

Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Diritto Internazionale

La controversia Italia-India:

**L'immunità funzionale del personale militare armato a bordo di
mercantili privati**

RELATORE

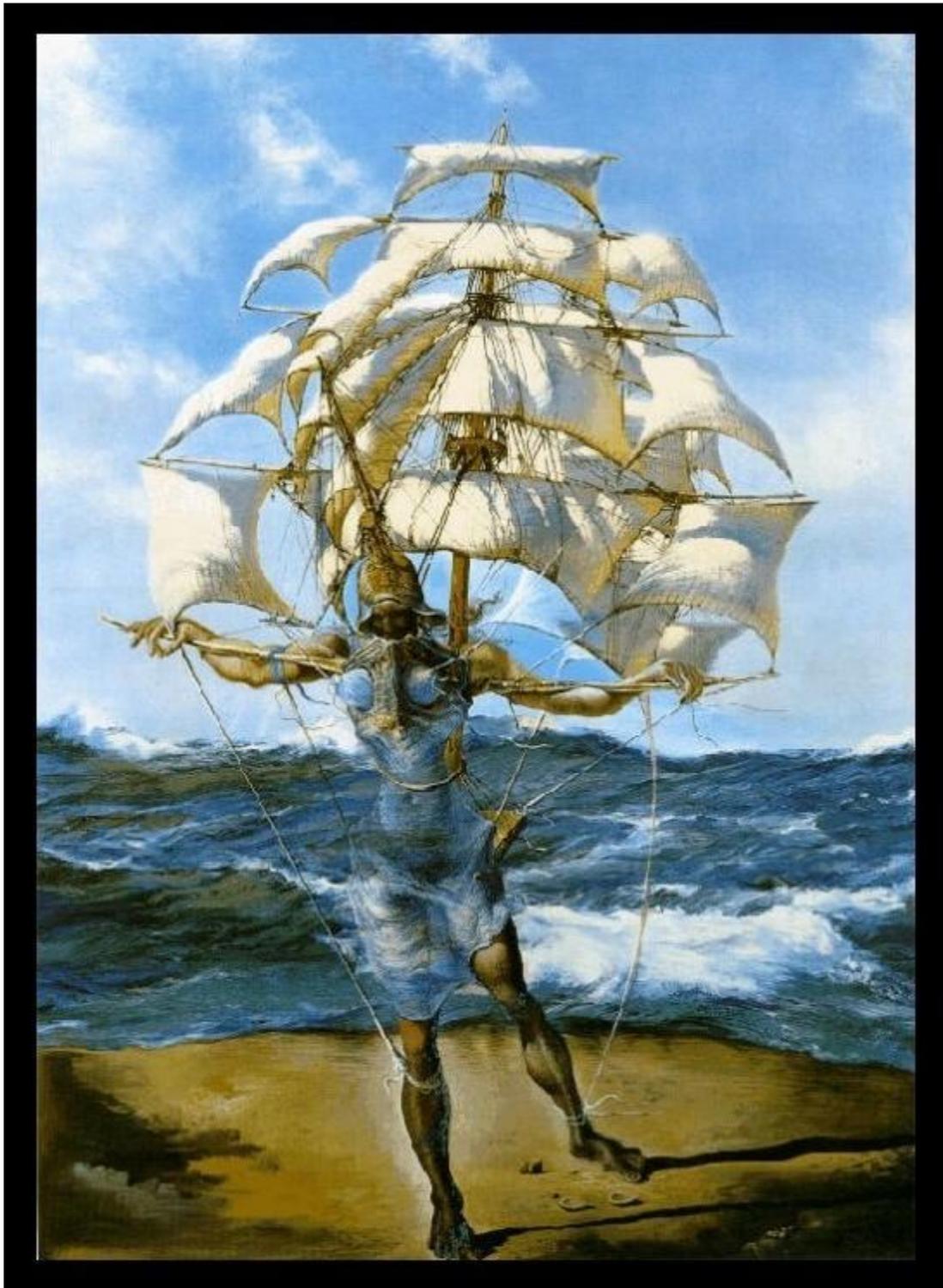
Prof. Roberto Virzo

CANDIDATO

Uberto Marchesi

Matricola 068632

Anno Accademico 2013-2014



La nave, Salvador Dalí, 1935

*“Ahi serva Italia, di dolore ostello,
nave senza nocchiere in gran tempesta,
non donna di province, ma bordello!”*

Purgatorio, Canto VI° (76-78), Dante Alighieri

Indice

•	Premessa	4
•	Capitolo I, Il contrasto alla pirateria nel diritto internazionale	11
	1 Definizione di Pirateria	
	2 Il contrasto alla pirateria	
•	Capitolo II, Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP) e Nuclei Militari di Protezione (NPM)	20
	1 La legislazione italiana in materia di PCASP e NPM	
	2 Lo status dei PCASP nel diritto internazionale	
•	Capitolo III, L'immunità funzionale nel diritto internazionale	27
	1 Questioni generali	
	2 La questione dei crimini internazionali come atti (non) sovrani e (non) ufficiali	
	3 Il principio d'immunità e le norme di Jus Cogens nei confronti della teoria gerarchica	
	4 Il rapporto tra immunità ratione materiae, responsabilità penale individuale e competenza extraterritoriale	
	5 Il diritto Internazionale può permettere l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale nelle ipotesi di crimini internazionali?	
	6 l'oggetto delle immunità diplomatiche	
•	Capitolo IV, la questione delle immunità dei fucilieri di marina e la controversia Italia- India	53
•	Conclusione	57
•	Cronologia	60
•	Bibliografia	62

Premessa

L'incidente di nave *Enrica Lexie* è un sinistro marittimo avvenuto presumibilmente il 15 febbraio 2012 tra due militari italiani a bordo della petroliera *Enrica Lexie* di proprietà privata ed i marinai del peschereccio indiano *St. Antony*, registrata nel registro statale del Tamil (stato indiano al confine col Kerala) che ha portato alla morte di due pescatori. Esistono controverse ricostruzioni dell'avvenuto; la posizione esatta dei presunti eventi è ancora in contestazione, si può comunque identificare nelle acque internazionali delle mare delle Laccadive, all'interno della zona economica esclusiva indiana (ZEE) a circa 22,5 miglia di distanza dalla costa del Kerala, nel sud dell'India. La dinamica vede nella testimonianza dei marò¹ l'avvicinarsi minaccioso del peschereccio il quale, nonostante le manovre evasive necessarie (utilizzo di segnali luminosi e sparo di colpi in acqua), interrompe la rotta solo a 50 metri dalla petroliera. La versione indiana afferma invece che il fuoco letale fu aperto quando il *Saint Antony* si trovava a 500 metri da nave *Enrica Lexie*.

L'incidente ha scatenato un scontro diplomatico tra i governi di India e Italia, a seguito del tuttora esistente conflitto di posizioni su giurisdizione e immunità funzionale.

Secondo le ricostruzioni disponibili, l'incidente è avvenuto verso le 16.30 del 15 febbraio 2012, quando alcuni fucilieri di Marina italiani (d'ora in avanti Marò), a bordo della petroliera Aframax "*MT Enrica Lexie*" battente bandiera italiana, di proprietà privata della società armatrice Fratelli D'Amato S. p. a., hanno aperto il fuoco di avvertimento in direzione di un'imbarcazione che si avvicinava. I marò erano membri dei Nuclei Militari di Protezione (squadre di protezione militare, d'ora in avanti NMP), in missione anti-pirateria nel rispetto delle risoluzioni 1970 (2011) e 1973 (2011) adottate dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. La presenza a bordo dei fucilieri di Marina era regolata dall'art. 5 della legge 2 agosto 2011 n°130². Tale norma consente la firma di accordi tra società armatoriali e la Marina italiana al fine di assicurare la presenza di Nuclei Militari Armati a bordo di navi battenti bandiera della Repubblica d'Italia per poter garantire protezione sufficiente a non dover richiedere l'intervento di navi della Marina stessa a scorta delle imbarcazioni private. Tale accordo prevede una chiara suddivisione dei poteri tra comandante dell'imbarcazione e il capo del NPM: il primo avrà carico di ogni scelta riguardante il controllo della nave, il secondo invece condurrà le manovre

¹ Ricostruzione effettuata attraverso l'inchiesta sommaria effettuata dall'Ammiraglio Alessandro Piroli nel maggio 2012.

² Conversione del Decreto Legge 12 luglio 2011 n° 107 a proposito delle missioni internazionali.

atte ad evitare ogni possibile attacco alla nave³. Tale procedimento è concesso solo in specifiche aree marine definite ad alto rischio⁴.

La polizia costiera indiana fu, in seguito, avvisata che due membri dell'equipaggio del S. Antony, un peschereccio indiano, erano stati uccisi da colpi di arma da fuoco sparati a partire da una petroliera. La Guardia Costiera indiana ha dunque contattato nave Enrica Lexie in navigazione già da ore in direzione Gibuti, chiedendo al capitano la sua collaborazione per individuare alcuni sospetti pirati. Ulteriori questioni si sono aperte riguardo la natura ingannatoria della richiesta da parte indiana, resta comunque indiscussa l'accettazione da parte del capitano italiano ad eseguire gli ordini, non è però chiaro se egli abbia agito autonomamente oppure su indicazione dell'armatore o dei Ministeri di affari esteri o difesa italiani. La petroliera italiana, dunque, già a 39 miglia dal luogo dell'incidente, ha invertito rotta e per raggiungere ed ormeggiarsi nel porto di Kochi. Il 19 febbraio 2012, i membri della polizia del Kerala sono saliti a bordo della Enrica Lexie, e due dei 6 membri del NPM, capo sergente Massimiliano Latorre e il sergente Salvatore Girone, appartenente al Reggimento San Marco della Marina Militare Italiana, sono stati arrestati, senza opporre alcuna resistenza, e accusati di omicidio dei due membri dell'equipaggio del S. Antony, i pescatori Ajesh Binki e Gelastine (Valentine), ai sensi dell'art. 302 del codice penale indiano.

Il 18 maggio 2012 vengono formalizzati i capi d'accusa a carico dei marò: omicidio di primo grado (art. 302 del codice penale indiano) e danneggiamento (art.427), reati commessi in maniera concorsuale ai sensi dell'art. 34 del codice penale indiano⁵. L'accusa ha inoltre citato l'art. 3 del Suppression of Unlawful Act of international maritime navigation (SUA Act) incolpando i marò di terrorismo internazionale per cui in India è plausibile la pena di morte.

Il 18 gennaio 2013 viene emessa dalla Corte Suprema Indiana una definitiva sentenza la quale respinge la richiesta italiana riguardo il difetto di giurisdizione indiano, legittimando però la mancanza di competenza da parte del tribunale dello stato del Kerala. Ciò porta al trasferimento dei fucilieri a Delhi e gli concede la libertà di movimento con obbligo di firma settimanale. Viene inoltre disposta la formazione di un Tribunale Speciale che dovrà giudicare la vicenda concludendo di fatto con un *non liquet* le questioni finora analizzate. L'obiettivo di tale tribunale sarà accertare la giurisdizione penale indiana sull'accaduto e stabilirne la precedenza riguardo quella italiana. Qualora fosse riconosciuta la competenza allo stato indiano si

³ Tale suddivisione è una consuetudine generalmente attuata anche da paesi esteri. Le regole d'ingaggio per gli equipaggi statunitensi all'interno del progetto Vigilant Mariner, ad esempio, sono le medesime: "under current procedures for Operation Vigilant Mariner, the master retains overall responsibility for safe navigation and general ship operations while the detachment commander protects the vessel, crew and cargo from attack".

⁴ Tali aree sono identificate dal Decreto Ministeriale emanato dal Ministero della Difesa, Decreto 1 settembre 2011: Individuazione degli spazi marittimi internazionali a rischio pirateria nell'ambito dei quali può essere previsto l'imbarco di NPM.

⁵ Vedi: Charge sheet filed against Italian Marines in shootout case, Business standard.

aprirebbe una seconda controversia riguardo il ruolo dell'immunità funzionale a difesa delle azioni dei fucilieri. Se tale principio fosse riconosciuto essi sarebbero automaticamente deresponsabilizzati e la Repubblica Italiana diventerebbe l'unico interlocutore al processo. Questo meccanismo è chiarito dalle parole del giudice della Corte Internazionale di Giustizia Guillaume: "[A] court's jurisdiction is a question which it must decide before considering the immunity of those before it. In other words, there can only be immunity from jurisdiction where there is a jurisdiction"⁶.

Dopo oltre due anni e mezzo dagli eventi, i due marò italiani sono ancora detenuti presso l'Ambasciata d'Italia a New Delhi, in attesa di un procedimento penale. Nessuna accusa è ancora stata formalizzata contro di loro, dal momento che la Corte Suprema dell'India continua a rimandare la sentenza per diverse ragioni fino al 31 luglio 2014, quando il giudice incaricato al caso non si presenta, per indisposizione presso la Corte, provocando così una nuova riprogrammazione al 14 ottobre 2014⁷.

Prima di aprire la questione relativa alla liceità della giurisdizione indiana sui fucilieri di marina per la sparatoria, c'è una questione da affrontare: l'India ha violato il diritto internazionale impegnandosi nella "Hot Pursuit" della nave italiana? Ai sensi dell'articolo 111 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), l'inseguimento di una nave straniera può essere intrapresa quando le autorità competenti dello Stato costiero abbiano fondati motivi per ritenere che l'imbarcazione abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato. Inoltre prevede che, "Se la nave straniera si trova nella zona contigua, la ricerca può essere intrapresa solo se vi è stata una violazione dei diritti a tutela dei quali la zona è stata istituita". E' pacifico che la nave italiana fosse all'interno della zona contigua quando la sparatoria ha avuto luogo, tuttavia, poiché il principio d'inseguimento in tale zona è limitato alla prevenzione della violazione di leggi "doganali, fiscali, immigratorie o sanitarie," la legittimità dell'azione delle autorità indiane nel contesto di un presunto omicidio risulta dunque discutibile.

La questione cardinale su cui è incentrato l'intero caso si riferisce per ora alla giurisdizione prescrittiva sia di India che d'Italia. E' assodato che la causa di azione è avvenuta al di fuori del territorio indiano e, quindi, in acque internazionali. Tuttavia, l'India fonda le sue pretese giurisdizionali basandosi sulla legislazione nazionale che conferisce ai tribunali indiani la competenza a cercare una persona (incluso uno straniero), in relazione ad un reato commesso a bordo di una nave registrata in India (sezioni 3 e 4 del codice penale indiano e Sez.188 del

⁶ Opinione del giudice Guillaume nel caso Arrest Warrant del 11 aprile 2000 (Repubblica Democratica del Congo vs Belgio), sentenza 14 febbraio 2002

⁷ Marò: rinviata al 14 ottobre l'udienza del tribunale speciale di Nuova Delhi. Corriere della Sera (31 luglio 2014).

codice di procedura penale). Come questione di diritto internazionale, la legittimità dell'esercizio della giurisdizione extraterritoriale può essere giustificata da una serie di principi, tra cui: (a) il principio di "oggettiva territorialità", (b) la "teoria degli effetti", (c) il principio di protezione, (d) il principio di nazionalità, (e) il principio della personalità passiva e (f) il principio di universalità. L'elemento comune base di tutte queste teorie è un valido interesse dello Stato, basato su un "collegamento sufficiente" alle persone, proprietà o atti in questione. Almeno tre delle teorie di cui sopra sostengono rivendicazioni giurisdizionali dell'India. Il cosiddetto principio di territorialità oggettiva, il principio di protezione e la dottrina degli effetti, come enunciato dalla Permanent Court of International Justice (PCIJ) nella sentenza del caso Lotus⁸ secondo cui andrebbero favoriti gli argomenti indiani.

D'altra parte, l'Italia ha basato la sua arringa su diverse disposizioni della convenzione di Montego Bay del 1982. In primo luogo, ai sensi dell'articolo 97, il quale sancisce che la "giurisdizione penale in materia di abbordi o di qualunque altro incidente di navigazione" non possa avviare nessun procedimento penale o disciplinare contro tale persona tranne dinanzi alle autorità giudiziarie o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tale persona è cittadino. Tuttavia appare evidente che questo caso non sia in alcun modo correlato a collisione o "incidenti di navigazione". In secondo luogo, ai sensi dell'articolo 92, le navi sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera, durante la navigazione in alto mare. Inoltre, il ben noto 'principio di nazionalità' del diritto internazionale consente allo Stato di esercitare la propria giurisdizione in relazione alle attività dei suoi cittadini all'estero, comprese le persone fisiche, nonché le navi, che sono considerate come territori galleggianti dello Stato. Di conseguenza, l'articolo 92, letto attraverso il principio di nazionalità rafforza la pretesa giurisdizionale italiana.

Ora, quale Stato ha il diritto di priorità nell'esercizio della sua competenza concorrente? A questo punto, può essere pertinente intraprendere un'analisi d'interesse. Naturalmente, entrambe le nazioni hanno i loro legittimi interessi nazionali, ma, considerando la mole del diritto penale,

⁸ Il caso Lotus riguarda un processo penale risultato dalla collisione tra la SS Lotus, un piroscafo (o vapore) francese e la SS Boz-Kourt, un piroscafo turco, in una regione a nord di Mitilene (Grecia) il 2 agosto, 1926. A seguito dell'incidente, otto cittadini turchi a bordo della Boz-Kourt muoiono annegati e la nave affonda lacerata dalla Lotus. Il fatto avviene in acque internazionali. L'ufficiale francese Monsieur Demons viene portato in Turchia e processato. In questo caso il reato consiste nella disattenzione di un ufficiale francese a bordo di un piroscafo francese, le cui conseguenze colpiscono cittadini turchi, a bordo di una nave turca in acque internazionali. Allo stesso modo i due italiani spararono da una nave battente bandiera italiana uccidendo due cittadini indiani a bordo di una nave indiana, in acque internazionali. Nel 1927 la Corte Permanente di Diritto Internazionale stabilì che la giurisprudenza fosse concorrente tra i due Paesi e non si oppose al procedimento penale già in atto in Turchia. Relativamente all'attuale controversia Italia-India, avrebbero, quindi, ragione gli indiani. La vicenda si differenzia dal precedente per il ruolo dei fucilieri di Marina i quali, essendo nell'esercizio delle loro funzioni (contrastando della pirateria), dovrebbero godere dell'immunità funzionale. Il governo indiano, ritenendo che i pescatori siano morti su una nave battente bandiera indiana, sostiene che il reato sia stato commesso in territorio indiano e che sia dunque caso di propria competenza.

la disapprovazione sociale del presunto atto e l'esercizio di una pena come un atto di ritorsione, se avvenisse una sentenza condotta in India ed essa fosse inflitta a norma del diritto indiano verosimilmente tale giudizio soddisfarrebbe maggiormente la posizione della vittima. Il principio generale di procedura penale stabilisce che un processo debba normalmente essere condotto nel luogo in cui è stato commesso il reato, ciò a giustificazione della posizione indiana. Inoltre, un processo condotto in terra straniera priverebbe le vittime del loro diritto a partecipare, che è un aspetto essenziale per avere un equo processo. Inoltre, considerando lo svilupparsi dei fatti e la condotta delle indagini, ad oggi si può affermare che il caso sia inclinato verso l'India.

In risposta alle pretese italiane contro la competenza dei tribunali in India, l'Alta Corte del Kerala aveva affidato la giurisdizione ai tribunali indiani e, successivamente, fu accordata ai marò una licenza di rimpatriare durante il periodo natalizio, seguendo però condizioni molto severe di cauzione compresa una notevole somma di denaro a garanzia. In seguito, la Corte Suprema dell'India, nella sua decisione del 18 gennaio 2013, ha ribadito la giurisdizione indiana; dichiarando tuttavia che il processo dovrebbe essere condotto da un tribunale speciale a Delhi e non dai tribunali penali ordinari nello stato del Kerala. Più tardi, il 22 febbraio, la corte suprema indiana permise ai fucilieri di marina di tornare nuovamente in Italia per adempiere al loro diritto di voto in vista delle elezioni nazionali. L'ambasciatore in carica, Amb. Daniele Mancini, sulla base di una dichiarazione giurata, si assunse la responsabilità di far rimpatriare i marò in Italia e farli tornare in India entro un mese. Dopo che i marines raggiunsero la loro casa in sicurezza, il ministero degli Esteri italiano attraverso una nota verbale informò il Governo Indiano che i loro cittadini non sarebbero tornati, invitando l'India a risolvere il problema attraverso mezzi diplomatici, come previsto dalle norme UNCLOS. Questo sviluppo ha complicato non indifferentemente la questione. All'aumentare della pressione politica interna in India, la Corte Suprema intimò l'ambasciatore italiano, da cui fu posta personale garanzia affinché i marò ritornassero in India, a non lasciare il paese. La decisione della corte suprema innescò una situazione di stallo diplomatico facendo supporre l'affidamento del caso ad un giudizio internazionale. Sorprendentemente, mentre l'India stava contemplando un procedimento di “non gradimento” contro l'ambasciatore italiano ed ulteriori misure, principalmente di limitazione commerciale sui rapporti bilaterali, il Governo italiano decise di reinviare i fucilieri in India.

L'argomentazione Italiana volta a far valere il principio di immunità da procedimenti giudiziari è duplice. In primo luogo: possono i marò italiani sostenere di essere coperti da immunità funzionale sovrana, in quanto guardie navali impiegate a bordo di nave italiana e quindi operanti sotto le istruzioni della Repubblica d'Italia? La Corte Suprema indiana, senza alcuna

deliberazione su questo tema, ha respinto tale motivo, in assenza di uno status of forces agreement che accordasse la presenza di soldati italiani in territorio indiano. Rimane inoltre una questione irrisolta se l'immunità ratione materiae sia attribuibile al personale militare coinvolto in procedimenti penali all'estero.

La seconda rivalsa di immunità da parte italiana sarebbe avvenuta qualora, al seguito della licenza elettorale, i marò non fossero stati rimandati indietro e la Corte Suprema avesse deciso di procedere con l'atto di fermo contro l'ambasciatore, non considerando le norme a tutela della protezione diplomatica ai sensi della convenzione di Vienna. L'articolo 32 della convenzione prevede infatti che la deroga dell'immunità diplomatica dovrebbe avvenire espressamente su richiesta dello Stato di invio. L'India è tuttora considerata un sostenitrice del metodo dualista per la ratifica del diritto internazionale e il parlamento ha effettivamente integrato la suddetta convenzione internazionale come legge municipale, promulgando "The Diplomatic Relations (Vienna Convention) Act" nel 1972. L'opinione generale negli ambienti giuridici indiani sosteneva che, dal momento che l'Italia aveva invocato la giurisdizione della Corte Suprema sotto la Costituzione dell'India, tale comportamento potesse essere considerato come una rinuncia, anche se tacita alla competenza sul caso.

Avvenne dunque un cambiamento di posizione da parte del Governo italiano. Deciso a reinviare i marò in India affinché affrontassero il processo, ma a condizione di avere una garanzia proposta al Governo dell'India in materia di protezione dei loro diritti fondamentali. Le autorità indiane hanno assicurato tra l'altro, che i marines non sarebbero potuti essere condannati con la pena di morte, vietata dalla Costituzione italiana e prevista in India solo dal SUA act⁹ (la legge antiterrorismo). Questa offerta non ha comunque un particolare rilievo nell'evoluzione dei fatti; in primo luogo per le remote possibilità di questo caso, rientrando nella categoria del "più raro dei rari". In secondo luogo per l'esistenza di un accordo tra India ed Italia (che l'India ha ratificato subito dopo la sparatoria) per quanto riguarda il trasferimento delle persone condannate, che dovrebbe garantire ai Marò di scontare l'eventuale condanna sotto la tutela

⁹ La Convenzione IMO per la Suppression of Unlawful Acts (SUA) contro la sicurezza della navigazione marittima è stata approvata nel 1988 con l'obiettivo di combattere il terrorismo internazionale. La Convenzione cerca di raggiungere il suo obiettivo attraverso la proscrizione di atti e non classi di persone. L'articolo 3 della Convenzione SUA elenca i reati punibili ai sensi della Convenzione, affermando che "ogni persona" che "compia un atto di violenza contro una persona a bordo di una nave, qualora tale atto rischiasse di mettere in pericolo la navigazione sicura di quella nave", tale persona ha "commesso un reato". Allo stesso modo, la Convenzione SUA afferma che "chiunque illecitamente e intenzionalmente" commetta un atto di violenza contro una persona a bordo di una nave ha violato la Convenzione ed è soggetto a punizione per tale atto. La SUA Convention consente all'India di rivendicare la competenza ai sensi degli articoli 6 (1) (1) e 6 (2) (2) e all'Italia di rivendicare la giurisdizione sotto Arts. 6 (1) (1) e 6 (1) (3). Quindi, sia Italia che India hanno competenza concorrente nei confronti delle guardie armate italiane, ma per ragioni puramente pratiche, la competenza ricade verso il paese che raggiunge i presunti colpevoli per primo, fatto salvo il principio di aut dedere aut judicare ("estradare o perseguire").

Italiana. Secondo questo patto, l'esecuzione della pena è disciplinata dallo Stato di esecuzione, che sarà libero sotto le sue leggi di fornire misure alternative ispirandosi principalmente alla Convenzione di Strasburgo. Tuttavia, la pena capitale è un'eccezione alla stessa. Pertanto, una sentenza di morte proposta dal tribunale indiano dovrebbe essere effettuata in India stessa. Anche se vi è la possibilità di un perdono per l'esecuzione, l'impegno assunto dal Governo indiano ad esclusione della pena di morte, che è la pena massima prevista sotto la Sez. 302 del Codice Penale Indiano, ancora prima che il processo fosse avviato, resta altamente discutibile. Un'altra proposta importante da parte indiana concerne i servizi offerti ai marines durante lo svolgimento del processo. I fucilieri di marina potranno risiedere presso l'ambasciata italiana a Nuova Delhi durante la pendenza dell'azione penale.

Questo sviluppo inaspettato ha facilitato la tensione diplomatica e politica ed ora è compito indiano istituire un tribunale speciale come indicato dalla Corte Suprema, purtroppo ancora in stato embrionale, atto a condurre il processo in modo giusto e rapido. La comunità giuridica internazionale ripone particolare attenzione al metodo in cui il sistema legale indiano affronta le questioni di giurisdizione e immunità funzionale sovrana in questo processo giudiziario.



