

QUESTIONI DI GIURISDIZIONE E IMMUNITÀ  
NELLA VICENDA DELLA ENRICA LEXIE,  
ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

*Non giudicar la nave stando a terra*

di Paolo Busco e Filippo Fontanelli\*

*[T]he ship also had NMP Marines on the bridge on anti-pirate watch*<sup>†</sup>

*Non dovrai che restare sul ponte e guardare le altre navi passare*<sup>††</sup>

**Abstract.** Questo articolo esamina la legittimità della giurisdizione penale indiana nei confronti dei due fucilieri di marina italiani coinvolti nell'incidente della petroliera *Enrica Lexie*. Lo scritto, attraverso una trattazione sistematica dei rilevanti principi del diritto internazionale, sostiene la tesi per cui il diritto alla cognizione del caso spetti in maniera concorrente tanto all'Italia quanto all'India, ma evidenzia alcune anomalie argomentative impiegate da questo paese per sostenere la competenza giurisdizionale delle proprie corti. L'articolo inoltre dimostra che la giurisdizione indiana, per quanto astrattamente sussistente, sia nel concreto impedita nel suo esercizio in ragione della natura della condotta posta in essere dai due militari, sottratta alla cognizione degli Stati stranieri in quanto commessa nell'esercizio delle funzioni attribuite ai fucilieri dall'Italia. Nel trattare le questioni connesse alla giurisdizione e all'immunità, l'articolo non manca di affrontare gli argomenti più problematici della vicenda, quali il tentativo indiano di "territorializzazione" della Zona Economica Esclusiva, il principio *male captus bene detentus*, la problematica del riconoscimento dell'immunità *ratione materiae* per gli atti *ultra vires* e il rapporto fra l'immunità funzionale e gli *Status of Forces Agreements*.

---

\* Le opinioni espresse in questo articolo sono frutto di riflessioni e ricerche di entrambi gli autori. La redazione dei paragrafi 2 e 4 è attribuibile a Paolo Busco, a Filippo Fontanelli quella dei paragrafi 3 e 5. Un ringraziamento particolare alla Professoressa Nerina Boschiero per il sostegno e l'incoraggiamento scientifico. Grazie anche a Daniele Canestri, Giacomo Delledonne, Giuseppe Martinico e Alessandro Pizzuti per i preziosi consigli. Gli errori, le omissioni e le imprecisioni sono esclusivamente nostre.

<sup>†</sup> Supreme Court of India, sentenza del 18 gennaio 2013 (la "sentenza della Corte Suprema"), nei casi riuniti Writ Petition (C) n. 135/2012 (*Repubblica italiana e altri v Unione Indiana e altri*) e Special Leave Petition (C) n. 20370/2012 (*Massimiliano Latorre e altri v Unione Indiana e altri*), paragrafo 29.

<sup>††</sup> Fabrizio de André, *La Canzone del Padre*, 1973, © BMG Ricordi.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Antefatto. – 3. Giurisdizione. – 3.1. I principi applicabili. – 3.1.1. Zone marittime e giurisdizione statale. – 3.1.2. I fondamenti della giurisdizione penale statale in diritto internazionale. – 3.1.3. Ipotesi di giurisdizione concorrente: il precedente *S.S. Lotus*. – 3.1.4. Giurisdizione concorrente e rimedi pattizi. – 3.1.5. Gli articoli 92 e 97 UNCLOS. – 3.2. La giurisdizione indiana sulla condotta dei fucilieri. – 3.2.1. L'applicazione del diritto indiano e gli obblighi UNCLOS. – 3.2.2. L'India e il Diritto Internazionale del Mare. – 3.2.3. L'applicazione della giurisdizione esecutiva o coercitiva. – 4. Immunità. – 4.1. L'immunità funzionale dalla giurisdizione penale: alcuni concetti. – 4.2. Il requisito soggettivo dell'immunità: la nozione di organo statale. – 4.3. La natura ufficiale delle attività coperte da immunità. – 4.4. I rapporti fra l'immunità funzionale e gli *Status of Forces Agreements*. – 4.5. Il consenso alla presenza e al mandato degli organi stranieri. – 4.6. Il consenso dell'India nella vicenda della *Enrica Lexie*. – 4.7. Il sistema dualista indiano e le regole del diritto consuetudinario. – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

Il Libro II del *De rerum natura* si apre con un'immagine drammatica.. Lucrezio raffigura il mare in tempesta e una nave in balia dei venti, l'equipaggio in preda all'angoscia. L'autore, come spesso fanno gli intellettuali, osserva e si interroga. Così anche la stampa e la dottrina italiane, attente a prender nota delle vicende – questa volta giuridiche – di un'altra nave e di un altro equipaggio, quello della *Enrica Lexie*, coinvolti in un maremoto diplomatico. Questo saggio offre un'analisi della vicenda dal punto di vista del diritto internazionale. I penalisti che leggono questa Rivista sapranno scusare una trattazione a tratti istituzionale, che è sembrata però necessaria per sgombrare il campo da tutte le considerazioni politiche, economiche e diplomatiche che hanno contaminato il dibattito sino a farne perdere di vista i contorni reali. Se riportata al suo essenziale nucleo giuridico, la prima fase di questo caso – cioè l'accertamento della sussistenza e della operatività della giurisdizione indiana nei confronti dei marò – è abbastanza lineare. La giurisdizione italiana concorre con quella indiana per quanto riguarda la cognizione dei fatti ascritti ai fucilieri ma, in virtù di un principio ben radicato nel diritto internazionale, questi sono nel concreto immuni davanti alle corti locali. Sono invece evidenti sin d'ora i semi dei problemi di natura penalistica che emergeranno dopo che la decisione sulla giurisdizione sarà stata presa. Una questione ci sembra particolarmente pressante in questa prospettiva, segnatamente l'utilizzabilità del materiale probatorio raccolto dalla polizia dello Stato del Kerala, la cui competenza territoriale è stata successivamente disconosciuta dalla Corte Suprema indiana. Il merito di questo processo si deciderà infatti su valutazioni tecniche: le rilevazioni sulle armi per capire chi e come ha sparato, gli esami autoptici sui corpi dei pescatori per studiare la balistica, le modalità della condotta, tanto dei pescatori, quanto dei fucilieri, per mettere in evidenza eventuali eccessi colposi o valutare i presupposti per l'operatività della scriminanti, anche putative. Data la natura irripetibile di molte delle analisi svolte, non è chiaro quale sarà il sostegno probatorio all'accertamento dei fatti. Ma il credo epicureo di Lucrezio gli avrebbe consigliato di non preoccuparsi di cose che ancora non sono. Questo saggio si concentra pertanto solo sulle questioni che il Tribunale Speciale istituendo deve decidere in *limine litis*.

## 2. Antefatto.

I fatti – non del tutto acclarati – ebbero luogo il 15 febbraio 2012, nelle acque del mare arabico, a largo della costa dello stato indiano di Kerala. A bordo della petroliera italiana *Enrica Lexie* si trovavano Marco Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, fucilieri di marina del 2<sup>o</sup> Reggimento San Marco. Il loro compito, e degli altri quattro membri del nucleo imbarcato, era quello di proteggere la dall’attacco di pirati, un’eventualità non improbabile, vista la recrudescenza della pirateria che si è registrata negli ultimi 15 anni, in particolare nel tratto di mare compreso tra il Corno d’Africa e la Malesia<sup>1</sup>.

La missione dei fucilieri era disciplinata dall’art. 5 della legge 2 agosto 2011 n. 130<sup>2</sup>. L’intervento del legislatore italiano, iscritto nell’ambito di un tentativo globale di contrastare la pirateria intrapreso anche a livello internazionale<sup>3</sup> e dall’Unione Europea<sup>4</sup>, permette la stipula di convenzioni tra operatori privati e la Marina italiana, al fine di garantire la presenza di personale militare armato (i cc.dd. nuclei militari di protezione, “NMP”) a bordo delle imbarcazioni<sup>5</sup>.

Questa soluzione, caldeggiata da Confitarma, la confederazione italiana degli armatori, consente di garantire una protezione sufficiente senza dover ricorrere alla pratica di affiancare navi della Marina a scorta delle imbarcazioni private. Le regole di ingaggio sono contenute in una convenzione stipulata tra il Ministero della Difesa e il singolo armatore, basata su un documento-modello allegato al protocollo concluso tra lo stesso Ministero e Confitarma. In estrema sintesi, si prevede una divisione netta dei poteri tra il comandante della nave e il capo del nucleo militare: al primo spettano tutte le decisioni relative al governo dell’imbarcazione, al secondo tutte le azioni volte a fronteggiare possibili attacchi portati alla nave<sup>6</sup>. L’imbarco dei NMP è permesso solo in

---

<sup>1</sup> Per un recente resoconto dell’aggravarsi di questo problema, cfr. per tutti G. BEVILACQUA, *Il Problema della repressione del reato di pirateria marittima e il necessario bilanciamento tra le esigenze di esercizio effettivo della giurisdizione e di garanzia dei diritti individuali*, in *Diritto marittimo*, 2012, p. 664; L. LE HARDY DE BEAULIEU, *La piraterie maritime à l’aube du XXIème siècle*, in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 653.

<sup>2</sup> Che convertiva il Decreto Legge 12 luglio 2011, n. 107, relativo alle missioni internazionali.

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. A. TANCREDI, *Di pirati e Stati “falliti”: il Consiglio di sicurezza autorizza il ricorso alla forza nelle acque territoriali della Somalia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 937; F. CAFFIO e N. RONZITTI, *La pirateria: che fare per sconfiggerla?*, in *Osservatorio di politica internazionale*, n. 44, aprile 2012.

<sup>4</sup> A. DE GUTTRY, *Fighting piracy and armed robbery in the XXI century: some legal issues surrounding the EU military operation Atalanta*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2010, p. 325.

<sup>5</sup> J. HARLOW, *Soldiers at Sea: The Legality and Policy Implications of Using Military Security Teams to Combat Piracy in Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2012, p. 561.

<sup>6</sup> È opportuno notare come questa suddivisione, che molti reputano alla base della sfortunata vicenda dei fucilieri italiani, è in realtà consueta. A esempio, le regole di ingaggio dei contingenti militari statunitensi che scortano le navi private nel progetto *Vigilant Mariner* sono analoghe, vedi HARLOW, *op. cit.*, pp. 593-594: “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.”

determinati spazi marittimi in cui il rischio è più elevato, identificati con decreto ministeriale<sup>7</sup>.

È controversa la ricostruzione dei fatti incriminati, culminati nella sparatoria che ha causato la morte dei pescatori indiani. In particolare esistono due versioni discordanti circa le fasi immediatamente precedenti la sparatoria – di cruciale importanza per l'applicazione delle scriminanti eventualmente applicabili, anche in via putativa – e le fasi a essa immediatamente successive, relative al rientro della petroliera<sup>8</sup>. Secondo la ricostruzione dei fucilieri<sup>9</sup>, il 15 febbraio, la nave *Saint Anthony* si avvicinò all'*Enrica Lexie* oltre i limiti di sicurezza, suscitando nel NMP la convinzione che si apprestasse a attaccare la petroliera. Dopo l'esperimento di azioni dissuasive (sparo di colpi di avvertimento in acqua, utilizzo di segnali luminosi) la barca dei sospetti pirati si allontanò, quando ormai solo 50 metri separavano le due imbarcazioni. Secondo la versione fornita dai marinai indiani, dalla nave italiana, senza preavviso, è partita una raffica continua di spari. È appurato che, quando le navi si trovavano a una distanza di circa 500 metri i fucilieri italiani aprirono ripetutamente il fuoco, uccidendo due persone che si trovavano a bordo della *Saint Anthony*. Le vittime erano pescatori indiani, così come gli altri membri dell'equipaggio. La nave era un peschereccio che non batteva bandiera indiana ma che era stato registrato nel registro statale del Tamil (uno stato indiano confinante con il Kerala). La sparatoria avvenne a circa 22,5 miglia marittime di distanza dalla costa indiana. Dopo qualche ora di navigazione in direzione di Gibuti, quando la petroliera si trovava già a 39 miglia dal luogo dell'incidente, il comandante della *Enrica Lexie* ricevette dalla Guardia costiera indiana la richiesta di invertire la rotta e tornare al porto di Kochi. La richiesta aveva fatto seguito alla denuncia sporta presso le autorità locali dall'armatore della *Saint Anthony*, che era nel frattempo tornata a terra con i pescatori superstiti<sup>10</sup>.

Divergono le versioni italiana e indiana circa il contenuto della comunicazione e la dinamica del ritorno<sup>11</sup>. Secondo la ricostruzione italiana, la richiesta indiana era deliberatamente atta a trarre in inganno il comandante della petroliera. Le autorità indiane, infatti, avrebbero nascosto le loro reali intenzioni per non allarmarlo e convincerlo a invertire la rotta, adducendo la necessità di consultare l'equipaggio della *Enrica Lexie* per consentire l'identificazione di alcuni pirati che erano stati arrestati su due battelli. Secondo la versione indiana, invece, la nave fu intercettata da imbarcazioni dell'autorità indiana e quindi riaccompagnata a terra. È comunque certo che il comandante della *Enrica Lexie* acconsentì all'ordine (immediatamente o meno,

---

<sup>7</sup> Gazzetta n. 212 del 12 settembre 2011, Ministero della Difesa, Decreto 1 settembre 2011 *Individuazione degli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria nell'ambito dei quali può essere previsto l'imbarco dei Nuclei militari di protezione.*

<sup>8</sup> Vedi le relazioni rese dal Ministro degli Affari esteri al Senato della Repubblica (XVI Legislatura, seduta del 13 marzo 2012) ed alla Camera dei Deputati (XVII Legislatura, seduta del 27 marzo 2013).

<sup>9</sup> Corroborata dalle risultanze dell'[inchiesta sommaria effettuata dall'ammiraglio Alessandro Piroli nel maggio 2012, e pubblicata nell'aprile 2013.](#)

<sup>10</sup> [Tehelka, Indian's Independent News Magazine, Standoff between Kerala police and Italian ship continues.](#)

<sup>11</sup> Per una disamina più accurata, vedi C. CURTI GIALDINO, *Il caso dei fucilieri di marina in India: una "Caporetto" diplomatica, politica e giudiziaria*, in *federalismi.it.*, 2013.

tratto in inganno o spinto dalla pressione delle autorità indiane): la petroliera tornò a Kochi e i due fucilieri furono arrestati dalle autorità dello Stato di Kerala.

I fatti successivi sono scanditi dalle vicende processuali. A tre giorni dal loro arresto, i due fucilieri hanno presentato istanza davanti alla High Court of Kerala contestando le accuse di omicidio mosse nei loro confronti ai sensi dell'art. 302 del codice penale indiano. Il 18 maggio, dopo vari mesi passati in un centro di detenzione, la polizia locale ha formalizzato i capi d'accusa contestati ai fucilieri e, segnatamente: omicidio di primo grado (art. 302 del codice penale indiano), tentato omicidio (art. 307), danneggiamento (art. 427); reati secondo l'accusa tutti commessi in modalità concorsuale, a norma dell'art. 34 del codice penale indiano<sup>12</sup>. Oltre a tali disposizioni interne, la polizia ha richiamato anche l'articolo 3 del *Suppression of Unlawful Act of International Maritime Navigation*, qualificando le azioni di Latorre e Girone come atti di terrorismo internazionale. Dopo 105 giorni di custodia in carcere, il Governo italiano ha ottenuto il rilascio dei due fucilieri su cauzione a condizione che questi restassero entro 10 Km dal commissariato di polizia di Kohci, dove dovevano presentarsi per adempiere agli obblighi di firma ogni mattina fra le 10 e le 11. Il 4 Settembre la Corte Suprema si è riservata la decisione in ordine alla richiesta di annullamento del processo in corso in Kerala a seguito dell'invocazione del principio dell'immunità funzionale per Latorre e Girone<sup>13</sup>.

Il 18 gennaio 2013, dopo il rientro dei marò in India alla scadenza di un permesso speciale concesso per le festività natalizie, la Corte Suprema ha rigettato le obiezioni italiane circa il difetto della giurisdizione indiana, riconoscendo però l'assenza della giurisdizione dello Stato del Kerala. Con la medesima sentenza interlocutoria del 18 gennaio i giudici del collegio hanno anche ordinato la costituzione di un Tribunale Speciale al quale verrà trasferito il caso<sup>14</sup>, di fatto risolvendo con un *non liquet* le questioni sottoposte alla loro cognizione.

Le questioni dirimenti nella controversia originariamente sottoposta alla Corte Suprema indiana restano attuali anche oggi. In primo luogo, si deve accertare l'esistenza della giurisdizione delle corti penali dell'India sui fatti del febbraio 2012, nonché la sua prevalenza su un'eventuale giurisdizione concorrente delle corti italiane. In subordine (solo cioè se la giurisdizione indiana esiste) si deve valutare l'invocazione dell'immunità funzionale da parte dei fucilieri di marina. In virtù di tale privilegio, i fucilieri sarebbero esenti dalla responsabilità per le condotte compiute nell'ambito del

---

<sup>12</sup> Per un resoconto dettagliato vedi: [Charge sheet filed against Italian marines in shootout case, in Business Standard.](#)

<sup>13</sup> Nel frattempo prendeva corpo l'ulteriore aspetto della contrapposizione diplomatica, conseguente alla dichiarazione del Governo italiano che i marò non sarebbero tornati in India alla scadenza del permesso concesso per motivi elettorali. Le conseguenze della minaccia indiana di negare l'immunità diplomatica all'Ambasciatore Mancini non verranno però trattate in questo scritto, perché, nonostante il grave *vulnus* che la vicenda ha arrecato al diritto internazionale, essa non è più motivo di contesa stante il ripensamento dell'Italia in ordine al rientro dei fucilieri. Vedi sul punto: [G. SINGH-S. SHUKLA, Anger in Delhi as Italy insists no Indian authority can keep its envoy in the Capital, in Mail Online India.](#)

<sup>14</sup> Vedi ad esempio: [D. MAHAPATRA, Kerala fishermen's killing: Special court to try Italian naval guards, SC says, in The Times of India.](#)

servizio. Nei confronti delle autorità indiane, infatti, dovrebbe rispondere esclusivamente la Repubblica Italiana. La trattazione di queste questioni, cui si dedicano rispettivamente la parte seconda e terza della presente analisi, è precisamente il *devolutum* che impegnerà il Tribunale Speciale designato dalla Corte Suprema nella sentenza del 18 gennaio 2013.

Questo ordine, intuitivo ma non sempre rispettato nelle analisi della vicenda, è dettato da un'ovvia metodologia giuridica. Nelle 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 jurisdiction"<sup>15</sup>.

### 3. Giurisdizione.

In questa parte si analizza la giurisdizione delle corti indiane sui fatti dell'*Enrica Lexie*. Occorre anzitutto premettere alcune nozioni minime di diritto del mare. Di seguito, si ricorderanno i principi generali di diritto internazionale che disciplinano la possibilità per gli Stati di esercitare la propria giurisdizione penale extra-territorialmente. Di ciò si tratterà nel paragrafo 1.

Identificando i punti di intersezione tra questi istituti, a tratti evidenziati nel diritto internazionale pattizio, si può ipotizzare a chi spetti in astratto la giurisdizione in un qualsiasi caso, avuto riguardo alla natura delle condotte coinvolte, alla loro localizzazione e alle prescrizioni del diritto interno dello Stato che afferma la propria giurisdizione.

Il paragrafo 2 intende fornire un inquadramento giurisdizionale delle condotte addebitate ai marines italiani alla luce dei principi di diritto internazionale e delle norme di diritto domestico applicabili. L'analisi si sofferma sulle motivazioni offerte dalla Corte Suprema indiana, valutandone la correttezza.

#### 3.1. I principi applicabili.

Nel presente paragrafo si tratteranno gli istituti di diritto del mare rilevanti per la discussione dei fatti (sez. 1) nonché i principi di diritto internazionale pubblico che disciplinano l'esercizio della giurisdizione penale da parte degli Stati (sez. 2). Successivamente, si introdurrà l'ipotesi della giurisdizione concorrente di più Stati, tramite un riferimento al caso *S.S. Lotus* (sez. 3) e si sottolineerà l'assenza di principi di prevalenza nel diritto consuetudinario (sez. 4). Nella parte conclusiva (sez. 5) si descrivono, precisandone la portata, i rimedi pattizi previsti dall'UNCLOS, che accordano preferenza alla giurisdizione dello Stato di bandiera

---

<sup>15</sup> Giudice Guillaume, Opinione Separata nel caso *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sentenza 14 febbraio 2002, p. 35.



### 3.1.1. Zone marittime e giurisdizione statale.

La spartizione del mare tra i vari Stati (*rectius*, l'attribuzione di poteri giurisdizionali statali, esclusivi o concorrenti, sugli spazi marittimi) è regolata dal diritto internazionale. Le regole consuetudinarie in materia sono per lo più confluite nelle convenzioni sul diritto del mare. Nel 1982 è stato adottato, a Montego Bay, il trattato più recente e tuttora in vigore, la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS)<sup>16</sup>, che Italia<sup>17</sup> e India<sup>18</sup> hanno sottoscritto e ratificato. L'ampiezza dei poteri che spettano agli Stati dipende dall'area di mare interessata<sup>19</sup>: la divisione di riferimento fa ricorso ai concetti di "mare territoriale", "zona contigua" e "Zona Economica Esclusiva" (ZEE)<sup>20</sup>. Senza pretesa di approfondire la disciplina rispettiva di ciascuna di queste aree, è opportuno in questa sede fornire alcuni cenni.

Nella fascia di mare territoriale, la cui ampiezza massima si è assestata nel tempo nella misura di 12 miglia marittime (art. 3 UNCLOS), vige essenzialmente lo stesso regime applicabile al territorio statale. Su di essa, pertanto, la sovranità dello Stato costiero (o rivierasco) è piena (art. 2 UNCLOS), con alcuni temperamenti tra cui va ricordato l'obbligo di concedere alle navi straniere il diritto di passaggio pacifico (art. 17 UNCLOS), una sorta di servitù di passo marittima. Sul mare territoriale lo Stato costiero può regolare, sanzionare, investigare e punire le condotte penalmente rilevanti, come se esse fossero avvenute sulla terraferma.

Nelle acque adiacenti al mare territoriale, il regime giuridico che si applica è quello delle acque internazionali (alto mare) oppure, se lo Stato esercita il diritto di dichiararne l'esistenza, della ZEE. Nessuno Stato può vantare la sovranità sull'alto mare, e i principi che regolano la composizione degli interessi relativi ai fatti che accadono in quest'area sono variamente ispirati all'equo contemperamento degli interessi delle parti coinvolte. Tuttavia, allo Stato costiero sono attribuiti alcuni diritti speciali ed esclusivi (sovrani) a causa della maggior rilevanza dei suoi interessi in relazione a certe attività (per esempio, la lotta al contrabbando o l'esplorazione e sfruttamento economico delle acque marine). La portata di questi poteri è limitata *ratione materiae* (devono esercitarsi nell'attuazione di tali attività) e *ratione loci*

---

<sup>16</sup> Disponibile in italiano [sul sito Eur-Lex](#).

<sup>17</sup> Firma il 7 dicembre 1984, ratifica il 13 gennaio 1995.

<sup>18</sup> Firma il 10 dicembre 1982, ratifica il 29 giugno 1995.

<sup>19</sup> Un testo classico per la definizione delle zone marittime e dei poteri statali su di esse è T. TREVES, *Codification du droit international et pratique des États dans le droit de la mer*, in *Recueil des Cours*, t. 223, 1990, p. 9, vedi in particolare Capitoli da II a IV, pp. 61-217.

<sup>20</sup> Sul processo storico che ha portato a questa distinzione e alla sua codificazione (precedente alla Convenzione UNCLOS), cfr. W.C. EXTAVOUR, *The Exclusive Economic Zone. A Study of the Evolution and Progressive Development of the International Law of the Sea*, Ginevra, 1979. Un'accurata ricognizione del regime in vigore dopo l'adozione della Convenzione UNCLOS è tracciata in I.A. SHEARER, *Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels*, in *International & comparative. Law Quarterly*, 1986, p. 320, pp. 322 s.

(il regime specifico varia in corrispondenza delle diverse aree marittime). È in questo ordine di idee che devono intendersi i regimi speciali della c.d. zona contigua e ZEE.

La zona contigua è un'area di mare su cui gli Stati possono esercitare, in via esclusiva, poteri di controllo e sanzione relativi alla tutela di alcuni interessi che sono elencati tassativamente. Essa può estendersi fino a 24 miglia dalla linea di base costiera (Art. 33(2) UNCLOS). Come accennato, la zona contigua non è una zona autonoma<sup>21</sup>: essa fa parte dell'alto mare o, se lo Stato rivierasco ne ha istituita una, della ZEE. Il riconoscimento che la zona contigua fa parte dell'alto mare, una volta confermato espressamente nell'art. 24 della Convenzione di Ginevra del 1958, è stato rimosso nella disposizione equivalente del 1982 proprio per consentire l'inclusione della zona contigua nella neonata ZEE. Come scritto, lo Stato costiero ha poteri speciali di controllo per la prevenzione e la sanzione degli illeciti in materia doganale, fiscale, sanitaria e di immigrazione (art. 33 UNCLOS). Il tenore letterale di questa norma suggerisce che i poteri estesi dello Stato costiero si riferiscono comunque a illeciti commessi nel *mare territoriale* (e punibili anche quando l'imbarcazione, allontanandosi, si trovi nella zona contigua) o di cui si paventi la commissione nel mare territoriale (che lo Stato costiero ha il diritto di prevenire anche quando l'imbarcazione, prima di entrare nelle acque territoriali, si trovi nella zona contigua). È però dubbio se debba aderirsi a questa lettura restrittiva: ci si può chiedere, infatti, se non si debba accettare l'idea che lo Stato costiero possa anche prevenire e sanzionare reati o sospetti di reato che avvengono nella zona contigua<sup>22</sup>. La questione non rileva ai fini del presente studio; per il momento è necessario solamente sottolineare come la lista tassativa dei poteri eccezionali esercitabili dallo Stato costiero nella zona contigua non comprende l'esercizio della giurisdizione penale generale per reati comuni.

In virtù della prossimità tra la zona di mare adiacente al mare territoriale e lo Stato rivierasco, quest'ultimo gode di alcuni diritti esclusivi di carattere *lato sensu* economico, che interessano una zona di mare che si trova oltre il limite esterno della zona contigua (dalle 24 fino al massimo alle 200 miglia marittime dalla linea di base), la c.d. ZEE. Poiché si tratta di un *tertium genus* intermedio rispetto al mare territoriale e alle acque internazionali<sup>23</sup>, alla ZEE si applicano, in misura differente e in corrispondenza di diverse materie, principi ispirati al regime di entrambi<sup>24</sup>. In particolare, la norma dell'art. 58(2) UNCLOS estende alla ZEE, e quindi alla zona

---

<sup>21</sup> Cfr. A. BARDIN, *Coastal State's Jurisdiction over Foreign Vessels*, in *Pace International Law Review*, 2002, p. 27, p. 39; SHEARER, *op. cit.*, p. 330.

<sup>22</sup> È questa l'opinione, autorevole, sottoscritta dal Giudice Oda in contrasto con l'interpretazione di Sir Gerald Fitzmaurice, cfr. S. ODA, *The Concept of the Contiguous Zone*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1962, p. 131, p. 153.

<sup>23</sup> D. NELSON, *Exclusive Economic Zone*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*; R. PEDROZO, *Close Encounters at Sea: The USNS Impeccable Incident*, in *Naval War College Review*, 2009, p. 101, p. 102.

<sup>24</sup> Vedi la definizione contenuta nello studio ONU National Legislation on the Exclusive Economic Zone (United Nations publication, Sales No. E.93.V.10, 1993, iv: "The exclusive economic zone is subject to a "specific regime". The regime is specific in the sense that the legal regime of the exclusive economic zone is different from both the territorial sea and the high seas. It is a zone which partakes of some of the characteristics of both regimes but belongs to neither".



contigua, l'applicazione delle disposizioni della Parte VII (relativa alle acque internazionali), ove compatibili.

