difensivi volti a contrastare gli atti di pirateria, o quanto meno, a scoraggiare gli assalitori. Se in un primo momento le azioni raccomandate si

---

<sup>32</sup> Cfr. *supra* n.10.

<sup>33</sup> Gli stati firmatari della convenzione sono Gibuti, Etiopia, Kenya, Madagascar, Maldive, Seychelles, Somalia, Repubblica unita di Tanzania e Yemen, cui si sono aggiunti successivamente Arabia Saudita, Comore, Egitto, Eritrea, Giordania, Mauritius, Mozambico, Oman, Sud Africa, Sudan e gli Emirati Arabi Uniti.

<sup>34</sup> Il “*Regional maritime rescue coordination centre*” con sede a Mombasa, Kenya; il “*Rescue coordination sub-centre*” di Dar es Salaam, Tanzania; il “*Regional maritime information centre*”, con sede a Sana'a, Yemen.

<sup>35</sup> Si vedano a tal proposito le risoluzioni del CDS ONU precedentemente citate, con cui si sottolinea ed incoraggiano gli Stati a tenere in debita considerazione le circolari dell'IMO sulle modalità di difesa e reazione nei riguardi degli attacchi da parte di navi pirata.

esaurivano in una serie di misure di “difesa-passiva”<sup>36</sup>, recentemente si è avuta un’apertura anche da parte dell’organizzazione, tendenzialmente refrattaria all’impiego della forza armata sulle imbarcazioni nel timore di provocare un’escalation difficilmente gestibile da parte di un equipaggio composto essenzialmente da civili, circa la possibilità di impiegare contingenti armati in difesa dei navigli.

A seguito dell’incremento degli attacchi a danno dei convogli, su pressione delle associazioni di armatori, il Comitato sulla Sicurezza Marittima dell’IMO, a partire dal 2011, ha adottato una serie di circolari<sup>37</sup> con le quali si è deciso di assecondare la prassi, peraltro preesistente presso taluni paesi<sup>38</sup>, di imbarcare a bordo delle navi personale armato, al fine di difendere attivamente la nave dagli attacchi esterni.

L’intervento dell’IMO in materia, giova ribadirlo, è puramente indicativo, non costituendo le suddette circolari atti vincolanti né per gli operatori privati, né tantomeno per gli Stati; con esso l’organizzazione londinese ha voluto porre ordine nella generale confusione dettata dall’assenza di una normativa internazionale specifica in materia.

L’impiego della forza armata da parte del personale di bordo, deve essere teso alla prevenzione degli abbordaggi, dovendosi considerare come lecito solo in quelle situazioni implicanti un imminente pericolo di vita o di gravi lesioni alle persone, classica casistica riconducibile nell’alveo della scriminante della legittima difesa.

Esso inoltre deve essere graduato e proporzionato alla misura della minaccia, secondo quanto strettamente necessario e appropriato alla situazione.

È fatta salva in ogni caso di commissione di illeciti, la responsabilità dei suddetti soggetti dinnanzi alle giurisdizioni dello Stato di bandiera.

Il quadro complessivo che si prospetta è dunque chiaro: il ricorso alla forza armata costituisce un’*extrema ratio* cui ricorrere solo in condizioni piuttosto gravi.

---

<sup>36</sup> Quali l’installazione di barriere di filo spinato sulle estremità della nave, l’uso di getti d’acqua ad alta pressione diretti contro gli assalitori, creazione di una sorta di “cittadella” fortificata sulla nave in modo da garantire la sicurezza dell’equipaggio in caso di abbordaggio

<sup>37</sup> MSC.1/Circ.1405 e MSC.1/Circ.1406 del 23/05/2011; MSC.1/Circ.1408 del 16/09/2011.

<sup>38</sup> Spagna, Norvegia, Paesi Bassi.



#### ***1.4. Il contributo del legislatore italiano nella lotta alla pirateria: la legge 130/2011***

Il contributo italiano nella lotta alla pirateria, oltre che attraverso la partecipazione ad operazioni militari multinazionali finalizzate alla prevenzione e al contrasto della stessa nell'area geografica di riferimento, si concretizza anche nell'adozione di una politica di protezione del proprio naviglio commerciale, mediante l'imbarco di personale armato a bordo di mercantili privati battenti bandiera italiana e transitanti nelle zone ad alta concentrazione di attacchi.

A livello ipotetico, l'imbarco di personale armato a bordo di imbarcazioni private può ottenersi attraverso due modalità distinte, espressioni di approcci molto diversi tra loro, riproductivi di conseguenze giuridiche di una certa rilevanza: da una parte gli armatori possono ricorrere all'impiego di militari di professione, definito sistema del *Vessel Protection Detachment* (VPD); d'altra parte, appare sempre più diffuso il sistema del ricorso a personale civile armato e arruolato a contratto, i cd. *Privately Contracted Armed Security Personnel* (PCASP), cui anche l'IMO ha esplicitamente fatto riferimento nelle sue *guidelines*, prendendo atto della vasta diffusione del fenomeno e tentando, tramite le sue raccomandazioni auspicanti l'istituzione di alcuni standard di sicurezza che fossero in grado di disciplinare l'impiego della forza armata, di ricomporre ad ordine la variegata situazione fattuale.

La distinzione non è di poco conto, in quanto concerne un regime giuridico della responsabilità differenziato, in caso di commissione di illeciti.

In via del tutto generale infatti, la scelta di adoperare dei VPD, comporta l'attuazione di un regime "pubblicistico", riconnesso a regole di diritto internazionale consuetudinario e alla legislazione nazionale (soprattutto per quanto concerne le regole di ingaggio): lo Stato d'invio si fa carico della responsabilità circa la commissione dell'illecito da parte dei propri soldati, che in virtù della loro qualifica di "organi" o "agenti" dello Stato, nell'esercizio delle proprie funzioni, godrebbero dell'immunità funzionale dalla giurisdizione di uno Stato estero, non essendo sottoponibili al vaglio di un tribunale straniero.

Giova ricordare tuttavia che la mera presenza di militari su una nave privata non muta la natura giuridica della stessa, rimanendo quest'ultima in ogni caso naviglio

privato e pertanto non riconducibile né alla categoria di “nave da guerra”, né tanto meno a quella di “nave di Stato” impiegata per scopi non commerciali.

Optare per una via “privatistica”, quale appare quella derivante dall’impiego dei PCASP, invece esula da ogni disciplina pubblicistica: il contratto con cui i professionisti vengono assoldati, risulta essere la base giuridica pressoché esclusiva su cui si fonda e regola il rapporto, posto il rispetto delle norme imperative dell’ordinamento dello Stato della bandiera della nave.

Ciò comporta innanzitutto l’impossibilità di invocare l’immunità funzionale da parte di chi commette un illecito, ma al tempo stesso permette di regolamentare la fattispecie in maniera decisamente più duttile e confacente alla flessibilità richiesta dalle esigenze commerciali.

Stante l’inesistenza di una disciplina internazionale in materia, e nonostante si sia avvertita da più parti<sup>39</sup> l’esigenza di creare una regolamentazione per colmare la lacuna normativa (soprattutto per cercare di standardizzare procedure di ingaggio, selezione e formazione delle guardie giurate, concessione delle autorizzazioni al carico transito e uso dell’armamento) la decisione di come organizzare la difesa delle navi battenti la propria bandiera è rimessa all’autonomia degli Stati.

La prassi internazionale è piuttosto eterogenea al riguardo<sup>40</sup>: alcuni paesi, tra cui la Francia e i Paesi Bassi, mettono a disposizione dei mercantili nazionali esclusivamente dei contingenti militari di leva, il cui mantenimento e costo di gestione è posto a carico dell’armatore, sull’assunto che l’esercizio di funzioni di protezione armata sia prerogativa esclusiva dello Stato; tale sistema in entrambi gli ordinamenti appare insoddisfacente a causa degli alti costi e delle eccessive lungaggini cui devono ricorrere le compagnie per poterne usufruire, ragion per cui sembra imminente il passaggio ad un sistema misto coinvolgente anche *contractors* privati.

---

<sup>39</sup> Le varie istanze propositive sono giunte da più parti: dall’INTERPOL, al Maritime Safety Committee dell’IMO, passando per l’UNODC (United Nations office of Drugs and Crime) fino al “Gruppo di Contatto sulla pirateria al largo delle coste della Somalia” (CGPCS, la cui istituzione era stata auspicata fin dalla risoluzione 1851 del 2008 da parte del Consiglio di Sicurezza) ed all’INTERPOL.

<sup>40</sup> Un’interessante prospettiva a tal proposito, focalizzata specialmente sulla prassi olandese, ma in buona parte ricognitiva dei principali sistemi europei è fruibile nel *paper* elaborato dal Clingendael – Netherlands Institute of International Relations, reperibile all’indirizzo web dell’istituto:

[http://www.clingendael.nl/sites/default/files/20130200\\_state\\_or\\_private\\_protection\\_web.pdf](http://www.clingendael.nl/sites/default/files/20130200_state_or_private_protection_web.pdf)

Altri paesi, tra cui la Spagna, la Norvegia, la Danimarca, la Grecia, Cipro e il Regno Unito ammettono esclusivamente l'impiego dei PCASP, che vengono assoldati direttamente dalle compagnie di navigazione tra soggetti privati.

In tali paesi peraltro il regime non è pienamente liberalizzato, dal momento che sono presenti forme di regolamentazione<sup>41</sup> più o meno ampie, concernenti questioni quali la concessione di autorizzazioni all'impiego della sicurezza privata, le regole circa impiego e limiti all'uso della forza armata, il ruolo del comandante della nave, il regime di responsabilità e *accountability* della compagnia privata etc.

Alcuni paesi, come la Germania<sup>42</sup> e il Sud Africa, disconoscono ogni forma di impiego di personale armato, sia privato che militare, a bordo di mercantili privati battenti la propria bandiera.

In Italia, così come in Belgio si è scelto di percorrere una sorta di “terza via”: il problema dell'imbarco, a bordo dei mercantili privati, di personale armato e delle problematiche giuridiche che scaturiscono da tale opzione è stato, in parte, affrontato dal legislatore italiano nella legge 130/2011 del 2 agosto 2011, provvedimento di conversione del decreto legge 107/2011 del 12 luglio 2011 avente ad oggetto la proroga delle missioni internazionali delle forze armate e di polizia dispiegate in ossequio ad alcune Risoluzioni del CDS ONU<sup>43</sup>, nonché disposizioni urgenti antipirateria.

A seguito dell'entrata in vigore della suddetta normativa, è possibile dotare le navi battenti bandiera italiana, in transito negli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria, di “Nuclei di Protezione Armata” composti da militari di professione, o da guardie giurate private, la cui disciplina giuridica, come si vedrà è sottoposta a regime differenziato.

---

<sup>41</sup> A titolo esemplificativo, con riferimento al rilascio di autorizzazioni di carattere “amministrativo”, si passa da regimi più “stringenti”, come quello previsto dalla legislazione Danese, ove il rilascio di un'autorizzazione all'impiego di contingenti armati privati è sottoposto al vaglio del Ministero della Giustizia ed è annualmente limitato, a forme più “liberali”, come quelle previste dalla legislazione britannica, ove la decisione di impiegare guardie armate è esclusivamente discrezionale alla compagnia privata, essendo quest'ultima solamente tenuta a darne informazione al Dipartimento dei Trasporti.

<sup>42</sup> In Germania, dal 01/08/2013 è entrata in vigore una normativa che autorizza l'impiego di *contractors* a bordo dei mercantili tedeschi.

<sup>43</sup> Ris.1970-1973 (2011).

Ai sensi dell'articolo 5 del suddetto provvedimento, il Ministero della Difesa può stipulare con l'armatoria italiana (rappresentata, tra le altre, dalla sigla CONFITARMA) delle convenzioni

*“per la protezione delle navi battenti bandiera italiana in transito negli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria individuati con decreto del Ministro della difesa, sentiti il Ministro degli affari esteri e il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti (...) mediante l'imbarco, a richiesta e con oneri a carico degli armatori, di Nuclei Militari di Protezione (NMP) della Marina, che può avvalersi anche di personale delle altre Forze armate, e del relativo armamento previsto per l'espletamento del servizio”<sup>44</sup>.*

Al comma secondo si precisa come tali militari, operino

*“in conformità con le direttive e le regole di ingaggio emanate dal Ministero della Difesa. Al comandante di ciascun nucleo, cui fa capo la responsabilità esclusiva dell'attività di contrasto militare alla pirateria, e al personale da esso dipendente sono attribuite le funzioni, rispettivamente di ufficiale e di agente di polizia giudiziaria riguardo ai reati di cui agli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e a quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale”.*

Dal dettato normativo appare chiaro l'intento del legislatore italiano di attribuire una qualifica “ufficiale” ai soggetti summenzionati, che assumono dunque il ruolo di agenti dello Stato nell'ambito di un contesto internazionale, un dato importante che tornerà ad essere affrontato più approfonditamente nel capitolo concernente la questione dell'immunità.

L'altra ipotesi di impiego di NMP è contenuta al comma 4, dove si prevede la possibilità di impiegare guardie giurate private, che siano opportunamente

---

<sup>44</sup> Articolo 5 comma 1, legge n.130/2011.

abilitate tramite una licenza rilasciata dal Prefetto ai sensi degli articoli 133 e 134 del TULPS<sup>45</sup>.

Tali soggetti, che devono essere selezionati preferibilmente tra coloro che abbiano prestato servizio nelle forze armate, anche come volontari, ma che non siano militari di leva, vengono autorizzati ad imbarcarsi esclusivamente sulle navi battenti bandiera italiana e predisposte per la difesa da attacchi di pirateria, secondo le precauzioni suggerite dalle *best management practices* dell'IMO. Inoltre essi, nell'espletamento del loro servizio, sono autorizzati, entro i limiti territoriali delle acque internazionali a rischio di pirateria, ad utilizzare le armi in dotazione alle navi (la cui detenzione sia stata preventivamente concessa mediante rilascio di un'autorizzazione del Ministero dell'Interno all'armatore *ex art.28 TULPS*).

Occorre chiarire alcune questioni di natura giuridica, specialmente sull'uso delle armi, che pongano in evidenza la differente natura giuridica delle due categorie summenzionate.

In primo luogo, nessun appartenente ai suddetti NMP, che si tratti di militari o di guardie giurate private, può porre in essere azioni di repressione della pirateria, in quanto, come previsto dall'articolo 107 della Convenzione UNCLOS, si tratta di una competenza esclusivamente prevista a favore delle navi da guerra o di quelle chiaramente distinguibili come navi governative e a ciò appositamente autorizzate. Per tale motivo, l'uso delle armi, che per i militari è sottoposto alle direttive e regole d'ingaggio diramate dal Ministero della Difesa, è volto esclusivamente in funzione di reazione ad un attacco da parte dei pirati in protezione del naviglio commerciale<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> R.D. 18 giugno 1931, n.773.

<sup>46</sup> Cfr. articolo 7 della presente legge che, tra gli altri, richiama l'articolo 4 commi 1-sexies e 1-septies della l.197/2009, recante "disposizioni urgenti per la proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, nonché delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia", dispone che:

*"1-sexies. Non e' punibile il militare che, nel corso delle missioni di cui all'articolo 2, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari.*

*1-septies. Quando nel commettere uno dei fatti previsti dal comma 1-sexies si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini*

I team militari sono soggetti alle direttive e regole d'ingaggio del Ministero della Difesa e debbono obbedire al comandante del nucleo operativo per quanto concerne le azioni in funzione anti-pirateria, mentre nulla è detto per quanto riguarda i rapporti tra comandante della nave e guardie giurate.

A seguito dell'approvazione del Decreto del Ministero dell'Interno, n.266 del 28/12/2012, entrato in vigore a seguito della sua pubblicazione in G.U. n.75 del 29/03/2013, l'Italia ha dato attuazione piena alla disciplina dettata dalla legge 130/2011, specificamente dall'articolo 5, commi 5 e 5-bis.

Il suddetto decreto, regola la disciplina dell'impiego di guardie giurate a bordo delle navi mercantili battenti bandiera italiana, in transito in acque internazionali a rischio di pirateria.

L'articolo 3 disciplina che:

*“1. Nei casi in cui il Ministero della Difesa abbia reso noto all'armatore che non è previsto l'impiego dei Nuclei militari di protezione, possono essere svolti da guardie giurate, dipendenti direttamente dagli armatori (...) ovvero da istituti di vigilanza privata autorizzati (...) i servizi di protezione delle merci e dei valori sulle navi mercantili di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto-legge (107/2011, convertito in legge n.130/2011).*

*2. (...) le guardie giurate, ai fini dello svolgimento dei servizi di protezione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti, in aggiunta a quelli previsti dall'articolo 138 T.U.L.P.S.: a) avere, preferibilmente, prestato servizio nelle Forze armate, anche come volontari, con esclusione dei militari di leva; b) avere superato i corsi teorico-pratici (...); c) avere superato un corso di addestramento specifico, con oneri a carico dei destinatari, coordinato dal Ministero dell'Interno, avvalendosi della collaborazione del Ministero della Difesa e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Il Ministero della Difesa curerà, in particolare, l'addestramento nelle procedure di sicurezza a bordo nave, nonché la formazione e l'addestramento nelle procedure di comunicazione necessarie per operare nello specifico contesto,*

---

*legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.”*

*rilasciando attestato di superamento del corso; d) essere in possesso di porto di arma lunga per difesa personale”.*

L'articolo 4 specifica che tali servizi di protezione “possano essere svolti solo a bordo di navi mercantili predisposte per la difesa da atti di pirateria con le caratteristiche previste dall'articolo 5, comma 5 del decreto legge”.

L'articolo 5 disciplina condizioni e modalità di svolgimento del servizio di protezione: in particolare il numero delle guardie giurate impiegate a bordo delle navi deve essere proporzionato alle esigenze di difesa e alle dimensioni della nave; deve essere nominato un responsabile tra i membri del contingente che si occupi dell'organizzazione operativa del nucleo e che si rapporti con il Comandante della nave. L'impiego delle armi da parte dei suddetti operatori deve limitarsi “alla sola ipotesi dell'esercizio del diritto di difesa legittima, ai sensi dell'art. 52 c.p.”; la presenza di tali contingenti a bordo e le informazioni relative alle generalità delle guardie, alle modalità e durata del servizio devono comunque essere comunicati dall'armatore direttamente al Questore.

Le differenze maggiori, rispetto ai NMP, appaiono evidenti con riferimento alla catena di comando che opera nei confronti delle guardie private: come esplicitato all'articolo 9 “i servizi (...) sono svolti sotto la direzione del Comandante della nave, in relazione a quanto previsto dalle direttive vigenti in materia e, in particolare, dagli articoli (...) del Codice della navigazione”, a differenza di quanto previsto per i militari, che nell'esercizio delle attività antipirateria fanno riferimento al comandante del Nucleo operativo, e quindi, al Ministero della Difesa.

Differenza non di poco conto perché incide anche sulla differente qualificazione giuridica che l'Italia attribuisce ai diversi gruppi di uomini impiegati a bordo delle navi mercantili: soldati, e quindi agenti pubblici statali, gli uomini che compongono i NMP; guardie armate, sottoposte a regime privatistico, i secondi.

### ***1.5. I fatti che hanno coinvolto l'Enrica Lexie e i militari italiani a bordo***

Il *case law* su cui si focalizza il presente lavoro si inserisce nel summenzionato contesto normativo internazionale ed interno. I fatti che hanno dato origine alla controversia internazionale tra Italia ed India si possono riassumere come segue.

Il 15 febbraio 2012, intorno alle 16.30 locali, durante la navigazione al largo delle coste del Kerala, India sud-occidentale, la petroliera Enrica Lexie, battente bandiera italiana, in rotta verso Gibuti, viene avvicinata da un'imbarcazione di dimensioni contenute con a bordo 11 uomini, a circa 20,5-22,5 miglia marittime dalla costa. Convinti di essere oggetto di un attacco sferrato da presunti pirati, la milizia di bordo, composta da 6 uomini del Reggimento San Marco della Marina Militare Italiana, spara alcuni colpi in direzione del peschereccio indiano.

Il peschereccio St. Antony riporta l'incidente alla guardia costiera del distretto di Kollam, che subito contatta via radio il comandante della Lexie, chiedendo se fosse stata coinvolta in un attacco pirata. Dopo aver confermato l'accaduto, la nave, che si trovava a circa 38 miglia dalla costa Indiana sulla rotta verso l'Africa, su richiesta delle autorità locali al fine di collaborare all'inchiesta sull'incidente, fa un'inversione di rotta ed effettua l'ingresso nel porto di Kochi.

Durante l'attracco, il comandante della nave viene informato dalle autorità locali che è stata aperta un'inchiesta in relazione alla morte dei due pescatori a bordo del St. Anthony (First information report) per concorso in omicidio ai sensi degli articoli 302 e 34 del codice penale indiano.

Una volta sbarcati, il 19 febbraio vengono presi in consegna dalle autorità indiane i due fucilieri di marina Salvatore Girone e Massimiliano Latorre; accusati di omicidio, vengono arrestati e trattenuti in India in attesa di essere giudicati da un tribunale indiano.

Nel corso dei mesi seguenti, durante i quali il collegio difensivo italiano ha sempre cercato di contestare la giurisdizione dell'Alta Corte del Kerala e di qualunque altra giurisdizione indiana sulla questione, e di far valere l'immunità funzionale dei due militari, che agivano nell'adempimento dei loro doveri in qualità di ufficiali dello Stato italiano, chiedendo che si operasse una pronuncia di diniego di giurisdizione, si è giunti anche ad una riparazione giudiziale da parte dello Stato Italiano nei confronti delle famiglie delle due vittime.



Tuttavia l'iter processuale dinanzi alle corti indiane non ha avuto l'esito sperato da parte italiana.

L'Alta corte del Kerala, con la pronuncia del 29 maggio 2012, ha rigettato entrambe le istanze presentate dal collegio difensivo italiano, riguardanti rispettivamente l'accertamento circa l'insussistenza della giurisdizione indiana e la presa d'atto circa la sussistenza dell'immunità funzionale in favore dei due militari italiani.

Circa la prima questione, la Corte ha affermato come lo Stato costiero avesse pienamente diritto di esercitare le proprie prerogative sovrane, ivi compresa la possibilità di adottare qualsiasi atto finalizzato a dar attuazione ai diritti esclusivi garantitigli dalle norme UNCLOS sulla zona contigua (combinato disposto degli articoli 33 e 56 §2 UNCLOS) fintanto che questi non si fossero posti in contrasto con i diritti degli altri Stati o non fossero incompatibili con le altre disposizioni della Convenzione. Pertanto, secondo l'avviso dell'Alta Corte, desumere che il *coastal State* non avesse il diritto di proteggere i propri connazionali intenti a beneficiare dei loro diritti all'interno della zona marittima sottoposta al proprio controllo, avrebbe costituito "*a total travesty of justice and an outrageous affront to the nation's sovereignty*".

Per tale motivo, dunque, la Corte non ha ritenuto in contrasto con le previsioni della Convenzione UNCLOS, la legislazione interna applicabile, nella specie il "*Territorial Waters Act*" del 1976, nonché la dichiarazione unilaterale con cui l'India ha esteso automaticamente la portata applicativa del proprio codice penale e di procedura penale alle acque prospicienti il proprio mare territoriale (zona contigua e ZEE), e il SUA ACT (atto di recepimento della "Convenzione per la Repressione degli Atti Illeciti contro la Sicurezza della Navigazione Marittima", firmata a Roma il 10/03/1988).

Con riferimento alla questione circa l'eventuale sussistenza dell'immunità dalla giurisdizione indiana in favore dei due militari stranieri, il Giudice Indiano, pur riconoscendo in via teorica la sussistenza del principio dell'immunità sovrana sia sulla base del diritto interno che di quello internazionale, non l'ha tuttavia ritenuto applicabile alla circostanza concreta in quanto l'estensione dell'immunità stessa dipenderebbe dalle circostanze in base alle quali le forze armate di un altro paese

siano state ammesse nel territorio dello Stato “ospitante”, stabilite in accordi che peraltro non risultavano esser stati stipulati nel caso di specie. In subordine, poiché sottoposti al controllo gerarchico del capitano della nave (un civile) e non di un loro diretto superiore militare, e in quanto assoldati da una compagnia armatrice privata, a difesa di una nave privata, essi sono stati giudicati “non esercenti funzioni militari”. Inoltre, ad avviso della Corte, “l’aver sparato a due pescatori indiani non costituirebbe un atto nell’esercizio delle funzioni sovrane in difesa dello Stato, né tantomeno dell’imbarcazione, ma un mero atto criminoso e illegittimo, posto in essere per fini privati”, pertanto non suscettibile di esenzione dalla giurisdizione dello Stato Costiero<sup>47</sup>.

Successivamente alla presentazione di un’ulteriore *application* alla Corte Suprema Indiana, volta a far pronunciare un *dismissal* in favore dell’autorità giurisdizionale italiana, si è giunti alla fondamentale pronuncia del 18 gennaio 2013, con cui il massimo organo giuridico indiano si è espresso a tal proposito.

La Corte ha constatato che il Kerala, date le circostanze fattuali dell’accadimento, intervenuto in zona contigua e quindi non sottoposto ad esclusiva giurisdizione statale di uno stato federato, e la sua natura di conflitto intergovernativo tra Stati sovrani, pertanto non coinvolgente la posizione di uno stato federato, sprovvisto di personalità giuridica internazionale, non poteva essere considerato competente a portare avanti un’attività giurisdizionale per mezzo dei propri tribunali nei confronti dei ricorrenti.

Peraltro la *Supreme Court*, ha statuito circa la necessità di istituire una *Special court* con sede a Nuova Delhi, al fine di riaffrontare, se nel caso sollevate dalle parti, le questioni relative alla giurisdizione e quelle relative ai fatti di causa, alla luce dell’evidenza probatoria eventualmente addotta dalle parti.

In ogni caso i due soldati italiani restano affidati alla custodia della Corte e dell’ambasciata italiana, che si è impegnata a garantire la comparizione dei due, in regime di libertà vigilata con obbligo settimanale di firma davanti al distretto di polizia di Nuova Delhi, dinnanzi alla suddetta Corte, nei casi in cui fosse da questa richiesto.

---

<sup>47</sup> Il testo della sentenza è reperibile a questo indirizzo:  
<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2013/03/The-High-Court-of-Kerala1.pdf>

Il giorno 11 Marzo 2013, con una dichiarazione ufficiale del Ministro degli esteri italiano Giulio Terzi di Sant'Agata<sup>48</sup>, nel corso di un regime speciale di licenza di quattro settimane, concesso dalla Corte Suprema Indiana ai due marò per ottemperare alle esigenze elettorali di voto nel proprio paese, l'Italia ha comunicato, per mezzo di una nota verbale consegnata tramite il proprio ambasciatore a Nuova Delhi alle Autorità indiane, che visto il costante atteggiamento di aperta violazione del diritto internazionale consuetudinario e pattizio da parte indiana, in particolare quello sancito dalla convenzione UNCLOS di cui anche l'India è parte, e alla luce della mancanza di collaborazione da parte dello stesso Governo indiano di trovare una soluzione al caso per vie diplomatiche, si deve considerare esistente una controversia internazionale tra gli Stati.

L'Italia, pur ribadendo la propria volontà di giungere ad un accordo anche a mezzo di arbitrato internazionale o tramite risoluzione giudiziaria dinnanzi ad una corte internazionale, ha chiesto all'India di attivare le consultazioni previste dalla convenzione UNCLOS in caso di soluzione delle controversie, ai sensi della parte XV della convenzione. Per tale motivo l'Italia, stante la formale instaurazione di una controversia internazionale tra i due stati, ha dichiarato che i due fucilieri di marina non faranno ritorno in India, alla scadenza del loro periodo di licenza, stabilito dalla Suprema Corte di New Delhi alla data del 22 marzo.

Tale decisione ha poi subito un ulteriore ribaltamento<sup>49</sup> appena due giorni prima dalla *deadline* sancita dalla Corte Suprema Indiana, con il definitivo rientro dei due militari sotto la tutela della giustizia indiana.

---

<sup>48</sup> Il testo della dichiarazione ufficiale italiana è reperibile sul sito del Ministero degli Affari esteri: [http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala\\_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2013/03/20130311\\_Mar\\_o\\_restano\\_in\\_Italia.htm?LANG=IT](http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2013/03/20130311_Mar_o_restano_in_Italia.htm?LANG=IT)

<sup>49</sup> [http://www.corriere.it/esteri/13\\_marzo\\_21/maro-procura-militare-valuta-trasmissione-atti-tribunale-ordinario\\_01e43dea-91fe-11e2-9bc7-5a8f13477f3e.shtml](http://www.corriere.it/esteri/13_marzo_21/maro-procura-militare-valuta-trasmissione-atti-tribunale-ordinario_01e43dea-91fe-11e2-9bc7-5a8f13477f3e.shtml)

## *1.6. Questioni problematiche*

Come si è avuto modo di constatare, il caso dei due marò arrestati in India ha fatto sorgere un effettivo contrasto di giurisdizione tra Italia e India, i quali si affermano entrambi titolari al processare i due soldati.

Da una parte le tesi del Governo italiano si fondano sul fatto che l'evento sia accaduto in una particolare area marittima posta al di fuori delle acque territoriali indiane, la zona economica esclusiva, nella quale, ai sensi della convenzione UNCLOS, vige un regime giuridico simile a quello dell'alto mare (libertà di navigazione, sorvolo etc.) salvo che per alcuni diritti in materia di esplorazione, sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali biologiche e non poste nelle acque soprastanti il fondo marino, sul fondo e nel sottosuolo; installazione e utilizzazione di isole artificiali; protezione dell'ambiente marino, ricerca scientifica e altri<sup>50</sup>.

In particolare, anche nella ZEE si dovrebbe applicare il regime giuridico previsto dagli articoli 91, 92 e 94 dell'UNCLOS che prevede la giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera, che la esercita conformemente alla propria legislazione, sulla nave e sui membri dell'equipaggio.

Inoltre la difesa italiana basa le proprie argomentazioni su un'interpretazione estensiva dell'articolo 97, nel quale si prevede che "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".

D'altro canto il governo indiano, pur avendo firmato e ratificato la convenzione UNCLOS, reclama l'esercizio esclusivo della giurisdizione da parte dei propri tribunali, sulla base di una serie di considerazioni giuridiche che traggono origine dalla normativa interna indiana, il "Maritime Zones Act" del 1976, con cui l'Unione Indiana ha esteso unilateralmente l'applicabilità delle norme del codice penale e di procedura indiano anche alla zona contigua e alla ZEE.

---

<sup>50</sup> Articoli 55-75 UNCLOS.

La zona contigua, risulta disciplinata dall'articolo 33 UNCLOS, che si limita ad attribuire allo Stato costiero la facoltà di esercitare una forma di controllo in materia doganale, fiscale, sanitario e in materia di immigrazione al fine di prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti nelle suddette materie ed eventualmente punire la commissione di atti in contrasto con tali previsioni, se commesse nel proprio territorio o mare territoriale.

Inoltre il Governo indiano, oltre a contestare l'interpretazione estensiva dell'articolo 97 UNCLOS fattane dall'Italia, afferma la propria competenza giurisdizionale sulla base di altrettanto validi argomenti quali il principio del "*male captus, bene detentus*" (ovvero è irrilevante che l'arresto di presunti criminali sia stato fatto in maniera irrispettosa delle procedure o persino illegale, essendo comunque giustificabile la loro detenzione e l'eventuale celebrazione di un giusto processo) e inoltre sulla base del criterio di collegamento alla giurisdizione territoriale dello stato di cittadinanza della vittima (criterio della cittadinanza passiva), supportato a detta dell'Unione, anche dalla giurisprudenza internazionale (caso "*Lotus*" deciso dalla Corte permanente di giustizia internazionale).

Il conflitto si pone dunque ad un duplice livello: oltre al conflitto di giurisdizione tra i due Stati, i quali si dichiarano legittimati a far applicazione ciascuno del proprio diritto interno sulla base di letture divergenti delle norme pattizie, parrebbe evidenziarsi un conflitto tra le disposizioni interne indiane e quelle del diritto internazionale, cui lo stesso governo indiano risulterebbe vincolato, avendo prestato il proprio consenso al momento della firma dei trattati applicabili alla questione.

Un'altra questione problematica che oppone le parti in causa risulta essere l'esistenza e l'applicabilità della regola di diritto internazionale dell'immunità funzionale a favore dei militari in servizio sull'*Enrica Lexie* accusati di aver ucciso i due pescatori indiani.

Il governo italiano infatti reclama, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, l'esistenza di una norma di carattere generale che preveda la tutela dei corpi di truppa all'estero che nell'esercizio delle loro funzioni (*acta iure imperii*) abbiano commesso un reato in territorio estero: essi godrebbero dunque

di un'immunità di carattere processuale e sostanziale dalla giurisdizione straniera e dovrebbero pertanto essere giudicati da un tribunale nazionale.

L'India invece parrebbe d'avviso opposto, contestando l'esistenza di una norma univoca di diritto internazionale consuetudinario che garantisca l'immunità ai militari<sup>51</sup> e sostenendo che la valutazione in tal senso, non esistendo un'uniformità di *consensus* nella comunità internazionale, spetti alla discrezionalità di ogni Stato nell'esercizio della propria sovranità.