(Wikipedia)

Capitolo I

Il contrasto alla pirateria nel diritto internazionale

1 Definizione di pirateria

La pirateria è diventata un problema in gran parte dei mari del mondo, ma il deterioramento del livello di sicurezza nelle acque al largo della Somalia, nel Golfo di Aden e nella più ampia porzione dell'Oceano Indiano occidentale, tra il 2005 e il 2012 e il crescente numero di attacchi nel Golfo di Guinea rappresentano sempre di più un grave rischio.

La superficie delle aree al largo delle coste Somali infestate dai pirati si è fatta sempre più vasta, soprattutto da quando, nel 2008, le Nazioni Unite hanno certificato la gravità della situazione del Corno d'Africa. Le statistiche sulla pirateria pubblicate dall'Organizzazione marittima internazionale (IMO) e dell'International Maritime Bureau (IMB) indicano un continuo espandersi della minaccia nell'Oceano Indiano verso le Seychelles e le coste sud occidentali dell'India.

La profonda preoccupazione per il problema tra gli attori internazionali è ampiamente dimostrata dai livelli di cooperazione e coordinamento tra le forze, non solo navali, ma anche di aria e di terra, provenienti da diversi paesi che si sono riuniti nella regione a ovest dell'Oceano Indiano e nel Golfo di Aden per scortare navi che trasportano aiuti umanitari alla Somalia e per proteggere le navi vulnerabili. Nonostante si stia sostenendo uno sforzo senza precedenti, la vasta zona di mare nella quale i pirati operano resta particolarmente difficile da pattugliare e monitorare efficacemente, in particolare con le limitate risorse disponibili. Risorse più efficienti, sotto forma di navi da guerra e aerei, sono necessarie e, in ogni occasione, l'IMO incoraggia i governi membri a compiere maggiori sforzi per fornire la sorveglianza aerea e navale supplementare e altri supporti necessari attraverso ogni mezzo possibile.

Mentre sembrerebbe palese che la soluzione finale consista nel ripristinare una governance efficace in Somalia, l'Organizzazione marittima internazionale ha, nel frattempo, assunto un ruolo di leadership nel coordinamento degli sforzi per alleviare il problema dal punto di vista marittimo.

Agevolare le discussioni tra le compagnie di navigazione, gli Stati membri, le forze di sicurezza e le

altre agenzie delle Nazioni Unite con un interesse per la pirateria e altre questioni di sicurezza marittima è un elemento chiave del lavoro dell'Organizzazione. L'IMO lavora per raggiungere soluzioni consultando i rappresentanti dei governi, attraverso la comunità diplomatica di Londra, intavolando discussioni con altre organizzazioni delle Nazioni Unite (e.g. l'Ufficio delle Nazioni Unite contro la Droga e il Crimine (UNODC) e il World Food Programme), le flotte navali e il personale militare, il settore del trasporto marittimo ed altri enti e individui interessati.

La seguente definizione di pirateria è contenuta nell'articolo 101 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 sul diritto del mare (UNCLOS):

“Piracy consists of any of the following acts:

(a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed:

(I) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft;

(II) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State;

(b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft;

(c) any act inciting or of intentionally facilitating an act described in sub-paragraph (a) or (b).”

L'International Transport Workers Federation (ITF) ha identificato una zona ad alto rischio pirateria che si estende dalle coste somale fino ad arrivare al 76° meridiano est e al 16° parallelo sud, all'interno della quale:

1) le imbarcazioni mercantili sono invitate ad adottare le misure di autoprotezione raccomandate dall'Imo (Best Practice Management) tra cui la registrazione ed il riporto al Centro di controllo marittimo della Missione navale dell'Unione europea “Atalanta” ed a quello britannico con sede in Bahrein;

2) i marittimi imbarcati percepiscono un raddoppio delle indennità giornaliere;

3) gli armatori pagano premi di assicurazione maggiorati nella misura stabilita dai Lloyd's per i “War Risk”.

2 Il contrasto alla pirateria

Lo status giuridico delle acque di questa zona è vario, esso comprende sia aree di alto mare sia di Zone economiche esclusive (Zee). Le Best Practice raccomandate all'armatoria privata riguardano tutti i mercantili, compresi quelli che imbarcano guardie private e nuclei militari; in proposito l'Imo prevede difatti che *“the provision of Military Vessel Protection Detachments (VPDs) deployed to protect vulnerable shipping is the recommended option when considering armed guards”*.

In supporto alle misure anti-pirateria, l'IMO emette periodicamente le relazioni sulla pirateria o sulle rapine a mano armata contro navi che vengono inviate dai governi degli Stati membri e dalle organizzazioni internazionali. Le relazioni, che includono i nomi e le descrizioni delle navi attaccate, la posizione e il tempo di attacco, le conseguenze per l'equipaggio, la nave o il carico e le azioni intraprese dall'equipaggio e dalle autorità costiere, sono ora diffusi ogni mese, con le sintesi annuali.

Il piano d'azione dell'IMO si incentra sul miglioramento delle linee guida da fornire alle amministrazioni e ai marittimi e promuovendo il rispetto delle misure preventive, evasive e difensive consigliate. Il comitato per la sicurezza marittima dell'IMO (MSC) continua a sottolineare l'importanza dell'auto-protezione come deterrente di successo agli attacchi di pirateria.

La MSC ha adottato una risoluzione nel maggio 2011 concernente l'attuazione delle linee guida di Best Practice Management, che riconosce l'urgente necessità per la marina mercantile di adottare ogni misura possibile per proteggersi dagli attacchi dei pirati ed afferma che l'autodifesa efficace sia la miglior difesa. La risoluzione esorta vivamente tutti gli interessati a prendere provvedimenti al fine di garantire che, come minimo, i comandanti delle navi ricevano informazioni aggiornate prima e durante la navigazione attraverso l'Area definita ad Alto Rischio da parte del Centro di sicurezza marittima del Corno d'Africa (MSCHOA) e che le navi attuino efficacemente tutte le misure preventive, evasive e difensive consigliate.

L'MSC inoltre ha convenuto linee guida, al fine di supportare le indagini dei crimini di pirateria e rapine a mano armata contro le navi, destinate ad essere utilizzate in combinazione con l'esistente IMO-developed “Code of Practice for the Investigation of the Crimes of Piracy and Armed Robbery against Ships”, per aiutare gli investigatori a raccogliere prove a sostegno di azioni penali.

Viene fornita consulenza e orientamento ai governi, agli armatori e operatori di navi, ai capitani e agli equipaggi sulla prevenzione e repressione di atti di pirateria e rapine a mano armata contro le navi. È responsabilità dello Stato costiero / porto dello Stato sviluppare piani d'azione dettagliati illustranti come prevenire atti di pirateria. Per assistere i governi, gli armatori e operatori di navi, capitani e gli equipaggi nella prevenzione di questi atti dell'IMO hanno prodotto i seguenti

raccomandazioni e linee guida:

Le raccomandazioni ai governi per prevenire e reprimere la pirateria e rapine a mano armata contro le navi sono reperibili nella MSC.1 / Circ.1333¹⁰; la guida agli armatori e ad operatori di navi, capitani ed equipaggi sulla prevenzione e repressione di atti di pirateria e rapine a mano armata contro le navi è stilata invece nella MSC.1 / Circ.1334¹¹.

Dato il riconoscimento del crescente impiego di Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP), la MSC ha anche approvato consigli e linee guida sull'uso di PCASP a bordo delle navi nelle zone ad alto rischio. Questo orientamento è stato ulteriormente sviluppato dal Facilitation Committee e da uno speciale gruppo di esperti, che ha prodotto una serie di linee guida per gli Stati di bandiera, per i porti e gli Stati costieri, per gli armatori, gli operatori marittimi e i comandanti a tutela di (trovare le linee guida).

Il fenomeno della pirateria, iniziato come mera attività criminale, rivela ora preoccupanti legami con gli al Shabaab, i guerriglieri che in Somalia combattono contro il debole Governo Federale di Transizione (Tgf). Il Tgf, al potere nella sola Mogadiscio, gode del sostegno delle potenze occidentali e quello dell'Unione Africana, che hanno stanziato, con il beneplacito del Consiglio di

10

Recommendations to Governments for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships

1 The Maritime Safety Committee, at its eighty-sixth session (27 May to 5 June 2009), reviewed MSC/Circ.622/Rev.1 (Recommendations to Governments for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships) and prepared the revised recommendations given in the annex.

2 The revision was carried out on the basis of the outcome of the comprehensive review of the guidance provided by the Organization for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships; and took into account the work of the correspondence group on the review and updating of MSC/Circ.622/Rev.1, MSC/Circ.623/Rev.3 and resolution A.922(22), established by MSC 84.

3 Member Governments, in particular those within areas identified as affected by acts of piracy and armed robbery against ships, are recommended to take any necessary action to implement, as appropriate, the recommendations given in the annex.

4 Member Governments are also recommended to bring this circular and MSC.1/Circ.1334 to the attention of all national agencies concerned with anti-piracy and anti-armed robbery activities, shipowners, ship operators, shipping companies, shipmasters and crews.

5 This circular revokes MSC/Circ.622/Rev.1.

¹¹ Guidance to shipowners and ship operators, shipmasters and crews on preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships:

1 The Maritime Safety Committee, at its eighty-sixth session (27 May to 5 June 2009), approved a revised MSC/Circ.623/Rev.3 (Guidance to shipowners and ship operators, shipmasters and crews for preventing and suppressing acts of piracy and armed robbery against ships) as given at annex.

2 The revision was carried out on the basis of the outcome of the comprehensive review of the guidance provided by the Organization for preventing and suppressing piracy and armed robbery against ships; and took into account the work of the correspondence group on the review and updating of MSC/Circ.622/Rev.1, MSC/Circ.623/Rev.3 and resolution A.922(22), established by MSC 84.

3 Member Governments and organizations in consultative status with IMO are recommended to bring this circular to the attention of shipowners, ship operators, shipping companies, shipmasters and crews and all other parties concerned.

4 This circular revokes MSC/Circ.623/Rev.3.

Sicurezza delle Nazioni Unite (Cds), una forza di pace (l'Amisom). Il pericolo, sottolineato nella relazione della presidenza del Consiglio sulla politica dell'informazione per la sicurezza del 2011 al Parlamento, è rappresentato da una saldatura tra pirati e terroristi. Gli al Shabaab, nelle cui file militano gli jihadisti di al Qaida, traggono fonti di finanziamento dai riscatti pagati ai pirati.

Per dare un'idea del fenomeno, basta pensare che, secondo dati IMO, sono avvenute nel mondo 87 attacchi nei primi tre mesi del 2012. Nove navi sono state catturate dai pirati. Gli attacchi effettuati al largo della Somalia sono stati 36, 7 le catture piratesche e 92 gli ostaggi. Contando anche le catture avvenute nel 2011, le navi in mano ai pirati somali sono 13 e gli ostaggi 97.

Sebbene la pirateria sia un fenomeno endemico dell'Oceano Indiano e del Golfo di Aden, attacchi continuano a verificarsi in altre parti del mondo: in Africa, nel Golfo di Guinea per cui il Cds ha adottato recentemente una soluzione ad hoc; in America Latina, sia nell'Atlantico meridionale, sia nel Pacifico (al largo del Perù); in Asia al largo della Malesia, dell'Indonesia, negli stretti di Singapore e nel Mar Cinese meridionale.

Al fine di porre fine a questo fenomeno si è appurato che il solo invio di navi da guerra non è sufficiente. Sono già in corso nell'Oceano Indiano le missioni Atalanta (a guida UE) e Ocean Shield (a guida NATO) nonché un cospicuo numero di navi da guerra le cui bandiere mercantili sono minacciate dai pirati. Un così grande dispiegamento di mezzi però non ha posto fine agli attacchi, soprattutto perché l'area da sorvegliare è immensa e i pirati operano con barchini veloci, distaccati da unità camuffate per lo più da navi da pesca (nave madre).

L'attuale disordine si può ricondurre non tanto alla mancanza di un'efficace sorveglianza marittima quanto più ad una struttura criminale ben più complessa a terra, dovuta alla quasi completa assenza di controllo nei failed states costieri come la Somalia. Benchè le forze internazionali abbiano conquistato discreti successi nelle regioni del Somaliland e del Puntland occorrono ancora azioni di ben più ampia portata per eliminare le roccaforti dei pirati, azione non esclusa dal Cds¹². Un discreto passo avanti si è visto il 22-23 marzo 2012 presso il Consiglio UE il quale, oltre ad estendere la missione Atalanta fino a dicembre 2012, ne ha esteso la competenza alle acque interne e lungo le coste della Somalia.

La necessità di trovare soluzioni e l'effettivo danno che tale fenomeno arreca al trasporto marittimo

¹² Unified Task Force (UNITAF) era un'operazione delle Nazioni Unite a guida americana che operava in Somalia tra il 5 dicembre 1992 e il 4 maggio 1993. Un'iniziativa degli Stati Uniti (nome in codice Operation Restore Hope), UNITAF è stata incaricata di svolgere la Risoluzione 794 del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite al fine di creare un ambiente protetto per lo svolgimento di operazioni umanitarie nella metà meridionale del paese. Dopo l'uccisione di alcuni caschi blu pakistani, il Consiglio di Sicurezza ha cambiato il mandato di UNITAF rilasciando la Risoluzione 837 che stabilisce che le truppe UNITAF avrebbero potuto utilizzare "tutte le misure necessarie" per garantire la consegna degli aiuti umanitari in base al capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite e fu considerato come un successo. Non passano inosservate le vittime e i danni che i miliziani somali sono riusciti a infliggere alle armate UN costringendole alla ritirata in circa cinque mesi e dimostrando la loro abilità, con mezzi di fortuna, a creare efficienti strumenti bellici e strategie di combattimento.

accendono i campanelli d'allarme al fine di trovare una più efficace soluzione.

In primis sarebbe opportuno dare al mercantile stesso la possibilità di autodifendersi mediante l'imbarco di team militari e/o contractors. Già da due anni il Primo Ministro Cameron ha espresso il suo favore riguardo l'impiego di contractors su navi britanniche; anche l'Imo, inizialmente contraria, sta rivalutando la sua posizione, soprattutto in virtù della pressione fatta dagli armatori, ricordando però l'importanza dei mezzi di difesa non cruenti come castelletti blindati in cui si rifugia l'equipaggio, barriere di filo spinato o idranti.

In secondo luogo è opportuno uno sviluppo delle misure legislative a tutela dei team di difesa e del rispettivo armamento durante la sosta nei porti onde evitare che, come già accaduto, i contractor siano costretti a gettare le armi in mare prima di effettuare l'attracco. Sarebbe indicata anche la proposta di una convenzione internazionale, come in passato fu fatto per il terrorismo, al fine di coordinare da un punto di vista legislativo i comportamenti da tenere nei confronti di tale fenomeno; anche semplicemente nell'accordare i metodi con cui rapportarsi ai pirati, dalla liceità conferita da una corte britannica nel 2010 a contrattare e pagare riscatti, di cui tra l'altro i pirati ricevono una minima parte rispetto alle finanziarie che assicurano il lavaggio del denaro, alla completa contrarietà degli Stati Uniti i quali non considerano plausibile il contatto e la comunicazione con i pirati, comportamento tenuto sulla falsariga del terrorismo.

Considerando la crescente ampiezza della pirateria marittima, e la conseguente crescita del settore della sicurezza privata, è sorprendente che ancora molto poco nella letteratura giuridica sia stato affrontato per favorire la convergenza dei due fenomeni. Nel suo articolo, *The Use of Private Contractors in the Fight Against Piracy: Policy Options*, il Professor Ronzitti fornisce una dettagliata analisi delle implicazioni giuridiche che comporta impiegare appaltatori privati a bordo di navi marittime. Questo brano tratto dal libro *War by Contract*, illustra il regime giuridico applicabile alle società private militari e di sicurezza private (PMSC), comprese le Convenzioni di Ginevra e il diritto umanitario.

L'analisi è particolarmente rilevante per il settore del trasporto marittimo, in particolare, per le compagnie di navigazione, gli armatori e i loro assicuratori. Ronzitti elenca brevemente una serie di meccanismi disponibili per i trasportatori al fine di salvaguardare il passaggio dei loro beni attraverso acque infestate di pirati, sia territoriali che internazionali. Tra queste opzioni vi è la caccia ai pirati da parte del PMSC; l'autodifesa da parte dei marittimi; l'impiego di guardie armate; il distacco di soldati armati impiegati dalle forze armate nazionali; la pratica di scortare le navi mercantili da parte di navi militari; il dispacciamento di team di sicurezza da basi terrestri o la monitoraggio delle acque territoriali.

Ronzitti basa la sua analisi principalmente sul linguaggio dei trattati internazionali e l'interpretazione delle dichiarazioni avvenute durante la loro negoziazione. Ad esempio, nel caso di quello che è presumibilmente il tema più controverso, la caccia dei pirati (cioè l'assunzione di PMSC al fine di perseguire e catturare/uccidere i pirati), Ronzitti nota vari trattati di diritto del mare, tra cui la Convenzione sull'alto mare del 1958 che prevede all'articolo 21, "Un sequestro per atti di pirateria può essere effettuato solo da navi da guerra o aeromobili militari o altre navi o aeromobili in servizio di Stato autorizzati a tal fine." Egli conclude che la caccia ai pirati può essere legalmente ammissibile se la nave è in servizio di Stato, autorizzata per inseguire i pirati e il governo garantisce di assumersi la responsabilità internazionale. Tuttavia, egli afferma che nessuna pratica di questo tipo esiste attualmente.

Ronzitti sostiene che l'uso di contractors privati sia, in condizioni appropriate, giuridicamente ammissibile per ciascuno dei meccanismi considerati. Al centro della sua analisi è il concetto di auto-difesa. Anche se alcuni hanno suggerito che le navi siano in possesso di un diritto di auto-difesa sancito dall'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, tale diritto è applicabile solo agli Stati. In alternativa, Ronzitti suggerisce che l'agire navi contro i pirati mentre si riceve un attacco è permesso in virtù del: "diritto di auto-difesa di ciascun essere umano, un diritto riconosciuto da tutti gli ordinamenti giuridici dei membri della comunità internazionale." Il riferimento è alla Statuto della CIG, articolo 38, nominando come fonte di diritto internazionale "i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

Il principio fondamentale di autodifesa che autorizza a proteggersi contro le minacce alla propria vita mediante il ricorso alla forza può essere relativamente incontrovertibile. Ronzitti si avvale dunque di un altro principio, dichiarando: "gli ordinamenti giuridici nazionali sono soliti riconoscere non solo il diritto di auto-difesa, ma anche il diritto conseguente di prendere in custodia l'aggressore per il breve lasso di tempo necessario a consegnarlo alle autorità di polizia" e inoltre che il diritto di auto-difesa include il diritto di intervenire a favore di un individuo minacciato.

Tuttavia, vi sono differenze tra gli ordinamenti giuridici in merito alla corretta portata e applicazione del principio di auto-difesa. Ad esempio, quanta forza è ammessa? Deve essere dimostrato che non vi era alcuna possibilità di fuga per giustificare l'uso della forza? Inoltre, è almeno discutibile se il principio di auto-difesa comprenderebbe il concetto di "arresto" da parte di una nave della marina mercantile?

Infine, quali ordini legale dovrebbero controllare tali situazioni? Se avviene una morte in mare a causa della pirateria, la competenza a perseguire tale reato va limitata allo Stato di bandiera, vittima o lo stato del convenuto. Tuttavia, questo non significa che il diritto sostanziale applicabile dovrebbe derivare dallo stato perseguito piuttosto che il ricorso al diritto internazionale. La Corte

Internazionale di Giustizia suggerisce, nel caso North Sea Continental Shelf che nell'accertamento dei principi generali del diritto internazionale, i riferimenti vanno principalmente fatti a partire da stati con un vivo interesse a sviluppare l'argomento in questione. Ad esempio, nel determinare la legge applicabile alla piattaforma continentale, si rimanda alla pratica delle nazioni costiere. Tuttavia, nel caso del concetto di base di autodifesa, la maggior parte se non tutti gli ordinamenti giuridici hanno avuto interesse a sviluppare il diritto su questo argomento. Nell'accertare i limiti del principio generale di auto-difesa, la raccolta di stati selezionati per valutare tale pratica determinerà i limiti consentiti. Si potrebbe anche fare riferimento a fonti del diritto internazionale consuetudinario, come l'articolo 31 (1/c), dello Statuto di Roma (la definizione di auto-difesa)¹³. Si tratta ancora di una questione aperta come il principio di auto-difesa vada definito e applicato nel contesto della pirateria marittima.

L'analisi di Ronzitti suggerisce in conclusione che si è resa necessario l'inserimento di guardie a bordo delle navi e che esso sia legalmente ammissibile entro certi limiti. Egli suggerisce che ulteriori regolamenti debbano essere applicati al fine di conformarsi alla prassi delle norme internazionali. Tuttavia, la preoccupazione fondamentale è che esso porterà ad una escalation di violenza e preparazione da parte dei pirati. L'Organizzazione marittima internazionale (IMO) ha indicato che il tasso di successo di attacchi dei pirati nel Golfo di Aden è sceso dal 50 per cento a meno del 20 per cento solo nel 2011. Di conseguenza,

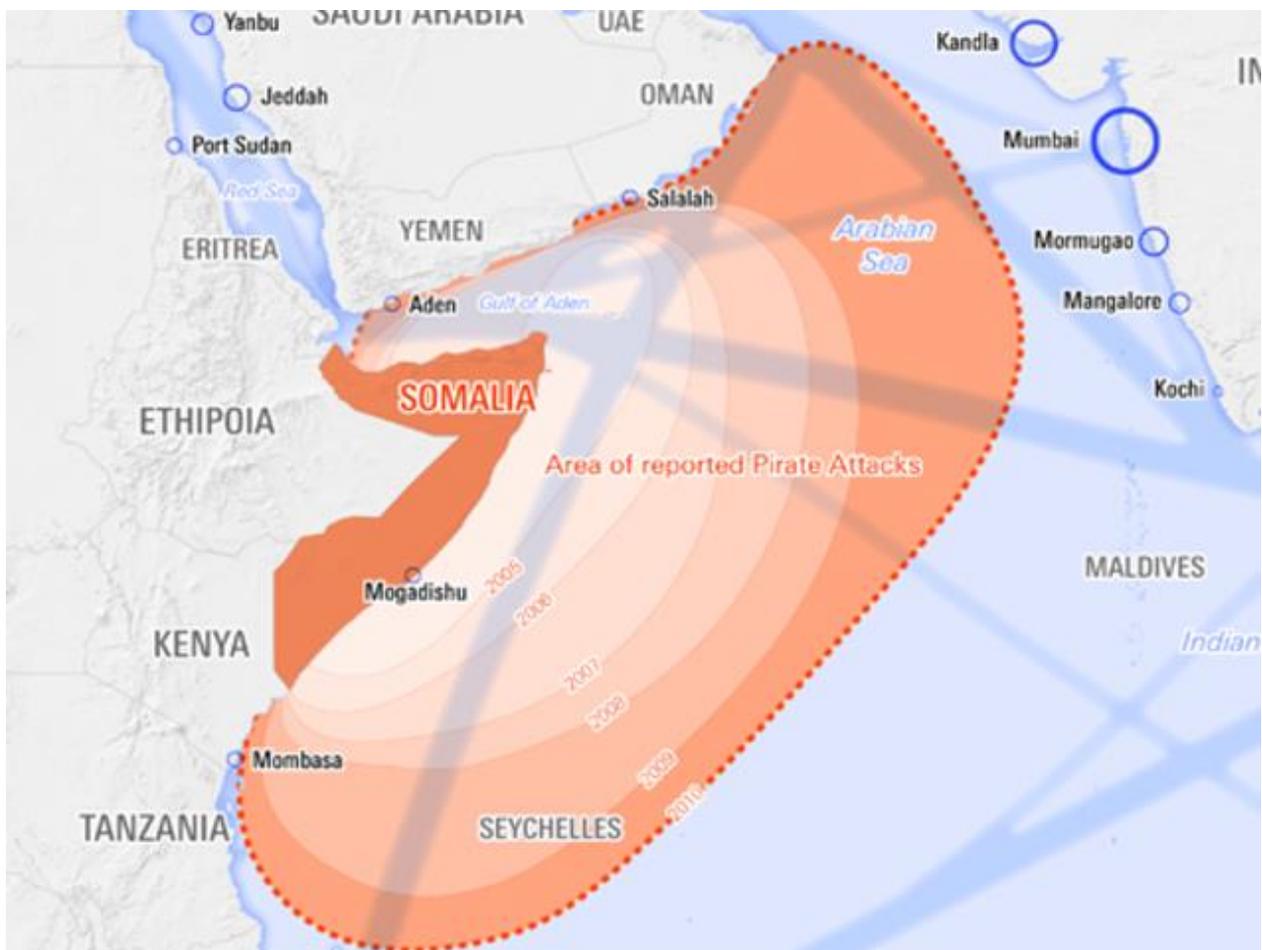
"Loro [i pirati] sono diventati più aggressivi, audaci e meglio organizzati". Questo punto di vista è stato ripreso dal direttore dell'International Maritime Bureau capitano Pottengal Mukundan, che ha affermato, "Gli attacchi al largo delle coste della Somalia sono stati caratterizzati da un elevato grado di violenza contro gli equipaggi rispetto a prima. "

Anche se giuridicamente giustificabile in determinate circostanze, l'uso di PMSC porterà inevitabilmente a scontri più violenti e mortali con i pirati.

Per quanto riguarda la legislazione italiana in materia, notevoli progressi sono stati fatti con l'adozione del decreto legge 12 luglio 2011 n.107 il quale prevede l'imbarco di team militari armati e di guardie giurate a bordo di mercantili battenti bandiera italiana. L'operatività della legge era subordinata ad un decreto del ministro della Difesa per quanto riguarda l'imbarco di team militari, che è stato prontamente emanato il 1° settembre 2011. Successivamente l'11 ottobre 2011 è stato

¹³ Oltre agli altri motivi di esclusione della responsabilità penale previsti dal presente Statuto, una persona non è penalmente responsabile se al momento del suo comportamento essa ha agito in modo ragionevole per difendere sé stessa, per difendere un'altra persona o, in caso di crimini di guerra, per difendere beni essenziali alla propria sopravvivenza o a quella di terzi, o essenziali per l'adempimento di una missione militare contro un ricorso imminente ed illecito alla forza, proporzionalmente all'ampiezza del pericolo da essa incorsa o dall'altra persona o dai beni protetti. Il fatto che la persona abbia partecipato ad un'operazione difensiva svolta da forze armate non costituisce di per sé motivo di esonero dalla responsabilità penale a titolo del presente capoverso.

concluso tra il ministero della Difesa e Confindustria un Protocollo d'intesa per la prestazione di servizi di nuclei militari di protezione a bordo dei mercantili italiani. Bisognerà aspettare il 2013 per ottenere un rapporto che autorizzi anche l'imbarco di guardie giurate con particolari e complesse condizioni. Non vengono comunque esplicitati punti centrali nella normativa per la presenza a bordo di Nuclei Militari di Protezione, ad esempio, nulla viene detto riguardo i rapporti che intercorrono tra comandante della nave e team militare il che riporta in luce l'incidente di nave Enrica Lexie: a chi spettava la decisione di rientrare in porto? Si può accusare l'armatore per aver compiuto tale scelta noncurante del parere di Ministero della Difesa e degli Esteri da cui dipendevano i marò?