Nella ZEE spettano allo Stato costiero dei diritti sovrani improntati allo sfruttamento, conservazione e gestione delle risorse naturali marine a fini economici e scientifici, più che alla prevenzione di condotte illecite (art. 56 UNCLOS)<sup>25</sup>. Lo Stato costiero può esercitare la propria giurisdizione in relazione all'esercizio di tali diritti, pur tenendo "in debito conto i diritti e doveri degli altri Stati". Tale giurisdizione può in ipotesi includere quella penale, ma deve comunque sussistere un collegamento *ratione materiae* con gli interessi per la cui tutela la ZEE è istituita. La norma dell'art. 58 UNCLOS elenca i diritti degli *altri* Stati sulla ZEE (di passaggio pacifico, di posa di cavi sottomarini e più in generale di compiere gli atti di uso del mare legittimi ai sensi del diritto internazionale, nonché i diritti accordati loro nelle acque internazionali, ove compatibili). L'art. 59 UNCLOS detta una regola per la risoluzione dei conflitti per l'attribuzione dei diritti residui, che non sono assegnati espressamente né allo Stato costiero né ad altri Stati: in caso di conflitto di interessi la risoluzione dovrebbe avvenire "sulla base dell'equità e alla luce di tutte le circostanze pertinenti, tenendo conto dell'importanza che tali interessi rivestono sia per le parti in causa, sia per la comunità internazionale nel suo complesso".

In alto mare, cioè nelle acque internazionali, lo Stato costiero non può avanzare alcuna pretesa di giurisdizione *esclusiva*<sup>26</sup>. La norma consuetudinaria, codificata nell'art. 92 UNCLOS garantisce allo Stato di bandiera (lo Stato in cui è registrata l'imbarcazione) l'esercizio della giurisdizione esclusiva sulle sue navi, fatte salve le eccezioni derivanti dal diritto internazionale e dalla Convenzione stessa (come quelle, viste sopra e che qui non rilevano, relative alla zona contigua e alla ZEE). Questa regola si basa sulla *fictio* secolare secondo cui la nave, quando le acque su cui naviga non possono ricondursi ad alcun territorio statale, è essa stessa assimilabile a una porzione di territorio semovente, in particolare del territorio dello Stato di bandiera. È del 17 aprile 2013 una incisiva conferma della *ratio* e della vigenza di questo principio, espressa dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *Kiobel*. Contestando la supposta aterritorialità del crimine di pirateria, basata sulla commissione in acque internazionali, Justice Breyer ha notato:

---

<sup>25</sup> Per ribadire come l'attribuzione di poteri specifici non corrisponda al riconoscimento di una giurisdizione generale sulla ZEE, cfr J.C. PHILLIPS, *The Exclusive Economic Zone as a Concept in International Law*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 1977, p. 585, p. 586: "It is clear from this wording that the 'sovereign rights' of the coastal State pertain only to the resources of the zone rather than to the zone itself".

<sup>26</sup> Ovviamente, se lo Stato non ha istituito una ZEE, poiché la zona contigua fa formalmente parte delle acque internazionali, si deve ammettere l'estensione dei suoi poteri esclusivi su questa zona ai sensi dell'art. 33 UNCLOS.

robbery and murder that make up piracy do not normally take place in the water; they take place on a ship. *And a ship is like land*, in that it falls within the jurisdiction of the nation whose flag it flies<sup>27</sup>.

Quindi, di regola, lo Stato di bandiera può applicare il proprio diritto *ed* esercitare l'azione penale nel caso di un crimine commesso in alto mare. Esiste naturalmente la possibilità che la condotta suscettibile di integrare un reato coinvolga più navi di diversa nazionalità, autorizzando quindi più di uno Stato all'esercizio della giurisdizione. Questa ipotesi, che ovviamente rileva qui più di ogni altra, è esplorata in dettaglio nei prossimi paragrafi.

### 3.1.2. I fondamenti della giurisdizione penale statale in diritto internazionale.

Nell'immediato prosieguo, invece, è necessario chiarire i principi di diritto internazionale che regolano l'ammissibilità dell'esercizio della giurisdizione penale statale su condotte che presentano elementi esterni al territorio statale. Tali principi possono chiarire, almeno in astratto, la questione della giurisdizione penale sulle condotte perpetrate in alto mare.

La giurisdizione penale statale è piena sugli atti commessi nel territorio dello Stato in forza del principio territoriale, comunemente utilizzato per fondare la prosecuzione penale. Per le condotte extra-territoriali o per quelle con elementi riconducibili al territorio di più Stati (nel caso più semplice, quando condotta ed evento avvengano in due Stati diversi), invece, l'esercizio della giurisdizione penale da parte di uno Stato in base a criteri diversi da quello territoriale può dar luogo a un conflitto con l'interesse di altri Stati ad affermare la loro giurisdizione sulle stesse condotte. Per risolvere questo conflitto di interessi il diritto internazionale talvolta limita il potere unilaterale degli Stati di affermare la propria giurisdizione extra-territoriale; in ogni altro caso si deve presumere una concorrenza di giurisdizioni. Occorre però fare riferimento a una distinzione che, proprio nelle circostanze del caso qui in esame, appare cruciale e su cui purtroppo si deve registrare un generale disinteresse da parte dei commentatori italiani che hanno discusso la giurisdizione delle corti indiane.

Nel definire la portata della giurisdizione penale statale, bisogna distinguere tra giurisdizione prescrittiva (*prescriptive jurisdiction*) e giurisdizione esecutiva (*enforcement jurisdiction*). Una terza categoria, forse una semplice *species* della giurisdizione esecutiva<sup>28</sup>, è quella della giurisdizione giudiziaria (*adjudicative jurisdiction*). La giurisdizione prescrittiva è quella attraverso cui lo Stato regola le condotte e attribuisce loro conseguenze giuridiche in applicazione del proprio diritto. La giurisdizione

---

<sup>27</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U. S. nyp (2013), Section B dell'opinione concorrente di Breyer, Ginsburg, Sotomayor e Kagan (corsivo aggiunto). A questo passaggio segue una breve ricognizione storica del principio.

<sup>28</sup> È questo il suggerimento classificatorio in R. O'KEEFE, *Universal Jurisdiction, Clarifying the Basic Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2004, p. 735, p. 736.

esecutiva consiste invece nell'esecuzione da parte dello Stato di quegli atti volti ad assicurare l'esecuzione del diritto (investigazione, perquisizione, fermo e arresto, traduzione in istituti carcerari etc). La giurisdizione giudiziaria, infine, è quella in forza della quale le corti di uno Stato possono sottoporre una persona a processo<sup>29</sup>. Nella maggioranza dei casi, la giurisdizione giudiziaria non è che il corollario processuale della giurisdizione prescrittiva: se l'ordinamento prescrive l'applicazione di una norma penale, naturalmente le corti nazionali sono autorizzate alla celebrazione di un procedimento giudiziario a carico del sospetto<sup>30</sup>. Tuttavia, esistono casi in cui le due giurisdizioni non vanno di pari passo. Quando per esempio l'imputato vanta con successo un'immunità, la giurisdizione giudiziaria è esclusa, anche quando la condotta sia effettivamente regolata dal diritto penale in esercizio legittimo della giurisdizione prescrittiva statale<sup>31</sup>. Questo è lo scenario che, come si vedrà nella parte terza di questo scritto, può attagliarsi alla vicenda dei fucilieri di marina. Ovviamente, la possibilità *effettiva* di processare l'imputato nelle corti statali – attuando la giurisdizione giudiziaria – può in taluni casi dipendere strettamente dalla possibilità di esercitare la giurisdizione esecutiva (per effettuarne l'arresto, ad esempio). Come si vedrà nel prosieguo, questo passaggio può essere precluso allo Stato qualora l'imputato si trovi all'estero.

La legittimità della pretesa di uno Stato di affermare la propria giurisdizione penale su comportamenti che avvengono fuori dal suo territorio (e, nel caso, di compiere atti per darvi attuazione) deve valutarsi in relazione agli aspetti della condotta che si vuole regolare-sanzionare e al loro legame con lo Stato<sup>32</sup>. Questo legame si classifica utilizzando dei criteri di collegamento, sommariamente descritti nei paragrafi seguenti<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Nel saggio fondamentale di AKEHURST si legge questa scarna classificazione: “the power of one State to perform acts in the territory of another State (executive jurisdiction), the power of a State’s courts to try cases involving a foreign element (judicial jurisdiction) and the power of a State to apply its laws to cases involving a foreign element (legislative jurisdiction)”, vedi M. AKEHURST, *Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1972-1973, p. 145. Da questo saggio si è preso spunto per la trattazione sintetica dell'istituto della giurisdizione penale statale ai sensi del diritto internazionale, nelle pagine seguenti. Per una sintetica analisi di questa divisione in italiano, v. A. DI MARTINO, *La Frontiera e il Diritto Penale*, Torino, pp. 154-155.

<sup>30</sup> È questa la conclusione cui giungono anche O'KEEFE, *op. cit.*, p. 737; AKEHURST, *op. cit.*, p. 179. Per una conferma di questa correlazione limitatamente alla giurisdizione internazionale, vedi A.J. COLANGELO, *Constitutional Limits on Extraterritorial Jurisdiction: Terrorism and the Intersection of National and International Law*, in *Harvard International Law Journal*, 2007, p. 121, pp. 130-131.

<sup>31</sup> Per una distinzione tra l'ambito applicativo del diritto penale, che prescinde dalle immunità, e la giurisdizione delle corti penali, che invece dipende dall'assenza di immunità, cfr. M. HIRST, *Jurisdiction and the Ambit of the Criminal Law*, Oxford, New York, 2010, pp. 15 s.

<sup>32</sup> Si deve rilevare come l'ampiezza dei criteri di collegamento comporta in sostanza l'assenza di un vero limite di diritto internazionale alla “scelta dell'ambito della legge penale” compiuta dal legislatore statale. A questa sostanziale libertà fa riferimento DI MARTINO, *op. cit.*, p. 45.

<sup>33</sup> Per una trattazione sistematica, cfr. E.D. DICKINSON, *Introductory Comment to the Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime in American Journal of International Law*, Supp., 1935, p. 443, e lo studio stesso, ricognitivo del diritto consuetudinario. Per una disamina dell'applicazione di questi criteri di collegamento, con particolare attenzione ai crimini commessi in mare, v. M. GAVOUNELI,

Il diritto internazionale consente la giurisdizione statale fondata sull'*elemento territoriale*. Il criterio territoriale può assumere diversi significati. Il primo, pacifico, è la localizzazione del reato nel territorio dello Stato. Il secondo è la localizzazione nel suo territorio di almeno un elemento costitutivo della fattispecie. Per soddisfare questo criterio si è talvolta fatto riferimento al rinnovamento continuo del carattere criminoso dell'evento: quando il reato sia già consumato nello Stato A ma la situazione di fatto cui esso ha dato vita, localizzata nello Stato B, possa considerarsi in sé criminale (e.g., il possesso della refurtiva, la coabitazione del bigamo con la seconda moglie), B può intraprendere l'azione penale<sup>34</sup>. Il terzo criterio territoriale prescinde dagli elementi tipici della fattispecie criminale: la giurisdizione spetta allo Stato in cui si dispiegano gli effetti del reato<sup>35</sup>. La localizzazione alternativa di una componente del reato o dei suoi effetti ai fini giurisdizionali è comunemente ricondotta alla c.d. *ubiquity doctrine*<sup>36</sup>. Nel caso in cui gli elementi del reato o i suoi effetti avvengano o interessino più Stati, si può valutare in quale Stato o Stati siano avvenute le condotte principali, o si verifichino gli effetti primari (intesi come più diretti o più sostanziali). Questa valutazione, tuttavia, può essere usata per fondare pratiche di *comity* fondate sulla dottrina del *forum non conveniens*, ma non dà luogo a una regola di prevalenza in caso di concorso giurisdizionale.

Accanto al criterio territoriale, esiste quello di *nazionalità*: il diritto internazionale consente agli Stati di affermare la propria giurisdizione in base alla

*Functional jurisdiction in the law of the sea*, Leiden, Boston, 2007, pp. 7-32 e *passim*. Per una retrospettiva v. DI MARTINO, *op. cit.*, in particolare pp. 24 s e pp. 70-72. Si nota *en passant* che la classificazione classica, che qui si propone, viene semplificata in Italia da A. PAGLIARO, che la riduce a due categorie, una riferita al criterio territoriale e una basata sulla giurisdizione universale, vedi *Corso di Diritto Penale*, Giuffrè, 2003, pp. 143-144.

<sup>34</sup> Si pensi al caso-limite *McRuby*, descritto in BARDIN, *op. cit.*, 38 ss, e deciso nella sentenza Cour D'Assises du Departement de la Seine-Maritime (10 Dicembre 1995): su una nave battente bandiera delle Bahamas erano saliti alcuni passeggeri clandestini ghanesi, approfittando di uno scalo in un porto del Ghana. I membri dell'equipaggio – di nazionalità ucraina – scoprirono la presenza dei clandestini in corso di navigazione in alto mare, e decisero di ucciderli e gettarli in mare per non dover tornare a terra. Un solo clandestino, che era riuscito a nascondersi, sopravvisse e riuscì infine a rivolgersi a una corte francese a Le Havre, dove era giunta l'imbarcazione. La corte francese confermò la propria giurisdizione, affermando che parte del crimine era in effetti avvenuta nelle acque territoriali francesi. Infatti, valutò che dopo l'uccisione dei clandestini l'equipaggio aveva continuato a cercare superstiti a bordo, e questa ricerca costituiva un elemento integrante della fattispecie criminosa, soddisfacendo per questo il requisito della connessione territoriale. Incidentalmente, la corte fece anche ricorso alla giurisdizione universale per atti di pirateria ex art. 101 UNCLOS, adottando una qualificazione perlomeno dubbia. Per una descrizione di questo principi, cfr. AKEHURST, *op. cit.*, 153 e G. BOAS, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives*, Celtenham-Northampton, 2012, p. 253, che citano i casi *R v von Elling* [1945] AD p. 234 (furto); *Robey v Vladinier* (1936) 154 LT p. 87 (passeggeri clandestini); *R v Mackenzie and Higginson* (1911) 6 Cr. App. Rep. p. 64 (istigazione, favoreggiamento).

<sup>35</sup> AKEHURST, *op. cit.*, cita il curioso caso riportato in *Journal de Droit International*, 1890, p. 498, in cui un uomo fu condannato per incitamento alla sedizione in Germania, per aver gridato "*Vive la France*" sul confine franco-tedesco, in suolo francese.

<sup>36</sup> Per una trattazione sintetica, che non manca però di sottolineare i rischi che essa comporta per la certezza del diritto, cfr. European Committee on Crime Problems, Consiglio d'Europa, "*Extraterritorial Criminal Jurisdiction*", Strasburgo, 1990, p. 23.

nazionalità del reo<sup>37</sup>. Comunemente gli Stati fanno uso di questa possibilità, ma di solito la limitano alla commissione di reati di speciale gravità<sup>38</sup>. Nel corso del XIX secolo si è affermato il c.d. *principio di protezione*, che fonda la giurisdizione sulla protezione degli interessi statali, solitamente in corrispondenza di reati capaci di minacciare lo Stato in maniera diretta<sup>39</sup>. Infine, il *principio di personalità passiva* ammette l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato di nazionalità della vittima<sup>40</sup>.

Esiste infine la *giurisdizione universale*, che ogni Stato può esercitare, indipendentemente dalla localizzazione del reato e dei suoi effetti, nonché della nazionalità dei soggetti coinvolti. Questo principio è affermato in relazione ai crimini *iure gentium*, una categoria inizialmente limitata perlopiù al reato di pirateria, ed estesa nel corso del XX secolo ai reati internazionali (crimini di guerra e contro l'umanità)<sup>41</sup>.

Un rapido sguardo alle disposizioni del codice penale che disciplinano la giurisdizione prescrittiva del diritto italiano, familiari ai lettori di questa *Rivista*, vale più di un sommario. L'art. 3, c. 1 stabilisce la *giurisdizione su base territoriale*, facendo salve le norme internazionali, mentre l'art. 3, c. 2 introduce il *criterio di nazionalità del reo*, applicandolo solamente a precise fattispecie criminose la cui individuazione è riservata alla legge. L'art. 4 estende l'ampiezza del territorio italiano alle navi italiane, con salvezza delle diverse norme internazionali. L'art. 7 illustra il *principio di protezione*, estendendo la giurisdizione italiana su una gamma di reati commessi all'estero, capaci di minacciare la sicurezza nazionale, cui l'art. 8 aggiunge i reati politici. Gli articoli 9 e 10, che riguardano la commissione di reati comuni commessi all'estero, chiariscono la necessità dell'applicazione strettamente territoriale della giurisdizione esecutiva ("sempre che si trovi nel territorio dello Stato") e includono nell'art. 10 un esempio del *criterio di personalità passiva*, affermando la giurisdizione italiana sui reati, di una

---

<sup>37</sup> G.R. WATSON, *Offenders Abroad: The Case for Nationality-Based Criminal Jurisdiction*, in *Yale Journal of International Law*, 1992, p. 41.

<sup>38</sup> Sono comuni le leggi statali che riservano allo Stato di nazionalità la giurisdizione per crimini di natura sessuale a danni di minori commessi dai cittadini all'estero, cfr. l'elenco esemplificativo in N. BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford, 2012, p. 144.

<sup>39</sup> Nel document Harvard Research Draft Convention, agli articoli 7 e 8, si elencano i crimini contro la sicurezza, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica dello Stato, la contraffazione dei sigilli, della valuta, degli strumenti di credito, francobolli, passaporti o documenti pubblici rilasciati dallo Stato. Per una trattazione estesa v. I. CAMERON, *The Protective Principle of International Criminal Jurisdiction*, Dartmouth – Aldershot, 1994.

<sup>40</sup> G.R. WATSON, *The Passive Personality Principle*, in *Texas International Law Journal*, 1993; vedi anche la discussione in R. HIGGINS, *Problems and Process: International Law and how we Use it*, Oxford – New York, 2004, pp. 66 s.

<sup>41</sup> Nonostante non sia in questione, nel caso dell'*Enrica Lexie*, l'eventuale pretesa di basare la giurisdizione indiana su questo criterio, è appena il caso di notare che la legge che attribuiva ai fucilieri la funzione di ufficiale giudiziario nell'azione di contrasto alla pirateria deriva la sua legittimità proprio dal principio consuetudinario della giurisdizione universale. È in virtù di questo principio, infatti, che i militari italiani erano autorizzati a compiere atti quali l'arresto in acque internazionali, su soggetti non italiani, per la commissione di reati senza effetti sul territorio italiano né necessariamente a danno di cittadini italiani. Sulla giurisdizione universale basata su leggi statali, vedi i recenti sviluppi riguardo l'*Alien Tort Statute* statunitense, in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., cit.*, in cui si discute l'applicazione extra-territoriale della legge.

gravità minima indicata, commessi da stranieri all'estero, a danno di cittadini italiani (o dello Stato).

### 3.1.3. Ipotesi di giurisdizione concorrente: il precedente *S.S. Lotus*.

Nell'ambito di applicazione del diritto del mare, gli Stati che possono avanzare pretese giurisdizionali sono riconducibili a due categorie tipizzate: lo Stato di bandiera e lo Stato costiero<sup>42</sup>. Va da sé che le ambizioni giurisdizionali dello Stato di bandiera saranno fondate sul criterio di nazionalità (sia attiva che passiva) o su quello territoriale (fondato sulla equiparazione della nave al territorio), mentre quelle dello Stato costiero verteranno sul criterio territoriale (più o meno aperto alla valutazione degli *effetti* della condotta, o proiettato al di fuori del mare territoriale), su quello della personalità passiva ovvero della protezione degli interessi statali.

Non vi è dubbio, in diritto internazionale, che lo Stato possa esercitare la giurisdizione esecutiva sul proprio territorio. Perché uno Stato possa esercitarla in maniera extra-territoriale, invece, occorre *un'espressa autorizzazione*, semplicemente perché si presume che altrimenti tale esercizio incida in maniera indebita sugli interessi di un altro Stato, in violazione del principio di non interferenza. Al contrario, uno Stato che identifichi uno dei criteri di collegamento descritti sopra può sempre affermare ed esercitare la propria giurisdizione prescrittiva, *in mancanza di un divieto espresso* del diritto internazionale<sup>43</sup>. È questa la massima che si può estrarre dal caso *Lotus*<sup>44</sup>, descritto sotto, e che deve considerarsi espressiva del diritto consuetudinario vigente. In altre parole, in mancanza di regole speciali, può esistere una giurisdizione prescrittiva cui non corrisponde una giurisdizione di esecuzione; anche quando per esempio la giurisdizione prescrittiva sia basata sul principio della giurisdizione universale, “[i]t is clear that a State cannot arrest an individual outside its territory and forcibly bring him before its courts for trial”<sup>45</sup>.

Quando più Stati possano fondare la propria giurisdizione prescrittiva sulla stessa condotta e non vi siano divieti fondati su una norma internazionale, si avrà giurisdizione concorrente. È il caso, come si è accennato sopra, delle condotte che hanno lugo sul territorio di più Stati o i cui effetti interessano più Stati. Questa possibilità è notoriamente illustrata dai fatti che furono considerati dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPGI) nel caso *S.S. Lotus*, che converrà ricordare in sintesi in ragione delle notevoli affinità di fatto con la vicenda della *Enrica*

---

<sup>42</sup> Una terza categoria, lo Stato portuale, è irrilevante ai fini della presente discussione.

<sup>43</sup> Per una esaustiva lista delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e contenenti regole di risoluzione dei conflitti giurisdizionali, v. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 76, in particolare nota 211.

<sup>44</sup> CPGI, *Caso S.S. Lotus* (Francia c. Turchia), sentenza 7 settembre 1927, n. 9, p. 19.

<sup>45</sup> Giudice Oda, Opinione Dissenziente in *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio) sentenza del 14 febbraio 2002, pp. 51-52.



*Lexie*<sup>46</sup>. Nell'agosto del 1926, una nave commerciale francese si scontrò nel cuore della notte con un battello turco nelle acque internazionali al largo della costa turca. La barca turca affondò e morirono otto membri dell'equipaggio. Dopo lo sbarco della nave francese a Istanbul, il comandante fu arrestato e processato dalle autorità turche, suscitando le proteste della Francia, che invocò il difetto di giurisdizione del giudice turco e chiese il rilascio dell'imputato. La Turchia, che aveva basato la prosecuzione su una norma del proprio codice penale che esprimeva il principio della personalità passiva (una norma peraltro mutuata dal codice Zanardelli, e non dissimile dall'art. 10 c.p. odierno), propose di sottoporre il conflitto di giurisdizione alla CPGI, e la Francia accettò di concludere il *compromis* a tal fine.

La CPGI notò anzitutto che, poiché l'incidente era avvenuto nelle acque internazionali, nessuno dei due Stati poteva affermare la giurisdizione territoriale. Secondo i giudici dell'Aja non si può presumere una limitazione alla sovranità statale vigente nel diritto internazionale: ogni divieto deve risultare da una norma pattizia o consuetudinaria. D'altra parte, poiché l'esercizio dei poteri statali è primariamente territoriale, occorre che il diritto internazionale accordi un permesso speciale per autorizzarne l'esercizio extra-territoriale. Ciò avviene per esempio per gli atti della giurisdizione esecutiva. In definitiva, la Corte ha notato il diritto di ogni Stato – in mancanza di un divieto – di estendere la propria giurisdizione prescrittiva su atti e persone esterne al suo territorio e, per converso, il divieto – in mancanza di un permesso – di attuare la giurisdizione esecutiva all'estero.

In particolare, la Corte Permanente ha respinto l'asserzione francese che la Turchia, basando la propria giurisdizione prescrittiva esclusivamente sul criterio di personalità passiva, fosse in violazione del diritto internazionale, poiché nel caso di specie il coinvolgimento della nave battente bandiera turca era sufficiente per fondare la giurisdizione anche sul criterio territoriale, accettato dal diritto internazionale<sup>47</sup>. Anzi, la CPGI riconobbe come molti Stati estendano il principio territoriale facendo riferimento a ciascuno degli elementi costitutivi del reato, e in particolare ai suoi effetti (*ubiquity principle*, vedi sopra). Questa prassi indica l'assenza di una consuetudine contraria. Parimenti, la Corte notò come non vi sia nel diritto internazionale una norma che vieta la localizzazione dell'omicidio nel punto dove siano percepiti gli effetti mortali<sup>48</sup>.

La Francia rilevò anche che l'autorità sulle navi che si trovano in acque internazionali spetta esclusivamente allo Stato di bandiera, in forza di una consuetudine comunemente accettata. La CPGI, riferendosi implicitamente alla distinzione tra giurisdizione prescrittiva e giurisdizione esecutiva<sup>49</sup>, ha confermato che

---

<sup>46</sup> Pur riconoscendo che la dissezione di una decisione così risalente può rivelarsi un esercizio inopportuno. Come ricorda R. HIGGINS, proprio riguardo a questa decisione e alla sua supposta importanza, "we have better ways of determining contemporary international law", *op. cit.*, p. 77.

<sup>47</sup> *Caso S.S. Lotus*, p. 23: "But no such rule of international law exists".

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 30: "international law leaves States a free hand in this respect".

<sup>49</sup> Come rilevano anche R.-J. DUPUY e D. VIGNES in *A Handbook on the New Law of the Sea (vol. 1)*, Dordrecht, 1991, p. 407.

la giurisdizione esecutiva non può esercitarsi in alto mare se non da parte dello Stato di bandiera, ma ha altresì confermato il diritto di ciascuno Stato di esercitarla, sul proprio territorio, anche per fatti avvenuti altrove. In questo senso, la *fictio* che equipara la nave battente la bandiera di uno Stato al suo territorio, insieme al diritto indiscusso di compiere atti giurisdizionali sul proprio territorio, rende legittime sia la giurisdizione prescrittiva sia quella esecutiva. Nelle parole della CPGI:

what occurs on board a vessel on the high seas must be regarded as if it occurred on the territory of the State whose flag the ship flies. If, therefore, a guilty act committed on the high seas produces its effects on a vessel flying another flag or in foreign territory, the same principles must be applied as if the territories of two different States were concerned, and the conclusion must therefore be drawn that there is no rule of international law prohibiting the State to which the ship on which the effects of the offence have taken place belongs, from regarding the offence as having been committed in its territory and prosecuting, accordingly, the delinquent<sup>50</sup>.

Infine, la CPGI notò che non erano di particolare aiuto le disposizioni dei trattati che indicavano la giurisdizione esclusiva (prescrittiva) dello Stato di bandiera. Infatti, tali clausole non potevano di per sé dimostrare l'esistenza di una consuetudine (potendo invece interpretarsi come un'eccezione a un'altra, di senso opposto), erano generalmente limitate *ratione materiae* e, soprattutto, non dirimevano la questione nel caso di una collisione tra due navi di diversa nazionalità.

#### 3.1.4. Giurisdizione concorrente e rimedi pattizi.

Data la possibilità della giurisdizione concorrente, occorre chiarire se, nel diritto internazionale, esistono criteri di prevalenza o no. Si nota appena che non è nemmeno in vigore una consuetudine che rispecchi il principio *lis alibi pendens*, quindi la possibilità di procedimenti penali paralleli non è scongiurata nemmeno in ragione dell'elemento cronologico.

Esistono esempi di norme pattizie concluse precisamente per (poter) cedere la giurisdizione in casi in cui l'esercizio da parte di un altro Stato sembra più opportuna. È il caso dell'art. 27 UNCLOS, relativo alla giurisdizione penale sulle navi straniere nel mare territoriale, che esorta (e quindi autorizza)<sup>51</sup> lo Stato costiero a esercitare *self-restraint* operando un bilanciamento di interessi<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Caso *S.S. Lotus*, p. 25.

<sup>51</sup> La norma infatti dispone che "Lo Stato costiero *non dovrebbe* esercitare la propria giurisdizione penale ...". Corsivo aggiunto.

<sup>52</sup> La Corte di Cassazione italiana è stata sovente interrogata circa la portata della deroga al principio territoriale (art. 3 c.p.) riferita proprio alle norme del diritto internazionale equivalenti all'art. 27 UNCLOS, cfr. Cass. pen., sez. I 28 novembre 2007, n. 44306: "trova applicazione la legge dello Stato quando "le conseguenze del fatto compiuto a bordo si ripercuotano all'esterno incidendo su interessi primari della comunità territoriale", mentre prevale la giurisdizione dello stato di bandiera "allorchè l'illecito concerne esclusivamente le attività e gli interessi della comunità [viaggiante sulla nave]". L'indagine va compiuta

Non esistono però principi o consuetudini capaci di imporre questo esercizio di bilanciamento. È comunemente accettato che l'interesse dello Stato a esercitare la sua autorità per il mantenimento dell'ordine pubblico e la repressione del crimine comporti la vigenza incondizionata, in linea di massima, del principio territoriale<sup>53</sup>. In altre parole, se dovesse individuarsi un criterio di collegamento superiore a tutti gli altri, questo sarebbe senz'altro quello che fonda la giurisdizione in base al *locus commissi delicti*<sup>54</sup>. Tuttavia, anche se questa prevalenza potrebbe forse invocarsi sul principio di giurisdizione universale (in ragione dell'origine sussidiaria di questo), essa non assurge a regola di conflitto.

