

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

UBALDO NAZZARO

Il caso “Enrica Lexie”: la competenza giurisdizionale italiana tra enunciati di diritto penale e immunità funzionale

Il Tribunale internazionale, incardinato presso la Corte Permanente di Arbitrato de L’Aja, ha riconosciuto, attraverso la pronuncia del 2 luglio 2020, la competenza giurisdizionale del processo penale allo Stato italiano, in relazione alla vicenda dei Marò, per i fatti avvenuti il 15 febbraio 2012 a largo delle coste dello Stato del Kerala, allorquando raffiche di colpi di arma da fuoco, partiti dalla nave petroliera battente bandiera italiana “Enrica Lexie”, ebbero a provocare la morte di due pescatori indiani. La tesi argomentativa centrale della difesa sostenuta dall’Italia – il richiamo agli artt. 97 e 92 della Convenzione di Montego Bay del 1982 – al fine di affermare la propria giurisdizione sui due Fucilieri della Marina Militare, è stata, tuttavia, ritenuta infondata. L’attribuzione all’Italia della competenza giurisdizionale in esame si fonda, invece, sull’adesione, da parte dei giudici de L’Aja, alla tesi difensiva della sussistenza dell’immunità funzionale, o *ratione materiae*, dei Marò, per gli atti compiuti nell’esercizio delle proprie funzioni.

The “Enrica Lexie” case: Italian jurisdiction between sentences of criminal law and functional immunity

On 2 July 2020, the Arbitral Tribunal, instituted under the United Nations Convention on the Law of the Sea (“UNCLOS”) on 26 June 2015, published the operative part of the Award on the PCA Case Repository, about an incident that occurred on 15 February 2012, approximately 20,5 nautical miles of the coast of India involving the “Enrica Lexie”, an oil tanker flying the Italian flag, and India’s subsequent exercise of criminal jurisdiction over the incident and over two Italian marines from the Italian Navy. The Arbitral Tribunal has attributed criminal jurisdiction to Italy over two Italian marines from the Italian Navy, recognizing them functional immunity.

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: una ricostruzione storica e giudiziaria della vicenda. - 2. I principi della giurisdizione penale statale in diritto internazionale: gli enunciati del codice Rocco. - 3. La decisione del Tribunale internazionale dell’Aja: la pronuncia di infondatezza del richiamo agli artt. 97 e 92 della Convenzione sul diritto del mare e l’accoglimento della tesi difensiva della sussistenza dell’immunità funzionale. - 4. Cenni generali sul principio di immunità funzionale dalla giurisdizione penale in diritto internazionale. - 5. I rilievi critici mossi dalla dottrina internazionalistica alla decisione dei giudici de L’Aja. - 6. Brevi note conclusive: le velleitarie ambizioni di progetti di giustizia penale sovranazionale

1. *Cenni introduttivi: una ricostruzione storica e giudiziaria della vicenda.* La vicenda dei due Fucilieri della Marina Militare italiana – per i fatti avvenuti il 15 febbraio 2012, a circa 22 miglia marine delle coste dello Stato del Kerala, allorquando raffiche di colpi di arma da fuoco, partiti, secondo la ricostruzione dell’autorità locale, dalla nave petroliera battente bandiera italiana “Enrica Lexie”, ebbero a provocare la morte di due pescatori indiani, che si trovavano a bordo del peschereccio “St. Antony” – evoca dinamiche complesse. Entra-

no in gioco, da un lato, le norme di diritto internazionale sull'immunità dello Stato e dei suoi organi dalla giurisdizione straniera e, dall'altro, quelle che individuano la competenza giurisdizionale anche in ragione del *Locus commissi delicti*, alla luce di talune norme contenute nella Convenzione di Montego Bay del 1982¹.

Alla complessità di quella giudiziaria si sono, sin dal principio, affiancate le tensioni di una vicenda politica e diplomatica, connotata dal rapido inasprirsi delle relazioni tra i due Paesi coinvolti. Alla stregua dei parametri offerti dalla dottrina tradizionale, il regime sulle immunità, che offre validi elementi per ritenere fondata quella degli organi dello Stato italiano dalla giurisdizione indiana, va temperato, tuttavia, con ulteriori elementi, in fatto e in diritto, connotanti le controversie internazionali. Tale più cauto indirizzo prediligerebbe, pertanto, una valutazione del singolo caso, tenendo in conto l'intera miriade di elementi connotanti la vicenda specifica.