Mapa degli attacchi da parte di pirati dal 2005 al 2010, (Wikipedia)

“ Chi vuol navigare finchè non sia passato ogni pericolo non deve mai prendere il mare.”

Thomas Fuller

Capitolo II

Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP) e Nuclei Militari di Protezione (NPM)

"Dal 2005 al 2012 sono state attaccate nell'area dell'Oceano Indiano 41 navi italiane, di cui 4 sequestrate dai pirati somali. Il sequestro più lungo è stato quello della Savina Caylyn e del suo equipaggio, durato 316 giorni". Lo ha sottolineato il presidente di Confitarma Paolo D'Amico. *"Ogni giorno sono presenti nell'area a rischio pirateria fino a 10 navi mercantili italiane ed è evidente il grave pericolo che incombe su equipaggi e navi".* Dall'entrata in vigore della Legge sugli accompagnamenti militari *"sono state assicurate da parte dei marò italiani circa 160 protezioni a naviglio italiano e relativo equipaggio - ha aggiunto D'Amico - e da allora si è registrata una drastica riduzione nel numero degli attacchi e non si sono registrati sequestri".* *"Oggi siamo tornati ai livelli del 2007: sono soltanto due le navi sequestrate ancora nelle mani dei pirati somali"* ha concluso Confitarma.

La Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 e la Carta delle Nazioni Unite sul diritto del mare stabiliscono che solo le navi da guerra possono operare in servizio antipirateria; queste conclusioni, sancite in un momento storico in cui la pirateria non rappresentava una minaccia e, soprattutto, in cui si cercava di evitare la presenza di personale armato a bordo delle navi vista la delicata situazione politica internazionale, col passare del tempo e il formarsi delle consuetudini non ha escluso la possibilità per l'equipaggio di una nave, se attaccato, di esercitare il diritto di legittima difesa. La liceità della presenza di personale armato a bordo è infatti generalmente riconosciuta nel diritto internazionale; i principali nodi riguardano l'ingresso nelle acque territoriali altrui e la sosta in porti stranieri in quanto la presenza di armi e personale potrebbero essere contrarie alla legislazione dello stato costiero.

1 La legislazione italiana in materia di PCASP e NPM

Con il decreto n. 349/2013 il comando generale delle capitanerie di porto disciplina le procedure tecnico amministrative in materia di safety (sicurezza della navigazione) e security (sicurezza marittima) nell'eventualità di impiego di Nuclei Militari di Protezione (NPM) o guardie armate private (PCASP).

Tale decreto abroga il precedente (n. 963/2011) cambiandone alcuni punti principali. Il ruolo di NPM e guardie armate quando imbarcati è di “personale diverso dall'equipaggio e dai passeggeri”, dovranno essere listati dal comandante prima dell'imbarco e qualificati come Personale Governativo Militare o Personale di Sicurezza privato di protezione. Le unità in procinto di imbarcare devono possedere un locale per il deposito ed il trasporto di munizioni che dovrà essere dichiarato idoneo tramite apposita attestazione rilasciata dal RINA (Registro Italiano Navale) o da altri organismi riconosciuti dall'autorità di bandiera. Per quanto riguarda le misure di sicurezza marittima è richiesta una valutazione dei rischi mediante apposite procedure e misure da inserirsi negli Ship Security Plans (SSP) delle navi che si recano nell'area di rischio.

Gli NPM e le guardie giurate seguiranno inoltre un training atto a migliorare la familiarizzazione al fine di conoscere il protocollo delle comunicazioni di routine, le caratteristiche specifiche dell'unità, le pericolosità intrinseche, le dotazioni di sicurezza e le procedure di emergenza, devono inoltre partecipare ad almeno un'esercitazione di abbandono nave entro le 24 ore dall'imbarco. L'assicurazione che tutela NPM o PCASP deve essere conforme alla normativa vigente con i contenuti della circolare MSC 1/Circ. 1405/Rev.2.

La company (colui che ha assunto dall'armatore la responsabilità dell'esercizio della nave e che, nell'assumere tale responsabilità, ha convenuto di assolvere a tutti i compiti e le responsabilità imposti dal codice ISM) interessata all'imbarco delle Guardie giurate assicura che:

- Il comandante della nave registri gli eventi ed ogni circostanza relativa alla presenza a bordo dei nuclei secondo le modalità previste dal Codice della Navigazione, dalla normativa di settore e di quanto espressamente previsto dalla MSC.1/Circ.1405/Rev.2 (5.16-5.17);
- in caso di incidente, il capo nucleo delle Guardie giurate rediga un rapporto completo supportato, per quanto possibile, da materiale fotografico e/o video (MSC.1/Circ.1405/Rev.2, punti 2 5.16-5.18); il team, al termine di ogni turno di servizio, stili inoltre un resoconto dettagliato delle attività esperite (MSC.1/Circ.1405/Rev.2, punto 5.15);
- il comandante della nave dichiara alle autorità militari l'intenzione di transitare o il transito nell'area a rischio con a bordo le Guardie giurate.

A tale decreto si aggiunge il Regolamento recante l'impiego di guardie giurate a bordo delle navi

mercantili battenti bandiera italiana, che transitano in acque internazionali a rischio pirateria entrato in vigore il 13 aprile 2013. Nonostante la meticolosità il regolamento presenta ancora punti di discutibile chiarezza.

In primis l'utilizzo delle guardie giurate non è considerato un'alternativa agli NPM in quanto i PCASP potranno essere imbarcati solo in caso di “non previsione di impiego” di alcun nucleo militare di protezione, senza peraltro indicare valore giuridico della mancata risposta da parte del Ministero della Difesa (CINCNAV) né un limite di tempo entro il quale attendere tale risposta.

Le guardie armate, in base all'art. 5 del decreto legge 107/2011 dovranno essere Cittadini Italiani o UE e parte di istituti di vigilanza italiana, ponendo tra l'altro in dubbio la libera concorrenza tra le imprese italiane ed europee ed escludendo compagnie extra-europee leader, ad oggi, nel mercato di anti-piracy. Le guardie dovrebbero inoltre aver prestato servizio nelle Forze Armate, anche come volontari, aver superato i corsi teorico pratici previsti dal Ministero dell'Interno, aver passato un corso di addestramento specifico sulle procedure di sicurezza a bordo di una nave ed essere in possesso di porto d'arma lunga per difesa personale. Resta inoltre dubbia la loro qualifica a bordo della nave: essi sono considerati “personale diverso dall'equipaggio”. I servizi di protezione saranno inoltre svolti esclusivamente a bordo di navi mercantili predisposte per la difesa da atti di pirateria (BMP) e la custodia di armi andrà svolta in appositi armadi.

Esiste una fondamentale distinzione imposta dal regolamento che vede: guardie armate dipendenti da istituti di vigilanza privata o guardie armate dipendenti dagli armatori. Tale distinzione si differenzia fondamentalmente in termini di responsabilità nello svolgere le procedure di imbarco armi e di gestione del team. Sono ad ogni modo da considerarsi tali prescrizioni: il numero delle guardie, non inferiore a quattro, la tipologia della nave, le merci e i valori trasportati ed i sistemi di autoprotezione a bordo, dovrà inoltre essere garantito il rispetto della normativa italiana in tema di riposo settimanale, orario di lavoro e lavoro straordinario. Sarà stabilito un responsabile del team a cui il capitano si affiderà qualora sorgesse un rischio. Andranno garantite le procedure tecnico amministrative di cui sopra in tema di safety e security. L'uso delle armi è limitato alla sola ipotesi dell'esercizio di legittima difesa art. 52 del codice penale, specialmente dopo la riforma del 2006 che considera un attacco da parte di pirati come una violazione di domicilio, considerando il domicilio quale luogo di esercizio di una attività commerciale.

L'Art. 6 prevede una complicata disciplina riguardo acquisto, trasporto, cessione in comodato delle armi, nonché l'imbarco e lo sbarco delle stesse. Tale articolo ha come destinatario l'armatore o un suo rappresentante, a differenza della prassi internazionale sarebbe dunque l'armatore a dover autonomamente imbarcare le armi. La Risoluzione del 1 ottobre 2012 riguardo la cessione in comodato delle armi ricorda come in Italia, paradossalmente, non sarebbe attuabile in quanto le

armi risultano personali ed incedibili.

Le armi dovrebbe essere inoltre riposte in territorio italiano quando non necessarie presumento un costante contatto con la costa italiana da parte delle navi che spesso navigano senza tornare in patria per lunghissimi spazi di tempo. L'Art. 8 prevede dunque la possibilità di imbarcare o sbarcare armi nei porti degli stati confinanti con le aree a rischio pirateria sempre dietro permesso accordato in patria da parte di prefetto o questore. Nulla si accenna inoltre alla possibilità di trasbordare il team militare da nave a nave come peraltro avviene sulla rotta delle coste somali nelle navi italiane che imbarcano NPM a guadagno di tempo e costi. In conclusione l'articolo 10 prevede la comunicazione di essenziali informazioni tra la nave e lo stato in cui vengono imbarcati/sbarcati i PCASP, stesse considerazioni valgono per le comunicazioni da inoltrarsi all'Autorità Marittima e Militare italiana, oltre che tramite i canali consolari locali, necessarie in caso di emrgenza e/o attacco.

2 Lo status di PCASP nel diritto internazionale

Il numero di aziende che hanno deciso di investire e svilupparsi nell'ambito dei servizi di sicurezza marittima privati per offrire guardie armate a caricatori commerciali che temono gli attacchi dei pirati è aumentato notevolmente negli ultimi anni. Molte nuove compagnie si sono formate in questo settore dal 2008 e altrettante agenzie di sicurezza private si sono riorientate sulla sicurezza marittima. Società con base in vari stati hanno oscillato tra essere chiamate Private Military Company (PMC) o Private Security Company (PSC) passando al vaglio di molte e complicate legislazioni e polemiche.

La sicurezza marittima è esistita per proteggere le lente piattaforme di perforazione per l'estrazione di petrolio, yacht di lusso privati fino ai progetti di posa di cavi sottomarini. Il picco di attacchi del 2008 ha costretto armatori e noleggiatori a trovare il modo per ridurre il rischio di danni e il rapido aumento dei "prezzi assicurativi eccezionali" per rotte come il Golfo di Aden o una vasta porzione di Oceano Indiano in cui la pirateria ha avuto una rapida espansione.

Molti di questi "mercenari" sono veterani di missioni in Iraq e Afghanistan. La loro reputazione internazionale negli ultimi anni ha avuto un'evoluzione pragmatica confermata da pareri autorevoli come il segretario di Stato Hillary Clinton che da anti-contractors è mutata in pro-contractors non appena constatò i metodi di lavoro di questo settore emergente nelle acque di Yemen e Somalia. Appare evidente come questo settore necessiti del dovuto riconoscimento legale per il ruolo dei PCASP nel mantenere navi, equipaggi e merci al sicuro.

In un mondo perfetto non dovrebbero esserci minacce. E se ci fossero il governo di cui una nave batte bandiera dovrebbe fornire la sicurezza opportuna. Nel mondo reale tra bandiere di

convenienza e pirati aggressivi ed organizzati le società di navigazione si sono semplicemente affidate alla realtà di: “nessuna nave con guardie armate è mai stata presa dai pirati”. Questo semplice fatto è confermato mese dopo mese dai rapporti confidenziali inviati dalle navi alle società di sicurezza marittima. Vi è però una remota preoccupazione da parte di governi e dell'opinione pubblica che questa risorsa paramilitare possa divenire presto un ulteriore gruppo armato da regolare. Nonostante l'industria della sicurezza sia popolata da militari, polizia e professionisti addestrati che devono rispondere alle preoccupazioni delle compagnie di navigazione, il potenziale di passi falsi, come l'omicidio di pescatori, resta elevato avendo, a differenza dagli incidenti terrestri, il vuoto normativo che circonda le acque internazionali.

L'opinione internazionale, generalmente incline a screditare le guardie armate, ha avuto un cambio di rotta solo nel 2011 quando USA e Regno Unito si sono manifestati a favore della sicurezza privata soprattutto a tutela dei mercantili battenti bandiera di comodo come le imbarcazioni provenienti da Panama, dalla Liberia o dalle Marshall Island che rappresentano il 75 % del tonnellaggio mondiale marittimo. In Europa, oltre all'Italia, gli unici Paesi che hanno accordato la presenza a bordo di Nuclei militari di protezione sono il Belgio e la Francia, ma imponendo condizioni di utilizzo molto ristrette. La Francia, ad esempio, utilizza soldati del proprio esercito solo per difendere pescherecci che operano nelle acque vicino Mahé, ex colonia francese nei pressi di Pondicherry, in India sud orientale. A tal fine anche il peschereccio italiano Torre Giulia, di proprietà Iat di Bari (Industria Alimentare Tonniera) e associato a Federpesc, ha ammainato la bandiera italiana a favore di quella Francese.

Un discorso a parte deve essere fatto per la Spagna che ha modificato con un Regio Decreto il proprio Testo di Pubblica Sicurezza introducendo la possibilità per i privati autorizzati dal Governo spagnolo di imbarcarsi con armi e materiali; tuttavia la norma studiata anch'essa per la flotta (due imbarcazioni...) di pescherecci che incrociano nell'oceano Indiano non è mai stata presa in considerazione da alcun armatore rendendo di fatto la norma inutile.

A complicare ulteriormente il settore della sicurezza marittima svolge un ruolo primario il discorso del 16 maggio 2012 tenuto da Koji Sekimizu, segretario generale dell'IMO. Sekimizu ha descritto le forze di sicurezza armate come aneddotiche affermando che: “Il trasporto di armi da fuoco a bordo delle navi mercantili è una questione giuridica complessa in cui gli stati membri assumono molte posizioni diverse. Il comitato ha stabilito che il trasporto di personale armato è una questione che va autorizzata direttamente dagli stati di bandiera, ma ha anche sottolineato che il loro trasporto ha varie implicazioni legali nei confronti degli stati costieri e portuali, con particolare riguardo al trasporto, sbarco ed imbarco di armi da fuoco o attrezzatura di sicurezza nelle zone sotto la

giurisdizione di tali stati”

Ma ora poniamo attenzione sulle ragioni che portano le aziende a scegliere la presenza di nuclei armati a bordo. Secondo la società di Intelligence privata Stratfor, il costo per una squadra di quattro uomini con una normale rotazione di 40 giorni è incluso tra i 56.000 e i 64.000 dollari a cui si aggiungono altri costi ininfluenti. Le alternative sarebbero:

- Evitare il Golfo di Aden, aggiungendo 3.000 miglia, da due a tre settimane di viaggio e incorrere in costi di carburante annuali inclusi tra i 3,5 milioni per le navi cisterna e i 74,4 milioni per i trasporti di linea.
- L'aumento dei premi assicurativi che sono passati, nel solo 2007 da \$500 a circa \$20.000 per nave per ogni viaggio, escluse lesioni, responsabilità e la copertura del riscatto.
- Il pagamento dei riscatti ai pirati che dal 2009 sono aumentati da circa \$500.000 ad un massimo di 5,5 milioni per nave.
- Il sostenimento di una missione navale internazionale tra il Golfo di Aden e l'Oceano Indiano con un costo compreso tra i 250 e i 400 milioni di dollari all'anno

In ultimo, a garanzia dell'efficacia delle forze armate imbarcate, resta la certezza che, ad oggi, “nessuna nave con sicurezza a bordo è stata attaccata con successo”.

In ogni caso l'industria del trasporto marittimo internazionale ha esortato le Nazioni Unite a creare un'operazione di mantenimento della pace per proteggere le acque internazionali. In una lettera al segretario generale delle Nazioni Unite, le compagnie di navigazione affermano:

"Crediamo che un elemento importante in questo approccio sarebbe la creazione di una forza ONU di guardie militari armate che possa essere distribuita in piccole quantità a bordo di navi mercantili."

"Questa sarebbe una forza innovativa in termini di attività di mantenimento della pace delle Nazioni Unite, e potrebbe fare molto per stabilizzare la situazione e limitare la crescita di compagnie non regolamentate atte a fornire personale di sicurezza armato, al fine di supportare gli Stati membri delle Nazioni Unite in carenza di forze marittime e per dare infine un significativo contributo nel campo della lotta alla pirateria".

Considerando i vincoli di bilancio presso le Nazioni Unite, in particolare nell'ambito delle

operazioni di peacekeeping, non è chiaro come un tale progetto potrebbe essere finanziato. Ma potrebbe indubbiamente essere un modo per limitare la responsabilità giuridica dei marittimi che stanno attualmente assumendo PMSC.



At Sea - Soldier Resting, Atlantic, November 1941

“Il mare non è mai stato amico dell’uomo. Tutt’al più è stato complice della sua irrequietezza.”

Joseph Conrad

Capitolo III

L'immunità funzionale nel diritto internazionale

1 Questioni generali

I funzionari dello Stato sono, in generale, immuni dalla giurisdizione di altri Stati in relazione ad atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali ('immunità funzionale' o 'immunità *ratione materiae*')¹⁴. Poiché questo tipo di immunità è attribuita all'atto ufficiale piuttosto che allo status del funzionario, può essere invocata da tutti coloro che hanno agito per conto dello Stato rispetto ai loro atti ufficiali. Così, questa immunità basata sulla condotta può essere fatta valere da ex funzionari per gli atti ufficiali compiuti mentre erano in carica servendo lo stato in qualità di officials¹⁵. Può anche essere invocata da persone o enti non statali, ma che abbiano agito in nome dello stato¹⁶.

L'applicazione di immunità *ratione materiae* ai funzionari statali è generalmente più comune nelle questioni civili piuttosto che in quelle penali¹⁷. La giurisdizione penale degli stati è principalmente territoriale e, solitamente, i funzionari statali non esercitano le loro funzioni ufficiali nel territorio di altri Stati. Un'importante eccezione si ha nel corso di un conflitto armato internazionale in cui i combattenti spesso esercitano le loro funzioni ufficiali (ad esempio, impegnandosi in ostilità) nel territorio dello stato avversario. Tuttavia, il diritto umanitario internazionale ha previsto che questi

¹⁴ Per casi rilevanti con giurisdizioni differenti, vedi Tomonori, 'The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct' (2001). Per considerazioni riguardo la legislazione US e UK in merito, vedi Whomersley, 'Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts' (1992); H. Fox, *The Law of State Immunity* (2nd edn, 2008).

¹⁵ Wickremasinghe, 'Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations', *International Law* (3rd edn, 2010). Vedi anche Arts 39 Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 (VCDR), nei confronti di ex-diplomatici e Art 43 Vienna Convention on Consular Relations (1963) (VCCR), nei confronti di funzionari consolari. Sorgono dubbi riguardo l'applicabilità dell'immunità *ratione materiae* ad ex-diplomatici se si possa considerare della stessa natura dell'immunità generalmente applicabile ad altri atti o funzionari dello stato: vedi Dinstein, 'Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*' (1966), il quale afferma che l'immunità diplomatica sia più vasta di quella accordata ad altri funzionari statali. Tomonori indaga quali altri funzionari statali abbiano diritto ad immunità *Ratione Materiae* in processi criminali e in relazione ad atti *ultra vires*'.

¹⁶ Vedi Van Panhuys, 'In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities' (1964). Vedi anche [*Twycross v. Dreyfus*] (1877) (England: CA); [*Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co.*] (1995); [*Walker v. Bank of New York*,] (1994); (Canada: Ontario CA) e UK State Immunity Act 1978.

¹⁷ Il suggerimento che la scarsità di cause penali nazionali riconoscano l'immunità *Ratione Materiae* agli Stati rende difficile dimostrare che questo tipo di immunità si applichi all'interno di procedimenti penali vedere Tomonori.

funzionari non debbano affrontare l'azione penale nelle mani dello Stato nemico esclusivamente per il loro coinvolgimento in tali ostilità fintanto che questi comportamenti si attengano alle leggi e alle consuetudini di guerra¹⁸. Pertanto, le circostanze in cui un ufficiale di Stato può affrontare un processo penale in uno Stato estero per un atto compiuto nell'esercizio di funzioni ufficiali sono limitate. Tuttavia, l'affermazione di immunità *ratione materiae* in materia penale non è sconosciuta e le ragioni per le quali è stata conferita l'immunità si applicano a maggior ragione riguardo a questioni di natura criminale¹⁹.

Ci sono due politiche connesse alla base del conferimento di immunità *ratione materiae*. In primo luogo, questo tipo di immunità costituisce (o, forse più appropriatamente, attua) una difesa sostanziale, in quanto indica che l'individuo funzionario non deve essere ritenuto legalmente responsabile per gli atti che sono, in effetti, quelli dello Stato. Tali atti sono imputabili solo allo Stato e l'immunità *ratione materiae* è effettivamente un meccanismo atto a deviare la responsabilità ai danni dello stesso²⁰. Questa logica è stata fortemente espressa dalla Camera d'Appello del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia in [prosecutor contro *Blaškić*]:

“I funzionari sono semplici strumenti di uno Stato e la loro azione ufficiale può essere attribuita solo allo Stato. Non possono essere oggetto di sanzioni per comportamenti intrapresi per conto dello Stato ma solo limitatamente alle azioni di natura privata. In altre parole, i funzionari dello Stato non possono subire le conseguenze di atti illeciti che non siano attribuibili a loro

¹⁸ Vedi Ipsen, 'Combatants and Non-Combatants', in D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law of Armed Conflict* (2nd edn, 2008).

¹⁹ Il caso più noto riguardo questo genere di immunità affermato in relazione a procedimenti penali è il caso di Macleod (su cui vedi Jennings, "The Caroline and McLeod Cases", (1938); Noyes, "The Caroline: International law limits on resort to force". In J. Noyes, L. Dickinson, e M. Janis, 'Storie di Diritto internazionale' (2007). Mentre entrambi i governi britannico e statunitense accettarono che non c'era immunità secondo il diritto internazionale, nei processi civili e penali. Macleod era in realtà oggetto di studio a causa della incapacità del governo federale degli Stati Uniti di interferire con l'accusa. Nel novembre 2007 un procuratore distrettuale di Parigi ha respinto una denuncia contro Donald Rumsfeld, l'ex Segretario di Stato americano per la difesa, sostenendo che è stato responsabile di atti di tortura nei centri di detenzione a Guantanamo e Abu Ghraib. La ragione del procuratore per respingere la denuncia era basata sulla continua immunità di Rumsfeld per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni [come l'ex Segretario di Stato per la Difesa]. Tuttavia, nel caro *Rainbow Warrior*, (1986), la posizione del governo francese secondo cui gli ufficiali militari non sarebbero dovuti essere processati in Nuova Zelanda, è stata respinta dalla Nuova Zelanda una volta la Francia aveva accettato la responsabilità internazionale. Vedi anche i pochi casi citati dalla Tomonori.

²⁰ In *procuratore generale di Israele contro Eichmann*, la Corte Suprema israeliana ha affermato che 'la teoria della "legge di Stato" significa che l'atto compiuto da una persona come organo dello Stato - se era capo dello Stato o di un ufficiale responsabile che agisce per ordine del governo - deve essere considerato come un atto dello Stato da solo. Ne consegue che la responsabilità grava solo su quest'ultimo, ed inoltre anche che un altro Stato non ha il diritto di punire la persona che ha commesso l'atto, salvo con il consenso dello Stato per cui l'individuo era in missione. Se non fosse così, il primo Stato starebbe interferendo negli affari interni del secondo, concetto che è in contrasto con la concezione di uguaglianza degli Stati membri in base alla loro sovranità. Tuttavia, la Corte non era disposta ad accettare che questa teoria venisse applicata in tutti i casi. Vedere anche la corrispondenza nel caso *MacLeod*, supra nota 15.

In *Jones v. Arabia Saudita*, Lord Hoffmann ha sostenuto che sia 'artificiale dire che gli atti di funzionari non sono attribuibili a loro personalmente e ... questo uso può portare a confusione, soprattutto in quei casi in cui alcuni aspetti dell'immunità del singolo sono estratti da un trattato, come lo è per un procedimento penale da parte della *Torture Convention*'. Tuttavia, ha ammesso che non c'era 'autorità indubbia' per questo caso di immunità funzionale.

personalmente. Qualora fossero svolti in nome dello stato per il quale agiscono essi godono della cosiddetta 'immunità funzionale'. Questa è una regola consolidata di diritto internazionale consuetudinario che risale ai secoli XVIII e XIX, ridiscussa molte volte²¹”.

Una conseguenza dell'immunità *ratione materiae* è che nei confronti dei funzionari statali non è coestensiva, ma più ampia, rispetto l'immunità dello Stato stesso. Il funzionario sarebbe immune non solo per gli atti sovrani per i quali lo Stato è immune, ma anche verso i procedimenti relativi agli atti ufficiali ma non sovrani²².

In secondo luogo, l'immunità dei funzionari statali presso i tribunali stranieri impedisce l'elusione dell'immunità dello Stato attraverso un procedimento avviato contro coloro i quali agiscono per conto dello stato. Come è stato affermato dalla Corte d'Appello inglese nel caso [Zoernsch v Waldock]:

Un governo sovrano estero, escluse le personalità sovrane, può agire solo tramite agenti e l'immunità di cui ha diritto nei confronti dei suoi atti sarebbe illusoria se non estesa anche ai suoi agenti in relazione ai comportamenti da essi compiuti in suo nome. [Volendo citare un inviato per gli atti fatti nella sua veste ufficiale sarebbe, in effetti, come citare in giudizio il suo governo indipendentemente dal fatto che l'inviato abbia cessato di essere 'en poste' alla data della sua citazione²³.

In questo senso, l'immunità funziona come un limite giurisdizionale o procedurale, ed impedisce ai tribunali di esercitare indirettamente il controllo sugli atti dello stato estero attraverso un procedimento contro il funzionario che ha effettuato l'atto.