Non esiste perciò nel diritto internazionale una formula capace di sancire la prevalenza della giurisdizione "corretta" sulle altre concorrenti, se queste presentano i caratteri di collegamento e prossimità al crimine delineati sopra<sup>55</sup>. Può sostenersi a buon diritto che sia "più ragionevole" accordare a una giurisdizione la preferenza, alla luce delle circostanze della fattispecie (*forum conveniens*), ma questo non basta a negare la legittimità delle giurisdizioni concorrenti, seppur "meno ragionevoli"<sup>56</sup>. Come nota Ryngaert, il principio che impone il requisito di un punto di contatto rilevante tra la condotta e lo Stato che esercita la giurisdizione è incapace di risolvere i conflitti normativi di competenza giurisdizionale<sup>57</sup>.

Tuttavia, una regola di applicazione del principio del *forum non conveniens* potrebbe operare solo unilateralmente come principio di *comity* (cortesia internazionale), ma non esiste al momento una regola equivalente, nemmeno in stato di formazione, che si concretizzi in una consuetudine internazionale<sup>58</sup>. Le pretese

non con riferimento esclusivo al bene giuridico astrattamente tutelato dalla norma ma con riferimento alla situazione verificatasi in concreto".

<sup>53</sup> C. RYNGAERT, *Jurisdiction in International Law*, pp. 127 ss e bibliografia ivi cit., in particolare F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 111, 1964; G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law*, in *Recueil des Cours* t. 92, 1957, p. 212; G.R. WATSON, *The Passive Personality Principle*, *op. cit.*.

<sup>54</sup> A.V. LOWE, *Blocking Extraterritorial Jurisdiction: the British Protection of Trading Interests Act, 1980*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 257, p. 266.

<sup>55</sup> Si vedano gli studi compiuti sul tema dal Consiglio d'Europa e dall'Istituto di Diritto Internazionale, cfr. European Committee on Crime Problems, Consiglio d'Europa, "Extraterritorial Criminal Jurisdiction", Strasburgo, 1990; Institut de Droit International, bozza di risoluzione "The extraterritorial jurisdiction of States" (Rapporteur: Maarten Bos) Ann. IDI, vol. 65-II, p. 133 (1994).

<sup>56</sup> V. il *dictum* della corte statunitense nel caso *Laker Airways Ltd. v. Sabena*, 731 F.2d 909, 935 (D.C. Cir. 1984): "There is [...] no rule of international law holding that a "more reasonable" assertion of jurisdiction mandatorily displaces a "less reasonable" assertion of jurisdiction as long as both are, in fact, consistent with the limitations on jurisdiction imposed by international law".

<sup>57</sup> Vedi RYNGAERT, *op. cit.*, p. 129.

<sup>58</sup> Una lettura mista tra *comity* e principi consuetudinari è quella fornita dal Restatement statunitense, che include un obbligo di bilanciamento degli interessi degli Stati coinvolti, e lo qualifica come norma del diritto internazionale pubblico. Si tratta però di una visione non sufficientemente diffusa o condivisa da poter fondare una consuetudine. Vedi Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States: American Law Institute, Washington D.C., 1987, sections 402 e 403. In particolare, vedi s. 403 cmt a: "The principle...has emerged as a principle of international law as well. [...] Some United States courts have applied the principle of reasonableness as a requirement of comity. [...] This section states the

giurisdizionali incrociate nei casi di giurisdizione concorrente sono perciò destinate a risolversi sul piano diplomatico o dei rapporti di forza tra i due Stati. È lo stesso RYNGAERT a fornire un'immagine efficace dello stato attuale del diritto internazionale in caso di giurisdizione concorrente e della necessità di pervenire a una regola di risoluzione dei conflitti, a oggi mancante. Si tratta di una descrizione risulterà familiare a chi abbia prestato attenzione alle vicende dei fucilieri italiani:

... even if a State can point to the existence of an internationally accepted ground of jurisdiction, this will not pre-empt international protest. Foreign States that have a strong interest in a matter, irrespective of whether it is an interest in regulation (eg prosecuting the presumed perpetrator of a crime themselves), or an interest in non-regulation (eg the interest in not regulating a business practice), will tend to raise their heads, and claim that their interest outweighs the interest of the jurisdictionally active State<sup>59</sup>.

In questo senso, è appena il caso di ricordare le parole profetiche della CPGI nel caso *Lotus*, che indicavano l'opportunità di concludere convenzioni "the effect of which would be precisely to limit the discretion at present left to States in this respect by international law, thus making good the existing lacunae in respect of jurisdiction or removing the conflicting jurisdictions arising from the diversity of the principles adopted by the various States"<sup>60</sup>.

### 3.1.5. Gli articoli 92 e 97 UNCLOS.

È forse alla luce della lezione del caso *Lotus* che il giudice cubano Bustamante, poco dopo aver preso parte a questa decisione, incluse, nel codice di diritto internazionale privato che porta il suo nome<sup>61</sup>, una norma che specifica come la giurisdizione prescrittiva, in caso di collisione tra navi di diversa nazionalità in alto mare, spetti allo Stato della nave "victima"<sup>62</sup>. Viceversa, la comunità internazionale, risoluta a contenere le sovrapposizioni di competenza rese possibili dall'interpretazione restrittiva del principio dell'esclusività della giurisdizione di bandiera utilizzato nella sentenza *S.S. Lotus*, si è preoccupata di disegnare una regola di conflitto capace di scongiurare pretese giurisdizionali incrociate, basata non sulla

---

principle of reasonableness as a rule of international law". Sull'isolamento di questo approccio vedi RYNGAERT, *op. cit.*, pp. 142 s, e bibliografia citata.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 133.

<sup>60</sup> *Caso S.S. Lotus*, p. 19.

<sup>61</sup> Codice Bustamante di Diritto Internazionale Privato, adottato alla Sesta Conferenza Internazionale degli Stati Americani all'Habana, Cuba, firmato 20 febbraio 1928, entrata in vigore il 25 novembre 1928, 86 League of Nations Treaty Series 111.

<sup>62</sup> "Artículo 309. En los casos de abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón, se aplicará la ley penal de la victima".

giurisdizione dello Stato di nazionalità della vittima, ma di quella del reo sospetto<sup>63</sup>. Questa norma, inizialmente codificata nella Convenzione di Bruxelles del 1952, è stata poi trasposta nella Convenzione di Ginevra del 1958 (art. 11) e, infine, nell'art. 97 UNCLOS. Essa dispone infatti che nessun procedimento penale può essere istituito se non presso le autorità giudiziarie dello Stato di bandiera dell'imbarcazione responsabile di una collisione o di altro incidente di navigazione, ovvero dello Stato di nazionalità della persona accusata.

Questa disposizione, che probabilmente riflette ormai una norma consuetudinaria<sup>64</sup> e che si applica anche alla ZEE *ex art. 58 UNCLOS*, limita la giurisdizione *prescrittiva* a un solo Stato (due, se lo Stato di bandiera non è lo stesso dell'accusato), escludendo l'applicazione della personalità passiva e del principio di protezione come basi giurisdizionali alternative. In questo caso, perciò, l'obbligo derivante dal diritto pattizio prevale sul diritto consuetudinario. Si noti come la norma riguardi letteralmente la giurisdizione *giudiziaria*, che però non è che un corollario di quella *prescrittiva* (quella *esecutiva* non è in questione, né lo era nella sentenza *Lotus*: spetta esclusivamente allo Stato di bandiera).

È incerto se questa giurisdizione possa essere oggetto di deroghe, cioè se lo Stato competente possa spogliarsene volontariamente in favore di uno Stato che abbia un interesse più ravvicinato al perseguimento di una condotta criminosa, quale lo Stato di bandiera della nave "vittima"<sup>65</sup>. Pur potendosi immaginare in linea di principio una rinuncia alla giurisdizione analoga a quella suggerita dall'art. 27 UNCLOS, l'ipotesi è irrilevante per il presente studio: in effetti, lo Stato di bandiera, nonché di nazionalità degli accusati, lungi dal volersi disfare della giurisdizione, ha aperto immediatamente i procedimenti penali a carico dei fanti di marina.

Contrariamente all'art. 97 UNCLOS, che sancisce la giurisdizione esclusiva dello Stato della nave "responsabile" per l'incidente, l'art. 92 riproduce semplicemente il principio della giurisdizione della bandiera nelle acque internazionali (e nella ZEE, in forza del rinvio dell'art. 58 UNCLOS). L'art. 92 UNCLOS dispone, nella parte che qui interessa, che "[l]e navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva". Non deve trarre in inganno il riferimento all'esclusività della giurisdizione: questa norma riguarda la giurisdizione *esecutiva*, cioè la capacità dello Stato di compiere atti di autorità (investigazioni, arresto, abbordaggio, accompagnamento a terra) sul natante. Quanto alla giurisdizione *prescrittiva*, si applicano i principi consuetudinari: questi, come visto sopra,

---

<sup>63</sup> Cfr. Art. I della *International Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or Other Incidents of Navigation* (firmata il 10 maggio 1952, entrata in vigore il 20 novembre 1955) 439 UNTS 233. Per una sintetica descrizione della reazione della comunità internazionale e del processo legislativo successive al caso *Lotus*, vedi DUPUY e VIGNES, *op. cit.*, p. 402.

<sup>64</sup> Cfr. SHEARER, *op. cit.*, p. 339, nonché la recente conferma in ID., *Collisions at Sea*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007.

<sup>65</sup> *Ibidem*, punto 6.

conferiscono agli Stati la *facoltà* (che essi possono esercitare *vel non*) di affermare la loro giurisdizione in base ai cinque criteri di collegamento classici<sup>66</sup>.

Il principio sancito nella sentenza *Lotus*, al di fuori dei casi regolati dall'art. 97 UNCLOS, è ancora valido: uno Stato può unilateralmente estendere la propria giurisdizione prescrittiva, anche se la giurisdizione esecutiva spetta esclusivamente allo Stato territoriale, o di bandiera. Una parafrasi moderna del caso *Lotus*, che insiste su questa distinzione, è stata offerta recentemente dal Giudice Wyngaert della CIG, che discuteva la "regola permissiva" dettata dalla CPGI nel 1927:

*prescriptive jurisdiction ... is about what a State may do on its own territory when investigating and prosecuting crimes committed abroad, not about what a State may do on the territory of other States when prosecuting such crimes. Obviously, a State has no enforcement jurisdiction outside its territory: a State may, failing permission to the contrary, not exercise its power on the territory of another State. This is "the first and foremost restriction imposed by international law upon a State". In other words, the permissive rule only applies to prescriptive jurisdiction, not to enforcement jurisdiction: failing a prohibition, State A may, on its own territory, prosecute offences committed in State B (permissive rule); failing a permission, State A may not act on the territory of State B*<sup>67</sup>.

Esistono, nella Convenzione UNCLOS, numerose "regole permissive" che autorizzano l'esercizio della giurisdizione esecutiva su navi straniere in alto mare<sup>68</sup> o nella ZEE (inclusa la zona contigua<sup>69</sup>). Queste regole sono però limitate a ipotesi specifiche che non rilevano nella fattispecie in esame<sup>70</sup>. Nella prassi internazionale, regole permissive che autorizzano l'esercizio extra-territoriale della giurisdizione esecutiva sono spesso contenute nei cc.dd. *Status of Force Agreements* (SOFA), accordi internazionali che disciplinano il regime applicabile alle forze armate dislocate all'estero. Questi accordi, la cui natura e rilevanza sono discussi più ampiamente nella parte terza relativa all'immunità, attribuiscono allo Stato di invio – spesso in via concorrente con lo Stato territoriale – il potere "di esercitare nell'ambito dello Stato ricevente tutti i poteri di giurisdizione penale e disciplinare ... su tutte le persone

<sup>66</sup> Cfr. ad esempio DUPUY e VIGNES, *op. cit.*, p. 407: "On the high seas, the exclusivity of the competence of the flag State only applies to those acts involving the use of coercion. States other than the flag State can in fact exercise jurisdiction with regard to a ship, particularly in criminal matters".

<sup>67</sup> Cfr. l'opinione dissidente del giudice Van den Wyngaert nel caso *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sentenza del 14 febbraio 2002, pp. 168-169.

<sup>68</sup> Vedi per tutti R.C.F. REULAND, *Interference with Non-National Ships on the High Seas: Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of Flag-State Jurisdiction*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1981, p. 1161.

<sup>69</sup> Per i poteri esecutivi relative alle competenze dello Stato costiero in materia di immigrazione, cfr. M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Hart Publishing, 2012, pp. 233 ss. A p. 234: "if the flag-state has not waived its jurisdiction, the coastal state must refrain from enforcement action until the vessel does indeed enter territorial waters – and therewith bring itself within the ordinary legal order and possible concomitant safeguards ... of the coastal state".

<sup>70</sup> Vedi per tutti D. GUILFOYLE, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge, 2009, p. 16: "in international waters a vessel is subject to its flag state's exclusive jurisdiction, absent the exceptions discussed ... The same holds true in areas of limited jurisdiction (contiguous zone and EEA) in respect of subject matters where international law does not allocate jurisdiction to the coastal state".



assoggettate alle leggi militari [dello Stato inviante]”<sup>71</sup>. A livello multilaterale, si cita ad esempio la pratica del Consiglio di Sicurezza dell’ONU che, potendo attingere ai poteri di coercizione attribuitigli nel Capo VII della Carta dell’ONU, autorizza gli Stati destinatari delle proprie risoluzioni all’esercizio extraterritoriale della giurisdizione esecutiva – che altrimenti sarebbe loro preclusa<sup>72</sup>.

### 3.2. La giurisdizione indiana sulla condotta dei fucilieri

In questo paragrafo si analizza il fondamento della pretesa indiana di esercitare la giurisdizione penale delle proprie corti, processando i due fucilieri italiani. Dopo aver valutato se l’esercizio della giurisdizione prescrittiva dell’India a carico dei fucilieri sia in linea con il diritto internazionale consuetudinario e pattizio (sez. 1), si offre un breve quadro sugli effetti del diritto internazionale nell’ordinamento interno indiano e dell’effettiva tensione tra alcune normative statali e gli obblighi derivanti dalla Convenzione UNCLOS (sez. 2). Infine, si analizza il tema dell’esercizio della giurisdizione esecutiva e della sua legittimazione nel caso di specie, accennando alla possibile rilevanza del principio *male captus bene detentus* (sez. 3).

#### 3.2.1 L’applicazione del diritto indiano e gli obblighi UNCLOS

La prima questione da affrontare è se il diritto internazionale permetta che l’India applichi il suo diritto penale (giurisdizione prescrittiva) alla fattispecie in esame. Come sottolineato sopra, ogni Stato è libero di estendere l’applicazione del proprio diritto a condotte localizzate all’estero e/o commesse da stranieri, in presenza di certi criteri di collegamento. Si devono perciò analizzare due punti: se esistano nel diritto internazionale divieti a tale estensione giurisdizionale, e se, in mancanza di divieti, il diritto indiano abbia effettivamente fatto uso di tale possibilità.

L’art. 92 UNCLOS non impedisce l’affermazione della giurisdizione prescrittiva. Al contrario, l’art. 97 UNCLOS attribuisce la giurisdizione giudiziaria esclusivamente allo Stato di bandiera o della nazionalità dei sospetti (nella fattispecie, l’Italia in entrambi i casi), e si è visto come nel diritto penale la giurisdizione giudiziaria non sia che l’*alter ego* processuale della prescrittiva. Se si applicasse l’art. 97 UNCLOS ai fatti in causa, *ratione materiae*, si potrebbe quindi escludere la giurisdizione indiana. La questione perciò verte sull’inclusione della condotta incriminata nella

---

<sup>71</sup> Estratto dell’Art. VII del Convenzione tra gli Stati parti del Trattato dell’Atlantico del Nord relativa allo statuto delle loro forze (Statuto delle truppe della NATO) firmato a Londra il 19 giugno 1951 e ratificato dall’Italia con la legge n. 1335 del 30 novembre 1955 (GU n. 8, 11 gennaio 1956).

<sup>72</sup> Vedi ad esempio art. 25 della Risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 820(1993), e F. PAGANI, *Note sulla partecipazione dell’Italia alle operazioni di interdizione navale in Adriatico e riflessi nell’ordinamento interno*, in *Diritto marittimo*, 1994, p. 827.

categoria che include “abbordo [collisione, in gergo marinaresco] o qualunque altro incidente di navigazione”.

Il dubbio essenzialmente dipende dall’interpretazione della formula “incidente di navigazione”: ci si chiede se essa si applichi solo ai sinistri occorsi a causa delle operazioni di manovra della nave (incidente *della* navigazione) oppure a qualsiasi incidente che avvenga *durante* la navigazione. Il tenore letterale dell’art. 97 UNCLOS, da leggere in base ai principi sanciti nell’art 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1969, non sembra chiarire la questione. Si può osservare che, in forza del principio dell’*effet utile*, occorre individuare un’interpretazione del termine qualificativo “di navigazione” che gli attribuisca un significato, scartando le letture che ne sancirebbero l’irrelevanza (*ut res magis valeat quam pereat*). Se si dovesse accettare che l’art. 97 UNCLOS si applica a tutti gli incidenti che accadano *durante* la navigazione, si finirebbe per cancellare in via ermeneutica questa qualificazione dall’articolo: è infatti implicito che la norma, trattando degli eventi in acque internazionali, faccia riferimento alla fase di navigazione. Questa interpretazione deve perciò scartarsi, se ne esiste una che fornisca un significato aggiunto all’elemento della fattispecie “di navigazione”. Tale interpretazione potrebbe essere proprio quella per cui l’art. 97 UNCLOS non si applica a tutti gli incidenti che avvengono in alto mare (e quindi *durante* la navigazione), ma solo a quelli *inerenti* alla navigazione – da cui la necessità di aggiungere la specificazione, e il suo *effet utile*<sup>73</sup>.

La Corte Suprema dell’India (par. 94) adotta questa interpretazione restrittiva, escludendo che il concetto di incidente di navigazione possa applicarsi alla sparatoria in questione<sup>74</sup>. La motivazione addotta, però, è del tutto insoddisfacente: secondo la Corte Indiana l’art. 97 UNCLOS non può “in alcun caso” applicarsi alla commissione di un reato. Questa affermazione contraddice il presupposto stesso stabilito dall’art. 97 UNCLOS, che si applica in caso di un incidente “che implichi la responsabilità penale ... del comandante della nave o di qualunque altro membro dell’equipaggio” (corsivo aggiunto).

Non sarebbe in ogni caso irragionevole se l’istituendo Tribunale Speciale, con una motivazione meno stravagante, concludesse egualmente che l’art. 97 UNCLOS non si applica alla fattispecie<sup>75</sup>. Si tratta di un passaggio cruciale: l’applicazione di questa norma reciderebbe alla radice tutte le pretese giurisdizionali indiane. Qualora si escludesse l’applicazione di questa norma, la fattispecie deve invece sussumersi sotto la disciplina dell’art. 92 UNCLOS, la cui applicazione è generale e non ristretta a specifici eventi. Tuttavia, poiché l’art. 92 UNCLOS si limita a codificare l’esclusività

---

<sup>73</sup> Questa interpretazione non è indebolita dalla relazione con la fattispecie autonoma che l’art. 97 UNCLOS elenca per prima, quella dell’abbordo (*collision*). La collisione, infatti, è un incidente *della* navigazione, e quindi l’articolo giustamente si riferisce alla categoria generale richiamando gli *altri* incidenti di questa categoria.

<sup>74</sup> Contrariamente a quanto sembra notare C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>75</sup> È di questo avviso anche [F. LICATA, \*Diritto Internazionale, Immunità, Giurisdizione Concorrente, Diritti Umani: Le Questioni Aperte nel Caso dei Marò e la Posizione della Corte Suprema Indiana, in questa Rivista\*, 2013, p. 19.](#)

della giurisdizione esecutiva dello Stato di bandiera, esso non pone un ostacolo all'asserzione della giurisdizione prescrittiva indiana. Se non si applica l'art. 97 UNCLOS, pertanto, occorre controllare se l'India abbia effettivamente – e unilateralmente – esteso l'applicazione del proprio diritto penale alle condotte analoghe a quella in esame, con un esercizio comparabile a quello compiuto dal legislatore italiano nel codice penale, agli articoli 4 (che equipara le *navi italiane* al territorio italiano) e 10 (che applica la legge italiana *agli stranieri* che commettono *all'estero* un reato per cui è prevista la reclusione minima di un anno, ai danni di un cittadino italiano). L'unica condizione è l'utilizzo di uno (o più) dei criteri di collegamento ammessi dalla consuetudine.

Prima di analizzare le norme di diritto indiano per fondare l'azione penale, occorre vedere se esista un collegamento tra la fattispecie concreta e l'India suscettibile di integrare un criterio consuetudinario<sup>76</sup>. Nel caso di specie, è possibile individuare un collegamento basato sulla personalità passiva (le vittime erano di nazionalità indiana), un collegamento territoriale basato sugli effetti della condotta o, più semplicemente, sull'avvenimento in territorio indiano di una parte essenziale della fattispecie (l'evento fatale)<sup>77</sup>.

In effetti, il legislatore indiano ha esercitato questo diritto ispirandosi al secondo principio, segnatamente nell'articolo 188 del codice di procedura penale indiano. L'articolo dispone, nella parte che qui interessa, che un reato commesso fuori dall'India da uno straniero su una nave registrata in India può essere perseguito come se fosse stato commesso in qualsiasi parte dell'India in cui si venga a trovare il sospetto dopo la commissione. La norma dispone inoltre che il governo centrale debba autorizzare le investigazioni in questo caso. È appena il caso di notare che nei suoi elementi essenziali questa norma è sovrapponibile al combinato disposto degli articoli 4 e 10 del codice penale italiano. Il legislatore indiano ha utilizzato il criterio di territorialità oggettiva (tramite l'equiparazione delle navi indiane al territorio statale) per estendere la *giurisdizione prescrittiva*<sup>78</sup> e *giudiziaria* all'estero, chiarendo altresì che l'esercizio della *giurisdizione esecutiva* o *coercitiva* è subordinato alla presenza dell'accusato sul territorio e all'autorizzazione governativa.

---

<sup>76</sup> È questo il procedimento che ha usato anche la CPGI nel caso *S.S. Lotus*, che di fatto si mostrò disinteressata alle specifiche norme di diritto turco invocate, v. 15 “the question submitted to the Court is not whether [art. 6 of the Turkish Penal Code] is compatible with the principles of international law; it is more general”.

<sup>77</sup> Nel *United States v. Davis*, 25 F. Cas. 786 (C.C.D. Mass. 1837) (No. 14,932), si riconosce espressamente che, in caso di uno sparo che attinge una persona a bordo di un'imbarcazione di nazionalità diversa da quella da cui è partito lo sparo, lo Stato di bandiera del natante su cui si trova la vittima ha giurisdizione. Il criterio utilizzato è efficacemente sintetizzato in C. BLAKESLEY, *United States Jurisdiction over Extraterritorial Crime*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, p. 1109, p. 1126: “if fatal force is received in one state and the victim succumbs in another, in the absence of a statute, only the state where the fatal force occurred has had jurisdiction over the homicide”.

<sup>78</sup> Vedi anche il dettato dell'art. 4 del codice penale, che estende l'applicazione del diritto indiano agli stessi reati considerati nell'art. 188 del codice di procedura penale.

Il principio a cui si ispira questa estensione della giurisdizione indiana è sintetizzato in questo passaggio della sentenza della High Court di Bombay, risalente a 101 anni fa, che cita proprio l'ipotesi dello sparo che attraversa il confine come esempio saliente:

where a foreigner in foreign territory initiates an offence which is completed within British territory, he is, if found within British territory, liable to be tried by the British Court within whose jurisdiction the offence was completed<sup>79</sup>.

Questa concezione del criterio territoriale è consueta nei regimi nazionali e non è proibita dal diritto internazionale, visto che subordina l'esercizio di atti di autorità alla presenza dell'imputato sul territorio.

L'India tuttavia ha sostenuto che l'estensione della sua sovranità e della sua giurisdizione penale sulla ZEE erano piuttosto una conseguenza dell'estensione alla ZEE degli effetti dell'art. 188 del codice di procedura penale e del codice penale, registrata nell'art. 188A<sup>80</sup>. La notificazione governativa che disponeva questa estensione (la "Notificazione del 1981") era stata emanata, in data 27 agosto 1981, in forza di un potere espressamente riservato all'esecutivo dalla legge sulle aree marine del 1976 (la "Legge del 1976")<sup>81</sup>, in gran parte riproduttiva dei principi poi trasfusi nella Convenzione UNCLOS. Ai sensi dell'art. 7(7) di tale Legge, il governo centrale può estendere alla ZEE o a una sua parte qualsiasi provvedimento in vigore in India. Poiché l'art. 188A fa riferimento a un'area circoscritta (la ZEE) ma non cita la necessità che la condotta o i suoi effetti avvengano su una nave indiana, va osservato preliminarmente che questa norma prescinde potenzialmente da ogni criterio di collegamento e appare piuttosto basata su un implicito ampliamento del territorio indiano oltre il mare territoriale.

L'insistenza dell'India su questo atto unilaterale è presumibilmente motivata dal tentativo di estendere alla ZEE la giurisdizione *esecutiva*<sup>82</sup>, visto che l'art. 188 del codice di procedura penale e l'art. 4 del codice penale, in sé sufficienti a legittimare la giurisdizione *prescrittiva*, non autorizzano l'uso dei poteri coercitivi all'estero. Non è chiaro tuttavia il motivo per cui l'estensione prevista dall'art. 188A del codice di procedura penale dovrebbe garantire un tale potere: non solo questo articolo contiene la stessa preconditione dell'art. 188 (la presenza del sospetto sul territorio indiano ai fini dell'azione penale), ma esso non può in alcun modo ampliare la giurisdizione

---

<sup>79</sup> Bombay High Court, *Emperor vs Chhotalal Babar*, 30 gennaio 1912, (1912) 14 BOMLR 147, par. 6. Poco oltre: "[i]f a shot is fired, or a spear thrown, from a place outside the boundary of a county into another county with intent to injure a person in that county, the offence is committed in the county within which the blow is given".

<sup>80</sup> Art. 188A che recita, nella parte che qui rileva: "When an offence is committed by any person in the exclusive economic zone ... such person may be dealt with in respect of such offence as if it had been committed in any place in which he may be found or in such other place as the Central Government may direct under Section 13 of the Said Act", vedi Government of India, Ministry of Home Affairs, Gazette Extra-ordinary Notification No. S.O. 671(E), August 27, 1981.

<sup>81</sup> The Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act, 1976, emanato il 25 agosto 1976, [accessibile online sul sito delle Nazioni Unite](#).

<sup>82</sup> Come si evince dal paragrafo 84 della sentenza.

indiana. Probabilmente l'India fonda la sua posizione sulla *ratio* sottaciuta dell'art. 188A del codice di procedura penale: ai sensi del diritto penale indiano la ZEE sarebbe considerata territorio indiano e perciò nulla osterebbe all'esercizio – territoriale – della giurisdizione esecutiva. Si tratterebbe di una mossa, indebita, degna del Barone di Münchhausen, che pare fosse capace di uscire dalle sabbie mobili prendendosi per i capelli e tirando su: l'India estende alla ZEE l'applicazione di alcune leggi – altrimenti applicabili solo nel territorio indiano – e deduce da questa estensione che la ZEE è *parte del territorio indiano*, perciò su di essa l'India può esercitare *altri* poteri (tra cui l'attuazione dei poteri coercitivi).

La portata indefinita della *enabling clause* dell'art. 7(7) della Legge del 1976 è stata segnalata con preoccupazione in dottrina all'indomani della sua entrata in vigore. Si è notato infatti come essa operasse alla stregua di una clausola “cavallo di Troia”, permettendo l'infiltrazione dei poteri sovrani dello Stato indiano sulla ZEE, con l'effetto perciò di contravvenire alla spartizione giurisdizionale imposta dal diritto consuetudinario e dalla Convenzione UNCLOS: “India reserves the right to exercise *de facto* sovereignty over the exclusive economic zone as future circumstances warrant”<sup>83</sup>. Tuttavia, occorre presumere che l'India, quando ha adottato questa *enabling clause*, intendesse muoversi nel rispetto del diritto internazionale, piuttosto che arrogarsi unilateralmente poteri giurisdizionali. Si deve perciò ritenere che la portata *ratione materiae* di qualsiasi estensione del diritto indiano alla ZEE sia comunque limitata all'ambito dei poteri esclusivi attribuiti all'India dal diritto internazionale. Questa lettura appare confermata dal commento di SHARMA, che conviene citare per esteso, dato il ruolo che l'autore ha rivestito nell'adozione della Notificazione del 1981. Inutile sottolineare che questa lettura, peraltro resa necessaria anche dall'applicazione del principio di interpretazione conforme, su cui *infra*, è sufficiente per inficiare il ragionamento della Corte Suprema, e rendere pressoché irrilevante, ai fini dell'analisi della giurisdizione indiana, l'art. 188A del Codice di Procedura Penale:

Having been associated with the drafting of [la Notificazione del 1981], I can state that [reserving sovereignty rights over the EEA] was not the intention of the framers of the legislation. The section was included as an enabling provision with the objective of extending the applicability of Indian penal laws to the exclusive economic zone *limited to the competence* conferred by the then Revised Single Negotiating Text (RSNT)<sup>84</sup>. *There was no intention either to arrogate to ourselves rights or jurisdiction beyond what was envisaged in the UN text or even to assume that rights enjoyed in the territorial sea could be extended throughout the exclusive economic zone. Apart from the Indian Penal Code and the Code of Criminal Procedure, no other enactment has been extended to the exclusive economic zone or the continental shelf. ... apparent inconsistencies [with UNCLOS] are routine*

<sup>83</sup> S. ROSE, *Naval Activity in the Exclusive Economic Zone—Troubled Waters Ahead?*, in *Ocean Development and International Law*, 1990, p. 126.