Si avrà cura di evidenziare se, alla luce del diritto internazionale, della prassi e della giurisprudenza, esista una norma di immunità funzionale la cui applicazione si estenda ai militari che siano imbarcati su una nave civile, per scopi di protezione antipirateria, allorché siano qualificati dallo Stato d'invio alla stregua di organi statali esercenti funzioni sovrane (*acta iure imperii*) e la cui eventuale applicabilità, farebbe scaturire l'automatica esenzione dalla sottoponibilità alla giurisdizione penale di uno stato straniero.

---

<sup>51</sup> A tal proposito si vedano le conclusioni dell'avvocato del governo Indiano (parr.66-71) contenute nella sentenza della Corte Suprema Indiana del 18 gennaio 2013, con cui è stata disconosciuta la competenza giurisdizionale dei tribunali del Kerala in favore di una "*Special Court*" che dovrà costituirsi a Nuova Delhi per giudicare del caso. Il testo della sentenza è reperibile al seguente indirizzo web: <http://courtnic.nic.in/supremecourt/temp/135201231812013p.txt>

## CAPITOLO II: L'ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

### 2.1. Cenni introduttivi sull'esercizio della giurisdizione

Il diritto internazionale è fondato sulle relazioni intercorrenti fra Stati<sup>52</sup>, ed è deputato alla regolazione dei loro rapporti sulla base di principi di diritto cui i diversi attori della comunità internazionale decidono di vincolarsi.

Tra questi, uno dei più importanti, il cui inquadramento giuridico risulta basilare nello sviluppo del presente lavoro, consiste nella ripartizione della giurisdizione fra Stati sovrani.

Essa concerne il potere dello stato di regolare la vita delle persone, le loro proprietà e tutte le altre situazioni giuridico-fattuali inerenti ad esse: in un'accezione più ampia di quella mutuata dalla dottrina processualciviltistica<sup>53</sup>, il termine giurisdizione (*iurisdictio*) fa riferimento a quella capacità di istituire e far rispettare le norme da parte dello Stato.

Al tempo stesso essa ricomprende l'insieme dei poteri statali, vale a dire il potere legislativo (*legislative jurisdiction*), il potere esecutivo (*executive jurisdiction*) e

---

<sup>52</sup> Entità giuridico-politiche, a carattere originario e territoriale, costituiti da un popolo (comunità di persone che condividono una serie di valori comuni), stanziato su un territorio (ambito spaziale su cui si esercita l'autorità di governo dello Stato) e dotato di un governo effettivo (in grado cioè di esercitare determinate prerogative spettantigli al fine di amministrare correttamente l'interesse pubblico. Lo Stato, nella compresenza dei tre pilastri di cui sopra, si regge sul fondamento della sovranità che tradizionalmente si declina in indipendenza dello Stato come persona giuridica internazionale (*sovranità esterna*) e supremazia delle istituzioni di governo (*sovranità interna*): nella prima accezione, lo Stato si pone come "soggetto" autonomo del diritto internazionale in una Comunità di uguali (*par in parem*), in cui gode delle medesime prerogative che esso stesso riconosce agli altri attori statali.

Il corollario fondamentale di tale declinazione della sovranità statale è costituito dal principio di diritto consuetudinario, consacrato anche nella Carta delle Nazioni Unite (Art. 2 par.7: "*Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengono essenzialmente alla competenza interna di uno Stato(...)*") del divieto di ingerenza nelle questioni di dominio riservato (*domestic jurisdiction*), delle quali il diritto internazionale tendenzialmente si disinteressa. Nella seconda accezione invece, esso risulta essere l'attore monopolizzante l'esercizio del potere sulla comunità stanziata nel territorio, su cui esso esercita il proprio dominio attraverso le istituzioni governamentali.

<sup>53</sup> Secondo la quale per giurisdizione si deve intendere l'esercizio del potere giudiziario statale (*ius dicere*), cioè la funzione destinata a dare applicazione concreta alle norme giuridiche, appannaggio esclusivo dello Stato che la esercita in modo pubblico ed autonomo attraverso appositi organi.

quello giudiziario (*judicial jurisdiction*) e si esplica attraverso vari atti quali l’emanazione di un atto legislativo, di una sentenza che accerti o costituisca una situazione giuridica in capo ad un determinato soggetto o di un atto dell’amministrazione con cui si conferisce effettività ad una norma programmatica. *Ratione materiae* invece, essa può suddividersi in giurisdizione civile e giurisdizione penale.

La giurisdizione è dunque un elemento centrale e connaturato al concetto stesso di sovranità statale, della quale essa è concreta attuazione e si esprime su un piano essenzialmente spaziale.

Di fronte ad una giurisdizione “territoriale”, in via eccezionale e del tutto residuale, il diritto internazionale accorda una giurisdizione “extraterritoriale” agli Stati, che possono dunque avvalersi dell’esercizio della propria autorità anche su persone o beni che non siano fisicamente ubicati nello spazio territoriale sottoposto alla loro sovranità statale. A titolo puramente esemplificativo, si pensi ad esempio all’esercizio di tali poteri di governo nel territorio di altri Stati (ad esempio in territori militarmente occupati) o in altri spazi non soggetti alla giurisdizione di alcuno stato (ad esempio nei confronti di navi o aeromobili battenti la propria bandiera nelle acque internazionali).

Posto dunque che la giurisdizione statale non è solamente di carattere spaziale, occorrerà soffermarsi su altri criteri che sono stati adottati dalla dottrina internazionalistica per giustificare l’applicazione “extraterritoriale” dell’autorità di governo di uno Stato su persone, beni o situazioni giuridiche che risultino estranei al “*territorial link*” dell’ente statale.

*Il concetto di “domestic jurisdiction” e le sue espressioni di “legislative”, “executive” e “judicial jurisdiction”*

Il principio della giurisdizione “interna”, come precedentemente accennato, costituisce un caposaldo della sovranità statale: come lo Stato è posto in posizione di “supremazia” a livello interno, così da poter esercitare all’interno della propria frontiera territoriale dei poteri esclusivi senza doversi confrontare con istanze politiche diverse da quelle che sono espressione della sua stessa sovranità, esso è



tenuto, contestualmente, a rispettare lo spazio di sovranità altrui, non potendo intervenire nelle questioni interne di un altro Stato.

Questo diritto/dovere di “non ingerenza” reciproco costituisce una sorta di limite al controllo esterno, da parte del diritto internazionale e degli altri Stati, che gli stessi si accordano reciprocamente al fine di trovare quel necessario equilibrio atto a mediare tra opposte esigenze di regolamentazione nazionali ed internazionali, garantendo a ciascuno, nel proprio “dominio riservato”, quel “monopolio della forza” declinantesi nelle classiche manifestazioni del potere legislativo, esecutivo e giudiziario, all’interno dei confini spaziali delimitanti il territorio dello Stato.

Con l’espressione *legislative jurisdiction*, si fa riferimento a quel potere di emanare atti legislativi di carattere generale, che siano vincolanti sul proprio territorio, nei confronti di persone e beni, riconosciuto in capo agli organi dello Stato, a ciò costituzionalmente legittimati.

L’*executive jurisdiction*, invece, concerne il potere dello Stato di adoperare la “forza pubblica” per dare attuazione ad una disposizione legislativa: sul piano pratico, ad esempio, essa può manifestarsi nell’impiego dell’ufficiale giudiziario per assicurare il soddisfacimento di una pretesa creditizia di un soggetto nei confronti di un altro che ne è debitore; nell’impiego delle forze di pubblica sicurezza per garantire la sicurezza e l’incolumità della popolazione. In definitiva essa consiste nel potere che lo Stato ha, in quanto titolare del monopolio della forza coercitiva, di amministrare la collettività, dando effettività e concretezza alle regole stabilite dagli organi deputati ad esercitare la funzione legislativa, evitando il ricorso a forme di “giustizia personale” da parte della stessa, retaggio dell’antico “stato di natura” pre-sociale.

La “terza via” della giurisdizione, la cd. *judicial jurisdiction*, si identifica con il concetto di giurisdizione (*ius dicere*) così come adottato nell’accezione comune: il potere da parte dello Stato di assicurare il riconoscimento di una pretesa giuridica di un privato in maniera terza e imparziale, garantendo a quest’ultimo l’accesso a mezzi di risoluzione di una controversia conformi a diritto e privi di arbitrarietà.

Il ruolo del diritto internazionale nell’erodere costantemente sfere di sovranità statale è tanto evidente nell’ambito delle relazioni interprivatistiche (giurisdizione civile) quanto in quello coinvolgente interessi pubblici a reprimere comportamenti

ritenuti in contrasto con una legislazione di carattere penale (giurisdizione penale).

È soprattutto con riferimento a quest'ultima categoria che la funzione innovatrice del diritto internazionale si fa più manifesta: esso opera al fine di istituire criteri giurisdizionali di collegamento alternativi a quello della territorialità: in primo luogo, per eludere le complessità del fenomeno criminoso, sempre più transnazionale (traffico di armi e di stupefacenti, tratta di esseri umani etc.) e inoltre per assicurare una più efficiente tutela degli interessi nazionali, oltre che di quelli internazionali, che spesso travalicano le frontiere statali.

Nel proseguo della presente analisi ci si soffermerà soprattutto sull'aspetto penalistico dell'esercizio della giurisdizione *latu sensu*.

#### *Il principio di territorialità nella giurisdizione penale*

Il punto di partenza nell'analisi delle modalità di applicazione della giurisdizione statale risulta necessariamente essere quello territoriale, naturale espressione della sovranità statale.

Secondo tale criterio, uno Stato predispone l'attuazione della propria legge a tutti coloro, cittadini o stranieri, che si trovino sul proprio territorio (o a bordo di navi o aeromobili immatricolati nei propri registri, anche se situati all'estero) e ivi abbiano posto in essere una condotta sanzionabile ai sensi della legislazione territoriale; nel farlo, le corti nazionali dello Stato in cui il crimine sia stato commesso, possono esercitare la propria competenza giurisdizionale sulla base di una serie di ragioni.

Innanzitutto il principio di territorialità è l'espressione principale della sovranità dello Stato, le cui connotazioni di esclusività e absolutezza, in caso di applicazione di una legge statale diversa, sarebbero poste in discussione; la legge penale dello Stato poi, essendo legge di garanzia sociale, il cui scopo è quello di protezione dell'ordine pubblico che viene turbato dalla commissione di un reato, è generalmente ritenuta come la meglio deputata ad indicare le modalità attraverso cui tale ordine pubblico debba essere protetto e restaurato.

Non deve poi tralasciarsi l'importanza del fondamentale principio di uguaglianza di tutti i soggetti dinanzi alla legge, che solo l'applicazione territoriale della legge penale permette di garantire: dovendosi operare un'applicazione *ratione personae* della legge condurrebbe inevitabilmente ad un indebolimento della sovranità interna dello Stato nei confronti di quei soggetti che siano cittadini di un altro Paese.

Da un punto di vista di politica criminale, inoltre, la funzione repressiva, quella preventivo/dissuasiva e quella rieducativa della pena appaiono tanto più efficaci quanto più prossimo è il giudizio al luogo in cui il turbamento sociale sia stato più duramente percepito; in base al principio della prossimità della prova e di buona amministrazione della giustizia, appare più corretto da un punto di vista processuale e sostanziale operare la ricerca di un mezzo probatorio e della verità processuale affidandola ad un tribunale che sia il più adatto da un punto di vista spaziale, ad apprezzare l'effettivo turbamento causato all'ordine pubblico dalla commissione del reato.

Sul piano del diritto internazionale, infine, che uno Stato abbia la competenza di perseguire gli autori di un illecito commesso sul proprio territorio, è inferenza logica necessaria dell'esistenza di un ordine giuridico internazionale fondato su Stati indipendenti, ai quali *in primis* spetta la responsabilità di reprimere le condotte contrarie al proprio diritto e di mantenere l'ordine pubblico all'interno del territorio.

Pertanto, la dottrina e la prassi dei vari Stati hanno ampliato il concetto di territorialità, estendendone la portata applicativa e suddividendolo in due sottocategorie: la territorialità "soggettiva" e quella "oggettiva", applicando il cosiddetto criterio dell'"ubiquità".

Si parla di territorialità "soggettiva" con riferimento a quegli Stati che ritengono di dover applicare la propria legislazione a reati che siano iniziati nel territorio dello Stato, ma vengano consumati all'estero; viceversa ci si riferisce al concetto di territorialità "oggettiva" nella situazione opposta, quando cioè lo Stato reclama

il proprio titolo di giurisdizione, in virtù della consumazione del reato intervenuta sul proprio territorio<sup>54</sup>.

Un discorso a parte, in quanto non dichiarativa di una norma di diritto internazionale consuetudinario, essendo una prassi diffusa in pochi Paesi tra cui gli Stati Uniti, merita la dottrina dei cd. “effetti interni” del reato, sulla base della quale essi si considerano comunque competenti ad applicare le proprie leggi e a perseguire dinanzi ai propri tribunali, anche reati commessi totalmente all'estero, ma aventi “ripercussioni” all'interno del territorio, attribuendo così un carattere “territoriale” anche ad un fatto che fisicamente non lo è.

Il principio di territorialità non è però esclusivo né tanto meno assoluto<sup>55</sup> per ragioni di opportunità politica e giuridica. Da una parte infatti esistono degli interessi statali meritevoli di tutela che oltrepassano le frontiere nazionali; al tempo stesso però, la pretesa di esercitare astrattamente e illimitatamente il proprio potere legislativo su ciascun individuo o su qualsiasi bene, ovunque essi si trovino, presupporrebbe il riconoscimento di un'identica potestà nei confronti degli altri Stati.

Per tale motivo, costoro si limitano tendenzialmente a riconoscere l'applicabilità esclusiva delle proprie legislazioni, soltanto nei confronti delle persone e dei beni stanziati nel proprio spazio territoriale, ricollegando alla presenza di situazioni di

---

<sup>54</sup> Con riferimento a questa particolare sottocategoria, si pensi al caso classico del colpo d'arma da fuoco esploso al di là di una frontiera Statale che causa la morte di un individuo sul territorio dello Stato del foro. Ma tale principio è stato impiegato nella prassi giurisprudenziale di molti stati, tra cui Stati Uniti d'America e Regno Unito, per incriminare gli atti di cospirazione, violazioni delle regole anti-trust e delle leggi sull'immigrazione per attività poste in essere all'estero. In particolare quest'ultima accezione di territorialità oggettiva, ha ottenuto un riscontro piuttosto chiaro, nella controversa giurisprudenza della Corte Permanente Internazionale di Giustizia, che con il caso *Lotus* del 1927, di cui si analizzerà il contenuto, più approfonditamente, in seguito, ha affermato come non sussistessero nell'ambito del diritto internazionale, proibizioni di carattere generale che impedissero ad uno Stato di estendere l'applicazione delle proprie leggi e della propria giurisdizione a persone, beni o accadimenti intervenuti al di fuori del proprio territorio, lasciando agli stessi ampia discrezionalità nel decidere quali principi adottare al riguardo. Per tale motivo dunque, la Corte riconobbe come valida la pretesa della Turchia di punire il capitano della nave francese (con cui quella turca era entrata in collisione, causando la morte di otto marinai turchi), dopo aver constatato l'inesistenza di un divieto generale di diritto internazionale, sulla base del principio della territorialità oggettiva, assimilando la nave turca a territorio nazionale turco.

<sup>55</sup> Anche il principio di sovranità territoriale esclusiva incontra dei limiti che scaturiscono dalle consuetudini del diritto internazionale e dal tradizionale principio della *comitas gentium*: si pensi all'immunità riconosciuta nei confronti del personale diplomatico straniero, dei capi di stato e di governo esteri, dell'inviolabilità delle proprietà immobiliari Statali etc.

carattere eccezionale, l'applicazione delle proprie normative in circostanze extraterritoriali.

### *I principi giurisdizionali extraterritoriali*

In seguito a ciò, la dottrina internazionalistica ha elaborato una serie di principi giurisdizionali “extraterritoriali”, che permettono l'estensione della potestà sovrana statale anche a situazioni che non presentino una stretta correlazione con il territorio su cui essa naturalmente si esplica: il principio di nazionalità e quello della personalità passiva<sup>56</sup>; il principio della protezione; il principio dell'universalità.

Appare doveroso operare una serie di considerazioni preliminari: innanzitutto non esiste una gerarchia consolidata e univoca tra i suddetti criteri di giurisdizione extraterritoriale, che verranno presentati perciò in base al grado di maggior “attendibilità” che essi riscontrano in base alle posizioni dottrinarie maggioritarie. Inoltre i criteri di giurisdizione extraterritoriale fanno riferimento più alla giurisdizione legislativa, che a quella esecutiva e giudiziale: infatti in linea di principio solo la prima può avere effetti propriamente extraterritoriali (nel senso che le leggi emanate dallo Stato possono in principio applicarsi a persone e beni all'estero).

La giurisdizione esecutiva extraterritoriale, vale a dire la capacità cioè dello Stato di garantire l'effettività della propria legislazione anche all'estero, è invece subordinata al criterio del consenso dello Stato sul cui territorio tale giurisdizione si manifesta<sup>57</sup>.

La giurisdizione giudiziale risulta invece riflesso della prima, nel senso che i tribunali statali possono operare solo nel rispetto del diritto effettivamente applicabile sul territorio.

---

<sup>56</sup> Occorre precisare come taluni autori, tra cui Shaw (cfr. *International Law*, 2003) distinguono in due categorie distinte i suddetti principi; altri, come Focarelli (cfr. *Lezioni di Diritto Internazionale*, 2008), li riconducono al comune concetto di nazionalità, declinata in attiva e passiva, a seconda che sia l'autore del crimine o la vittima ad avere la cittadinanza.

<sup>57</sup> In caso contrario, si avrebbe l'ipotesi, peraltro non infrequente, di “penetrazione non autorizzata”, una forma di violazione della sovranità territoriale di un altro Stato, in contrasto con i basilari principi del diritto internazionale consuetudinario.

### A. Il principio di nazionalità e quello di personalità passiva

Il principio di nazionalità trae giustificazione in quel legame giuridico che si viene ad instaurare tra lo Stato, detentore della sovranità e titolare di una serie di prerogative giurisdizionali, e la comunità di individui che lo compongono e che possono essere stanziati o meno nel territorio dello stesso. Tale legame, definito comunemente come nazionalità, è un concetto fondamentale alla base dell'idea di Stato; esso afferisce a tutta una serie di valori culturali, filosofici, religiosi che la collettività di individui condivide e intorno ai quali si stringe per "distinguersi" dalle altre entità statuali<sup>58</sup>; è una "costruzione giuridica che evidenzia il legame esistente tra la persona e lo Stato, e che evidenzia come una persona sia più strettamente connessa ad uno Stato piuttosto che ad un altro"<sup>59</sup>.

Il suo retaggio è ancor'oggi evidente: in virtù del legame di nazionalità lo Stato "conserva" la propria potestà sovrana nei confronti dei suoi cittadini, ovunque essi si trovino. In cambio essi godono di una serie di prerogative "speciali", tra cui l'ottenimento di un passaporto, il diritto di voto, la possibilità di svolgere determinate professioni (diplomazia, assunzione di incarichi politici), ma anche la possibilità di ottenere la protezione diplomatica.

Con riferimento all'esercizio della giurisdizione sulla base del criterio della nazionalità, si è soliti distinguere tra nazionalità "attiva" e nazionalità "passiva", quest'ultimo definito autonomamente come "principio della personalità passiva" da altri<sup>60</sup>.

Nel primo caso, lo Stato di cui sia cittadino l'autore di un crimine commesso all'estero, anche se ai danni di un cittadino straniero, applica le proprie leggi alla fattispecie, giudicandone il reo dinanzi ai propri tribunali.

Viceversa, secondo il principio della nazionalità (o personalità) passiva, lo Stato può esercitare la propria giurisdizione per giudicare un soggetto, autore di un

---

<sup>58</sup> La Corte Internazionale di Giustizia, nel caso "*Nottebohm*" del 1955, constatò che, in base alla prassi statale, per nazione si dovesse intendere quel "legame giuridico che trae il suo fondamento nei legami sociali, nella connessione di esistenza, sentimenti ed interessi comuni, oltre che nell'esistenza di reciproci diritti e doveri" tra gli individui stanziati sul territorio statale.

<sup>59</sup> Cfr. Shaw, *International Law*, 2003, p.586.

<sup>60</sup> Cfr. Brownlie, *Principles of International Law*, 2008, pag.304; Gavouneli, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, 2007, p.5 ss.

reato commesso all'estero, che abbia ripercussioni nei confronti di un proprio cittadino.

Il *leading case* in tale ambito è rappresentato dalla giurisprudenza del caso *Cutting* del 1885, in cui un tribunale messicano esercitò la propria giurisdizione nei confronti di un cittadino americano, arrestato in territorio messicano, colpevole di atti di diffamazione a mezzo stampa, attraverso le pagine di un quotidiano texano, rivolti nei confronti di un cittadino messicano. Nonostante le proteste diplomatiche degli Usa, che a mezzo del loro Presidente Grover Cleveland protestarono duramente denunciando l'operato della corte messicana, la vicenda si risolse con un nulla di fatto per i nordamericani.

In via generale il principio della personalità passiva appare come il più controverso tra quelli che consentono l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale<sup>61</sup>, anche se in taluni strumenti di diritto internazionale pattizio (ad es. la Convenzione di New York contro la presa di ostaggi del 1979) è prevista la possibilità per ciascuno Stato, "laddove lo ritenesse appropriato" di adottare tra i vari criteri di giurisdizione per giudicare l'offesa, quello del paese di cittadinanza dell'ostaggio.

Nella prassi, l'applicazione dei suddetti criteri di nazionalità attiva e passiva, appare però limitato nella sua effettività da ragioni di opportunità politica: gli Stati infatti si limitano a fare applicazione di tali criteri, condizionando l'esercizio della propria competenza giurisdizionale nei confronti di autori o vittime del crimine commesso all'estero che siano propri cittadini, ai soli casi più gravi<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Nonostante alcuni Stati, tra cui l'Italia, continuino a ritenerlo valido, ve ne sono altri, tra cui gli USA e il Regno Unito che storicamente ne hanno sempre osteggiato l'adozione, nel novero dei principi dichiarativi di diritto internazionale consuetudinario. A dimostrazione però del fatto che l'*opinio juris* di uno Stato si modifica in virtù delle dinamiche internazionali in cui esso è coinvolto, gli USA, a seguito dell'incidente dell'Achille Lauro, nave da crociera italiana che nel 1986 fu presa d'assalto da un commando di uomini dell'OLP che uccisero un cittadino americano, adottarono l'*"Omnibus Diplomatic Security and Anti-Terrorism Act"* con cui sposarono a pieno il principio della personalità passiva, attribuendo alle corti americane la possibilità di giudicare i crimini di omicidio e di violenza fisica commessi all'estero ai danni di un cittadino statunitense. Nonostante l'opposizione storica a tale principio da parte di alcuni tra gli attori principali della comunità internazionale, appare chiaro come attualmente la comunità internazionale accetti l'applicazione di detto principio, soprattutto con riferimento ai casi di terrorismo e di altri crimini internazionalmente condannati.

<sup>62</sup> Si vedano a tal proposito, tra le altre fonti, gli articoli 9 e 10 del codice penale italiano, che prevedono la sanzionabilità delle condotte criminose commesse da cittadini all'estero o da stranieri all'estero in danno dello Stato o di cittadini italiani, solo nei casi in cui la legge italiana

A tal proposito è interessante notare come la concreta attuazione dei principi di nazionalità attiva e passiva sia resa più ardua da una serie di condizioni giuridico fattuali, quali ad esempio la presenza del reo nel territorio dello Stato, la richiesta del Ministro di Giustizia per l'attivazione della procedura di estradizione o l'istanza o la querela della persona offesa.

### B. Il principio di protezione

Sulla base di tale criterio, gli Stati possono esercitare la loro giurisdizione nei confronti di stranieri che abbiano commesso, all'estero, un atto che sia pregiudizievole nei confronti dei loro interessi "vitali" o essenziali.

Pur non esistendo una prassi univoca su cosa possa essere considerato interesse essenziale, gli Stati tendono, attraverso le proprie legislazioni nazionali<sup>63</sup>, a garantire i propri interessi in materia di valuta, immigrazione e reati contro l'economia e la sicurezza nazionale.

La giustificazione alla base di tale principio risiede nel fatto che spesso lo Stato non ha la possibilità di ottenere il pieno soddisfacimento del proprio interesse a preservare l'integrità di alcune risorse: talvolta il crimine commesso all'estero da uno straniero potrebbe non violare alcuna disposizione normativa locale e pertanto risultare impunito; talaltra, non esistendo un trattato di estradizione tra lo Stato "offeso" e lo Stato del *locus commissi delicti* non è possibile assicurare il reo alla giustizia del primo.

### C. Il principio di universalità

Il principio dell'universalità della giurisdizione penale appare, per certi versi, l'unico, tra i principi di giurisdizione extraterritoriale, sul quale si possa riscontrare la maggiore convergenza da parte della comunità internazionale.

---

preveda per le stesse la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a tre anni nel primo caso, o non inferiore a un anno nel secondo.

<sup>63</sup> Con riferimento alla disciplina italiana, si prendano ad esempio, tra le altre, le ipotesi di delitti contro la personalità dello Stato, contraffazione e uso del sigillo dello Stato etc. (articolo 7 codice penale).



Alla base di tale criterio vi è la presa d'atto che certi crimini, data la loro gravità, per la loro diffusione globale o per il fatto che recano offesa a diverse entità statuali e alla comunità internazionale nel suo complesso, debbano necessariamente essere di competenza di tutti gli Stati, che possono dunque esercitare la loro giurisdizione nei confronti di quegli individui che siano autori dei suddetti crimini.

In tale categoria si inserisce, storicamente, il fenomeno della pirateria.

Recentemente però, la presa di coscienza della comunità internazionale della gravità di certi atti, ha comportato un allargamento del concetto di crimini sottoponibili alla giurisdizione internazionale, dovendosi ricomprendere, tra gli altri, il genocidio, la tratta degli schiavi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, il terrorismo<sup>64</sup>.

Si possono distinguere due differenti approcci nell'applicazione di tale principio: da una parte vi sono alcuni paesi che adottano una concezione "assoluta", nel senso che ritengono di avere competenza giurisdizionale nell'applicare le proprie leggi e giudicare, attraverso le proprie corti, i crimini commessi in qualsiasi parte del globo, indipendentemente dal fatto che l'autore o la vittima siano cittadini o stranieri<sup>65</sup>.

Altri paesi invece, come l'Italia, prediligono una versione "condizionata" dell'esercizio della giurisdizione universale, sottoponendolo all'esistenza di

---

<sup>64</sup> Si veda, a tal proposito, l'interessante analisi storico-giuridica operata dal Tribunale Speciale per il Libano nel caso STL-11-01/I del 16/02/2011, con cui si propende per l'esistenza di una norma di diritto internazionale consuetudinario volta a qualificare il crimine di terrorismo come crimine internazionale

<sup>65</sup> Si veda l'esempio del Belgio, che in un primo tempo aveva accolto con una legge del 1993, poi emendata da una seconda normativa del 1999, l'accezione "assolutistica" del principio di universalità con riferimento alle gravi infrazioni delle quattro convenzioni di Ginevra del 1949 e relativi protocolli annessi, ai crimini contro l'umanità e al genocidio, sancendo l'inapplicabilità, in tale contesto, delle regole sull'immunità relativa a Capi di Stato e di Governo, Ministri degli Affari Esteri e diplomatici. Tale politica normativa ha dato poi luogo ad un incremento esponenziale dei ricorsi presentati da ogni parte del mondo, dinanzi alle corti belghe e ad una serie di conseguenze diplomatiche e giuridiche, tra cui la condanna dello Stato da parte della Corte Internazionale di Giustizia nel caso "*Arrest Warrant*" (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio del 14/02/2002), che hanno spinto il paese a rimodulare le proprie posizioni, verso un esercizio "condizionato" della giurisdizione universale. A partire dal 2003, essa si esplica solo nel caso in cui il reo abbia la cittadinanza belga o ivi risieda o vi abbia vissuto per almeno tre anni nel momento in cui abbia compiuto il reato, o in adempimento di un obbligo di natura convenzionale.

condizioni particolari, quali la presenza, anche temporanea o transitoria, del reo sul territorio dello Stato<sup>66</sup>.

## **2.2. L'esercizio della giurisdizione in mare**

L'esercizio della sovranità Statale si esplica non solo nell'ambito terrestre, ma anche in quello marittimo nelle modalità più diverse, riconducibili essenzialmente a tre macrocategorie: una giurisdizione "spaziale", relativa cioè all'esercizio del potere di governo (*imperium*) in uno specifico ambito territoriale ("*quisquis est in territorio est de territorio*"); una giurisdizione "funzionale", consistente nell'esercizio del dominio in relazione solo a specifici e circoscritti ambiti giuridici; una giurisdizione "personale", riferibile cioè alle imbarcazioni che abbiano un collegamento diretto con lo Stato esercente giurisdizione, sancito dalla nazionalità della bandiera della nave.

Nel primo caso si fa riferimento all'esercizio pieno della giurisdizione sovrana dello Stato costiero nell'ambito delle acque interne e del mare territoriale; man mano che ci si allontana dall'ambito spaziale di competenza esclusiva dello Stato costiero però, l'esercizio della giurisdizione si va sempre più funzionalizzando: dapprima con riferimento alla zona contigua e alla Zona Economica Esclusiva, le quali sono aree marittime caratterizzate dal conferimento di specifici "diritti sovrani" in favore dello Stato costiero, ma solo con riferimento a particolari ambiti giuridici (diritti doganali, leggi sull'immigrazione, protezione ambientale e delle risorse biologiche e minerarie etc.).

Oltre i limiti delle zone di mare assoggettabili alla giurisdizione dello Stato costiero, vale a dire oltre le 200 miglia marittime della ZEE, il regime giuridico vigente è quello della libertà dell'alto mare: in virtù di tale criterio, storicamente risalente al XVII secolo, ogni Stato è libero di esercitare, tra le altre, la libertà della navigazione, assoggettando alla propria giurisdizione solo le navi che

---

<sup>66</sup> Per altri casi di giurisdizione penale universale cfr. Angela Del Vecchio, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, 2009.

abbiano un criterio di collegamento diretto con esso, quello della nazionalità della bandiera.

### ***2.3. La controversia internazionale tra Italia e India: prospettive di soluzione***

Dopo aver approfondito i criteri di riparto della giurisdizione nei vari ambiti territoriali, appare opportuno procedere all'analisi critica delle sentenze emanate dalle giurisdizione indiane, che sono alla base dell'attuale crisi diplomatica vigente tra i governi italiano e indiano, in particolare con riferimento alla soluzione della questione inerente al riparto giurisdizionale di competenza.

#### *La sentenza dell'Alta Corte del Kerala*

Nella pronuncia resa in data 29/05/2012, l'Alta Corte del Kerala si è espressa sulle due questioni di carattere pregiudiziale, presentate dai ricorrenti Latorre, Girone e dal Governo italiano, concernenti l'individuazione dello Stato legittimato all'esercizio della giurisdizione in zona contigua/ZEE indiana per il fatto commesso a bordo di nave italiana e l'accertamento della sussistenza dell'immunità sovrana dalla giurisdizione straniera in favore dei due militari.

Tralasciando quest'ultima, che si avrà modo di affrontare nel successivo capitolo, si procederà all'analisi critica delle motivazioni addotte dalla Corte per giustificare il riconoscimento della potestà giurisdizionale in favore del Governo indiano.

Il giudice, dopo aver ricostruito in via preliminare le vicende fattuali da cui è scaturita la controversia, procede a verificare l'applicabilità della legislazione nazionale indiana alla controversia, localizzando il punto dell'incidente ad una distanza di 20,5/22,5 miglia nautiche dalla costa indiana, pertanto nella zona contigua del *forum State*.

In virtù di una notifica emanata dal Governo nel 1981, in ossequio alle disposizioni della normativa del 1976 denominata "*Territorial Waters*,

*Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act*” (d’ora in avanti “*Maritime Zones Act*”), l’India ha esteso unilateralmente l’applicabilità del proprio codice penale e di procedura penale alla propria zona contigua, alla ZEE e alla piattaforma continentale, di fatto equiparandole, con riferimento al regime giuridico ivi applicabile, al proprio territorio<sup>67</sup>.

Il difetto di tale impostazione appare manifestamente non conforme allo stato attuale del diritto internazionale consuetudinario e, soprattutto, pattizio che vincolano l’India stessa.

L’incompatibilità è innanzitutto evidente con riferimento alle disposizioni della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, il cui articolo 27 dispone che “una parte non [possa] invocare le disposizioni della propria legislazione interna per giustificare la mancata esecuzione di un trattato”: essendo l’India parte sia del trattato del 1969 che della Convenzione UNCLOS, essa non potrebbe operare unilateralmente una modifica del regime giuridico applicabile alla propria ZEE, che sia in contrasto con le disposizioni pattizie cui essa si è vincolata.

In subordine, in virtù delle norme sancite dalla Convenzione di Montego Bay, firmata e ratificata in una fase successiva (1995), sia all’emanazione del “*Maritime Zones Act*” che alla notifica unilaterale del 1981.