La successiva domanda da porsi è se i funzionari statali abbiano o meno il diritto di invocare l'immunità *ratione materiae* nell'ambito delle procedure nazionali estere nelle quali vengono accusati di un crimine internazionale. Sono stati sollevati tre punti correlati al fine di sostenere che l'immunità *ratione materiae* non può essere invocata per eludere la responsabilità in caso di crimini internazionali. In primo luogo, si è sostenuto che, poiché l'immunità dello Stato è concessa solo per atti sovrani, gli Stati e i loro funzionari non possono mai essere immuni dalla giurisdizione di altri Stati in materia di crimini internazionali, perché questi crimini, per la maggior parte, costituiscono

²¹ *Prosecutor v. Blaškić* (Obiezione al principio di *Subpoena duces Tecum*) IT-95-14-AR108 (1997), 110 ILR (1997) 607, at 707, para. 38.

²² Vedi Brief for the United States of (2nd Cir 2009): 'l'esecutivo riconosce generalmente ai funzionari stranieri di godere dell'immunità da cause civili per quanto riguarda i loro atti ufficiali - tra cui anche, almeno in alcune situazioni, qualora lo stato stesso potesse mancare d'immunità secondo il FSIA'.

²³ *Zoernsch v Waldock* [1964]. (Inghilterra: CA, per Diplock LJ). Per le dichiarazioni simili vedere *Chuidian v Philippine National Bank*, (9 ° Cir 1990.). 'È generalmente riconosciuto che una causa contro una persona che agisca nella sua veste ufficiale è l'equivalente pratico di una citazione contro il sovrano direttamente'; la terza ristampa della legge "Foreign Relations" degli Stati Uniti (1986), al par. 66: 'immunità di uno stato straniero ... si estende per ... qualsiasi altro pubblico ministro, funzionario o agente dello Stato per gli atti compiuti in veste ufficiale se l'effetto di esercitare la giurisdizione sarebbe quello di far rispettare una norma di diritto contro lo Stato'; . ed *Propend Finance Pty Ltd contro Canta*, 111 ILR (1997) 611, a 669 (Inghilterra: CA).

violazioni delle norme di ius cogens e quindi non possono essere atti sovrani. Un secondo argomento correlato è che, poiché l'immunità *ratione materiae* potrebbe essere fatta valere soltanto per garantire protezione da atti ufficiali, gli atti equivalenti a crimini internazionali non possono essere considerati atti ufficiali. In terzo luogo, si è sostenuto che, poiché le norme di ius cogens hanno valore superiore alle restanti norme, queste superano tutte le leggi di diritto internazionale che prevedono l'immunità. Le prossime due sezioni del capitolo analizzeranno nei pro e contro questi argomenti. Questi argomenti evidenziano il fraintendimento riguardo i metodi attraverso i quali l'immunità dello Stato viene accordata e suggeriscono un falso conflitto tra la regola accordante l'immunità da parte dello Stato e le relative norme di jus cogens. Una teoria più convincente è proposta riguardo la rimozione dell'immunità *ratione materiae* la quale può essere revocata in casi penali che coinvolgano crimini internazionali. Si sostiene che, mentre i crimini internazionali possono essere atti ufficiali, l'immunità *ratione materiae* viene rimossa non appena viene sviluppata una regola che consenta l'esercizio della giurisdizione extra-territoriale per tale crimine e contempli il perseguimento dei funzionari statali.

2 La questione dei Crimini internazionali come atti (non) sovrani e (non) ufficiali

È stato asserito che l'immunità dello Stato vale solo per gli atti sovrani e che i crimini internazionali, in particolare quelli contrari alle norme di ius cogens²⁴, non possono essere considerati come atti sovrani²⁵. Argomentazioni simili sono state fatte nei confronti degli effetti che agiscono a far sì che i crimini internazionali non possono mai essere considerate come atti ufficiali. Secondo alcuni, qualora uno Stato si impegnasse in atti in contrasto con le norme di ius cogens esso rinunciarebbe implicitamente ad ogni diritto di immunità dal momento che oltrepasserebbe la sfera della propria sovranità. In sostanza, lo Stato non ha il potere di violare norme di jus cogens e qualora ciò avvenisse tali atti non possono essere considerati atti sovrani.

²⁴ Ai sensi dell'art. 53 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), una norma imperativa di diritto internazionale o di jus cogens è 'una norma accettata e riconosciuta dalla comunità internazionale nel suo complesso come norma alla quale non è consentita alcuna deroga'.

²⁵ Questo argomento è stato generalmente sostenuto in tentativi di negare l'immunità in azioni civili contro gli stati. Vedere Bianchi, 'Immunità Versus diritti umani: il caso Pinochet', 10 EJIL (1999) 237, a 265: 'atrocità dei diritti umani non possono essere qualificati come atti sovrani: il diritto internazionale non può considerare come sovrani quegli atti che non sono solo una violazione di esso, ma costituiscono un attacco contro il suo fondamento e valori predominanti'. Vedi anche Belsky, Merva, e Roht-Arriaza, 'rinuncia implicita Sotto il FSIA: A eccezione proposta di immunità per le violazioni di perentorie norme del diritto internazionale', 77 California LR (1989) 365, a 394: l'esistenza di un sistema di regole che gli stati non possono violare implica che quando uno Stato agisce in violazione di tale regola, l'atto non è riconosciuto come un atto sovrano. Quando un atto di stato non è più riconosciuto come sovrano, lo Stato non ha più diritto di invocare la difesa dell'immunità sovrana'.

Questo argomento si è rivelato oggetto di dibattito per alcuni tribunali nazionali. Nel caso [Prefettura di Beozia contro Repubblica federale di Germania] il quale trattava una causa civile di risarcimento a seguito delle atrocità commesse dalle forze tedesche che provocarono la morte di 200 civili nel villaggio greco di Distomo²⁶, il Tribunale di primo grado in Grecia, in una decisione che è stata confermata dalla Corte suprema di Grecia²⁷, pretese danni per circa 30 milioni di dollari basandosi sulla tesi secondo la quale gli atti che violano le norme jus cogens non si qualificano come atti sovrani e che la Germania aveva implicitamente rinunciato alla sua immunità nel commettere tali atti.

Tuttavia, altre corti non concordarono. La parte lesa nel caso [Prefettura di Beozia] ha cercato di far valere la propria richiesta in Germania, ma questo tentativo fu respinto dalla Corte Suprema tedesca che ritenne che l'argomento applicato dalla Corte suprema greca, secondo l'opinione prevalente, non corrispondeva al diritto internazionale attualmente in vigore²⁸. In un secondo caso, sempre riguardo il massacro di Distomo, la Corte suprema speciale greca, condotta da una flebile maggioranza, affermò che l'immunità dello Stato è ancora una norma internazionale generalmente riconosciuta che esclude azioni a fine dannoso in relazione ai reati, tra cui la tortura, commessi dalle forze armate di un altro stato²⁹. Il giudice ha ritenuto che non ci fosse abbastanza consistenza o consuetudine diffusa a dimostrare un'effettiva eccezione alla norma dell'immunità dello Stato.

Nel caso sollevato dagli Stati Uniti [Prinz contro Repubblica federale di Germania]³⁰, Prinz era una vittima del regime nazista il quale sosteneva che la Germania aveva implicitamente rinunciato alla sua immunità dal momento che violava alcune norme di jus cogens. La maggioranza della Corte ha respinto questa argomentazione, sostenendo che “una implicita rinuncia dipende solo dal governo

²⁶ Prefettura di Beozia contro Repubblica federale di Germania, [1997]Revue Hellénique De Droit International 595 . (Grecia: Tribunale di primo grado Leivadia, 1997). Vedere Bantekas, 'Case Comment: Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany', 92 Ajil (1998) 765.

²⁷ Anche se la Corte Suprema ha qualificato l'argomento sottolineando che gli atti avevano avuto luogo sul territorio greco. Prefettura di Beozia contro Germania, causa n. 11/2000 (Grecia: Corte Suprema, 2000). Vedere Vournas, 'Prefettura della Beozia contro Repubblica federale di Germania: immunità sovrana e l'eccezione per la violazioni di ius cogens.', 21 NY Law School J Int'l & Comp L (2002) 629; Gavouneli e Bantekas, 'Prefettura di Beozia v. Repubblica federale di Germania', 95 Ajil (2001) 198.

²⁸ Cittadini greci contro Repubblica federale di Germania (Il caso del massacro di Distomo), 42 ILM (2003) 1030. (Germania: Sup Ct, 2003), al 1033, la Corte Suprema tedesca ha rilevato in una sentenza della Corte suprema speciale di Grecia un problema simile in cui è stato dichiarato 'che in base allo stato attuale del diritto internazionale esiste ancora una norma internazionale generalmente riconosciuta, che vieta che uno Stato sia citato da un altro Stato per danni in relazione ai reati che sono stati commessi sul territorio in cui ha competenza il tribunale con la partecipazione di truppe dello Stato convenuto in tempo di guerra come in tempo di pace '(Repubblica Margellos v federale di Germania (Grecia: Anotato Eidiko Dikasterio, 2002)), e la decisione della Corte EDU in App . No. 50021/00, Kalegoropoulou v. Grecia e Germania, 2002-IX CEDU 415, che ha dichiarato l'affermazione delle stesse ricorrenti irricevibili.

²⁹ *Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos*, Caso 6/17-9-2002 (Grecia: Corte Suprema, 2002).

³⁰ *Prinz v. Federal Republic of Germany* 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994).

straniero il quale abbia, a un certo punto, manifestato di accettare il giudizio³¹. Il solo Giudice Wald dissentì dal parere della maggioranza, sostenendo che 'quando uno Stato si tappa il naso nei confronti di una norma di jus cogens in vigore, sovrascrivendo la volontà collettiva di tutta la comunità internazionale, lo Stato non può compiere un atto sovrano avvalendosi del diritto di immunità³²'. La Corte di Cassazione italiana ha respinto esplicitamente la tesi secondo cui le violazioni dello ius cogens non possano essere qualificati come atti sovrani o che vi sia una rinuncia implicita all'immunità sovrana come risulta evidente nel caso [Ferrini contro Repubblica federale di Germania]³³, al contrario Lord Hoffmann respinse sommariamente la tesi in [Jones contro l'Arabia Saudita], affermando che la "teoria della rinuncia implicita non ha ricevuto nessun supporto in altre decisioni³⁴".

L'argomentazione che afferma che gli atti costituenti crimini internazionali non possano essere considerati come atti sovrani poggia in ultima analisi sulla tesi secondo cui l'illegittimità di tali atti evidenzia che il diritto internazionale non li può considerare come atti che gli Stati possono effettuare. Tuttavia, questo argomento non è persuasivo ed è in via di definizione.

In primis, nella fase del procedimento nel corso della quale viene sollevata la questione dell'immunità non può ancora essere stabilito se lo Stato abbia agito illegalmente. Anzi, può risultare che le accuse formulate contro lo Stato o un suo funzionario siano infondate. Sarebbe quindi sbagliato affermare che lo Stato, agendo in maniera grossolanamente illegale, si fosse privato dei diritti cui generalmente gode secondo il diritto internazionale, rinunciando implicitamente alla sua immunità. Questa asserzione sarebbe particolarmente discutibile soprattutto in materia penale ove vige la presunzione di innocenza.

In secondo luogo, a priori dal fatto che un atto sia o meno jure imperii, l'attribuzione dell'immunità allo Stato non dipende ne' dalla legalità internazionale, ne' meno del comportamento, ma dalla natura dell'atto in questione la quale deve essere intrinsecamente governativa. Questo a sua volta dipende da un'analisi della ragione dell'accaduto e dal contesto in cui esso si svolge³⁵. I crimini

³¹ *Ibid.*, a 1174. Altri casi US in cui questa argomentazione è stata dismessa: *Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya*, 101 F 3d 239 (CA, 2nd Cir., 1996); *Persinger v. Islamic Republic of Iran*, 90 ILR 486 (DC Cir. 1996); *Sampson v. Federal Republic of Germany*, 975 F Supp 1108 (ND Ill., 1997).

³² *Ibid.*, at 1182.

³³ *Ferrini v. Repubblica Federale di Germania*, 87 RDI (2004) 539 (Italia: Cassazione), paragrafi 7 e 8.2. Vedi De Sena and de Vittor, 'L'immunità di Stato e i diritti umani: la decisione della Corte Suprema Italiana sul caso Ferrini', 16 *EJIL* (2005) 89, at 101–102. In ogni caso, va notato che la corte accettò la teoria gerarchica discussa.

³⁴ *Jones v. Saudi Arabia*, *supra* nota 16. Vedi anche *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation*, 488 US 428, 442–443 (1989) (US Sup. Ct).

³⁵ Vedere Lord Wilberforce in I Congresso del Partido [1981] 2 All ER 1064, al 1074 (HL): 'in considerazione, nell'ambito della teoria restrittiva, se l'immunità di Stato debba essere concessa o meno, il giudice deve prendere in considerazione l'intero contesto in cui il credito nei confronti dello Stato è stato fatto, al fine di stabilire se l'atto in

internazionali commessi si verificano di solito nell'ambito dell'uso della forza armata o nell'esercizio del potere di polizia, e questi sono atti intrinsecamente governativi come molti altri³⁶. L'immunità sovrana, anche detta irresponsabilità regia, non è comunque progettata per proteggere gli stati dalle conseguenze del loro comportamento illegale, anche se è innegabile che essa può avere questo effetto³⁷. L'eccezione data da questa situazione non deresponsabilizza infatti uno stato nei confronti del diritto internazionale³⁸, e non è altresì mai avvenuto che l'immunità fosse appellabile solo per quegli atti che sono internazionalmente legittimi. Al contrario, lo scopo della norma è quello di impedire ai giudici nazionali di determinare la legalità o meno di certi atti commessi da stati esteri. Pertanto, sarebbe illogico far dipendere l'applicazione di tale regola da una determinazione preliminare la quale consideri il comportamento illegale. Definire un atto sovrano non implica che si tratti di un atto consentito dalla legge internazionale o all'interno di una sfera di atti consentiti. In realtà, una conseguenza alla teoria dell'immunità restrittiva è proprio che, nelle circostanze in cui il diritto internazionale esprime pareri riguardo atti degli stati, siano essi governativi o pubblici, le corti nazionali non sono autorizzate ad esprimersi³⁹.

Per le stesse ragioni descritte sopra, la tesi secondo cui i crimini internazionali non possono mai essere considerati atti ufficiali protetti dall'istituto dell'immunità *ratione materiae* deve essere

questione su cui si fonda la domanda dovrebbe, in tale contesto, essere considerato equo all'interno di un settore di attività, di negoziazione o commerciale o comunque di un carattere di diritto privato, in cui lo Stato ha scelto di impegnarsi o se l'attività in questione deve essere considerata come se fosse stata effettuata al di fuori della zona e all'interno della sfera di attività governativa o sovrana'. Vedere anche *Olanda v. Lampen Wolfe* [2000] 3 All ER 833 (HL), dove Lord Hope ha dichiarato che 'è la natura dell'atto che determina se è qualificato come *iure imperii* o *iure gestionis*. Il processo di caratterizzazione richiede che l'atto debba essere considerato nel suo contesto. Nel caso di specie, il contesto è tutto-importante. Il contesto generale è stato quello della fornitura di servizi educativi per il personale militare e le loro famiglie di stanza in una base degli Stati Uniti all'estero. La manutenzione della base stessa era chiaramente un'attività sovrana'. Per dichiarazioni simili vedi anche *United States v. Public Service Alliance of Canada*, 32 ILM (1993) 1.. (Canada: Sup Ct); *Litterell v USA* (n° 2), 100 ILR (1995) 438 (Inghilterra: CA); *Egitto v-Gamal Eldin* [1996] 2 Tutto ER237 (Inghilterra: Tribunale del lavoro).

³⁶ In *Nelson v. Arabia Saudita*, 100 ILR (1993) 544, al 553 negli Stati Uniti la Ct. Sup. ha dichiarato che 'per quanto tali abusi siano senza dubbio mostruosi, l'esercizio da parte di uno Stato estero del potere della sua polizia è stato a lungo inteso ai fini della teoria restrittiva in quanto sovrano naturale'. Vedere anche la rivendicazione contro l'Impero dell'Iran, 45 ILR (1963) 57, a 81 (Germania Ovest: Corte costituzionale federale): 'in questo campo di attività sovrane sono incluse operazioni relative agli affari esteri e autorità militare, la legislazione, l'esercizio dell'autorità di polizia, e l'amministrazione della giustizia'. Vedi ancora *Propend Finance Pty Ltd* e altri contro *Canta*, supra nota 19.; *Repubblica Argentina v Amerada Hess*, supra nota 30.

³⁷ Vedi McGregor, 'Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty', 18 *EJIL* (2007) 903.

³⁸ L'immunità, dove esiste, proviene dalla giurisdizione locale e non dalla responsabilità legale (o stato) sul piano internazionale. Il problema è, almeno in parte, una domanda riguardo al tribunale appropriato '(enfasi in originale): Brownlie, 'Preliminary Report on the Contemporary Problems Concerning the Jurisdictional Immunity of States', 62-I *Annuaire de l'Institut de Droit international* (Cairo, 1987) 13, a 18 anni Vedere anche Fox, 'International Law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States', in MD Evans (ndr.), *Diritto internazionale* (3rd edn, 2010).

³⁹ Art. 2 (3) (a) e (b), Res dell'Institut de Droit international riguardo "Contemporary Problems Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement" (1991) indica che il fatto che un caso particolare coinvolga l'aggiudicazione della validità o legittimità degli atti dello stato imputato in termini di diritto internazionale implica automaticamente l'incompetenza del giudice in materia. Vedere 64-II *Annuaire de l'Institut de Droit international* (Basilea, 1991), 338, 393-394.

argomento respinto. Questa prospettiva è stata invocata da alcuni giudici della House of Lords nella serie di casi Pinochet, in cui è stato sostenuto che un ex capo di Stato non è immune nei confronti di torture commesse anche nell'esercizio delle proprie funzioni⁴⁰. In ogni caso, come indicato in precedenza, anche qualora gli atti di funzionari statali non fossero considerati atti ufficiali ciò non dipenderebbe, sia nel diritto internazionale che in quello nazionale, dalla legalità di tali atti. Piuttosto, gli atti di tali individui sono da considerarsi ufficiali in base alle finalità per le quali sono stati commessi ed ai mezzi attraverso i quali il funzionario li ha perseguiti⁴¹. Qualora fossero stati svolti per motivi connessi alle politiche dello Stato, a differenza di ragioni unicamente personali, e venissero attuati utilizzando apparati dello Stato, vale a dire, mediante una legge, tali atti devono essere considerati atti ufficiali. Gli atti che costituiscono crimini internazionali sono spesso svolti da soggetti investiti di autorità statale e generalmente compiuti per lo stato piuttosto che a fini privati. Così, “negare il carattere ufficiale di tali reati sarebbe come volare di fronte alla realtà⁴², Tali comportamenti sono caratterizzati come atti dello Stato e ad esso va imputata la responsabilità⁴³, e sarebbe inoltre artificiale imporre un procedimento differente nel contesto di una responsabilità individuale⁴⁴.

3 Il principio d'immunità e le norme di Jus Cogens nei confronti della teoria gerarchica

È stato affermato che a causa della posizione superiore delle norme di jus cogens nella gerarchia

⁴⁰ Vedere Pinochet (No.3), (per Lord Browne-Wilkinson e Hutton); R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet (No.1) [1998] 4 All ER 897, a 939-940, 945-946 (HL, per Lord Nicholls e Steyn). È sorprendente che questi giudici potrebbero avere raggiunto questa conclusione per quanto riguarda la tortura, che ai sensi dell'art. 1 della tortura Convention e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti o punizioni (1984), 1465 UNTS 85 è limitata agli atti di un pubblico ufficiale o altra persona che agisca a titolo ufficiale '(enfasi aggiunta). Si veda anche il parere comune separato di giudici Higgins, Kooijmans, e Buergenthal nel Arrest Warrant case e il caso Bouterse, al par. 4.2 (Paesi Bassi: Gerechtshof Amsterdam, 2000), citato nel parere comune. Una posizione simile è stata presa in un certo numero di cause civili statunitensi sotto la Alien Tort Claims Act. Vedere, ad esempio, In re Estate of Ferdinand Marcos, 25 F 3D 1467, in 1469-1472 (9 ° Cir 1994.).

⁴¹ Vedere Watts; Wirth, 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case', 13 EJIL (2002) 877, a 891.; Cassese, 'When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case', 13 EJIL (2002) 853, 867-870 a.

⁴² Barker, 'The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet', 48 ICLQ (1999) 937, a 943. Dello stesso parere è anche Denza, 'Ex Parte Pinochet: Lacuna or Leap', 48 ICLQ (1999) 949 , a 952; Cassese, supra nota 77, a 870 (il quale sostiene che sarebbe artificioso considerare i crimini internazionali commessi da funzionari statali di alto livello come atti privati). Vedere anche il punto di vista della Procura che respinge un reclamo circa l'azione penale in Francia dell'ex segretario della Difesa, Donald Rumsfeld, per tortura, discusso in Gallagher, 'Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High Level United States Officials Accountable for Torture' (2009).

⁴³ Vedi Art. 4 e 7, International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN Doc. A/CN.4/L.602.

⁴⁴ Vedi Jones v. Saudi Arabia, supra nota 16, at paras 74–78 (per Lord Hoffmann).

del diritto internazionale, esse devono prevalere sulle norme che attribuiscono immunità⁴⁵. Come è stato affermato nel caso [Siderman de Blake vs Repubblica Argentina], questo argomento: “*inizia dal principio secondo cui le norme di jus cogens "godono dello status più elevato nel diritto internazionale, e quindi prevalgono ed invalidano altre norme in conflitto con loro, ed essendo l'immunità sovrana, di per sé, un principio di diritto internazionale, essa stessa viene superata dal diritto primario. In breve, qualora uno Stato violasse una norma di jus cogens, il mantello di immunità prevista dal diritto internazionale cade, lasciando lo Stato suscettibile di giudizio*”⁴⁶”.

Questo argomento resta tuttavia discutibile.

In primo luogo, occorre rilevare che, sebbene sia stato affermato che 'la maggior parte delle norme del diritto internazionale umanitario, in particolare quelle che vietano i crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio, sono anche norme imperative di diritto internazionale o di jus cogens⁴⁷, ciò non implica affatto che tutte le norme vietanti crimini internazionali siano divieti parilivello alle norme di jus cogens. Mentre i divieti di aggressione⁴⁸, genocidio⁴⁹, e tortura⁵⁰ sembrerebbero chiaramente rientrare in questa categoria, è dubbio che altre norme del diritto internazionale umanitario siano norme di jus cogens. Dubbi nati poichè molte delle regole del diritto internazionale umanitario vengono portate al livello di diritto primario come viene

⁴⁵ Vedere Bianchi, supra nota 21: 'come questione di diritto internazionale, non vi è dubbio che le norme di jus cogens, a causa del loro status più elevato, devono prevalere su altre norme internazionali, tra cui l'immunità giurisdizionale'. Vedi anche Reimann, supra nota 21, a 421-423; Byers, 'Comment on Al-Adsani v. Kuwait', British Yrbk Int'l L (1996) 537, a 539-540; Orakhelashvili, State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights', 15 Leiden J Int'l L (2002) 703, a 712-713; Orakhelashvili, 'State Immunity and Hierarchy of Norms: Why the House of Lords Got it Wrong', 18 EJIL (2007) 955, a 964: 'il supporto alla dottrina per l'approccio secondo cui lo jus cogens trionfa sull'immunità di fronte a tribunali nazionali, e questo è stato il caso durante tutto il periodo in cui questo problema è sorto nella pratica'.

⁴⁶ Siderman de Blake v. Repubblica Argentina, 965 F 2d 699, a 718 (CA 9 Cir. 1992). Un argomento simile è stata fatta e accettata in Ferrini contro Repubblica federale di Germania (2004), ONU 5044/04.; 87 Rivista di Diritto Internazionale (2004) 539 (Italia: Cassazione); Prefettura di Beozia contro Repubblica federale di Germania (2000), Caso n 11/2000. (Grecia: Corte di Cassazione); Lozano 91 Rivista di Diritto Internazionale (2008) 1223 (Italia: Cassazione); . FRG v Mantelli e altri, Ordine No. 14201 (2008) (Italia: Cassazione); Milde ('Civitella'), 92 Rivista di Diritto Internazionale (2009) 618 (Italia: Cassazione); e da sei dei giudici dissenzienti (Rozakis e Caflisch, uniti da Wildhaber, Costa, Cabral Barreto, e Vajić) in App. No. 35763/97, Al-Adsani v. Regno Unito, 34 EHRR (2002) 11. Nel 2008, l'eruzione delle sentenze italiane contro la Germania è diventata oggetto di un procedimento dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, quando la Germania ha avviato un procedimento contro l'Italia, sostenendo che 'gli organi giudiziari italiani hanno ripetutamente ignorato l'immunità giurisdizionale della Germania come Stato straniero'.

⁴⁷ Prosecutor v Kupreškić et al, IT-95-16 (ICTY: Trial Chamber, 2000). Nel parere consultivo riguardo le armi nucleari (Richiesto da parte dell'Assemblea generale) [1996], ICJ Rep 226, la Corte Internazionale di Giustizia si è dimostrata evasiva su questo punto. Da un lato, essa ha precisato (al par. 79), che «un gran numero di norme del diritto umanitario» erano "regole fondamentali" che 'costituiscono principi inderogabili del diritto internazionale consuetudinario. Tuttavia, la Corte ha affermato nel corso della stessa opinione (al par. 83) che, mentre era stato sostenuto che le norme e i principi del diritto umanitario facevano parte dello jus cogens, non c'era per la Corte la necessità di pronunciarsi in materia'.

⁴⁸ Vedere Nicaragua v. Stati Uniti d'America

⁴⁹ Vedere il giudice ad hoc Elihu Lauterpacht, nell'applicazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (Bosnia ed Erzegovina v. Jugoslavia), e l'ulteriore richiesta di misure provvisorie, Ordine dei 13 settembre 1993 [1993] ICJ Rep 325, a 440.

⁵⁰ Vedere Prosecutor v Furundžija, sentenza n IT-95-17/1-T (1998), 121 ILR 213, a 260 (ICTY: Trial Chamber)., Par. 153; Al-Adsani v. UK, supra nota 42.

evidenziato dal dibattito sulle rappresaglie belligeranti. Per quanto alcune violazioni del diritto umanitario possono essere legalmente giustificate come rappresaglie belligeranti⁵¹, non è possibile affermare che tali norme abbiano valore di *ius cogens*. Nonostante la notevole estensione al divieto di rappresaglie belligeranti nel Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra⁵², i divieti di tale attitudine non possono essere considerati come esempio di diritto internazionale consuetudinario⁵³ - per non parlare di *jus cogens* - data l'opposizione di paesi come gli Stati Uniti, Regno Unito e Francia a quelle disposizioni⁵⁴.