<sup>84</sup> Il riferimento qui è al documento UN Doc. A/CONF.62/WP.8/Rev. 1/Part II (1976), [disponibile online sul sito delle Nazioni Unite](#). Si tratta di un testo distribuito ai Membri della Seconda Commissione dell'Assemblea Generale ONU, con una bozza della Convenzione. Il regime dei poteri dello Stato costiero nella ZEE, che ai fini della presente discussione non presentano particolari differenze da quelli elencati nell'Art. 56 UNCLOS, sono all'art. 44 della bozza.

teething pains for a major convention that took nine years to negotiate (note omesse, corsivi aggiunti)<sup>85</sup>.

La norma dell'art. 188A del Codice di Procedura Penale estenderebbe cioè il diritto penale indiano alla ZEE solo in relazione alle materie di competenza che spettano all'India su tale zona marina. Per un altro esempio di questo tipo, che amplia la portata del diritto statale limitatamente a materie specifiche, si veda la norma di legge italiana secondo cui “[e]ntro le zone di protezione ecologica [esterne al mare territoriale] *si applicano*, anche nei confronti delle navi battenti bandiera straniera e delle persone di nazionalità straniera, *le norme del diritto italiano*, del diritto dell’Unione europea e dei trattati internazionali in vigore per l’Italia [nelle materie di protezione ambientale]” (corsivi aggiunti)<sup>86</sup>.

La Corte Suprema indiana ha adottato un ragionamento apodittico e a tratti contraddittorio, per sostenere l’esistenza dell’esercizio della giurisdizione (nel suo complesso) delle autorità indiane. Anzitutto, ha riconosciuto che la zona contigua è parte della ZEE, e che quindi il regime normativo della ZEE si applica ai fatti dell’*Enrica Lexie* (para. 93), e ha ricordato che, nonostante l’estensione dell’art. 188 del Codice di Procedura Penale alla ZEE (*ex art. 188A*), quest’ultima “continua a far parte dell’alto mare su cui nessuno Stato può esercitare sovranità” (para. 98). Dopo aver chiarito che l’attribuzione di speciali “diritti sovrani” tassativi non corrisponde al possesso della “sovranità” che spetta a ciascuno Stato solo sul mare territoriale<sup>87</sup>, la Corte improvvisamente nota che “senza dubbio, l’incidente ha avuto luogo nella zona contigua, su cui l’India, ai sensi sia del Maritime Zones Act, 1976 sia della Convenzione UNCLOS può esercitare i diritti di sovranità” (par. 99).

Questa affermazione non è introdotta dalla motivazione che la precede e appare priva di fondamento: nella zona contigua, così come nella ZEE, lo Stato costiero gode solo di un numero limitato di diritti esclusivi, ma non della sovranità territoriale. La Corte sviluppa questo assunto ribadendo che l’India può esercitare la sovranità entro le 24 miglia nautiche “ai sensi del diritto nazionale e del Diritto Internazionale Pubblico” mentre nella ZEE può esercitare solo alcuni diritti sovrani specifici. Poiché l’incidente è avvenuto nella zona contigua, l’India può sottoporre i fucilieri ad azione penale ai sensi del diritto indiano (para. 100). Non è dato sapere 1) in base a quale criterio la zona contigua sia assimilata al mare territoriale (entrambe assicurerebbero allo Stato costiero la piena sovranità; 2) perché il riconoscimento dei soli “diritti sovrani” sia riservato solo alla parte di ZEE esterna alla zona contigua; 3) quale siano le basi nel diritto domestico e nell’UNCLOS per arrivare a tale conclusione. Riguardo a questo ultimo punto, è appena il caso di notare che l’UNCLOS senz’altro non autorizza tale lettura, e

---

<sup>85</sup> O. PRAKASH SHARMA, *Enforcement Jurisdiction in the Exclusive Economic Zone—the Indian Experience*, in *Ocean Development and International law*, 1993, pp. 164-165.

<sup>86</sup> Vedi art. 2, c. 2, Legge 8 febbraio 2006, n. 61, Istituzione di zone di protezione ecologica oltre il limite esterno del mare territoriale (GU n. 52 del 3-3-2006).

<sup>87</sup> Una circostanza che era stata chiarita in precedenza dalla stessa Corte, in *Aban Loyd Chilies Offshore Ltd. v. Union of India and ors.* [(2008) 11 SCC 439].



che nemmeno la Legge del 1976, al di là della sua efficacia, sembra avvalorare questa interpretazione<sup>88</sup>. La Notificazione del 1981, oltretutto, riguarda l'intera ZEE e non può quindi addursi come prova di una supposta estensione della sovranità alla sola zona contigua, nemmeno utilizzando il trucco di Münchhausen.

### 3.2.2. L'India e il Diritto Internazionale

Un aspetto cruciale della vicenda, spesso trascurato nelle analisi che si concentrano sulle potenziali violazioni degli obblighi internazionali dell'India, è la valutazione degli effetti che tali violazioni, ove accertate, potrebbero avere sul procedimento in corso (*rectius*, quali sarebbero gli obblighi che tali violazioni imporrebbero alle corti indiane). Il tema, forse logoro per gli studiosi di diritto internazionale, è quello dell'efficacia interna del diritto internazionale. Secondo la divisione classica, il diritto internazionale può acquistare efficacia nell'ordinamento interno sin dal momento della sua entrata in vigore (sistema monista) ovvero solo quando sia adottato una norma statale che ne recepisca gli effetti (sistema dualista)<sup>89</sup>. Nei sistemi dualisti, in mancanza di una norma di trasposizione, è ben possibile che il diritto interno contraddica gli obblighi internazionali contratti dallo Stato, senza che per questo esso perda di efficacia. Nei casi estremi, l'applicazione del diritto interno comporta soltanto la responsabilità dello Stato sul piano internazionale, ma poiché i due piani ordinamentali sono separati non si potrà, in un tribunale statale, invocare la supposta incompatibilità tra diritto internazionale e leggi statali al fine di evitare l'applicazione di queste ultime. L'India è un ordinamento dualista<sup>90</sup>; nel caso in esame, pertanto, le possibili violazioni del diritto internazionale causate dall'esercizio della giurisdizione penale a carico dei fucilieri potrebbero chiamare in causa la responsabilità indiana nei confronti dello Stato danneggiato (l'Italia), ma il processo non sarebbe per questo necessariamente illegittimo ai sensi del diritto indiano.

È la stessa Corte Suprema indiana a ricordare, nella decisione dello scorso gennaio, la conseguenza-limite dell'impostazione dualista: in caso di conflitto insanabile tra la legge indiana e gli obblighi internazionali, le corti indiane devono dare applicazione al diritto interno<sup>91</sup>. Detto altrimenti, le autorità indiane deve senz'altro

---

<sup>88</sup> Come rileva anche LICATA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>89</sup> Per tutti, A. CASSESE, *Modern Constitutions and International Law*, in *Recueil des Cours*, t. 192 (1985-III), p. 335.

<sup>90</sup> Per uno studio completo di questa questione si vedano i seguenti saggi, da cui sono tratti i riferimenti giurisprudenziali menzionati in questa sezione. N. JAYAWICKRAMA, *India*, in D. SLOSS (a cura di), *The Role of Domestic Courts in Treaty Enforcement – A Comparative Study*, Cambridge, 2009, p. 243; A. K. GANGULI, *Interface between International Law and Municipal Law: Role of the Indian Judiciary*, in B. N. PATEL (a cura di), *India and International Law Vol. 2*, Leiden, 2008; P. CHANDRASEKHARA RAO, *The Indian Constitution and International Law*, Leiden, 1995.

<sup>91</sup> Cfr. par. 26 della dichiarazione aggiuntiva del Giudice Chelameswar: "At any rate, it is not open for any Municipal Court including this Court to decline to apply the law on the ground that the law is extra-territorial in operation when the language of the enactment clearly extends the application of the law".

rispettare la Convenzione UNCLOS, ma solo a patto che “there is no conflict with domestic law”<sup>92</sup>. Questa posizione non è vietata in diritto internazionale: ferma la responsabilità statale per l’attuazione dei suoi obblighi internazionali, l’efficacia interna di questi è materia rimessa all’assetto costituzionale di ogni Stato<sup>93</sup>. La prevalenza del diritto interno si verifica solo quando esista una contraddizione insanabile: se manca una normativa interna il conflitto non può verificarsi e il diritto internazionale pattizio potrà operare come parte integrante della *common law* domestica<sup>94</sup>. Proprio in relazione alle convenzioni sul diritto del mare, anche quelle non ancora ratificate dall’India, la Corte Suprema ha ritenuto che “esse incarnano principi giuridici riconosciuti dalla generalità degli Stati marittimi, e possono pertanto considerarsi parte della nostra *common law*”<sup>95</sup>.

In sintesi, il sistema indiano è improntato a un dualismo temperato: il diritto internazionale non ha bisogno di trasposizione se non quando sia incompatibile con la legge vigente. In questo caso, però, se non è trasposto deve recedere, come ricorda enfaticamente la Corte Suprema nel caso *Gramophone*:

National courts cannot say yes if Parliament has said no to a principle of international law. National courts will endorse international law but not if it conflicts with national law. National courts being organs of the National State and not organs of international law must perforce apply national law if international law conflicts with it<sup>96</sup>.

Questo non toglie che l’India, come stabilisce la Costituzione, “debba impegnarsi a ... promuovere il rispetto del diritto internazionale e delle obbligazioni pattizie nelle relazioni tra le nazioni”<sup>97</sup>. La giurisprudenza, ispirandosi a questa linea-guida, ha formulato alcuni principi, tra cui quello dell’interpretazione conforme, secondo cui le corti devono evitare, tra le interpretazioni possibili di un atto legislativo, quelle che comportino un conflitto con il diritto internazionale<sup>98</sup>. Esse devono anzi privilegiare un’interpretazione il più possibile armonizzata con gli obblighi internazionali, usando quest’ultimi come guida in assenza di una legislazione nazionale di trasposizione. Questa dottrina, comparabile a quella statunitense della

*Charming Betsy rule*<sup>99</sup>, discende dalla presunzione che il Parlamento, quando approva atti legislativi, intenda conferire con essi efficacia interna alle obbligazioni internazionali dell’India, piuttosto che ostacolarne l’esecuzione<sup>100</sup>.

---

<sup>92</sup> Cfr. par. 97.

<sup>93</sup> La posizione dell’India è chiaramente espressa nel Terzo Rapporto Periodico ai sensi dell’art. 40 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, vedi UN document CCPR/C/76/Add.6, 17 giugno 1996, par. 8.

<sup>94</sup> *M.V. Elisabeth v. Harwan Investment and Trading Pot Ltd*, [1992] 1 SCR p. 1003.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 1058, traduzione nostra.

<sup>96</sup> *Gramophone Company of India Ltd v. Birendra Bahadur Pandey and Others*, [1984] 2 SCR p. 664.

<sup>97</sup> Art. 51, let. c.

<sup>98</sup> *ADM v. Shivakant Shukla* (1976) 2 SCC 521 p. 754; *Jolly George Verghese v. The Bank of Cochin* [1980] 2 SCR p. 913.

<sup>99</sup> *Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) p. 64 (1804). Sull’attualità di questo principio cfr. i recenti studi R. CROTOF, *Judicious Influence: Non-Self-Executing Treaties and the Charming Betsy Canon*, in

Alla luce di questo assetto reciproco tra i livelli normativi e dell'obbligo delle corti di accordare sempre prevalenza al diritto interno, qual è il grado di conformità della legislazione indiana agli obblighi derivanti dall'UNCLOS<sup>101</sup> rispetto al regime della ZEE? Occorre ribadire la circostanza che manca una legislazione interna di recezione del trattato (motivo per cui nel processo di fronte alla Corte Suprema il diritto applicabile è quello della legge del 1976). Anzitutto, è appena il caso di rilevare che l'India ha avanzato unilateralmente pretese di controllo della ZEE (a esempio, riguardo allo svolgimento di esercitazioni militari) che non appaiono giustificate dall'art. 56 UNCLOS<sup>102</sup> e hanno provocato le proteste ufficiali di altri Stati membri, *in primis* degli Stati Uniti.

Sull'irrelevanza della Notificazione del 1981 rispetto alla giurisdizione indiana si è già detto sopra, adesso è il caso di valutare, in generale, la compatibilità con il diritto internazionale delle estensioni unilaterali di giurisdizione. Anche se le corti indiane, in ragione del sistema dualista in vigore, non possono disapplicare la legge statale nemmeno se fossero convinte dell'esistenza di tale conflitto, il tema è importante rispetto alla responsabilità internazionale dell'India. In altre parole, se le corti indiane non aderissero alla lettura dell'art. 188A offerta sopra e vi riscontrassero un sintomo della sovranità indiana aumentata, estesa alla zona contigua, questo incremento unilaterale potrebbe contrastare con gli obblighi indiani in sede internazionale. Il tema delle pretese marittime eccessive (*excessive maritime claims*) è comune<sup>103</sup>: gli Stati che hanno ratificato la Convenzione UNCLOS spesso rilasciano dichiarazioni o adottano leggi tese ad ampliare le proprie competenze rispetto alle norme convenzionali. In particolare, gli Stati talvolta estendono (o si riservano il diritto di estendere) l'applicazione del diritto interno alla ZEE. È questo lo scenario dell'*enabling clause* dell'art. 7(7) della Legge del 1976, attivata con la Notificazione del 1981. Si registrano normative simili adottate da Barbados, Birmania, Grenada,

*Yale Law Journal*, 2011, p. 1784; Student Note, *The Charming Betsy Canon, Separation of Powers, and Customary International Law*, in *Harvard Law Review*, 2008, p. 1215.

<sup>100</sup> *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs v. Teoh*, High Court of Australia, [1995] 3 LRC p. 1, citato con approvazione dal Giudice Jeevan Reddy in *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*, 5 febbraio 1997, [1999] 2 LRC p. 19.

<sup>101</sup> Sul tema della compatibilità tra gli obblighi UNCLOS e l'ordinamento indiano, vedi l'accurata analisi di O. PRAKASH SHARMA, *India and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 1995, p. 391.

<sup>102</sup> Per una panoramica delle obiezioni sollevate dagli Stati Uniti all'indomani della conclusione della Convenzione UNCLOS, in merito alla normativa indiana sulla ZEE che appare contraria agli obblighi pattizi, *in primis* la legge del 1976, vedi PRAKASH SHARMA, *op. cit.*, 1993, pp. 168 s.

<sup>103</sup> Sul tema, vedi per tutti gli studi in L. JUDA, *The Exclusive Economic Zone: Compatibility of National Claims and the UN Convention on the Law of the Sea*, in *Ocean Development and International Law*, 1986, p. 1; J.A. ROACH & R.W. SMITH, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, Leiden, 1996 e i più recenti J. KRASKA, *Maritime Power and the Law of the Sea: Expeditionary Operations in World Politics*, Oxford – New York, 2011 (sull'India, vedi pp. 301-311) e J.A. ROACH e R.W. SMITH, *Excessive Maritime Claims: Third Edition*, Leiden, 2012. Un campione delle obiezioni statunitensi è disponibile nel documento governativo [Limits in the Sea – United States Responses to Excessive Maritime Claims \(Office of Ocean Affairs, Department of State, 1992\)](#), a p. 45.

Mauritius, Pakistan e Seychelles<sup>104</sup>, cui gli Stati Uniti hanno sistematicamente risposto con note diplomatiche, in cui si lamenta l'inconsistenza di tali ampliamenti con il le regole convenzionali che regolano la ZEE. La *ratio* di tali proteste, rivolte anche all'India<sup>105</sup>, è così riassunta:

If [national] laws and regulations can be extended over claimed maritime zones without limitation, every human endeavor that might take place within hundreds of miles of the coast is being subjected to [the government's] control. In our opinion, the draft LOS treaty does not authorize unilateral claims to such comprehensive authority over these broad ocean areas<sup>106</sup>.

In un passaggio che conviene riportare per intero, in cui si distingue tra l'estensione unilaterale dell'applicazione del diritto interno (permessa in astratto) e l'esecuzione concreta di atti governativi tesi a metterla in opera (illecita quando comprime la sovranità di altri Stati), TREVES valuta con equilibrio la compatibilità di tali dichiarazioni unilaterali con il diritto internazionale:

... Ce qui peut avoir des conséquences sur ce plan est la prétention d'étendre le domaine où les autorités d'un État peuvent prendre des mesures pour assurer *la mise en oeuvre* de ces lois ... [L]a violation possible du droit international se vérifie quand les mesures de l'État côtier se heurtent à l'exercice légitime des pouvoirs d'un autre État sur les navires, les aéronefs ou les installations ou ouvrages. *Quand l'exercice des mesures viole des droits de l'État du pavillon sur ses navires, ou de l'État d'immatriculation pour les aéronefs, il y a violation du droit international*<sup>107</sup>.

È perciò configurabile una violazione del diritto internazionale integrata dall'art. 7(7) della Legge del 1976 e dall'art. 188A del codice di procedura penale, laddove essi non siano interpretati, come si propone sopra, *infra conventionem*. In particolare, l'art. 188A, nella misura in cui appare attrarre sotto la giurisdizione indiana alcuni crimini che non presentano *alcuno* dei criteri tipici di collegamento, è in tensione con il diritto consuetudinario e con l'art. 92 UNCLOS e può dare origine, qualora la giurisdizione si concretizzi in atti esecutivi, a comportamenti contrari a tali obbligazioni. Anche se nel caso di specie esistono i criteri di collegamento della personalità passiva e della territorialità oggettiva, questa discussione è rilevante poiché la Corte Suprema appare piuttosto interessata all'applicazione dell'art. 188A del codice di procedura penale (invece dell'art. 188) e fa espressa menzione di un'estesa sovranità

---

<sup>104</sup> ROACH e SMITH, *op. cit.*, 2012, pp. 170 s. È menzionato anche uno studio dell'ONU che registra normative simili in Ghana, Madagascar, Tanzania, Costa d'Avorio, Gibuti, Guinea Equatoriale, Gabon, Kenya, Marocco, Sao Tome & Principe, Indonesia, Filippine e Sri Lanka, v. UN Doc. Sales No. E.94.V.13. Vedi anche ROSE, *op. cit.*, p. 126 e note da 20 a 23.

<sup>105</sup> ROACH e SMITH, *op. cit.*, p. 172, che richiama le note diplomatiche trasmesse all'Ambasciata Americana di Nuova Delhi il 13 e 16 maggio 1983, nonché il telegramma del Dipartimento di Stato del 9 maggio 1983 n. 128220 e il telegramma dell'Ambasciata Americana di Nuova Delhi n. 09947 del 16 maggio 1983.

<sup>106</sup> *Ibidem*, pp. 172-173, estratto dalle istruzioni trasmesse dal Dipartimento di Stato all'Ambasciata Americana a St. Louis (Mauritius), telegramma n. 204808, 23 luglio 1982.

<sup>107</sup> TREVES, *op. cit.*, pp. 209-210, corsivo aggiunto.

(piena) sulla zona contigua. In altre parole, l'interpretazione del diritto interno che traspare dalla motivazione della sentenza del 18 gennaio 2013 è in contraddizione con il diritto internazionale, a prescindere dal meccanismo dualista che costringerebbe le corti nazionali ad applicarlo incondizionatamente.

### 3.2.3. L'applicazione della giurisdizione esecutiva o coercitiva.

Fatte salve le considerazioni precedenti sul diritto (o il divieto) di attrarre sotto l'applicazione del diritto penale indiano la condotta dei fucilieri, è necessario vedere in base a quali considerazioni può giustificarsi (o meno) l'esercizio di quegli atti di autorità statale necessari all'esecuzione fattuale dell'azione penale, *in primis* l'arresto e la detenzione degli accusati.

In questo caso, è bene chiarire subito: poiché l'*Enrica Lexie*, dopo l'incidente, ha fatto ritorno al porto di Kochi, l'esercizio degli atti delle autorità indiane è basato sulla presenza dei fucilieri sul territorio indiano. Si ovvia così, di fatto, al limite consuetudinario ampiamente discusso *supra*, che circoscrive l'esercizio dei poteri pubblici di coercizione al territorio statale. Se l'*Enrica Lexie* non avesse fatto ritorno dall'alto mare, le autorità indiane non avrebbero potuto agire per effettuare l'arresto dei fucilieri – non senza una violazione diretta del diritto internazionale<sup>108</sup>. Si tratta di un aspetto che è stato riconosciuto unanimemente dai commentatori, e che nel marzo 2012 indusse l'allora Ministro degli Esteri a condividere con i suoi *follower* un *tweet* che ha il tono di un'ammissione<sup>109</sup>: "in nessun caso nave doveva entrare acque indiane ...". Se il reo sospetto mette piede sul territorio statale, la giurisdizione esecutiva è legittima.

A questo proposito, si devono segnalare due aspetti, di portata diversa ma entrambi meritevoli di un approfondimento. Il primo riguarda l'attribuibilità della sfortunata decisione di ritornare a terra. Il secondo, di importanza maggiore per le sorti del processo, è l'ipotesi che l'illegittimità delle azioni delle autorità indiane che hanno portato al ritorno dei fucilieri sul suolo indiano possa ostacolare l'esercizio dell'azione penale, in virtù di un principio simile<sup>110</sup> a quello che caratterizza la dottrina (in ambito probatorio) della "*exclusionary rule*"<sup>111</sup>. In caso contrario, dovrà saggiarsi la possibile applicazione del principio opposto, riassunto nella formula emblematica *male captus bene detentus*. L'irregolarità delle azioni della polizia statale di Kerala, sancita dalla sentenza della Corte Suprema, potrà eventualmente avere ricadute sulla fase di merito processo celebrando, visto che non dovrebbero potersi accettare le prove assunte nelle

---

<sup>108</sup> Vedi E.D. DICKINSON, *Jurisdiction Following Seizure or Arrest in Violation of International Law*, in *American Journal of International Law*, 1934, p. 231.

<sup>109</sup> Vedi: [Terzi: «In nessun caso la nave italiana doveva entrare in acque indiane», in Corrieredellasera.it](#).

<sup>110</sup> L'analogia è evocate anche in R. HIGGINS, *op. cit.*, p. 69.

<sup>111</sup> Vedi per tutti Y. MA, *The American Exclusionary Rule: Is There a Lesson to Learn from Others?*, in *International Criminal Justice Review*, 2012, p. 309; R.M. PITLER, *The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized*, in *California Law Review*, 1968, p. 579.

indagini sin qui svolte, e potenzialmente irripetibili. Questa irregolarità, tuttavia, non incide sull'esercizio della giurisdizione esecutiva da parte delle autorità federali, presso cui sono attualmente in custodia i marò.

La decisione di rientrare spettava al comandante dell'*Enrica Lexie*. Le regole di ingaggio, descritte sopra, impedivano che i militari imponessero un'istruzione contraria alla volontà del comandante<sup>112</sup>. Né deve criticarsi quest'ultimo per la scelta fatta, se è vero che la richiesta di collaborazione trasmessa dalle autorità indiana accennava alle indagini a carico dei pirati che la nave credeva di avere incrociato. Come giustamente notato, "la decisione di invertire la rotta, lasciare le acque internazionali e dirigersi verso un porto indiano, aderendo alla richiesta delle autorità dell'India non poteva non essere valutato [sic] alla luce dell'attacco piratesco precedentemente subito"<sup>113</sup>.

Occorre vedere quale impatto abbia sulla vicenda l'asserita condotta fraudolenta delle autorità indiane, che avrebbero ottenuto il ritorno dei fucilieri nel territorio statale non con la forza (nel qual caso si tratterebbe di *extraordinary rendition*), ma con l'inganno. Anzitutto, però, è appena il caso di notare l'incongruenza tra la richiesta di collaborazione giudiziaria e il successivo arresto, anche a prescindere dall'accertamento della mala fede. Come spunto di partenza, si consideri l'*Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime*<sup>114</sup>, un articolato completato da un gruppo di studiosi nel 1935, che non sfociò nell'adozione di un trattato internazionale, ma rappresenta comunque un'analisi autorevole dei principi consuetudinari relativi alla giurisdizione penale statale ai sensi del diritto internazionale. L'art. 15 di questa Convenzione-bozza, tradotto per convenienza, recita:

Nell'esercitare la giurisdizione ai sensi della presente Convenzione, nessuno Stato potrà esercitare l'azione penale o punire uno straniero che si trovi nel suo territorio ... dietro richiesta dei pubblici ufficiali di tale Stato, per fornire una testimonianza presso le corti statali o assistere altrimenti l'amministrazione della giustizia, a meno che tali atti non riguardino reati commessi durante la permanenza dello straniero per tali fini<sup>115</sup>.

Il Commento a questa norma ne espone la *ratio*: ragioni di correttezza impongono che uno Stato non approfitti della presenza sul suo territorio di uno straniero convocato per aiutare le autorità preposte all'amministrazione della giustizia, per perseguirlo o punirlo per crimini che potrebbe aver commesso in precedenza<sup>116</sup>. In astratto, lo Stato richiedente deve valutare se accordare priorità alla richiesta di

---

<sup>112</sup> Regole di ingaggio, per questo stesso motivo, aspramente criticate da [N. RONZITTI, in Come Trattare con l'India, in Affari internazionali.](#)

<sup>113</sup> Vedi C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 9.

<sup>114</sup> *Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime 1935*, in *American Journal of International Law*, Supp., 1935, p. 443.

<sup>115</sup> Il testo originale recita: "In exercising jurisdiction under this Convention, no State shall prosecute or punish an alien during his presence within its territory or a place subject to its authority at the request of officials of that State for the purpose of testifying before State tribunals or otherwise assisting in the administration of justice, except for crimes committed while present for such purpose".

<sup>116</sup> *Ibidem*, p. 617.



assistenza o all'azione penale e agire di conseguenza, senza tentare di raggiungere entrambi gli obiettivi. Il Commento elenca un numero impressionante di clausole che esprimono questo principio, di diritto nazionale o pattizio (in prevalenza incluse nei trattati bilaterali di estradizione) e conclude che la documentazione esaminata rappresenta una prova dotata di "overwhelming preponderance<sup>117</sup>" circa la vigenza di questo principio, la cui codificazione nella Convenzione rappresenterebbe "poco più che una cristallizzazione di un principio che è a un tempo in armonia con i principi della prassi internazionale e con le più ovvie esigenze di giustizia e correttezza<sup>118</sup>".

Appare perciò chiaramente che, se si deve prestare fede alla ricostruzione italiana dei fatti, le corti indiane – in osservanza del principio esposto sopra – non potrebbero esercitare l'azione penale e procedere all'arresto, perché i fucilieri avevano fatto ritorno sul suolo indiano solo per collaborare con le autorità indiane. Al contrario, dovrebbe loro permettersi di lasciare l'India una volta espletato il loro contributo all'amministrazione della giustizia locale, per non incorrere nella scorrettezza descritta sopra. Si può tuttavia dubitare della vigenza effettiva di questo principio come consuetudine internazionale. Nell'impossibilità di condurre un'estesa ricognizione della pratica statale, basti qui ricordare come questo principio sia incluso nel Manuale sul Trattato-Modello in materia di Cooperazione in Materia Penale (art. 15)<sup>119</sup>, in cui tuttavia si registra la possibilità che alcuni Stati interpretino questo salvacondotto come una garanzia eccessiva e inopportuna e si consiglia, nel caso, di riservare i dettagli applicativi di questo principio alla negoziazione bilaterale. Nell'ultima versione del Trattato-Modello<sup>120</sup>, risalente al 2007, manca il riferimento al salvacondotto (vedi art. 15<sup>121</sup>). Viceversa, questa garanzia appare nelle Convenzioni ONU contro la Corruzione (2003)<sup>122</sup> e contro il Crimine Organizzato Transnazionale (2000)<sup>123</sup>, nonché nella Convenzione del Consiglio d'Europa di assistenza giudiziaria in materia penale (1959)<sup>124</sup>.