L’India, anche laddove volesse giustificare la primazia della propria legislazione interna, in virtù della mancata adozione di un provvedimento interno di recepimento della Convenzione da parte del proprio Parlamento, disconoscendo di fatto la primazia dell’ordinamento giuridico internazionale da un punto di vista gerarchico<sup>68</sup>, si dovrebbe comunque ritenere vincolata alla stessa UNCLOS in virtù dell’espressione di volontà, manifestata a livello internazionale in sede di sottoscrizione del trattato, di volersi vincolare al rispetto di una *lex posterior*, derogante la precedente norma interna, qualora in contrasto con quest’ultima, a pena di commissione di un illecito internazionale.

---

<sup>67</sup> Cfr. Sentenza dell’Alta Corte del Kerala al §22: “(...) in relation to an incident that occurs in the CZ/EEZ of India, the provisions of IPC and CrPC would be applicable, as if it occurred within the territory of India.”

<sup>68</sup> Posizione condivisa da tutti quegli Stati, cd. “dualisti”, che nei rapporti diritto interno/diritto internazionale non accettano forme di gerarchizzazione a favore del secondo, optando per un rigido parallelismo tra i due, considerati come ordinamenti distinti in grado di “comunicare” fra loro per mezzo di atti interni, adottati dal Parlamento, che “inglobano” nel sistema le norme di diritto internazionale cui lo Stato dichiara di volersi vincolare.

Con riferimento all'applicabilità del diritto internazionale, il giudice affronta la questione della compatibilità tra la normativa interna e quella convenzionale UNCLOS, ritenendo che da una lettura del combinato disposto degli articoli 33 e 56 par.2, si evinca un diritto per lo Stato costiero di agire, nell'esercizio delle prerogative sovrane e doveri sanciti dal trattato, compatibilmente con le previsioni dello stesso e, conseguentemente, non si possa ritenere incompatibile con queste ultime la legislazione indiana.

L'Alta Corte giustifica infatti *a contrario* che negare il diritto dello Stato costiero di agire in protezione dei propri concittadini nell'esercizio di prerogative legittime all'interno della zona contigua/ZEE dello stesso costituirebbe “*a total travesty of justice and an outrageous affront to the nation's sovereignty*”<sup>69</sup>.

Questo perché, a detta della stessa corte, “consentire a qualsiasi nave di passaggio di sparare e uccidere, a proprio piacimento, dei pescatori impegnati a procacciarsi da vivere e poi sfuggire alle proprie responsabilità solamente in base alla giustificazione che il fatto si fosse verificato al di là del mare territoriale, costituirebbe un *grossly unjust precedent*, contrario a qualsiasi principio di diritto”.

Tralasciando le evidenti carenze di oggettività ed imparzialità di giudizio espresse dalla Corte, sembra sfuggire la logicità del ragionamento condotto dal giudice: con una sola considerazione esso sembra attingere argomentazioni da ambiti diversi e confonderle tra loro.

Mal si legano infatti l'articolo 56 par.2 (che fa riferimento ai diritti, giurisdizione e obblighi dello Stato costiero nella propria ZEE, non facendosi esplicito riferimento alla giurisdizione penale) e le considerazioni di salvaguardia dell'ordine pubblico cui fa riferimento la Corte, in quanto la norma internazionale non ne preclude l'applicabilità.

L'Alta Corte inoltre ritiene consistente la pretesa indiana di giudicare i due militari, sulla base dell'applicazione al caso di specie dei principi della “personalità passiva” e della “territorialità oggettiva”.

In base al primo, ogni Stato ha un “diritto perfetto” di proteggere i propri connazionali all'estero e, qualora gli stessi siano vittime di un reato commesso

---

<sup>69</sup> Cfr. sentenza Alta Corte del Kerala, §33.

fuori dal proprio territorio, in carenza di punibilità (per mancanza di volontà o impossibilità a giudicare il reo) da parte dello Stato del *locus commissi delicti*, sarebbe legittimato a sostituirsi quest'ultimo, a condizione che il responsabile ricada nella propria sfera di sovranità (es. presenza del reo sul territorio dello Stato "offeso").

Il suddetto principio, come si è avuto modo di evidenziare precedentemente, appare di difficile applicabilità vista la scarsa diffusione che esso incontra nella prassi. Anche qualora se ne dovesse accettare la validità, sembra difficile giustificare l'applicabilità, dal momento che il fatto risulta essere intervenuto in una zona di mare sottoposta a sovranità funzionale dello Stato costiero, su una barca battente bandiera indiana, al quale si pretende di applicare la legislazione interna sulla base di un'estensione unilaterale della propria sfera di *imperium*, azione che equipara il fatto accaduto nella ZEE a territorio indiano<sup>70</sup>.

L'applicabilità del secondo criterio, quello della "territorialità oggettiva" appare invece più ragionevole, dal momento che il suddetto principio si applica qualora il reato sia cominciato nel territorio di uno Stato, ma sia consumato in uno Stato diverso in cui si siano prodotte le conseguenze gravemente dannose.

Resta il fatto che la contestuale applicabilità dei due principi è impossibile dal momento che l'uno esclude l'altro: una delle tante contraddizioni in cui incorre l'organo giudicante nell'arco della ricostruzione giuridica effettuata con la sentenza che va a detrimento dell'imparzialità e obiettività del suo operato.

Infine il giudice valuta l'applicabilità dell'articolo 97 UNCLOS alla fattispecie, punto focale dell'impianto difensivo elaborato dai legali di parte italiana per giustificare il riconoscimento della pretesa di ricondurre la vicenda nella sfera di competenza di un giudice nazionale, escludendone l'applicabilità.

Si sostiene infatti che l'inciso "incidente di navigazione", non essendone chiarito il significato in alcuna disposizione della convenzione stessa, e interpretato nell'accezione comune, si riferirebbe a qualcosa di inaspettato o non previsto, avente una qualche forma di "impatto sulla navigazione".

A detta dell'Alta Corte invece, il caso concreto non presenterebbe alcuna delle suddette caratteristiche, dal momento che "aprire il fuoco, unilateralmente, verso

---

<sup>70</sup> Cfr. *supra* nota 67.

un peschereccio distanziato di 200 metri con a bordo pescatori disarmati, la maggior parte dei quali dormivano, difficilmente potrebbe essere definito incidente di navigazione. Si tratta di una sparatoria contro dei pescatori”<sup>71</sup>.

Nella ricostruzione operata dal giudice, i militari non avrebbero agito in legittima difesa, in quanto il giudice ha ritenuto insussistenti i presupposti fattuali per qualificare il fatto alla stregua di pirateria così come definita dall’articolo 101 UNCLOS in tema di pirateria: non essendoci stato abbordo da parte del peschereccio, essendosi avvicinato al massimo a circa 200 metri dalla petroliera italiana, l’uso della legittima difesa a scopo di pirateria risulterebbe insussistente oltre che sproporzionato e in ogni caso contrario alle direttive emanate dall’IMO in materia di protezione dei navigli commerciali ad opera di PCASP (la Corte parrebbe considerare i due militari alla stregua di *contractors* privati) che a tal proposito si richiama all’uso della forza armata come strumento di autodifesa o di difesa di altri individui volto ad evitare un’imminente minaccia alla vita o all’incolumità personale, o al fine di prevenire la commissione di crimini particolarmente gravi che importino un grave pericolo per la vita.

Il risultato di escludere l’applicabilità dell’articolo 97 alla fattispecie appare condivisibile, ma per una serie di ragioni differenti che verranno esposte di seguito.

### La sentenza della Corte Suprema Indiana

In data 18 Gennaio 2013, la Corte Suprema Indiana, massima istanza giurisdizionale del paese, ha emanato una sentenza a seguito del ricorso presentato dal Governo italiano congiuntamente con quello dei due marò, in cui si proponeva il rigetto delle conclusioni adottate dall’Alta Corte del Kerala, e quindi di dichiarare l’incompetenza a giudicare da parte dei tribunali dello Stato federato, accogliendo la richiesta italiana volta ad accertare la sussistenza della giurisdizione in favore dello Stato italiano, nonché l’esistenza dell’immunità funzionale in favore dei due militari, coinvolti nell’incidente a causa e nell’esercizio delle loro funzioni, riconducibili allo Stato di invio.

---

<sup>71</sup> Cfr. §26 della sentenza.

In primo luogo, la Suprema Corte ha accolto le istanze di parte italiana, censurando la competenza dello stato del Kerala a processare i due militari, in ossequio alle disposizioni normative interne e del diritto internazionale: nel primo caso la carenza di giurisdizione territoriale dello stato federato è giustificata dalle norme costituzionali indiane che assoggettano alla potestà esclusiva dello Stato centrale le zone marittime diverse dal mare territoriale.

In subordine, trattandosi di militari della Marina Militare Italiana, su cui l'Italia ha fin dalle origini rivendicato il proprio diritto di giudicarli, la Corte ha ritenuto che la controversia rivestisse caratteristiche di natura intergovernativa e data l'evidente carenza di soggettività internazionale dello stato federato, non potesse che affidarsi la questione alle autorità centrali.

Tuttavia, dopo aver estromesso dalla controversia il Kerala, il giudice di New Delhi non ha ritenuto incompatibili le disposizioni della Convenzione di Montego Bay, in particolare gli articoli 33 e 56 ss., con le norme interne indiane che, in virtù del MZA del 1976 e nella notificazione unilaterale del 1981, si devono dunque ritenere pienamente applicabili alla fattispecie in quanto “*in harmony with and not in conflict*”<sup>72</sup> e tale *dictum* rimarrà inattaccabile “finché non sia provata la necessità di applicare alla controversia le disposizioni dell'articolo 100 UNCLOS”<sup>73</sup>.

Data la particolare natura intergovernativa della controversia, la Corte ha disposto l'istituzione di una *Special Court* con sede a New Delhi, deputata ad analizzare le eventuali questioni che i ricorrenti dovessero ripresentare, con l'appoggio dei necessari elementi probatori, inerenti sia alla giurisdizione che all'immunità funzionale, essendosi pronunciata la Suprema Corte solo in via pregiudiziale.

La formula “aperta” con cui la Corte ha risolto le questioni presentate dai ricorrenti lascia spazio ad una serie di perplessità, prima fra tutte il richiamo all'articolo 100 UNCLOS, ove si fa riferimento ad un generico dovere di cooperazione fra gli Stati nella repressione della pirateria in alto mare e in qualsiasi altro luogo non sottoposto alla giurisdizione esclusiva di alcuno Stato.

---

<sup>72</sup> Cfr. sentenza Suprema Corte Indiana, §92.

<sup>73</sup> *Ibidem* §101.



Ci si potrebbe domandare il motivo di un tale richiamo alla suddetta norma, ipotizzando che la Corte, in tal modo, abbia voluto subordinare ad un successivo accertamento probatorio, da svolgersi dinanzi alla *Special Court*, l'eventuale applicabilità di un principio di giurisdizione differente da quello cui si è fatto concretamente riferimento nella sentenza (giurisdizione esclusiva dello Stato costiero): quello della *concurrent jurisdiction*.

Ad avviso di chi scrive, peraltro, la questione della giurisdizione concorrente si pone in ogni caso *a priori*, rispetto ad eventuali e ulteriori accertamenti probatori (il cui ruolo, ad avviso della Corte Suprema, sembrerebbe quello di dover evidenziare che il contesto in cui si è svolto l'incidente fosse sussumibile nella fattispecie di pirateria *ex art.101 UNCLOS*), per tutta una serie di motivi che si avrà cura di esporre di seguito e che possono ricondursi all'analisi della natura giuridica della zona contigua/ZEE e ad un'interpretazione, restrittiva, dell'articolo 97 UNCLOS.

Posto che il fatto si sia effettivamente svolto a 20,5/22,5 miglia dalle coste indiane, quindi in zona contigua/ZEE, ad esso andranno applicate le disposizioni convenzionali richiamate precedentemente, vale a dire gli articoli 33 e 56 ss. UNCLOS, lette in combinato disposto con gli articoli inerenti alla Parte VII, vale a dire l'alto mare.

Com'è noto, la natura giuridica delle suddette zone marittime è comunemente<sup>74</sup> ricondotta ad un approccio "funzionalizzato" delle stesse: si tratta di aree marittime in cui lo Stato costiero potrebbe esercitare solo quei poteri esplicitamente previsti dalle disposizioni convenzionali, o ad essi funzionalmente riconnessi.

La natura di "zona grigia" della ZEE, in cui la zona contigua è ricompresa, la rende *tertium genus* sia rispetto alle acque territoriali, che all'alto mare, riconoscendosi al *coastal State* quei poteri di sfruttamento economico delle risorse

---

<sup>74</sup> Cfr. tra gli altri Del Vecchio, *Zona Economica Esclusiva e stati costieri*, 1984; Orrego Vicuña, *The Exclusive Economic Zone*, 1989; Dupuy & Vignes, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, 1985; Lupinacci, *The Legal Status of the Exclusive Economic Zone in the 1982 Convention on the Law of the Sea*, in Orrego Vicuña (ed.): *The Exclusive Economic Zone: a Latin American Perspective*, 1984.

bio-minerali presenti nell'area e di esercizio della *jurisdiction* finalizzata a preservarne il carattere esclusivo rispetto alle pretese di tutti gli altri Stati<sup>75</sup>.

Tuttavia ciò non comporta che *qualsiasi* potere spetti in capo allo Stato costiero, ragion per cui le Alte parti contraenti, decisero di affidare alla formula compromissoria dell'articolo 59, la soluzione di tutte le eventuali controversie che fossero sorte tra gli Stati quando la Convenzione non avesse attribuito diritti o potestà né allo Stato costiero, né agli altri Stati. È attraverso tale "regola residuale", volta alla ricerca della soluzione ad una controversia attraverso l'equità e il perseguimento del compromesso tra gli interessi degli Stati coinvolti, ma anche della comunità internazionale nel suo complesso, che deve ricercarsi la soluzione al problema.

Qualora invece si volesse interpretare -in base ad una lettura combinata delle norme in materia di ZEE e quelle in tema di alto mare, richiamate dall'articolo 58 con riferimento alle libertà *ex art.87 ss.*- la natura giuridica della ZEE alla stregua di "zona di alto mare residuale" in cui si applica la disciplina della Parte VII per tutto ciò che non rientra nella nozione "funzionale" prevista per la ZEE, si propenderebbe per l'accoglimento della teoria della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera.

Il problema di tale impostazione, parrebbe risiedere nell'ampiezza della formula, che la rende poco adattabile al caso concreto.

Si deve infatti ritenere corretto attribuire la competenza giurisdizionale allo Stato della bandiera, per le questioni inerenti alla navigazione e a quanto avvenga a bordo della stessa<sup>76</sup>.

Tuttavia, se si ritiene che le imbarcazioni situate in acque internazionali, siano esse zona contigua o ZEE o alto mare, costituiscano "territorio fluttuante" e che la *ratio* del principio della giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera sia quella di impedire l'indebita ingerenza da parte di Stati terzi all'infuori del proprio territorio e nei riguardi del territorio di altri, si deve riconoscere che una

---

<sup>75</sup> Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ampia regolamentazione prevista in tema di pesca, costruzioni ed installazioni artificiali, ricerca scientifica.

<sup>76</sup> Tale ipotesi appare ancor più valida se inquadrata nello spirito della Convenzione, desumibile anche da una lettura congiunta con l'articolo 27 che, pur riferendosi alla diversa casistica del crimine commesso a bordo di nave straniera presente nelle acque territoriali, non legittima l'intervento dello Stato costiero, che non "dovrebbe esercitare la propria giurisdizione a bordo della nave straniera", se non nei casi previsti alle lettere (a)/(d) dell'articolo stesso.

fattispecie come quella in concreto analizzata, uno sparo da un “territorio” che comporta la morte di soggetti situati in un altro “territorio”, comportante di per sé una plurioffensività, difficilmente si possa risolvere con l’applicazione di un principio come quello della giurisdizione esclusiva di un solo Stato, nella specie quello di bandiera.

Il “*locus commissi delicti*” è infatti duplice: si potrebbe prendere in considerazione sia il luogo in cui si è prodotta la condotta dannosa (e sarebbe dunque competente l’Italia), ma altresì può dirsi per il luogo in cui si produce l’evento dannoso (ragione per la quale l’India rivendica, giustamente, la propria giurisdizione). Si tratta di una fattispecie che nella sua essenza comporta un concorso di giurisdizioni equamente competenti: resta da stabilire quale tra le due debba essere considerata prevalente, ragion per cui appare opportuna la risoluzione della controversia, nell’ambito dei meccanismi giurisdizionali internazionali a disposizione delle parti, che verranno analizzati più approfonditamente nel quarto capitolo.

Ecco perché tale soluzione, a livello teorico, sembra essere quella più ragionevole, seppur con le sue deficienze strutturali che dovranno essere vagliate alla luce delle risultanze probatorie processuali.

Un elemento della fattispecie, peraltro, potrebbe dar luogo ad un esito favorevole alla pretesa giurisdizionale italiana: dai rapporti di polizia della guardia costiera indiana, non contestati dal governo indiano, emergerebbe come il peschereccio St. Anthony, non battesse alcuna bandiera al momento dell’incidente, e che tale imbarcazione non fosse registrata ai sensi del “*Merchant Shipping Act*” del 1958, norma istitutiva del registro per le imbarcazioni battenti bandiera indiana.

L’Italia ha fondato le proprie argomentazioni, tra le altre cose, proprio su questo elemento fattuale, per giustificare la reazione del NMP a bordo dell’Enrica Lexie, che da questo dettaglio avrebbero desunto di trovarsi nel mezzo di un attacco pirata.

Vista l’assenza di una bandiera a testimoniare la nazionalità della nave (elemento presuntivo molto forte del manifestarsi di un episodio di pirateria) unitamente al fatto che il peschereccio, nonostante la messa in atto di tutte le procedure preventive (segnalazioni luminose e acustiche, spari di avvertimento) si fosse

avvicinato repentinamente alla petroliera italiana (portatosi a circa 100/200 metri dall'imbarcazione), il NMP si è visto costretto a sparare in direzione dell'imbarcazione, che ha poi invertito la rotta<sup>77</sup>.

L'India, pur ritenendo ininfluyente il punto, ha motivato che l'assenza di una bandiera esposta al momento dell'incidente e la mancata registrazione del peschereccio nell'MSA del 1958, fosse dovuta a due ragioni: trattandosi di un mezzo molto modesto, destinato alla navigazione nelle acque territoriali dello Stato costiero, la sua registrazione era sottoposta ad una legislazione differente (il registro imbarcazioni era quello dello Stato federato del Tamil Nadu).

In ogni caso però, in virtù dell'estensione operata dal MZA del 1976, il peschereccio, pur non navigando nelle acque territoriali, ma nella zona contigua indiana, era da considerarsi comunque sottoposto alla legislazione nazionale e quindi, indipendentemente dall'esposizione di una bandiera, si trattava a tutti gli effetti di "territorio fluttuante" indiano.

La debolezza delle posizioni Indiane con riferimento all'ultimo punto appare auto evidente: come già visto, l'estensione unilaterale dell'applicazione della normativa interna a zone di interesse internazionale, disciplinate dalla convenzione UNCLOS, appare illegittima oltre che priva di effetto.

Se si accettasse, per ipotesi, la giurisdizione concorrente in alto mare, in virtù dei principi, ritenuti ancora validi dal governo italiano, enunciati dalla giurisprudenza "Lotus", in materia di atti illeciti che producono effetti sul "territorio fluttuante" (principio della territorialità oggettiva) di un altro Stato, l'assenza di una bandiera potrebbe far strada all'ipotesi dell'inesistenza di una nazionalità qualsiasi in favore del St. Anthony, che così perderebbe ogni forma di protezione da parte dello Stato di bandiera.

---

<sup>77</sup> Nonostante le perizie balistiche operate dalla polizia indiana all'indomani dell'incidente (alcune delle quali alla presenza in qualità di osservatori di alcuni Carabinieri del ROS) non siano in grado di definire con la massima certezza l'esatta dinamica degli eventi, appare interessante leggere le risultanze di un rapporto, redatto per conto della Marina Militare Italiana da parte dell'ammiraglio Piroli, da cui sarebbe stata riscontrata la presenza di due proiettili nei corpi dei pescatori morti, il cui numero seriale apparterebbe ai fucili di altri componenti il NMP a bordo della Lexie.

Il contenuto, a titolo riassuntivo è riportato dal quotidiano "Repubblica" del 06/03/2013 e reperibile al sito:

[http://www.repubblica.it/esteri/2013/04/06/news/mar\\_la\\_verit\\_degli\\_italiani\\_su\\_quei\\_33\\_minuti\\_il\\_giallo\\_i\\_fucili\\_erano\\_quelli\\_di\\_altri\\_soldati-56043636/](http://www.repubblica.it/esteri/2013/04/06/news/mar_la_verit_degli_italiani_su_quei_33_minuti_il_giallo_i_fucili_erano_quelli_di_altri_soldati-56043636/)

Peraltro ci si potrebbe domandare se la mancata esposizione della bandiera, nelle acque diverse da quelle del mare territoriale, non possa, di per sé e automaticamente, comportare l'assenza di nazionalità della nave e se pertanto non sia possibile equipararla a *res nullius*, non considerandola "territorio altrui" e dunque non facendo applicazione del criterio della territorialità oggettiva, come vigente nella giurisprudenza Lotus.

Si è visto in precedenza come, in accordo con l'UNCLOS, la *ratio* dell'istituto giuridico della bandiera, risiede nel fatto che è in base ad essa che viene ad istituirsi quel legame giuridico fondamentale tra l'imbarcazione e lo Stato di immatricolazione. Tale *genuine link*, permette allo Stato un esercizio della propria giurisdizione sovrana sulla nave, e impedisce agli altri soggetti statali di estendere la propria su quello che viene considerato, a tutti gli effetti, "territorio altrui".

Dalle disposizioni di cui all'articolo 92, paragrafo 2, si desume, ma solo implicitamente, che la nave priva di bandiera, così come quella battente due o più bandiere a seconda della convenienza, sia assimilabile ad una nave priva di nazionalità.

L'unica conseguenza esplicita alla mancanza della nazionalità, è indicata all'articolo 110 paragrafo 1(d), ove si prevede una causa legittimante l'esercizio di una delle deroghe al principio della libertà di navigazione dell'alto mare, vale a dire il "diritto di visita" da parte di una nave da guerra.

Peraltro il dato normativo appare chiaro: l'intera convenzione fa riferimento al concetto di "battere bandiera", simbolo esteriore di una sovranità che viene concessa, ai sensi dell'articolo 91, alle condizioni stabilite da ogni Stato, e "comunicata", esternandola, agli Stati terzi nell'alto mare.

Si potrebbe dunque ipotizzare che, vista l'autonomia di cui gli Stati godono in materia di concessione della propria nazionalità, delle regole di immatricolazione nel proprio territorio, e del diritto di battere bandiera, tale prerogativa rientri nell'ambito di quel dominio riservato al riparo dalle ingerenze esterne di cui gode uno Stato sovrano: il fatto che la nazionalità della nave non sia esternata tramite l'apposizione di un simbolo, quale quello della bandiera, non comporterebbe di per sé che lo Stato non abbia acconsentito alla concessione della propria

nazionalità, né tanto meno che la nave non sia sottoposta a delle regolamentazioni nazionali.

Ben potrebbe verificarsi, infatti, il caso diametralmente opposto di chi esponga sulla propria imbarcazione, la bandiera di uno Stato dal quale non abbia ottenuto le autorizzazioni previste dalla normativa interna: ciò non comporterebbe comunque l'attribuzione *ex se* di una qualche forma di nazionalità, in capo alla nave battente bandiera fasulla.

In assenza di un regime omogeneo a livello internazionale, che stabilisca degli standard in tema di "concessione della bandiera", appare discutibile l'ipotesi di qualificare come "territorio di nessuno" una nave che non esponga la bandiera nelle acque internazionali.

Una delle obiezioni plausibili a tale ipotesi, sarebbe costituita dal fatto che il peschereccio, proprio in virtù delle specificità derivanti dalla sua destinazione d'uso, nonché dalle piccole dimensioni, che ne avevano comportato la registrazione nella parte "speciale" dell'MSA e che ne limitavano la navigazione alle sole acque territoriali (giustificando così l'assenza di bandiera esposta), non si sarebbe dovuto trovare a 20,5/22,5 miglia dalla costa, e che per tale motivo la disciplina nazionale indiana non si applicherebbe, avendo lo stesso peschereccio "perso" la propria nazionalità nel passaggio dalle acque territoriali (ove vige il regime dello Stato costiero) a quelle extraterritoriali.

Tuttavia appare arduo ipotizzare che il solo fatto di trovarsi in una zona extraterritoriale, sia di per sé causa automatica di revoca della nazionalità, visto che le condizioni in relazione alla concessione della nazionalità, delle regole di immatricolazione e del diritto di battere bandiera dello Stato, sono stabilite in piena autonomia dallo stesso, essendo materia di dominio riservato sancita dall'articolo 91 UNCLOS.

Ad opinione di chi scrive dunque, si potrebbe validamente sostenere l'ipotesi che, con riferimento al caso in cui un fatto illecito, purché non incluso nelle fattispecie di "abbordo e incidenti di navigazione" *ex art.97*, sia commesso nell'alto mare o in acque internazionali (includendovi dunque anche la ZEE per le ragioni esposte in precedenza), a bordo di una nave e produttivo di effetti illegittimi nei confronti di un'altra nave, si possa palesare una circostanza di giurisdizione concorrente:

dello Stato sul cui “territorio fluttuante” sia stato consumato il fatto illecito nonché dello Stato sul cui “territorio fluttuante” si sia prodotto l’evento dannoso. Giurisdizione, che in caso di controversia, dovrà determinarsi, ai sensi dell’articolo 59, alla luce dell’equità e del contemperamento degli interessi degli Stati coinvolti nella controversia e di quelli della comunità internazionale nel suo complesso.

Resta da chiarire la questione inerente all’interpretazione che deve farsi dell’articolo 97 UNCLOS, vero e proprio cuore della questione.

Tale norma riproduce sostanzialmente il contenuto dell’articolo 11 della II Convenzione di Ginevra del 1958, che già all’epoca della sua precedente formulazione, aveva codificato un principio che per lungo tempo era stato messo in discussione da parte della dottrina e della giurisprudenza “*Lotus*”: la giurisdizione penale dello Stato di bandiera della nave responsabile dell’incidente, in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione.

É previsto, infatti, che nei suddetti casi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell’equipaggio della nave che abbia causato l’incidente, sia da stabilire dinanzi alle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza. In ogni caso, 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.

La necessità di chiarire e rendere esplicita la titolarità della competenza giurisdizionale penale in favore dello Stato di bandiera, nella formulazione di una norma che è senza dubbio tra le più esplicite della Convenzione, trae origine da una discussa sentenza, emanata dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel 1927.

Il caso verteva su una collisione avvenuta in acque internazionali tra due imbarcazioni, una di nazionalità francese (il *Lotus*) e una turca (il *Boz-Kourt*), che aveva cagionato la morte di 8 marinai turchi a bordo di quest’ultima.

In seguito all’espletamento, da parte delle autorità turche, di un procedimento penale di condanna per omicidio colposo a carico del luogotenente del *Lotus*, cittadino francese, il Governo transalpino, convenne con quello Turco la

stipulazione di un compromesso arbitrale, con cui si decise di deferire la controversia alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale.

La Francia, in particolare, accusava la Turchia di aver violato le norme di diritto internazionale relative all'esercizio della giurisdizione da parte degli Stati, che secondo le argomentazioni del Governo, sarebbe spettata allo Stato della bandiera, essendosi verificato l'incidente in acque internazionali.

La Turchia d'altro canto, sosteneva la legittimità della propria condotta, in virtù del principio secondo cui l'evento si era consumato a bordo di una nave turca, considerata in virtù del diritto consuetudinario come "territorio fluttuante", nonché a danno di cittadini turchi.

La Corte, cui vennero sottoposte due specifiche richieste<sup>78</sup>, affermò dunque che per quanto

---

<sup>78</sup> *In primis* accertare e dichiarare l'incompatibilità della legislazione turca (espressione del principio della personalità passiva e di quello di territorialità oggettiva con cui si era originato un procedimento penale a carico di un cittadino straniero) con i principi generali del diritto internazionale consuetudinario, richiamati in virtù dell'articolo 15 della Convenzione di Losanna del 24/07/1923, relativa all'esercizio della competenza giudiziaria da parte degli Stati; in subordine, qualora fosse stata affermata la responsabilità dello Stato turco, quantificare il risarcimento dei danni dovuti al luogotenente francese a seguito dell'illegittima condanna e detenzione nelle prigioni turche.

Essa sviluppò l'analisi partendo dal concetto di "principi di diritto internazionale", vale a dire "il diritto che regola i rapporti tra Stati indipendenti", in vigore tra tutte le Nazioni facenti parte della comunità internazionale e originato da una volontà esplicitata in convenzioni o in usi accettati generalmente come "consacranti principi di diritto e stabiliti al fine di regolare la coesistenza di tali comunità indipendenti o al fine di perseguire scopi comuni".

Da tale nozione doveva trarsi dunque l'idea di un diritto come "strumento di compressione" degli spazi di libertà di cui altrimenti godrebbero tutti gli Stati in virtù della propria sovranità ed effettività politica.

La Corte riconobbe l'esistenza, nel diritto internazionale, di una limitazione primordiale, salvo regole permissive contrarie, "ad ogni esercizio del potere sul territorio di un altro Stato", osservando dunque come la giurisdizione fosse "essenzialmente territoriale", non potendo essere esercitata al di fuori del territorio, se non in virtù di una regola permissiva derivante dal diritto consuetudinario o da una convenzione internazionale. Tuttavia, proseguì nel suo ragionamento affermando come dall'analisi della giurisprudenza nazionale di molti Stati, si potesse desumere la prassi in base alla quale "i tribunali di molti paesi, persino di paesi che da[va]no alla loro legislazione penale un carattere strettamente territoriale, [la interpretassero] nel senso che i delitti, i cui autori al momento dell'atto delittuoso si [fossero trovati] sul territorio di un altro Stato, d[ovessero] nondimeno essere considerati come commessi sul territorio nazionale se è qui che si [fossero] prodotti uno degli elementi costitutivi del delitto e soprattutto i suoi effetti".

Dal momento che gli effetti della collisione si erano prodotti sulla nave turca e che la Turchia aveva fatto applicazione dei suddetti criteri, era impossibile sostenere l'esistenza di una norma di diritto internazionale proibente alla Turchia di svolgere procedimenti penali contro il luogotenente francese, per il solo fatto che esso si trovasse, al momento della consumazione del delitto, sulla nave francese, vale a dire Stato estero.



*“il principio della libertà dell’alto mare [avesse] per conseguenza che la nave in alto mare [fosse] assimilata al territorio dello Stato di cui batte la bandiera, poiché, come nel territorio, tale Stato vi fa valere la sua autorità e nessun altro Stato può esercitarvi la sua”, fosse altrettanto vero che un atto delittuoso commesso su una nave in alto mare, produttivo di effetti su una nave battente bandiera straniera o su un territorio straniero, comportasse l’applicazione degli stessi principi, come se si fosse trattato di territori di Stati diversi<sup>79</sup>, dovendosi constatare come “nessuna regola di diritto internazionale [proibisse] allo Stato di appartenenza della nave in cui gli effetti del delitto si [fossero] manifestati, di considerare tale delitto come se fosse stato commesso nel suo territorio e di svolgere procedimenti penali contro il reo”.*

La constatazione secondo cui, dunque, il caso di specie si presentasse come uno di quegli ambiti di giurisdizione concorrente di due Stati posti in posizione di equivalenza, faceva in modo di rendere non contrastante con alcuna regola di diritto internazionale consuetudinario, il comportamento tenuto dallo Stato turco, che pertanto ottenne legittimazione per il proprio operato.

Dalle considerazioni della Corte, secondo cui “solo la dimostrazione dell’esistenza di una regola di diritto internazionale consuetudinario che [avesse stabilito] la competenza esclusiva dello Stato della bandiera” avrebbe potuto superare le conclusioni raggiunte dai giudici dell’Aja, si trasse lo spunto per la

---

Alle repliche del Governo Francese, che sosteneva l’esclusività della competenza giurisdizionale dello Stato di bandiera, per tutto quanto si fosse verificato a bordo del mercantile nell’alto mare, la Corte precisò che “in virtù del principio dell’alto mare, cioè l’assenza di ogni sovranità territoriale in alto mare, nessuno Stato [potesse] esercitarvi atti di giurisdizione di qualsiasi tipo su navi straniere”, ma da ciò non scaturiva un divieto assoluto per uno Stato “di esercitare, nel suo territorio, una giurisdizione su atti che [fossero] stati compiuti a bordo di una nave straniera in alto mare”, implicitamente intendendo che, in virtù dell’ingresso da parte del Lotus nel porto di Istanbul, nulla vietasse alle autorità turche di esercitare le prerogative sovrane dello Stato costiero, anche se nei confronti di navi o cittadini stranieri.