In secondo luogo, è difficile intuire come le norme concernenti l'immunità di uno stato⁵⁵ giungano in conflitto con le norme di *jus cogens*⁵⁶. Lo scopo principale e l'effetto di dette immunità è quello di evitare l'attribuzione di tali violazioni nei tribunali nazionali di altri Stati. Affinchè la concessione di immunità possa entrare in conflitto con quelle norme di *ius cogens* che vietano determinati crimini internazionali, si sarebbe dovuto sostenere che (i) non vi siano obblighi nei confronti di Stati terzi (ad esempio, svincolati da quello responsabile della violazione) di perseguire il reato nei loro tribunali nazionali (o in cause civili se fosse necessario fornire un rimedio civile) e (ii) che tale obbligo sia di per sé una norma di *jus cogens*⁵⁷. Ogni passo in questo argomento è però oltremodo debole ed irto di difficoltà.

Indubbiamente, vi sono alcune regole che impongono obblighi a paesi terzi per poter perseguire

⁵¹ Le rappresaglie belligeranti sono definite come 'misure coercitive, che normalmente sarebbero contrarie al diritto internazionale, ma che sono condotte da una parte nel conflitto al fine di fermare l'avversario dal violare il diritto internazionale'. Vedere Oeter, 'Methods and Means of Combat'.

⁵² Vedere Hampson, 'Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions 1949', 37 ICLQ (1988) 818; Greenwood, 'The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals', 20 Paesi Bassi Yrbk Int'l L (1989) 35.

⁵³ Per la visione che l'art. 51 (6), Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (1977), 1125 UNTS 3, che vieta rappresaglie contro i civili, costituisce una norma di diritto internazionale consuetudinario vedere Prosecutor v. Kupreškić, supra nota 43, punti a 521- 536; e l'articolo 146 CICR di studio consuetudinario che prevede che 'sono proibite rappresaglie belligeranti contro persone protette dalle Convenzioni di Ginevra': J. Henckaerts e L. Doswald-Beck, Diritto internazionale umanitario consuetudinario, Volume 1 (2005), a 519, soprattutto a 520 -523.

⁵⁴ Vedere Greenwood, supra nota 48, a 63-64; Kalshoven, supra nota 47, a 53; Oeter, supra nota 47, a 206-207; R. Cryer et al., Introduzione alla procedura e al diritto penale internazionale (2nd edn, 2010), a 421. Vedi anche Prosecutor v. Kupreškić, supra nota 43, a 532-533. Vedere Ministero della Difesa britannico, Il Manuale del diritto dei conflitti armati (2004), a 422-423.

⁵⁵ Ciò vale anche per le norme in materia di immunità diplomatica.

⁵⁶ Vedere Fox, a 525: 'l'immunità sovrana è una norma procedurale diretta alla giurisdizione di un giudice nazionale. Non va al diritto sostanziale; essa non contraddice un divieto contenuto in una norma di *jus cogens*, ma semplicemente devia qualsiasi violazione di esso ad un diverso metodo di composizione. Probabilmente, allora, non vi è alcun contenuto sostanziale nella procedura dell'immunità di Stato su cui un mandato un *jus cogens* può attaccare' argomentazione di 'Lady Fox' è stata citata con successo in Jones v Arabia Saudita sia da Lord Bingham che da Hoffmann:.. Vedi supra nota 16, a punti 24 e 44 Vedi anche Voyiakis, 'Access to Court v. State Immunity.', 52 ICLQ (2003) 297, a 321: 'non è del tutto chiaro come il divieto di tortura e la legge di immunità dello Stato potrebbero entrare in collisione. Per dire qualche banalità: la proibizione della tortura sembra principalmente vietare la pratica della tortura, mentre le norme di immunità dello Stato sono principalmente riguardo l'esercizio della giurisdizione su Stati esteri'.

⁵⁷ Questo argomento è stato presentato dal giudice Al-Khasawneh nel suo parere dissenziente nel 'Arrest Warrant case', al par. 7.

alcuni crimini internazionali, ad esempio quelle norme riguardanti violazioni gravi e torture⁵⁸ sancite dalle Convenzioni di Ginevra⁵⁹. Nonostante ciò, in altri casi di crimini di guerra o crimini contro l'umanità non vi è alcun obbligo riconosciuto a paesi terzi di intentare procedimenti penali⁶⁰, anche se può sussistere il diritto di farlo⁶¹. Allo stesso modo, anche qualora ci siano stati dicta giudiziari e quasi-giudiziari che suggeriscono altrimenti⁶², non vi è alcun obbligo per gli Stati terzi a fornire un rimedio civile⁶³. In effetti, sarebbe strano se la violazione di una norma di jus cogens concedesse automaticamente la giurisdizione a corti nazionali straniere mettendo da parte le regole di immunità di stato, quando tali violazioni non conferiscono automaticamente competenza a corti internazionali⁶⁴. Inoltre, anche nella minoranza dei casi in cui vi è l'obbligo a perseguire, sarebbe erroneo considerare l'obbligazione perentoria o di carattere di jus cogens. L'obbligo di jus cogens è la regola che vieta l'atto e non quella che richiede un'azione penale da paesi terzi. Ed è incentrata sullo Stato che ha commesso l'atto in violazione di una norma di jus cogens, e non lo Stato, che non è riuscito a perseguire o fornire un rimedio civile. Se l'obbligo di perseguire fosse di jus cogens,

⁵⁸ Art. 7, Convenzione contro la tortura del 1984, supra nota 36.

⁵⁹ Art. 49, Prima Convenzione di Ginevra (1949), 75 UNTS 31; Art. 50, Seconda Convenzione di Ginevra (1949), 75 UNTS 85; Art. 129, Terza Convenzione di Ginevra (1949), 75 UNTS 135; Art. 146, Quarta Convenzione di Ginevra, (1949), 75 UNTS 287; Art. 85 (1), Primo Protocollo Aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra 1949 (1977), supra nota 49.

⁶⁰ Vedere B. Broomhall, *Giustizia Internazionale e il Tribunale penale internazionale: tra sovranità e dello Stato di diritto* (2003), a 111-112; Meron, 'International Criminalization of Internal Atrocities', in T. Meron, "War Crimes Law Comes of Age" (1998), 228, 249-256 a.

⁶¹ In *Prosecutor v. Furundžija*, Giudizio, supra nota 46, al par. 156, l'ICTY ha dichiarato che 'a livello individuale, cioè, di responsabilità penale, sembrerebbe che una delle conseguenze del carattere conferito allo jus cogens dalla comunità internazionale sul divieto di tortura è che ogni Stato possiede il diritto di indagare, perseguire e punire o estradare persone accusate di tortura, che sono presenti in un territorio sotto la sua giurisdizione. Infatti, sarebbe incoerente, da un lato di vietare la tortura a tal punto da limitare il potere di concludere trattati, normalmente a discrezione degli Stati sovrani, e d'altra parte negare ai membri di perseguire e punire i torturatori che si sono impegnati in questa odiosa pratica all'estero'.

⁶² Vedere dicta dal ICTY in *Prosecutor v. Furundžija*, supra nota 46 Il Comitato contro la tortura ha anche fatto dichiarazioni simili nelle sue Osservazioni conclusive sul Canada, il 7 luglio 2005; Osservazioni conclusive sulla Repubblica di Corea, il 25 luglio 2006; Osservazioni conclusive sul Giappone, 3 agosto 2007; e Osservazioni conclusive sulla Nuova Zelanda, 14 maggio 2009. Vedi anche Hall, 'The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad', 18 EJIL (2007) 921. Si può anche fare riferimento alla pratica limitata dell'immunità sollevata nelle cause civili ai sensi dello US Alien Tort Claims Act 1789, 28 USC § 1350.

⁶³ Vedere *Jones v. Arabia Saudita*, supra nota 16, in cui è stato dichiarato che non vi era 'alcun fondamento adeguato in nessuna convenzione internazionale, prassi di Stato o consenso accademico' per tale pratica. A suo giudizio, Lord Hoffmann ha dichiarato che per i ricorrenti al fine di avere successo con questo argomento sarebbe stato 'necessario dimostrare che il divieto di tortura ha generato una regola procedurale accessoria che, in via eccezionale all'immunità sovrana, affida o forse richiede ai membri di assumersi la giurisdizione civile rispetto ad altri Stati membri nei casi in cui fosse presunta la tortura'. Vedi anche Fox e Bouzari contro l'Iran (2002), 124 ILR 427. (Canada: Ontario Sup Ct, approvato in appello 2004), ai punti 43-56, ritenendo che l'art. 14 (1) della Convenzione sulla Tortura, supra nota 36, che prevede che gli Stati parte assicurino nel proprio ordinamento giuridico che la vittima di un atto di tortura ottenga risarcimento e abbia diritto ad un indennizzo equo ed adeguato', non impone però un obbligo alle parti di fornire un rimedio civile in materia di tortura commessa da un altro stato.

⁶⁴ Vedere il caso di Timor Est (Portogallo v. Australia.) [1995] ICJ Rep 90; Attività armate sul territorio del Congo (Nuova richiesta, 2002) (Congo v. Ruanda). Per l'argomentazione secondo cui l'immunità dello Stato sia basata sulla regola del consenso applicabile ai tribunali internazionali vedere Crawford, "International Law and Foreign Sovereigns: Distinguishing Immune Transactions" (1983) 75, a 79-85.

esso prevarrebbe sulle norme del diritto internazionale e non ci sarebbe l'obbligo di perseguire, anche in situazioni in cui tale accusa violasse i diritti della persona interessata o quelli di altri Stati. Questa non è chiaramente la situazione attuale.

Alcuni hanno suggerito che ovunque ci sia una violazione di una norma di jus cogens questo dia luogo ad un diritto da parte di Stati terzi ad esercitare giurisdizione universale⁶⁵. Si può quindi affermare che, se tale diritto di giurisdizione universale è un effetto derivato da una norma di jus cogens essa stessa è perentoria e prevale su eventuali diritti inconsistenti degli stati. Tuttavia, questo risulta un'esagerazione nel considerare divieti di ius cogens. In primo luogo, è dubbio che le violazioni di norme primarie conferiscano automaticamente il diritto ad esercitare la giurisdizione universale. Oltre al divieto della tortura e quella di genocidio, un ulteriore divieto indiscutibilmente accettato con carattere di jus cogens è il divieto di aggressione⁶⁶. In ogni caso, non vi è alcuna giurisdizione universale riguardo al crimine di aggressione⁶⁷. L'ILC ha dichiarato che singoli Stati non sono competenti a perseguire i leader di altri stati per crimini di aggressione e che non sussiste alcuna pratica per lo stato al fine di ottenere tale diritto⁶⁸. Allo stesso modo, si è anche affermato che l'obbligo di rispettare il diritto di autodeterminazione ha carattere di jus cogens⁶⁹. Tuttavia, non esiste una prassi a sostegno della tesi secondo cui la violazione di tale obbligo comporti la

⁶⁵ Vedere Prosecutor v. Furundzija, ICTY Trial Chamber, dicembre 1998, a par. 156: 'sembrerebbe che una delle conseguenze del carattere jus cogens conferito dalla comunità internazionale sul divieto di tortura è che ogni Stato ha il diritto di indagare, perseguire e punire o estradare persone accusate di tortura, che sono presenti in un territorio sotto la sua giurisdizione'. Vedi A. Orakhelashvili, *perentorie norme di diritto internazionale* (2006), a 288-319 e 340-357: 'se i crimini di ius cogens sono perentoriamente fuori legge come crimini, allora il dovere di perseguire o estradare i loro responsabili devono essere considerati come perentorio '(a 305)' ai sensi del diritto norme perentorie internazionali come norme fondamentali del diritto internazionale dei diritti umani prevalgono su norme non perentorie di immunità. Anche nel caso di crimini internazionali fuorilegge sotto jus cogens, come crimini contro l'umanità, si deve ammettere che i principi di immunità non hanno lo stato perentorio e che il conflitto tra i due gruppi di norme devono essere risolti considerando il quadro di gerarchia normativa dando il primato alla pertinente norma imperativa '(a 343).

⁶⁶ Vedere J. Crawford, "Gli articoli della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati" (2002), a 188 (par. 5 di commento all'art. 26).

⁶⁷ Vedere Akande, 'Prosecuting Aggression: The Consent Problem and the Security Council Issue', Oxford ELAC documento di lavoro (maggio 2010). Vedere anche Res. RC / Res. 6 adottata in occasione della conferenza di revisione di Kampala degli Stati parte per lo Statuto della Corte penale internazionale (giugno 2010), allegato III, 'Understandings regarding the amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression', al par. 5: 'E' inteso che le modifiche [relative alle aggressioni] non devono essere interpretate come la creazione del diritto o dell'obbligo di esercitare la giurisdizione nazionale rispetto ad un atto di aggressione commesso da un altro Stato'.

⁶⁸ 'L'aggressione attribuita ad uno Stato è una conditio sine qua non per poter stabilire la responsabilità di un individuo e la sua partecipazione al crimine di aggressione. Un individuo non può subire la responsabilità di questo crimine, in assenza di un'aggressione commessa da uno Stato. Pertanto, il giudice non può determinare la questione della responsabilità penale individuale per questo crimine senza considerare in via preliminare l'accusa di aggressione da parte di uno Stato. La determinazione di un giudice nazionale di uno Stato sulla questione di aggressione qualora tale reato fosse commesso da un altro Stato sarebbe contraria al principio fondamentale del diritto internazionale, par in parent imperium non habet. Inoltre, l'esercizio della giurisdizione da parte di un giudice nazionale di uno Stato che contempla l'esame della commissione di aggressione da parte di un altro Stato avrebbe gravi implicazioni per le relazioni, la pace e la sicurezza internazionale'.

⁶⁹ Vedere Commento della Commissione del diritto internazionale all'art. 26 degli articoli sulla responsabilità degli Stati, a Crawford, supra nota 62; Parere separato del giudice Ammoun, in Barcelona Traction [1970] ICJ.

responsabilità individuale penale internazionale o che tutti gli Stati abbiano il diritto di perseguire tali contravventori.

Anche se il diritto di giurisdizione universale dovesse fluire direttamente dalla natura perentoria di un divieto, non ne consegue che tale diritto abbia di per sé carattere di jus cogens. Anche le norme secondarie, che emergono come conseguenza di violazioni di norme di jus cogens, non vengono considerate ad effetto prevalente. Ad esempio, si è sancito che tutti gli Stati abbiano il dovere di non riconoscere legittime situazioni create da violazioni dello jus cogens. Tuttavia, proviene dalla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in Namibia (South West Africa) il parere consultivo secondo cui queste norme secondarie non hanno effetto perentorio, ciò dà luogo alle preoccupazioni umanitarie che possono derivare dal non riconoscimento il quale potrebbe causare gravi danni ai diritti privati⁷⁰. Si sarebbe dovuto dimostrare che una norma emersa dalle norme jus cogens è (per usare le parole di cui all'articolo 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) accettata dalla comunità internazionale nel suo insieme come una norma imperativa a cui non è consentita alcuna deroga. Questo chiaramente non è il caso riguardante l'obbligo o il diritto di esercitare la giurisdizione universale, poiché vi è ancora un dibattito se alcune di queste norme siano da trovare nel diritto internazionale consuetudinario.

Per riassumere, il fatto che uno Stato terzo possa perseguire le persone accusate di aver commesso un crimine internazionale (o fornire un rimedio civile), a seguito di un'immunità, in molti casi non è da considerarsi come una violazione di un obbligo internazionale. Inoltre, anche quando non vi è l'obbligo per gli Stati terzi a perseguire (o un diritto di perseguire o fornire un rimedio civile), tale obbligo non sale al livello di jus cogens. Pertanto, non vi è alcun conflitto tra regole di immunità e la natura jus cogens del divieto.

In terzo luogo, l'argomentazione secondo cui non vi è alcuna immunità nei casi di presunte violazioni di norme di jus cogens è stato sia esplicitamente che implicitamente respinta da due tribunali internazionali. La Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) ha sostenuto in un certo numero di casi, che la sussistenza di una violazione di norme un jus cogens di per sé non sostituisce la regole di immunità dello Stato. In *Al-Adsani v. Regno Unito*, una minima maggioranza della Corte EDU (nove voti a otto), ha ritenuto che la concessione di immunità allo Stato in caso di una denuncia per tortura da parte di uno Stato straniero era conforme al diritto internazionale e quindi non una negazione del diritto ad adire un tribunale. Mentre la maggior parte della Corte Europea ha riconosciuto che la proibizione della tortura è una norma imperativa del diritto internazionale, ha

⁷⁰ Il non riconoscimento dell'amministrazione del Sud Africa del Territorio non dovrebbe comportare la privazione per il popolo della Namibia di eventuali vantaggi derivanti dalla cooperazione internazionale ... i cui effetti possono essere ignorati solo a scapito degli abitanti del territorio': *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South African in Namibia (South West Africa) Security Council Resolution 276 (1970)*.

espresso che: *Nonostante il carattere speciale del divieto di tortura nel diritto internazionale, la Corte non è in grado di discernere negli strumenti internazionali, le autorità giudiziarie o altri materiali prima che qualsiasi solida base, per concludere che, per una questione di diritto internazionale, uno Stato non gode di immunità da causa civile davanti ai giudici di un altro Stato in cui gli atti di tortura sono condannati*⁷¹.

Questa posizione è stata poi seguita da ampie maggioranze della CEDU in altri casi⁷². Questi casi vengono trattati solo nei confronti dell'immunità degli stati da azioni civili. Tuttavia, se la Corte Europea avesse accettato la teoria della gerarchia normativa e fosse del parere che i divieti con natura di jus cogens prevalessero sull'immunità nei procedimenti penali, sarebbe difficile vedere come un tale divieto non ignorasse l'immunità anche in cause puramente civili.

Inoltre, nel caso di mandato d'arresto, la Corte Internazionale di Giustizia ha ritenuto che l'immunità *ratione personae* di funzionari statali di alto livello, come il Capo dello Stato, Capo del Governo, e il ministro degli Esteri continui a valere anche se accusati di aver commesso atti che costituiscono crimini internazionali⁷³. Escludendo la possibilità di affermare che la regola che concede l'immunità *ratione personae* sia di per sé una norma di jus cogens⁷⁴, la decisione della Corte internazionale di giustizia risulta un ulteriore, seppur implicito, rigetto dell'argomento in esame.

4) Il rapporto tra immunità *ratione materiae*, responsabilità penale individuale e competenza extraterritoriale

Nonostante il fatto che i crimini internazionali commessi da funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni debbano essere qualificati come atti ufficiali, ci sono buone ragioni per sostenere che il diritto internazionale stia attraversando una fase in cui l'immunità *ratione materiae* non venga applicata in relazione a tali crimini⁷⁵. Sussistono un numero significativo di procedimenti giudiziari

⁷¹ Al-Adsani v. regno Unito, Supra nota 47. Una conclusione simile è stata raggiunta dalla branca britannica della Sezione Diritti Umani dell'International Law Association, 'relazione sulle azioni civili nei tribunali inglesi per gravi violazioni dei diritti umani all'estero' [2001].

⁷² Vedere anche App. No. 59021/00, Kalogeropoulou v Grecia e Germania, supra nota 29.; App. No. 14.717,06, Grosz c. Francia, decisione ricevibilità, il 16 giugno 2009 (CEDU).

⁷³ Caso Arrest Warrant; nonostante i pareri contrari dei giudici Al-Khasawneh e Van den Wyngaert.

⁷⁴ Mentre alcuni sostengono questa tesi (vedi Nero-Branch, 'immunità sovrana secondo il diritto internazionale: il caso di Pinochet', Il caso Pinochet: Un'analisi giuridica e costituzionale (2000); Pinochet (n° 3) è insostenibile dal momento che l'immunità *ratione personae* può sempre essere revocata o annullata da un trattato. In effetti, è stato sostenuto altrove che l'art. 27 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (1998), 2187 UNTS 3, costituisce una rinuncia del trattato dell'immunità *ratione personae*.

⁷⁵ Vedi art. III (1), Risoluzione sulla immunità dalla giurisdizione dello Stato e delle persone che agiscono per conto

nazionali nei confronti di funzionari statali stranieri per crimini internazionali⁷⁶. Tutte queste decisioni procedono implicitamente (e talvolta esplicitamente⁷⁷) sulla base di una mancanza di immunità *ratione materiae* nei confronti di tali crimini. La migliore spiegazione per l'assenza di immunità *ratione materiae* nei casi riguardanti i crimini internazionali è che il principio si pone necessariamente in contrasto con le norme più recenti del diritto internazionale ed è la regola di immunità che deve cedere in quanto più obsoleta. Recenti sviluppi del diritto internazionale implicano ad oggi che le ragioni per le quali l'immunità *ratione materiae* viene conferita, semplicemente non è applicabile ai procedimenti penali per crimini internazionali.

Come indicato in precedenza, la prima ragione per questo tipo di immunità è che gli atti ufficiali compiuti da individui siano considerati atti dello Stato e per i quali lo Stato, e non l'individuo, è responsabile. Tuttavia, tale principio generale non si applica agli atti che equivalgono a crimini internazionali, perché non vi è un ulteriore, più recente, principio secondo cui la posizione ufficiale di un individuo non lo esima dalla responsabilità individuale per il crimine⁷⁸. Come il Tribunale di Norimberga ha dichiarato: *Il principio di diritto internazionale che, in determinate circostanze, protegge i rappresentanti di uno Stato, non può essere applicato agli atti condannati come criminali dal diritto internazionale. Gli autori di questi atti non si possono riparare dietro la loro posizione ufficiale, al fine di essere svincolati dalla pena.*

Infatti, lo scopo del diritto penale internazionale è quello di attribuire responsabilità agli individui, tra cui i funzionari statali, e limitare la difesa in veste ufficiale per un atto da parte di uno stato. Poiché atti equivalenti a crimini di diritto internazionale sono da attribuire al singolo individuo, viene meno la necessità di un principio che protegga i funzionari dalla responsabilità per atti attribuibili esclusivamente allo Stato. La nuova regola di attribuzione sostituisce il precedente principio di immunità, che mira a tutelare la non-responsabilità.

Allo stesso modo, lo sviluppo di principi che consentono l'esercizio di giurisdizione extra-

dello Stato in caso di crimini internazionali, Institut de Droit International (2009): 'nessuna immunità dalla giurisdizione diversa da quella personale è applicabile in materia di crimini internazionali alla luce del diritto internazionale. Vedere Cassese, supra nota 42.

⁷⁶ Vedere Cassese, supra nota 42 riferendosi ai casi in cui le corti israeliana, francese, italiana, olandese, britannica, statunitense, polacca, spagnola e messicana hanno intrattenuto processi nei confronti di funzionari pubblici stranieri (in particolare funzionari militari stranieri) per crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio.

⁷⁷ Vedere, ad esempio, Eichmann, supra nota 38 (Israele: Ct di Gerusalemme e Sup Ct). Vedi anche il caso Lozano (Cassazione, 2008), discusso in Cassese, 'La Corte di Cassazione italiana ha frainteso la nozione di crimini di guerra: il caso Lozano', 6 JICJ (2008) 1077, in cui la Corte riconosce che non vi è alcuna immunità *ratione materiae* rispetto a crimini internazionali, ma sembra però confonderli con i criteri per crimini di guerra.

⁷⁸ Vedi art. 7, Accordo di Londra per il Tribunale Internazionale Militare di Norimberga (1945), 82 UNTS 279; Art. 6, Carta del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente (1946), TIAS 1589; Art. 7 (2), Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (1993), UN SC Res. 827 (1993); Art. 6 (2), Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (1994), UN SC Res. 995 (1994); Art. 27 (1), dello Statuto ICC, supra nota 75; e art. 6 (2), Statuto della Corte speciale per la Sierra Leone (2002). Mentre questi testi dei trattati si applicano ai rispettivi tribunali, non c'è dubbio che questa mancanza di una difesa è ormai un principio di diritto internazionale applicabile anche rispetto ai procedimenti giudiziari nazionali.

territoriale da parte di uno stato in relazione a crimini internazionali suggerisce che il diritto internazionale prevede ora la possibilità di esercitare la propria competenza riguardo ad alcuni atti ufficiali di Stati esteri nel contesto di considerare la responsabilità penale individuale nei confronti degli stessi. Questo sviluppo significa che il secondo scopo dell'immunità *ratione materiae* (impedendo ai giudici nazionali di esercitare indirettamente il controllo su atti di Stati esteri attraverso un procedimento nei confronti di funzionari stranieri) resta inapplicabile nel caso di procedimenti giudiziari nazionali per crimini internazionali.

Nel caso di mandato d'arresto, la CIG ha sancito che: *le norme che disciplinano la competenza dei giudici nazionali devono essere attentamente distinte da quelle che regolano le immunità da giurisdizione: la giurisdizione non implica assenza di immunità e allo stesso modo l'assenza di immunità non implica giurisdizione. Così, anche se varie convenzioni internazionali sulla prevenzione e la punizione di taluni reati gravi impongono ai membri l'obbligo di un'azione penale o l'estradizione, richiedendo loro in tal modo di estendere la loro competenza penale, la proroga della giurisdizione non deve in nessun modo influire sulle immunità secondo il diritto internazionale consuetudinario, compresa quella per il ministro degli Affari Esteri. Questi rimangono opponibili dinanzi a giudici di uno Stato straniero, anche se tali magistrati esercitassero tale competenza nell'ambito di queste convenzioni*⁷⁹.

In genere è corretto affermare che la giurisdizione non implica l'assenza di immunità anzi, l'immunità è, generalmente parlando, un'eccezione nei confronti della stessa giurisdizione⁸⁰ altrimenti applicabile. Tuttavia, va ricordato che la Corte stava prendendo in considerazione l'immunità *ratione personae* atta a servire ex funzionari statali. La situazione per quanto riguarda l'immunità *ratione materiae* è diversa. Ci possono essere circostanze in cui una norma che prevede la competenza può di per sé ignorare un'immunità che sarebbe altrimenti disponibile. Questo sarà chiaramente il caso di una norma antecedente sulla competenza che è praticamente co-estensiva con una norma precedente, attribuyente l'immunità. Con praticamente co-estensive si intende che entrambe le norme si applicano in larga misura allo stesso insieme di circostanze. In tali circostanze, sorgerà un conflitto tra la presente regola di competenza e l'antecedente regola di immunità in modo che i due non possano essere applicati contemporaneamente. Qualora l'applicazione dell'immunità privasse la norma di competenza praticamente di ogni significato, l'unica conclusione logica sarebbe che la successiva norma sulla competenza venga considerata come una rimozione dell'immunità. Anche qualora la norma sulla competenza stessa non fosse co-estensiva con l'immunità, la regola di competenza dovrà rimuovere l'immunità contemplando e

⁷⁹ Arrest Warrant case, a par. 59; si veda anche il parere separato congiunto dei giudici Higgins, Kooijmans, e Buergenthal, *ibid.*, al par. 4.