Se si dovesse accettare l'esistenza di questo obbligo di salvacondotto, l'eventuale obiezione che la reale intenzione delle autorità indiane non era quella di usufruire della collaborazione dei militari italiani sarebbe senza pregio. La circostanza, infatti, potrebbe semmai leggersi come una dimostrazione ulteriore della mala fede delle autorità indiane, che di certo non può invocarsi per esimersi dall'attuazione

---

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 621.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 622, traduzione nostra.

<sup>119</sup> Vedi [Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters \(United Nations Office on Drugs and Crime, 2002\)](#) accessibile *online*, p. 109.

<sup>120</sup> [UN Office for Drugs and Crime, Model Law on Mutual Assistance in Criminal Matters \(2007\)](#), disponibile *online*.

<sup>121</sup> Che semplicemente impone allo Stato richiedente l'anticipazione delle spese necessarie al trasferimento della persona convocata sul suo territorio.

<sup>122</sup> Cfr. art. 46, c. 27, United Nations Convention against Corruption, adottata a New York il 31 ottobre 2003 con risoluzione dell'Assemblea Generale ONU A/RES/58/4.

<sup>123</sup> Cfr. art. 18, c. 27, United Nations Convention against Transnational Organized Crime, adottata a New York il 15 novembre 2000 con risoluzione dell'Assemblea Generale ONU A/RES/55/25.

<sup>124</sup> Art. 12, Convenzione adottata a Strasburgo il 20 aprile 1959.

dell'obbligo di correttezza sancito dal principio del salvacondotto (in base alla regola dell'*estoppel* o alla *clean-hands doctrine*).

Poiché l'esatta natura della richiesta inoltrata dalle autorità indiane nelle ore successive all'incidente non è chiara e dovrà essere oggetto di una nuova indagine adesso che le risultanze raccolte dalla polizia di Kerala sono state scartate *in toto*, è bene specificare che non ogni tipo di inesattezza o errore compiuto da un pubblico ufficiale nella procedura che porta all'arresto integra necessariamente un illecito internazionale. Una mera irregolarità nella sua condotta non basta a rendere l'arresto illegittimo e a imporre la restituzione dell'arrestato. Questo principio è espresso nel lodo del tribunale istituito presso la Corte Permanente di Arbitrato nel caso *Savarkar*<sup>125</sup>. Tuttavia, proprio in questo caso il tribunale ha incluso un paragrafo che, letto *a contrario*, suggerisce come l'illegalità dell'arresto possa discendere tanto da un comportamento violento quanto da uno fraudolento<sup>126</sup>, una precisazione preziosa vista la relativa scarsità di precedenti del secondo tipo<sup>127</sup>.

Più in generale, rispetto alle conseguenze di un esercizio illecito dei poteri statali finalizzato ad assicurarsi l'arresto di un sospetto che si trova all'estero, è ancora opportuno riportare un articolo della Convenzione-bozza, l'art. 16:

Nell'esercitare la giurisdizione ai sensi della presente Convenzione, nessuno Stato può esercitare l'azione penale o comminare una pena su una persona condotta nel suo territorio ... per mezzo di misure in violazione del diritto internazionale o di una convenzione internazionale, senza prima aver ottenuto il consenso dello Stato o degli Stati i cui diritti sono stati violati da tali misure<sup>128</sup>.

Già nel 1935, i redattori di questa norma ne riconoscevano il carattere legislativo (e non ricognitivo di una consuetudine esistente)<sup>129</sup>. Il principio aveva trovato

---

<sup>125</sup> *The Savarkar Case* (Regno Unito, Francia) 24 febbraio 1911, in *UN Recueil des Sentences Arbitrales*, Volume XI, p. 243.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 254: "it is manifest that the case is not one of recourse to fraud or force in order to obtain possession of a person who had taken refuge in foreign territory, and that there was not, in the circumstances of the arrest ... anything in the nature of a violation of the sovereignty of France, and that all those who took part in the matter certainly acted in good faith and had no thought of doing anything unlawful". Per un'esposizione meno risalente di questo indirizzo, v. *United States v. Yunis*, 288 U.S.App.D.C. 129 (1991), par. 26: "while the government's conduct was neither "picture perfect" nor "a model for law enforcement behavior," the "discomfort and surprise" to which appellant was subjected did not render his waiver invalid ... Similarly, we now find nothing in the record suggesting the sort of intentional, outrageous government conduct necessary to sustain appellant's jurisdictional argument".

<sup>127</sup> Per una retrospettiva dei casi in cui l'arresto è effettuato tramite rapimento, cfr. *ex multis* A. COSTI, *Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions*, in *Yearbook New Zealand Association for Comparative Law*, 2002, p. 57.

<sup>128</sup> L'originale recita: "In exercising jurisdiction under this Convention, no State shall prosecute or punish any person who has been brought within its territory or a place subject to its authority by recourse to measures in violation of international law or international convention without first obtaining the consent of the State or States whose rights have been violated by such measures".

<sup>129</sup> *Harvard Draft Convention 1935*, p. 624.

applicazione, per esempio nel caso *United States v. Ferris*<sup>130</sup>, in cui il giudice americano si era rifiutato di esercitare la propria giurisdizione sugli imputati, accusati di associazione a delinquere, poiché erano stati catturati su una nave a 270 miglia dalla costa, quindi fuori dai limiti territoriali in cui, come si è detto ripetutamente, lo Stato può esercitare i propri poteri coercitivi<sup>131</sup>. Tuttavia, lo studio del 1935 riconosceva come, nella pratica del diritto inglese e statunitense, prevalesse il principio *male captus bene detentus*: fermo il diritto al risarcimento dello Stato in danno del quale era avvenuto l'illecito internazionale, l'altro Stato poteva procedere a carico dell'accusato condotto illecitamente sul suo territorio<sup>132</sup>.

In questo quadro si iscrive la questione, più nota, delle *extraordinary renditions*, ossia delle catture effettuate all'estero da parte degli agenti dello Stato del foro penale, in violazione del principio della territorialità della giurisdizione penale. I casi più celebri sono quelli del tedesco Eichmann (rapito in Argentina dagli agenti del Mossad e condotto in Israele) e del messicano Alvarez-Machain (rapito da cittadini messicani, per conto della *US Drug Enforcement Administration*, e condotto negli Stati Uniti). Nel primo caso, il tribunale israeliano riconobbe l'avvenuta violazione del diritto internazionale, certificata dalla condanna del Consiglio di Sicurezza dell'ONU<sup>133</sup> e il diritto dell'Argentina a ottenere un rimborso come riparazione del danno subito, ma non declinò la propria giurisdizione sull'imputato e celebrò il processo<sup>134</sup>. Nel secondo<sup>135</sup>, la Corte Suprema degli Stati Uniti rilevò che, in mancanza di una norma del trattato di estradizione tra USA e Messico che vietasse il rapimento, il diritto internazionale generale non poteva imporre l'introduzione implicita di tale clausola, e perciò l'arresto di Alvarez-Machain non era illegittimo ai sensi del diritto internazionale<sup>136</sup>.

Più simile al caso in esame è quello esaminato dal Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Yugoslavia (ICTY) riguardo all'arresto di Dokmanović<sup>137</sup>. Quest'ultimo era destinatario di un mandato di arresto spiccato dall'ICTY, che l'allora Repubblica Federale di Jugoslavia si rifiutava di eseguire. Fu allora contattato da un pubblico ufficiale croato che gli prospettò un pagamento in riparazione delle proprietà perse durante la guerra, e un salvacondotto per le accuse che pendevano sul suo capo. Allettato da questa promessa, Dokmanović si recò in Croazia, dove fu però arrestato e

---

<sup>130</sup> *United States v. Ferris* (1927), 19 F. (2d) p. 925, *Annual Digest*, 1927-1928, Case No. 127, Hudson, Cases, p. 676.

<sup>131</sup> Per un caso analogo deciso dalla Corte Suprema, vedi *Cook v. United States*, 1933, 288 U.S. p. 102, p. 121.

<sup>132</sup> Per tutti, vedi lo studio di J. CAZALA, *L'Adage Male Captus Bene Detentus Face au Droit International*, in *Journal Droit. International*, 2007, p. 837.

<sup>133</sup> United Nations Security Council Resolution 138 UN Doc S/4349 (23 June 1960), 15 UN SCOR Res and Decl 4.

<sup>134</sup> Cfr. *Procuratore Generale dello Stato di Israele c. Adolf Eichmann*, Corte Distrettuale di Gerusalemme, Israele (12 dicembre 1961), e Corte Suprema (29 maggio 1962).

<sup>135</sup> *United States v. Alvarez-Machain* (1992) 112 US p. 2188, p. 2193.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 2196.

<sup>137</sup> *Prosecutor v. Slavko Dokmanović Decision on the Motion for Release by the Accused Slavko Dokmanović*, Case No IT-95-13a-PT, Trial Chamber, 22 ottobre 1997, ristampato in 111 *ILR* p. 459.

trasportato su un volo per l'Aja, dove fu consegnato all'ICTY. Il Tribunale, richiesto di valutare la sussistenza della propria giurisdizione in ragione delle vicende che avevano portato all'arresto, dichiarò che non c'era stata una violazione del diritto internazionale né una violazione della sovranità della Federazione Jugoslavia, non essendosi verificato un rapimento forzoso<sup>138</sup>. Nella giurisprudenza nazionale, può citarsi il caso *Schmidt*<sup>139</sup>, deciso dalla House of Lords del Regno Unito. L'accusato, che si trovava in Irlanda e su cui pendeva un'azione penale per traffico di stupefacenti in Germania, era stato invitato in Inghilterra con il pretesto di chiarire la sua posizione rispetto a una truffa relativa a falsi assegni. L'agente che aveva contattato Schmidt gli aveva assicurato che la sua presenza a Londra era richiesta per condurre gli accertamenti necessari a escluderlo dagli indagati. Al suo arrivo a Londra, *Schmidt* fu arrestato e tradotto in Germania, in esecuzione del trattato sull'extradizione vigente tra i due Stati. Lord Jauncey of Tullichettle, nel respingere il suo ricorso, notò che non vi era stato rapimento, e che non si poteva dire che Schmidt era stato veramente costretto a recarsi nel Regno Unito: "Had he chosen to remain in Ireland, there was nothing that the authorities here could have done about it. At the very worst, he was tricked into coming to England but not coerced"<sup>140</sup>.

In conclusione, la dottrina *male captus bene detentus* è diffusa abbastanza<sup>141</sup> da poter escludersi, con buona pace dell'altro adagio *ex injuria jus non oritur*, l'esistenza di una consuetudine ispirata al principio opposto, ossia il difetto di giurisdizione in caso di arresto illegittimo<sup>142</sup>. Inoltre, l'assenza di atti di violenza nel caso dell'*Enrica Lexie*, oltre a escludere l'applicazione degli sparsi precedenti basati sull'inaccettabilità del rapimento per compressione dei diritti fondamentali<sup>143</sup>, potrebbe addirittura interpretarsi come un'attenuante della responsabilità dell'India nei confronti dell'Italia,

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, paragrafo 88.

<sup>139</sup> *Re Schmidt* [1995] 1 AC p. 339 (HL).

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 369. Altri due casi in cui l'arresto è stato ottenuto con l'inganno sono quello americano *United States v. Yunis* 681 F Supp p. 896 (1988) US District Court e quello deciso dal Privy Council in appello dalla Corte di Appello di Hong Kong nel caso *Somchai Liangsiriprasert v. Government of the United States of America* [1991] 1 A.C. p. 225. In questi casi la giurisdizione fu confermata, e l'inganno era consistito nel prospettare all'indagato, in entrambi i casi uno spacciatore, un affare lucrativo che richiedeva il suo trasferimento all'estero.

<sup>141</sup> Cfr. ad esempio s. 432 del Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States: American Law Institute, Washington D.C., 1987. Per due riconoscimenti effettuati da tribunali internazionali (ulteriori al caso Dokmanovic presso l'ICTY), cfr. Tribunale Speciale della Cambogia (ECCC), Case File No. 002/14-08-2006, Order of Provisional Detention, 31 luglio 2007 e Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda (ICTR), caso *Procuratore c. Rwamakuba*, ICTR 98-44-T, Decision on the Defence Motion Concerning the Illegal Arrest and Illegal Detention of the Accused, Case, 12 dicembre 2000, paragrafo 30.

<sup>142</sup> Tuttavia, cfr. M. HALBERSTAM, *In Defence of the Supreme Court Decision in Alvarez-Machain*, in *American Journal of International Law*, 1992, p. 746 in cui si nota come questo principio sia generalmente ritenuto desueto dalla dottrina internazionalistica.

<sup>143</sup> Vedi per tutti i casi *Reg. v. Horseferry Road Magistrates' Court, Ex parte Bennett* [1994] 1 A.C. p. 42; *United States v. Toscanino*, 500 F.2d pp. 274-275, (1974). Per la nascita della c.d. dottrina *Ker-Frisbie*, usata dalla Corte Suprema USA in *Alvarez-Machain*, vedi *Ker v. Illinois*, 119 U.S. p. 436, (1886) e *Frisbie v. Collins*, 342 U.S. p. 519 (1952).

in applicazione del principio affermato dall'ICTY nel caso *Dokmanović*<sup>144</sup> e dall'House of Lords nel caso *Schmidt*, accettato anche in altre giurisdizioni<sup>145</sup>.

#### 4. Immunità.

In questa quarta parte si considerano le problematiche legate alla regola dell'immunità funzionale degli organi statali dalla giurisdizione penale di uno Stato estero, al fine di valutarne i margini di operatività nei confronti dei due militari imbarcati a bordo della *Enrica Lexie*. Le tesi indiane riportate nella sentenza interlocutoria del 18 Gennaio 2003 adducono cinque ragioni che osterebbero al riconoscimento dell'immunità ai fucilieri: 1) la mancanza, nel diritto internazionale, di una nozione sufficientemente condivisa della portata dell'immunità funzionale, di talché valutazioni di questo tipo sarebbero rimesse alla discrezionalità di ciascuno Stato; 2) l'impossibilità di aderire a un principio che avrebbe l'effetto di impedire l'operatività del codice penale indiano nei confronti di taluni individui, stante la sua applicabilità nei confronti di "tutti e ciascuno"; 3) la mancanza dell'attribuzione dello status diplomatico ai due ufficiali di marina; 4) l'assenza di uno *Status of Forces Agreement* fra India e Italia; 5) la natura *iure gestionis* dell'attività svolta dai militari italiani<sup>146</sup>.

Sebbene le argomentazioni siano riportate in sentenza nell'ordine ora indicato, è parso opportuno riorganizzarle per consentirne una trattazione sistematica. In questa prospettiva, la sezione 1 intende ricostruire in termini generali la regola dell'immunità funzionale nella formulazione accolta dal diritto internazionale consuetudinario. La sezione 2 si occupa dell'identificazione dei soggetti che possono beneficiarne. La sezione 3 approfondisce i caratteri che deve presentare la condotta dell'organo statale affinché sia idonea ad attrarre l'immunità, con particolare attenzione al caso degli atti commessi da un funzionario statale oltre i limiti del suo mandato. Le sezioni 4, 5 e 6 intendono analizzare le posizioni di dottrina e giurisprudenza in base alle quali l'operatività della regola dell'immunità è subordinata al consenso dello Stato ospite alla presenza degli organi di uno Stato estero in aree sottoposte alla sua sovranità territoriale. La problematica presenta un interesse particolare perché costituisce un punto cardine della difesa indiana, sebbene la pertinenza delle osservazioni svolte nel caso di specie sia discutibile. La sezione 7, da ultimo, affronta il tema della obbligatorietà per le corti indiane delle norme ricostruite nel corso di questo scritto, alla luce del sistema dualista adottato dal paese rispetto al diritto internazionale. Le sezioni 1, 2, 3 e 7 sono suddivise in una prima parte nella quale sono considerati gli

---

<sup>144</sup> Vedi il commento di M. P. SCHARF, *The Prosecutor v Slavko Dokmanović: Irregular Rendition and the ICTY*, in *Leiden Journal of International Law*, 1998, p. 369, p. 374.

<sup>145</sup> Vedi negli Stati Uniti *United States v. Wilson* US Fd. Court of Appeal, 721 F.2d p. 967 (1983); *Sami v. United States*, 617 F.2d p. 755, p. 774 (D.C.Cir.1979); in Canada *Re Hartnett and the Queen* Ontario Court of Justice (1973) 1 OR (2d) p. 206; in Germania *Mr. Al-M*, BVerfG, 2 BvR 1506/03 del 5 maggio 2003.

<sup>146</sup> Sentenza della Corte Suprema, paragrafo 66.



istituti e in una seconda parte nella quale sono valutati i fatti specifici della vicenda dei marò sulla base delle considerazioni teoriche svolte. Le sezioni 4 e 5 si dedicano invece a un inquadramento teorico degli *Status of Forces Agreements* e della nozione di consenso nell'ambito dell'immunità *ratione materiae*, al fine di applicare i concetti esaminati al caso della *Enrica Lexie*, nella sezione 6.

#### 4.1. L'immunità funzionale dalla giurisdizione penale: alcuni concetti.

La *summa divisio* in materia di immunità dell'organo di uno Stato dalla giurisdizione penale di uno Stato estero si articola nella distinzione fra immunità *ratione personae* o personale, e immunità *ratione materiae*, o funzionale. Entrambi gli istituti costituiscono astrattamente un limite all'esercizio della giurisdizione nei confronti di chi ne beneficia, ma la loro operatività è differente, in ragione della diversa *ratio*. L'immunità *ratione personae* è legata al riconoscimento del ruolo fondamentale di taluni individui nella gestione dello Stato ed è finalizzata a consentire che l'esercizio di tali funzioni non sia impedito od ostacolato dal potere sanzionatorio di una giurisdizione straniera<sup>147</sup>. L'immunità *ratione materiae* risponde invece a un'esigenza meno pratica e forse più formalistica, ben sintetizzata dal brocardo latino "*par in parem non habet imperium*"<sup>148</sup>. Quando l'individuo-organo di uno Stato opera nell'esercizio delle proprie funzioni, le sue azioni sono imputabili esclusivamente all'ente sovrano della cui organizzazione strutturale fa parte<sup>149</sup>. A questo punto, ragioni di tutela della sovranità, dignità e indipendenza di tale Stato impongono alle corti straniere di astenersi dall'esercitare la giurisdizione su tali condotte, nonostante queste siano *prima*

---

<sup>147</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio) sentenza del 14 febbraio 2002, p. 22: "The Court accordingly concludes that the functions of a Minister for Foreign Affairs are such that, throughout the duration of his or her office, he or she when abroad enjoys full immunity from criminal jurisdiction and inviolability. That immunity and that inviolability protect the individual concerned against any act of authority of another State which would hinder him or her in the performance of his or her duties". Si tratta con evidenza di una funzionalizzazione dell'immunità *ratione personae*, strettamente collegata al ruolo che certi soggetti svolgono nella gestione dello Stato.

<sup>148</sup> Anche l'immunità *ratione personae* è in qualche modo volta a proteggere la dignità e il prestigio delle figure istituzionali alle quali viene riconosciuta e, in questa misura, potrebbe essere considerata un istituto più legato a formalismi del passato che a necessità pratiche. Nella sentenza resa nel caso *House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appellants), Ex Parte Pinochet (Pinochet 3)*, Lord Millet chiarisce a esempio che: "The immunity of a serving head of state is enjoyed by reason of his special status as the holder of his state's highest office. He is regarded as the personal embodiment of the state itself. It would be an affront to the dignity and sovereignty of the state which he personifies and a denial of the equality of sovereign states to subject him to the jurisdiction of the municipal courts of another state, whether in respect of his public acts or private affairs". Queste considerazioni sono condivisibili, ma, in linea con la dottrina maggioritaria, sembra che le ragioni di buon funzionamento dei più alti livelli dell'amministrazione statale siano prevalenti nella individuazione della *ratio* dell'immunità *ratione personae*. V. *ibidem*, paragrafo 71. Cfr. S. WIRTH, *Immunity for Core Crimes? The ICJ's Judgment in the Congo v Belgium Case*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 877.

<sup>149</sup> Cfr. *Certain Matters of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Gibuti c. Francia), Sentenza 4 giugno 2008, p. 242. Su tutti vedi N. RONZITTI, *Introduzione al Diritto Internazionale*, Torino, 2009, p. 144.



*facie* qualificabili come illecite in base alle leggi del foro<sup>150</sup>. Pertanto, la nozione comune secondo la quale l'immunità funzionale sia attribuito personale di coloro che agiscono per conto dello Stato è in realtà imprecisa: l'immunità è prerogativa dell'ente sovrano<sup>151</sup> e i suoi organi, salvo casi eccezionali<sup>152</sup>, non possono essere chiamati a rispondere perché tali atti non sono a essi imputabili<sup>153</sup>. Nei termini appena indicati, la norma costituisce un principio del diritto internazionale generale. Vero è che su alcune questioni il dibattito è ancora aperto: così si discute se la regola per cui l'immunità non è invocabile nel caso della commissione di un crimine internazionale abbia già i caratteri della *opinion iuris ac necessitatis* oppure ancora se presupposto dell'immunità *ratione materiae* sia il consenso dello Stato ospite alla presenza di organi stranieri su aree sottoposte alla sua sovranità. Ma la natura consuetudinaria della regola nel suo contenuto essenziale è incontestabile<sup>154</sup>.

---

<sup>150</sup> Il riconoscimento dell'immunità funzionale non equivale a garantire l'immunità dell'autore del reato. In primo luogo, lo Stato al quale l'azione viene imputata potrebbe essere chiamato a rispondere per aver commesso un illecito internazionale e dunque tenuto a forme di varie forme di riparazione, ad esempio nei confronti dei familiari delle vittime, sempre che sia accertato l'agire illecito. In secondo luogo, l'organo dello Stato che ha materialmente commesso il reato è comunque passibile di giudizio davanti alle corti del suo Stato. D'altra parte resta ferma anche la possibilità per lo Stato di rinunciare all'immunità del suo organo. Cfr. *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio) sentenza del 14 febbraio 2002, p. 49, paragrafo 61.

<sup>151</sup> Cfr. *Certain Matters of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Gibuti c. Francia), Sentenza 4 giugno 2008, p. 242: "What Djibouti requests of the Court is to acknowledge that a State cannot regard a person enjoying the status of an organ of another State as individually criminally liable for acts carried out in that official capacity, that is to say in the performance of his duties. Such acts, indeed, are to be regarded in international law as attributable to the State on behalf of which the organ acted and not to the individual acting as the organ". L'opinione è largamente condivisa anche in dottrina. Cfr. E. DAVID, *Éléments de Droit International Pénal et Européen*, Bruylant, 2009, p. 58. Ulteriore conferma deriva dal fatto che lo Stato può rinunciare all'immunità del suo organo, dimostrando di avere la piena titolarità del privilegio.

<sup>152</sup> È il caso dei crimini internazionali. Anche se la prassi non è sufficientemente uniforme da consentire di affermare che si sia formata una regola consuetudinaria, è comunque rinvenibile una fortissima tendenza a negare l'immunità funzionale a coloro che, sebbene nell'esercizio delle loro funzioni, abbiano commesso crimini tanto gravi da costituire un *vulnus* all'ordinamento internazionale nel suo complesso. Rientrano fra questi senza dubbio il crimine di genocidio e i crimini contro l'umanità. Qualche dubbio in più sussiste sui crimini di guerra. Cfr. D. AKANDE, *Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 815.

<sup>153</sup> *Prosecutor v Blaškić*, IT-95-14, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, paragrafo 41.

<sup>154</sup> Cfr. *infra*, p.54. Come detto una questione ampiamente dibattuta è se la regola per cui l'immunità non operi nel caso della commissione di crimini internazionali abbia natura consuetudinaria. Alcuni autori ritengono di sì, come ad esempio A. CASSESE, *The Belgian Court of Cassation v. the International Court of Justice: the Sharon and others Case*, in *Journal of International Criminal Law*, 2003, p.437; H. KING, *Immunities and Bilateral Agreements: Issues Arising from Articles 27 and 28 of the Rome Statute*, in *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2006, p. 269. Altre prese di posizione sono state molto più tiepide. Ci si domanda per esempio quanto pesi sulla possibilità di riconoscere il contenuto consuetudinario della regola la circostanza che questa non sia stata menzionata fra le eccezioni alla dottrina dell'immunità nell'*Arrest Warrant* case (pp. 56 s., paragrafo 61). Parimenti, la prassi appare tal volta ondivaga. Nel 2007 ad esempio la magistratura francese ha escluso la possibilità di procedere nei confronti dell'ex segretario alla difesa statunitense Donald Rumsfeld, accusato del crimine internazionale di tortura, in ragione

Il diverso fondamento delle due immunità ne spiega peraltro anche la differente ampiezza: l'immunità personale copre qualsiasi tipo di atto posto in essere dall'agente, anche quelli non connessi con l'esercizio della funzione svolta; copre azione commesse anche prima dell'assunzione di determinati incarichi apicali da parte dell'agente, ma viene meno non appena questi decade dal proprio ufficio; trova applicazione solo a un ristretto numero di individui, che svolgono funzioni di vertice nell'amministrazione dello Stato e sono sostanzialmente insostituibili nei rispettivi ruoli<sup>155</sup>. Per contro, l'immunità funzionale ha una portata per certi versi più limitata, poiché è invocabile solo per gli atti compiuti dagli organi dello Stato nello svolgimento delle proprie funzioni ufficiali, ma non viene meno quando il vincolo organico si interrompe. A differenza dell'immunità personale, l'immunità funzionale è riconosciuta a un novero ben più ampio di soggetti-organi, e non solo a quelli che rivestono posizioni apicali<sup>156</sup>. A titolo di mero esempio, ne hanno variamente beneficiato alte gerarchie degli eserciti<sup>157</sup>, pubblici ministeri e dirigenti dei servizi per la sicurezza nazionale<sup>158</sup>, direttori di registri navali<sup>159</sup>, membri dei servizi di *intelligence*<sup>160</sup> e soldati semplici<sup>161</sup>. Salvo verificare che ne sussistano tutte le condizioni, dunque, l'immunità che assume rilievo nel caso dei marò è l'immunità *ratione materiae*, che escluderebbe la possibilità da parte delle corti indiane di esercitare la loro giurisdizione in ragione della riconducibilità esclusiva allo Stato italiano degli atti compiuti dai fanti di marina Latorre e Girone. Questo consente di contestare sin da subito la fondatezza della tesi che nega l'immunità ai due militari in quanto non beneficiari di status diplomatico<sup>162</sup>. L'immunità diplomatica è infatti un *tertium genus*<sup>163</sup> rispetto alla bipartizione sopra

---

dell'immunità funzionale che copriva i suoi atti al momento della loro commissione. Vedi su questa vicenda il resoconto della stampa, [French prosecutors throw out Rumsfeld torture case, in Reuters](#).

<sup>155</sup> A. CASSESE, *When may Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v Belgium Case*, in *European Journal of International Law*, 2002, p. 853, pp. 862-863; S. WIRTH, *op. cit.* Tipicamente questo tipo di immunità è riconosciuta ai capi di Stato e di governo e ai ministri degli esteri. La possibilità che altri ministri ne beneficino è più discussa anche se, nonostante le titubanze, l'immunità personale è stata talvolta riconosciuta agli incaricati della difesa o del commercio estero. Vedi *Re Mofaz*, in *International Law Reports*, 2006, p. 709 s.; *Re Bo Xilai*, in *International Law Reports*, p. 713 s.

<sup>156</sup> R. CRYER ET AL, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, 2007, p. 433 s.

<sup>157</sup> Corte di Cassazione Belga, *Re Sharon and Yaron*, 12 febbraio 2003, in *International Law Reports*, 2005, p. 110 s. In questo caso a dire la verità l'immunità *ratione personae* di Yaron, un generale dell'esercito israeliano, è stata negata in ragione del fatto che i fatti contestati equivalevano a crimini internazionali. In ogni caso la Corte ha prima affermato l'astratta applicabilità soggettiva della regola dell'immunità a Yaron, salvo poi negarla nel concreto in ragione di quanto della natura non comune dei crimini commessi.

<sup>158</sup> *Certain Matters of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Gibuti c. Francia), Sentenza 4 giugno 2008, paragrafo 181.

<sup>159</sup> 1<sup>st</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008, U.N. Doc. [A/CN.4/601](#), p. 55, nota 210.

<sup>160</sup> United States District Court for the District of Colombia, *Belhas et Others v. Moshe Ya'alon*, 14 December 2006, 466 F. Supp. 2d 127.