Un orientamento dottrinario² risalente all'immediato verificarsi dei fatti ritiene più ragionevole concludere per la sussistenza dell'immunità degli organi dello Stato italiano dalla giurisdizione indiana. La violazione della legge penale da parte di siffatti apparati è indicata quale conseguenza del riconoscimento ai medesimi di determinati poteri coercitivi. La propria «qualità organica» - è stato stigmatizzato dalla dottrina in esame - consentirebbe all'ordinamento di appartenenza dell'agente di prevalere sull'ordinamento della parte lesa in quello che si presenterebbe - in forza dell'applicazione del regime sull'immunità funzionale - un concorso, solo in apparenza, giurisdizionale.

L'*iter* che ha portato il Tribunale internazionale per il diritto del mare a decidere nel merito della vicenda si è rivelato, tuttavia, ben più tortuoso e non immune da rilievi critici. Occorre, in via preliminare, stigmatizzare come ci si sia trovati di fronte a due narrazioni - offerte dagli ordinamenti italiano e indiano e tese ad avocare ciascuno la competenza della propria giurisdizione - diametralmente opposte dei fatti. Il contenzioso diplomatico e giudiziario ha origine da tali contrapposte ricostruzioni degli eventi.

L'Italia ha rivendicato le attività dei propri Fucilieri di contrasto alla pirateria, avvalorando la versione offerta dall'equipaggio della petroliera "Enrica Lexie", che sosteneva di essere stato attaccato da una nave pirata e di aver esplo-

¹ Cfr. RONZITTI, *Il caso della Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, in *Riv. dir. intern.*, 2020, 4, 937 ss.

² Cfr. BARGIACCHI, *Immunità degli organi dello Stato dalla giurisdizione straniera: il caso dei Fucilieri della Marina Militare italiana in India*, in *Il caso dei Marò in India tra immunità funzionale e Convenzione di Montego Bay*, Conference Paper, November 2012, www.researchgate.net.

so taluni colpi di arma da fuoco al suo indirizzo solo a seguito di ripetute segnalazioni di arresto totalmente disattese da questa, all'esito delle quali la medesima imbarcazione aveva ripreso la propria navigazione.

Si tratta di una ricostruzione della vicenda totalmente difforme rispetto a quanto affermato dall'equipaggio del peschereccio "St. Antony", che poco tempo dopo, nel porto di Kochi, ha dichiarato alle autorità indiane di essere stato colpito, alla stessa ora del medesimo giorno, dai proiettili esplosi dal natante italiano.

Analogha discordanza nella ricostruzione degli accadimenti, da parte dei due ordinamenti statuali, si ravvisa in relazione al luogo ove si è verificato l'incidente. L'Italia sostiene che la propria nave, al momento dei fatti, si trovava in acque internazionali e che sia stata successivamente attratta con uno stratagemma nel porto di Kochi, nello Stato del Kerala, al solo fine di esercitare la propria giurisdizione nei confronti dell'equipaggio, dalle autorità indiane.

Queste, dal canto loro, contestando siffatta ricostruzione, si apprestano a compiere le indagini preliminari, che conducono, nell'arco di pochi giorni di distanza dalla data dell'incidente, al primo provvedimento restrittivo nei confronti dei due Fucilieri della Marina Militare, adottato il 19 febbraio 2012.

La reazione delle autorità italiane fu quella di intraprendere un percorso teso a porre in discussione la giurisdizione indiana esercitata, il cui primo atto consiste nella presentazione, il 23 febbraio 2012, di un ricorso alla Corte Costituzionale. È quindi iscritto, il giorno seguente, alla Procura della Repubblica di Roma, nelle notizie di reato, il primo provvedimento che apre il fascicolo dell'inchiesta in Italia.

Assistiamo, così, a uno scontro tra giurisdizioni, che si va connotando, nella fase compresa tra il 15 febbraio 2012 e la metà del 2015, quale contenzioso di natura diplomatica. L'acuirsi delle tensioni tra i due Paesi può essere sintetizzato in due episodi emblematici. Il Ministro degli Esteri italiano, dopo aver ottenuto per i propri Fucilieri il permesso di rientrare in patria in più di un'occasione (al fine trascorrere con le proprie famiglie le vacanze di Natale 2012 e al fine di esercitare il diritto di voto alle elezioni politiche del febbraio 2013), dichiarò, a nome del proprio Governo, successivamente al secondo rientro, che i Marò non sarebbero più ripartiti per l'India. Siffatta affermazione si pone in evidente contrasto con l'impegno assunto dall'Esecutivo, nei confronti dell'Alta Corte del Kerala, di garantire il ritorno di Salvatore Girone e Massimiliano Latorre.