⁸⁰ Caplan, 'immunità di Stato, Diritti umani e ius cogens: Critica della teoria normativa gerarchia', 97 *Ajil* (2003).

prevedendo l'autorità per i procedimenti nazionali in circostanze altrimenti coperte da immunità. In quest'ultima possibilità, la regola di competenza si applica agli scenari contemplati dal diritto all'immunità (cioè, il perseguimento dei funzionari statali) e casi di fuori di tale norma (ad esempio, il perseguimento di attori non statali). Tuttavia, il fatto che la norma sulla competenza dia autorità ai tribunali nazionali esteri nei casi che rientrano dalla regola dell'immunità, ciò suggerisce che i tribunali stessi siano competenti a pronunciarsi nei confronti di atti compiuti da Stati esteri.

Questi principi costituiscono la migliore spiegazione per la decisione, da parte della Camera dei Lord, per il caso Pinochet (n ° 3). Come è stato affermato dalla maggior parte dei giudici, una concessione di immunità *ratione materiae* sarebbe stata in contrasto con le disposizioni della Torture Convention su cui si basa la giurisdizione universale qualora si manifestasse il reato di tortura. La Convenzione definisce la tortura come qualsiasi atto mediante il quale sono intenzionalmente inflitti dolore o sofferenze forti, fisiche o mentali, ambendo ad uno [alcuni] scopo ... qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da, o su istigazione, o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale, o di qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale⁸¹. Le disposizioni sulla competenza secondo la Convenzione prevedono che gli Stati parte debbano legiferare al fine di garantire che ogni atto di tortura sia considerato reato ai sensi del suo diritto penale⁸² e, in situazioni in cui è presente sul territorio di una parte contraente un presunto autore di tortura, che esso venga perseguito o estradato verso uno stato in cui lui o lei sarà processato⁸³. Poiché la "Torture Convention" limita tale reato per atti commessi in veste ufficiale, i procedimenti extraterritoriali possono verificarsi solo nel caso in cui l'immunità *ratione materiae* sia ordinariamente applicabile. Tuttavia, l'applicazione di immunità funzionale priverebbe le disposizioni riguardo la competenza della Convenzione praticamente di ogni significato. Tale risultato sarebbe dunque in contrasto con l'oggetto e lo scopo del trattato, e quindi, come è stato affermato nel caso Pinochet (n ° 3) che l'immunità *ratione materiae* deve essere considerata revocata⁸⁴.

⁸¹ Art. 1 Convenzione contro la tortura, supra nota 41.

⁸² Obbligando gli Stati parti a legiferare contro tutti gli atti di tortura, la Convenzione prescrive la giurisdizione universale. Vedere O'Keefe, 'Giurisdizione Universale. Chiarire il concetto di base', 2 JICJ (2004) 735, il quale sostiene che la giurisdizione universale sia una particolare forma di giurisdizione per poter prescrivere in casi in cui non vi è alcun nesso tra lo stato e la prescrizione del reato al momento della commissione del crimine.

⁸³ Articoli 4, 5, e 7, Convenzione contro la tortura, supra nota 41 Vedere *Guengueng v. Senegal* (181/01), CAT / C / 36 / D / 181/2001 (Comitato contro la tortura). Il 19 febbraio 2009, il Belgio ha istigato un procedimento contro il Senegal dinanzi la Corte internazionale di giustizia in relazione al fallimento del Senegal nei suoi obblighi stabiliti nella Convenzione contro la tortura a perseguire o estradare Hissène Habré, ex presidente del Ciad: vedi Domande concernenti l'obbligo di perseguire o estradare (*Senegal v. Belgio*), Misure provvisorie 2009, ICJ Comunicato stampa 2009/13, 19 febbraio 2009.

⁸⁴ Lord Saville ha dichiarato in *Pinochet* (n ° 3), che 'per quanto gli Stati parte della Convenzione siano interessati, non riesco a capire come, per quanto riguarda la tortura, questa immunità [*ratione materiae*] possa esistere coerentemente con le disposizioni di tale convenzione. Ogni Stato parte ha convenuto che le altre parti dello Stato possono esercitare giurisdizione su presunti torturatori ufficiali reperibili nei loro territori, estradandoli o riferendosi alle

Allo stesso modo, il delitto di sparizione forzata, come definiti dall'articolo 2 della International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance può essere commesso solo da 'agenti dello Stato' o 'persone o gruppi di persone agenti con l'autorizzazione, il supporto o acquiescenza dello Stato'⁸⁵. Gli articoli 4, 9, e 11 (1) stabiliscono una serie di obblighi ai membri affinché sia legiferato il reato di sparizione forzata, che venga perseguito o che gli individui sospettati di aver commesso sparizioni forzate siano estradati in condizioni analoghe a quelle previste dalla Torture Convention. Ancora una volta l'obiettivo di questo trattato sarebbe vanificato se le immunità autorizzassero il blocco delle azioni penali ai danni di individui nei tribunali di Stati terzi.

In sintesi, dove esiste la giurisdizione extra-territoriale nei confronti di un crimine internazionale e dove la norma che prevede la competenza contempla espressamente il perseguimento dei crimini commessi in veste ufficiale, l'immunità *ratione materiae* non può logicamente co-esistere con il conferimento di giurisdizione stesso.

Mentre la maggior parte dei crimini internazionali (ad esempio, il genocidio, i crimini di guerra e i crimini contro l'umanità), come definiti nello statuto ICC e nelle altre convenzioni pertinenti, non si limitano ad atti ufficiali, questi (tortura e sparizione forzata) sono destinati a punire la condotta di coloro che agiscono nell'esercizio di funzioni ufficiali⁸⁶. Quando la maggior parte di questi crimini furono concepiti, infatti, erano destinati principalmente a coprire l'azione dello Stato⁸⁷, ed è solo più di recente che gli stessi sono state estesi alla copertura di azioni private (ad esempio, non statali) .

proprie autorità competenti per eseguire l'azione penale. Quindi, a mio parere si può vantare quasi simultaneamente un'immunità dall'extradizione o dal perseguimento penale che si basa necessariamente sulla natura ufficiale della presunta tortura. Dal 8 dicembre 1988 il Cile, la Spagna e questo paese [la Gran Bretagna] sono stati tutti parte della Torture Convention. Per quanto riguarda questi paesi, a me sembra che da tale data, questi stati parte sono in accordo tra loro che l'immunità *ratione materiae* dei loro ex capi di stato non può essere invocata in caso di presunta tortura ufficiale. In altre parole, per quanto riguarda le accuse di tortura ufficiale contro il senatore Pinochet, vi è dunque un'eccezione o una qualifica alla regola generale di immunità *ratione materiae*. 'Secondo Lord Millett,' la definizione di tortura, ... nella Convenzione ... è a mio parere del tutto incompatibile con l'esistenza del principio di immunità *ratione materiae*. Il reato può essere commesso soltanto da o su istigazione o con il consenso o l'acquiescenza di un pubblico ufficiale o altra persona che agisca a titolo ufficiale. La natura ufficiale o governativa dell'atto, che costituisce la base dell'immunità, è un ingrediente essenziale del reato. Nessun sistema razionale della giustizia penale può consentire un'immunità che sia coestensiva con il reato'.

⁸⁵ Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate (2006), GA Res 61/177, 20 Dicembre 2006, A / RES / 61/177. Vedere Anderson, 'Quanto è efficace la Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate al fine di essere in possesso di individui penalmente responsabile per gli atti di sparizioni forzate', 7 Melbourne J Int'l L (2006) 245.

⁸⁶ Vedere Dupuy, 'Responsabilità penale internazionale dell'individuo e responsabilità internazionale dello Stato', in Cassese; Commento della Commissione del diritto internazionale dell'articolo 5 del progetto di Codice dei Crimini, supra nota 69.

⁸⁷ Schabas, 'la politica dello Stato come elemento di crimini internazionali', Rivista di Diritto Penale e Criminologia (2008). Per quanto riguarda il genocidio vedere la relazione del Comitato ad hoc sul genocidio (e progetto di convenzione redatto dal Comitato), UN Doc e / 794 (1948), a 29 e 32 (riconoscimento dai rappresentanti statali che 'in quasi tutti i gravi casi di genocidio sarebbe impossibile fare affidamento sui tribunali degli Stati in cui il genocidio era stato commesso per esercitare repressione efficace dal momento che il governo stesso sarebbe stato colpevole, qualora non lo fosse, infatti, risulterebbe impotente a meno che il genocidio sarebbe stato commesso in gran parte dalle stesse autorità statali o che dette autorità avrebbero aiutato e spalleggiato il crimine').

Oltre a tortura e sparizione forzata, si possono porre le basi di una forte argomentazione nel fatto che ogni regola che consenta l'esercizio della giurisdizione universale sui crimini di guerra commessi in conflitti armati internazionali dovrà chiaramente contemplare il perseguimento dei funzionari statali diventando quindi co-estensiva con l'immunità *ratione materiae*. Anche se i crimini di guerra nei conflitti armati internazionali (ad esempio, gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra⁸⁸ o altre pesanti violazioni delle leggi e delle consuetudini applicabili in un conflitto armato internazionale come definito nel Statuto ICC⁸⁹) non sono, come è il caso con la tortura, esplicitamente limitati agli atti di funzionari statali o atti di agenti, la posizione resta tuttavia molto simile dal momento che le parti opposte in un conflitto armato internazionale sono, per definizione, stati e, poiché gli atti considerati crimini di guerra in un conflitto del genere devono avere qualche connessione con il conflitto armato stesso, questi atti, di solito, vengono commessi da soldati all'interno dell'esercito statale o da altri funzionari o agenti che esercitano l'autorità dello Stato. Pertanto, nei casi in cui le Convenzioni di Ginevra⁹⁰ e il diritto internazionale consuetudinario⁹¹ conferiscono giurisdizione universale nei confronti di quei crimini, non si può supporre che l'immunità *ratione materiae* venga lasciata intatta poiché questo renderebbe il conferimento di tale giurisdizione praticamente insignificante.

Per quanto riguarda i crimini di guerra commessi in conflitti armati non internazionali⁹², in cui chiaramente almeno una parte in conflitto è un'entità non statale, la responsabilità non si limita ai funzionari statali. Tuttavia, si può sostenere che, anche se il diritto internazionale consente giurisdizione universale⁹³ rispetto a tali atti, non si può supporre che permetta l'esercizio della

⁸⁸ Vedere Articoli 49, 50, 129, e 146, Convenzioni di Ginevra 1949, supra nota 59; Art. 85 (1), Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra 1949, supra nota 54.

⁸⁹ Art. 8 (2) (b), dello Statuto ICC, supra nota 75. Si noti che ai sensi dell'art. 85 (1) Primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra 1949, supra nota 54, molti dei reati previsti all'art. 8 (2) (b) Statuto ICC costituiscono gravi violazioni di tale protocollo.

⁹⁰ Ciò è previsto dalle disposizioni di cui supra alla nota 89. See O'Keefe, "The Grave Breaches Regime and Universal Jurisdiction", 7 JICJ (2009) 811.

⁹¹ Articolo 157 CICR Studio del diritto consuetudinario internazionale umanitario prevede che "Gli stati hanno il diritto di conferire giurisdizione universale nei loro tribunali nazionali sui crimini di guerra". Lo studio indica una grande quantità di pratica statale, che comprende sia la legislazione in tal senso che le azioni penali nazionali sulla base della competenza extraterritoriale, per confermare questi risultati. Vedere Henckaerts e Doswald-Beck, supra nota 54, a 604-607. Inoltre, la Corte Internazionale di Giustizia ha sostenuto in due casi (Legalità della minaccia o dell'uso di armi nucleari, parere consultivo [1996], ICJ Rep 66, al par. 79 e Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato, parere consultivo [2004] ICJ Rep 136, al par. 157) che i principi fondamentali delle Convenzioni di Ginevra sono parte del diritto internazionale consuetudinario. Probabilmente, questo include il regime di violazioni gravi.

⁹² Questi crimini sono indicati nell'art. 3 delle Convenzioni di Ginevra I-IV, supra nota 59, e negli articoli. 8 (2) (c) ed (e) Statuto ICC, supra nota 75.

⁹³ Ci sono stati alcuni processi per crimini di guerra commessi in conflitti armati non internazionali, sulla base della giurisdizione universale. Vedi caso Butare (inedito) (Belgio: Corte d'Assise) (per un'analisi del caso vedere Reydams, 'prima applicazione del Belgio, della giurisdizione universale: Il caso Butare Four', 1 J Int'l Criminal Justice (2003) 428); Caso Munyeshyaka, 4 RGDIP (1996) 1084 (Francia: CA); Knesević, 11 Novembre 1997, 1 Yrbk Int'l L umanitario (1998) 599 (Paesi Bassi: Sup Ct); Grabez, 18 apr 1997 (non pubblicata) (Svizzera: Tribunale Militare a Losanna); Niyonteze, il 26 maggio 2000 (non pubblicata) (Svizzera: Tribunale Militare a

giurisdizione solamente nei confronti della parte non statale.

Inoltre, anche se la definizione più moderna di crimini contro l'umanità non richiede connessioni ad un conflitto o ad un'azione armata di stato⁹⁴, la definizione a cui ci si appellò a Norimberga effettivamente richiedeva che tali crimini fossero collegati ad un conflitto armato internazionale, e quindi implicitamente all'azione di uno Stato⁹⁵. Inoltre, si evince che la giurisprudenza nazionale in materia di crimini contro l'umanità ha spesso definito la politica governativa come “necessità” dopo la seconda guerra mondiale. In particolare, in molti casi avvenuti precedentemente, i funzionari della Corte Suprema tedesca nella zona di influenza britannica vennero perseguiti per crimini contro l'umanità anche se le loro azioni erano in conformità e supportate dalle direttive dello stato. Infatti, anche prima di Norimberga, l'uso iniziale del termine 'crimini contro l'umanità' era in collegamento con la possibile accusa da parte degli stati nei confronti dei funzionari stranieri per tali crimini. Il termine fu usato nel 1915, in relazione alle uccisioni di massa degli armeni da parte delle forze turche; il governo russo, inglese e francese rilasciarono una dichiarazione definendo “crimini contro l'umanità ... e la civiltà questi atti” e affermando che “essi avrebbero considerato personalmente responsabile di questi crimini tutti i membri del governo ottomano e coloro tra gli agenti implicati in tale massacro⁹⁶”. Allo stesso modo, la prima accusa extraterritoriale per reati contro l'umanità⁹⁷, l'accusa di Israele contro Adolf Eichmann, era per crimini contro l'umanità commessi durante la seconda guerra mondiale da un funzionario del governo. Significativamente l'esercizio della giurisdizione universale da parte di Israele non fu contestata da nessuno Stato. Altri procedimenti nazionali contro funzionari governativi stranieri per crimini contro l'umanità si sono verificati anche senza che la difesa fosse basata sull'immunità *ratione materiae*⁹⁸. Pertanto, sembra chiaro che, nel

Losanna) (per un'analisi del caso vedere Reydam, 'Case Report: Niyontese v Procura', 96 Ajil (2002) 232). Articolo 157 CICR di studio consuetudinario, supra nota 92, è considerata applicabile a crimini di guerra commessi in conflitti armati non internazionali così come quelli commessi in conflitti armati internazionali.

⁹⁴ Art. 7 (2) (a), dello Statuto ICC, supra nota 74, richiede che l'attacco alla popolazione civile, che è l'elemento contestuale per crimini contro l'umanità, deve essere avvenuto 'a norma o in promozione di una politica di Stato o organizzativo commettere tale attacco'. Questo elemento contempla sia i casi che coinvolgono l'azione dello Stato, sia quelli che non lo fanno.

⁹⁵ Art. 6 (c) la carta di Norimberga definisce i crimini contro l'umanità come l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e altri atti inumani commessi contro qualsiasi popolazione civile, prima o durante la guerra, o le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi in esecuzione o in occasione con qualsiasi reato di competenza del Tribunale, anche in violazione della legge del paese in cui perpetrati'. Tuttavia, il nesso tra i crimini contro l'umanità e conflitti armati è stato gradualmente eliminato e il diritto consuetudinario riconosce i crimini contro l'umanità sia in tempo di pace che di conflitto; vedi Tadić (appello incidentale), 2 ottobre 1995, ICTY Camera d'appello, al par. 141 e art. 7 dello Statuto ICC.

⁹⁶ Messaggio dell'ambasciatore americano in Francia, Sharp, al Segretario di Stato americano, Bryan, del 28 maggio 1915.

⁹⁷ I motivi per i quali la Corte Suprema israeliana ha accolto la condanna di Eichmann suggeriscono che la base per l'accusa fosse in giurisdizione universale: 'il carattere universale peculiare di questi crimini [contro l'umanità] rappresenta in ogni Stato l'autorità a cercare di punire tutti coloro che hanno partecipato alla loro commissione': Eichmann, supra nota 21.

⁹⁸ Vedere *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*, 78 ILR 124 (Francia: Corte di Cassazione (sezione penale)).

momento in cui il diritto internazionale ha cominciato ad attribuire la competenza extraterritoriale per questo crimine, la norma di competenza contempla (o addirittura limita) al perseguimento di coloro che agiscono per conto degli stati. In questo modo l'immunità *ratione materiae* in carico a quelle persone viene necessariamente revocata.

In relazione al genocidio, l'articolo IV della Convenzione sul genocidio stabilisce che 'le persone che commettono un genocidio ... vanno punite sia che siano governanti costituzionalmente responsabili, funzionari pubblici o individui privati'. Vi è la piena intenzione a perseguire ogni individuo, compresi i funzionari statali, responsabili di genocidio. E' possibile interpretare la Convenzione in maniera restrittiva in modo che il perseguimento di un funzionario sia limitato ai giudici nazionali dello Stato da cui esso proviene⁹⁹. Tuttavia, l'articolo VI stabilisce che 'le persone accusate di genocidio ... devono essere processate da un tribunale competente dello Stato nel cui territorio l'atto è stato commesso', e la Corte internazionale di giustizia ha chiarito che gli obblighi previsti dalla convenzione si applicano anche al genocidio commesso extra-territorialmente¹⁰⁰. Pertanto, sembrerebbe che la Convenzione, attraverso gli articoli IV e VI, ha revocato l'immunità *ratione materiae* nelle situazioni in cui le azioni penali si svolgono nello stato in cui il genocidio ha fatto. È importante sottolineare che le norme nazionali alla base del diritto internazionale che consentono la giurisdizione universale in caso di genocidio siano state redatte con l'intenzione di estendere i procedimenti penali anche nei confronti di funzionari statali stranieri. Ad esempio, nei dibattiti del Senato americano che portano all'approvazione del US Genocide Accountability Act del 2007¹⁰¹, il senatore Richard Durbin, principale sostenitore della legge, ha affermato che l'atto aveva lo scopo di permettere agli Stati Uniti di poter perseguire funzionari governativi stranieri. In particolare ha indicato il capo della sicurezza del governo sudanese accusato di essere coinvolto nei crimini commessi nel Darfur, il quale aveva visitato gli Stati Uniti nel 2005, e Pol Pot.

Dal momento che le possibili regole che forniscono la competenza extraterritoriale in caso di crimini di guerra in un conflitto armato non internazionale, crimini contro l'umanità e genocidio non sono praticamente co-estensive con l'immunità *ratione materiae*, si deve ammettere che le argomentazioni relative a questi crimini non sono forti come quelle relative alla tortura, sparizioni forzate o crimini di guerra in un conflitto armato internazionale. Tuttavia, questi argomenti sono coerenti con gli obiettivi politici sottostanti alla giurisdizione universale. Probabilmente, il motivo principale per cui viene permessa la tale giurisdizione è che i rei di tali crimini internazionali sono

⁹⁹ Nella stesura della Convenzione, la giurisdizione universale per genocidio è stata considerata e respinta: si veda la relazione del Comitato ad hoc sul genocidio, supra nota 88.

¹⁰⁰ 'La Corte rileva che l'obbligo di ogni Stato a prevenire e punire il crimine di genocidio non è territorialmente limitato dalla Convenzione': Applicazione della Convenzione sul genocidio, obiezioni preliminari (. Bosnia ed Erzegovina contro la Jugoslavia) [1996], ICJ Rep 594, al par. 31.

¹⁰¹ Genocide Accountability Act del 2007, firmato il 21 dicembre 2007

spesso collegati allo Stato interessato e potrebbero sfuggire alla giustizia se la competenza fosse affidata allo stato di provenienza. Le norme relative alla giurisdizione universale sono infatti destinate ad evitare l'impunità spesso causata dal fallimento degli stati ad agire contro le persone che agiscono per loro conto prevedendo il perseguimento di tali funzionari da parte di altri Stati. La posizione è stata ben riassunta da Lord Phillips nel caso Pinochet (n ° 3): *i crimini internazionali e la giurisdizione extra-territoriale in relazione ad essi sono entrambi nuovi arrivi nel campo del diritto internazionale pubblico. Non credo che l'immunità ratione materiae conferita dallo stato possa coesistere con essi. L'esercizio della giurisdizione extraterritoriale sostituisce il principio secondo cui uno Stato non può intervenire negli affari interni di un altro. Ciò avviene perché, qualora il crimine internazionale non fosse disinteressato dallo stato in cui avviene, tale principio non può prevalere Una volta stabilita la competenza extraterritoriale, non ha dunque senso escludere da essa atti compiuti nell'esercizio di funzioni ufficiali.*

5) Il diritto Internazionale può permettere l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale nelle ipotesi di crimini internazionali?

Una sfida importante è quella di stabilire le circostanze in cui la giurisdizione universale, o almeno extra-territoriale, è consentita dal diritto internazionale in materia di procedimenti giudiziari nazionali per crimini internazionali. Anche se questa analisi è una ricerca al di là del campo di applicazione della presente tesi, alcune timide osservazioni generali possono essere compiute. Il primo punto da notare è che questa valutazione è resa complicata da due tendenze opposte contemporaneamente in atto nella comunità internazionale. Da un lato il principio della giurisdizione universale è sempre più affermato nella legislazione nazionale (in gran parte spinto dallo Statuto ICC¹⁰²) e dalle sentenze giudiziarie. D'altra parte, questa crescente affermazione della

¹⁰² Vedere, ad esempio, Canadian Crimes Against Humanity and War Crimes Act del 2000, che prevede giurisdizione su qualsiasi persona che 'dopo il momento in cui è sospettato di aver commesso il reato ... è presente in Canada'; (ii) s. 8 (1) (c), New Zealand International Crimes and International Criminal Court Act del 2000, che prevede la giurisdizione su genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, indipendentemente dalla (a) nazionalità dell'imputato, (b) il luogo di commissione e (c) la presenza dell'imputato in Nuova Zelanda, al momento in cui si è deciso di accusarlo di reato; (iii) s. 268,117, Australian Criminal Code Act del 1995 (legge n ° 12 del 1995) (insieme a s. 15 (4)), che prevede giurisdizione su genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra sia che il comportamento che costituisce il presunto reato si configuri in Australia sia che non'; (iv) art. 1 codice tedesco per crimini contro il diritto internazionale 2002, 42 ILM (2003) 995, che prevede la giurisdizione sui crimini internazionali, anche quando il reato è stato commesso all'estero e non ha alcuna relazione con la Germania'; (v) s. 4 (3) (c), l'attuazione da parte del Sudafrica dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale: 2002 (27/2002), che prevede giurisdizione su cittadini stranieri presenti in Sud Africa, che sono accusati di aver commesso crimini internazionali, anche se all'estero; (vi) s. 2 (1) (a), Netherlands International Crimes Act del 2003, che prevede la giurisdizione su 'chiunque commetta uno dei reati definiti nella presente legge al di fuori dei Paesi

giurisdizione universale ha portato a un aumento di sfide nei confronti di questo principio. Questo criterio è stato contestato in diversi casi recenti dinanzi la CIG¹⁰³, nonché negli scambi diplomatici e in processi nazionali¹⁰⁴. L'esecutivo statunitense, ad esempio ha espresso seria preoccupazione per l'esercizio, da parte di giudici belgi, di giurisdizione universale nei confronti di funzionari degli Stati Uniti sotto lo statuto del Belgio, famigerato per la giurisdizione universale¹⁰⁵. Ciò ha portato alla modifica della legge nazionale e alla limitazione della competenza belga per crimini internazionali commessi da o nei confronti di cittadini o residenti belgi¹⁰⁶.

Tuttavia, queste sfide per l'esercizio della giurisdizione universale non hanno coinvolto, nei principali caratteri, il principio di universalità, ma piuttosto particolari applicazioni della regola. Queste diatribe sono state sostenute nei casi in cui il presunto autore del reato non fosse presente nel territorio del foro e lo Stato in questione stesse cercando di esercitare la giurisdizione universale in absentia¹⁰⁷. Inoltre, l'esercizio della giurisdizione universale è stato contestato nei casi

Bassi, se il sospetto è presente nei Paesi Bassi'; (vii) s. 12 (2), Irish International Criminal Court Act del 2006, che prevede la giurisdizione su cittadini di paesi terzi, che abbiano commesso all'estero crimini di guerra nel corso di un conflitto armato internazionale; (viii) art. 23 (4), Spanish Judicial Power Organization Act, 6/1985, che prevede giurisdizione su determinati crimini internazionali commessi da cittadini spagnoli o stranieri al di fuori del territorio spagnolo; (ix) US Genocide Accountability Act del 2007, supra nota 102, che modifica il s. 1091 del Titolo 18 del Codice degli Stati Uniti e prevede la competenza quando 'il presunto autore del reato è portato, o si trova, negli Stati Uniti, anche se il crimine si è verificato al di fuori degli Stati Uniti' e Amnesty International, 'Giurisdizione Universale: Il dovere degli Stati membri di adottare ed applicare leggi'. Si noti che il pezzo più celebre di legislazione a supporto della giurisdizione universale - Art. 7, legge belga quanto per quanto riguarda la repressione delle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario 1999 - è stato modificato per limitare i pubblici ministeri belgi ai crimini internazionali commessi da o nei confronti di cittadini belgi o residenti. Vedere 42 ILM (2003) 740.