<sup>161</sup> Cass. 24 luglio 2008 n. 31171.

<sup>162</sup> Sentenza della Corte Suprema, paragrafo 69.

<sup>163</sup> Vedi l'ampia discussione sul punto di J. HARTMANN, *The Gillon Affair in International and Comparative Law Quarterly*, 2005, p. 745 s. Un'interpretazione diversa non vede l'immunità diplomatica come un *tertium*

prospettata. La circostanza che alcuni soggetti possono godere contemporaneamente di entrambe non inficia l'operatività disgiunta di ciascuna di esse <sup>164</sup>.

#### 4.2. Il requisito soggettivo dell'immunità: la nozione di organo statale.

Il primo requisito per il riconoscimento dell'immunità funzionale ha carattere soggettivo e richiede la verifica della qualifica di organo dello Stato in capo al soggetto agente. Il diritto internazionale è privo di una nozione codificata di detto status, ma la dottrina internazionalistica ritiene che affinché un individuo possa essere definito tale, siano necessari due requisiti, anche disgiuntamente: che egli abbia, in base al diritto interno, il potere di rappresentare lo Stato o che abbia il potere di agire per conto dello Stato in tutte quelle materie nelle quali questo esercita prerogative sovrane<sup>165</sup>. La prima categoria include coloro ai quali è istituzionalmente demandata la rappresentanza estera, come agenti diplomatici e consolari, mentre il secondo ramo della definizione ha portata residuale e copre un nutrito gruppo di persone, al punto che, ai fini dell'immunità, si sono considerati organi dello Stato non solo i funzionari ma anche alcune tipologie di impiegati statali del medesimo<sup>166</sup>. Può essere opportuno richiamare come sostegno ermeneutico il Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali. Gli istituti della responsabilità dello Stato e dell'immunità condividono infatti il presupposto teorico dell'attribuzione delle azioni dell'organo allo Stato cui esso fa capo. Il concetto è ben espresso da *Lord Hoffman* nel caso *Jones v. Saudi Arabia*. Secondo il giudice:

It has until now been generally assumed that the circumstances in which a state will be liable for the act of an official in international law mirror the circumstances in which the official will be immune in foreign domestic law. There is a logic in this assumption: if there is a remedy against the state before an international tribunal, there should not also be a remedy against the official himself in a domestic tribunal. The cases and other materials on state liability make it clear that the state is liable for acts done under colour of public authority, whether or not they are actually authorised or lawful under domestic or international law<sup>167</sup>.

Ciò precisato, il commentario all'art. 4 del Progetto specifica che la nozione di organo comprende funzionari di ogni ordine e tipologia, operativi a qualsiasi livello

*genus* ma come una specifica declinazione dell'immunità *ratione personae*. Vedi a esempio R. CRYER, *op. cit.*, pp. 533-34.

<sup>164</sup> S. WIRTH, *op. cit.*, p. 884.

<sup>165</sup> F. PRZETACZNICK, *Basic Principles of International Law Concerning the Protection of the Officials of Foreign States*, paper presentato al trentunesimo convegno annuale della International Study Association, Washington, D.C., 11 Aprile 1990. Citato in 2<sup>nd</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008 U.N. Doc. [A/CN.4/631](#), p.55.

<sup>166</sup> *Propend Finance Pty Ltd v Sing*, [1997] EWCA Civ. 1433.

<sup>167</sup> *Jones v Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabyia AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia)*, [2006] UKHL, paragrafo 74.

gerarchico e che tali siano considerati dalla legislazione del foro o, nel difetto di questa, anche dalla prassi domestica<sup>168</sup>. Si tratta di una qualificazione molto ampia, nella quale i soldati di uno Stato straniero sono indubbiamente inclusi. Non risulta infatti che nella casistica giurisprudenziale recente l'immunità a un militare sia stata negata in ragione della mancanza del requisito soggettivo di organo dello Stato. Comunque, anche a prescindere dalle classificazioni formali, Latorre e Girone sono fucilieri della Marina Militare Italiana, branca delle forze armate che ai sensi dell'art. 110 del Codice dell'Ordinamento<sup>169</sup> militare, "costituisce la componente operativa marittima della difesa militare dello Stato". Rendono pertanto possibile lo svolgimento di un'attività sovrana della Repubblica Italiana, sono imbarcati su vascelli nazionali per specifica disposizione di legge, operano sotto la direzione del Ministero della Difesa e nel contesto degli ordini e delle regole d'ingaggio definite dall'Amministrazione. Inoltre, in base all'art. 5 del Decreto, al comandante e ai membri del nucleo di protezione militare sono attribuite le funzioni, rispettivamente, di Ufficiale e Agenti di Polizia giudiziaria, per quel che concerne le operazioni compiute nella repressione di un eventuale attacco di pirati<sup>170</sup>.

Che i due fanti di marina siano in astratto organi dello Stato è, dunque, fuor di dubbio. Ma, nel caso concreto della *Enrica Lexie*, in che ruolo hanno agito? È presente nella dinamica della vicenda qualche elemento che possa aver reciso il vincolo funzionale formale che lega i due militari allo Stato italiano? Se così fosse, si potrebbe ritenere che i due marò abbiano agito nel concreto come delle guardie armate alla dipendenza di soggetti privati, nel qual caso l'imputabilità delle loro azioni in capo allo Stato, e la conseguente immunità, sarebbero più difficili da sostenere. La domanda è lecita alla luce di due circostanze. La prima fa riferimento all'articolo 5 terzo comma del Decreto legge 12 luglio 2011 n. 107, in base al quale le spese per l'impiego dei fanti di marina sono a carico dell'armatore che se ne serve e non dello Stato. La seconda è connessa alla decisione del capitano della nave di entrare nel porto di Kochi dopo l'incidente, su richiesta delle autorità dello Stato del Kerala. Come visto in precedenza, l'arresto dei due marò e l'esercizio dei poteri di coercizione da parte delle autorità locali non sarebbero infatti stati possibili se la nave avesse continuato la navigazione in acque internazionali. È lecito dunque domandarsi se la libertà riconosciuta dalla legge

---

<sup>168</sup> Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentary (*Draft Articles*), in *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two, p. 40 "[t]he reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense. It is not limited to the organs of the central government, to officials at a high level or to persons with responsibility for the external relations of the State. It extends to organs of government of whatever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level. No distinction is made for this purpose between legislative, executive or judicial organs"

<sup>169</sup> Art 10, Decreto Legislativo 15 Marzo 2010, n. 66.

<sup>170</sup> A prescindere dalla possibile contrarietà al diritto internazionale di questa disposizione, che alcuni non hanno mancato di sottolineare, non sfugge come ai fini della qualificazione organica dei due marò si tratti senz'altro di norma rilevante. C'è anche da dire che l'eventuale arresto dei pirati non è il fine del mandato dei marò, ma è possibile solo a seguito di un attacco subito. Vedi [O. VILLONI, La Vicenda dei Marò Italiani in India, 13 marzo 2013, in \*Questione giustizia\*](#).

al capitano in ordine alla definizione della rotta e, nello specifico, la scelta di modificarla per entrare in acque territoriali indiane, non denotino una mancanza di controllo dello Stato sui suoi organi, che andrebbe a sostanziare ulteriormente la critica circa l' opacità della catena di comando delle operazioni messa in luce anche dal dibattito parlamentare italiano<sup>171</sup>.

Il primo problema può essere affrontato ricorrendo ancora una volta alla giurisprudenza in materia di responsabilità internazionale dello Stato per fatto illecito, e, segnatamente, alla questione dell' imputabilità allo Stato di azioni compiute da parte di soggetti non qualificati formalmente come suoi organi. Presupposto per l' operatività di questo istituto giuridico è che lo Stato eserciti un certo tipo di controllo effettivo su coloro che, sebbene non inseriti in nessun tipo di struttura ufficiale, agiscono comunque per suo conto o sotto la sua direzione<sup>172</sup>. Tutti i vari test elaborati per valutare le caratteristiche che il controllo statale deve avere affinché un soggetto possa essere qualificato come organo *de facto* di uno Stato tendono a svilire il ruolo dei meri vincoli di natura economica, siano questi finanziamenti generici o vera e propria remunerazione del lavoro svolto, sotto forma di stipendi<sup>173</sup>. Non sarebbe neppure corretto qualificare la fornitura di sostegno economico come una condizione necessaria ma non sufficiente: si tratta infatti di un semplice indice, alla stregua di molti altri, la cui presenza o assenza, singolarmente considerata, non ha natura dirimente circa l' esistenza o meno di un effettivo potere di direzione. La sola circostanza che l' attività di protezione svolta da i marò fosse a carico dell' armatore non sembra dunque avere dunque alcun impatto sull' esistenza di un vincolo organico che li lega allo Stato: se

---

<sup>171</sup> L' allora Ministro degli Esteri Giulio Terzi ha ad esempio dichiarato "Non avevo titolo né autorità né influenza per modificare la decisione del comandante [del mercantile Enrica Lexie di dirigersi verso il porto di Kochi]" dimostrando così l' esattezza del detto marinaio "Non si piglia il vento alla vela, senza licenza del nocchiero". Vedi le relazioni rese dal Ministro degli Affari esteri al Senato della Repubblica (XVI Legislatura, seduta del 13 marzo 2013).

<sup>172</sup> Art. 8, *Draft Articles*: "The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of that State in carrying out the conduct."

<sup>173</sup> Per il caso del c.d. "*overall control test*", cfr. *Prosecutor v Duško Tadić*, IT-94-1-A (1999), Appeals Chamber, paragrafo 117. Per il caso del c.d. "*effective control test*" vedi *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti), Sentenza 27 giugno 1986, paragrafo 86. Sulla specifica questione dell' irrilevanza dei rapporti di natura economica vedi *ibidem*, paragrafo 109: "[D]espite the heavy subsidies and other support provided to them by the United States, there is no clear evidence of the United States having actually exercised such a degree of control in all fields as to justify treating the contras as acting on its behalf." Vedi anche *Prosecutor v. Dusko Tadić, cit.*, paragrafo 130: "Precisely what measure of State control does international law require for organized military groups? Judging from international case law and State practice, it would seem that for such control to come about, it is not sufficient for the group to be financially or even militarily assisted by a State" o ancora, paragrafo 137 "[...]control by a State over subordinate armed forces or militias or paramilitary units may be of an overall character (and must comprise more than the mere provision of financial assistance or military equipment or training)". (corsivi aggiunti).

Per un ampio dibattito su questa materia vedi S. SALMON, *The Various Control Tests in the Law of State Responsibility and the Responsibility of Outside Powers for Acts of Secessionist Entities*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 22.



rapporti economici non sono sufficienti a costituire un legame *de facto*, non saranno neppure idonei a scinderne uno formale. Per di più quando a norma della Convenzione stipulata fra il Ministero della Difesa e Confitarma, le somme dovute dall'armatore per i servizi resigli non vengono versate direttamente ai militari in forma di stipendio, ma alle casse dello Stato, a titolo di rimborso, escludendo *a fortiori* qualsiasi forma di dipendenza economica dei militari nei confronti della società privata che se ne serve<sup>174</sup> e configurando piuttosto la dazione di denaro come un contributo speciale di natura tributaria<sup>175</sup>.

Per affrontare la seconda questione è necessario invece identificare i termini della missione affidata ai due marò a bordo della nave *Enrica Lexie*. A questo riguardo, il Decreto Legge 12 Luglio 2011, n. 107 autorizza l'impiego di nuclei armati militari su mercantili privati al fine di garantire la "protezione delle navi battenti bandiera italiana in transito negli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria". Concetto questo ribadito dal Protocollo d'intesa firmato fra il Ministero della Difesa e l'Associazione Italiana degli Armatori in base al quale compito dei fanti di marina è quello di "assicurare autonomamente la protezione diretta di navi mercantili nazionali da atti di pirateria o depredazione armata". La definizione di tutte le manovre concernenti la navigazione, compresa la definizione della rotta, rimane invece come visto appannaggio esclusivo del capitano<sup>176</sup>. Ora, è esclusivamente con riguardo alle funzioni di protezione, e a queste soltanto, che va valutata l'esistenza e la permanenza del vincolo funzionale anche sostanziale dello Stato sui suoi organi, poiché solamente queste sono ricomprese nel loro mandato. Detto in altre parole, anche ammettendo che lo Stato abbia perso il controllo sui marò nel momento successivo alla sparatoria e che questi siano stati condotti nel porto per volontà esclusiva dell'armatore e contro la volontà dell'Italia, ciò non significherebbe che il vincolo funzionale non fosse sussistente e operativo quando veniva attuata l'attività specifica di difesa della nave<sup>177</sup>. Infatti la sussistenza dell'immunità funzionale va valutata con riferimento al *tempus commissi delicti*: se l'atto contestato è stato compiuto da chi è in quel momento sotto il controllo dello Stato, come erano i marò, il successivo venir meno del rapporto organico non ne inficia l'imputabilità all'ente sovrano.

---

<sup>174</sup> Art 5, terzo comma, Decreto Legge 12 Luglio 2011, n. 107, convertito con modificazioni con Legge 2 Agosto 2011, n. 130; Art. 6, Allegato al Protocollo di Intesa fra il Ministero della Difesa e Confitarma, 11 Ottobre 2011.

<sup>175</sup> C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>176</sup> Art. 4, commi 1 e 2, Allegato al Protocollo di Intesa fra il Ministero della Difesa e Confitarma, 11 Ottobre 2011.

<sup>177</sup> Si tratta di un'ipotesi riportata a soli fini esplicativi, che non corrisponde comunque all'effettiva dinamica dei fatti nella vicenda della *Enrica Lexie*. Nel caso di specie il capitano della nave si è consultato con le autorità italiane, che hanno convenuto sull'opzione dell'inversione di rotta verso il porto di Khoci, al fine di poter prestare l'assistenza giudiziaria che le autorità locali avevano richiesto. L'ex Ministro degli Esteri Giulio Terzi ha ad esempio dichiarato che il comandante della nave, autorizzato dall'armatore, "decideva di dirigere in porto e il comandante della squadra navale e il Centro interoperativo interforze della Difesa non avanzavano obiezioni". Vedi le relazioni rese dal Ministro degli Affari esteri al Senato della Repubblica (XVI Legislatura, seduta del 13 marzo 2012).



#### 4.3. La natura ufficiale delle attività coperte da immunità.

L'ulteriore *condicio si ne qua non* dell'immunità *ratione materiae* è la natura ufficiale che devono presentare gli atti dell'agente. Si tratta di un punto sul quale anche il dibattito dottrinale italiano è stato poco chiaro e che conviene dunque affrontare compiutamente. Per valutare la natura della condotta possono essere esperiti due diversi test. Il primo si rifà ai criteri stabiliti nell'ambito nel Progetto di articoli sulla responsabilità statale per fatto illecito, data la più volte ricordata comunanza di presupposti fra questo istituto e quello dell'immunità. Il secondo invece è stato suggerito dall'*Institut de Droit International* in una risoluzione del 2001<sup>178</sup>.

In base al commentario all'Art. 4 del Progetto è sufficiente che l'agente abbia agito in veste ufficiale, anche in maniera apparente<sup>179</sup>. Non è invece dirimente il movente dell'azione, che può ben essere privato, né il contenuto sostanziale della condotta. Anche se può apparire un ragionamento circolare, per la Commissione di Diritto Internazionale, atto ufficiale è l'atto commesso da chi riveste una veste ufficiale, senza ulteriori qualificazioni. Secondo l'*Institut de Droit International* invece, che si è occupato della questione con riguardo agli ex capi di Stato, l'immunità funzionale non sussiste quando un atto, sebbene ufficiale, sia stato posto in essere per l'esclusiva soddisfazione di un interesse personale o per il conseguimento di un vantaggio, anche immateriale, di natura privata<sup>180</sup>. Questa posizione ha trovato riscontro nella giurisprudenza, sebbene non in maniera costante<sup>181</sup>. Non è invece chiaro se sia possibile esperire un giudizio di prevalenza nei casi in cui una certa condotta sia il risultato di più moventi.

Dunque, l'atto di un organo statale sicuramente non riveste natura ufficiale quando la condotta è di natura esclusivamente privata, ossia è posta in essere dall'organo che non esercita le proprie funzioni, come è ad esempio il caso del militare non in servizio. Inoltre, se si decide di impiegare il test dell'*Institut de Droit International*, la stessa conclusione vale anche quando l'atto, sebbene compiuto da un organo dello

---

<sup>178</sup> Risoluzione dell'*Institut de Droit International* su ["Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of States and of Government in International Law" \(IDI Resolution\), 2001, accessibile online.](#)

<sup>179</sup> *Draft Articles*, commentario all'art. 4, p. 13: "It is irrelevant for this purpose that the person concerned may have had ulterior or improper motives or may have been abusing public power. Where such a person acts in apparently official capacity, or under color of authority, the action in question will be attributable to the State".

<sup>180</sup> Art. 13(2), *IDI Resolution*: "Nor does he or she enjoy immunity from jurisdiction, in criminal, civil or administrative proceedings, except in respect of acts which are performed in the exercise of official functions and relate to the exercise thereof. Nevertheless, he or she may be prosecuted and tried when the acts alleged constitute a crime under international law, or when they are performed exclusively to satisfy a personal interest, or when they constitute a misappropriation of the State's assets and resources."

<sup>181</sup> *Pinochet(3)*, *cit.*, p. 622. Secondo l'opinione di Lord Hope of Craighead sono esclusi dal privilegio dell'immunità "criminal acts that the head of State did under the colour of his authority as head of State but which were in reality for his own pleasure or benefit".

Stato nell'esercizio delle proprie funzioni, sia motivato da ragioni di carattere esclusivamente privato e personale, come nell'ipotesi del militare in servizio che usi un'arma da fuoco contro taluno non per motivi connessi al suo mandato, ma, ad esempio, per odio razziale. Il caso dei due marò può essere risolto anche senza prendere una posizione fra le due soluzioni: di certo l'uccisione dei due pescatori non è qualificabile come atto privato, né è stato mai contestato che si trattasse di un atto ufficiale compiuto per motivi privati.

La distinzione fra atto ufficiale e atto non ufficiale è l'unico discrimine da valutare per decidere in ordine all'immunità. La pubblica accusa in India (e per la verità anche parte della dottrina italiana) è invece incappata nell'errore di ritenere che la distinzione rilevante nel caso di specie fosse quella fra atti *iure gestionis* e atti *iure imperii*. Così, si è sostenuto che l'attività di protezione di navi private su rotte commerciali non possa essere considerata attività *iure imperii* e pertanto non dia titolo alcuno all'immunità. La distinzione attiene però a un ambito diverso, quello dell'immunità dello Stato dalla giurisdizione civile delle corti di un altro paese ed è espressamente escluso che si applichi alla materia penalistica<sup>182</sup>. Secondo una giurisprudenza costante, ora confermata dalla Convenzione sull'immunità degli Stati e dei loro beni del 2004<sup>183</sup>, quando uno Stato agisce alla stregua di un privato, ad esempio intraprendendo operazioni commerciali per finalità non connesse all'esercizio di prerogative sovrane, non può invocare l'immunità davanti alle corti straniere per le controversie insorte in ordine a tali attività<sup>184</sup>. In ambito penale, invece, tutti gli atti di un organo statale compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni sono atti ufficiali ai fini dell'immunità<sup>185</sup>. Per cui, quando un organo statale compie per conto dello Stato

---

<sup>182</sup> Risoluzione dell'Assemblea Generale 59/38, 2 dicembre 2004 L'Assemblea Generale ha affermato di concordare "with the general understanding reached in the *Ad Hoc* Committee that the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property does not cover criminal proceedings".

<sup>183</sup> Art. 10, New York Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Properties, ratificata dall'Italia il 14 gennaio 2013.

<sup>184</sup> La giurisprudenza italiana e quella belga hanno il merito di aver avviato il percorso giurisprudenziale che ha portato alla cristallizzazione della regola nel diritto internazionale. In Italia in particolare il principio è andato affermandosi a partire dalla fine degli anni '50. Vedi su tutte Cass. S.U. 8 giugno 1957, n. 2144: "Gli stati esteri e gli entri pubblici stranieri godono dell'immunità dalla giurisdizione italiana per il principio "*par in parem non habet imperium*" recepito dal nostro ordinamento attraverso l'art. 10 della Costituzione. Di tale immunità essi godono solo limitatamente a quei rapporti che restano del tutto estranei all'ordinamento giuridico italiano, in quanto agiscono come soggetti di diritto internazionale o come titolari di una potestà d'imperio nell'ordinamento di cui sono portatori, e cioè come enti sovrani. *Diversamente, ove agiscono alla stregua di un privato cittadino, l'esercizio della giurisdizione non può essere escluso.* Corsivo aggiunto. Vedi anche: Cass. S.U. 14 luglio 1960, n. 1919; Cass. S.U. 2 marzo 1964, n. 467 e, più di recente, Cass. S.U. 11 marzo 2004, n. 5044; Cass. S.U. 10 luglio 2006, n. 15626; Cass. S.U. 9 gennaio 2007, n. 118, secondo la quale: "D'altra parte però può affermarsi che l'esenzione degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile è limitata agli atti *iure imperii* (a quegli atti cioè attraverso i quali si esplica l'esercizio delle funzioni pubbliche statali) e non si estende invece agli atti *iure gestionis* o *iure privatorum*".

<sup>185</sup> R. VAN ALEBEEK, *The Pinochet case, International Human Rights on Trial, British Yearbook of International Law*, 2000, p. 29, p. 48. Questa tesi è stata sostenuta già dagli anni '60 dalla Corte Suprema Australiana, a partire da *Prince of X road accident case*, (1964) in *International Law Reports*, 1966, p. 13.

un'attività *iure gestionis*, agisce comunque nell'esercizio delle funzioni che gli sono state attribuite e non può essere sottoposto alla giurisdizione prescrittiva del foro, perché, come sottolineato, l'atto non gli è imputabile. La questione è ben posta nel Secondo Rapporto preliminare sull'immunità degli organi statali, nel quale si legge che:

The Secretariat draws the conclusion in its memorandum that there would seem to be reasonable grounds for considering that a state organ performing an act *iure gestionis* which is attributable to the State is indeed acting in his or her official capacity and would therefore enjoy immunity *ratione materiae* in respect of that act. It would appear difficult not to agree with this. As the Commission has already noted, for the purposes of attributing conduct to the State it is irrelevant that the conduct of a state organ may be classified as commercial or *acta iure gestionis*. [...] an official performing an act of a commercial nature, if this act is attributed to the State, enjoys immunity from foreign jurisdiction, but the State itself, in respect of such an act, does not<sup>186</sup>.

Nel caso di attività di natura meramente commerciale dunque è solo lo Stato per conto del quale il funzionario ha agito a non poter eccepire l'immunità nell'eventuale procedimento civile avviato nei suoi confronti, ad esempio per il risarcimento dei danni cagionati. È in questi termini che rileverebbe dunque la distinzione fra *acta iure imperii* e *acta iure gestionis*, anche nella vicenda della *Enrica Lexie*. Lo Stato italiano potrebbe infatti essere citato in giudizio dalle famiglie delle vittime per il risarcimento dei danni subiti, sempre che il processo di merito accerti la responsabilità dei marò per l'omicidio dei pescatori. In questo caso, però, l'eccezione di immunità dello Stato dalla giurisdizione civile sarebbe comunque un'opzione disponibile. Infatti l'attività di protezione del naviglio nazionale, anche privato, risponde senz'altro a una finalità pubblicistica per lo Stato. La tutela degli scambi commerciali, nell'interesse dell'economia nazionale, non ha i caratteri dell'attività *iure gestionis* come intesa dal diritto internazionale, ma corrisponde all'esercizio di una "potestà di imperio nell'ordinamento" di cui lo Stato è portatore<sup>187</sup>. Prese di posizione di questo tipo sono rintracciabili anche nella giurisprudenza Italiana. Nel caso *Luca Borri c Repubblica Argentina* per esempio la Corte di Cassazione ha stabilito che lo Stato agisce *iure imperii* quando pone in essere azioni volte a salvaguardare le proprie finanze e la propria economia<sup>188</sup>. La conclusione circa la natura pubblicistica del mandato dei fucilieri è tanto più vera quando si considera che l'attività di protezione è

---

<sup>186</sup> Vedi sul punto 2<sup>nd</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008 U.N. Doc. [A/CN.4/631](#), p. 55.

<sup>187</sup> Cass. S.U. 3 febbraio 1996 n. 919. Anche l'articolo 10 della Convenzione di New York, nel definire le attività non coperte da immunità in quanto *iure gestionis*, parla di "operazioni commerciali con una persona fisica o giuridica", difficili da rinvenire nel caso dei marò.

<sup>188</sup> Cass. S.U. 27 maggio 2005, n. 11225. Nel caso di specie il provvedimento adottato aveva determinato una moratoria sul pagamento dei debiti dello Stato nei confronti dei titolari di buoni ordinari del tesoro. La Cassazione ha contestato la tesi per cui un'attività, per il sol fatto di attenersi all'ambito commerciale o finanziario, debba automaticamente essere qualificata come *privata* e ha riconosciuto un'attività sovrana nella salvaguardia delle finanze della nazione, in special modo nei periodi di crisi.

estesa non solo alle cose, ma anche alle persone, nella fattispecie agli equipaggi imbarcati sui battelli italiani.

Resta però impregiudicata, e forse auspicabile, la possibilità che lo Stato italiano rinunci alla propria immunità nell'eventuale giudizio risarcitorio<sup>189</sup>. Questo non solo per ragioni di rispetto delle vittime e nell'interesse delle pacifiche relazioni fra i popoli, ma anche per il bene del diritto internazionale più in generale. Sebbene non codifichi un principio di diritto consuetudinario, la Convenzione di New York del 2004 sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni esclude infatti che uno Stato possa invocare l'immunità dalla giurisdizione straniera nei procedimenti relativi al risarcimento del danno per morte o lesioni alla persona, quando, come nel caso della *Enrica Lexie*, la condotta criminosa è avvenuta in tutto o in parte nel territorio dello Stato a cui viene eccepito il difetto di giurisdizione e l'autore di essa era presente in questo territorio al momento dell'azione od omissione lesive<sup>190</sup>. L'Italia è divenuta parte della Convenzione molto di recente, nell'ambito degli adeguamenti normativi richiesti all'esito della sentenza della Corte Internazionale di Giustizia derivante dal caso *Ferrini*<sup>191</sup>. L'India invece, ha sottoscritto, ma non ratificato, la Convenzione e di conseguenza non può invocarlo nei rapporti con l'Italia in ragione del principio *pacta inter alios acta aliis neque nocent neque prosunt*, codificato dall'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Se dunque l'obiezione indiana sulla qualificazione *iure gestionis* del mandato dei marò non è pregante, un'altra questione resta invece da chiarire, perché potrebbe essere sollevata davanti al Tribunale Speciale. Ci si deve infatti domandare se l'errore di fatto nel quale sono incappati i due fucilieri, che non hanno ucciso due pirati, ma due semplici pescatori, possa avere conseguenze sul riconoscimento della loro immunità funzionale. Si potrebbe sostenere ad esempio che i marò abbiano agito al di fuori del loro mandato ufficiale, poiché questo non contemplava l'uccisione di civili, e che l'illegalità del loro agire non consenta loro di opporsi alla giurisdizione indiana<sup>192</sup>. La problematica va inquadrata nel contesto degli atti *ultra vires*, quegli atti cioè che eccedono i poteri conferiti a un soggetto o che contravvengono alle istruzioni cui questi deve attenersi<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> L'Italia ha già concluso con le famiglie delle vittime un accordo extragiudiziale di natura economica. Non è però chiaro quale sia lo status di tale accordo, che è qualificato come un "*without prejudice offer*". Pare infatti che non precluda l'esperibilità di un successivo giudizio risarcitorio da parte delle famiglie delle vittime. In effetti, a seguito di forti critiche da parte sia dell'opinione pubblica indiana sia della Suprema Corte, il Governo Italiano ha precisato che le somme non sono state fornite a titolo di compensazione ma come un "*ex-gratia payment*". Sul punto Vedi [G. SINGH, Supreme Court Goes Blast over Pact with Italian Government, in IndiaToday.in.](#)

<sup>190</sup> Si tratta della così detta *tort exception*, che è comunemente impiegata negli ordinamenti di *common law* e che le famiglie delle vittime indiane potrebbero comunque opporre all'eccezione di immunità italiana in un eventuale giudizio per il risarcimento del danno.

<sup>191</sup> Cfr. F. FONTANELLI, *Corte di Cassazione Italiana, Judgment no. 32139 of 2012*, in *American Journal of International Law*, 2013, in stampa.