La reazione delle autorità indiane a tale comunicazione fu quella di intimare all'ambasciatore italiano in India di non lasciare il territorio dello Stato. Si sottolinea, in dottrina³, come, integrando siffatta intimazione un illecito diplomatico, l'Italia avrebbe potuto ricorrere alla Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, essendo entrambe le Nazioni firmatarie del protocollo addizionale.

Una svolta nella vicenda è rappresentata dalla decisione dell'amministrazione italiana, nel giugno del 2015, di attivare, andando oltre la mera risoluzione diplomatica, altresì i mezzi di risoluzione giudiziale della controversia, avente natura arbitrale. Un fondamento giuridico è, a tal proposito, offerto dalla Convenzione di Montego Bay del 1982. L'aver ratificato la medesima rappresenta condizione sufficiente affinché uno Stato possa attivare unilateralmente un meccanismo di risoluzione delle controversie nei confronti di altri Paesi aderenti.

In virtù dell'art. 286 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 (*United Nations Convention on the Law of the Sea* - UNCLOS), una contesa relativa «all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione di Montego Bay, non risolta in via diplomatica né da deferire obbligatoriamente a un diverso procedimento a esito vincolante ai sensi dell'art. 282, può essere sottoposta, a domanda di parte, a uno dei tribunali di cui all'Art. 287 e cioè, il Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS), la Corte internazionale di giustizia, un Tribunale arbitrale da costituire conformemente all'Allegato VII o un Tribunale arbitrale speciale previsto dall'Allegato VIII»⁴.

Nei paragrafi 1-5 dell'articolo medesimo sono dettati i criteri per individuare l'organo giudicante competente, che, nel caso in esame, risulta essere il collegio arbitrale di cui all'Allegato VII, della cui costituzione ha fatto domanda l'Italia in quanto Stato attore, favorevole a sottoporsi a tale giurisdizione, in assenza di esplicite opzioni per alcun procedimento da parte dell'India.

Attraverso l'ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare del 24 agosto 2015, adottata con 15 voti favorevoli su 21, viene parzialmente accolta la prima misura cautelare richiesta dallo Stato italiano. È disposta la sospensione di tutti i procedimenti giudiziari innanzi alle giurisdizioni nazionali e l'invito ad astenersi dall'intraprendere nuove azioni in relazione al caso "Enri-

³ Cfr. MAURI, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, 13 luglio 2020, Università di Firenze.

⁴ Cfr. VIRZO, *Le misure cautelari nell'affare dell'incidente della Enrica Lexie*, in *Osservatorio costituzionale*, 2016, 3, 4.

ca Lexie” da parte dei due ordinamenti statuali, al fine di evitare che la controversia fosse ampliata, aggravata o rallentata e, di conseguenza, l’attività arbitrale ostacolata⁵. È stata, nel contempo, rigettata la richiesta dell’Italia di una seconda misura cautelare, al fine di ottenere l’immediata eliminazione delle restrizioni relative alla libertà personale e di circolazione dei due Fucilieri della Marina⁶.

Occorre a questo punto soffermarci, innanzitutto, sui due articoli della Convenzione sui quali l’ordinamento italiano fonda – accanto alla rivendicazione dell’immunità funzionale dei propri Fucilieri della Marina – il diritto di avocare a sé la competenza giurisdizionale, non prima di aver indugiato sui principi della giurisdizione penale in diritto internazionale.

2. I principi della giurisdizione penale statale in diritto internazionale: gli enunciati del codice Rocco. Al fine di inquadrare la problematica della giurisdizione penale avente a oggetto condotte, che, essendo state poste in essere in alto mare, non presentano elementi di contiguità rispetto al territorio statale, occorre soffermarci sulla disciplina delle ipotesi, costituenti eccezione, di esercizio della potestà punitiva per i fatti compiuti all’estero.

La regola generale vigente nel nostro ordinamento risiede nell’enunciato espresso dall’art. 6 c.p. Ai sensi del comma 1 dell’articolo in esame, «chiunque commette un reato nel territorio dello Stato è punito secondo la legge italiana». Siffatto fondamento della giurisdizione punitiva era già stato posto attraverso il precedente art. 3, comma 1, c.p. Si afferma, in tale sede, che «la legge penale italiana obbliga tutti coloro che, cittadini o stranieri, si trovano nel territorio dello Stato, salve le eccezioni stabilite dal diritto pubblico interno o dal diritto internazionale».