Il principio della libertà dell’alto mare, si esauriva dunque al mutare delle circostanze fattuali: fungeva da ostacolo all’intervento di navi straniere nei confronti di altre navi durante la permanenza in alto mare, ma non vigeva più nel momento in cui i mercantili fossero rientrati nell’ambito di competenza territoriale dello Stato costiero.

<sup>79</sup> Cioè come accade nel caso di scuola in cui un colpo di pistola sparato al di là della frontiera di due Stati, vada a colpire, uccidendolo, un soggetto che si trova al di qua del confine: si tratterà di un caso di giurisdizione concorrente in cui entrambi gli Stati si ritengono competenti a giudicare del delitto.

codificazione, dapprima nella II Convenzione di Ginevra del 1958, e in seguito nell'articolo 97 UNCLOS, della regola tuttora vigente che attribuisce dunque, nei casi di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione dell'alto mare, implicante la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio, la competenza giurisdizionale esclusiva in favore dello Stato della bandiera.

Resta da chiarire il significato della locuzione "qualunque altro incidente di navigazione", non esplicitato all'interno della Convenzione e di cui sono date due letture divergenti.

Quella più ampia, sostenuta anche dal governo italiano nelle fasi processuali dinanzi ai tribunali indiani, si focalizza su un'interpretazione estensiva dell'articolo 97, in combinato disposto con l'articolo 221, paragrafo 2<sup>80</sup>, laddove la locuzione "altri incidenti di navigazione", andrebbe interpretata come formula di chiusura ampia, ricomprendente qualsiasi tipo di casistica, inclusa anche la sparatoria intervenuta tra due navi con la morte di alcune persone.

In tal senso dunque andrebbe a riconoscersi la giurisdizione esclusiva in materia penale, dello Stato di bandiera della nave che abbia causato tale incidente o dello Stato di cittadinanza del comandante o dei membri dell'equipaggio responsabili di aver cagionato il danno.

Tale interpretazione però presta il fianco alla critica più diffusa, cioè quella di forzare la portata della disposizione stessa<sup>81</sup>.

Essa infatti è stata concepita in un contesto ben preciso, quello di reazione della comunità internazionale alla sentenza "Lotus" della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, che aveva evidenziato una lacuna nell'ordinamento giuridico internazionale, in materia di collisioni e incidenti di navigazione, e che pertanto si è mossa nel senso di codificare, in accordo con l'opinione favorevole della

---

<sup>80</sup> "(...) per «incidente in mare» si intende un abbordaggio, un incaglio o altro incidente di navigazione, o altro evento verificatosi a bordo o all'esterno della nave, che abbia arrecato danni materiali o comporti il pericolo imminente di danni materiali a una nave o al suo carico."

<sup>81</sup> Cfr. Brownlie, in *Principles of Public International Law*, VII ed., pag.239, che nel far riferimento alla menzione di incidenti di navigazione, riporta, a titolo esemplificativo, i casi di danneggiamento a telegrafo, telefono o cavi ad alto voltaggio e condutture sottomarine. Si vedano anche Busco e Fontanelli, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013; nonché Licata, *Diritto internazionale, immunità, giurisdizione concorrente, diritti umani: le questioni aperte nel caso dei marò e la posizione della Corte Suprema Indiana*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

Commissione di Diritto Internazionale, un principio che fosse in grado di non tener conto della pronuncia giudiziale, superandone la portata ermeneutica.

Inoltre l'articolo 221, per quanto utile a ricostruire il concetto di "incidente di navigazione", è applicabile, per espressa disposizione dell'articolo stesso ("ai fini del presente articolo"), ai soli casi di prevenzione dall'inquinamento generato da un'eventuale incidente marittimo, quindi rimanendo escluso da altri ambiti, non facendosi peraltro menzione ad eventuali persone coinvolte nell'incidente che possano essere oggetto di lesioni gravi o di morte a causa dello stesso<sup>82</sup>.

Ad opinione dello scrivente, un'interpretazione così ampia, tale da ricomprendere qualsiasi fattispecie nell'applicazione dell'articolo 97, restituirebbe all'interprete un sistema tendenzialmente sbilanciato, facendo sorgere non poche perplessità circa l'apparente carenza di giustizia sostanziale nei confronti dello Stato "vittima", che non avrebbe alcuno strumento giuridico a disposizione per potersi tutelare dalle violazioni dei propri interessi internazionali.

Se si dovesse accettare che sia intervenuta un'evoluzione della prassi interpretativa in tal senso<sup>83</sup>, l'articolo 97 (che assurgerebbe così a secondo criterio generale di giurisdizione nell'alto mare, dopo quello dello Stato della bandiera), trasformerebbe radicalmente l'intero impianto giurisdizionale della parte VII<sup>84</sup> in una sorta di "diarchia" di criteri giurisdizionali, equivalenti sul piano gerarchico, ma distinti nell'ambito applicativo.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte appare dunque più ragionevole propendere per un'interpretazione "restrittiva" della suddetta norma, alla quale si farebbe ricorso solo nei casi riconnessi a collisioni o altri incidenti di navigazione.

A questo punto dell'analisi però, appare doveroso confrontarsi con la realtà dei fatti, che è cosa ben diversa dalle ipotesi fin qui sostenute e di cui non si può

---

<sup>82</sup> Come invece è possibile riscontrare nell'art.94 ultimo comma UNCLOS, che peraltro fa riferimento al diverso contesto giuridico in cui si trovino ad operare gli Stati coinvolti in un incidente "in mare o di navigazione nell'alto mare" cagionanti la morte o lesioni di cittadini di un altro Stato, al fine di cooperare al corretto svolgimento di attività di inchiesta.

<sup>83</sup> Peraltro di ardua dimostrazione, circa la sua natura ricognitiva di una sostanziale uniformità di vedute da parte di tutte le componenti della comunità internazionale. In tal senso si vedano le perplessità espresse da Caffio e Ronzitti in *La pirateria: che fare per sconfiggerla?*, in *Osservatorio di politica internazionale*, approfondimento n.44/2012, i quali auspicano un intervento del legislatore internazionale al fine di chiarificare la portata ermeneutica di una tale norma.

<sup>84</sup> Che fino a questo momento storico appariva fondata sulla dialettica "regola generale" (giurisdizione dello Stato di bandiera) contenuta, tra le varie disposizioni, nella norma ex art.92 – "regola speciale" (limitata dall'articolo 97, ai soli casi di incidenti di navigazione).

trascurare la rilevanza, anche ai fini di una corretta ricostruzione giuridica della fattispecie. Se finora si è sostenuto e cercato di dimostrare la validità di talune ipotesi a discapito di altre, cercando di “congelare”, nell’analisi, la realtà fattuale al momento dell’incidente, senza tener conto degli avvenimenti ulteriori, non si può non tener conto degli stessi, laddove potessero aver rimesso in discussione i punti cardine cui si era fondata la costruzione giuridica evidenziata.

In virtù dell’ingresso nelle acque territoriali indiane da parte dell’Enrica Lexie prima, e successivamente, dello sbarco da parte dei militari italiani a terra, l’India si trova ad esercitare pienamente le proprie prerogative sovrane sul proprio territorio<sup>85</sup>.

Realisticamente parlando, infatti, essa beneficia di una posizione giuridica tale da poter disporre a propria discrezione delle prerogative sovrane di cui essa gode senza timori eccessivi circa eventuali ingerenze esterne sulla vicenda, in virtù della mera presenza dei presunti rei nel proprio spazio di *imperium*.

A questo va aggiunto l’atteggiamento del governo italiano, che attraverso le proprie scelte, potrebbe avvalorare la fondatezza della competenza giurisdizionale indiana, fornendo una sorta di acquiescenza all’operato di Nuova Delhi: in un primo momento ha acconsentito all’ingresso della nave nel porto di Kochi, dietro espressa richiesta da parte delle autorità indiane, e non ha opposto resistenza alla pretesa di far sbarcare i soldati.

Successivamente, a seguito del cambiamento repentino degli scenari manifestatisi all’indomani della decisione unilaterale dell’11/03/2013<sup>86</sup>, l’Italia ha fatto marcia

---

<sup>85</sup> Per quanto alcune ricostruzioni giornalistiche abbiano avallato l’ipotesi di una sorta di “inganno” da parte delle autorità indiane, che avrebbero indotto la petroliera italiana ad entrare nelle acque interne indiane con un pretesto infondato, non si dimentichi che l’India potrebbe ben avvalorare la propria posizione giuridica, facendo proprio il principio del “*bene captus, male detentus*”. Essa ritiene infatti di avere facoltà di esercitare una propria prerogativa, anche derogando al rispetto delle formalità previste per l’esercizio delle stesse chiarendo (cfr. sentenza della Corte Suprema §58) come “*laddove all’autorità esecutiva sia riconosciuto un potere in virtù di una disposizione di legge, anche se ci fosse un errore nel giustificare l’esercizio dello stesso in virtù di un diverso parametro normativo, un mero errore nel riferirsi ad un’erronea disposizione normativa, non vizierebbe l’esercizio del potere, dal momento che lo stesso esiste ex lege*”.

Il governo dell’Unione ritiene dunque che se anche l’arresto dei due marò fosse avvenuto illegittimamente, ciò non priverebbe comunque l’India del potere di giudicarli e sottoporli alla propria giurisdizione.

<sup>86</sup> Decisione con cui l’Italia decideva di non far rientrare i fucilieri di marina in India al termine del periodo di “licenza” concessa dalla Corte Suprema Indiana ai due militari, per un periodo di un mese, al fine di esercitare i propri diritti politico-elettorali.

indietro il 20 marzo, optando per la scelta di “restituire” i Marò in ossequio alle richieste della Corte Suprema e del Governo indiano, che nel frattempo aveva posto in essere una rappresaglia temporanea nei confronti dell’ambasciatore italiano, impedendogli *de facto* di lasciare il paese, ritenendolo responsabile della violazione dell’affidavit con cui lo Stato italiano si era impegnato dinanzi alla Corte al rientro dei due marò.

É proprio la scelta di “restituire” i due alla giurisdizione indiana, nonostante i limiti costituzionali interni apparentemente invalicabili (divieto di estradizione in paese ove sia comminabile la pena di morte, divieto di distoglimento dal giudice naturale precostituito per legge etc.) oltre che quelli di natura pattizia vincolanti esclusivamente l’Italia (Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950), che potrebbe indurre a ritenere che l’Italia abbia tacitamente accettato la giurisdizione delle Corti Indiane, alla luce dei fatti, correntemente competenti a valutare il caso.

Nel momento in cui l’India dovesse aderire alla posizione italiana di risoluzione della controversia dinanzi ad un’istanza giurisdizionale internazionale, la questione della giurisdizione potrebbe essere risolta nel senso prospettato dalla seconda opzione: quella della giurisdizione concorrente tra i due Stati, che pertanto si rimetterebbero al verdetto dell’organo giurisdizionale deputato, alla luce dell’equità, degli interessi delle parti e delle circostanze del caso concreto, all’individuazione della parte competente ad esercitare la propria giurisdizione sul caso.

## CAPITOLO III: L'IMMUNITÀ FUNZIONALE DEGLI ORGANI STATALI

### 3.1. Premessa

Dopo aver affrontato la questione dell'esercizio della giurisdizione con riferimento all'incidente intervenuto nella zona contigua/ZEE indiana, appare opportuno soffermarsi su un'altra questione, anch'essa di carattere pregiudiziale, venuta in rilievo a margine della controversia italo indiana: l'immunità funzionale.

In base al diritto internazionale, alcuni soggetti, in virtù del ruolo da essi ricoperto all'interno della struttura organizzativa statale (capi di Stato e di Governo, Ministri degli Esteri) o per le funzioni svolte per conto dello stesso una volta all'estero (diplomatici), godono di un trattamento particolare che garantisce loro di evitare di dover rispondere dinanzi all'autorità giurisdizionale straniera degli atti che siano compiuti in ossequio ai doveri impartiti dallo Stato d'invio e nei limiti dei poteri attribuiti loro dall'amministrazione di appartenenza.

La natura consuetudinaria di tale regola, generalmente condivisa fin dall'antichità come principio generale fondante le relazioni "interstatali" e avente ad oggetto le figure del monarca (da sempre *legibus solutus* anche in patria, fino alla nascita del costituzionalismo moderno) e dell'ambasciatore, è stata fortemente messa in discussione negli ultimi decenni, sia con riferimento al contenuto pratico da attribuire alla stessa (ambito di applicazione materiale e personale), fino ad arrivare, in taluni casi, a considerarla regola desueta, la cui ragion d'essere sarebbe venuta meno a seguito della definitiva affermazione di un principio egualitario tra tutti gli individui, tale da non giustificare alcuna forma di *lex specialis*.

Per tali ragioni una classificazione del fenomeno che sia omogenea e definitiva, nonché in larga parte condivisa, non è agevole, dato il vasto dibattito dottrinale in materia, di cui si cercherà, almeno parzialmente, di evidenziare i tratti essenziali.

In particolare, dopo aver delineato i tratti ricostruttivi della disciplina internazionalistica dell'immunità statale e di quella organica, distinta nelle diverse accezioni di immunità *ratione personae* e *ratione materiae*, si procederà all'analisi critica delle risultanze processuali delle sentenze indiane, nel tentativo di evidenziare le prospettive di soluzione del caso concreto, al fine di accertare se possano ritenersi ad esso applicabili le regole in materia di immunità funzionale, e quindi riconoscere un'esenzione giurisdizionale agli atti posti in essere dai militari imbarcati sulla petroliera battente bandiera italiana.

### **3.2. Cenni introduttivi sull'immunità**

Come evidenziato nel capitolo precedente, lo Stato moderno (cd. "westphaliano"), nell'esercizio delle prerogative sovrane di cui gode in virtù della propria esistenza quale soggetto di diritto internazionale (sovranità territoriale o *jurisdiction* secondo la terminologia adottata dalla dottrina anglosassone), è destinatario di una serie di norme consuetudinarie finalizzate alla creazione di un quadro normativo di riferimento in cui possano correttamente esplicitarsi le esigenze di ciascun attore della comunità internazionale.

Tra i capisaldi di tale costruzione giuridica figurano il principio di eguaglianza sovrana tra gli Stati e, soprattutto, di non ingerenza negli affari interni o esterni di un altro Stato, di cui le norme in tema di immunità costituiscono il corollario.

Si tratta di regole che il diritto internazionale predispone a tutela delle funzioni di governo degli Stati, attribuendo a ciascuno di essi il potere di esimersi dal sindacato giurisdizionale delle corti straniere per gli atti o le prerogative sovrane esercitate a livello territoriale o extraterritoriale.

Tradizionalmente possono distinguersi tre differenti tipologie di immunità, appartenenti a due macroaree di riferimento: l'immunità statale *strictu sensu* (spettante allo Stato in veste di soggetto autonomo del diritto internazionale e in base alla quale esso non potrà essere sottoposto al giudizio dei tribunali stranieri in relazione agli atti compiuti nell'esercizio delle proprie potestà d'imperio) e le

immunità riconosciute in favore degli individui, che a loro volta possono essere distinte in immunità personali (*ratione personae*), attribuite in favore di coloro che posseggano un determinato *status* (Capi di Stato e di Governo, Ministri degli Esteri, Diplomatici etc.) e funzionali (*ratione materiae*), applicabili agli organi e agenti dello Stato a causa delle funzioni ufficiali da essi esercitate.

Nel prosieguo dell'analisi si avrà modo di delineare, per sommi capi, le caratteristiche delle varie tipologie, dapprima con riferimento alla regola immunitaria statale, cercando di ricostruirne la *ratio*, per poi passare ad affrontare più nello specifico le questioni attinenti agli individui, con riferimento ai casi dell'immunità personale e, soprattutto, funzionale.

### **3.3. Immunità dello Stato**

#### Struttura generale e ratio operativa

L'immunità dello Stato dalla giurisdizione di cognizione delle corti straniere rappresenta una regola consuetudinaria unanimemente riconosciuta e la cui *ratio* appare individuabile nella struttura stessa della comunità internazionale<sup>87</sup>, composta da soggetti sovrani e indipendenti che si relazionano con “pari grado” e che per tale motivo necessitano di una forma di tutela che viene reciprocamente accordata, espressa nel brocardo latino “*par in parem non habet iudicium*”.

Illimitata dal punto di vista soggettivo, nel senso che qualsiasi ente che possa giuridicamente essere considerato come “Stato<sup>88</sup>” gode di tale prerogativa, è stata a lungo considerata tale anche dal punto di vista oggettivo.

---

<sup>87</sup> A tal proposito, il *Chief Justice* della Corte Suprema statunitense, Marshall, nel celeberrimo caso “*The Schooner Exchange v. McFaddon*” deciso nel 1812, che ha posto le basi per la teoria dell'immunità statale nell'ordinamento di *common law*, così definiva il concetto di “comunità internazionale”: “*The world being composed of distinct sovereignties, possessing equal rights and equal independence, whose mutual benefit is promoted by intercourse with each other, and by interchange of those goods offices which humanity dictates and its wants require, all sovereignties have consented to a relaxation in practices, in cases under certain peculiar circumstances, of that absolute and complete jurisdiction within their respective territories which sovereignty confers*”.

<sup>88</sup> Cfr. art.1 Convenzione di Montevideo del 1933, che codifica ufficialmente per la prima volta la nozione di Stato ed i suoi elementi costitutivi: popolazione permanente, territorio definito, governo effettivo e capacità di intrattenere rapporti con altri Stati.



Tuttavia, occorre evidenziare come la regola dell'immunità abbia conosciuto nel corso della sua esistenza diverse fasi di sviluppo<sup>89</sup>: inizialmente essa si è affermata nell'accezione "assoluta", vale a dire onnicomprensiva di tutte le fattispecie riconducibili all'operato Statale, ponendosi come ostacolo insormontabile per l'esercizio della giurisdizione da parte delle corti straniere.

A partire dalla fine della seconda guerra mondiale, con l'espletamento sempre più frequente da parte degli Stati di attività di carattere privatistico, non aventi alcun tipo di connessione con le prerogative sovrane, si è cominciato ad ipotizzare una visione "ristretta" dell'immunità, che andasse a ricomprendere solo quelle attività effettivamente riconducibili all'esercizio di funzioni di governo.

A tal proposito si cominciò ad operare una *distinctio* tra gli *acta jure imperii* e gli *acta jure gestionis*, ancora oggi l'ipotesi ricostruttiva più frequente: al primo ambito appartengono tutti gli atti riferibili all'espletamento di pubbliche funzioni, mentre nella seconda categoria, di carattere residuale, possono essere ricomprese tutte quelle attività che non presentino caratteristiche di "pubblicità".

La distinzione, chiara in via teorica, tende ad oscurarsi nella pratica<sup>90</sup>; il principio dell'immunità non ha riguardo alla finalità dell'azione statale, che dovrebbe essere sempre di carattere pubblicistico, quanto piuttosto alla natura dell'azione stessa: sarebbe pertanto sottoponibile alla giurisdizione di un tribunale straniero l'attività posta in essere dallo Stato avente natura obiettivamente privatistica<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. Fox, *The Law of State Immunity*, 2008, p.2 ss.

<sup>90</sup> Si prendano ad esempio i casi di intervento dello Stato, direttamente o per mezzo di enti pubblici o società a capitale misto, nei mercati borsistici azionari e obbligazionari: l'emissione di obbligazioni è infatti attività di carattere privatistico cui può far seguito, in una situazione di crisi, l'intervento diretto dello Stato.

A tal proposito, il caso dei "bond" argentini è emblematico: lo Stato sudamericano, a seguito di una forte crisi del debito sovrano, con una serie di provvedimenti legislativi emanati nel 2002, diede disposizioni circa il differimento dei pagamenti del debito contratto con i possessori dei propri titoli obbligazionari. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione Italiana ebbero modo di riconoscere l'immunità dalla giurisdizione all'Argentina, in quanto si riconobbe che pur avendo "(...) innegabile natura privatistica gli atti di emissione e di collocazione sul mercato internazionale delle obbligazioni, i successivi provvedimenti di moratoria adottati dal Governo argentino manifestano la potestà sovrana dello Stato. E ciò sia per la loro natura di leggi di bilancio (...), sia per le finalità eminentemente pubbliche, perseguite, di governo della finanza in funzione della tutela di bisogni primari di sopravvivenza economica della popolazione in un contesto storico di grave emergenza nazionale (...)" (caso "Borri c. Repubblica Argentina", ordinanza n.11225/2005).

<sup>91</sup> La giurisprudenza italiana in tal senso ha avuto modo di affermare che "(...) la norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, sulla immunità giurisdizionale degli Stati esteri e degli enti pubblici operanti nell'ordinamento internazionale (...) riguarda solo i rapporti che rimangono

Le difficoltà interpretative generate dalla suddetta distinzione tra atti *jure imperii* o *jure gestionis*, hanno spinto alcuni paesi, soprattutto quelli appartenenti al sistema di *common law*, al recepimento della regola dell'immunità ristretta nella propria legislazione interna<sup>92</sup>, attraverso il cd. "metodo della lista": si è preferito elencare specificamente l'insieme delle attività "privatistiche" per le quali lo Stato straniero non possa invocare il privilegio immunitario dinanzi ai tribunali dello Stato del foro<sup>93</sup>.

Il metodo della lista è stato inoltre recepito, sulla falsariga della prassi anglosassone, in varie convenzioni internazionali quali la Convenzione europea sull'immunità degli Stati, adottata a Basilea nel 1972 e la Convenzione di New York sull'Immunità degli Stati e dei loro beni, adottata nel 2004 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite<sup>94</sup>, al fine di codificare il diritto consuetudinario in materia di immunità dalla giurisdizione civile: con riferimento all'ultima, si prevede che ogni Stato parte, goda dell'immunità dalla giurisdizione dei tribunali di un altro Stato contraente, ad eccezione di una serie di casi elencati nella parte III del trattato stesso.

Il problema di quest'ultima impostazione appare ancor più problematico laddove, a fronte di una maggiore analiticità nella definizione di cosa costituisca atto "privatistico" non coperto da immunità sovrana, si generi una difformità di soluzioni rispetto alla prassi di paesi di *civil law*, considerazione che ha condotto parte della dottrina<sup>95</sup> ad ipotizzare il totale ribaltamento della regola immunitaria:

---

*del tutto estranei all'ordinamento interno, o perché quegli Stati o enti agiscono in altri Paesi come soggetti di diritto internazionale, o perché agiscono quali titolari di una potestà d'imperio nell'ordinamento di cui sono portatori. Se, invece, lo Stato o l'ente pubblico straniero agisca indipendentemente dal suo potere sovrano, ponendosi alla stregua di un privato cittadino, nei suoi confronti la giurisdizione dello Stato ospitante non può essere esclusa, giacché esso svolge la sua attività come soggetto dell'ordinamento dello Stato del foro –'iure privatorum'(...)" (Cassaz. S.U. n.919/96).*

<sup>92</sup> Si vedano a tal proposito lo "State Immunity Act" britannico del 1978 e il "Foreign Sovereign Immunity Act" (FSIA) statunitense del 1976.

<sup>93</sup> A titolo esemplificativo: attività commerciali e contratti da eseguirsi nello Stato del foro, azioni in risarcimento del danno a cose o persone localizzate nel foro, azioni di proprietà, partecipazione in società commerciali etc.

<sup>94</sup> La Convenzione è stata peraltro recentemente recepita nell'ordinamento italiano per mezzo della legge n.5 del 14/01/2013.

<sup>95</sup> Cfr. Luzzatto e Queirolo in *Istituzioni di Diritto Internazionale*, 2011, p.245 ss.

non più principio generale cui siano sottratti determinati ambiti in via eccezionale, bensì norma di carattere eccezionale da individuarsi caso per caso<sup>96</sup>.

L'evoluzione del diritto internazionale pattizio<sup>97</sup> e della prassi giurisprudenziale interna<sup>98</sup> e ha poi introdotto ulteriori elementi nel dibattito dottrinario circa la natura della regola immunitaria, arrivando ad ipotizzare ulteriori forme di “immunity review<sup>99</sup>”, quali la “human rights exception”: in base a quest'ultima, lo Stato non potrebbe invocare l'esonero dalla giurisdizione di un altro Stato qualora si sia reso responsabile della commissione di crimini internazionali, ritenuto che:

*“il rispetto dei diritti inviolabili della persona umana [abbia] assunto il valore di principio fondamentale dell'ordinamento internazionale (...) che non può non riflettersi sulla portata degli altri principi ai quali tale ordinamento è tradizionalmente ispirato, in particolare quello sulla “sovrana uguaglianza” degli Stati, cui si ricollega il riconoscimento dell'immunità statale dalla giurisdizione civile straniera”<sup>100</sup>.*

---

<sup>96</sup> Non potendoci peraltro, soffermare sulle varie dispute dottrinali presenti nel dibattito circa la natura ontologica del fenomeno in questione, si rinvia ad una vasta letteratura: Brownlie, *op.cit.*; De Sena, *Diritto Internazionale e Immunità degli Organi Statali*, 1996; Fox, *op.cit.*; Yang, *State Immunity in International Law*, 2012.

<sup>97</sup> Cfr. Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale del 1998.

<sup>98</sup> Si consideri l'atteggiamento della Cassazione Italiana e dell'Aeropago Greco, minoritari peraltro, che a partire dal 2004 hanno iniziato, con le sentenze storiche “Ferrini” (n.5044/2004) e le dodici ordinanze (nn.14201-14212) emesse a partire dal 29/05/2008 - con cui la Suprema Corte ha riconosciuto la giurisdizione del giudice italiano con riferimento alle azioni civili promosse nei confronti della Germania, per il risarcimento dei danni derivanti dalla deportazione e dal lavoro forzato nei confronti di un cittadino italiano all'epoca della seconda guerra mondiale; ha concesso l'*exequatur* per una sentenza greca relativa alla condanna per il risarcimento dei danni relativi al massacro di Distomo; ha affermato la responsabilità civile solidale del Governo Tedesco per i crimini compiuti dalle armate del Terzo Reich, condannandolo al pagamento di un cospicuo risarcimento per danni morali; ha iscritto ipoteca su un immobile di proprietà dello Stato Tedesco, Villa Vigoni, sito in Italia, al fine di garantire l'effettivo pagamento dei danni- ad affermare un nuovo principio di diritto internazionale in base al quale il rispetto delle norme sui diritti umani fondamentali costituisse *ius cogens*, pertanto preminente rispetto alla regola immunitaria. Tale atteggiamento, considerato prematuro, è stato poi “bloccato” dalla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia, caso “Immunità giurisdizionali degli Stati – Germania c. Italia” emanata in data 03/02/2012, in cui si è dato ragione alla Germania che lamentava la violazione delle norme sull'immunità dalla giurisdizione straniera.

<sup>99</sup> Cfr. Russo, *Immunità dalla giurisdizione per atti di Stati stranieri: la c.d. immunity review*, 2012.

<sup>100</sup> Cfr. Cassaz. S.U. n.5044/2004.

Tuttavia, come anticipato, tale atteggiamento risulta ancora minoritario, dal momento che la giurisprudenza internazionale<sup>101</sup> pare ancora legata ad una concezione “tradizionalista” della regola immunitaria, ritenuta “assoluta”, salve le deroghe di carattere pattizio contenute nelle varie convenzioni internazionali.

Le ragioni alla base della regola immunitaria afferiscono anche a considerazioni di carattere politico e legislativo: innanzitutto le corti interne di uno Stato non avrebbero alcun potere di rendere esecutive le statuizioni contenute nelle proprie sentenze, essendo d’ostacolo sia il divieto di ingerenza negli affari interni di uno Stato, nonché il fatto che adottare delle misure coercitive nei confronti di uno Stato straniero verrebbe automaticamente qualificato alla stregua di atto ostile, vietato dalla Carta delle Nazioni Unite<sup>102</sup> (essendo quest’ultimo giustificabile solo in seguito all’adozione di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza).

Inoltre si deve rammentare che l’indipendenza e l’uguaglianza fra Stati sovrani, da cui scaturiscono a livello interno le varie manifestazioni di *jurisdiction*, ostano a che uno Stato possa esercitare la propria giurisdizione nei confronti di un ente giuridico di pari valore e dignità (*par in parem non habet imperium*).

### La dottrina dell’Act of State

L’immunità si è dunque affermata come regola di diritto internazionale consuetudinario<sup>103</sup>, la cui funzione principale fosse quella di garantire un congelamento delle pretese di un privato, che avesse ricercato l’appoggio delle corti nazionali al fine di ottenere il soddisfacimento di una pretesa giuridica nei confronti di uno Stato straniero, impedendo che esso potesse trarre

---

<sup>101</sup> Cfr. Sentenza CEDU “*Al-Adsani c. Regno Unito*” del 21/11/2001; sentenze CIG “*Arrest Warrant*” del 2000 e “*Germania c. Italia*” del 2012.

<sup>102</sup> Essa autorizza tali misure solo ed esclusivamente a titolo eccezionale quando, ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU, sia necessario prevenire/reprimere atti che costituiscano minaccia o violazione della pace e della sicurezza internazionale.

<sup>103</sup> Nonostante per lungo tempo se ne fosse ipotizzata la natura di privilegio concesso a discrezione dello Stato del foro in favore dello Stato convenuto in giudizio davanti alle corti straniere, in ossequio a quella *comitas gentium* verso cui tenderebbero le relazioni interstatali. Tali conclusioni si fondavano sulla compresenza dei caratteri di reciprocità (la legislazione interna di alcuni stati, tra cui la Cina e l’URSS, esplicitamente conferiva l’immunità ad altri Stati a condizione di identico reciproco trattamento) e sull’assenza di protesta da parte dello Stato convenuto in giudizio (che quindi si sarebbe rimesso alla volontà del *forum State*).

un'agevolazione da una situazione in cui l'organo giudicante si fosse trovato in evidente "conflitto di interessi".

Lo sviluppo ulteriore di tale idea ha condotto gli ordinamenti di *common law* ad adottare una regola, definita dottrina dell'*Act of State*, sostanzialmente simile a quella dell'immunità di matrice continentale, ma che se ne differenzia in quanto in base ad essa il potere giudiziario non è competente a valutare la legittimità degli atti stranieri in cui si sostanzia l'esercizio delle funzioni sovrane.

Mentre nei paesi di *civil law* si riconosce l'esistenza di norme di carattere generale che riconoscono l'immunità dello Stato estero per gli "atti pubblici" da esso posti in essere, e tale accertamento deve essere espletato nel corso di un processo da parte dell'autorità giudicante, nei paesi anglosassoni il giudice deve necessariamente declinare la propria giurisdizione, non essendo autorizzato ad operare valutazioni di carattere "politico", dal momento che la conduzione della politica estera, alla stregua di una qualsiasi altra scelta di carattere politico operata dal Governo, non può essere sindacata dal potere giudiziario, al fine di non inficiare il principio della separazione dei poteri.

Diversamente dalla regola sull'immunità, dunque, essa viene a trovare una giustificazione non tanto nel diritto internazionale e nella doverosa *comitas gentium* che gli Stati si accordano reciprocamente, quanto nel diritto costituzionale<sup>104</sup>.

Similmente al suo corrispettivo continentale nella sua accezione "ristretta", la dottrina dell'Atto di Stato non può essere opposta ad atti che siano espressione di condotte privatistiche, non riconducibili ad alcuna funzione pubblicistica; essa, inoltre, è per definizione rinunciabile nel momento in cui il giudizio sia instaurato a causa di una domanda posta dallo Stato straniero, così come quando sia lo Stato stesso a decidere di rinunciarvi espressamente.

L'ambito di operatività della regola dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione, si distingue in immunità di natura civilistica e penalistica.

---

<sup>104</sup> Cfr. *separate opinion* di Lord Millet, nella decisione "*Pinochet*" della House of Lords, 24/03/1999: "(...) l'immunità dello Stato è una creazione del diritto internazionale e funziona come una eccezione di difetto di giurisdizione della corte nazionale, mentre la dottrina dell'Atto di Stato è una regola di diritto interno che ritiene la corte nazionale incompetente a giudicare sulla legittimità degli atti sovrani di uno Stato straniero".

Tralasciando il primo aspetto, che è disciplinato dalle Convenzioni di Basilea del 1972 e di New York del 2004, dettanti le regole in materia di immunità degli Stati e dei loro beni dalla giurisdizione straniera, occorre ai fini dell'analisi, soffermarsi maggiormente sugli aspetti concernenti la *criminal jurisdiction*.

### L'immunità dalla giurisdizione penale di uno Stato straniero

Una delle questioni fondamentali che ci si può domandare nell'approcciare tale ambito è se, e in quale misura, sia possibile per uno Stato essere soggetto attivo di un reato, ovvero se sia possibile riscontrare in esso l'astratta "capacità" di porre in essere un fatto qualificabile dall'ordinamento internazionale o interno di un altro Stato quale atto penalmente sanzionabile.

La dottrina tende ad escludere l'imputabilità penale di un ente pubblicistico quale lo Stato, dal momento che:

*"(...) a State, as a legal person or a mere abstraction could not be a direct perpetrator of a crime. A State acted through its organs, consisting of natural persons. The individuals who planned and executed the heinous acts of States, including the leaders of the States, must be held criminally responsible (...) when a crime [is] committed by a State, the government officials were held criminally responsible, but that didn't mean that the responsibility of the State itself [is] criminal (...)"<sup>105</sup>.*

Sul piano normativo interno, la responsabilità penale è esclusivamente personale. Non si potrebbe inoltre riscontrare nella condotta posta in essere dallo stesso, l'elemento soggettivo che è indispensabile al fine di considerarsi perfezionato il reato in tutti i suoi elementi: dal momento che lo Stato agisce esclusivamente per mezzo dei suoi organi o agenti, è solo ed esclusivamente ad essi che andrebbe attribuita la responsabilità penale di eventuali azioni criminose (*responsabilità degli organi*).