<sup>192</sup> La problematica è indicata in C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>193</sup> Della questione si occupa l'art. 7 del Progetto di Articoli sulla Responsabilità degli Stati per fatti illeciti internazionali. È invece appena il caso di sottolineare che la semplice illegalità rispetto all'ordinamento del

In primo luogo occorre domandarsi se l'uccisione di due pescatori scambiati per pirati integri realmente l'ipotesi di atto *ultra vires* e se il limite del mandato sia stato effettivamente superato. La questione deve essere affrontata da un punto di vista oggettivo. Se ci si limita a un'analisi puramente formale pare ovvio concludere che l'uccisione di due civili non possa rientrare nelle competenze di un nucleo di protezione antipirateria. L'aver aperto il fuoco contro un'imbarcazione sospetta, che nonostante gli avvertimenti proseguiva la sua rotta verso la nave, in un braccio di mare noto per essere infestato dai pirati è però condotta sufficientemente vicina dal punto di vista concettuale a quella di protezione contemplata dal mandato, tanto da potersene considerare assorbita. Altro sarebbe stato se i due militari avessero sparato contro una nave dalla bandiera facilmente riconoscibile, o contro dei civili sulla spiaggia o avessero posto in essere qualsiasi altra condotta che in base a un giudizio prognostico fosse risultata concettualmente distante da quella concretamente autorizzata.

Due elementi militano a favore di questa tesi. In primo luogo, la contiguità teorica dell'azione compiuta rispetto a quella autorizzata è testimoniata proprio dal fatto che essa sia stata cagionata da un errore, mentre la prassi applicativa in materia di atti *ultra vires* si occupa prevalentemente di casi nei quali esiste la coscienza e la volontà di porre in essere un atto che viene riconosciuto dall'agente come estraneo a quelli che rientrano nel suo mandato<sup>194</sup>. Con questo non si intende che l'atto *ultra vires* richieda, per poter essere considerato tale, una piena rappresentazione soggettiva dell'eccesso di potere in cui esso si sostanzia. Ma il fatto che alla base della condotta materiale non vi sia la volontà di trasgredire le consegne, quanto piuttosto un errore di rappresentazione, dimostra perlomeno la contiguità concettuale fra la fattispecie astratta prevista dal mandato e quella concretamente compiuta, tanto che per errore è stata posta in essere l'una quando si riteneva di realizzare l'altra. Non sfugge che valutare la vicinanza logica fra due condotte, per decidere se l'una afferisca al medesimo ambito operativo dell'altra, è operazione altamente discrezionale. Il caso di specie però non pone complicazioni particolari, perché già *prima facie* si può ritenere che l'uccisione di un pirata sia contigua, per i fini qui indicati, all'uccisione di chi sembra a tutti gli effetti un pirata.

Che l'uccisione dei due pescatori non sia un atto compiuto al di fuori del mandato si desume anche da un'altra circostanza. Oltre alle ordinarie scriminanti stabilite dalla legge, il legislatore ha previsto l'applicazione ai nuclei di protezione di una specifica causa di giustificazione, prevista dall'articolo 4 commi 1-*sexsies* e 1-*septies* del decreto legge 4 novembre 2009, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2009, n. 197. In base al testo normativo non è punibile il militare che [...] in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di

---

foro dell'atto compiuto non può di per sé determinare il venir meno dell'immunità. D'altra parte non avrebbe senso invocare l'immunità con rispetto a condotte non criminose e se questa fosse l'interpretazione corretta essa non avrebbe ragion di esistere.

<sup>194</sup> Vedi la giurisprudenza citata alla nota 210, *infra*.



coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari<sup>195</sup>. L'unica eccezione a questa regola è prevista nel caso di eccesso colposo delle regole di ingaggio o delle direttive impartite, nel qual caso trovano applicazione le disposizioni sui delitti colposi se il reato commesso è punibile come tale. Non è invece previsto che la scriminante non operi in caso di trasgressione delle regole determinata da errore.

Orbene, l'atto *ultra vires* è tale perché costituendo un eccesso dei poteri conferiti a un soggetto si pone in una situazione di anti giuridicità rispetto alle norme che ne definiscono il mandato<sup>196</sup>. Nel caso in esame però la previsione di una scriminante che opera anche nel caso di errore incolpevole esclude l'anti giuridicità della condotta contestata ai marò, che l'ordinamento, verosimilmente per questioni di necessità operativa, considera giustificata. Gli atti commessi dai fucilieri non sono dunque completamente alieni rispetto al loro mandato, perché questi, sebbene non li autorizzi espressamente, perlomeno li contempla in via indiretta e non li considera anti giuridici. In conclusione, la natura *ultra vires* di un atto si deve considerare non in modo avulso dal contesto, ma nella cornice globale, fattuale e giuridica, che la pratica operativa propone. Pertanto non sembra che la condotta dei fucilieri sia qualificabile come atto *ultra vires*.

Ad ogni buon conto, un'analisi completa che tenga conto di tutte le eventuali obiezioni indiane impone di analizzare anche la possibilità che gli atti contestati siano considerati tali ed esplorare le conseguenze di questa eventuale classificazione sul riconoscimento dell'immunità funzionale. La giurisprudenza sul punto oscilla fra due opposte tesi, l'una che vede nell'atto compiuto con eccesso di potere un ostacolo al riconoscimento dell'immunità<sup>197</sup> e l'altra che ritiene invece la circostanza irrilevante<sup>198</sup>.

---

<sup>195</sup> Art. 4 comma 1-sexies, Decreto legge 4 novembre 2009, n. 152, convertito con modificazioni dalla Legge 29 dicembre 2009, n. 197.

<sup>196</sup> Ovviamente l'atto può essere illegale non solo rispetto al mandato, ma anche in termini assoluti, costituendo allo stesso tempo una violazione delle consegne e integrando un reato ulteriore. L'atto del militare che tortura un prigioniero, per esempio, è in una condizione di anti giuridicità tanto nei confronti del mandato che non contempla tali azioni, quanto nei confronti della norma che vieta la tortura in termini generali.

<sup>197</sup> *Teresa Xuncax, et al., Plaintiffs, v. Hector Gramajo, Defendant; Dianna Ortiz, Plaintiff, v. Hector Gramajo, Defendant* (1995), 886 F.Supp. 162: "Assasie-Gyimah does not claim that the acts of torture he is alleged to have committed fall within the scope of his authority. He does not argue that such acts are not prohibited by the laws of Ghana; nor could he. [...] The Court finds that the alleged acts of torture committed by Assasie-Gyimah fall beyond the scope of his authority as the Deputy Chief of National Security of Ghana. Therefore, he is not shielded from Cabiri's claims by the sovereign immunity provided in the FSIA *Bawol Cabiri, Plaintiff, v. Baffour Assasie- Gyimah, Defendant* (1996), 921 F.Supp. p. 1198; *Plaintiffs-Appellees v. Estate of Ferdinand Marcos, Defendant-Appellant* (1994), 25 F.3d p. 1467.

<sup>198</sup> "I am inclined to think, if the seizure of the vessel is admitted to have been an official act, done by the defendant by virtue, or under colour, of the powers vested in him as governor, that it will of itself be a sufficient answer to the plaintiff's action; that the defendant ought not to answer in our courts for any mere irregularity in the exercise of his powers; and that the extent of his authority can, with propriety or convenience, be determined only by the constituted authorities of his own nation". Governor Collot case, 1789, citato in C. KEITNER, *The Forgotten History of Foreign Official Immunity*, in *New York International Law Review*, 2006, p. 704, p. 715; *Plaintiffs A, B, C, D, E, F, and Others Similarly Situated, Wei Ye, and Hao Wang*,



Quest'ultima posizione, prevalente nella giurisprudenza, è ben sintetizzata da Lord Bingham of Cornhill in *Jones v. Saudi Arabia*:

International law does not require, as a condition of a state's entitlement to claim immunity for the conduct of its servant or agent, that the latter should have been acting in accordance with his instructions or authority. A state may claim immunity for any act for which it is, in international law, responsible, save where an established exception applies<sup>199</sup>.

Anche la dottrina non ha una posizione definitiva<sup>200</sup>, ma la tesi della persistenza dell'immunità è senza dubbio prevalente<sup>201</sup>. Nel valutare anche le tesi minoritarie, tre considerazioni sono necessarie: in primo luogo, le opinioni di dottrina e la casistica giurisprudenziale che escludono l'immunità per chi compie un atto *ultra vires* si riferiscono prevalentemente a condotte che integrano anche crimini internazionali, per i quali è incontrovertito che l'immunità *ratione materiae* non possa comunque sussistere<sup>202</sup>. Si tratta tipicamente dei crimini di tortura, di genocidio e dei crimini contro l'umanità<sup>203</sup>. Pertanto sembra che sia il carattere gravemente offensivo dell'ordinamento internazionale insito nell'atto *ultra vires* concretamente commesso, più che la natura *ultra vires* della condotta di per sé, a determinare il venir meno dell'immunità. Ciò è confermato dal fatto che quando un atto *ultra vires* si sostanzia nella commissione di un crimine, ma non sufficientemente grave da integrare il crimine internazionale, l'immunità *ratione materiae* non viene meno per via della semplice illiceità del fatto commesso<sup>204</sup>. Come nota BUZZINI:

---

*Plaintiffs, v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office (A.K.A. Office 6/10), Defendants*, No. 02 C 7530 (2003), 282 F.Supp.2d p. 875.

<sup>199</sup> *Jones v Saudi Arabia, cit.*, paragrafo 12.

<sup>200</sup> R. VAN ALEBEEK, *op.cit.*, p. 66; G. BUZZINI, *Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case*, in *Leiden Journal of International Law*, 2009 p. 455, p. 456.

<sup>201</sup> M. TOMONORI, *The individual as Beneficiary of State immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 2001, p.101, p. 120. L'autore distingue fra immunità statale e immunità funzionale e sebbene neghi la possibilità di invocare l'immunità statale nel caso di atti *ultra vires*, sembra accedere a una soluzione opposta nel caso dell'immunità funzionale. Secondo l'autore, "even if the observation that functional immunity has been granted for *ultra vires* conduct should be correct, it does not automatically follow that State immunity is granted to state officials acting *ultra vires*."

<sup>202</sup> *Prosecutor v Blaškić*, (IT-95-14) Appeals Chamber decision (Subpoena Duces Tecum), 29 October 1997, paragrafo 41: "The general rule under discussion[functional immunity] is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*). The few exceptions relate to one particular consequence of the rule. These exceptions arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. Under these norms, those responsible for such crimes cannot invoke immunity from national or international jurisdiction even if they perpetrated such crimes while acting in their official capacity"

<sup>203</sup> Vedi la giurisprudenza citata alla nota 200, *supra*.

<sup>204</sup> Vedi sul punto 2<sup>nd</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008 U.N. Doc. [A/CN.4/631](#), p.18, nota 31.

excluding in general terms *ultra vires* acts from the scope of immunity *ratione materiae* from foreign criminal jurisdiction would be problematic, since this might lead to defeating the whole purpose of such immunity; in most cases, official conduct giving rise to a criminal offense should probably also be regarded as *ultra vires*<sup>205</sup>.

L'omicidio presumibilmente commesso dai due marò è un reato comune. Pertanto non solo è escluso che l'immunità possa venir meno in ragione della gravità dell'offesa perpetrata<sup>206</sup>, ma anche la giurisprudenza che tende a escludere l'immunità non sembra del tutto pertinente nel caso di specie.

L'elemento soggettivo che caratterizza la condotta *ultra vires* è anche motivo di interesse. La consapevolezza di violare le consegne ricevute o, per lo meno, la percezione dell'antigiuridicità della condotta, dovuta alla gravità del crimine commesso, è quasi una costante<sup>207</sup>. L'atteggiamento è ben esemplificato da quanto dichiarato dalla Southern District Court di New York nel caso *Bawol Cabiri c. Baffour Assasie- Gyimah*. Nel negare l'immunità a un funzionario ghanese accusato del crimine di tortura la Corte ha puntualizzato che:

Assasie-Gyimah does not claim that the acts of torture he is alleged to have committed fall within the scope of his authority. He does not argue that such acts are not prohibited by the laws of Ghana; nor could he<sup>208</sup>.

Allo stesso modo, la dottrina che tende a negare l'immunità quando un atto eccede i limiti del mandato, sembra avanzare la tesi per cui è necessaria la consapevolezza dell'abuso compiuto. Così secondo GUILFOYLE:

State immunity is not lost in fatal injury cases even where a defendant's conduct was: careless, reckless, involved excessive force or was contrary to instructions (in the narrow sense of carrying out an authorised act in an unauthorised manner). Immunity is unlikely to be upheld where a state agent has abused their authority out of malice or for personal gain. Otherwise, especially in cases of genuine mistake, immunity should generally be upheld<sup>209</sup>.

Da ultimo, c'è da considerare una questione temporale. Tutte le sentenze che concludono nel senso del disconoscimento dell'immunità a chi compie un atto che travalica i limiti delle consegne ricevute sono antecedenti al Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti internazionali. L'articolo 7 di tale Progetto esclude che la natura *ultra vires* sia un'esimente della responsabilità statale. Sebbene

---

<sup>205</sup> G. BUZZINI, *op.cit.*, p. 466.

<sup>206</sup> Vedi ad esempio il caso Lozano, nel quale la Cassazione ha escluso che l'immunità del soldato statunitense Mario Lozano potesse venir meno nella dell'uccisione dell'agente del Sismi Nicola Calipari, in ragione del fatto che la condotta commissiva non superava il *threshold* del crimine comune. Vedi Cass. 24 luglio 2008, n. 31171.

<sup>207</sup> La giurisprudenza parla spesso di *malicious naure* degli atti compiuti. Vedi Canadian Court of Appeal of the State of Ontario, *Jaffe v. Miller and others* (1993), ristampata in *International Law Reports*, 1994, p. 460.

<sup>208</sup> *Bawol Cabiri, Plaintiff, v. Baffour Assasie-Gyimah, Defendant*, 18 April 1996, 921 F.Supp. p. 1189.

<sup>209</sup> Vedi [D. GUILFOYLE, Shooting Fishermen Mistaken for Pirates, 2 marzo 2012, in EJIL: Talk!](#).

attinente a un ambito diverso, questa disposizione non può non essere considerata e costituisce invece un importante riferimento ermeneutico, anche per ragioni di salvaguardia della coerenza interna del diritto internazionale. Nelle parole di Lord Hoffman:

it seems thus clear that a state will incur responsibility in international law if one of its officials, under colour of his authority, tortures a national of another state, even though the acts were unlawful and unauthorised. To hold that for the purposes of state immunity he was not acting in an official capacity would produce an asymmetry between the rules of liability and immunity<sup>210</sup>.

In conclusione dunque l'erronea uccisione dei due pescatori non può essere considerata atto *ultra vires* e, anche quando il Tribunale indiano accedesse comunque a questa qualificazione, essa non implicherebbe il venir meno dell'immunità funzionale dei due marò.

#### 4.4. I rapporti fra l'immunità funzionale e gli *Status of Forces Agreements*.

In conclusione rimane da affrontare la questione dei rapporti fra la regola dell'immunità funzionale e gli *Status of Forces Agreements*, vale a dire quegli accordi internazionali bilaterali o multilaterali con i quali lo Stato d'invio di un contingente militare e lo Stato ospite definiscono il regime giuridico dei membri delle forze armate dispiegate e del loro equipaggiamento<sup>211</sup>. Vale la pena chiarire sin da subito che lo scopo dei *SOFAs* è quello di salvaguardare la sovranità territoriale dello Stato ospite, garantendo nello stesso tempo la soddisfazione degli interessi (militari, logistici, strategici) dello Stato d'invio. Non si tratta pertanto di una forma di rinuncia larvata alla sovranità, ma piuttosto di una modalità del suo esercizio<sup>212</sup>. Secondo gli avvocati indiani il riconoscimento dell'immunità ai militari di Stati esteri è escluso se non espressamente previsto in un accordo di tal genere<sup>213</sup>, che nel caso di specie manca. Questa posizione presta però il fianco a numerose critiche.

In primo luogo, se la *ratio* dei *SOFAs* è quella di tutelare la sovranità territoriale dello Stato ospite, è evidente che l'obiezione indiana non è pertinente nella vicenda della *Enrica Lexie*. Il fatto di cui si discute è avvenuto come visto nella Zona Economica Esclusiva, una parte di mare nel quale lo Stato vanta diritti sovrani in determinate

---

<sup>210</sup> *Jones v Saudi Arabia*, paragrafo 78. Vedi anche Lord Bingham of Cornhill, *ibidem*, paragrafo 12: "International law does not require, as a condition of a state's entitlement to claim immunity for the conduct of its servant or agent, that the latter should have been acting in accordance with his instructions or authority. A state may claim immunity for any act for which it is, in international law, responsible, save where an established exception applies".

<sup>211</sup> D. ERICKSON, *Status of Forces Agreements: A Sharing of Sovereign Prerogative*, in *Air Force Law Review*, 1994, p. 137.

<sup>212</sup> A. SARI, *Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP: The EU's Solving Practice*, in *European Journal of International Law*, p. 67, p. 80, nota 94.

<sup>213</sup> Sentenza della Corte Suprema, paragrafo 69.

materie che sono comunque ben distinti dalla sovranità piena e tendenzialmente incompressibile che gli sarebbe riconosciuta entro le 12 miglia di mare prospicienti la costa o sulla terraferma. In assenza di una vera e propria sovranità da salvaguardare dunque, il *SOFA* è privato della sua ragion d'essere da un punto di vista logico. Anche nella prospettiva strettamente giuridica, d'altra parte, l'India non potrebbe validamente concludere un accordo relativo a un diritto, quello della sovranità, che non possiede, in ossequio alla norma *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. In ogni caso, per tener conto delle tendenze alla "territorializzazione" della Zona Economica Esclusiva, a cui l'India non è estranea, conviene mettere da parte quest'obiezione, di per sé già risolutiva, e ipotizzare per fini esplicativi che la condotta contestata sia realmente avvenuta su territorio indiano.

Anche ammettendo questa impostazione, le ragioni per cui il *SOFA* sarebbe un requisito dell'immunità non sono ulteriormente esplicitate nelle argomentazioni dell'avvocatura, ma potrebbero ricondursi a due ordini di motivazioni. In primo luogo, potrebbe darsi che esso, provando oltre ogni ragionevole dubbio il consenso dello Stato alla presenza dei militari stranieri sul proprio territorio, consenta di risolvere *in nuce* uno dei punti ancora poco chiari della disciplina dell'immunità funzionale, a cui in precedenza si è accennato<sup>214</sup>. In altri termini, se l'operatività dell'immunità *ratione materiae* dipende dall'assenso che lo Stato estero presta alla presenza dei militari di un altro Stato sul suo territorio, il *SOFA* ne costituisce senz'altro la prova. Alternativamente, l'India potrebbe ritenere lo *Status of Forces Agreement* come una semplice *occasio* per l'inserimento di una clausola pattizia che sottrae i militari stranieri all'esercizio della giurisdizione dello Stato ospite. Ciò equivarrebbe però a negare l'esistenza di una norma consuetudinaria sull'immunità. In questo caso allora, nell'ipotesi in cui un accordo sullo stato delle truppe non contenesse alcuna disposizione sul riparto di giurisdizione fra Stato ospite e Stato d'invio, esso non servirebbe comunque a riconoscere l'immunità agli organi stranieri. Quest'ultima posizione è stata fatta propria dalla Corte di Cassazione italiana nella sentenza resa nel caso del rapimento dell'imam di Milano Abu Omar. Secondo i giudici:

Il problema consiste nel verificare se effettivamente esiste nel diritto internazionale generale una norma consuetudinaria che garantisca l'immunità anche penale all'individuo organo di uno Stato sovrano, anche quando non si tratti di agenti diplomatici e/o consolari o di alte cariche dello Stato. Sul punto la dottrina è divisa perché accanto ad Autori che riconoscono l'esistenza di una norma consuetudinaria di tal genere, ve ne sono altri che ne riconoscono l'esistenza soltanto per le attività autorizzate dallo Stato straniero sul cui territorio vengono poste in essere e altri ancora che hanno sostenuto che *il beneficio delle immunità è riconosciuto da norme specifiche soltanto ad alcune categorie di organi nell'esercizio delle funzioni tipiche del loro ufficio*<sup>215</sup>.

La decisione della Cassazione parrebbe dettata dall'ondivaga prassi degli Stati sul riconoscimento dell'immunità funzionale, che priverebbe la regola dei caratteri

---

<sup>214</sup> Vedi *supra*, p.39.

<sup>215</sup> Cass. 29 novembre 2012, n. 46340 (corsivo aggiunto).

della *opinio iuris ac necessitatis*. Questa conclusione non è condivisibile. L'esistenza di una regola di diritto internazionale generale che riconosce l'immunità funzionale agli organi dello Stato straniero è cosa pacifica, almeno per quel che concerne il nucleo essenziale della norma, vale a dire le sue componenti essenziali che sono ormai cristallizzate nella prassi degli Stati. Lo ha affermato con autorevolezza il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella Ex-Jugoslavia, secondo il quale:

State officials are mere instruments of a State and their official action can only be attributed to the State. They cannot be the subject of sanctions or penalties for conduct that is not private but undertaken on behalf of a State. In other words, State officials cannot suffer the consequences of wrongful acts which are not attributable to them personally but to the State on whose behalf they act: they enjoy so-called "functional immunity". This is a well-established rule of customary international law going back to the eighteenth and nineteenth centuries, restated many times since<sup>216</sup>.

Le norme specifiche del SOFA non sono dunque necessarie per il conferimento dell'immunità *ratione materiae*, tant'è vero che quando gli accordi di questo tipo contengono disposizioni sul riparto di giurisdizione essi hanno un contenuto diverso rispetto a quello "standard" dell'immunità funzionale, spesso in senso migliorativo e sempre in termini più dettagliati. L'articolo 6 terzo comma dello *European Model Status of Forces Agreement*, ad esempio, che trova applicazione a tutto il personale militare della EUFOR prevede che:

EUFOR personnel shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the Host State under all circumstances<sup>217</sup>.

Si tratta di una disposizione che fa eco all'articolo 31 della Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche poiché di fatto attribuisce un'immunità tanto ampia quanto quella riconosciuta ai funzionari che hanno il potere di rappresentanza estera dello Stato e che si estende anche agli atti compiuti al di fuori dell'esercizio delle proprie funzioni<sup>218</sup>. D'altra parte, anche quando le regole del SOFA rispecchiano il contenuto dell'immunità funzionale, esse non hanno valore costitutivo, ma solamente dichiarativo degli obblighi che già gravano sullo Stato in base al diritto internazionale consuetudinario<sup>219</sup>. Pertanto, la prassi di concludere accordi fra lo Stato d'invio e lo Stato ospite, lungi dall'essere un chiaro indicatore dell'incertezza circa l'esistenza della

---

<sup>216</sup> *Prosecutor v Blaškić*, IT-95-14, Appeals Chamber, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, paragrafo 41 (corsivo aggiunto).

<sup>217</sup> *European Model Status of Forces Agreement*, Art. 6(3).

<sup>218</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961. Secondo l'Articolo 31: A diplomat agent shall enjoy immunity from the criminal jurisdiction of the receiving State.

<sup>219</sup> A. SARI, *op.cit.*, p. 82 "[...] the terms of a status agreement simply give effect to the host state's obligations under customary international law to exempt foreign personnel from its jurisdiction on the basis of the principle of state immunity."

norma consuetudinaria sull'immunità funzionale per gli *State agents*<sup>220</sup>, si spiega con la volontà di regolamentare in maniera diversa, e di volta in volta più consona alle esigenze del caso concreto, un'immunità che il diritto internazionale già di per sé riconosce.

La Cassazione italiana in Abu Omar e l'avvocatura indiana nel caso dei marò hanno dunque male impostato il problema. Il fatto che non tutti gli elementi di una norma siano elevati a consuetudine non equivale a negare l'esistenza della regola *tout court* nel diritto consuetudinario. Al contrario, rende necessario concentrare l'analisi sugli elementi non ancora pacifici per valutarne la portata e la rilevanza nelle varie fattispecie concrete. In questa prospettiva, una delle domande ancora aperte è se il riconoscimento dell'immunità funzionale sia subordinato al consenso dello Stato alla presenza degli organi stranieri sul suo territorio e alle motivazioni di tale presenza. È proprio in questo contesto che lo *Status of Forces Agreement* torna a essere di nuovo rilevante, perché esso senza dubbio costituirebbe la prova di tale assenso.

#### 4.5. Il consenso alla presenza e al mandato degli organi stranieri.

La problematica appena delineata impone di analizzare in modo più approfondito se il consenso dello Stato ospite sia una requisito necessario all'operare della regole dell'immunità e, se sì, in che termini esso debba essere inteso. Al primo interrogativo, sebbene posizioni definitive manchino, si deve dare una risposta positiva, sulla scia di una emergente dottrina<sup>221</sup> e in base anche a quanto affermato nel rapporto sull'immunità degli organi statali dalla giurisdizione penale presentato alla *International Law Commission*. Secondo lo *Special Rapporteur*:

A situation where criminal jurisdiction is exercised by a State in whose territory an alleged crime has taken place, and this State has not given its consent to the exercise in its territory of the activity which led to the crime, and to the presence in its territory of the foreign official who committed this alleged crime stands alone in this regard. There would in such a situation appear to be sufficient grounds for talking of an absence of immunity<sup>222</sup>

La nozione di consenso non è però ulteriormente qualificata e, in mancanza di specificazioni ulteriori rinvenibili in dottrina e giurisprudenza, tre punti devono essere chiariti: la sua ampiezza e intensità, le modalità della sua manifestazione e gli elementi su cui esso deve sussistere. Si tratta di aspetti strettamente collegati fra loro. Dal primo punto di vista, anche se la dottrina

---

<sup>220</sup> M. TONDINI, *Milano, Baghdad, Nuova Delhi: Le rotte incerte dell'immunità funzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2013, p.28, p. 30.

<sup>221</sup> P. GAETA, *Extraordinary renditions e Immunità dalla Giurisdizione Penale degli Agenti di Stati Esteri: il caso Abu Omar*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, p.126, p.128.

<sup>222</sup> 2<sup>nd</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008 U.N. Doc. [A/CN.4/631](#), p. 56, paragrafo 90.



parla genericamente di “consenso alla presenza”, sembra piuttosto che a essere necessaria sia l’assenza di clandestinità delle operazioni svolte, dalla quale si potrebbe altrimenti desumerne il dissenso dello Stato alla loro realizzazione. In un caso per esempio in cui l’organo di uno Straniero si è trovato per errore sul territorio di un altro Stato, e qui ha commesso un crimine nell’esercizio delle sue funzioni, l’eccezione dell’immunità è comunque stata avanzata<sup>223</sup>. Inoltre, tutte le ipotesi in cui l’immunità funzionale è stata negata in ragione della mancanza di consenso dello Stato sul cui territorio il fatto criminoso è avvenuto si risolvono in realtà in casi nei quali era possibile presumere il dissenso dello Stato ospite, in ragione della natura necessariamente segreta delle operazioni condotte, pertanto fortemente lesive della sua sovranità. Le ipotesi classiche sono quelle di sabotaggi, rapimenti operati dai servizi segreti, attività di spionaggio, e tutto quanto debba avvenire nell’inconsapevolezza dello Stato che le subisce. Nel caso *Blaškić*, ad esempio, il Tribunale penale internazionale per i crimini commessi nella Ex-Jugoslavia ha precisato che:

The general rule under discussion is well established in international law and is based on the sovereign equality of States (*par in parem non habet imperium*). [The exceptions] arise from the norms of international criminal law prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide. [...] Similarly, other classes of persons (*for example, spies, as defined in Article 29 of the Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land, annexed to the Hague Convention IV of 1907*), although acting as State organs, may be held personally accountable for their wrongdoing)<sup>224</sup>.

Anche l’affondamento della nave battente bandiera neozelandese *Rainbow Warrior* da parte dei servizi segreti francesi è stata qualificata come un’operazione di sabotaggio e l’immunità per gli organi statali non è neppure stata invocata<sup>225</sup>. Similmente, nel caso del rapimento dell’imam di Milano, la Cassazione si è misurata con una fattispecie gravemente lesiva della sovranità territoriale, posta in essere da agenti statunitensi che hanno agito nella segretezza e con la volontà di tenere lo Stato territoriale all’oscuro dell’operazione pianificata<sup>226</sup>.

Per quel che concerne le modalità di prestazione del consenso, sono configurabili due alternative: in base a una prima tesi questo potrebbe dover essere manifestato di volta in volta, in forma espressa o tacita, ma comunque specificamente

---

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 54, nota 222. Si trattava del caso di un pilota militare russo che durante un’esercitazione era sconfinato per sbaglio nello spazio aereo lituano ed era poi precipitato. Nel giudizio avviato in Lituania contro il pilota, che era sopravvissuto, la Russia ha invocato il principio dell’immunità funzionale perché l’atto era stato commesso nell’esercizio delle funzioni proprie del pilota, e nessuna obiezione è stata sollevata circa l’assenza del consenso esplicito della Lituania alla presenza del pilota nei suoi cieli.