Espressa la regola di carattere generale, intervengono una molteplicità di disposizioni tese a orientare il baricentro interpretativo della giurisdizione nella direzione dell’opzione universalistica. Al principio di territorialità accolto dal sistema vigente in Italia – alla luce del quale alla legge nazionale sono sottoposti tutti gli autori di condotte delittuose realizzate all’interno dei confini dello Stato, siano essi cittadini, stranieri o apolidi – sono previste, infatti, deroghe così significative che inducono la dottrina manualistica⁷ a sottolineare

⁵ Cfr. PERROTTA, *Il caso Enrica Lexie e la tutela cautelare dei diritti individuali nelle pronunce del Tribunale internazionale per il diritto del mare e dell’Annex VII Arbitral Tribunal: tra inherent powers e human rights approach*, in *Pol. dir.*, 2016, 1-2, 279 ss.

⁶ Cfr. CANNONE, *L’ordinanza del Tribunale internazionale del diritto del mare sulla vicenda della Enrica Lexie*, in *Riv. dir. intern.*, 2015, 4, 1144 ss.

⁷ Cfr., ai fini di un’esautiva ricostruzione della disciplina in materia, F. MANTOVANI, *Diritto penale*.

come il criterio dell'universalità contenga il campo al predetto enunciato formalmente riconosciuto.

Occorre, a tal proposito, far menzione dell'art. 4, comma 2, c.p., laddove, attraverso una *fictio iuris*, si estende il territorio statale alle navi e agli aereomobili italiani, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una disposizione legislativa territoriale straniera.

Ai fini della presente trattazione, assume rilievo, in relazione alle suesposte eccezioni, la distinzione tra due differenti tipologie di imbarcazioni o mezzi aerei. Alla legge penale della bandiera sottostanno – accanto a quelli statali, che svolgono, tra le altre, operazioni di guerra, militari, di finanza o di polizia – le navi e gli aereomobili, altresì, privati; rientrano in tale categoria anche quelli appartenenti allo Stato, laddove svolga attività economica. In tale seconda ipotesi, le condotte delittuose, per essere attratte nell'alveo della giurisdizione punitiva italiana, devono essere realizzate a bordo di imbarcazioni situate in alto mare, o di velivoli che sorvolano un'area geografica ove non si esercita alcuna sovranità.

Sono soggetti, viceversa, alla legge penale locale le navi e gli aereomobili che rientrano nel territorio di uno Stato estero – trovandosi, rispettivamente, in acque o spazio aereo territoriali, ovvero in porti o aeroporti – allorché le attività ivi poste in essere rappresentino una minaccia per la sicurezza di quell'ordinamento statale.

A integrare la disciplina della giurisdizione nazionale in materia punitiva intervengono, altresì, gli artt. 7, 8, 9 e 10 del codice Rocco. È punito secondo la legge italiana, ai sensi dell'art. 7 c.p., il cittadino o lo straniero che commette in territorio estero taluno dei reati tassativamente indicati dal dettato normativo. Si tratta dei delitti «contro la personalità dello Stato», «di contraffazione del sigillo dello Stato e di uso di tale sigillo contraffatto», «di falsità in monete aventi corso legale nel territorio dello Stato, o in valori di bollo o in carte di pubblico credito italiano» e quelli «commessi da pubblici ufficiali a servizio dello Stato, abusando dei poteri o violando i doveri inerenti alle loro funzioni». L'art. 7 contiene una clausola di chiusura, attraverso la quale si attribuisce alla giurisdizione nazionale ogni altro reato per il quale speciali disposizioni legislative o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana. Nel novero delle ipotesi delittuose contemplate dal sopra citato articolo sono inseriti, ai sensi del successivo art. 8 c.p., altresì i delitti politi-

Parte generale, , Padova, 2020, 976 ss.

ci⁸ che non rientrano tra quelli contro la personalità dello Stato di cui al numero 1 dell'art. 7 c.p.

Si afferma, attraverso gli artt. 7 e 8 c.p., il principio di protezione, finalizzato a estendere la giurisdizione italiana a quei reati commessi all'estero, suscettibili di integrare una minaccia per la sicurezza nazionale.