¹⁰³ Vedi Arrest Warrant case. Taluni procedimenti penali in Francia (Repubblica del Congo contro Francia.) [2003] ICJ Rep 102; Accusa della Liberia nei confronti della Sierra Leone in materia di incriminazione da parte del Tribunale speciale per la Sierra Leone al capo di stato liberiano. Vedere 'Liberia applica alla Corte internazionale di giustizia in una disputa con la Sierra Leone, concernente un mandato di cattura internazionale emesso dal Tribunale speciale per la Sierra Leone contro il presidente liberiano', ICJ comunicato stampa 2003/26 (5 agosto 2003).

¹⁰⁴ Vedere, ad esempio, il caso Guatemalan Genocide, 42 ILM (2003) 683 (Spagna Sup. Ct), la detenzione, a maggioranza 8-7, che l'esercizio della giurisdizione universale è limitato dal 'principio di sussidiarietà'. Secondo questo principio, la giurisdizione universale sarà esercitata solo quando lo Stato territoriale ha ommesso di esercitare la giurisdizione e dove vi è un legame con l'interesse nazionale del forum. Tale legame dovrebbe includere la nazionalità della vittima o la presenza dell'imputato in Spagna.

¹⁰⁵ Vedere Murphy, U.S. Reaction to Belgian Universal Jurisdiction Law'. In aggiunta alle preoccupazioni espresse dall'esecutivo degli Stati Uniti, Rep. Gary Ackerman nel maggio 2003 introdusse nel Congresso statunitense un progetto di legge intitolato 'Rifiuto legge sulla competenza universale', 2003 HR 2050 S. 3, questo disegno di legge stabilisce che '[i]t is the policy of the United States to reject any claim of universal jurisdiction made by foreign governments and to refuse to render any assistance or support to any foreign government pursuing an investigation or prosecution under a universal jurisdiction act'.

¹⁰⁶ Vedere 'emendamento del Belgio alla legge del 15 giugno 1993 (come modificato dalla legge del 10 febbraio 1999 e il 23 Aprile 2003) Per quanto riguarda la repressione delle violazioni gravi del diritto umanitario', 42 ILM (2003) 740 Per l'analisi vedi Reydam, 'Belgio rinnega Universalità: La legge 5 agosto 2003 sulle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario', 1 J Int'l Criminal Justice (2003) 679; Nero, 'il Belgio cede a US sulla legge sui crimini di guerra', The Guardian, il 24 giugno 2003.

¹⁰⁷ Vedi O'Keefe, supra nota 83, sostiene che per una questione di logica non ci possa essere una categoria di giurisdizione universale in contumacia. Questa è una critica persuasiva di gran parte del dibattito che ha circondato questo argomento a partire dall'Arrest Warrant case. Tuttavia, non vi è nulla per impedire la pratica dello stato a sviluppare un principio tale che la giurisdizione universale non possa essere applicata a meno che il presunto autore del reato sia presente sul territorio dello Stato.

in cui il presunto autore del reato possieda l'immunità *ratione personae*. Il fatto che un numero significativo di Stati abbiano una legislazione che consenta l'esercizio in principio di giurisdizione universale per quanto riguarda i crimini dello statuto della CPI suggerisce che il principio non esista nel diritto internazionale consuetudinario. Per quanto riguarda i crimini di guerra commessi nei conflitti armati internazionali, il principio si trova nelle disposizioni delle Convenzioni di Ginevra (e nel primo protocollo addizionale) che si occupano di repressione delle gravi violazioni di tali convenzioni. Tuttavia, l'applicazione di questo principio non è illimitata. Il diritto internazionale riconosce l'esercizio della giurisdizione universale solamente nei casi in cui il presunto autore del reato non possieda l'immunità *ratione personae*. Si può anche sostenere che l'indagato debba essere presente all'interno del territorio dello Stato per esercitare un legittimo esercizio di competenza universale. Eppure, come dimostrato sopra, il principio di giurisdizione universale su certi crimini internazionali è incompatibile con l'immunità *ratione materiae*; ne consegue che tale tipo di immunità non esista in relazione a tali reati. Quindi sono necessari funzionari statali che non possiedano il diritto di immunità *ratione personae* ed ex funzionari presenti sul territorio dello Stato del foro perchè possano essere arrestati e processati per tali crimini.

6 L'oggetto delle immunità diplomatiche

Un'ultima imprecisione da considerare in relazione alle immunità *ratione materiae* è se la posizione di un ex diplomatico sia da considerarsi parilivello agli altri funzionari statali. Tale ruolo merita una considerazione a parte perché, a differenza di funzionari statali d'altro genere, l'immunità *ratione materiae* è contenuta nella disposizione di un Trattato: l'articolo 39 (2) della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche del 1961. Questa disposizione stabilisce che un ex agente diplomatico, anche dopo aver lasciato l'ufficio, continuerà ad essere immune 'per gli atti compiuti ... nell'esercizio delle sue funzioni di membro della missione [diplomatica]'. Mentre alcuni hanno sostenuto che l'immunità *ratione materiae* del diplomatico sia semplicemente un riflesso della generale immunità a disposizione di altri funzionari statali, questo punto di vista è stato respinto da altri autori tra cui la costituzionale tedesca Court¹⁰⁸. Questa precisazione è importante per almeno due motivi. In primo luogo, si pone la questione se eventuali eccezioni dell'immunità *ratione materiae* per i funzionari statali (in particolare l'eccezione per i crimini internazionali) si possano

¹⁰⁸ L'ex ambasciatore siriano nel caso Repubblica democratica tedesca, Caso n ° 2 BvR 1516-1596 (1997), 115 ILR 595, a 609-610, 613-614 (Germania: Corte Federale costituzionale).

applicare anche agli ex diplomatici. In secondo luogo, ci si chiede se l'immunità *ratione materiae* di ex diplomatici si applichi *erga omnes*, cioè, in relazione a Stati diversi dallo Stato di cui il diplomatico è stato accreditato.

Si è sostenuto che gli atti costituenti crimini internazionali non possono ammontare ad atti compiuti nell'esercizio delle funzioni diplomatiche in quanto la definizione delle funzioni stesse di cui all'articolo 3 del VCDR li limita agli atti riconosciuti dal diritto internazionale¹⁰⁹. Questa disposizione stabilisce che le funzioni di una missione diplomatica sono, tra le altre:

- (a) rappresentare lo Stato accreditante nello Stato ricevente;
- (b) proteggere nello Stato ricevente gli interessi dello Stato d'invio e dei suoi cittadini, nei limiti consentiti dal diritto internazionale;
- (c) negoziare con il governo dello Stato di residenza;
- (d) informarsi, con tutti i mezzi leciti le condizioni e gli sviluppi dello Stato di residenza, e riferire in merito al governo dello Stato di invio;
- (e) promuovere le relazioni amichevoli tra lo Stato di invio e lo Stato di ricezione, e sviluppare le loro relazioni economiche, culturali e scientifiche.

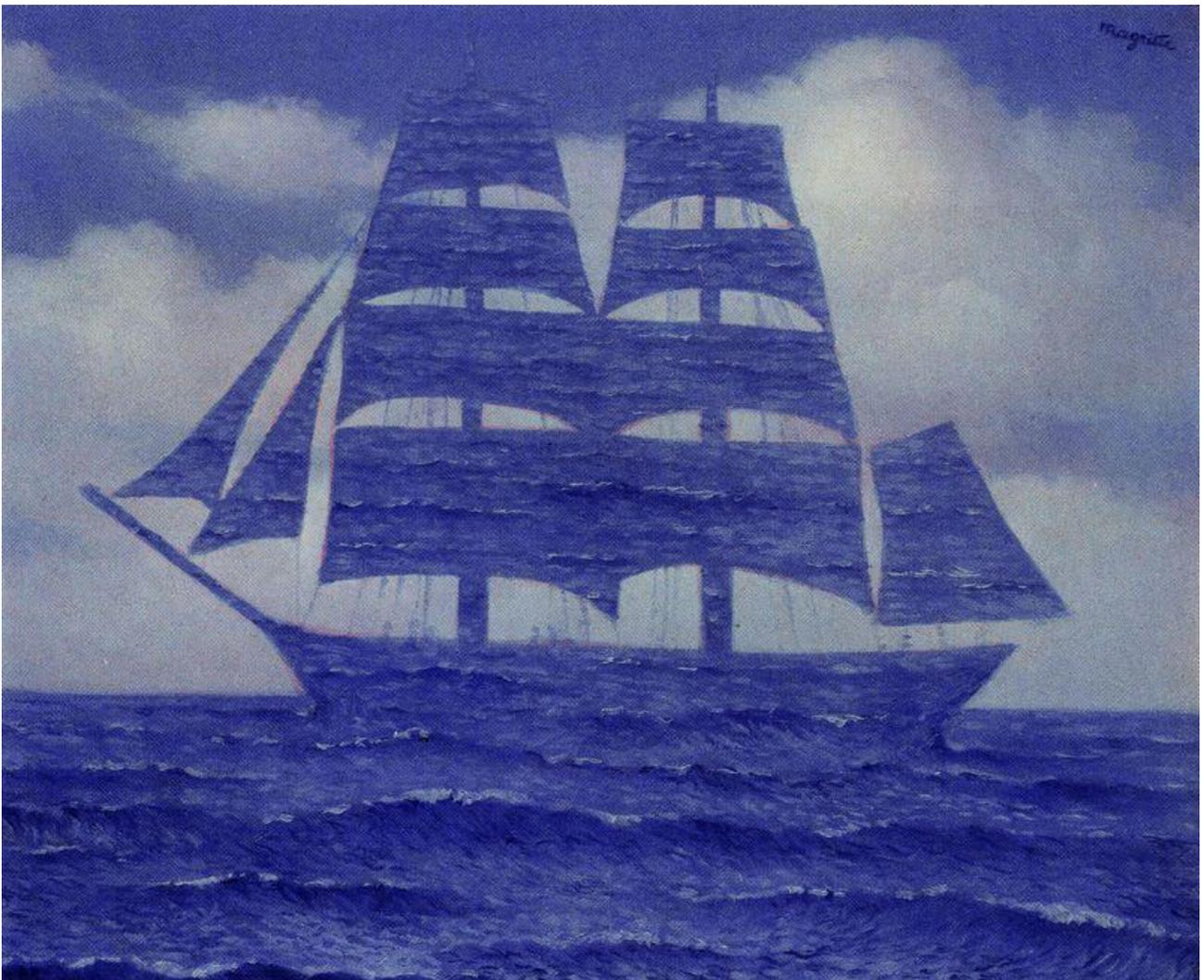
In una analisi testuale di tale disposizione, il diritto internazionale è una limitazione solo a due delle cinque funzioni elencate. Altre funzioni, come quella di rappresentare lo Stato accreditante presso lo Stato ricevente e negoziare con il governo dello Stato ricevente, non sono sostanzialmente circoscritte¹¹⁰. Così, se nel corso di una negoziazione per conto del suo Stato con lo Stato ricevente, l'ambasciatore dovesse cospirare per commettere genocidio, il testo dell'articolo 3, non indica che questo non sia un atto compiuto nell'esercizio della sua funzione diplomatica. Al di là di questa analisi testuale, i motivi del rigetto della tesi secondo la quale possano avvenire azioni contrarie al diritto internazionale non sono gli atti ufficiali di altri funzionari statali poiché questi comportamenti vengono attribuiti con uguale forza ai diplomatici. Così la Corte costituzionale tedesca ha confermato nel *Former Syrian Ambassador case* che, 'immunità diplomatica in caso di procedimenti penali non ha diritto ad alcuna eccezione per violazioni particolarmente gravi di *law*'.

Dal momento che l'immunità *ratione materiae* di ex diplomatici è basata su un trattato e non ci sono evidenze che suggeriscono che la VCDR sia caduta in disuso, è difficile sostenere che questa

¹⁰⁹ Wirth, 'Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute', 12 Criminal Law Forum (2001).

¹¹⁰ In un recente caso italiano, si è ritenuto che tre agenti della CIA accreditati per l'ambasciata americana a Roma abbiano beneficiato dell'immunità diplomatica nei procedimenti contro di loro per la 'extraordinary rendition' di Abu Omar dal territorio italiano. Anche se la Corte non ha appurato se il rapimento sia stato un 'crimine internazionale', il giudice Magi ha affermato che l'attività delle "extraordinary renditions" commessi da agenti della CIA, pur essendo un reato in Italia, possono e devono essere comprese nell'ambito funzionale dell'articolo 3 della Convenzione di Vienna [sulle relazioni diplomatiche] ("Protezione nello Stato accreditatario gli interessi dello Stato d'invio"): Adler Monica Courtney ed altri, n. 12428/09, sentenza del 4 novembre 2009, sentenza pronunciata dal dottor Oscar Magi, registrato il 1 ° febbraio (Italia Quarta Sezione Penale del Tribunale di Milano) 2010, II-93. Vedere Akande, 'La condanna da parte di un Tribunale italiano di agenti della CIA per Abduction.

immunità sia stata sostituita dalla regola emergente del diritto internazionale consuetudinario di accordarsi alla giurisdizione universale. Sembrerebbe quindi che lo stato in cui un ex diplomatico è stato accreditato sia tenuto a rispettare la sua immunità *ratione materiae*, anche se il diplomatico è accusato di aver commesso un crimine internazionale. Tuttavia, l'articolo del trattato che accorda l'immunità diplomatica *ratione materiae* non si può applicare nei confronti di stati terzi. Per quanto riguarda questi Stati la posizione della ex diplomatico è da considerarsi parigrado a quella di altri funzionari: lui o lei ha diritto all'immunità generale *ratione materiae* per funzionari statali che deriva dall'immunità di cui gode lo stato¹¹¹. Pertanto, quando in uno Stato terzo, un ex diplomatico non possiede il diritto di immunità *ratione materiae* rispetto ai procedimenti per crimini internazionali.



La seductive, Rene Magritte, 1953

“Ogni nave in porto è sicura. Ma questo non è lo scopo per cui è stata costruita.”

¹¹¹ La constatazione in *ibid.*, che ex diplomatici possono non possedere nemmeno l'immunità concessa a altri ex funzionari statali non è convincente. E 'difficile capire perché l'immunità dello Stato *ratione materiae* non si applichi qualora il funzionario che agisce per conto dello Stato fosse un ex diplomatico. Vedere Fassbender, 'Case Comment', (1998).

Capitolo IV

La questione delle immunità dei fucilieri di marina e la controversia Italia-India

Supponendo dunque che l'India abbia competenza a giudicare l'incidente, potrebbe la giurisdizione dei tribunali indiani processare i due fucilieri di marina alla luce del principio dell'immunità funzionale?

Come visto precedentemente l'immunità *ratione materiae* deriva dal fatto che gli atti compiuti da un funzionario vengono attribuiti allo stato da cui proviene. Non rispettare tale principio rappresenta una violazione della sovranità e dell'indipendenza dello stato. Se un atto compiuto da un funzionario di stato corrisponde ad un crimine sarà dunque, esclusi i casi sovraccitati, il governo ad assumersi la responsabilità e non l'ufficiale stesso. Tale principio proviene da una risoluzione dell'Institute de droit international (IDI). La disposizione recita: "le immunità vengono conferite al fine di assicurare una precisa attribuzione ed esercizio nella giurisdizione rispettando il diritto internazionale in processi riguardanti stati, in modo da rispettare l'eguale sovranità dei paesi e permettere l'effettivo svolgimento dei compiti affidati a coloro che agiscono per conto di uno stato" (art II (1))¹¹²

Possono sorgere questioni riguardo alla determinazione degli organi statali come coloro la cui condotta è attribuibile allo stato. L'articolo 4 della bozza sulla Responsibility of States for International Wrongful Acts, adottato dalla commissione di diritto Internazionale nel 2001 ed ampiamente considerato come dichiarativa del diritto internazionale consuetudinario, dopo aver attribuito allo Stato la condotta dei suoi organi (paragrafo 1), afferma al paragrafo 2 che "un organo comprende qualsiasi persona fisica o giuridica che ha tale status in conformità del diritto interno dello stato". È pertanto indubbio che lo status di organo è determinata dal diritto interno dello Stato. Nel commento all'articolo 4, par. 2, la ILC afferma che "se la legge di uno Stato caratterizza un ente come un organo, nessuna difficoltà potrà sorgere"¹¹³.

La distinzione tra immunità personale e l'immunità funzionale, è stata ampiamente approvata dal

¹¹² IDI, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes (2009)

¹¹³ UN Doc. A/56/10, p. 90

documento riguardo "Immunità dei funzionari statali dalla giurisdizione penale straniera", presentato in occasione dell'intersessional meeting di esperti legali tenutosi per discutere di questioni relative alla Commissione di Diritto Internazionale tenutasi il 10 aprile 2012 presso l'AALCO (Asian-African Legal Consultative Organization), proprio a Nuova Delhi. La relazione afferma:

“Unlike immunity ratione personae dealt with in the previous pages, immunity ratione materiae covers only official acts, that is, conduct adopted by a State official in the discharge of his or her functions. This limitation to the scope of immunity ratione materiae appears to be undisputed in the legal literature and has been confirmed by domestic courts. In its recent judgment in the Djibouti v. France case, the International Court of Justice referred in this context to acts within the scope of the duties of the officials concerned as organs of state. A critical issue to be addressed in determining the legal regime of immunity ratione materiae relates to the identification of the criteria for distinguishing between a State organ’s —official and —private conduct. The articles on responsibility of States for internationally wrongful acts do not explicitly provide the criteria for determining whether the conduct of a State organ is to be considered as performed in the discharge of the official functions of that organ. A related question is whether acts performed ultra vires by State officials are covered by immunity ratione materiae. Domestic courts have adopted conflicting positions on the general issue of immunity in connection with ultra vires acts. While the plea of immunity has sometimes been rejected in such cases, it has also been held that immunity of State officials in respect of acts performed in the discharge of their functions does not depend on the lawfulness or unlawfulness of such acts”.

Aggiunge in seguito:

“However, the categories of officials who are to be accorded immunity from foreign criminal jurisdiction has not been clear apart from the fact that the Heads of state, Heads of Governments and the Minister of Foreign Affairs, who are entitled to such immunity not only by virtue of customary international law but also Conventional law as accepted by the ICJ. Moreover, the kind of acts that are covered under the principle of sovereign immunity are also ambiguous, though in general, all activities of an official nature and completed on behalf of the home-state with its recognition whilst performing public functions are covered by immunity ratione materiae”.

Ultimo ma non meno importante, va citato il caso Gibuti v. Francia. La Corte internazionale di giustizia non ha sostenuto l'affermazione secondo cui la Francia aveva violato il principio d'immunità funzionale nei confronti del Procuratore del Gibuti e del capo della Sicurezza Nazionale convocando i due funzionari dinanzi ad un giudice francese, semplicemente perché l'immunità non è stato rivendicata al momento giusto, ad esempio nel momento in cui i due funzionari sono stati

convocati dinanzi ai giudici francesi¹¹⁴.

Dobbiamo dunque esaminare se la squadra armata a bordo della *Enrica Lexie* possa essere considerata come un gruppo di funzionari statali. Come è già stato sottolineato, questo andrebbe determinato secondo la legge dello Stato estero¹¹⁵. Le squadre armate in missione a bordo di navi adibite a trasporto privato sono qualificati come funzionari di polizia da parte della legge italiana che concede l'autorizzazione ad imbarcare personale armato (legge n. 130 del 2 agosto 2011). Rispondono al Ministero della Difesa ed indossano la propria divisa militare. Inoltre, essi sono soggetti alla disciplina militare e al Codice Penale Militare di Pace Italiano. La loro missione specifica è quella di reagire, in virtù del principio di legittima difesa, in caso di attacco dai pirati e proteggere la sicurezza della navigazione di imbarcazioni italiane. Possono essere imbarcati solo a bordo di navi battenti bandiera italiana. Le regole di ingaggio vengono promulgate dal Ministero della difesa e il capo della squadra militare non è sottoposto alle direttive del capitano. L'armatore deve inoltre pagare un contributo al Ministero della Difesa (e non direttamente ai componenti del team militare) per l'imbarco di personale militare. Tuttavia, essi esercitano una funzione pubblica, come ad esempio la tutela del commercio marino contro i pirati, compito che non può essere affidato a società di sicurezza militare private. Va anche sottolineato che l'articolo 100 UNCLOS stabilisce l'obbligo per gli Stati di cooperare "nella maniera più ampia possibile" alla repressione della pirateria in alto mare. Nell'eseguire il compito di difesa dalla pirateria e proteggere le navi commerciali, le squadre armate stanno contribuendo alla repressione di una minaccia e l'esecuzione di tale compito non è solo nell'interesse di navi italiane, ma anche a vantaggio della comunità internazionale nel suo insieme. La Dichiarazione Presidenziale rilasciato al termine del Dibattito del Consiglio di Sicurezza sulla pirateria avvenuta nel 2012 afferma:

*"The Security Council notes the adoption by the International Maritime Organization of guidelines to assist in the investigation of the crimes of piracy and armed robbery against ships, revised interim guidance to ship owners, ship operators and shipmasters on the use of Privately Contracted Armed Security Personnel (PCASP) on board ships in the high risk area, as well as the revised interim recommendations for flag States, port States and coastal States regarding the use of PCASP on board ships in the high risk area, and encourages flag States and port States to further consider the development of safety and security measures onboard vessels, including regulations for the deployment of PCASP on board ships through a consultative process, including through International Maritime Organization and International Standards Organization"*¹¹⁶.

¹¹⁴ 8 Case Concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France), sentenza del 4 giugno 2008, ICJ Reports, 2008

¹¹⁵ Vedi Art. 4 della bozza ILC su Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

¹¹⁶ UN Doc. S/PRST/2012/24 Maintenance of international peace and security: piracy

Anche se il Presidential Statement si riferisce a PCASP, può essere a maggior ragione esteso al personale militare.

Vi è un ulteriore motivo per ritenere che il personale militare a bordo stia effettuando funzioni pubbliche. Uno stato ha effettivamente il diritto (e il dovere) di proteggere i suoi cittadini e le loro proprietà. Questa funzione può essere eseguita in diversi modi e può anche comportare l'uso della forza, qualora i cittadini fossero in pericolo.

E' interessante notare che il relatore corrente al ILC sull'immunità dei funzionari statali, nel riassumere la discussione svoltasi in seno alla Commissione sul tema in esame, sottolinea che la discussione ha formulato la nozione di "atto ufficiale", come qualsiasi atto commesso da un pubblico ufficiale o ad un atto che è attribuibile allo Stato nazionale secondo la legge di responsabilità dello Stato¹¹⁷.

Inutile precisare che l'Italia non è il solo stato ad inviare squadre militari a bordo di navi da trasporto private, altri stati si comportano nei seguenti modi: la Francia ha squadre di militari a bordo di pescherecci francesi che pescano nelle zone pericolose; i Paesi Bassi hanno approvato una legge che consente l'imbarco di personale militare su navi da trasporto commerciali; il Belgio ha recentemente legiferato similmente¹¹⁸. In questo modo i marò italiani a bordo di nave Enrica Lexie devono essere considerati come organi dello Stato che svolgono una funzione pubblica e dunque investiti del diritto di immunità funzionale.

Due altre questioni devono essere chiarite. La prima è collegata all'ingresso di personale militare in territorio estero, la seconda è invece la rimozione dell'immunità nei procedimenti penali. Il primo punto non va considerato in relazione al caso Enrica Lexie. La nave stava transitando in acque internazionali e non era quindi necessario stipulare un SOFA. Non sussiste dunque il bisogno di indagare sul fatto che l'immunità funzionale possa essere goduta anche in assenza di SOFA. Per quanto riguarda quest'ultimo punto si riconosce la dottrina secondo cui l'immunità funzionale in un procedimento penale può essere rimossa in caso venga commesso un crimine di guerra. La sparatoria e l'uccisione dei pescatori a bordo del St Antony restano ancora circondate da dubbi riguardo quali persone devono essere ritenute responsabili per aver sparato sui pescatori. Tuttavia questi atti criminali non possono essere considerati come crimini di guerra. Un crimine di guerra implica una grave violazione del diritto umanitario internazionale o del diritto dei conflitti armati e il fuoco diretto contro il St Antony deve essere considerato solo come un crimine ordinario e non di guerra.

¹¹⁷ UN Doc. A/CN.4/654 31 May 2012: Preliminary Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction.

¹¹⁸ Van Ginkel, Van der Putten e Molenaar: "State or Private Protection against Maritime Piracy? A Dutch Perspective" (Clingendael Report)

Conclusione

La pratica dell'imbarco di personale militare armato a bordo di mercantili privati si è dimostrato essere un punto cruciale nella lotta alla pirateria marittima. Questo crimine è infatti in diminuzione rispetto agli anni precedenti dal picco raggiunto nel 2009 con 117 navi sequestrate che calano a 53 nel 2010. Questa felice decrescita del fenomeno dipende dalle politiche utilizzate da ogni stato nei confronti dell'imbarco di personale armato di natura sia pubblica che privata. Il loro ruolo resta comunque esclusivamente di autodifesa e per nulla volto all'inseguimento o combattimento della pirateria, ruolo esclusivo delle marine militari.

L'attività di personale armato a bordo dei mercantili resta, come abbiamo visto, scarsamente, o per nulla, regolato soprattutto a livello internazionale. Mai però viene messa in dubbio la loro liceità e forse proprio in questo ambito la vicenda di nave *Enrica Lexie* ha evidenziato la necessità di fornire un contributo chiarificatore al diritto internazionale del mare. Sicuramente una convenzione internazionale volta alla regolazione tra stati della questione sarebbe il miglior inizio per una definitiva strategia di combattimento al fenomeno anche se la complicazione nel raggiungere un accordo da parte di ogni governo non è sicuramente poca. Finora, su proposta della Svizzera, sono stati sviluppati strumenti di soft law atti a regolamentare l'impiego di contractors in caso di conflitti armati su terra. L'ambiente marino è però un contesto completamente diverso. Vi sono i codici di condotta BIMCO¹¹⁹ (Baltic and International Maritime COuncil) redatto a livello armatoriale e un progetto UNICRI il quale, grazie al supporto di governi membri tra cui quello italiano, ha formato un comitato informale di esperti in materia di PCASP a bordo di vascelli privati al fine di formare una linea guida, parallela a quella formata dalla confederazione elvetica, per la sicurezza marittima¹²⁰. Risulta inoltre curioso il tentativo da parte indiana di far valere la Convenzione di Roma per la soppressione dei fatti illeciti contro la sicurezza della navigazione marittima, manifestamente volta a combattere il terrorismo internazionale, possibilità sicuramente esclusa nel caso in discussione.