<sup>224</sup> *Prosecutor v Blaškić*, (IT-95-14) Appeals Chamber decision (*Subpoena Duces Tecum*), 29 October 1997, paragrafo 41 (secondo corsivo aggiunto).

<sup>225</sup> Per una trattazione approfondita di questa e delle altre questioni giuridiche derivanti dall’affondamento della *Rainbow Warrior* vedi M. PLUGH, *Legal Aspects of the Rainbow Warrior Affair*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1987, p. 655.

<sup>226</sup> Cass. 29 novembre 2012, n. 46340.

acquisito in ordine alle singole operazioni. Lo Stato d'invio dovrebbe pertanto consultare ogni volta le autorità dello Stato ospite per ottenere l'assenso alla presenza dei suoi organi sul territorio di quest'ultimo. Alternativamente, si potrebbe ritenere che il consenso (o la consapevolezza al compimento di certe attività, che è nozione equivalente al fine di escluderne la clandestinità), si possa dedurre dal complesso della normativa pattizia e consuetudinaria che regola i rapporti fra i due Stati coinvolti o fra gli Stati in generale. La necessità di un'efficace regolamentazione delle relazioni internazionali e la qualificazione della nozione di consenso precedentemente indicata militano nel senso della seconda opzione. Se infatti non solo l'operazione non è clandestina, ma anche l'assenso dello Stato è già desumibile *aliunde*, spetta solo a questo, nel caso in cui voglia revocarlo, rendere manifesto il proprio dissenso. La disciplina del mare territoriale indiano segue questo modello. La Convenzione UNCLOS per esempio riconosce un generale diritto di passaggio innocente alle navi straniere che intendono transitare nel mare territoriale di un altro Stato<sup>227</sup>. È generalmente accettata la posizione per cui, nel silenzio della norma, tale diritto si estende anche alle navi da guerra<sup>228</sup> e pertanto essa può essere usata come prova del generale consenso dello Stato ospite alla presenza di militari stranieri in quella specifica area sottoposta alla sua sovranità, senza ulteriori autorizzazioni. L'India, che a differenza di altri Stati non accetta questa tesi, ha provveduto a esplicitare il proprio dissenso con il *Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act* del 1976, in base al quale

Foreign warships including submarines and other underwater vehicles may enter or pass through the territorial waters after giving prior notice to the Central Government<sup>229</sup>.

In questo caso dunque, se una nave militare entrasse nelle acque territoriali indiane, anche solo per passarvi, lo farebbe in dissenso con lo Stato territoriale e tale circostanza potrebbe essere fatta valere per asseverare la sussistenza dell'immunità *ratione materiae* dei militari a bordo. Adottando il principio interpretativo dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*, è facile dimostrare che il consenso può essere dedotto dal complesso della normativa internazionale vigente ed è il dissenso, se del caso, a dover essere reso manifesto. Come si vedrà appresso, questo ragionamento non vale solo per il mare territoriale, ma è applicabile anche al settore di mare nel quale è avvenuto l'incidente di cui si discute.

---

<sup>227</sup> Art. 18 UNCLOS: "Subject to this Convention, ships of all States, whether coastal or land-locked, enjoy the right of innocent passage through the territorial sea".

<sup>228</sup> Vedi Summary record of the International Law Commission, 273<sup>rd</sup> meeting, A/CN.4/SR.273, p. 3. "As a general rule, a coastal State will not forbid the passage of foreign warships in its territorial sea and will not require a previous authorization or notification". Sul punto vedi anche la dettagliata discussione in R. CHURCHILL, *The Law of the Sea*, Manchester University Press, 1988, p. 74 s.

<sup>229</sup> Art. 4(2), [The Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act, 1976, emanato il 25 agosto 1976, disponibile online](#).

Da ultimo bisogna verificare quali siano gli elementi rispetto ai quali lo Stato territoriale deve acconsentire. Il secondo Rapporto Preliminare dello *Special Rapporteur* in materia di immunità degli organi statali precisa che è necessario il consenso tanto in ordine alla presenza, quanto in ordine all'attività che gli organi di uno Stato intendono svolgere sul suolo straniero<sup>230</sup>. Sono possibili tre scenari: il primo caso è quello di un organo statale che è sul territorio di un altro Stato con il suo assenso ed è altresì autorizzato al compimento di una certa attività nell'ambito della quale il crimine viene commesso. In questa circostanza il consenso dello Stato territoriale copre tanto la presenza del funzionario estero quanto il contenuto della sua condotta, pertanto *nulla quaestio*. La seconda ipotesi è quella in cui l'organo sia sul territorio dello Stato con il consenso di questo, ma il crimine venga compiuto nell'ambito di un'attività non autorizzata dallo Stato. L'esempio è il caso di chi, invitato per negoziazioni diplomatiche, commette un crimine che non è in nessun modo legato alla sua funzione, ad esempio un omicidio per fini politici. In questo caso la permanenza dell'immunità funzionale dipenderebbe dalla vicinanza concettuale dell'attività compiuta rispetto a quella autorizzata<sup>231</sup>. Nell'ultimo caso invece, che è per l'appunto quello dello spionaggio, del sabotaggio o delle *extraordinary renditions*, manca il consenso su entrambi gli elementi qui considerati, per cui in base agli ultimi orientamenti l'immunità potrebbe non essere riconosciuta.

#### 4.6. Il consenso dell'India nella vicenda della *Enrica Lexie*.

Il modello concettuale sopra delineato consente di fornire diverse soluzioni pratiche al caso che ci occupa. In primo luogo, nella prospettiva della verifica del consenso dello Stato territoriale, la conclusione di uno *Status of Forces Agreements* è condizione sufficiente ma non necessaria per il riconoscimento dell'immunità, perché l'intensità dell'assenso non deve necessariamente rivestire le forme del consenso pieno espresso in termini positivi in un accordo internazionale *ad hoc*, ma è sufficiente che si atteggi a semplice mancanza di dissenso, desunta anche *aliunde*. In secondo luogo, è molto probabile che le autorità indiane fossero state avvertite del passaggio di una nave mercantile italiana con a bordo uomini in funzione antipirateria, di talché verrebbe a essere integrato quel consenso diretto e specifico dello Stato in presenza del quale l'immunità non può che essere riconosciuta<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> 2<sup>nd</sup> Preliminary Report of the Special Rapporteur on Immunities of State Officials from Foreign Jurisdiction, 29 May 2008 U.N. Doc. [A/CN.4/631](#), p. 52, paragrafo 82.

<sup>231</sup> *Ibidem*, paragrafo 84: "[...] what is evidently important is the extent to which the activity which led to the crime is connected to the activity to which the State gave its consent".

<sup>232</sup> A questo riguardo la sentenza della Corte Suprema (paragrafo 1) indica che gli *attaché* militari dell'Ambasciata italiana a Delhi erano stati avvertiti del passaggio della *Enrica Lexie* con il suo nucleo di protezione. Ruolo degli *attaché* militari di un'ambasciata è quello di tenere il contatto con le autorità locali. I documenti a nostra disposizione non ci consentono di verificare se scambi di questo tipo sia avvenuti, né se le autorità costiere siano state in altro modo avvertite della presenza della nave con i militari a bordo in funzione antipirateria, come la prassi vorrebbe. Data la particolare attenzione dell'India sugli accadimenti

Vale comunque la pena ipotizzare, per fini argomentativi, che ciò non sia avvenuto, e verificare indirettamente l'esistenza dell'assenso dell'India, a partire da altre norme. Utilizzando lo schema suggerito dallo *Special Rapporteur*<sup>233</sup>, si faranno due ipotesi: (a) che il consenso indiano possa essere desunto sia rispetto alla presenza dei militari, sia rispetto all'attività svolta; (b) che il consenso possa essere desunto in ordine alla presenza dei militari, ma non per quel che riguarda l'attività svolta.

Nel primo caso, la presenza dei marò nella Zona Economica Esclusiva, dove l'incidente è avvenuto, è consentita in termini generali dall'art. 58 della Convenzione UNCLOS<sup>234</sup>. La norma attribuisce a tutti gli Stati le libertà di navigazione e di sorvolo che l'art. 87 stabilisce per l'alto mare. Manca nell'articolo qualsiasi distinzione fra navi civili e navi militari (o navi civili con militari a bordo<sup>235</sup>), ma che queste possano incrociare in quelle acque senza la previa autorizzazione dello Stato costiero è pacifico. L'unico limite imposto da alcuni Stati, fra i quali anche l'India, è infatti il divieto di condurre operazioni militari non previamente concordate, come si ricava dalle dichiarazioni rese al momento della ratifica della Convenzione, il 29 Giugno 1995:

[T]he Government of the Republic of India understands that the provisions of the Convention do not authorize other states to carry out in the exclusive economic zone and on the continental shelf military exercises or maneuvers, in particular those involving the use of weapons or explosives without the consent of the coastal State<sup>236</sup>.

---

che interessano le acque prospicienti il suo territorio, sarebbe assai strano se la nave italiana fosse transitata nella Zona Economica Esclusiva senza nessuna consapevolezza esplicita delle autorità locali.

<sup>233</sup> Vedi *supra*, pagina precedente.

<sup>234</sup> Art. 58, UNCLOS: "In the exclusive economic zone, all States, whether coastal or landlocked, enjoy, subject to the relevant provisions of this Convention, the freedoms referred to in article 87 of navigation and overflight [...]"

<sup>235</sup> L'*Enrica Lexie* non è una nave militare, bensì un mercantile privato con militari imbarcati. Nel corso di queste pagine, nel descrivere la disciplina del diritto marittimo nella prospettiva dell'immunità funzionale, si continuerà però ad analizzare le varie situazioni nell'ottica delle navi da guerra, poiché le libertà concesse a queste spetteranno anche, e *a fortiori*, alle navi private semplicemente protette da soldati in armi.

<sup>236</sup> [UNCLOS Declarations and Statements, Declaration of India. 29 giugno 1995](#). Per quanto riguarda il mare territoriale l'India ha invece subordinato il diritto di passaggio innocente previsto dalla UNCLOS alla previa autorizzazione dello Stato, nel caso in cui si le navi in transito siano vascelli militari. Infatti, secondo il *Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zone and Other Maritime Zones Act 1976*, Art. 4(2) "Foreign warships including submarines and other underwater vehicles may enter or pass through the territorial waters after giving prior notice to the Central Government". Si tratta di una norma fondamentale per la trattazione del caso della *Enrica Lexie* poiché dimostra che nonostante i tentativi indiani di territorializzazione della Zona Economica Esclusiva, luogo ricordiamo in cui è avvenuto l'incidente di cui si discute, il regime del mare territoriale resta ben distinto da quello degli altri settori marini. In particolar modo, l'eventuale posizione indiana per cui, il fatto che l'incidente sia avvenuto in una zona di mare alla quale l'India intende estendere la disciplina del mare territoriale determini l'applicazione delle norme in esso vigenti, non è fondata. Dal punto di vista dell'assenso alla presenza di militari stranieri, per esempio, la disciplina resta molto diversa, tanto che nel caso del mare territoriale serve un'esplicita autorizzazione anche solo per il passaggio, mentre nella zona economica esclusiva tale consenso espresso non è richiesto.

A prescindere dalla legittimità una dichiarazione di questo tipo<sup>237</sup>, da essa si può dedurre *a contrario* che la mera presenza di navi con militari a bordo è comunque ammessa senza limiti, in linea con il principio della libertà della navigazione delle navi da guerra in tempo di pace confermato dalla Corte Internazionale di Giustizia nel caso *Corfu Channel* <sup>238</sup>.

Per ciò che concerne il consenso sul tipo di mandato affidato ai fucilieri, si può ipotizzare per un istante che questo sia riconducibile alle attività internazionali di contrasto alla pirateria. Come si vedrà appresso, si tratta di una qualificazione in realtà non corretta, e meno favorevole alla difesa dell'Italia rispetto alla reale natura dei compiti affidati ai due militari. Ad ogni modo, sempre nell'ottica di una trattazione che sia anche in grado di anticipare le eventuali eccezioni sollevate davanti al Tribunale Speciale, è opportuno prendere le mosse da questa impostazione.

Le attività di antipirateria, oltre a essere espressamente autorizzate da un vasto numero di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza<sup>239</sup>, sono ammesse nella Zona Economica Esclusiva per via dell'art. 105 della Convenzione UNCLOS, che nelle aree non direttamente sottoposte alla sovranità di uno Stato autorizza tutti gli altri Stati a compiere azioni di contrasto alle imbarcazioni di pirati<sup>240</sup>, se necessario anche con l'uso della forza<sup>241</sup>. In mancanza di obiezioni sul punto o manifestazioni di dissenso da parte indiana, da questa regola può dedursi il consenso dello Stato alle attività di contrasto della pirateria compiute nella propria Zona Economica Esclusiva da soggetti esteri. Si potrebbe ritenere che le attività appena indicate rientrino fra le manovre o esercitazioni di tipo militare non consentite, salvo specifica autorizzazione, ma la dichiarazione interpretativa indiana al momento della ratifica dell'UNCLOS si appunta solamente sull'articolo 58 della Convenzione, e non coinvolge l'articolo 105, la cui portata applicativa rimane pertanto impregiudicata.

Resta ora da valutare la seconda ipotesi, quella cioè in cui l'assenso dello Stato territoriale sussiste in ordine alla presenza dei militari, ma difetta per quel che concerne l'attività da essi svolta. Questo caso richiede la corretta qualificazione dell'attività dei marò a bordo della *Enrica Lexie*. Come risulta infatti dalla normativa

---

<sup>237</sup> Dichiarazioni interpretative di questa natura sono contestate dalla stragrande maggioranza degli Stati, poiché minano i principi di libertà del mare ai quali la Convenzione UNCLOS invece si ispira. La loro legittimità è stata più volte messa in dubbio. La posizione dell'Italia sul punto, tutt'altro che isolata, è ad esempio che "According to the Convention, the coastal State does not enjoy residual rights in the exclusive economic zone. In particular, the rights and jurisdiction of the coastal State in such zone do not include the right to obtain notification of military exercises or manoeuvres or to authorize them". Vedi: UNCLOS Declarations and Statements, Declaration of Italy, 26 gennaio 1997.

<sup>238</sup> *Case concerning the Corfu Channel* (Regno Unito c Albania), sentenza del 9 aprile 1949, p.4. Il caso era relativo alla navigazione negli stretti ma il principio statuito può applicarsi *a fortiori* alla zona economica esclusiva.

<sup>239</sup> Vedi la disamina di C. WARBRICK, *Piracy off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 690.

<sup>240</sup> Anche la dottrina concorda. Cfr. J.M. VAN DYKE, *Military Ships and Planes Operating in the Exclusive Economic Zone of another Country*, in *Marine Policy*, p. 29, p. 36.

<sup>241</sup> T. TREVES, *Piracy, Law of the Sea and Use of Force, Developments off the Coast of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 399, p. 412.

citata in precedenza, il mandato dei fucilieri non contempla il contrasto alla pirateria, inteso come attività attiva di ricerca dei pirati e distruzione o limitazione delle capacità operative delle loro imbarcazioni. Esso è finalizzato piuttosto a garantire la mera protezione delle navi mercantili, consentendo a queste di esercitare efficacemente il diritto alla legittima difesa, in un contesto ambientale caratterizzato dalla recrudescenza degli attacchi armati dei pirati. Attività di questa natura non richiedono la previa autorizzazione di alcuno Stato, neppure di quello nel cui territorio si svolgono, poiché la legittima difesa è un diritto incompressibile che rientra fra i principi generali comuni agli ordinamenti statali<sup>242</sup>, avente rango di norma inderogabile<sup>243</sup>, che nessuna modalità di esercizio della sovranità, per quanto permeante, può limitare.

Questo argomentare consente di risolvere anche la seconda ipotesi prevista dallo *Special Rapporteur*. In questo caso, quale che sia la condotta autorizzata dallo Stato territoriale, si può ritenere che se l'attività dalla quale il crimine deriva è volta a rendere possibile la legittima difesa essa non richiede un'ulteriore autorizzazione poiché già implicitamente ammessa o, nel linguaggio del *Rapporteur*, sufficiente collegata, da un punto di vista concettuale, a quella per la quale il consenso è stato prestato.

Fermo restando dunque che l'*an* del diritto alla legittima difesa non è in discussione, l'unica discrezionalità potrebbe attenersi al *quomodo* del suo esercizio. Lo Stato territoriale potrebbe escludere ad esempio che la protezione delle navi commerciali sia assicurata da vere e proprie forze armate statali. Anche in questa prospettiva però, il potere discrezionale dell'India incontrerebbe due limiti, l'uno soggettivo e l'altro oggettivo. Sotto il primo profilo, la presenza di militari nella Zona Economica Esclusiva è autorizzata, di talché può desumersi che essi possano essere legittimamente impiegati anche per attività di legittima difesa. Dal secondo punto di vista è necessario assicurare che la legittima difesa sia proporzionata rispetto all'offesa subita, e l'uso di nuclei armati non potrebbe dunque essere proibito, a meno di nullificare il diritto stesso di difendersi in maniera efficace.

#### 4.7. Il sistema dualista indiano e le regole del diritto consuetudinario.

Accertato nei termini sopra indicati il contenuto della regola di diritto consuetudinario che impedisce l'esercizio della giurisdizione nei confronti dei mari e dimostrata altresì la presenza del consenso indiano al loro mandato, si tratta di vedere se e in quale misura il giudice indiano sia vincolato dal rispetto delle norme internazionali. Lo status del diritto internazionale negli ordinamenti interni è essenzialmente una questione di diritto costituzionale<sup>244</sup>. Come si è visto in precedenza,

---

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 13: "Thus self-defence against an armed attack ...seems to be a guiding principle of States".

<sup>243</sup> U. LINDERFALK, *The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever Opened Pandora's Box, Did You Ever Think About the Consequences?*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 853, p. 860

<sup>244</sup> J.G. STARKE, *Monism and Dualism in the Theory of International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 66.



l'India è un sistema dualista e ciò produce effetti non solo sulla domesticazione dei trattati, di cui si è già parlato, ma anche sul riconoscimento delle consuetudini internazionali. In mancanza di norme di rango costituzionale che adeguino automaticamente il diritto interno a quello internazionale infatti, anche il diritto internazionale generale è vincolante solo nella misura in cui non contrasti con il diritto interno<sup>245</sup>. Nel caso *Bombay Dyeing & Mfg.Co Ltd (3) v. Bombay Environmental Action Group*, ad esempio, la Corte Suprema Indiana ha statuito che:

una volta che sia stato stabilito che questi principi [*polluter pays principle* e sviluppo sostenibile] hanno assunto il rango di diritto consuetudinario, nulla osta alla loro implementazione nel diritto interno. È posizione condivisa che le regole del diritto internazionale generale che non siano in conflitto con il diritto interno siano in esso incorporate e debbano di conseguenza essere applicate dalle corti<sup>246</sup>.

Solo la contrarietà della regola dell'immunità funzionale al diritto interno indiano autorizzerebbe dunque le corti a disattenderne il riconoscimento. Questa posizione corrisponde alla quarta tesi dell'accusa<sup>247</sup>, secondo la quale l'operatività *erga omnes* del Codice Penale indiano resterebbe pregiudicata se si riconoscesse l'immunità a taluni individui.

Due considerazioni sono a questo punto necessarie. In primo luogo, la regola dell'immunità ha carattere meramente procedurale cosicché i beneficiari non sono esclusi dall'operatività nei loro confronti delle norme sostanziali del foro, come appunto quelle del Codice Penale<sup>248</sup>. A riprova di ciò è sufficiente considerare che se l'Italia decidesse di rinunciare all'immunità per i marò questi sarebbero processabili per la violazione della norma sostanziale che punisce l'omicidio. È pertanto da respingere la tesi per cui l'immunità possa avere ripercussioni sulla portata prescrittiva e applicativa di un codice diverso da quello di rito. Sulla scia di un'abbondante dottrina, la Corte Internazionale di Giustizia ha chiarito il punto nell'*Arrest Warrant* specificando che immunità e responsabilità penale sono due concetti distinti e di conseguenza chi è immune dalla giurisdizione di uno Stato straniero non è anche sollevato dall'obbligo di rispettarne il diritto sostanziale né è esente da responsabilità penale se commette un illecito.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> S.K. AGARWALA, *Law of Nations as Interpreted and Applied by Indian Courts and Legislature*, in *Indian Journal of International Law*, 1962, p. 431; B.N. PATEL, *op. cit.*, p. 37.

<sup>246</sup> *Bombay Dyeing & Mfg.Co Ltd (3) v Bombay Environmental Action Group*, 5 SCC 660 (1996). (Traduzione nostra)

<sup>247</sup> Sentenza della Corte Suprema, paragrafi 67-69.

<sup>248</sup> *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, advisory opinion del 29 aprile 1999, p.62.

<sup>249</sup> *Arrest Warrant of 11 April 2000* (Repubblica Democratica del Congo c. Belgio), sentenza 14 febbraio 2002, paragrafo 60: Immunity from criminal jurisdiction and individual criminal responsibility are quite separate concepts. While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility. Vedi. H. FOX, *International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States*, in C. EVANS

Questa considerazione è a nostro avviso risolutiva, ma, anche a volerne prescindere, le tesi dell'accusa prestano il fianco a ulteriori critiche. La stessa giurisprudenza indiana conferma infatti che la sezione 2 del codice penale non è granitica, ma ben accetta limitazioni, anche da parte del diritto internazionale: il termine "tutti" ricomprende ciascun individuo senza limitazioni derivanti dalla nazionalità, affiliazione, rango, status, colore della pelle o credo religioso, salvo chi sia esente dal potere sanzionatorio in ragione di specifiche disposizioni della Costituzione o di altre leggi, o in base a istituti riconosciuti del diritto internazionale consuetudinario accettati nel diritto del foro, come capi di Stato stranieri, ambasciatori, agenti diplomatici e così via. Sembra dunque che tanto nella sua formulazione quanto nell'interpretazione di questa manchino indici di assolutezza intrinseca che sarebbero un ostacolo al riconoscimento della regola dell'immunità, poiché una lista di eccezioni, non tassativa, è già suggerita dalla stessa giurisprudenza della Suprema Corte.

Ma questo non è tutto. Come visto in precedenza<sup>250</sup>, l'articolo 51 della Costituzione indiana pone in capo allo Stato il dovere di promuovere il rispetto del diritto internazionale nei rapporti reciproci fra paesi e l'articolo è stato definito dalla stessa dottrina come una "self-evident directive" circa l'obbligatorietà del diritto internazionale. Anche in materia di diritto consuetudinario, la giurisprudenza delle corti ha creato un vero e proprio dovere ermeneutico che impone di privilegiare comunque, fra le possibili varie interpretazioni di una norma, anche di rango costituzionale, quella che sia in linea con il diritto internazionale<sup>251</sup>. Perciò, il conflitto fra diritto interno e diritto internazionale generale, che autorizzerebbe ad applicare il primo e disattendere il secondo, non può essere un semplice contrasto, ma piuttosto un'inconciliabilità insanabile. La domanda da porsi è allora la seguente: la disposizione di cui alla sezione 2 del codice penale indiano è irrimediabilmente in conflitto con il diritto internazionale o vi sono margini di manovra interpretativa che ne consentono comunque un'interpretazione orientata al rispetto della norma di diritto consuetudinario? Alla luce delle considerazioni esposte in precedenza, ci sembra che la seconda soluzione sia la più plausibile.

---

(ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2006, p. 363: "The plea [of immunity] is one of immunity from suit, not of exemption from law. Hence if immunity is waived the case can be decided by the application of the law in the ordinary way. The underlying liability or State responsibility of the defendant State is unaffected though, as will be seen where no remedy is available in a court of the defendant State, the immunity from the suit may enable liability to be avoided". La tesi contraria è assolutamente minoritaria. Vedi T. STERN, *Immunités et doctrine de l'Act of State: Différences Théoriques et Similitudes Pratiques de Deux Modes de Protection des Chefs d'État Devant les Juridictions Etrangères*, in *Journal du Droit International*, p. 63, p. 64.

<sup>250</sup> Nota 99, *supra* e testo corrispondente.

<sup>251</sup> *Kesavandana Bharti Sripadagalvaru v. State of Kerala and Anr.*, AIR 1973 SC 1461: "It is the duty of these courts [National courts] to construe our legislation so as to be in conformity with international law and not in conflict with it".

## 5. Conclusioni

Come si anticipava nella introduzione, il continuo evolversi della situazione e l'estremo interesse con cui la pubblica opinione ha seguito la vicenda dei fucilieri non ha facilitato l'emergere di commenti ponderati. Si sono accumulati senza requie i pareri *pro veritate* dei giuristi, ma raramente l'approfondimento ha potuto superare lo spazio concesso da un editoriale, e l'intreccio di questioni diplomatiche e politiche alla vicenda giuridica ha determinato una generale mancanza di fuoco nei commenti. Si è perciò voluto, in questo lavoro, fornire una valutazione *per principia* delle questioni principali alla base del contenzioso tra Italia e India, cioè la questione della giurisdizione indiana e l'immunità dei fucilieri. L'intenzione precipua era quella di fornire le basi per l'esame logico-giuridico di questi due punti, un aspetto spesso trascurato nella generale ansia di fornire le soluzioni al caso, argomentando solo a ritroso.

Quanto all'esistenza della giurisdizione italiana, si è dimostrato che, salvo il caso in cui si accetti l'applicazione dell' art. 97 UNCLOS (un'ipotesi difficile, comunque rimessa al giudice indiano) o del principio del salvacondotto per i collaboratori di giustizia (un principio di cui può dubitarsi la vigenza come consuetudine, e che comunque si applicherebbe solo ove fosse accertata la versione italiana dei fatti), essa *sussiste*, seppur in concorrenza con quella indiana. Poiché non esistono criteri di prevalenza in caso di giurisdizione concorrente e l'India non sembra disposta ad astenersi unilateralmente dall'esercitarla in virtù del principio del *forum non conveniens*, la fondatezza della giurisdizione italiana non esclude quella della giurisdizione indiana.

Tuttavia, occorre notare come, da parte dell'India e della Corte Suprema, si sia incomprendibilmente fatto ricorso in maniera insistente all'art. 188A del codice di procedura penale per giustificare la propria giurisdizione. Questo argomento è malriposto e può integrare una violazione del diritto internazionale, così come le manovre fraudolente effettuate per riportare i fucilieri a terra. Tali considerazioni non incidono però sulla sorte del processo, ma solo sulla responsabilità dell'India nei confronti dell'Italia. Parimenti, i continui richiami dell'avvocatura indiana e della Corte Suprema alla prevalenza del diritto positivo indiano sulla UNCLOS e sul diritto internazionale sono fuorvianti: il diritto indiano deve interpretarsi in conformità con le obbligazioni internazionali. Queste argomentazioni non possono dimostrare la fondatezza della giurisdizione prescrittiva indiana, che è invece pacificamente radicata nel diritto consuetudinario (criterio territoriale, declinato secondo l'*ubiquity doctrine*) e la regola interna che equipara le navi indiane al territorio indiano. Quanto alla giurisdizione esecutiva, la mera presenza dei fucilieri sul territorio indiano è sufficiente a giustificarla, rilevando gli eventuali illeciti indiani propedeutici al ritorno dell'*Enrica Lexie* solo a livello di responsabilità statale.

Dal punto di vista dell'immunità, non sembra che possano essere accolte le obiezioni indiane, né quelle che disconoscono la validità della regola in termini generali, né quelle che ne escludono l'applicabilità al caso di specie. I contenuti consuetudinari della norma sono infatti integrati nel caso in esame, perché i due marò

sono organi dello Stato e hanno agito nell'esercizio delle funzioni loro conferite dal mandato. Anche l'analisi degli elementi non ancora univocamente intesi nella prassi milita nel senso della operatività della regola: il consenso dell'India alla presenza dei marò risulta in via indiretta da una molteplicità di norme, alcune delle quali aventi rango di principi generali, come quello della legittima difesa; il richiamo ai *SOFAs*, non solo non è pertinente nel caso di specie, non sussistendo la sovranità territoriale indiana che dovrebbe proteggere, ma è errato anche in termini generali, poiché il consenso dello Stato alla presenza di organi stranieri sul suo territorio può esprimersi in una molteplicità di forme alternative allo *Status of Forces Agreement*. È per questo motivo che la giurisdizione concorrente riconosciuta alle corti indiane dal diritto internazionale non può essere esercitata. L'*Enrica Lexie* non è nave che possa essere giudicata stando a terra, se la terra non è quella italiana.