Gli artt. 9 e 10 c.p. contengono ulteriori deroghe all'enunciato cardine della territorialità, costituente la regola di carattere generale. Ai sensi dell'art. 9 c.p., il cittadino, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commette in territorio estero un delitto per il quale la legge italiana stabilisce l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, è assoggettato alla giurisdizione penale dell'Italia. Tale ulteriore eccezione al principio di carattere generale è subordinata, tuttavia, al verificarsi di una circostanza, sulla cui natura non v'è un orientamento dottrinario condiviso. Requisito indefettibile per l'assoggettabilità della casistica di cui all'art. 9 c.p. alla legge italiana è la presenza dell'interessato sul proprio territorio statale; si discute se si tratti di una condizione obiettiva di punibilità o di procedibilità. La seconda delle due soluzioni, sostenuta in giurisprudenza, si fonda sulla considerazione che l'interesse dello Stato a perseguire la condotta delittuosa sussista esclusivamente nelle ipotesi nelle quali il reo sia presente per un lasso di tempo significativo in Italia.

Attraverso l'art. 10 c.p. si afferma un criterio di personalità passiva, laddove sono attratti nella giurisdizione nazionale i reati puniti con una pena non superiore a un anno, commessi all'estero dallo straniero ai danni dell'ordinamento statale o di un cittadino italiano. La presenza del reo sul territorio dello Stato rappresenta, anche in questo secondo caso, requisito indefettibile ai fini della sussistenza della competenza giurisdizionale dell'Italia. Condizioni di procedibilità, in relazione a entrambe le ipotesi di cui agli artt. 9 e 10 c.p., sono la richiesta del Ministro della giustizia ovvero l'istanza o la querela della persona offesa.

Esaurita la digressione sulla casistica delle deroghe al principio di territorialità alla luce delle norme del codice Rocco, una ricostruzione delle fasi dell'*iter* giurisdizionale giova, adesso, da utile premessa al fine di comprendere il fondamento delle pretese italiane sul caso "Enrica Lexie".

È possibile, in definitiva, individuare, nell'ambito della giurisdizione penale statale, tre forme di manifestazione: quella prescrittiva (*prescriptive iurisdic-*

⁸ Per delitto politico si intende, alla luce del comma 3 dell'art. 8 c.p., «è delitto politico ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino. È altresì considerato delitto politico il delitto comune determinato, in tutto o in parte, da motivi politici».

tion), quella esecutiva (*enforcement jurisdiction*) e quella giudiziaria (*adjudicative jurisdiction*)⁹. Lo Stato, attraverso la prima ipotesi, definisce le condotte penalmente rilevanti sulla scorta delle norme del proprio sistema ordinamentale. Nelle attività tese a garantire l'applicazione del diritto - a esempio, le investigazioni, le perquisizioni, il fermo o l'arresto, la traduzione negli istituti penitenziari - si estrinseca la seconda tipologia. La potestà di sottoporre a processo un individuo, attribuita alle Corti di uno Stato, integra, infine, la giurisdizione giudiziaria, che, nella maggior parte dei casi, rappresenta il «corollario processuale» di quella prescrittiva. La facoltà di celebrare il rito nei confronti del sospettato di reato, da parte del sistema giustizia di un ordinamento statale, costituisce il logico approdo dell'applicazione di una disposizione penale definita dal medesimo apparato ordinamentale¹⁰.

Esistono, tuttavia, talune eccezioni alla corrispondenza tra la giurisdizione prescrittiva e quella giudiziaria; un eloquente esempio, a tal proposito, è offerto dalla configurabilità, nei confronti dell'imputato, di un'immunità¹¹. Le autorità italiane, allo scopo di avocare a sé il caso "Enrica Lexie", fondano le proprie pretese giurisdizionali su questa deroga al principio generale di territorialità in materia di giudizio penale.

3. *La decisione del Tribunale internazionale dell'Aja: la pronuncia di infondatezza del richiamo agli artt. 97 e 92 della Convenzione sul diritto del mare e l'accoglimento della tesi difensiva della sussistenza dell'immunità funzionale*. Al fine di giungere a una decisione sulla competenza giurisdizionale del caso "Enrica Lexie", India e Italia hanno concordato di rivolgersi ai giudici de L'Aja. Nel novembre 2015 viene, a tal uopo, incardinato, presso la Corte Permanente di Arbitrato de L'Aja, il Tribunale internazionale, con il compito di decidere sulla controversia tra i due Paesi, in relazione all'incidente nel quale i Marò, esplodendo dalla nave petroliera "Enrica Lexie" colpi di arma da fuoco, avevano provocato l'uccisione dei due pescatori a bordo del "St. Antony"¹².

⁹ Cfr. BUSCO, FONTANELLI, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 406.

¹⁰ Cfr. BUSCO, FONTANELLI, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, cit., 406.

¹¹ Cfr., ai fini di una recente ricostruzione a opera della dottrina penalistica circa le relazioni intercorrenti tra l'istituto delle immunità e i diritti umani, MASERA, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri*, Torino, 2020.