---

<sup>105</sup> Cfr. "Special Rapporteur's Fourth Report on State Responsibility" del 31/03/2001, relativo al progetto di "Convenzione sulla responsabilità degli Stati per la commissione di illeciti internazionali" del 2001, elaborata dalla Commissione di Diritto Internazionale.

Il discorso sul piano del diritto internazionale è in parte differente, come testimoniato dalla terminologia anglosassone che distingue tra *liability* (“colpevolezza” di carattere penale) e *responsibility* assimilabile al concetto di responsabilità civilistica.

Nel corso dell’evoluzione della prassi internazionale, infatti, si è cominciata a diffondere l’idea che anche lo Stato, insieme con i propri organi che agiscono nell’esercizio di pubbliche funzioni per conto dello stesso, sia responsabile (*responsibility*) per la commissione di atti contrari al diritto internazionale, definiti illeciti internazionali.

L’esempio concreto di questa nuova tendenza dibattuta in dottrina è testimoniato dal progetto di convenzione redatto dalla Commissione di Diritto Internazionale, relativo alla responsabilità dello Stato per la commissione di illeciti internazionali, in base al quale, *de iure condendo*, si prevede una forma di responsabilità distinta e cumulativa rispetto a quella penale degli individui agenti in qualità di organi dello Stato.

L’assenza a livello di comunità internazionale di un’autorità superiore in grado di sanzionare le condotte illecite poste in essere dagli Stati, costituisce tuttavia un ostacolo all’attuazione di un regime di piena punibilità, che è dunque rimessa alla volontà degli Stati di vincolarsi a determinati obblighi di carattere convenzionale. Posto dunque che la responsabilità diretta dello Stato in caso di commissione di un illecito è configurabile esclusivamente sul piano del diritto internazionale, in quanto “*the responsibilities of States that would arise from breach of such obligations, are obligations and responsibilities under International law. They are not of a criminal nature*”<sup>106</sup>, è generalmente accettato che uno Stato straniero benefici dell’immunità assoluta per ogni procedimento penale posto a suo carico da parte di una corte straniera.

---

<sup>106</sup> Cfr. Sentenza della CIG “*The Application of the Genocide Convention*” del 27/02/2007, ove la Bosnia aveva convenuto in giudizio la Serbia accusandola della violazione del crimine internazionale di genocidio, sanzionato dalla Convenzione Onu sul Genocidio del 1948. La Corte ebbe modo di statuire che la violazione degli obblighi sanciti dalla Convenzione da parte degli Stati contraenti, si sarebbe riflessa nella duplice forma di responsabilità penale, degli individui (per gli atti posti in essere in qualità di organi o agenti dello Stato o di semplici privati) e di illecito internazionale degli Stati (sanzionabile attraverso misure di carattere economico o concernenti la dignità dello Stato).

Anche se gli sviluppi degli ultimi decenni hanno aperto nuove prospettive alle regole di immunità (passaggio a visione “ristretta”, elaborazione di strumenti convenzionali che codificano ufficialmente le “eccezioni” alla regola immunitaria), non si può ritenere di condividere la posizione di quella parte di dottrina che ritiene di relegare la norma sull’immunità a regola di carattere eccezionale, a fronte di una generale responsabilità per due ordini di ragioni: le convenzioni disciplinano la questione immunitaria con riferimento alla giurisdizione civile, lasciando espressamente escluso l’ambito penalistico, che rimarrebbe dunque disciplinato dalle norme di carattere consuetudinario; in subordine non si può ritenere esistente una regola che sottoponga alla giurisdizione penale di una corte straniera lo Stato, in quanto ciò costituirebbe un’inaccettabile intromissione nella sfera di sovranità dello stesso, che verrebbe equiparato ad una qualsiasi altra persona fisica o giuridica di diritto interno, mettendo in discussione l’intero impianto del diritto internazionale come disciplina delle relazioni tra enti originari, sovrani e indipendenti.

### **3.4. Immunità degli individui**

Il diritto internazionale, oltre che riconoscere l’immunità dalla giurisdizione dalle corti straniere agli Stati, predispone delle norme di carattere consuetudinario che vanno a beneficio di quegli individui che pongono in essere degli atti per conto dello Stato di cui sono organi o agenti.

Tali forme di esenzione giurisdizionale si articolano in due categorie: la prima, quella della cd. “immunità personale” o *ratione personae*, ha per destinatari quegli individui che ricoprono determinate cariche apicali nell’architettura istituzionale (capi di Stato e di Governo, Ministri degli Affari Esteri); la seconda forma di immunità, detta “funzionale” o *ratione materiae* ha finalità di protezione degli organi/agenti statali, i quali pongano in essere determinate attività per conto dello Stato di appartenenza, in virtù dell’esercizio delle loro funzioni.



### Immunità personale (*ratione personae*)

L'immunità personale è un principio del diritto internazionale consuetudinario che garantisce a taluni individui-organi dello Stato, in relazione agli atti compiuti anche al di fuori dei propri incarichi ufficiali (la cui copertura è assicurata dall'immunità funzionale) un'esenzione pressoché totale dalla giurisdizione degli Stati stranieri. Si tratta di una norma di carattere procedurale, non sostanziale: essa non rende l'agente immune o esente dal rispetto delle norme materiali vigenti nel foro; rende tuttavia impossibile perseguirlo, sottoporlo a giudizio e condannarlo per quegli atti aventi rilevanza penale per l'ordinamento del *forum State*.

Tale regola non è assoluta, essendo riscontrabili limiti di carattere soggettivo, oggettivo e temporale.

Sotto il primo profilo, ne sono destinatari solo quegli individui che, in virtù dell'incarico/funzione da essi svolta a livello interno, godono di un particolare *status* che ne assicura anche l'inviolabilità personale<sup>107</sup>: rientrano in tale categoria i capi di Stato, di Governo, i Ministri degli Esteri e i diplomatici<sup>108</sup>.

La *ratio* è riscontrabile nel fatto che i suddetti individui, essendo i più alti rappresentanti dello Stato di appartenenza, "sono lo Stato all'estero" e pertanto godono della medesima dignità e rispettabilità che sono riconosciuti ad esso: condizione essenziale è dunque che l'ente rappresentato sia uno Stato, dotato di personalità giuridica internazionale.

Il principio in questione, infatti, nonostante l'apparente tautologica denominazione di "personale", non costituisce una prerogativa concessa ad un soggetto al fine di garantirlo nelle proprie posizioni soggettive, ma rappresenta

---

<sup>107</sup> Essa impone agli Stati ospitanti di osservare precisi obblighi di fare e non fare: impossibilità di assoggettare tali individui a misure coercitive e repressive, che incidano sulla sfera della libertà personale; obblighi speciali di protezione nei confronti delle loro persone e dei loro beni. Una ricognizione di tale principio è desumibile dalla sentenza della CIG "*Personale diplomatico e consolare degli Stati Uniti a Teheran – USA v. Iran*" del 1980, ove si statuisce che: "anche in caso di conflitto armato le disposizioni [della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche] richiedono che nel diritto internazionale consuetudinario debba essere rispettata dallo Stato ricevente l'inviolabilità sia dei membri della missione diplomatica sia dei locali, dei beni e degli archivi della missione".

<sup>108</sup> Cfr. Sentenza CIG "*Arrest Warrant –Congo v. Belgio*" del 2000: "The Court observes that in International law is firmly established that (...) holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoys immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal" (par.51).

uno strumento essenziale al fine di consentire una piena esplicazione delle funzioni assegnategli dallo Stato di appartenenza<sup>109</sup>: ragion per cui quest'ultimo potrebbe tranquillamente rinunciarvi, esponendo l'individuo alla perseguibilità da parte delle autorità straniere.

Dal punto di vista oggettivo, nell'ambito della giurisdizione penale, l'immunità personale è assoluta, in quanto, differentemente da quella funzionale, copre ogni atto posto in essere dall'agente al di fuori del proprio ufficio: il soggetto che ne gode non potrà dunque essere chiamato a rispondere in giudizio delle proprie azioni per qualunque reato da esso commesso e l'unica misura esperibile nei suoi confronti potrà consistere nell'allontanamento coattivo dal paese ospitante.

Nonostante parte della dottrina<sup>110</sup> e della giurisprudenza (italiana soprattutto), abbiano sostenuto che l'esistenza di una norma di *jus cogens*, che obbligherebbe gli Stati al rispetto dei diritti umani fondamentali, costituirebbe un'eccezione al principio dell'immunità assoluta, in caso di commissione di *crimina iuris gentium*, dovendosi operare un bilanciamento tra valori in favore del primo, la Corte Internazionale di Giustizia, nella sentenza “*Arrest Warrant –Congo v. Belgio*” del 2000, ha avuto modo di riaffermare come

*“non sia possibile dedurre dalla prassi l'esistenza, in base al diritto internazionale consuetudinario, di una qualche forma di eccezione alle regole che garantiscono l'immunità assoluta dalla giurisdizione penale e l'inviolabilità personale ai Ministri degli Affari Esteri in carica, laddove questi siano sospettati di aver commesso crimini di guerra o crimini contro l'umanità”.* (par.58)

Tuttavia, come la stessa Corte ha avuto modo di sottolineare, immunità non coincide con impunità, o assenza di responsabilità penale personale, dal momento che i suddetti individui potrebbero essere sottoposti al sindacato giurisdizionale delle corti interne, o delle corti straniere in caso di rinuncia all'immunità da parte

---

<sup>109</sup> Significative appaiono in tal senso le giustificazioni addotte dalla CIG nella sentenza cit. *supra*, par.53, laddove si argomenta in favore dell'esistenza di una norma in grado di garantire l'immunità ai Ministri degli Esteri, in virtù del fatto che essi, agendo per conto dello Stato di appartenenza e rappresentandolo nell'ambito dei meeting intergovernativi, devono viaggiare frequentemente e nel farlo, devono poter essere posti in una condizione di piena libertà.

<sup>110</sup> Soprattutto Cassese *op cit.*, *Cassese's International criminal law*, 2013.

dello Stato, o dinanzi ai Tribunali Internazionali istituiti per mezzo di convenzioni o risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (Corte Penale Internazionale, Tribunale internazionale penale per l'ex Jugoslavia)<sup>111</sup>.

Nell'ambito civilistico valgono invece le eccezioni sancite dall'articolo 31, par.1 della Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, che si applicano per analogia anche ai Capi di Stato e di Governo, nonché ai Ministri degli Esteri:

*“L'agente diplomatico gode dell'immunità dalla giurisdizione penale dello Stato accreditario. Esso gode del pari dell'immunità dalla giurisdizione civile e amministrativa dello stesso, salvo si tratti di: a. azione reale circa un immobile privato situato sul territorio dello Stato accreditario purché l'agente diplomatico non lo posseda per conto dello Stato accreditante ai fini della missione; b. azione circa una successione cui l'agente diplomatico partecipi privatamente, e non in nome dello Stato accreditante, come esecutore testamentario, amministratore, erede o legatario; c. azione circa un'attività professionale o commerciale qualsiasi, esercitata dall'agente diplomatico fuori delle sue funzioni ufficiali nello Stato accreditario”.*

Dal punto di vista temporale, infine, l'immunità personale si differenzia dall'immunità funzionale, essendo limitata al periodo di svolgimento dell'incarico di rappresentanza o di governo: è possibile infatti perseguire un agente straniero una volta che sia cessato il suo mandato, così come affermato sia dalla CIG<sup>112</sup>, che dalla Convenzione di Vienna del 1961<sup>113</sup>, considerata dichiarativa delle norme consuetudinarie vigenti in tale ambito.

---

<sup>111</sup> Cfr. Sentenza cit., par.61.

<sup>112</sup> Cfr. sentenza cit., par.61: “After a person ceases to hold the office (...) he or she will no longer enjoy all 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”, restando in ogni caso esclusa la perseguibilità per gli atti commessi nell'esercizio delle proprie funzioni, rientranti nell'immunità funzionale.

<sup>113</sup> Cfr. art.39 §2: “I privilegi e le immunità di una persona che cessa dalle sue funzioni, decadono ordinariamente al momento in cui essa lascia il paese oppure al decorso d'un termine ragionevole

### Immunità funzionale (ratione materiae)

La categoria dell'immunità funzionale, tra le varie norme immunitarie finora menzionate, appare quella di più controversa definizione con riferimento alla sua esistenza, al contenuto e alle modalità con cui si esplica.

Secondo l'opinione maggioritaria della dottrina<sup>114</sup>, il diritto internazionale consuetudinario accorderebbe una norma di immunità dalla giurisdizione delle corti straniere, ad una vasta gamma di individui-organo che, nell'esercizio delle mansioni ad essi affidate dagli Stati di appartenenza, non potrebbero essere chiamati a rispondere dell'eventuale illiceità della condotta.

A livello soggettivo essa si estenderebbe dunque a tutti gli individui-organo che agiscano nell'esercizio di funzioni ufficiali: sia che appartengano al potere esecutivo, legislativo o giudiziario, sia che operino all'interno dell'apparato centrale o delle strutture decentrate dello Stato.

Il problema di cosa debba intendersi per "atto compiuto nell'esercizio di funzioni ufficiali" appare di difficile soluzione.

In proposito appaiono individuabili due orientamenti<sup>115</sup>: uno più restrittivo, volto a considerare "atto ufficiale" solo quello posto in essere in ossequio a finalità pubblicistiche, trascurando i mezzi adoperati a tale scopo, e uno orientato a riconoscere la qualifica di "ufficialità" ad un novero di ipotesi maggiore.

In base al primo, non sarebbe coperta da immunità funzionale l'attività finalizzata al perseguimento di un interesse privato, del tutto estraneo al proprio ufficio, per quanto siano stati adoperati mezzi posti a disposizione dell'agente in ragione della qualifica ricoperta (es. tortura di dissidenti politici ordinata dal Capo di Stato per mezzo di atti normativi e servendosi di agenti statali).

In base al secondo, l'operatività dell'immunità è assicurata in tutti i casi in cui l'attività dell'individuo organo sia riconducibile, direttamente o indirettamente, con la funzione cui esso è preposto, rilevando a tal proposito anche il mero

---

*che le sia stato concesso [norma di comitas gentium], ma sussistono fino a tale momento anche in caso di conflitto armato. L'immunità sussiste tuttavia per quanto concerne gli atti compiuti da tale persona nell'esercizio delle sue funzioni come membro della missione [immunità funzionale]*".

<sup>114</sup> Si veda a tal proposito il notevole lavoro ricognitivo operato dal De Sena nella monografia *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, 1996.

<sup>115</sup> Cfr. Luzzatto, Queirolo, *op.cit.*, p.256 ss.

impiego di strumenti pubblicitici di cui esso dispone in ragione della propria qualifica.

Allo stesso modo sarebbe protetta dall'immunità funzionale l'attività di chi si sia tenuto agli ordini di un superiore<sup>116</sup> ovvero chi abbia agito in eccesso di potere, purché l'azione sia riconducibile, anche solo formalmente, all'ambito delle mansioni eseguite.

A differenza di quella analizzata nel precedente paragrafo, l'immunità *ratione materiae* si caratterizzerebbe dunque per essere norma di "copertura" delle sole attività poste in essere in ossequio ai propri doveri d'ufficio, restandone esclusi tutti gli atti perpetrati *jure privatorum*. Inoltre essa non sarebbe temporalmente limitata al periodo della permanenza in carica dell'individuo nel ruolo di organo statale: l'agente che abbia posto in essere un atto illecito nell'esercizio di un incarico ufficiale, non potrà essere chiamato a risponderne né durante il periodo di carica, né successivamente alla scadenza del mandato.

#### *Segue. A) Orientamenti dottrinali in materia di immunità funzionale*

Come precedentemente anticipato, le ricostruzioni dottrinarie in materia di esistenza e modalità di funzionamento del principio dell'immunità funzionale appaiono piuttosto variegate.

Tra coloro che ne accettano l'esistenza, a titolo di norma di diritto internazionale consuetudinario, a copertura di ogni tipologia di atti ufficiali, sia leciti che illeciti, possono individuarsi cinque ipotesi ricostruttive principali<sup>117</sup>:

- a) Teoria del rispetto dell'organizzazione interna degli Stati;
- b) Teoria del divieto di immistione nella vita costituzionale degli Stati;
- c) Teoria dell'*organic jurisdiction*;
- d) Teoria dell' "assorbimento";
- e) Teoria del regime autonomo.

---

<sup>116</sup> Ma tale scriminante non è sempre riconosciuta in favore dell'individuo-organo, soprattutto con riferimento al compimento di crimini internazionali, così come disciplinati dagli statuti dei Tribunali Internazionali creati per la repressione dei suddetti fenomeni (ICTY, Corte Penale Internazionale).

<sup>117</sup> Cfr. De Sena, *op.cit.*, p.2 ss.

Con riferimento alla prima ipotesi, sostenuta principalmente nelle opere del Morelli e dell'Anzillotti, l'individuo sarebbe da riconoscere esente dalla giurisdizione di una corte straniera, in ossequio al principio del rispetto dell'organizzazione interna degli Stati, essendo l'attività dello stesso assimilabile a quella dello Stato, che non tollera ingerenze esterne.

Similare a questa, appare l'ipotesi sub b) -attribuibile *principaliter* ai lavori del Quadri- in virtù della quale, dall'esistenza di un generico divieto di immistione nella vita costituzionale degli altri Stati, scaturirebbe un obbligo negativo finalizzato ad impedire l'esercizio dell'attività giurisdizionale di carattere penale nei confronti degli agenti/organi appartenenti ad uno Stato straniero (l'immunità dalla giurisdizione civile andrebbe invece qualificata come forma di manifestazione della più ampia immunità degli Stati).

In accordo alla teoria dell'*organic jurisdiction*, ipotizzata nei lavori del Seyersted, l'immunità funzionale servirebbe a tutelare l'esclusività della giurisdizione dello Stato di appartenenza nei rapporti organici interni. Essa si configurerebbe pertanto come una norma di carattere sostanziale, piuttosto che processuale, essendo gli organi, cui si attribuisce la titolarità degli atti posti in essere, esentati dalla responsabilità penale anche interna.

Differentemente da quest'ultima appare l'ipotesi ricostruttiva formulata, tra gli altri, dal Kelsen. In base ad essa infatti l'immunità non discenderebbe da una norma di diritto internazionale, bensì dall'ordinamento interno: l'atto dell'individuo-organo sarebbe qualificato come atto dello Stato, e perciò , riconducibile alla più ampia norma di immunità statale dalla giurisdizione straniera.

Infine aderiscono all'ipotesi "autonomistica" il Lauterpacht e Sperduti, laddove si riconosce alla regola dell'immunità funzionale un'autonoma esistenza in qualità di norma di diritto internazionale consuetudinario, in base alla quale sarebbe impedito agli Stati esteri di sottoporre alla propria giurisdizione gli individui-organo che abbiano agito nell'esercizio delle proprie funzioni ufficiali, per conto del diverso Stato di appartenenza.

Tutti gli orientamenti esposti in precedenza, considerano la regola dell'immunità funzionale dell'individuo-organo come un principio generale dell'ordinamento

internazionale, che tuttavia accoglie delle eccezioni quali il compimento di attività illecite esperite sul territorio di uno Stato straniero senza il suo consenso (preventivo o postumo), casi di *war treason*, atti *jure gestionis*, atti che costituiscono crimini *iuris gentium*, che possono pertanto essere oggetto di sindacato giurisdizionale da parte delle corti straniere.

Tralasciando le ipotesi di chi considera esistente un regime di diritto consuetudinario, ma solo con riferimento alla tipologia di attività lecite per il diritto internazionale<sup>118</sup>, appare interessante approfondire l'opinione di quella parte della dottrina<sup>119</sup> che teorizza l'inesistenza di un regime generale di carattere immunitario, prediligendo una ricostruzione frammentaria del fenomeno, che varia a seconda del contesto in cui si pone in essere l'attività dell'individuo-organo, riconducibile essenzialmente a tre macro-aree di riferimento:

- 1) Posizione dell'individuo per attività contrarie al diritto internazionale non autorizzate, come nel caso di illeciti internazionali *tout court* (es. violazione della sovranità territoriale estera) per le quali si ipotizza la punibilità dell'individuo-organo, salvo che non sussistano cause di esclusione dell'illecito internazionale<sup>120</sup>;

---

<sup>118</sup> Cfr. De Sena, *op.cit.*, p.28-33.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Cfr. *ibidem* cap.3, p.109 ss. L'autore ricostruisce tale regime, sulla base dell'analisi della prassi giurisprudenziale delle corti nazionali, analizzando il rapporto esistente, in tali ipotesi, tra la violazione della norma di diritto internazionale, volta a tutelare lo spazio di sovranità estera e l'eventuale violazione, a titolo autonomo, della norma nazionale.

Nel caso in cui l'atto illecito sia qualificabile come violazione della norma internazionale, senza che le norme interne assumano rilevanza autonoma, l'illiceità della condotta posta in essere dall'individuo-organo viene assorbita nella vicenda dell'illecito internazionale dello Stato, e diviene una questione di carattere intergovernativo (è il caso delle intrusioni aeree nel territorio straniero –prassi corposa durante il periodo della guerra fredda- nonché delle attività istruttorie o dei corpi di polizia nel territorio estero (caso “*Eichmann*”), inclusi lo sconfinamento terrestre e la violazione degli spazi marittimi. In tali casi gli individui-organo catturati venivano liberati dopo un periodo breve di prigionia o perché sussisteva una causa di esclusione dell'illecito statale - *distress* o forza maggiore- o perché la questione veniva “chiusa” per canali diplomatici –gli Stati si scusano o prendono atto delle proprie responsabilità- o in ogni caso perché sarebbe ravvisabile una certa discrezionalità a disposizione degli Stati, che possono decidere di non sanzionare determinate condotte per ragioni di opportunità politica –ad esempio nel caso dello sconfinamento nelle acque territoriali svedesi da parte del sottomarino sovietico Whisky 137, accaduto nel 1981, non risulta alcuna traccia nella corrispondenza diplomatica dei due paesi, a testimonianza della volontà di mantenere “buoni rapporti di vicinato”).

Qualora, invece, l'attività dell'individuo-organo assuma autonoma rilevanza per l'ordinamento penale interno dello Stato “leso” (es. omicidio commesso su territorio straniero), la responsabilità

- 2) Posizione dell'individuo in caso di commissione di crimini internazionali, che si caratterizza per l'inesistenza di una norma di immunità funzionale con conseguente punibilità dell'agente/organo (differenziata a seconda del contesto in cui il crimine si realizza: in caso di crimini di guerra ad es. si porrà a titolo esclusivamente personale dinanzi alle corti interne di uno Stato estero<sup>121</sup>; in caso di *delicta graviora* quali genocidio o apartheid, essendo gli stessi riconducibili ad un più ampio fenomeno di criminalità sistematica attribuibile all'organizzazione di Governo, fatto che costituisce una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale<sup>122</sup>, la responsabilità (*liability*) dell'individuo si affianca a quella (*responsibility*) dello Stato di appartenenza;
- 3) Posizione dell'individuo per il compimento di attività svolte nel territorio di uno Stato straniero, lecite in quanto autorizzate da quest'ultimo, da distinguersi a seconda che le suddette attività siano specificamente tutelate dal diritto internazionale nelle loro funzioni oppure no. Nel primo caso sussiste una forma di immunità assimilata a quella dello Stato –ad esempio per capi di Stato e di Governo- oppure che è ricollegabile a questa, ricalcandone i tratti essenziali –come accade per diplomatici, coperti anche da immunità personale per gli atti *iure privatorum*, e consoli, tutelati solo

---

di quest'ultimo tende ad avere rilievo autonomo, non potendosi riscontrare in tal senso alcuna forma di immunità funzionale.

A tal proposito l'A. prende in considerazione i celebri casi "*McLeod*", deciso dalla Corte Suprema dello Stato di New York nel 1840, e il caso "*Rainbow Warrior*" deciso dall'High Court della Nuova Zelanda nel 1985, per dimostrare come, nonostante le posizioni ufficiali adottate dagli esecutivi degli Stati coinvolti (USA e Regno Unito, nel primo caso, che convenivano sull'esistenza di una norma internazionale a protezione degli atti posti in essere da un individuo-organo nell'esercizio delle funzioni; nel secondo invece la Francia si era assunta la responsabilità dell'accaduto, proponendosi di pagare il risarcimento dei danni e cercando la soluzione della controversia dinanzi ad un arbitrato internazionale) in concreto entrambi i giudizi fossero giunti, seppur diversamente, a entrare nel merito delle questioni: nel primo caso per assolvere l'imputato McLeod, nel secondo per emettere una condanna di 10 anni di reclusione a carico degli agenti francesi, rei di aver sabotato la nave battente bandiera olandese dell'ong "Greenpeace", cagionando la morte di una persona a bordo.

<sup>121</sup> Così ad esempio nei casi di punibilità di crimini di guerra (individuabile dalla prassi delle corti interne a seguito del secondo conflitto mondiale) e degli atti di tortura (attraverso una rassegna della giurisprudenza statunitense che escluderebbe l'imputabilità dello Stato di appartenenza dell'organo sottoposto a giudizio). Per entrambi i casi cfr. *supra*, p.139-187.

<sup>122</sup> A tal proposito appare sufficiente rammentare come l'istituzione dei Tribunali internazionali penali *ad hoc* per la repressione dei crimini commessi in ex-Jugoslavia e Rwanda negli anni '90 del secolo scorso, fosse imputabile a delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, nell'ambito del capitolo VII della Carta ONU.



nell'esercizio di competenze tipicamente tutelate dalla funzione, come nel rilascio di passaporti. Rientra in tale area di riferimento anche la posizione dei corpi di truppa all'estero in missione di pace e l'equipaggio di una nave militare sito nelle acque territoriali/interne di uno Stato straniero.

*Segue. B) L'immunità funzionale dei corpi di truppa all'estero*

La dottrina maggioritaria<sup>123</sup> propende per l'esistenza di una norma di carattere immunitario che tuteli le funzioni dei militari inviati all'estero nell'ambito delle operazioni compiute sul territorio di un altro Stato.

Alcuni propendono per un inquadramento nel più ampio regime dell'esenzione degli Stati esteri dalla giurisdizione<sup>124</sup>, altri<sup>125</sup> ipotizzano l'esistenza di una norma autonoma in tutela dei corpi di truppa all'estero.

Vi sono poi autori, appartenenti all'area dottrinale anglosassone<sup>126</sup> che inquadrano lo *status* dei corpi di truppa all'estero nella dottrina dell'*Act of State*, andando ad escludere la sindacabilità degli atti da essi posti in essere, in virtù del carattere politico della questione, sottratto alla sfera di cognizione della magistratura straniera ed interna.

Alcuni autori<sup>127</sup> poi, escludono *tout court* l'esistenza di una norma consuetudinaria in grado di tutelare la posizione dei militari all'estero, essendo la stessa questione rimessa agli accordi *ad hoc* eventualmente stipulati tra lo Stato di appartenenza delle forze e lo Stato ricevente, definiti *Status Of Forces Agreements*

---

<sup>123</sup> Cfr. Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, 2009; Fox, *op.cit.*; Luzzatto e Queirolo, *op.cit.*; Shaw, *op.cit.*; Brownlie, *op.cit.*.

<sup>124</sup> Cfr. sentenza dell'ICTY "*Prosecutor v. Blškić*" del 1997, in cui si precisa che "*The general rule under discussion is well established in International law and is based on the sovereign equality of States. The exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide*" (par.41); De Sena, *op.cit.*, p.244 ss.

<sup>125</sup> Cfr. caso "*Lozano*" deciso dalla Cassazione italiana, sentenza n.31171/2008; Ronzitti, *L'immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari*, in RDI 2008, IV, p.1033-1045.

<sup>126</sup> Cfr. Fox, *op.cit.*, ma anche la giurisprudenza della *House of Lords* britannica, nel caso "*Jones v. the Kingdom of Saudi Arabia*" del 2006, in cui si respinse la pretesa attorea di citare in giudizio gli agenti statali responsabili di averlo torturato, perché questa avrebbe costituito un aggiramento della norma sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati, dal momento che citare in giudizio gli organi di uno Stato sarebbe equivalso a citare quest'ultimo.

<sup>127</sup> Cfr. Jennings e Watts, *Oppenheim's International Law*, 1992, p.1157 ss.

(*SOFA*), che renderebbero esplicito il consenso dello Stato interessato dalla presenza dei militari stranieri, elemento fondamentale per escludere l'illiceità della condotta internazionale, posta in essere dai militari per conto dello Stato di invio.

Occorre peraltro evidenziare come le forze armate siano organi dello Stato per i cui scopi di mantenimento dell'indipendenza, della sovranità e della propria sicurezza, sono create. Esse mantengono dunque tale *status* anche laddove si trovino sul territorio di uno Stato straniero, posto che esse agiscano per finalità di carattere pubblicistico e non per scopi privati.

Il problema dunque si pone a livello di giurisdizione esercitabile sui membri delle stesse, qualora siano posti in essere degli atti penalmente rilevanti per l'ordinamento dello Stato ricevente: il conflitto tra la *territorial jurisdiction* di quest'ultimo e la giurisdizione dello Stato d'invio, trova in dottrina soluzioni divergenti<sup>128</sup>, che propendono per una ripartizione degli ambiti di competenza a seconda che gli effetti dell'atto illecito si riverberino esclusivamente sulle vicende "interne" della forza militare straniera, oppure arrechino un danno ai beni giuridici protetti dalla norma d'incriminazione del ricevente.

Nel primo caso (es. reati commessi da un membro della forza armata nei confronti di un commilitone o all'interno dell'area di allocazione della base militare) lo Stato ospitante tendenzialmente si disinteresserebbe della questione, relegandone la punibilità allo Stato d'invio; nel caso in cui invece l'illecito abbia una rilevanza "esterna", non parrebbero sussistere limiti evidenti all'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato del foro.

A tal proposito appare interessante menzionare la prassi convenzionale legata alla conclusione dei *SOFA*, con cui gli Stati si accordano al fine di operare un chiaro riparto di giurisdizione sulle truppe presenti nel territorio dello Stato ospite, disciplinando specificamente la posizione giuridica delle stesse<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> A chi prospetta un'accezione assoluta dell'immunità in favore dei militari, sottraendoli in tutto e per tutto alla giurisdizione dello Stato ricevente e configurando così in loro favore una sorta di bolla di extraterritorialità in uno spazio sottoposto alla sovranità straniera, gli autori citati *supra* si oppongono fermamente, ritenendo non più derogabile il principio di territorialità se non attraverso la stipulazione di "*Sofa*" o con l'esplicito consenso del ricevente.

<sup>129</sup> Si veda ad esempio l'articolo VII del NATO *SOFA* del 1951, con cui si riconosce il diritto di entrambi gli Stati interessati (membri NATO) di esercitare la giurisdizione sulle truppe inviate/ospitate (giurisdizione concorrente), anche se in determinati casi si opta in favore della

Tuttavia anche tale circostanza viene strumentalizzata dalle divergenti opinioni dottrinarie: coloro che disconoscono un regime consuetudinario di immunità considerano tali accordi di carattere *eccezionale* e pertanto volti a derogare un contesto libertario in cui si applicherebbero le regole classiche del diritto internazionale in tema di giurisdizione territoriale<sup>130</sup>; tra i sostenitori della norma consuetudinaria immunitaria, invece, i *SOFA* sarebbero il frutto di una volontà negoziale volta a specificare un regime preesistente<sup>131</sup>, dal momento che non costituirebbero atti costitutivi, bensì ricognitivi o di accertamento di una prassi giuridica consolidata<sup>132</sup>.

Le posizioni della dottrina minano dunque l'equilibrio derivante dalla certezza del diritto, che non potrà essere preservato se non per mezzo di una esplicita presa di posizione della comunità internazionale volta a stabilire regole precise e univoche in tali ambiti.

Dall'analisi della prassi giurisprudenziale internazionale e interna parrebbero doversi trarre conclusioni in parte differenti.

Il primo caso meritevole di menzione è il cd. "*caso McLeod*", tradizionalmente ritenuto come il primo esempio della fondatezza della regola immunitaria.

Esso venne affrontato dalla Corte Suprema di New York nel 1840, a seguito dei fatti che nel 1837 avevano visto il coinvolgimento dell'imputato, un ufficiale britannico, che insieme ad alcuni commilitoni fece intrusione nel territorio americano, dando alle fiamme, e cagionando la morte di alcune persone a bordo, la nave statunitense "*Caroline*", ancorata alle rive del Niagara, utilizzata per il

---

giurisdizione primaria dello Stato d'invio e, in subordine, di quello ricevente, a fronte della rinuncia a procedere da parte del primo.

<sup>130</sup> In tal senso si vedano le posizioni espresse dal Cataldi in *Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero, fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani. Riflessioni a margine del dibattito parlamentare sulla riforma della legge per la partecipazione italiana alle missioni militari internazionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp.141-158.