La continua evoluzione degli eventi e la forte attenzione con cui la pubblica opinione si è espressa ha reso ancor più complessa la formulazione di commenti ponderati, sono infatti molti i pareri di

¹¹⁹ Guidance on the Rules for the Use of Force (RUF) by PCASP in defence of a Merchant Vessel. Anche l'IMO ha adottato una "linea guida" in materia attraverso la circolare n. 1443 del 25 maggio 2012.

¹²⁰ Vedi Maritime Piracy sul sito UNICRI.

giuristi rimasti però limitati ad editoriali e ancora le forti pressioni diplomatiche e senza dubbio politiche ha determinato una diffusa mancanza di fuoco nei commenti. L'obiettivo di questo elaborato è proporre un'analisi per principi dei punti alla base del contenzioso India-Italia riguardo nave *Enrica Lexie*. Per quanto sarebbe irrealistico fornire delle conclusioni, che non potrebbero non essere provvisorie, due questioni vengono analizzate con l'intenzione di dare basi logico-giuridiche riguardo la giurisdizione ed il principio dell'immunità funzionale, argomenti spesso trascurati dall'ansia di fornire soluzioni al caso. Aspettando che la corte suprema indiana si pronunci in un nuovo verdetto non resta che avvalersi di quanto espresso nella più recente sentenza del 18 gennaio 2013 la quale ha rigettato le due posizioni sostenute dall'Italia.

In primo luogo il problema della giurisdizione in alto mare. Nell'evenienza di un incidente causato da personale armato che includa un'imbarcazione innocente, la questione su quale sia l'autorità competente diventa fonte di polemiche in quanto entrambe le bandiere possono sostenere il potere di esercitare la loro giurisdizione. Il regolamento UNCLOS attuale non è, come visto, esente da incertezze. Per questo motivo, sarebbe necessaria una nuova legge convenzionale con la stesura di una nuova norma in parallelo all'Art. 97 UNCLOS volta ad affermare che ogni incidente verificatosi promiscuamente all'esercizio del diritto di legittima difesa contro la pirateria rientra nella competenza esclusiva dello Stato la cui nave imbarca personale armato. In ogni caso, per quanto riguarda la controversia Italia-India, non esistendo criteri di prevalenza le giurisdizioni dei due paesi restano concorrenti e lo stato indiano, avvalendosi del principio del *forum non conveniens*, non sembra per nulla disposto all'astensione unilaterale nonostante la fondatezza della posizione italiana.

Resta incomprensibile il ricorso indiano all'art. 188A del codice di procedura penale come giustificazione della propria competenza sul caso. Questa posizione, così come le manovre fraudolente atte a portare i fucilieri di marina a terra, risultano effettivamente malriposti e al limite di una violazione del diritto internazionale, argomenti comunque ininfluenti allo scorrere del processo ma di un certo valore per quanto riguarda la responsabilità dell'India nei confronti italiani. Allo stesso modo i continui appelli dell'avvocatura indiana alla Supreme Court a sostegno della superiorità del diritto positivo nazionale rispetto ad UNCLOS e diritto internazionale risultano ingannevoli: il diritto di ogni membro della comunità internazionale infatti va interpretato in consonanza agli obblighi internazionali.

La seconda questione riguarda l'immunità funzionale. Essa appartiene esclusivamente al personale militare e non ai contractors. L'immunità funzionale è, come si evince dalla seconda parte della tesi, un principio di diritto internazionale consuetudinario e fondamentalmente non è necessaria alcuna nuova legge convenzionale. Il lavoro dell'ILC attualmente dovrebbe produrre una bozza di articolo

volta a diventare dichiarazione autorevole di diritto consuetudinario esistente. Ciò che si suggerisce è che il Rapporteur menzioni, nel commento ai prossimi progetti di articoli, il caso di personale militare imbarcato su navi di trasporto commerciali al fine di difendere la nave e l'equipaggio da attacchi da parte di pirati come esempio di funzionari statali intenti ad eseguire atti ufficiali.

A questo punto, nei confronti del caso analizzato, non si possono né accogliere le obiezioni indiane, né quelle che disconoscono la fondatezza del principio a livello generale, né quelle che escludono l'applicabilità al caso di specie. Il valore consuetudinario della norma resta indiscutibile in quanto i marò sono a tutti gli effetti organi dello stato agenti nell'esercizio delle funzioni attribuite a loro dal mandato. Le osservazioni stesse fatte al di fuori della prassi sembrano favorevoli all'applicabilità della regola: il consenso indiano alla presenza dei marò è manifestato, per via indiretta, da svariate norme tra cui il principio di legittima difesa: principio di rango generale. L'appello ai mancati SOFA risulta non pertinente al caso ed appare fundamentalmente errato data l'esistenza di svariati metodi alternativi agli status of forces agreement per giustificare la presenza di forze straniere all'interno del territorio. La posizione della corte suprema indiana esclude dunque la posizione italiana senza però averla pienamente esaminata; come è stato manifestato nella recente sentenza della Corte di Cassazione italiana riguardo al caso Abu Omar appare evidente quanto la dottrina dell'immunità *ratione materiae* risulti spesso ingrata alle corti nazionali, i quali tuttora stentano ad identificare correttamente la differenza tra immunità personale e funzionale. Chiarificazione che sarebbe ben accolta da parte della Commissione del diritto internazionale e indubbiamente auspicabile per gli interpreti in attesa di una celere conclusione dei lavori di codificazione tuttora in atto.

Un ultimo riscontro positivo alla vicenda emerge dalla redazione del trattato bilaterale sul trasferimento delle persone detenute, esso potrà semplificare non pochi casi umani coinvolgenti cittadini italiani e, si spera, dare manforte all'evolversi dei fatti, nel desiderio di mettere la parola fine al caso dei due fucilieri di marina.

Per queste ragioni la giurisdizione concorrente riconosciuta ai fori indiani dal diritto internazionale non è da esercitarsi. Enrica Lexie non è nave che possa essere sentenziata da terra, se la terra non è quella italiana.

Cronologia

Viene fornita una cronologia¹²¹ dei passaggi fondamentali della vicenda per poter avere una più chiara prospettiva riguardo le tempistiche che caratterizzano tuttora il caso.

- 15 febbraio 2012 Verso le 16:30, ora locale, a 22,5 miglia dalla costa indiana avviene la presunta sparatoria tra nave *Enrica Lexie* e il peschereccio indiano St. Antony.
- 17 febbraio 2012 La nave italiana viene messa in stato di fermo.
- 19 febbraio 2012 I due fucilieri di marina Massimiliano Latorre e Salvatore Girone vengono arrestati con l'accusa di omicidio.
- 28 febbraio 2012 L'Italia rivendica la competenza giuridica per una vicenda che coinvolge "organi dello Stato operanti nel contrasto alla pirateria sotto bandiera italiana e in acque internazionali".
- 5-6 marzo 2012 Il tribunale di Kollam dispone il trasferimento dei fucilieri nel carcere ordinario di Trivandrum.
- 2 maggio 2012 La nave *Enrica Lexie*, ancora sotto sequestro nel porto di Kochi e con a bordo gli altri quattro fucilieri, viene rilasciata su decisione della Corte Suprema indiana.
- 30 maggio 2012 L'Alta Corte del Kerala concede ai due fucilieri la libertà su cauzione stabilendo l'obbligo di firma giornaliero e quello di non allontanarsi dalla zona di competenza del commissariato locale
- 4 novembre 2012 L'India ratifica l'accordo del 10 agosto 2012 tra il governo italiano e quello indiano sul trasferimento delle persone condannate che consente agli italiani condannati in India di scontare la pena in patria. L'Italia lo ha già ratificato con la legge 26 ottobre 2012 n.183.
- 20 dicembre 2012 - 4 gennaio 2013 Il Governo italiano riesce a ottenere dall'Alta Corte del Kerala un permesso di due settimane per i marò per trascorrere le vacanze natalizie in Italia. Tale condizione viene garantita dal ministro degli Esteri italiano e deve essere ulteriormente garantita dall'Ambasciatore e dal console italiano in India con una dichiarazione giurata (affidavit).
- 18 gennaio 2013 La Corte Suprema indiana sentenza che lo Stato del Kerala non ha giurisdizione per procedere contro i due marò italiani e che il governo centrale di Nuova Delhi dovrà consultarsi con il presidente della Corte Suprema prima di formare una Corte speciale che dovrà decidere sulla questione della giurisdizione. Secondo la Suprema Corte, inoltre, è illegittima la detenzione cui sono stati sottoposti i militari italiani poiché il procedimento poteva essere cominciato solo a discrezione delle autorità centrali dell'Unione Indiana. D'ora in poi i due marò potranno muoversi liberamente all'interno del territorio indiano.
- 22 febbraio 2013 Ai due fucilieri viene dato un permesso di 4 settimane per tornare in Italia in occasione delle elezioni politiche con la semplice garanzia di una lettera ufficiale firmata dall'ambasciatore italiano in India.
- 11 marzo 2013 Il ministro degli Esteri italiano, Giulio Terzi, annuncia a nome del Governo che i fucilieri non faranno ritorno in India.
- 14 marzo 2013 Il governo indiano limita la libertà personale dell'ambasciatore italiano in India prendendo misure volte a impedirgli di lasciare il paese.
- 18 marzo 2013 La Corte Suprema indiana decide di non riconoscere più l'immunità diplomatica all'ambasciatore Mancini ed estende "fino a nuovo ordine" la limitazione impostagli di non lasciare l'India. L'Italia accusa l'India di «evidente violazione della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche».
- 21 marzo 2013 Un Comunicato stampa della Presidenza del Consiglio dei Ministri annuncia che i fucilieri torneranno in India.
- 22 marzo 2013 I fucilieri arrivano in mattinata in India, l'ultimo giorno di scadenza del permesso; sono accompagnati dal sottosegretario Staffan de Mistura e prendono alloggio nell'Ambasciata italiana di Nuova Delhi. Il ministro degli Esteri indiano Salman Khurshid assicura che non sarà

¹²¹ I dati presenti all'interno della cronologia sono ispirati dal sito Wikipedia, Crisi diplomatica tra Italia e India 2012-2014

	applicata la pena di morte. L'Alta Corte di Nuova Delhi, in accordo con il Ministero della Giustizia indiano, emana l'ordinanza per la costituzione della Corte speciale, come stabilito nella sentenza della Corte Suprema del 18 gennaio 2013 e dopo le accuse di ritardo rivolte al governo indiano da parte della stessa Corte Suprema.
25 marzo 2013	Viene costituito a New Delhi il tribunale «ad hoc» che dovrà giudicare i due marò e che sarà presieduto da un «magistrato capo metropolitano» il quale, in base al primo comma della sezione 29 del Codice di procedura penale indiano, può infliggere pene solo fino a sette anni.
26 marzo 2013	Il Ministro degli Esteri Giulio Terzi annuncia in Parlamento le sue dimissioni irrevocabili in polemica con la decisione del Governo di rimandare i Marò in India.
16 settembre 2013	L'India chiede di poter interrogare gli altri fucilieri presenti all'incidente. L'Italia non vuole inviarli a Nuova Delhi, si dichiara però disponibile a far interrogare i fucilieri in videoconferenza.
11 novembre 2013	I fucilieri Renato Voglino, Massimo Andronico, Antonio Fontana e Alessandro Conte vengono effettivamente interrogati in videoconferenza dalla National Investigation Agency.
8 febbraio 2014	Il Ministero dell'Interno indiano autorizza la NIA a portare avanti l'accusa nei confronti dei due marò sulla base del cosiddetta <i>SUA Act</i> , la legge contro il "terrorismo marittimo", pur escludendo l'applicazione della pena di morte.
10 febbraio 2014	Udienza davanti alla Corte Suprema Indiana e rinvio al 18 febbraio.
18 febbraio 2014	L'udienza davanti alla Corte Suprema indiana si conclude con l'ennesimo rinvio. In segno di protesta il ministro degli Esteri Bonino annuncia la decisione del governo italiano di richiamare in Italia l'ambasciatore Mancini per consultazioni. La successiva udienza viene fissata per lunedì 24 febbraio.
24 febbraio 2014	Udienza davanti alla Corte Suprema indiana. Il procuratore generale produce il parere del governo indiano favorevole ad abbandonare l'ipotesi dell'applicazione del <i>SUA Act</i> . Viene chiesto alla NIA di formulare i capi di accusa in base alla legislazione ordinaria.
26 marzo 2014	L'inviato speciale del governo, Staffan De Mistura, dichiara che la linea ufficiale italiana verterà sul disconoscimento della giurisdizione indiana sul caso, per cui nessun rappresentante ufficiale italiano parteciperà a eventuali processi indiani.
28 marzo 2014	La Corte Suprema indiana ammette il ricorso, presentato dalla difesa dei due marò italiani, contro l'intervento nelle indagini della NIA, sospende il processo presso la Corte speciale e rinvia a nuova udienza per permettere al governo indiano e alla stessa NIA di produrre le proprie controdeduzioni prima di decidere nel merito del ricorso. Nel ricorso si chiede alla Corte di annullare l'intero procedimento giudiziario, compresa la denuncia iniziale (First Information Report - FIR) dei due marò per aver ucciso i due pescatori indiani, e si insiste sulla linea difensiva italiana contestando la giurisdizione dell'India, poiché l'incidente è avvenuto al di fuori delle acque territoriali indiane, e rimarcando l'immunità funzionale di Massimiliano Latorre e Salvatore Girone in quanto erano in servizio antipirateria per conto dello Stato italiano. In una nota, il governo italiano afferma che la propria posizione «resta immutata nel rivendicare con forza la giurisdizione italiana sulla vicenda e nel chiedere l'immediato ritorno dei nostri militari in Italia. Il Governo continuerà a svolgere tutte le azioni internazionali utili a raggiungere quanto prima entrambi gli obiettivi» e sottolinea anche la volontà di continuare sulla strada dell'internazionalizzazione della vicenda.
24 aprile 2014	Il ministro degli esteri italiano Federica Mogherini annuncia il ritiro dell'inviato del governo Staffan de Mistura e il ritorno a Delhi dell'ambasciatore Daniele Mancini.
1 settembre 2014	Il marò Massimiliano Latorre, colto da un malore, viene ricoverato nel reparto di neurologia di un ospedale di New Delhi per un'ischemia transitoria.
12 settembre 2014	La Corte Suprema indiana accoglie l'istanza presentata dalla difesa di Massimiliano Latorre e gli concede di rientrare in Italia per un periodo di quattro mesi per curarsi.
13 settembre 2014	Massimiliano Latorre arriva in Italia.

Bibliografia

- B. Broomhall, *Giustizia Internazionale e il Tribunale penale internazionale: tra sovranità e dello Stato di diritto* (2003)
- Barker, 'The Future of Former Head of State Immunity After Ex Parte Pinochet', 48 ICLQ (1999)
- Bianchi, 'Immunità Versus diritti umani: il caso Pinochet' (1999)
- Brownlie, 'Preliminary Report on the Contemporary Problems Concerning the Jurisdictional Immunity of States', 62-I *Annuaire de l'Institut de Droit internazionale* (Cairo, 1987)
- Caplan, 'immunità di Stato, Diritti umani e ius cogens: Critica della teoria normativa gerarchia', 97 *Ajil* (2003)
- Cassese, 'La Corte di Cassazione italiana ha frainteso la nozione di crimini di guerra: il caso Lozano', 6 *JICJ* (2008)
- Cassese, 'When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case', 13 *EJIL* (2002)
- Dapo Akande and Sangeeta Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts* (University Lecturer in Public International Law, Oxford Institute for Ethics Law and Armed Conflict, University of Oxford)
- David Isenberg, *L'ascesa delle imprese private di sicurezza marittima* (Somalia report, maggio 2012)
- De Sena and de Vittor, 'L'immunità di Stato e i diritti umani: la decisione della Corte Suprema Italiana sul caso Ferrini'
- Dinstein, 'Diplomatic Immunity from Jurisdiction 'Ratione Materiae' (1966)
- Dupuy, 'Responsabilità penale internazionale dell'individuo e responsabilità internazionale dello Stato'
- *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana* (anno 154°, numero 75, 29 marzo 2013)
- H. Fox, *The Law of State Immunity* (2nd edn, 2008)
- Hall, 'The Duty of States Parties to the Convention against Torture to Provide Procedures Permitting Victims to Recover Reparations for Torture Committed Abroad' (2007)
- Hampson, 'Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions 1949', 37 ICLQ (1988)
- Ipsen, 'Combatants and Non-Combatants', in D. Fleck, *The Handbook of Humanitarian Law of Armed Conflict* (2nd edn, 2008)
- J. Noyes, L. Dickinson, e M. Janis, 'Storie di Diritto internazionale' (2007)
- Jennings, 'The Caroline and McLeod Cases', (1938)
- McGregor, 'Torture and State Immunity: Deflecting Impunity, Distorting Sovereignty', 18 *EJIL* (2007) 903
- Mizushima Tomonori, *The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct* (2001)

- Natalino Ronzitti , The Enrica Lexie incident: law of the sea and immunity of state officials issues
- Natalino Ronzitti, Contro il vuoto normativo sulle “scorte antipirati” nuove convenzioni e un provvedimento d’urgenza (Editoriale di diritto internazionale, Guida al Diritto 14 aprile 2012)
- Natalino Ronzitti, La difesa contro i pirati e l’imbarco di personale militare armato sui mercantili: il caso della Enrica lexie e la controversia italia india (rivista di diritto internazionale anno XCVI fasc. 4 (2013))
- Nero-Branch, 'immunità sovrana secondo il diritto internazionale: il caso di Pinochet', Il caso Pinochet: Un'analisi giuridica e costituzionale (2000)
- Orakhelashvili, State Immunity in National and International Law: Three Recent Cases Before the European Court of Human Rights' (2002)
- Paolo Busco e Filippo Fontanelli, Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale (diritto penale contemporaneo)
- R. v. Bow Street Stipendiary Magistrate and others, ex parte Pinochet (No.1) [1998]
- Reydams, 'Belgio rinnega Universalità: La legge 5 agosto 2003 sulle violazioni gravi del diritto internazionale umanitario', 1 J Int'l Criminal Justice (2003)
- Sezione Diritti Umani dell'International Law Association, 'relazione sulle azioni civili nei tribunali inglesi per gravi violazioni dei diritti umani all'estero' (2001)
- Studio legale Garbarino Vergani, Speciale Pirateria Marittima
- Van Ginkel, Van der Putten e Molenaar: “State or Private Protection against Maritime Piracy? A Dutch Perspective” (Clingendael Report)
- Van Panhuys, ‘In the Borderland Between the Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities’ (1964)
- Vournas, 'Prefettura della Beozia contro Repubblica federale di Germania: immunità sovrana e l'eccezione per la violazioni di ius cogens.' (NY Law School 2002)
- Watts; Wirth, ‘Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v. Belgium Case’ (2002)
- Whomersley, ‘Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts’ (1992)
- Wickremasinghe, ‘Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations’, International Law (3rd edn, 2010)
- Wirth, ‘Immunities, Related Problems, and Article 98 of the Rome Statute’, 12 Criminal Law Forum (2001)

Indice giurisprudenza

- 1945 - Accordo di Londra per il Tribunale Internazionale Militare di Norimberga (1945)
- 1946 - Carta del Tribunale Militare Internazionale per l'Estremo Oriente (1946)
- 1946 - Statuto del Tribunale penale internazionale per l'ex Jugoslavia (1993), UN SC Res. 827 (1993)

- 1947 – Costituzione della Repubblica Italiana
- 1949 - Prima Convenzione di Ginevra (1949)
- 1949 - Quarta Convenzione di Ginevra, (1949)
- 1949 - Seconda Convenzione di Ginevra (1949)
- 1949 - Terza Convenzione di Ginevra (1949)
- 1961 - Convenzione di Vienna sulle Relazioni Diplomatiche 1961
- 1963 - Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari 1963
- 1969 - Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati 1969
- 1977 - Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 (1977)
- 1978 - UK State Immunity Act 1978.
- 1982 - Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) 1982
- 1984 - Convenzione contro la tortura del 1984
- 1994 - Statuto del Tribunale penale internazionale per il Ruanda (1994), UN SC Res. 995 (1994)
- 1998 - Statuto di Roma della Corte penale internazionale (ICC) (1998)
- 2001 - International Law Commission's Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, UN
- 2006 - Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate (2006)
- 2007 - Genocide Accountability Act 2007
- 2009 - IDI, Resolution on the Immunity from Jurisdiction of the State and of Persons Who Act on Behalf of the State in case of International Crimes (2009)
- 2012 - IMO circolare n. 1443 del 25 maggio 2012
- 2012 - UN Doc. A/CN.4/654 31 May 2012: Preliminary Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction
- 2012 - UN Doc. S/PRST/2012/24 Maintenance of international peace and security: piracy

- **Kerala High Court**
 - 2012, 29 marzo; Giudice P.S.Gopinath, Kerala High Court Judgment WP(C) No.6083 OF 2012(I)
 - 2012, 3 aprile; Manjula Chellur, Ag. C.J. & V. Chitambaresh, JJ. Kerala High Court Judgment W.A. No. 678 & 679 of 2012 – Doramma Vs. M.T. Enrica Lexie, (2) KLJ 398 : 2012 (2) KHC 265
 - 2012, 2 maggio; Giudice R.M. Lodha M.T. Civil Appeal No. 4167 of 2012 arising out of S.L.P. (Civil) No. 11942 of 2012 Enrica Lexie & ANR. Vs. Doramma & Ors.

- 2012, 29 maggio, Giudice P.S.Gopinath WP(C).No. 4542 of 2012 (P) – Massimilano Latorre Vs. Union of India (2012) 252 KLR 794

- **Indian Supreme Court**

- 2013, 18 gennaio, IN SUPREME COURT OF INDIA, RECORD OF PROCEEDINGS, WRIT PETITION (CIVIL) NO(s). 135 OF 2012 : REPUBLIC OF ITALY THROUGH AMBASSADOR & ORS. Petitioner(s) VERSUS UNION OF INDIA & ORS. WITH SLP(C) NO. 20370 of 2012 [318][319] (Supreme Court judgement that State of Kerala as a Unit of the Federal Union of India does not have jurisdiction to try the case)
- 2013, 22 febbraio, IN THE SUPREME COURT OF INDIA, CIVIL APPELLATE JURISDICTION IA 4 OF 2013 IN SPECIAL LEAVE PETITION (C)NO. 20370 OF 2012 MASSIMILANO LATORRE AND ORS. Petitioner(s) VERSUS UNION OF INDIA AND ORS. Respondent(s) [320] (Order of Supreme Court of India which had allowed the Italian Marines to go back and had required them to return)
- 2013, 3 marzo, IN THE SUPREME COURT OF INDIA, CIVIL APPELLATE JURISDICTION IA 4 OF 2013 IN SPECIAL LEAVE PETITION (C)NO. 20370 OF 2012 MASSIMILANO LATORRE AND ORS. Petitioner(s) VERSUS UNION OF INDIA AND ORS. Respondent(s) (From the judgement and order dated
- 2012, 29 maggio, in WPC No.4542/2012 of The HIGH COURT OF KERALA AT ERNAKULAM)[321] (Copy of Supreme Court's order restraining Italian Ambassador from leaving India).

- **Indian Parliament**

- 2013, 22 marzo, Statement in Lok Sabha (lower house of the Indian Parliament) by External Affairs Minister on return of two Italian marines to India
- 2013, 25 aprile, Statement in Rajya Sabha (upper house of the Indian Parliament) stating that no agreement has been entered into with the Italian Government regarding the Italian marines
- 2013, 8 maggio, Question tabled in Lok Sabha regarding agreement with Italy
- 2014, 12 agosto, the Supreme Court allowed ailing Italian marine Massimiliano Latorre, to go to his country for four months.

- **Indian External Affairs Ministry**

- 2013, 27 febbraio 2013 Status of case regarding the killing of fishermen by Italian Marines
- 2013, 12 marzo Media statement & press release by Foreign Secretary on Italians Marines' Issue
- 2013, 13 agosto, Media briefing on Italians Marines' Issue
- 2013, 21 agosto, Media briefing regarding summons to 4 marines who were witnesses

Indice sentenze

- 1877 - [Twycross v. Dreyfus] (1877) (England: CA)
- 1927 – Caso Lotus (Francia v Turchia)
- 1961 - procuratore generale di Israele contro Eichmann
- 1964 - Zoernsch v Waldock [1964]. (Inghilterra: CA, per Diplock LJ)
- 1970 - Parere separato del giudice Ammoun, in Barcelona Traction [1970] ICJ
- 1989 - Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation, 488 US 428, 442–443 (1989) (US Sup. Ct)
- 1990 - Chuidian v Philippine National Bank, (9 ° Cir 1990.)
- 1994 - Prinz v. Federal Republic of Germany 26 F 3d 1166 (DC Cir. 1994)
- 1995 - [Kuwait Airways Corp. v. Iraq Airways Co.] (1995)
- 1995 - Timor Est (Portogallo v. Australia.) [1995]
- 1996 - Persinger v. Islamic Republic of Iran, 90 ILR 486 (DC Cir. 1996)
- 1996 - Smith v. Socialist People's Libyan Arab Jamahiriya, 101 F 3d 239 (CA, 2nd Cir., 1996)
- 1997 - Former Syrian Ambassador to the German Democratic Republic case, Case No. 2 (1997) (Germany: Federal Constitutional Ct)
- 1997 - Prefettura di Beozia contro Repubblica federale di Germania, [1997]
- 1997 - Prosecutor v. Blaškić (Obiezione al principio di Subpoena duces Tecum) (1997)
- 2000 - Arrest Warrant case 2000 Democratic republic of the Congo v. Belgium
- 2000 - Prosecutor v Kupreškić et al, IT-95-16 (ICTY: Trial Chamber, 2000)
- 2001 - Guengueng v. Senegal (181/01), CAT / C / 36 / D / 181/2001 (Comitato contro la tortura)
- 2002 - Attività armate sul territorio del Congo (Nuova richiesta, 2002) (Congo v. Ruanda)
- 2002 - Federal Republic of Germany v. Miltiadis Margellos, Caso 6/17-9-2002 (Grecia: Corte Suprema, 2002)
- 2002 - Kalegoropoulou v. Grecia e Germania, 2002-IX CEDU
- 2003 - Guatemalan Genocide, 42 ILM
- 2004 - Ferrini v. Repubblica Federale di Germania, 87 RDI (Italia: Cassazione)
- 2006 - Jones v. Arabia Saudita
- 2008 - caso Lozano (Cassazione italiana)