¹² Cfr. BIARELLA, *MARÒ: processo penale in Italia, e lo Stato deve pagare i danni cagionati in India*, in www.altalex.com.

I giudici de L'Aja hanno riconosciuto, attraverso la pronuncia del 2 luglio 2020, la competenza giurisdizionale del processo penale allo Stato italiano, condannandolo, nel contempo, a un risarcimento all'India per la morte dei due cittadini, per il danno materiale alla nave e per quello morale inferto al comandante e agli altri membri dell'equipaggio¹³. L'esplosione dei colpi di arma da fuoco all'indirizzo del peschereccio indiano integrerebbe, infatti, alla luce della decisione in esame, una violazione della libertà di navigazione sancita ai sensi degli artt. 87 e 90 della Convenzione ONU sul Diritto del Mare.

Si tratta, come è stato da più parti opportunamente osservato¹⁴, di una vittoria solo parziale delle autorità italiane, al di là della condanna al risarcimento. La sconfitta principale risiede, infatti, nella pronuncia di infondatezza della tesi argomentativa centrale – il richiamo agli artt. 97 e 92 della Convenzione di Montego Bay – nella difesa sostenuta dall'Italia al fine di affermare la propria giurisdizione sulla vicenda dei due Fucilieri della Marina Militare.

Ai sensi dell'art. 97 della Convenzione sul diritto del mare, «in caso di abbordo o di qualunque altro incidente di navigazione nell'alto mare, che implichi la responsabilità penale o disciplinare del comandante della nave o di qualunque altro membro dell'equipaggio, non possono essere intraprese azioni penali o disciplinari contro tali persone, se non da parte delle autorità giurisdizionali o amministrative dello Stato di bandiera o dello Stato di cui tali persone hanno la cittadinanza». Alla luce di siffatto articolo – suscettibile di applicazione, altresì, nella Zona economica esclusiva (ossia nella porzione di mare ove si sono verificati gli episodi incriminati)¹⁵ – l'Italia ha sostenuto, *in primis* innanzi ai Fori indiani, quindi di fronte al Tribunale arbitrale, che i propri organi giudiziari avessero giurisdizione esclusiva sulle condotte dei Fucilieri della Marina¹⁶.

¹³ Cfr. RONZITTI, *MARÒ: una decisione favorevole all'Italia, ma con qualche chiaroscuro*, in www.affarinternazionali.it.

¹⁴ Cfr., tra tutti, BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, in www.questionegiustizia.it.

¹⁵ Cfr., sul punto, Cfr. PERROTTA, *Il caso Enrica Lexie e la tutela cautelare dei diritti individuali nelle pronunce del Tribunale internazionale per il diritto del mare e dell'Annex VII Arbitral Tribunal: tra inherent powers e human rights approach*, cit., 280: «La disputa origina dalla incerta localizzazione delle imbarcazioni coinvolte nell'incidente, ad oggi individuata nella zona contigua, all'interno della Zona economica esclusiva (ZEE), ma fuori dalle acque territoriali indiane. Si tratta di zone marine in cui la sovranità dello Stato costiero non risulta piena ed esclusiva. Segnatamente, l'art. 33 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 1982 [...] stabilisce che nella zona contigua lo Stato costiero esercita solo poteri di controllo e limitatamente a materie fiscali, doganali e sanitarie».

¹⁶ Cfr., in merito alle argomentazioni della difesa italiana fondate sugli artt. 97 e 92 della Convenzione sul diritto del mare, MAGI, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

Il percorso motivazionale delle autorità italiane muove dalla riconduzione della condotta dei Marò nella nozione di «altro incidente di navigazione nell'alto mare», contenuta nel summenzionato art. 97. L'azione dei due Fucilieri è, infatti, considerata parte di un più articolato evento, compreso tra due momenti, quello in cui il comandante della petroliera "Enrica Lexie" aveva avvertito il rischio di collisione tra le due imbarcazioni e quello in cui erano stati esplosi i colpi d'arma da fuoco all'indirizzo del peschereccio "St. Antony", che avevano indotto l'equipaggio a cambiare direzione. Alla luce di tale ricostruzione dei fatti, le conseguenze dell'attività dei Marò sono qualificate, dall'Italia, quale incidente di navigazione, in quanto causate dal movimento irregolare delle due navi. Essendo l'"Enrica Lexie" un'imbarcazione battente bandiera italiana ed essendo il fatto stato commesso da propri cittadini, le autorità del nostro Paese hanno rivendicato la giurisdizione esclusiva per conoscere del reato.