<sup>131</sup> Si veda a tal proposito la posizione del Ronzitti in *Le operazioni multilaterali all'estero a partecipazione italiana. Profili giuridici*, reperibile al sito [http://leg16.senato.it/application/xmanager/projects/leg16/attachments/dossier/file\\_internets/000/006/901/44.Le.partecipazioni.multilaterali.pdf](http://leg16.senato.it/application/xmanager/projects/leg16/attachments/dossier/file_internets/000/006/901/44.Le.partecipazioni.multilaterali.pdf), in cui l'autore propende, in caso di mancata stipulazione di un SOFA, per l'applicazione della giurisdizione dello "stato della bandiera", vale a dire di nazionalità del contingente militare.

<sup>132</sup> Cfr. articolo di Busco e Fontanelli, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p.53 ss. reperibile all'indirizzo web: <http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/2270-/>

trasporto di armi e viveri verso il confine canadese, all'epoca provincia britannica, a sostegno della ribellione in corso.

Alle proteste britanniche, secondo cui l'atto del McLeod fosse giustificabile alla stregua di Atto di Stato e che pertanto l'individuo-organo dovesse essere esentato dalla giurisdizione statunitense *"having acted in obedience to the authorities appointed by his Government"*<sup>133</sup>, dovendosi risolvere la controversia per mezzo dei canali diplomatici intercorrenti tra due Stati sovrani, si affiancò la posizione sostanzialmente simile adottata dal Governo statunitense, che per mezzo delle istruzioni fornite dal Segretario di Stato Webster all'Attorney General riteneva che

*"the fact of having acted under public authority and in obedience to the orders of lawful superiors, must be regarded as a valid defence, otherwise individuals would be held responsible for injuries resulting from the acts of government, and even from the operations of public wars"*<sup>134</sup>.

Ciononostante l'imputato venne sottoposto a processo penale, pur essendo stato assolto nel merito della questione.<sup>135</sup>

L'autorevolezza del caso *"McLeod"*, è stata inoltre ripresa recentemente dal caso deciso dalla Camera di Appello del Tribunale Internazionale penale per l'ex-Jugoslavia *"Prosecutor v. Blškić"* del 1997, ove la Corte ha stabilito di trovarsi nell'impossibilità di emanare un *"subpoena writ"* nei confronti di

*"(...) State officials acting in their official capacity. Such officials cannot suffer the consequence of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy the so-called 'functional immunity'. This is a well established rule of*

---

<sup>133</sup> Cfr. De Sena, *op.cit.*, p. 45.

<sup>134</sup> Cfr. Fox, *op.cit.*, p.95.

<sup>135</sup> Su tale divergenza tra le posizioni ufficiali dell'esecutivo e del giudice si fonda l'ipotesi di chi, il De Sena fra tutti, contesta l'esistenza di una regola immunitaria in favore degli individui-organi nell'esercizio delle proprie funzioni.

*customary international law going back to the eighteenth and nineteenth centuries, restated many times since.*"<sup>136</sup>.

Appare necessario menzionare anche la sentenza della Cassazione italiana nel cd. "caso Lozano"<sup>137</sup>, con cui la Suprema Corte ha preso una posizione piuttosto chiara nei riguardi della norma di immunità funzionale in favore dei militari in missione all'estero, affermando come esista

*"un principio consuetudinario di diritto internazionale che sancisc[a] l'immunità funzionale, dalla giurisdizione interna dello Stato straniero, dell'individuo-organo il quale (...) abbia agito iure imperii nell'esercizio delle funzioni (...) recepito nell'ordinamento giuridico italiano siccome norma di diritto internazionale generale preesistente, in forza dell'adeguamento automatico disposto dall'art.10 Cost., comma 1 e prevalente sui criteri di collegamento delineati dalle norme statali anche di fonte penale"* (par.5).

Nel caso di specie la Cassazione ha avuto modo di riscontrare l'insussistenza della giurisdizione italiana nei confronti del soldato americano Mario Lozano, in forza al contingente multinazionale che operava in Iraq a seguito dell'invasione del paese da parte dalla "coalizione di volenterosi" capeggiata da USA e Regno Unito, reo di aver sparato una serie di colpi d'arma da fuoco verso l'auto su cui viaggiavano due funzionari del SISMI e la giornalista Giuliana Sgrena, provocando la morte dell'agente Nicola Calipari, che in corrispondenza del posto di blocco non aveva rispettato l'alt imposto dal contingente di stanza sulla strada. La Corte ha affermato l'esistenza di una norma immunitaria in favore degli organi statali per gli atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni, richiamandosi peraltro alla giurisprudenza statunitense "McLeod" e britannica "Jones v. Saudi Arabia" del 2006, dell'ICTY nel caso "Blaskić", della CIG nei casi "Gibuti c. Francia" del 2008 e "Arrest Warrant" del 2000, nonché della CEDU "Al-Adsani c. Regno Unito" del 2001.

---

<sup>136</sup> Cfr. Fox, *op.cit.*, p.96.

<sup>137</sup> Cfr. sentenza n.31171/2008.

Ad avviso della stessa, tale norma avrebbe natura autonoma rispetto a quella sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione, della quale però

*“costituisce il naturale corollario (...). Ogni Stato, indipendente e sovrano, è libero di stabilire la propria organizzazione interna e individuare le persone autorizzate ad agire per suo conto, sicché una volta determinate la qualità di organo e la sua competenza, le relative condotte individuali esprimono l'esercizio di una funzione pubblica e sono imputabili allo Stato, comportandone, senza indebite interferenze da parte dei tribunali di un altro Stato solo la responsabilità per l'eventuale illecito internazionale da far valere nei rapporti fra lo Stato leso e lo Stato responsabile, a garanzia dell'assetto strutturale della stessa comunità e delle relazioni internazionali nel rispetto delle reciproche sovranità fra gli Stati («par in parem non habet imperium/jurisdictionem»)<sup>138</sup>.*

La Corte accoglie peraltro una nozione “ristretta” dell'immunità funzionale, ritenendo esistente una tendenza evolutiva nel diritto internazionale volta ad affermare la cd. “*human rights* o *jus cogens exception*”, dal momento che esisterebbe

*“in via di formazione, una consuetudine internazionale la quale, in considerazione del carattere cogente e imperativo delle norme di diritto internazionale umanitario (...) che impongono il rispetto dei diritti umani fondamentali, e della concreta lesività di ‘valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali’, è diretta a limitare l'esercizio della responsabilità civile dello Stato estero, il cui organo, pur nell'esercizio di un'attività iure imperii, come in situazioni belliche, si sia tuttavia reso autore di atti di gravità tale da ‘minare le fondamenta stesse della coesistenza tra i popoli’ (Corte cost. di Ungheria, n.53 del 1993), configurabili perciò come ‘crimini internazionali’ (...) Dalla parallela e antinomica coesistenza nell'ordinamento internazionale dei due principi entrambi di portata*

---

<sup>138</sup> Cfr. par.5.

*generale, consegue come logico corollario, che l'eventuale conflitto, laddove essi vengano contemporaneamente in rilievo, debba risolversi sul piano sistematico del coordinamento e sulla base del criterio del bilanciamento degli interessi, dandosi prevalenza al principio di rango più elevato e di jus cogens, quindi alla garanzia che non resteranno impuniti i più gravi crimini lesivi dei diritti inviolabili di libertà e dignità della persona umana, «per il suo contenuto assiologico di meta-valore» nella comunità internazionale, rispetto agli interessi degli Stati all'uguaglianza sovrana e alla non interferenza, rappresentando la violazione di quei diritti fondamentali «il punto di rottura dell'esercizio tollerabile della sovranità», in altre parole l'«abuso di sovranità» dello stato.» (par.6)*

La Cassazione ha dunque deciso, statuendo il seguente principio di diritto:

*“Non sussiste la giurisdizione penale dello Stato italiano né quella dello Stato territoriale, bensì quella esclusiva degli Usa, Stato di invio del personale militare partecipante alla Forza Multinazionale in Iraq, in applicazione del principio di diritto internazionale consuetudinario della «immunità funzionale» o ratione materiae dell'individuo-organo dello Stato estero dalla giurisdizione penale di un altro Stato, per gli atti eseguiti iure imperii nell'esercizio dei compiti e delle funzioni a lui attribuiti: principio non derogabile nella specie, per l'assenza nelle circostanze e modalità del fatto contestato delle caratteristiche proprie della «grave violazione» del diritto internazionale umanitario con particolare riguardo alla non configurabilità nel caso concreto di un «crimine contro l'umanità» o di un «crimine di guerra»”.*

Occorre peraltro menzionare come la stessa corte di Cassazione, successivamente, abbia avuto modo di ritornare sulla propria giurisprudenza di merito, per disconoscerne gli esiti cui si era pervenuti in precedenza, con la sentenza<sup>139</sup> emanata a chiusura del caso “*Abu Omar*”<sup>140</sup>.

---

<sup>139</sup> Cfr. Cassaz. Penale sez.V, n.46340 del 29/11/2012.

<sup>140</sup> Il caso riguardava il sequestro di persona di Nasr Osama Mustafà, noto Abu Omar, cittadino egiziano e imam nella moschea di Milano, sequestrato nel Febbraio 2003 da agenti dei servizi

Essa, dopo aver operato un'attenta rassegna dell'immunità consolare e di quella funzionale<sup>141</sup>, ne ha escluso l'applicabilità nei confronti dei ricorrenti (due agenti della CIA operanti in Italia in qualità di agenti consolari statunitensi) e ne ha disconosciuto la vigenza a titolo di norma consuetudinaria.

In prima analisi, ha contestato le tesi dei ricorrenti secondo cui si sarebbe dovuto riconoscere che le norme sull'immunità consolare non fossero altro che attuazione di una particolare norma consuetudinaria riconducibile al brocardo "*par in parem non habet iurisdictionem*", non potendo sottoporre l'individuo-organo di uno Stato sovrano alla giurisdizione di un altro Stato per gli atti eseguiti *iure imperii*. La Corte ha rigettato la tesi perché

*"(...) come rilevato anche da dottrina autorevole, non è ravvisabile nel diritto internazionale un principio consuetudinario di tal genere; esiste un principio di immunità dalla giurisdizione civile degli Stati sovrani (...) ma da tale immunità non può farsi derivare una immunità dalla giurisdizione penale (...)"*.

In subordine si è posta il quesito circa l'effettiva sussistenza nel diritto internazionale di una norma consuetudinaria atta a garantire l'immunità anche penale all'individuo-organo di uno Stato sovrano, anche quando non si tratti di agenti diplomatici e/o consolari e di alte cariche dello Stato. Appurato che la dottrina sul punto sia divisa

*"(...) perché accanto ad Autori che riconoscono l'esistenza di una norma consuetudinaria di tal genere, ve ne sono altri che ne riconoscono l'esistenza soltanto per le attività autorizzate dallo Stato straniero sul cui territorio vengono poste in essere ed altri ancora che hanno sostenuto che il beneficio della immunità è riconosciuto da norme specifiche*

---

segreti statunitensi e trasferito forzosamente in Egitto, ove venne recluso, interrogato e torturato, nell'ambito di un più ampio piano di lotta al terrorismo globale consistente nella cattura e trasferimento di presunti terroristi islamici verso i propri paesi d'origine ove non avrebbero goduto delle garanzie processuali riconosciute nei paesi occidentali (cd. *extraordinary renditions*).

<sup>141</sup> Cfr. sentenza *cit.* §23.



*soltanto ad alcune categorie di organi nell'esercizio delle funzioni tipiche del proprio ufficio (...)”*,

la Corte ha optato per l'ultima interpretazione in quanto “tiene conto della evoluzione dei rapporti internazionali di cui si è detto e di cui sono valido esempio proprio la Convenzione NATO e la Convenzione di Vienna sulle immunità consolari”.

A sostegno delle proprie tesi essa ha citato l'esempio della prassi in materia di SOFA, considerata sintomatica dello stato di incertezza del diritto internazionale in tale ambito e della volontà degli Stati di cautelarsi in caso di incidenti intervenuti all'estero:

*“(...) in tale situazione ritenere la esistenza di una norma consuetudinaria appare non corretto perché non sussiste una giurisprudenza consolidata, non sono ravvisabili continue e concordanti dichiarazioni ufficiali degli Stati e non vi è univoca interpretazione dottrinale (...) si può concludere che il trattamento applicato in materia si presenta con tali discontinuità da non consentire la ricognizione di una norma di portata generale (...)”*.

Inoltre la Corte fa proprie le tesi di quella parte della dottrina secondo cui la *human rights exception* costituirebbe un limite invalicabile alle regole in materia di immunità dalla giurisdizione, non potendosi eccepire la vigenza delle suddette norme in caso “*extraordinary renditions*, che rende la condotta posta in essere dagli imputati contraria al diritto umanitario, posto che la tortura è bandita non solo dalle leggi europee (CEDU), ma anche dalle convenzioni delle Nazioni Unite<sup>142</sup>.

*In summa*, con la suddetta pronuncia, la Cassazione sembra considerare la sentenza “*Lozano*” alla stregua di “incidente di percorso”, dovendosi intendere insussistente una norma di diritto consuetudinario in tema di immunità funzionale degli individui-organo di uno Stato.

---

<sup>142</sup> “Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici” del 1966 e “Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti”, del 1984.

Tuttavia si ritiene che le posizioni espresse dalla V sezione, per quanto autorevoli, non siano perfettamente adattabili alla fattispecie in analisi.

Esse infatti sono state originate da uno specifico contesto fattuale (quello della sanzione dell'illecita condotta di *extraordinary rendition* posta in essere dagli agenti statunitensi) che si pone in contrasto con le norme sulla tutela dei diritti umani tutelate nei diversi strumenti convenzionali summenzionati.

Il caso dei due Marò, invece, è differente: laddove fosse dimostrato che la sparatoria sia effettivamente intervenuta, cagionando la morte dei due pescatori indiani, si tratterebbe di reato comune, non giustificante una particolare eccezione alla regola immunitaria, come si è visto nella giurisprudenza “*Lozano*”.

Inoltre l'impatto dell'esempio degli accordi SOFA addotto dalla Suprema Corte quale elemento sintomatico di un'insussistenza in materia di una regola immunitaria consuetudinaria, è trascurabile se si ritiene, come si avrà modo di approfondire in seguito, che il caso di specie non rientri nell'ambito dell'immunità dei “corpi di truppa all'estero”, bensì nel più generale ambito di immunità funzionale degli agenti/organo.

Peraltro si ritiene comunque valido il principio enunciato dalla sentenza “*Blaskic*”, nonché dalla già menzionata giurisprudenza internazionale.

Cercando di riassumere, si è avuto modo di notare come sussista tuttora un grande clima di incertezza con riferimento al regime giuridico dell'immunità funzionale degli individui-organo, specificamente dei militari all'estero, che va a detrimento della certezza del diritto e che necessiterebbe urgentemente di un intervento di codificazione che prenda chiaramente posizione in un senso o nell'altro.

Ad opinione di chi scrive, è innegabile come, per quanto la dottrina dia adito ad una serie di soluzioni divergenti fra di loro, soprattutto con riferimento a modalità di funzionamento e *ratio* della norma, non si possa escludere la vigenza allo stato attuale del diritto internazionale, di una norma di immunità dalla giurisdizione straniera in favore degli individui-organi di uno Stato che, nell'esercizio delle proprie funzioni, sarebbero esentati da responsabilità di carattere civile o penale, fatte salve le eccezioni codificate per mezzo delle convenzioni di diritto internazionale umanitario (le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, lo Statuto

della CPI e dei Tribunali penali internazionali ad hoc) o di diritto privato (es. le Convenzioni di Basilea del 1972 e di New York del 2004).

Tale conclusione, pur se messa in discussione da una prassi giurisprudenziale interna ondivaga e incerta, è corroborata dalla giurisprudenza dei principali tribunali internazionali.

La natura della stessa andrebbe ricondotta nell'alveo di una norma generale di immunità degli Stati dalla giurisdizione, la quale si declina concretamente nelle varie circostanze fattuali a tutela degli individui-organo, dei quali lo Stato si serve necessariamente per esternare la propria volontà di azione nell'ambito delle relazioni internazionali; se ne dovrebbe giustificare la sussistenza in ossequio al rispetto dei principi di sovranità, eguaglianza e di indipendenza degli Stati, nonché di non ingerenza.

È evidente peraltro come la parziale ricognizione teorica sin qui operata non si adatti perfettamente al caso concreto in analisi, soprattutto con riferimento all'ultimo aspetto dell'immunità per i corpi di truppa all'estero: i due Marò infatti si trovavano a bordo di una nave italiana, in un'area sottoposta a giurisdizione funzionale di uno Stato straniero e pertanto non sarebbero equiparabili al caso di "corpi di truppa all'estero".

Si dovrà dunque affrontare la questione cercando di ragionare sugli elementi concreti della fattispecie, alla luce di quanto premesso a livello teorico, cercando di evidenziare, qualora vi fossero, gli elementi che giustificerebbero la pretesa italiana volta ad attestare la sussistenza dell'immunità funzionale in favore dei propri militari.

### **3.5. L'immunità funzionale nella controversia Italia-India**

Appare ora necessario soffermarsi sulla rilevanza che la questione dell'immunità funzionale ha assunto nel caso concreto, con riferimento alle statuizioni contenute nelle sentenze emanate dall'Alta corte del Kerala e dalla Corte Suprema di New Delhi.

### Sentenza dell'Alta Corte del Kerala

A fronte della *writ petition* presentata dai legali di parte, circa la possibilità di riconoscere in favore dei militari italiani la sussistenza della regola dell'immunità sovrana dalla giurisdizione penale indiana, la Corte ha optato per il rigetto della stessa (punti 47-48 della sentenza).

In primo luogo, essa ha ritenuto di non potersi pronunciare in via preliminare sulle questioni sollevate dall'accusa circa la presunta natura privatistica del rapporto di lavoro sussistente tra i due militari e l'armatore, che a detta dei convenuti si desumerebbe dall'articolo 2 dell'Addendum alla Convenzione<sup>143</sup> (quest'ultima allegata al Protocollo d'intesa stipulato dal Ministero della Difesa e l'associazione degli Armatori (CONFITARMA) nell'ottobre del 2011), in base al quale i militari avrebbero operato a bordo di una nave privata nell'interesse esclusivo dell'armatore, soggetto di diritto privato, e sarebbe pertanto da escludere l'applicabilità in loro favore della regola immunitaria.

Successivamente ha preso in considerazione la condizione dei Marò, assimilandoli alla categoria di "corpi di truppa all'estero", la cui legittima presenza nel territorio dello Stato straniero è subordinata alla presenza/assenza di un espresso accordo tra lo Stato ricevente e lo Stato d'invio.

Pur riconoscendo che nel caso concreto non ci fosse stato alcun "ingresso" sul territorio indiano da parte dei militari, ha tuttavia ritenuto che

*"a merciless attack of gunshots at fishermen, while passing through the CZ/EEZ of India, breaching all established guidelines and norms, and without any cause, can be treated only as a case of brutal murder and can in no way be masqueraded as a discharge of the sovereign functions".*

---

<sup>143</sup> "Art. 2 – Quota giornaliera di utilizzo.

*Per assicurare lo svolgimento dell'attività, l'armatore aderente procederà, in aggiunta a quanto previsto al par. 2.2 della Convenzione, al rimborso degli oneri connessi con l'impiego degli NMP, incluse le spese accessorie per il personale, il funzionamento e il sostegno logistico in area, pari ad una quota giornaliera di utilizzo, a bordo, a persona di Euro 467,00."*

La Corte ha inoltre statuito che l'esercizio da parte dei soldati di atti illeciti posti in essere al di fuori delle funzioni militari, giustifica la pretesa dello Stato "leso" circa l'esercizio della propria giurisdizione penale.

Ad avviso del Giudicante, inoltre, i militari erano da ritenere come posti sotto il controllo del Capitano della nave, un civile, non essendo riscontrabile nella catena di comando un Ufficiale superiore in grado, abilitato ad impartire loro ordini diretti. Inoltre, non potendosi ravvisare nel caso di specie alcuna legittimazione "*to shoot and kill any person, even in cases of piracy attacks*" né da parte del diritto internazionale, né per ordine di un superiore (non risultando dai registri di bordo a disposizione della Corte, alcun ordine proveniente dal Capitano della Lexie o da qualunque altra autorità) tale da escluderne la responsabilità in virtù dell'applicazione dell'immunità sovrana, gli atti dei due militari non sono stati ritenuti coperti da alcuna norma di immunità, non essendo "*neither an action in defence of the State nor one in defence of the vessel, but a private, illegal and criminal act*".

Tralasciando ogni considerazione in relazione ad un atteggiamento del Giudicante che appare evidentemente ostile nei confronti dei ricorrenti, le soluzioni cui si perviene appaiono fortemente criticabili.

All'inizio della propria ricognizione, il giudice non ha ommesso, correttamente, di ricordare (punto 47) che il contesto processuale in cui si poneva il giudizio non ammetteva valutazioni di merito, ma fosse da valutarsi in via prognostica, sulla base delle mere evidenze e delle circostanze fattuali *prima facie* rilevabili dalle autorità di polizia locale.

Tuttavia, l'iniziale prudenza d'atteggiamento, che aveva condotto lo stesso a rigettare la questione della natura del rapporto di lavoro subordinato dei ricorrenti, è radicalmente mutata nei successivi passaggi argomentativi.

Come sia stato possibile ritenere, sulla base di prove non prodotte in un giudizio preliminare quale quello in questione, che i militari avessero sparato, intenzionalmente verso il peschereccio indiano, e che dall'azione fosse derivata come conseguenza la morte dei due pescatori, rimane arduo da comprendere.

In subordine, la Corte cade nell'erronea convinzione di assimilare la situazione dei militari italiani a quella dei corpi di truppa stanziati all'estero, riconoscendo peraltro come non sia avvenuta alcuna forma di "ingresso" nel territorio indiano.

Delle due l'una: *tertium non datur*.

La condizione dei militari all'estero, come si è avuto modo di evidenziare in precedenza, risulta caratterizzata da un preciso contesto politico-fattuale: devono sussistere gli elementi del consenso dello Stato territoriale (espresso attraverso degli accordi *ad hoc* quali i SOFA o implicitamente desumibile da una sorta di "acquiescenza tacita") nonché la presenza fisica del contingente di truppa nel territorio dello Stato ospitante.

Dal momento che nel caso di specie i militari si trovavano a bordo di una nave battente bandiera italiana, che navigava nella zona contigua/ZEE indiana, che non può essere considerata per le ragioni esposte nel capitolo precedente, "territorio" indiano, essendo zona a sovranità funzionale<sup>144</sup>, esso non può farsi rientrare nella casistica dei "corpi di truppa all'estero".

Infine merita un approfondimento della questione legata alla "catena di comando". Il Giudice indiano travisa totalmente la situazione giuridica vigente sulla nave, laddove la legge italiana n.130/2011 è chiara nello specificare, all'articolo 5 comma 2 come

*"il personale militare componente i nuclei di cui al comma 1 oper[i] in conformità alle direttive e alle regole di ingaggio emanate dal Ministero della Difesa. Al comandante di ciascun nucleo, al quale fa capo la responsabilità esclusiva dell'attività di contrasto militare alla pirateria, e al personale da esso dipendente sono attribuite le funzioni, rispettivamente, di ufficiale e di agente di polizia giudiziaria riguardo ai reati di cui agli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e a quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale".*

---

<sup>144</sup> A tal proposito, è interessante notare come il giudice in tal caso si sia ben guardato dall'assimilare a territorio indiano la zona contigua/ZEE, per quanto, con riferimento alla questione della *jurisdiction* precedentemente trattata, non abbia adottato lo stesso criterio di ragionamento.

I militari, dunque, in virtù della norma di diritto interno, sono sottoposti al proprio superiore gerarchico, anch'esso un militare imbarcato sulla nave, che ha competenza e responsabilità esclusiva per le attività di contrasto militare alla pirateria, restando ogni altra competenza nella disponibilità del Capitano della nave.

Tale rigida suddivisione delle competenze tra militari/civili è ancora più marcata se raffrontata con il regime di vigilanza privata, entrato in vigore a seguito dell'adozione del decreto del Ministero dell'Interno n.266/2012, con cui si è data piena attuazione anche al regime di protezione da parte di guardie giurate private, essendo queste ultime chiamate a svolgere il proprio servizio sotto la direzione del Comandante della nave (art.9).

I due Marò, inoltre, devono essere considerati come veri e propri organi dello Stato italiano, in virtù della norma di legge che li assegna “al servizio di protezione diretta di navi mercantili nazionali da atti di pirateria o depredazione armata”, funzione che deve essere considerata a tutti gli effetti finalizzata al perseguimento di un interesse pubblico dello Stato italiano, coincidente con la protezione dei navigli commerciali battenti la propria bandiera ed in transito nell'*High risk area*.

### Sentenza della Corte Suprema

A differenza del *dictum* della Corte del Kerala, la Corte Suprema trascura totalmente la questione dell'immunità funzionale dei militari, nonostante la sentenza riporti le posizioni ufficiali della parte indiana (punti 66-70), riconducibili ad un atteggiamento di forte contrarietà circa l'esistenza di un principio di diritto internazionale consuetudinario volto a riconoscere la sussistenza di una norma di immunità sovrana in favore dei due militari: l'assenza di un'*opinio juris* sufficientemente ampia da giustificare l'esistenza di una consuetudine, conduce il governo Indiano ad affermare che il regime sia puramente interno, riconoscendo che “(...) *each country delimits for itself the bounds of sovereign immunity. Each creates for itself the exceptions from it (...)*”,

e concludendo quindi che il regime immunitario vada ricostruito sulla base delle norme del diritto nazionale.

Una chiave di lettura, in grado di giustificare il “silenzio” della Corte Suprema sul punto, potrebbe individuarsi nella criptica formula di chiusura contenuta ai punti 101-102, ove si lascia “aperta” la soluzione delle questioni di giurisdizione e di immunità, “laddove venisse provato che al caso di specie debbano applicarsi le disposizioni dell’articolo 100 UNCLOS”.

Pur non avendo disconosciuto la qualifica ufficiale rivestita dai due militari, la Corte sembrerebbe prudentemente astenersi dal formulare ogni analisi sul merito della questione dell’immunità, volendo rimetterne la decisione alla *Special Court* all’uopo istituita: giova ricordare, infatti, che la pronuncia della Corte di Nuova Delhi è puramente pregiudiziale<sup>145</sup>.

La grande importanza che riveste l’articolo 100 nella lettura della vicenda datane dalla *Supreme Court* potrebbe così dunque decifrarsi: laddove venisse provato che, realmente, il contesto in cui l’incidente è avvenuto, fosse da ascrivere ad un atto di pirateria operato da parte della nave battente bandiera indiana e, allo stesso tempo, che i militari avessero sparato in direzione del naviglio straniero in “protezione da un attacco”, verrebbe implicitamente loro riconosciuta l’immunità funzionale in quanto esercenti una pubblica attività per conto dello Stato d’invio.

Viceversa, qualora fosse provato che i colpi d’arma da fuoco esplosi dalla Lexie verso il peschereccio St. Anthony, fossero il frutto di negligenza, imprudenza o imperizia dei militari o, nella peggiore delle ipotesi, di comportamento doloso, sarebbe da escludersi la sussistenza della norma immunitaria, in quanto atti posti in essere *ultra vires*, al di fuori delle funzioni ufficiali cui gli individui-organi sono stati assegnati dallo Stato di appartenenza.

Con riferimento al fenomeno dell’ “eccesso di potere”, la vigenza a livello di diritto internazionale di una norma in grado di assicurare l’immunità funzionale

---

<sup>145</sup> Cfr. punto 102 ove si afferma che: “*It is made clear that the observations made in this judgment relate only to the question of jurisdiction prior to the adducing of evidence and once the evidence has been recorded, it will be open to the Petitioners to re-agitate the question of jurisdiction before the Trial Court which will be at liberty to reconsider the matter in the light of the evidence which may be adduced by the parties and in accordance with law (...)*”.



anche in tale caso, parrebbe controversa<sup>146</sup>; tuttavia si potrebbe ipotizzare<sup>147</sup> che, essendo l'atto *ultra vires* tale in quanto, costituendo un eccesso dei poteri conferiti ad un soggetto, si pone in una situazione di anti giuridicità rispetto alle norme che ne definiscono il mandato, ed essendo gli atti posti in essere dai fucilieri di marina quantomeno "contigui" al compito di "protezione militare del naviglio commerciale in funzione antipirateria", l'uccisione dei pescatori indiani, poiché contemplata indirettamente dal legislatore stesso a titolo di scriminante<sup>148</sup>, non costituisca atto all'infuori del mandato conferito dalla legge n.130/2011.

L'unica eccezione in tal senso è prevista nel caso di eccesso colposo delle regole di ingaggio o delle direttive impartite, nel qual caso troveranno applicazione le disposizioni sui delitti colposi se il reato è punibile a tal titolo.

Non è previsto che la scriminante non operi in virtù di trasgressione delle norme di mandato, dovute ad errore.

Ricapitolando alla luce delle considerazioni fin qui svolte, i due Marò, imbarcati su un mercantile di proprietà di una compagnia privata, sono due ufficiali dello Stato italiano operanti nell'esercizio di atti *jure imperii* per conto dello stesso.

Si ritiene che ad essi debba riconoscersi l'immunità funzionale dalla giurisdizione indiana per gli atti funzionalmente riconducibili ad una finalità pubblicistica, in quanto organi di uno Stato sovrano che ne disponeva l'imbarco sulle navi commerciali a protezione delle stesse, incontestabile obiettivo di carattere pubblicistico perseguito dal legislatore nazionale.

Essi sarebbero immuni in virtù di una norma di protezione degli individui-organi, riconducibile al più ampio fenomeno dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione (la cui *ratio* si ritiene riscontrabile in quel rispetto della sovranità e indipendenza di uno Stato straniero, che ogni membro della comunità internazionale dovrebbe mantenere) e non perché assimilabili ai corpi di truppa all'estero, dimostrato che

---

<sup>146</sup> Cfr. Tomonori, *The individual as beneficiary of State immunity. Problems of attribution of ultra vires conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2001.

<sup>147</sup> Cfr. Busco e Fontanelli, *op.cit.*, p.37 ss.

<sup>148</sup> Si prevede una scriminante specifica per i NMP, inserita all'articolo 4 c.1-sexies e 1-septies del decreto legge 152/2009, convertito con modificazioni dalla legge 197/2009: "non è punibile il militare che (...) in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari". Oltre a tale *lex specialis*, resta valida l'applicabilità della scriminante generale della legittima difesa ex art.52 c.p.

essi non si trovavano all'interno del territorio di uno Stato straniero, bensì su nave battente bandiera italiana ("territorio fluttuante italiano") che navigava nella zona contigua/ZEE indiana, sottoposta a poteri funzionali dello Stato costiero.

Resta aperta la questione della protezione derivante dalle regole d'immunità di una condotta eventualmente posta in essere *ultra vires*, che potrebbe portare ad un disconoscimento della regola immunitaria in favore dei militari, qualora dai riscontri probatori prodotti in giudizio dovesse emergere che l'incidente non è frutto di un errore o negligenza dei due Marò, bensì condotta teleologicamente orientata a cagionare un danno ingiusto nei confronti di inermi cittadini stranieri.

La soluzione del quesito si potrà avere solo all'esito della celebrazione di un processo che, ad opinione dello scrivente, dovrebbe svolgersi dinanzi ad una giurisdizione arbitrale internazionale terza e imparziale (i cui caratteri verranno delineati nel prossimo capitolo), in virtù della giurisdizione concorrente che sussisterebbe con riferimento all'incidente prodottosi nel febbraio 2012, come evidenziato nel capitolo precedente.

## **CAPITOLO IV: PROSPETTIVE DI SOLUZIONE GIURISDIZIONALE DELLA CONTROVERSIA ITALIA-INDIA**

### **4.1. Premessa**

L'analisi fin qui operata ha permesso di inquadrare nel contesto giuridico internazionale di riferimento, le questioni di rilievo emergenti dall'incidente accaduto al largo delle coste Indiane.

Si è avuto modo di riscontrare come le posizioni dei due Stati coinvolti nella disputa siano sostanzialmente divergenti, soprattutto con riferimento all'interpretazione delle disposizioni normative della Convenzione di Montego Bay: si può pertanto parlare dell'esistenza, fra i due soggetti Statali in questione, di una controversia internazionale<sup>149</sup>, che va risolta, pacificamente, attraverso l'impiego degli strumenti messi a disposizione delle parti contraenti, contenuti nella parte XV (artt.279-299) del trattato e nell'allegato VII alla convenzione, disciplinante l'arbitrato internazionale.

### **4.2. Il meccanismo di risoluzione delle controversie nella Convenzione UNCLOS**

Uno dei risultati di maggior pregio raggiunti dalla Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del Mare è stato l'aver predisposto un articolato sistema di risoluzione delle controversie che fossero sorte con riferimento all'interpretazione o all'applicazione delle disposizioni della Convenzione del 1982.

---

<sup>149</sup> Una storica definizione di "controversia" è quella sancita dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso "*The Mavrommatis Palesatine Concessions – Greece v. UK*" del 1924: "*disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons*".