L'applicabilità dell'art. 97, par. 1, Convenzione di Montego Bay al caso in esame è stata, tuttavia, esclusa dalla Corte arbitrale, che ha fornito un'esegesi della definizione di "incidente in corso di navigazione" maggiormente restrittiva rispetto a quella offerta dall'Italia. Il nesso addotto dalla difesa italiana tra il rischio di collisione fra la petroliera e il peschereccio e l'attività posta in essere dai due Fucilieri, a giustificare la condotta di questi ultimi, non è stato giudicato adeguato.

L'evento che procura gravi danni alla nave e ai suoi occupanti - attraverso il quale si estrinseca il concetto di "incidente di navigazione" di cui al dettato normativo - deve essere riconducibile al movimento o alle manovre di un'imbarcazione. Pur presentando l'episodio in esame un rischio di collisione tra l'"Enrica Lexie" e il "St. Antony", i danni causati a quest'ultimo e l'uccisione dei due pescatori indiani, lungi dall'essere conseguenza del solo movimento della petroliera e del peschereccio, sono, a giudizio del Tribunale arbitrale, stati causati esclusivamente dalla condotta dei Fucilieri, che hanno esplosi colpi di arma da fuoco all'indirizzo del "St. Antony"¹⁷.

Un fondamentale contributo esegetico, in relazione all'espressione "altri incidenti di navigazione" di cui all'art. 97 UNCLOS, è stato offerto dalla precedente sentenza del 21 maggio 2020. Attraverso la presente decisione, il Tribunale arbitrale, istituito in base all'annesso VII della Convenzione sul diritto del mare del 1982, ebbe a precisare come la predetta formula definitoria si riferisca a un evento che, se, da un lato, si verifichi quale conseguenza del

¹⁷ Cfr. MAGI, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

movimento o della manovra di un'imbarcazione, abbia, dall'altro, causato danni gravi o lesioni alle navi coinvolte¹⁸.

Alla luce di tali considerazioni, nella pronuncia del 21 maggio 2020 si esclude l'applicabilità della disposizione di cui all'art. 97 UNCLOS all'incidente verificatosi tra la petroliera "Enrica Lexie" e il peschereccio "St. Antony".

La Corte arbitrale, nella successiva sentenza del 2 luglio 2020, non si è, invece, espressa in merito all'eventualità che l'attività dei Marò potesse essere inquadrata, o meno, nell'esercizio di funzioni al servizio della nave battente bandiera italiana.

La presunta violazione da parte delle autorità indiane dell'art. 92 della Convenzione sul diritto del mare, avendo proceduto all'arresto dei propri Fucilieri, fornisce un ulteriore argomento sul quale l'ordinamento italiano fonda le proprie pretese di giurisdizione esclusiva. Ai sensi del sopra citato articolo, «le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione, nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva».

A differenza di quanto eccepito in ordine alla presunta violazione dell'art. 97 della Convenzione sul diritto del mare, la cui sussistenza è stata esclusa dal Tribunale arbitrale, le autorità italiane non hanno offerto sufficienti elementi fondanti la propria linea difensiva in merito all'ulteriore inosservanza, da parte dell'India, del precedente art. 92.

Nello *statement of claim* l'Italia ha rivendicato il proprio potere, non unanimemente condiviso, di esercitare la giurisdizione penale esclusiva anche in relazione a quanto accaduto a seguito delle condotte poste in essere dall'equipaggio di una nave che si fosse trovata in alto mare, nei cui confronti è, viceversa, indiscusso il diritto esclusivo, ai sensi dell'art. 92, di adottare misure di *enforcement*.

La pienezza di siffatte rivendicazioni non ha, tuttavia, sorretto la tesi difensiva italiana nell'interesse di tutte le fasi di giudizio. Nelle *submission* finali, infatti, l'accusa di aver violato l'art. 92 della Convenzione di Montego Bay è stata rivolta all'India in relazione al solo diritto esclusivo dello Stato della bandiera di porre in essere azioni di *enforcement*, estrinsecantesi nell'aver la guardia costiera indiana intercettato in alto mare la petroliera "Enrica Lexie" e nell'averla

¹⁸ Cfr., in merito a un'approfondimento della sentenza arbitrale del 21 maggio 2020, CANNONE, *L'interpretazione della espressione "altri incidenti di navigazione" di cui all'art. 97 della Convenzione sul diritto del mare nella sentenza arbitrale del 21 maggio 2020 relativa alla vicenda della Enrica Lexie (Italia c. India)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, 283 ss.

invitata a recarsi nel porto di Kochi, nello Stato del Kerala, per cooperare con le autorità locali.