Storicamente, infatti, i precedenti tentativi di istituire un tale meccanismo si erano dovuti arrestare dinanzi alle resistenze delle parti contraenti, restie ad assentire ad un sistema che ne vincolasse l'operato rivestendo lo stesso di un disvalore di carattere giuridico.

Ciò era accaduto sia nel corso della "Conferenza per la codificazione del diritto internazionale" tenutasi nel 1930 all'Aja, patrocinata dalla Società delle Nazioni, in cui si ipotizzò l'inserimento di una clausola di risoluzione delle controversie nei lavori preparatori per una bozza di convenzione sul regime del mare territoriale, poi naufragata, ma anche in sede di *drafting* della "Prima conferenza ONU sul diritto del mare" conclusasi a Ginevra con la firma delle quattro convenzioni del 1958. In particolare con riferimento a quest'ultima, i negoziati svoltisi sotto la guida dei tecnici della Commissione di Diritto Internazionale, condussero all'adozione di un protocollo addizionale e facoltativo contenente disposizioni in materia di composizione amichevole delle controversie sorte sull'interpretazione e applicazione delle norme dei trattati.

Il sistema istituito dalla Convenzione del 1982 è invece radicalmente innovativo, in quanto fondato su tre pilastri fondamentali: l'obbligatorietà, la libertà di scelta e la flessibilità. Gli Stati contraenti, infatti, pur essendo tenuti all'adempimento di un generico obbligo di risoluzione pacifica delle controversie fra di essi insorte (art.279), rimangono liberi, in linea di principio, di accordarsi su qualsiasi mezzo di composizione amichevole che preferiscano, sia esso sancito dalle disposizioni della Convenzione (cd. "compromesso di Montreux<sup>150</sup>") o riconducibile ad accordi esterni (quali accordi regionali o bilaterali, precedenti o successivi al sorgere della lite).

Il meccanismo regolatore è disciplinato dagli articoli 279-299, riconducibili alla parte XV del trattato e raggruppati in 3 sezioni: la prima contenente disposizioni di carattere generale (art.279-285), la seconda disciplinante le procedure

---

<sup>150</sup> Con tale locuzione si intende la formula di compromesso suggerita da parte del delegato olandese, il professor Riphagen, il quale, per far fronte allo stallo negoziale circa la scelta del tribunale cui assegnare la potestà giurisdizionale di rendere decisioni vincolanti in caso di controversie sull'interpretazione e applicazione delle norme convenzionali, propose di concedere agli Stati di indicare in sede di stipula, la procedura favorita tra le quattro proposte. Sulla falsariga dell'iniziale proposta del R. venne poi elaborato l'attuale testo normativo dell'articolo 287. Per un'analisi più approfondita cfr. Nordquist ed., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: a commentary*, 2002, p.40 ss.

obbligatorie a disposizione delle parti per risolvere le controversie attraverso decisioni vincolanti (art. 286-296) e l'ultima che individua limiti ed eccezioni all'applicabilità della sezione 2 (art.297-299).

La Sezione 1 si apre con l'articolo 279 che sancisce l'obbligo delle parti contraenti di “giungere alla soluzione di qualsiasi controversia sorta tra di loro relativa all'interpretazione o all'applicazione della presente convenzione, con mezzi pacifici conformemente all'articolo 2, paragrafo 3, della Carta delle Nazioni Unite e, a tale scopo, devono cercarne la soluzione con i mezzi indicati all'articolo 33, paragrafo 1, della Carta”.

I riferimenti operati dalla disposizione convenzionale a due norme “esterne”, sancenti obblighi di carattere generale inderogabili<sup>151</sup>, sono specifici e puntuali e generano una serie di conseguenze rilevanti: in primo luogo il riferimento all'articolo 2 par.3<sup>152</sup>, comporta un'estensione soggettiva della portata applicativa di tale obbligo anche agli Stati, firmatari della Convenzione, che non siano membri dell'ONU; in subordine il richiamo ai soli “mezzi” di cui all'articolo 33 par.1<sup>153</sup>, piuttosto che all'intera norma, permette di non limitare il ricorso ai suddetti strumenti ai soli casi in cui “la continuazione di una controversia sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale”: ai sensi dell'articolo 279, dunque, ogni disputa concernente l'interpretazione o l'applicazione delle norme della convenzione, deve essere risolta tramite il ricorso a mezzi pacifici, sia che metta a repentaglio i beni giuridici suddetti, sia che non costituisca una minaccia di tale portata.

L'articolo 280 pone in evidenza la totale libertà di cui godono gli Stati contraenti nella scelta del mezzo più idoneo a risolvere le divergenze sorte in relazione all'interpretazione o applicazione delle disposizioni convenzionali: essi infatti, beneficiano del “diritto di concordare in qualunque momento di giungere alla soluzione, con un mezzo pacifico di loro scelta, di una controversia tra loro insorta”.

---

<sup>151</sup> Cfr. art.103 Carta ONU.

<sup>152</sup> *“I Membri devono risolvere le loro controversie internazionali con mezzi pacifici, in maniera che la pace e la sicurezza internazionale, e la giustizia, non siano messe in pericolo”.*

<sup>153</sup> *“Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni od accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta”.*

Da quanto esposto, emergerebbe dunque come l'obiettivo fondamentale perseguito dal legislatore internazionale, fosse quello di garantire la composizione pacifica delle controversie con qualsiasi mezzo, risultando gli strumenti delineati dalla parte XV quale *extrema ratio* cui accedere in caso di impossibilità di provvedere diversamente.

La portata "residuale" delle disposizioni della suddetta parte, è ricavabile anche da una lettura combinata degli articoli 281 e 282: nel primo caso si prevede infatti che "le procedure della presente parte si applic[hi]no solo nel caso in cui non si sia raggiunta una soluzione con il ricorso a tali mezzi [pacifici di soluzione scelti liberamente dalle parti] e l'accordo tra le parti non escluda qualsiasi ulteriore procedura".

Ai sensi dell'art.282 invece, la sussistenza di accordi generali, regionali o bilaterali o di altro tipo, con cui le parti abbiano concordato di comporre la controversia intervenuta tra esse, tramite l'emanazione di una decisione obbligatoria, hanno la prevalenza sulle procedure *ex parte* XV UNCLOS.

Il secondo obbligo fondamentale posto a carico degli Stati contraenti, dopo quello *ex* 279, è statuito all'articolo 283 par.1, ove si prevede che tra essi intervengano "senza indugio scambi di vedute sulla soluzione della controversia attraverso negoziati o altri mezzi pacifici".

Tale obbligo non è limitato al solo momento in cui scaturisca una divergenza interpretativa, tanto che al par.2 si specifica come "le parti procedono senza indugio ad uno scambio di vedute ogni volta che si ponga fine ad una procedura di soluzione della lite senza una soluzione, o quando una soluzione sia stata raggiunta e le circostanze esigono delle consultazioni sul modo di attuare la soluzione".

Il termine "scambio di vedute" è descrittivo, non tecnico.

Esso implica che le parti si scambino le proprie opinioni su una determinata questione, attraverso comunicazioni diplomatiche o informalmente, tramite canali privati.

Lo scambio può considerarsi completato quando il secondo Stato esprime il proprio punto di vista sulla questione, in risposta a quella del primo o decide di

rimanere silente per un periodo ragionevole di tempo dal momento in cui ha ricevuto la prospettazione della controparte.

La giurisprudenza del Tribunale Internazionale per il Diritto del Mare (ITLOS), ha avuto modo di chiarire come il concetto di *exhaustion* di tale strumento abbia portata essenzialmente soggettiva, nel senso che ciascuno Stato può, a propria discrezione, sancire il limite oltre il quale la fase “consultiva” sia da considerarsi conclusa, facendone dichiarazione esplicita nei riguardi della controparte.

Nel caso “*Southern Bluefin Tuna*” deciso nel 1999, avente ad oggetto la controversia instauratasi tra Australia e Nuova Zelanda come ricorrenti e Giappone in qualità di convenuto, la corte ebbe modo, accettando le tesi delle parti attrici, secondo cui erano già stati esperiti i rimedi preliminari *ex art.283*, di statuire come “*a State party is not obliged to pursue procedures under Part XV, section 1, of the Convention when it concludes that the possibilities of settlement have been exhausted*” (par.60).

Anche nel successivo caso “*MOX Plant (provisional measures) – Ireland v.Uk*” del 2002, alle doglianze del Regno Unito, secondo cui la corrispondenza intervenuta tra le parti non potesse assurgere al rango di “scambio di vedute” e che la Repubblica d’Irlanda avesse respinto le richieste britanniche di attivare le consultazioni *ex art.283*, l’ITLOS, ribadendo la propria massima giurisprudenziale, sancì che “*in the view of the Tribunal, a State party is not obliged to continue with an exchange of views when it concludes that the possibilities of reaching agreement have been exhausted*” (par.60).

La *ratio* della suddetta disposizione, considerata da parte della dottrina<sup>154</sup> come atipica per la prassi in uso (volta alla ricerca del compromesso politico-diplomatico piuttosto che ad una presa di posizione giuridica), sembrerebbe quella di mettere al riparo lo Stato convenuto da eventuali “sorprese”, quale quella di vedersi convocare in giudizio dinanzi ad un organo giurisdizionale o arbitrale in

---

<sup>154</sup> Cfr. Anderson, *Article 283 of the UNCLOS*, in *Law of the sea, environmental law and settlement disputes*, 2007, p.865. Secondo l’A., infatti, nella prassi delle relazioni internazionali, al sorgere di una lite fra due Governi, si attiverebbero immediatamente i canali diplomatici, volti a chiarificare le rispettive posizioni: difficilmente i colloqui bilaterali avrebbero ad oggetto le modalità di composizione giuridica della controversia, quanto piuttosto si propenderebbe per l’individuazione dei temi focali oggetto del contendere sui quali si cercherebbe, attraverso la mediazione ed il compromesso, di appianare le divergenze interpretative su un piano eminentemente politico, attento a non danneggiare i rapporti bilaterali fra i due paesi.

grado di emanare un provvedimento avente carattere vincolante, senza avere la possibilità di prepararsi.

Lo Stato firmatario della Convenzione che, imputando ad un altro la violazione di talune disposizioni in tema di diritto del mare, volesse convenirlo in giudizio dinanzi ad un organo terzo ed imparziale, così come stabilito ai sensi dell'articolo 287, dovrebbe prima esperire i rimedi di cui all'articolo 283, che deve pertanto essere considerata quale vera e propria condizione preliminare, la cui mancanza potrebbe essere invocata in un successivo giudizio a titolo di eccezione di inammissibilità, da parte del convenuto.

Tale "condizione di procedibilità" si limiterebbe dunque ad un semplice scambio di consultazioni, svolto tempestivamente (*promptly* nel testo inglese della norma); non necessita di lunghi colloqui bilaterali volti a trovare il punto giuridico della questione, né tanto meno si estende a negoziati politico-diplomatici: per tale motivo essa non va confusa con un obbligo di negoziare, che è solo una fase eventuale e successiva al suddetto scambio di vedute.

Senza necessità di approfondire le norme sulla conciliazione volontaria (art.284-285), di cui le parti possono servirsi per comporre le loro divergenze giuridiche, affidando la definizione delle stesse ad una commissione conciliativa che, agendo in conformità all'allegato V UNCLOS emana un rapporto non vincolante, occorre soffermarsi sulla sezione seconda, rubricata "procedure obbligatorie sfocianti in decisioni vincolanti".

Prima che una parte possa esperire un simile rimedio, devono essere adempiute due condizioni preliminari, ribadite all'articolo 286, ove si specifica che le parti possono sottoporre, alla corte o al tribunale competenti, la controversia solo in caso di mancato raggiungimento di una soluzione "volontaria", così come previsto alla sezione 1, e salva l'applicazione della sezione 3, disciplinante i casi in cui la sezione in analisi non si applica automaticamente (art.297) o in virtù di una facoltà esercitabile a discrezione degli Stati contraenti (cd. "eccezioni facoltative", art.298).

Una volta adempiuti tali prerequisiti, uno Stato può attivare unilateralmente uno dei rimedi aventi carattere obbligatorio e culminanti in provvedimenti vincolanti, così come disposto dall'articolo 287:



*“al momento della firma, della ratifica o dell’adesione alla convenzione o in un qualunque altro momento successivo, uno Stato è libero di scegliere, mediante una dichiarazione scritta, uno o più dei seguenti mezzi per la soluzione delle controversie relative all’interpretazione o all’applicazione della presente convenzione: a) ITLOS; b) Corte Internazionale di Giustizia; c) un tribunale arbitrale costituito conformemente all’allegato VII; d) un tribunale arbitrale costituito conformemente all’allegato VIII, per una o più delle categorie di controversie ivi specificate (...)”.*

La scelta di una formula così flessibile si rese giustificabile in virtù delle diverse esigenze emerse nel corso dei negoziati, culminati con il già citato “compromesso di Montreux”, raggiunto nel 1975 nella località in cui si tennero le riunioni del *Working Group’s weekend meeting*, riunitosi per trovare un punto di incontro tra le varie posizioni prospettate<sup>155</sup>: si decise pertanto di rimettere alla libera scelta dei contraenti, l’individuazione dell’organo cui devolvere le proprie controversie future.

In caso di mancata dichiarazione di scelta ai sensi del par.1, la norma istituisce un obbligo, formulato sotto forma di presunzione assoluta, tale per cui si ritiene che “lo Stato (...) parte di una controversia non coperta da una dichiarazione in vigore, abbia accettato l’arbitrato conformemente all’allegato VII” (par.3).

Il *favor arbitrati* espresso dal legislatore convenzionale è ulteriormente confermato dal fondamentale par.5, ove si specifica che “se le parti (...) non [abbiano] accettato la stessa procedura per la soluzione della controversia, questa [possa] essere sottoposta soltanto all’arbitrato conformemente all’allegato VII, salvo diverso accordo fra le parti”.

La scelta di investire tale organo della potestà giurisdizionale residuale è essenzialmente dovuta alla natura stessa di un arbitrato, più flessibile nelle

---

<sup>155</sup> Potevano individuarsi distintamente quattro differenti posizioni: il blocco dell’Europa occidentale insieme con i paesi latinoamericani che parteggiava per il deferimento alla CIG; i paesi in via di sviluppo, a causa di una sfiducia nei confronti di tale organo, considerato troppo filo occidentale, propendevano per l’istituzione di una nuova corte che fosse “specializzata” nella materia del diritto del mare (da cui la scelta di creare l’ITLOS); il blocco sovietico e la Francia che propendevano per una soluzione “flessibile” affidata ad un arbitrato; un quarto gruppo di Stati che prediligeva un approccio “funzionale” che stabilisse procedure speciali per ciascuna macro area su cui fosse sorta una disputa (pesca, navigazione, ricerca scientifica etc.).

modalità istitutive e di gestione dei lavori (scelta di parte dei membri e delle regole procedurali, segretezza, possibilità di procedere *ex aequo et bono*) e maggiormente apprezzato dagli Stati rispetto ad un organo giurisdizionale precostituito, che basandosi su ricostruzioni giuridiche opererebbe un'ingerenza sgradita negli affari interni di un Governo, non essendo in grado di cogliere le implicazioni politiche di una diatriba interstatale.

Il tribunale o la corte individuati dalle parti o di *default* dalle norme della convenzione, “[sono] competent[i] a conoscere di qualsiasi controversia relativa all’interpretazione o all’applicazione della presente convenzione, che sia [loro] sottoposta conformemente alla presente parte (...) [nonché] di ogni accordo internazionale in connessione con i fini della presente convenzione (...)” (articolo 288 par.1-2).

Essi sono inoltre competenti, laddove sorgesse una divergenza sulla questione di competenza, a decidere della propria (*compétance de la compétence*), così come sancito al par.4.

Nel valutare tali presupposti, il tribunale competente, secondo quanto sancito all’articolo 293, “applica le disposizioni della presente convenzione e le altre norme del diritto internazionale non incompatibili con la presente (...)” e, laddove sia a ciò specificamente autorizzato dalle parti in causa, giudica una controversia *ex aequo et bono*, vale a dire secondo equità, potendo prescindere dalla rigida osservanza delle norme giuridiche vigenti tra i controvertenti.

Una volta che un tribunale/corte sia stato adito conformemente alle procedure previste *ex art.287*, esso decide, su domanda di parte o *ex officio*, se il ricorso presentato “costituisc[a] un abuso delle vie legali o se esso [sia] prima facie fondato. Se il tribunale giudica che il ricorso costituisce un abuso delle vie legali o che esso è prima facie infondato, esso cessa di esaminare la domanda” (art.294 par.1).

La *ratio* di tale norma va contestualizzata in una clima di diffidenza da parte dei Paesi in via di sviluppo nei riguardi delle potenze marittime occidentali, i quali temevano di essere esposti continuamente e “a sorpresa” a ricorsi di carattere giudiziario finanziariamente esosi e politicamente rovinosi.

Da ciò la necessità di istituire una norma che fosse in grado di dotare l'organo giurisdizionale della potestà di vagliare preliminarmente le eventuali abusività riconnesse ad un uso improprio, a fini politici, degli strumenti giuridici.

L'espletamento di tale rimedio costituisce un vero e proprio "procedimento preliminare", antecedente alla formale instaurazione di una controversia: esso non deve peraltro essere confuso con le eccezioni preliminari di carattere procedurale che, come riconosciuto dal par.3 dello stesso articolo 294, possono in ogni caso essere sollevate, trattandosi in quest'ultimo caso di rimedi esperibili nel corso del giudizio, nella fase antecedente all'analisi del merito della questione.

Gli articoli che chiudono la sezione seconda (295-296) dettano disposizioni "finali" che assurgono al rango di principi generali: l'obbligo di previo esaurimento dei ricorsi interni e l'obbligatorietà delle decisioni rese dagli organi a ciò deputati ai sensi della Convenzione.

L'articolo 295, infatti, dispone che le parti debbano aver esaurito le vie di ricorso interne, "ove questo sia richiesto dal diritto internazionale" (art.295), prima di poter esperire le procedure previste dall'UNCLOS. Inoltre, come chiarito nella norma successiva:

*"1. Qualsiasi decisione resa da un tribunale competente ai sensi della sezione 2, è definitiva e deve essere rispettata da tutte le parti della controversia.*

*2. Ciascuna di queste decisioni ha forza obbligatoria solo per le parti e rispetto a quella specifica controversia".*

Ciò che è stato detto finora resta valido finché non si incorra nei "limiti ed eccezioni all'applicabilità della sezione 2" contenuti nell'ultima sezione della parte XV: i limiti, sanciti all'articolo 297 par.2 e 3 (a), sono di carattere generale e coinvolgono una serie di ambiti cui non si applicano le disposizioni della sezione 2; le eccezioni (298) invece, essendo di carattere facoltativo, possono essere attivate a discrezione di ciascuno Stato firmatario che intenda avvalersene.

Il primo paragrafo dell'articolo 297 si apre con l'indicazione dei casi in cui una controversia, relativa all'interpretazione o all'applicazione della convenzione con riferimento "all'esercizio da parte di uno Stato costiero dei suoi diritti sovrani o

della sua giurisdizione”, possa essere oggetto di deferimento unilaterale, ai sensi dell’art.287: i) quando si imputi allo Stato costiero la violazione delle disposizioni concernenti “le libertà e i diritti di navigazione, sorvolo o di posa di cavi e condotte sottomarini, oppure con riferimento ad altre utilizzazioni del mare internazionalmente lecite, specificate all’articolo 58”; ii) quando si attribuisca ad uno Stato, nell’esercizio delle libertà, dei diritti o delle utilizzazioni sopra citati, la violazione di disposizioni della convenzione, di leggi o regolamenti adottati dallo Stato costiero conformemente alla convenzione e alle altre norme del diritto internazionale non incompatibili; iii) qualora si affermi che lo Stato costiero abbia violato norme e parametri internazionali sulla protezione e preservazione dell’ambiente marino<sup>156</sup>.

Le eccezioni all’applicabilità delle norme della sezione 2 si estendono anche ai casi riguardanti la ricerca scientifica marina (par.2) e la pesca (par.3): in tali casi si provvederà alla conciliazione, conformemente all’allegato V, sezione 2.

L’articolo 298 enuclea invece gli ambiti in cui è possibile avvalersi, a discrezione di ciascuno Stato contraente, della possibilità di escludere l’applicabilità della sezione 2, dichiarando per iscritto al momento della firma, della ratifica o dell’adesione all’UNCLOS, e senza pregiudizio degli obblighi di cui alla prima sezione, di non accettare una o più procedure obbligatorie relativamente a: i) controversie riguardanti l’interpretazione o l’applicazione degli articoli relativi alla delimitazione delle zone marittime o concernenti le baie o i titoli storici<sup>157</sup>; ii)

---

<sup>156</sup> Tale previsione andrebbe dunque interpretata quale elencazione delle “eccezioni alle eccezioni” (cfr. Virzo in *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, 2008, p.70). Ciò a significare che tutto ciò che concerne “l’esercizio di diritti sovrani o della sua giurisdizione” da parte dello Stato costiero, non rientrante nelle categorie elencate nelle lettere (a), (b) e (c), sarebbe escluso dal deferimento unilaterale obbligatorio e dall’espletamento del *compulsory disputes settlement*. In particolare, si dovrebbero ricondurre alla categoria “residuale”, esclusa dall’applicabilità della sezione 2, le controversie aventi ad oggetto l’esercizio da parte dello Stato costiero di diritti sovrani sulla piattaforma continentale o di diritti sovrani e sue competenze nella ZEE (in particolare questioni concernenti le competenze dello Stato costiero in materia di isole e impianti artificiali, nonché quelle in materia di protezione e preservazione dell’ambiente marino).

<sup>157</sup> Tali controversie saranno escluse dall’applicabilità della sezione 2, ma rimarranno sottoponibili a conciliazione obbligatoria di cui all’allegato V, a condizione che la controversia sia sorta dopo l’entrata in vigore della convenzione e che non sia stato raggiunto alcun tipo di accordo entro un ragionevole lasso di tempo nei negoziati tra le parti.

controversie concernenti le attività militari<sup>158</sup>, incluse quelle svolte da navi e aeromobili di Stato utilizzati per servizi non commerciali, e le controversie concernenti gli atti di esecuzione forzata riguardo l'esercizio di diritti sovrani o della giurisdizione non rientranti nella competenza di un tribunale ai sensi dell'articolo 297 par.2-3; iii) controversie rispetto alle quali il Consiglio di Sicurezza ONU eserciti le funzioni ad esso spettanti in virtù della Carta delle Nazioni Unite, salvo che il CDS stesso non decida di cancellare la questione dal suo ordine del giorno ovvero inviti le parti a risolverla con i mezzi previsti dall'UNCLOS.

### Le misure cautelari e il "prompt release"

L'articolo 290 riconosce al tribunale/corte costituitisi secondo le disposizioni della sezione 2, la possibilità di prescrivere, su domanda di parte e previa audizione di entrambe, qualsiasi misura cautelare che essi giudichino appropriata in base alle circostanze "per preservare i diritti rispettivi delle parti in controversia o per impedire gravi danni all'ambiente marino, in pendenza della decisione definitiva" (par.1). Esse sono modificabili e revocabili "non appena le circostanze che le giustificavano sono cambiate o hanno cessato di esistere" (par.2).

Un secondo tipo di misura cautelare è prevista dal paragrafo 5 in cui si dispone che

---

<sup>158</sup> Con riferimento all'uso militare, l'UNCLOS non specifica se le attività militari possano rientrare nelle libertà di navigazione e sorvolo previste dagli articoli 58 e 87 della Convenzione, qualora attuate nella ZEE di un altro Stato. Dalla lettura dei lavori preparatori, si può dedurre come sussista una netta contrapposizione fra gli Stati appartenenti al gruppo delle cd. "potenze navali" (USA, Italia, Canada, Russia), esponenti di un approccio "libertario" nell'uso dell'alto mare e pertanto sostenitori dell'idea che l'esercizio di attività militari sia da ricomprendere nel più ampio regime di libertà riconosciute nell'alto mare, e gli Stati costieri del Pacifico occidentale quali India, Cina, Pakistan, Bangladesh, che contestano tali posizioni, sostenendo la necessità del consenso dello Stato costiero al fine di porre in essere esercitazioni o manovre di carattere militare (in quanto compiute da navi militari, non solamente nel corso di un conflitto bellico). Il concetto di esercitazioni ed attività militari ricomprende un vasto spettro di casistiche: dal semplice diritto di passaggio inoffensivo di cui godono le navi militari straniere attraverso il mare territoriale dello Stato costiero, alla sperimentazione di armi, finanche attività collaterali quali quelle di *intelligence* o di ricerca cartografica a scopo tattico. Occorre comunque considerare che lo Stato terzo, nell'espletamento di tali azioni nella ZEE di un altro Stato, debba tenere "*debito conto dei diritti e degli obblighi di quest'ultimo, rispettandone sia le leggi e i regolamenti emanati (...) conformemente alle disposizioni della presente convenzione, sia le altre norme del diritto internazionale purché non siano incompatibili con la presente parte*" (art.58 par.3).

*“Nelle more della costituzione di un tribunale arbitrale investito di una controversia ai sensi della presente sezione, qualunque tribunale designato di comune accordo dalle parti o in difetto di tale accordo, entro un termine di due settimane dalla richiesta delle misure cautelari, il Tribunale internazionale per il diritto del mare (...) 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 a 4, può modificare, revocare o confermare queste misure cautelari”.*

La differenza fra i due tipi risiede nel fatto che esse vengono concesse in momenti diversi, ragione per cui anche i soggetti titolati al loro rilascio cambiano: nel primo caso si tratta infatti di misure provvisoriale richieste ed emanate dall’organo deputato alla risoluzione della controversia, nel corso di un procedimento già iniziato.

Diversamente, in accordo alla norma dettata dal par.5, le misure cautelari possono essere rilasciate, sempre che ne faccia richiesta una delle controvertenti *ex par.3*, anche *ante litem*, prima cioè che un tribunale arbitrale si sia effettivamente costituito, da parte di un qualunque organo giurisdizionale investito della questione o, in caso di mancato accordo o inutile decorso di un termine di venti giorni dal momento della richiesta, in via residuale da parte dell’ITLOS, qualora ritenga *prima facie* che il tribunale da costituire avrebbe la competenza e che sussista una situazione di urgenza tale da giustificare l’emanazione di una tale misura, tendenzialmente individuabile nel rischio di danno irreparabile ai diritti dell’una o dell’altra parte.

Oltre alle misure *ex art.290*, l’UNCLOS istituisce all’articolo 292 una particolare procedura di immediato rilascio della nave e dell’equipaggio (cd. *Prompt release*) che siano stati catturati da uno Stato contraente diverso da quello della bandiera della nave:

*“1.Quando le autorità di uno Stato contraente hanno fermato una nave battente bandiera di un altro Stato contraente e si asserisce che lo Stato che ha fermato la nave non ha osservato le disposizioni della presente convenzione che prevedono l'immediato rilascio della nave o del suo equipaggio a seguito del deposito di una adeguata cauzione o di un'altra garanzia finanziaria, la questione del rilascio dal fermo può essere deferita a qualsiasi corte o tribunale designato di comune accordo dalle parti; o in difetto di tale accordo nel termine di dieci giorni dal momento del fermo, la questione può essere deferita a un tribunale accettato conformemente all'articolo 287 dallo Stato che ha proceduto al fermo, o al Tribunale internazionale per il diritto del mare, sempre che le parti non convengano altrimenti.”*

L'istanza può essere presentata dallo Stato di bandiera oppure a suo nome -ad esempio dal comandante della nave (par.2).

Affinché possa considerarsi validamente proposta, tale misura necessita dell'adempimento di una serie di requisiti sostanziali e procedurali.

Innanzitutto, come disposto dal par.1, occorre accertare che lo Stato cattore non abbia effettivamente “(...) osservato le disposizioni della presente convenzione che prevedono l'immediato rilascio della nave o del suo equipaggio a seguito del deposito di adeguata cauzione (...)”.

La dottrina è in parte divisa sul significato da attribuire a tale locuzione; tuttavia la giurisprudenza ITLOS, nel caso *M/V Saiga (No.1)* del 1997, ha avuto modo di chiarire che nella convenzione solo gli articoli 73 par.2 -in tema di pesca illegale- 220 par.6-7 -in tema di inquinamento marittimo- e per certi versi l'articolo 226 par.1(c) -riguardante misure ispettive di carattere generale in danno di navi straniere- siano perfettamente rispondenti alla suddetta descrizione.

Da un punto di vista procedurale, prima di poter investire l'ITLOS della questione, occorre che le parti non siano riuscite di comune accordo a giungere ad un compromesso circa l'organo giurisdizionale, tra quelli menzionati all'art.287, cui demandare l'emanazione del provvedimento di rilascio entro 10 giorni dal momento del fermo, termine particolarmente breve che assicura speditezza al

procedimento e scoraggia il ricorso alle vie giudiziarie interne da parte dello Stato “offeso”.

É necessario inoltre che le parti non abbiano deciso di provvedere diversamente circa la composizione della controversia, ricorrendo a forme di accordo bilaterale, tralasciando dunque quelle previste dall’UNCLOS e dall’art.292, nel qual caso esse potrebbero stabilire anche un prolungamento dei termini per il rilascio e per i negoziati.

Alla luce dell’analisi fin qui svolta, e considerando gli elementi del caso di specie, appare necessario operare una serie di considerazioni propedeutiche alla tematica che verrà affrontata nel successivo paragrafo.

L’India e l’Italia, come evidenziato a più riprese, sono parti dell’UNCLOS, avendo ratificato entrambe il trattato nel 1995: esse sono dunque vincolante all’osservanza, tra le altre, delle norme di cui alla parte XV, che si applicano nelle circostanze del caso concreto, stante l’instaurazione di una vera e propria controversia internazionale, alla luce della definizione analizzata in precedenza<sup>159</sup> e delle considerazioni operate dal Governo italiano per voce del Ministro degli Affari Esteri in data 18 marzo 2013<sup>160</sup>.

Tale disputa va risolta pacificamente, perseguendo la via delineata dalla sezione 1 della parte XV, e in subordine anche attraverso il ricorso unilaterale ad uno dei mezzi obbligatori enunciati nella sezione 2.

L’obbligo di previo espletamento del procedimento di cui all’articolo 283 della convenzione sembrerebbe potersi considerare adempiuto alla luce della giurisprudenza ITLOS analizzata in precedenza, dal momento che la valutazione in tal senso è rimessa alla discrezionalità di ciascuno dei controvertenti, non potendosi operare un sindacato di merito circa le motivazioni che abbiano spinto lo Stato a considerarsi adempiuto lo scambio di vedute.

A questo punto l’unica via percorribile appare necessariamente quella delineata nella sezione seconda, ove si prevede la possibilità per la parte che consideri conclusa la fase preliminare, di adire unilateralmente uno degli organi deputati alla soluzione delle controversie indicati nell’UNCLOS.

---

<sup>159</sup> Cfr. *supra* n.149.

<sup>160</sup> [http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala\\_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2013/03/20130318\\_Maro\\_comunicato\\_governo.htm?LANG=IT](http://www.esteri.it/MAE/IT/Sala_Stampa/ArchivioNotizie/Comunicati/2013/03/20130318_Maro_comunicato_governo.htm?LANG=IT)



Considerando che l'India attualmente non ha ancora esplicitamente dichiarato quale, tra i mezzi a disposizione, sia di sua preferenza, *ex art.287 par.1*, mentre l'Italia ha chiarito, tramite la dichiarazione del 1997<sup>161</sup>, di optare per l'ITLOS e la CIG, designandoli competenti a definire le controversie di cui essa sia parte, senza ordine di preferenza, attraverso l'applicazione del combinato disposto dei paragrafi 3 e 5 dell'articolo 287 si giunge a constatare come l'unico soggetto deputato alla definizione della controversia sia l'arbitrato, costituito conformemente all'allegato VII, che pertanto sarà oggetto di ulteriore approfondimento.

#### **4.3. L'arbitrato dell'allegato VII**

L'arbitrato è, come detto, uno dei procedimenti di cui le parti contraenti possono servirsi per risolvere le proprie divergenze tramite un provvedimento definitivo e obbligatorio ai sensi degli articoli 287 e 296.

Esso riveste un'importanza fondamentale nel meccanismo di soluzione delle controversie UNCLOS, in quanto vi è menzionato in una triplice modalità: può essere oggetto di espressa opzione ai sensi del paragrafo 1; in virtù di una forma di presunzione assoluta, sancita al paragrafo 3, si ritiene che implicitamente sia stato scelto dalle parti che non abbiano fatto una dichiarazione espressa di scelta; inoltre è deputato a dirimere le divergenze a titolo residuale, qualora le parti non abbiano optato per la scelta del medesimo mezzo risolutorio e salvo che non si siano accordate diversamente (par.5).

---

<sup>161</sup> Testo della dichiarazione italiana: *"In implementation of article 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Government of Italy has the honour to declare that, for the settlement of disputes concerning the application or interpretation of the Convention and of the Agreement adopted on 28 July 1994 relating to the Implementation of Part XI, it chooses the International Tribunal for the Law of the Sea and the International Court of Justice, without specifying that one has precedence over the other. In making this declaration under article 287 of the Convention on the Law of the Sea, the Government of Italy is reaffirming its confidence in the existing international judicial organs. In accordance with article 287, paragraph 4, Italy considers that it has chosen "the same procedure" as any other State Party that has chosen the International Tribunal for the Law of the Sea or the International Court of Justice".* Cfr.[http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXI~6&chapter=21&Temp=mtdsg3&lang=en#EndDec)

Trattandosi di una delle *compulsory procedures*, diversamente da ogni altra forma di arbitrato internazionale, non necessita di un compromesso o di una clausola compromissoria tra Stati parti dell'UNCLOS e può essere attivato unilateralmente in qualsiasi momento, posto che tutte le altre condizioni di carattere generale siano state rispettate.

Esso si compone di cinque membri, opzionati nell'ambito di una lista depositata presso il Segretario Generale delle Nazioni Unite, di cui due sono cittadini di entrambe le parti, mentre i restanti, tra cui si elegge il presidente del tribunale, sono nominati congiuntamente nel corso delle fasi preliminari del processo.

Il rifiuto o l'omissione di una parte nella scelta del proprio arbitro, così come qualsiasi situazione di stallo che si venisse a creare relativamente all'investitura degli altri tre membri "misti", può essere superata con la nomina effettuata *ex officio* da parte del Presidente dell'ITLOS.

Come detto in precedenza, la procedura è flessibile, ma al contempo assicura la coercibilità della pretesa di parte: infatti non mancano disposizioni (ad es. l'articolo 9 dell'allegato VII) che riconoscano alle parti la possibilità di richiedere alla corte, in caso di inerzia della controparte o di comportamento dilatorio, di procedere anche *in absentia*.

L'allegato VII si compone di soli 13 articoli; ai sensi dell'articolo 1 un procedimento può instaurarsi dinanzi ad un tribunale arbitrale, in accordo con le previsioni della parte XV della convenzione, solo dopo che una delle parti abbia indirizzato una notifica scritta alla/e controparte/i, specificando la domanda e le ragioni su cui si fonda la richiesta rivolta all'organo giudicante.

Come anticipato, esso è composto di cinque membri, scelti da una lista precostituita di arbitri (quattro nominati da ciascuno Stato membro, numero che deve rimanere costante nel tempo). Essi non posseggono un incarico a termine, ma restano nelle liste fintantoché lo Stato che li ha nominati non decida di ritirarne la candidatura; inoltre devono esser dotati di esperienza nell'ambito del diritto marittimo e godere della più alta reputazione di imparzialità, competenza e integrità (articolo 2).

Non è quindi necessario che si tratti esclusivamente di giuristi, né tanto meno di “tecnici specializzati” in particolari specifici settori, come richiesto all’articolo 2 dell’allegato VIII relativo all’arbitrato speciale.

L’articolo 3 disciplina le modalità di costituzione del tribunale arbitrale, le cui funzioni sono esercitate conformemente “al presente allegato e alle altre disposizioni della presente convenzione”, in particolare quelle dettate dall’articolo 293 UNCLOS (articolo 4).

La parte che inizia il procedimento nomina un membro preferibilmente dall’elenco di nominativi di cui all’art.2, che può essere un proprio cittadino, e ne fa menzione nella notifica *ex art.1* indirizzata alla controparte, che ha trenta giorni di tempo dalla ricezione di quest’ultima, per esercitare il proprio diritto di nomina. In caso di inerzia la parte attrice può, entro due settimane dalla scadenza di tale termine, chiedere che questa venga disposta conformemente alla lettera (e) del medesimo articolo, il quale sancisce che sia il presidente dell’ITLOS ad effettuare le nomine mancanti o, in caso di sua incompatibilità in quanto cittadino di uno dei controvertenti, che l’onere spetti al componente più anziano del Tribunale.

Tali incarichi sono assegnati individuando i soggetti a ciò deputati dalla lista entro 30 giorni dalla ricezione della richiesta sub lett.(c) e dopo aver consultato le parti; i membri così nominati devono essere cittadini di Stati diversi da quelli già scelti dalle parti e non possono essere al servizio o risiedere abitualmente o possedere la cittadinanza di alcuna delle parti della controversia.

Gli altri tre membri sono nominati di comune accordo tra i controvertenti, vengono scelti preferibilmente dall’elenco e sono cittadini di Stati terzi, salvo diversamente concordato.

Tra costoro, le parti eleggono un presidente, il cui ruolo é fondamentale in quanto, in caso di parità nella votazione, avrà il voto decisivo (articolo 8).

Qualora entro 60 giorni dall’avvenuta ricezione della notifica *ex art.1*, le parti non siano riuscite ad accordarsi circa la nomina di uno o più membri del Tribunale, questa viene effettuata conformemente alla lett.(e) da parte del Presidente dell’ITLOS, sollecitato tramite richiesta di uno dei controvertenti, formulata entro due settimane dalla scadenza del termine dei 60 giorni sopra citato.

Una volta che il Tribunale sia correttamente costituito, esso procede a definire le proprie regole di procedura, assicurando a ciascuna parte l'opportunità di essere sentita e di esporre le proprie ragioni sulle questioni controverse, salvo che non sia concordato diversamente (art.5).

Il principio di cooperazione reciproca che deve orientare le relazioni fra i litiganti, oltre che essere espresso in varie disposizioni UNCLOS (art.59, 100, parte XV etc.), è ripreso agli articoli 6 e 7 dell'allegato.

Il primo disciplina gli obblighi delle parti, cui esse sono tenute in virtù di una piena collaborazione con il tribunale arbitrale, del quale devono facilitare il lavoro cercando di fornire, per quanto possibile in base ai propri ordinamenti interni, tutti i documenti e le informazioni pertinenti, dando ad esso la possibilità anche di convocare testimoni o periti e di ricevere da questi le relazioni circa le attività di indagine da essi svolte.

L'articolo 7 dispone invece la ripartizione equa e proporzionale delle spese processuali, ivi compresa la remunerazione degli arbitri, salvo che l'organo arbitrale non sancisca diversamente in base alle circostanze del caso concreto.

La fase istruttoria del procedimento può svolgersi anche in contumacia di una parte: l'articolo 9 precisa a tal proposito che in caso di mancata comparizione di una parte (assenza) o di rifiuto di difendersi (mancata costituzione), la parte diligente può chiedere al tribunale di continuare il procedimento e di emettere la decisione, cui perviene solo dopo aver verificato la sussistenza della propria competenza in relazione alla controversia e che la domanda non costituisca un abuso del diritto (dovendo essere fondata sia in fatto che in diritto).

Alla decisione si perviene tramite una votazione a maggioranza dei voti espressi dai membri del tribunale presenti, purché siano almeno tre: l'assenza o l'astensione di meno della metà dei membri, infatti, non ostacola il raggiungimento del *quorum* necessario (art.8).

In caso di parità tra i voti, quello del presidente è decisivo (*casting vote*): ciò comporta che laddove tutti i membri abbiano votato, ottenendosi una perfetta parità, il presidente voterà una seconda volta<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> Cfr. Nordquist, *op.cit.*, p.433; altri autori prediligono un'interpretazione volta ad attribuire al presidente un solo voto, valente doppio.

Il lodo arbitrale è definitivo e non impugnabile, salvo che le parti si siano preventivamente accordate in senso diverso; queste ultime inoltre devono conformarsi all'esito della decisione, come stabilito dall'articolo 11.

Il provvedimento è limitato nella sua efficacia all'oggetto della disputa e va debitamente motivato, dovendo contenere i nomi degli arbitri e la data in cui è stato adottato. Ciascuno di essi potrà poi allegare alla decisione finale, la propria *concurring o dissenting opinion* (art.10).

Una sorta di "appello improprio" è sancito all'articolo 12, il quale prevede che in caso di divergenze interpretative o circa le modalità di attuazione della decisione, essa possa essere sottoposta da ciascuna delle parti alla cognizione del tribunale arbitrale che ha emesso la decisione stessa, oppure ad un'altra corte o tribunale ai sensi del 287 UNCLOS. La riforma del lodo arbitrale non avrà ad oggetto il *dictum*, bensì l'attuazione del dispositivo.

A conclusione dell'analisi fin qui svolta, appare evidente come il ricorso all'arbitrato conforme all'allegato VII costituisca l'unico strumento a disposizione di Italia e India per regolare le proprie divergenze giuridiche, quanto meno in relazione alla questione della giurisdizione applicabile<sup>163</sup>.

L'Italia, alla luce degli accadimenti sviluppatisi nel corso del periodo intercorrente dal momento dell'incidente fino all'attualità, considera matura la prospettiva dell'instaurazione di una controversia.

Secondo quella che è la posizione italiana emergente dalle fonti ufficiali<sup>164</sup>, parrebbe doversi già considerare espletata la procedura di "scambio di vedute" *ex art.283 UNCLOS*.

A questo punto l'Italia potrebbe adire unilateralmente il tribunale arbitrale di cui all'allegato VII, inoltrando una notifica scritta alla controparte indiana con l'indicazione del nominativo dell'arbitro "di parte" e invitandola a nominare il proprio.

---

<sup>163</sup> Con riferimento alla questione dell'eventuale sussistenza dell'immunità in favore dei due militari, invece, essendo esclusa dalla disciplina dell'UNCLOS, l'unica possibilità sarebbe quella di concludere un compromesso arbitrale volto a deferire la questione ad un organo terzo ed imparziale, ipotesi alquanto improbabile dato lo stato dei rapporti fra i Governi coinvolti.

<sup>164</sup> Cfr. Comunicato sub nota 160.

Le ragioni di un protratto immobilismo<sup>165</sup> appaiono però non chiare, dovendosi probabilmente ricondurre la motivazione a questioni di carattere politico, che esulano dalla trattazione del presente lavoro.

La posizione indiana desumibile dalla Sentenza della Corte Suprema, d'altro canto, pur riconoscendo la natura intergovernativa della controversia intercorrente fra i due paesi, non ha accettato di delegare la competenza ad un organo internazionale terzo e imparziale, preferendo piuttosto istituire una corte *ad hoc*, deputata a rianalizzare la questione del riparto di giurisdizione alla luce delle risultanze probatorie raccolte nel corso delle indagini da parte dell'agenzia antiterroristica indiana.

Un'ipotesi alternativa alla soluzione della disputa dinanzi ad un tribunale arbitrale, parrebbe consistere nell'attendere che la questione sia risolta dai tribunali interni indiani, per poi eventualmente attivare, in caso di condanna dei due militari, il meccanismo inserito in un trattato bilaterale sullo scambio di persone condannate, recentemente entrato in vigore, che si avrà modo di illustrare nel prossimo paragrafo.

#### **4.4. Il trattato bilaterale Italo-Indiano sullo scambio di detenuti**

La legge 26/10/2012, n.183 ha ratificato, e pertanto reso vincolante per l'ordinamento italiano, l' "Accordo tra il Governo della Repubblica Italiana e il Governo della Repubblica dell'India sul trasferimento delle persone condannate", sottoscritto a Roma il 10/08/2012 e avente ad oggetto, per l'appunto, lo scambio di prigionieri cittadini dei rispettivi contraenti.

Pur essendo stato a lungo negoziato, esso ha subito un'improvvisa accelerazione a seguito dei fatti verificatisi al largo delle coste indiane nel febbraio 2012; in 20

---

<sup>165</sup> Si noti che l'Italia avrebbe anche potuto servirsi delle procedure di pronto rilascio previste dall'articolo 292 UNCLOS, se ne avesse fatto richiesta agli organi competenti in termini ragionevoli. Il decorso di oltre 18 mesi dal momento del fermo della nave –poi rilasciata dietro versamento di cauzione ai tribunali locali- e di parte dell'equipaggio, farebbe propendere per una forma di "tacita rinuncia" o quanto meno di impossibilità nel ricorrere a tale strumento.

articoli esso disciplina le forme e le modalità con cui possa avvenire il suddetto scambio di condannati.

L'art.1 chiarifica, ai fini dell'accordo, i concetti di "Stato Trasferente", cioè lo Stato in cui sia stata inflitta la condanna alla persona interessata, e di "Stato Ricevente", ovvero quello Stato in cui la persona condannata può essere o sia già stata trasferita, al fine di scontare la sua pena o quel che ne resta.

Il trasferimento nel territorio dell'altro Stato, al fine di scontare la pena ricevuta nel paese di condanna, come chiarito all'articolo 2, può essere richiesto dalla persona condannata tramite domanda scritta in lingua inglese o accompagnata da traduzione (art.6 par.2 e art.16) a ciascuna delle Autorità centrali coinvolte<sup>166</sup> (art.2 par.1), dallo Stato Ricevente o da quello Trasferente (par.2), oppure anche da terzi aventi titolo per agire per suo conto e a norma delle leggi dello Stato contraente (par.3).

L'articolo 4 individua le condizioni da rispettare affinché il trasferimento possa aver luogo: innanzitutto la persona condannata con sentenza definitiva (lett.b) deve necessariamente possedere la cittadinanza dello Stato Ricevente (lett.a); non devono esserci procedimenti penali a carico del condannato nello Stato Trasferente, laddove si richieda la sua presenza (lett.c) e la durata residuale della pena da scontarsi sia di almeno un anno alla data di ricevimento della richiesta di trasferimento (lett.d). All'accordo delle parti (lett.g) deve necessariamente affiancarsi quello della persona condannata, che deve acconsentire al trasferimento, qualora a formulare la richiesta sia uno degli Stati o un terzo per suo conto (lett.e). Infine è necessario che sussista la condizione di reciprocità, vale a dire che gli atti o le omissioni per cui sia stata inflitta una condanna, costituiscano reato anche per la legge dello Stato ricevente o costituirebbero reato se fossero commessi sul suo territorio (lett.f).

Il coinvolgimento del condannato nelle procedure di trasferimento è essenziale, così come sancito dall'articolo 5, il quale prevede un obbligo di fornire informazioni da parte degli Stati contraenti circa il contenuto dell'accordo di trasferimento, potendosi identificare come condizione ostativa al buon esito della

---

<sup>166</sup> Cfr. art.3 che individua il Ministero della Giustizia – Dipartimento per gli Affari di Giustizia – Direzione Generale della Giustizia Penale per lo Stato italiano, e il Ministero dell'Interno per quello indiano.

procedura l'assenza di un consenso legittimamente e consapevolmente manifestato dal soggetto, che può essere attestato, laddove espressamente richiesto dal Ricevente, da un proprio funzionario di fiducia che ne attesti la volontarietà e la piena consapevolezza del condannato circa le conseguenze legali ad esso inerenti (art.7).

L'articolo 6 fornisce un elenco di documenti che devono allegarsi a sostegno della richiesta di trasferimento, quali relazioni sulla natura, durata e data di inizio della condanna; esposizione dei fatti su cui si basa la condanna; copia della sentenza di condanna etc.

La decisione circa il trasferimento deve essere presa dopo aver vagliato attentamente tutte le circostanze del caso, quali le concrete possibilità di reinserimento sociale del condannato, la gravità del reato commesso, i precedenti penali, i rapporti socio-familiari conservati con il paese d'origine, nonché interessi più propriamente politici quali la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali degli Stati coinvolti (art.8).

Una volta operato il trasferimento, le autorità dello Stato Ricevente devono continuare l'esecuzione della condanna rispettando la natura e la durata della pena inflitta nello Stato Trasferente, che però verrà sottoposta alla disciplina della normativa del primo, competente ad adottare ogni decisione relativa all'eventualità di una commutazione della pena che sia, per natura o durata, incompatibile con le proprie leggi, adeguandola, con il consenso dello Stato Trasferente, ad una prevista dal proprio ordinamento per un reato simile, in maniera tale da corrispondere il più possibile a quella inflitta dal Trasferente, purché non sia aggravata né per natura né per durata (articolo 9).

Collaterale a tale forma di "controllo", che lo Stato Trasferente conserva nei confronti del condannato e del Ricevente, è la previsione dell'articolo 10, che riconosce allo Stato in cui sia intervenuta la condanna, il diritto esclusivo di decidere sulle domande di revisione della sentenza, che una volta definitiva non può in alcun modo essere messa in discussione da eventuali provvedimenti successivi o contestuali emanati dallo Stato Ricevente (che voglia in un certo senso "salvare" i propri concittadini tramite una sentenza opposta, in grado di dar luogo ad un vero e proprio contrasto di giudicati).



Tuttavia l'articolo 11 riconosce a ciascuno Stato la facoltà di accordare la grazia, l'amnistia o l'indulto conformemente alle proprie leggi, dandone immediata comunicazione all'altro Stato.

Si tratta di una disposizione fondamentale in quanto permette allo Stato Ricevente, nonostante l'intangibilità del giudicato emanato dalle corti dello Stato di condanna, di esercitare delle prerogative sovrane in grado di modificare lo *status* della persona condannata, garantendo lo sconto di pena o la cancellazione della condanna.

Gli articoli 12 e 13 regolamentano alcuni aspetti relativi all'esecuzione della pena: in primo luogo lo Stato Ricevente deve dar luogo a cessazione dell'esecuzione che il condannato stia scontando nei propri istituti carcerari o nelle forme alternative previste dal proprio ordinamento (arresti domiciliari, affidamento in prova ai servizi sociali etc.), una volta che abbia ottenuto da parte del Trasferente, notizia di decisioni o misure che siano in grado di mutare lo *status quo*, garantendo la cessazione della pena.

Inoltre, anche dopo che sia intervenuto il trasferimento del reo, l'obbligo di cooperazione tra i due Stati, volto a garantire un costante flusso di informazioni, non può considerarsi concluso: l'articolo 13 infatti prevede che lo Stato Ricevente tenga costantemente informato il Trasferente su tutte le vicende relative alle modalità di esecuzione quali il termine di espiazione della pena, casi di evasione intervenuti prima della cessazione della condanna, nonché ogni forma di rapporto speciale di cui quest'ultimo faccia richiesta.

La validità temporale dell'accordo concluso tra Italia e India opera sia con riferimento ai casi intervenuti prima dell'entrata in vigore del presente trattato, che *ex post* (articolo 18).

Infine, laddove tra le parti dovesse sorgere un contenzioso in relazione all'applicazione, interpretazione o esecuzione del presente accordo, esse si obbligano a risolvere le proprie divergenze tramite i canali diplomatici, optando dunque per una soluzione politica della vicenda, piuttosto che conferire la potestà giudicante ad un organo terzo ed imparziale quale un arbitrato internazionale *ad hoc* o un tribunale internazionale precostituito.

## CONCLUSIONI

All'esito dell'indagine fin qui svolta occorre operare alcune riflessioni conclusive circa i risultati scaturiti dall'analisi del caso.

In primo luogo appaiono condivisibili le scelte operate dal legislatore italiano in tema di impiego di nuclei armati a protezione delle imbarcazioni commerciali battenti bandiera italiana, laddove i suddetti gruppi siano costituiti da militari professionisti, in ragione della necessità di salvaguardare la prerogativa dell'uso della forza al monopolio dello Stato, unico attore in grado di garantirne, almeno in via teorica, un corretto e proporzionato impiego.

Tuttavia la normativa sul tema, come ci si è sforzati di dimostrare, appare ancora piuttosto lacunosa, soprattutto con riferimento all'ambito di ripartizione dei compiti a bordo della nave privata (rapporti comandante-capo del nucleo militare di protezione) e con riferimento alla definizione di una chiara e inequivocabile catena di comando: nell'attesa di capire quale sia stata l'esatta dinamica degli eventi, sia con riferimento ai colpi d'arma da fuoco, sia a come si siano effettivamente svolte le operazioni di inversione della rotta e di sbarco dell'equipaggio della *Enrica Lexie*, senza dubbio una maggior chiarezza circa il riparto di competenze a bordo dell'imbarcazione avrebbe evitato l'inopportuno ingresso della petroliera nelle acque territoriali straniere e il conseguente approdo in territorio indiano dei membri del NMP. Come si è avuto modo di evidenziare più volte, il primo vero errore delle autorità italiane è stato quello di aver acconsentito a tali operazioni.

Ciò che ne è scaturito non solo ha avuto ripercussioni notevoli di carattere politico, ma ha anche probabilmente modificato il quadro "probatorio".

Infatti, ferme restando le conclusioni cui si è pervenuti al termine dell'analisi condotta nel corso del capitolo secondo circa la sussistenza di una giurisdizione concorrente fra Stati (ma anche laddove si volesse affermare il primato della giurisdizione italiana in virtù dell'interpretazione estensiva dell'art.97 UNCLOS),

il comportamento tenuto dal Governo italiano (che ha dimostrato una palese carenza di visione strategica a breve, medio e lungo termine), potrebbe aver inficiato i risultati cui si sarebbe potuti giungere basandosi sui soli strumenti giuridici a disposizione delle parti.

Al momento in cui tale lavoro si conclude, lo stallo nei negoziati appare evidente e l'unica conclusione cui si teme si possa pervenire è che lo Stato italiano abbia prestato acquiescenza alle pretese indiane, ritraendosi su posizioni più arrendevoli e rinunciarie quali l'attesa di un verdetto da parte di un tribunale speciale indiano, per poi attivare i termini sanciti dal trattato bilaterale firmato nell'agosto 2012, in caso di condanna.

La scelta di difendersi dinanzi alle corti indiane prima, di rimandare in India i militari alla scadenza dei termini concordati con la Corte Suprema nel marzo 2013, dopo un breve ripensamento, nonché la scelta di attendere la costituzione di un tribunale speciale, istituito *ad hoc* per l'occasione, senza opporvisi in alcun modo, in attesa di un compromesso politico-diplomatico che tarda ad arrivare, avvalorerebbe la pretesa indiana di esercitare la propria giurisdizione nei confronti dei due agenti/organo dello Stato italiano.

Eppure, come si è avuto modo di illustrare ampiamente nel corso del capitolo quarto, ci si sarebbe potuti avvalere, anche unilateralmente, di una serie di strumenti giurisdizionali a disposizione di entrambi i governi, che si è scelto di trascurare per ragioni che tuttavia fuoriescono dal piano dell'indagine.

Il ricorso dinanzi ad una giurisdizione internazionale indipendente sarebbe stata senza dubbio la migliore via da percorrere per giungere ad una definizione della controversia che fosse coerente con le norme del diritto internazionale, consentendo una chiarificazione netta delle tante questioni giuridiche emerse: solo in tal modo si sarebbero potuti creare i presupposti per un'evoluzione autorevole del diritto internazionale, rafforzandone la natura di strumento di regolazione dei rapporti intergovernativi attraverso il *rule of law* piuttosto che tramite il *rule of power*.

## BIBLIOGRAFIA

- **AA.VV. (diretto da SOBRINO HEREDIA)**, *Sûreté maritime et violence en mer = Maritime security and violence at sea*, Bruxelles: Bruylant, 2011;
- **AA.VV. (NORDQUIST e altri)**, *Legal challenges in maritime security*, Martinus Nijhoff, 2008;
- **AA.VV. (NDIAYE & WOLFRUM editors)**, *Law of the sea, Environmental Law and Settlement of Disputes*, Martinus Nijhoff, 2007;
- **AKEHURST**, "Jurisdiction in International Law", in *Jurisdiction in International Law (edited by Reisman)*, Ashgate, 1999;
- **ATTARD**, *The exclusive economic zone in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1987;
- **BANKAS**, *The State Immunity Controversy in International Law*, Springer, 2005;
- **BRIGNARDELLO**, "Nozione di pirateria marittima e sue implicazioni", in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Genova: Berlingieri, 2010;
- **BROWNLIE**, *Principles of public international law*, Oxford University Press, 2008;
- **CARBONE, LUZZATTO, SANTA MARIA (a cura di)**, *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, 2011;
- **CASSESE**, *International Law*, Oxford University Press, 2001;
- **CHURCHILL & LOWE**, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1999;
- **CANNIZZARO**, *Diritto internazionale*, Giappichelli, 2012;
- **CONFORTI**, *Scritti di diritto internazionale*, Napoli Edizione Scientifica, 2003;
- **CONFORTI**, *Il regime giuridico dei mari: contributo alla ricostruzione dei principi generali*, Napoli: Jovene, 1957;

- **CONFORTI**, *Diritto Internazionale*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2010;
- **DE SENA**, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Giuffré, 1996;
- **DEL VECCHIO**, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Cacucci Editore, 2009;
- **DEL VECCHIO**, *Zona economica esclusiva e stati costieri*, Le Monnier, 1984;
- **DICKINSON, LINDSAY, LOONAM**, *State immunity: selected materials and commentary*, Oxford University Press, 2004;
- **DUPUY & VIGNES**, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Bruxelles: Bruylant, 1985;
- **EIRIKSSON**, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, London: Nijhoff, 2000;
- **EVANS**, *International Law*, Oxford University Press, 2003;
- **FOCARELLI**, *Lezioni di Diritto Internazionale*, CEDAM, 2008;
- **FOX**, *The law of State Immunity*, Oxford, 2004;
- **FRANCIONI, RONZITTI**, *War by contract: human rights, humanitarian law and private contractors*, Oxford University Press, 2010;
- **FRANCKX, GAUTIER**, *The exercise of jurisdiction over vessels: new developments in the fields of pollution, fisheries, crimes at sea and trafficking of weapons of mass destruction*, Bruxelles: Bruylant, 2010;
- **FREESTONE, BARNES, ONG**, *Law of the sea: progress and prospects*, Oxford University Press, 2006;
- **FRULLI**, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Giappichelli, 2007;
- **GAETA**, "Immunity of States and State Officials: a Major Stumbling Block to Judicial Scrutiny?", in *Realizing Utopia: the future of international law*, Oxford University Press, 2012;

- **GAVOUNELI**, *Functional jurisdiction in the law of the sea*, Martinus Nijhoff, 2007;
- **GEIß – PETRIG**, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, Oxford University Press, 2011;
- **GRAZIANI**, *Il contrasto alla pirateria marittima nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2009;
- **GUILFOYLE**, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2009;
- **JENNINGS, WATTS**, *OPPENHEIM'S International law*, Longman, 1992;
- **KLEIN**, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2005;
- **KOLODKIN, GUTSULIAK, BOBROVA**, *The World Ocean: International Legal Regime*, Eleven International Publishing, 2010;
- **LEBOEUF**, *Operation Atalanta*, in *Piracy in comparative perspective: problems, strategies, law*, Oxford, 2012;
- **MANN**, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des cours*, vol.111, 1964;
- **MAURO**, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, CEDAM, 2012;
- **NORDQUIST (a cura di)**, *United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982: a commentary*, Boston: Nijhoff, 1985-2002, vol.III e V;
- **ORREGO VICUÑA**, *The exclusive economic zone: regime and legal nature under international law*, Cambridge University Press, 1989;
- **ORREGO VICUÑA**, *The Exclusive Economic Zone: a Latin American Perspective*, Westview Press, 1984;
- **PINGEL-LENUZZI**, *Les immunités des états en droit International*, Bruxelles: Bruylant, 1997;
- **PRAKASH SHARMA**, *The International Law of the Sea: India and the UN convention of 1982*, Oxford University Press, 2009;

- **REISMAN (a cura di)**, *Jurisdiction in International Law*, Ashgate/Dartmouth, 1999;
- **RONZITTI**, *La Cpi, i crimini di guerra e le truppe italiane all'estero in missione di pace*, Centro Militare di Studi Strategici, 2001;
- **RONZITTI (a cura di)**, *Il diritto dei trattati nelle attività di interesse delle forze armate*, Gaeta: Artistic & publishing company, 2002;
- **RONZITTI**, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, 2009;
- **ROTWELL, STEPHENS**, *The International law of the sea*, Hart, 2010;
- **RUSSO**, *Immunità dalla giurisdizione per atti di stati stranieri –la cd.'immunity review'*, Napoli: Editoriale Scientifica, 2012;
- **RYNGAERT**, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008;
- **SHAW**, *International Law*, Cambridge, 2003;
- **SINAGRA, BARGIACCHI**, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffré, 2009;
- **TANAKA**, *The International law of the sea*, Cambridge University Press, 2012;
- **TANZI**, *"Su immunità ed evoluzione della società internazionale"*, in *Le immunità nel diritto internazionale – atti del convegno di Perugia, 23-25/05/2006*, Giappichelli, 2007;
- **TREVES, PINESCHI**, *The law of the sea: the European Union and its member states*, Martinus Nijhoff, 1997;
- **VIRZO**, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, CEDAM, 2008;
- **XUE, GUIFANG**, *China and international fisheries law and policy*, Martinus Nijhoff, 2005;
- **YANG**, *State Immunity in International Law*, Cambridge University Press, 2012;

## ARTICOLI

- **AKANDE & SHAH**, *"Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts"*, in *The European Journal of International Law*, vol.21 n.4, 2011;
- **ATTERITANO**, *"Immunity of States and their organs: the contribution of Italian jurisprudence over the past ten years"*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2009, pp.17 ss.;
- **ATTERITANO**, voce *"Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)"*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali IV, 2011;
- **BARBERINI**, *"Una decisione discutibile"*, in *Cassazione Penale n.5/2009*, pp.1899-1911;
- **BALSAMO E VANADIA**, nota alla sentenza della Cassazione nel caso *"Lozano"*, in *Cassazione Penale n.11/2009*, pp.4309-4320;
- **BUSCO E FONTANELLI**, *"Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2013;
- **CAFFIO E RONZITTI**, *"La pirateria: che fare per sconfiggerla?"*, in *Osservatorio di politica internazionale*, approfondimento n.44 – Aprile 2012;
- **CATALDI**, *"Ordinamento italiano e corpi di spedizione all'estero, fra diritto umanitario, diritto penale e tutela dei diritti umani. Riflessioni a margine del dibattito parlamentare sulla riforma della legge per la partecipazione italiana alle missioni militari internazionali"*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp.141-158;
- **CONFORTI**, *"In tema di immunità funzionale degli organi statali stranieri"*, in *RDI* 2010, pp. 5-14;
- **CURTI GIALDINO**, *"Il caso dei fucilieri di marina in India: una "Caporetto" diplomatica, politica e giudiziaria"*, in *Federalismi.it*, 2013;



- **DEL VECCHIO**, voce *“Mare (diritto internazionale del)”*, in Enciclopedia del Diritto, 1998;
- **DEL VECCHIO**, voce *“Zona economica esclusiva”*, in Enciclopedia del Diritto, 1993;
- **EBOLI E PIERINI**, *“The Enrica Lexie case and the limits of the extraterritorial jurisdiction of India”*, in I quaderni europei, n.39/2012;
- **FRULLI**, *“Some reflections on the functional immunity of State officials”*, in Italian Book of International Law, 2009;
- **GAETA**, *“Extraordinary renditions e Immunità dalla Giurisdizione Penale degli Agenti di Stati Esteri: il caso Abu Omar”*, in RDI, 2006, pp.126-130;
- **GUILFOYLE**, *“Shooting fishermen mistaken for pirates”*, in European Journal of International Law: Talk!, 2012;
- **HARLOW**, *“Soldiers at sea: the legal and policy implications of using military security teams to combat piracy”*, in Southern California Interdisciplinary Law Journal, vol.21, 2012;
- **LICATA**, *“Diritto internazionale, immunità, giurisdizione concorrente, diritti umani: le questioni aperte nel caso dei marò e la posizione della Corte Suprema Indiana”*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2013;
- **PIERINI**, *L’aspetto giuridico nazionale (diritto marittimo e penale), in “Pirati di ieri e di oggi”*, supplemento alla Rivista Marittima, Dicembre 2009;
- **PRAKASH SHARMA**, *“India and the United Nations Convention on the Law of the Sea”*, in Ocean Development and International Law, 1995, pp.391-412;
- **PRAKASH SHARMA**, *“Enforcement Jurisdiction in the Exclusive Economic Zone – The Indian Experience”*, in Ocean Development and International Law, 1993, pp.155-178;
- **RONZITTI**, *“Le operazioni multilaterali all’estero a partecipazione italiana. Profili giuridici”*, Senato della Repubblica, Servizio Affari internazionali e

Servizio Studi, Contributi di Istituti di ricerca specializzati, XV legislatura, dossier n.44, maggio 2006;

- **RONZITTI**, *“L’immunità funzionale degli organi stranieri dalla giurisdizione penale: il caso Calipari”*, in RDI 2008, pp.1033 ss.;
- **RONZITTI**, voce *“Pirateria”*, in Enciclopedia del Diritto, vol.XXXIII, 1983;
- **SALAMONE**, *“Riflessioni sul caso dell’Enrica Lexie: il problema della giurisdizione”*, in Il Diritto Marittimo, vol.114, 2012, pp.310-320;
- **SIMONE**, *“L’immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile per attività di addestramento alla guerra mediante velivoli militari della NATO”*, in Giustizia Civile 2001, pp.747-759;
- **SINGER**, *“The Act of State doctrine of the United Kingdom: an analysis, with comparison to US practice”*, in American Journal of International Law, 1981;
- **TOMONORI**, *“The individual as beneficiary of State immunity. Problems of attribution of ultra vires conduct”*, in Denver Journal of International Law and Policy, 2001;
- **van GINKEL, van der PUTTEN, MOLENAAR**, *“State or Private Protection against Maritime Piracy? A Dutch Perspective”*, Report del Clingendael – Netherlands Institute of International Relations, Febbraio 2013;
- **VIRZO**, voce *“Tribunale Internazionale del diritto del mare”*, in Enciclopedia del Diritto, Annali V, pp.1346/1366.