La Corte arbitrale ha rilevato, in relazione a questo secondo punto, che l'Italia non ha provveduto a fornire sufficienti elementi per comprovare siffatta circostanza. Tale motivazione è alla base della pronuncia del Tribunale, che dichiara di non poter concludere circa la sussistenza di minacce, o meno, di azioni di *enforcement* da parte della guardia costiera indiana¹⁹.

L'attribuzione all'Italia della competenza della giurisdizione in esame in ordine alle vicende legate ai propri Fucilieri, si fonda, invece, sull'adesione, da parte dei giudici de L'Aja, alla tesi difensiva della sussistenza dell'immunità funzionale, o *ratione materiae*, dei Marò, per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni.

Sulla *ratio* della guarentigia in esame non si è, tuttavia, espressa la pronuncia, tenendo in conto che a giustificare l'esistenza della norma non è sufficiente il criterio di imputazione, rispetto al quale c'è stato un rapido accenno nella sentenza, ma il diritto degli Stati all'organizzazione interna e la circostanza secondo cui l'azione di un ordinamento statale, trattandosi di una persona giuridica, possa estrinsecarsi esclusivamente attraverso i propri organi²⁰.

Tale decisione ha lasciato non poche perplessità nell'ambito finanche della dottrina italiana. Occorre, a tal proposito, tracciare, *in primis*, una ricostruzione dell'istituto giuridico dell'"immunità funzionale", tenendo conto degli sviluppi degli ultimi decenni, al fine di illustrare e comprendere le conclusioni cui è pervenuto l'orientamento dottrinario prevalente.

4. *Cenni generali sul principio di immunità funzionale dalla giurisdizione penale in diritto internazionale.* Espressione dell'enunciato del rispetto dell'indipendenza degli Stati, la norma consuetudinaria complessa sulle immunità rappresenta il corollario del più ampio principio dell'eguaglianza sovrana tra nazioni²¹. L'*iter* di formazione delle consuetudini internazionali in materia presenta una struttura bilateralistica e sinallagmatica dei rapporti giuridici tra ordinamenti statuali. Nell'ambito di relazioni caratterizzate dalla re-

¹⁹ Cfr., sul punto, altresì LICATA, *Diritto internazionale, immunità, giurisdizione concorrente, diritti umani: le questioni aperte nel caso dei marò e la posizione della Corte Suprema Indiana*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, 182 ss.

²⁰ Cfr. RONZITTI, *Il caso della Enrica Lexie e la sentenza arbitrale nella controversia Italia-India*, cit., 952.

²¹ Cfr. TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale. Atti del convegno di Perugia 23-25 maggio 2006*, a cura di Lanciotti, Tanzi, Torino, 2007, 2-3.

ciprocità e dall'orizzontalità, l'immunità dei sovrani e dei loro rappresentanti costituiva indefettibile presupposto per la preservazione delle diplomazie tra Stati concorrenti, almeno sino a una loro eventuale interruzione²². La drastica rottura dei rapporti tra i differenti ordinamenti statuali aveva quale ineluttabile epilogo la dichiarazione di guerra.

Il dibattito giurisprudenziale e diplomatico intrapreso, in epoca moderna, in ordine alle immunità giurisdizionali è sintomatico di un approccio della Comunità Internazionale contemporanea, che tende a oscillare, soprattutto in relazione alla normativa transnazionale contenente enunciati di diritti umani²³.

La problematica si è posta allorché, nei passati decenni, si è andata affermando la tendenza a citare in giudizio, innanzi a tribunali interni di Stati stranieri, taluni organi statali, cui veniva mossa l'accusa di aver perpetrato crimini di guerra e contro l'umanità, ovvero atti di tortura o di genocidio²⁴. Pensiamo, innanzitutto, alla richiesta di estradizione nei confronti di Pinochet, il dittatore cileno degli anni Settanta/Ottanta del secolo passato, da parte della Spagna. La prassi successiva all'esperimento di siffatto procedimento ha evidenziato come i giudici interni abbiano mostrato la tendenza a mutare atteggiamento, nei confronti degli organi stranieri sospettati di crimini internazionali, a seconda della posizione e del rango da questi rivestiti nella struttura ordinamentale di pertinenza e a seconda della circostanza che si fosse trattato di rappresentanti dello Stato ancora, o meno, in carica. Siffatte constatazioni hanno indotto parte della dottrina²⁵ a procedere attraverso una disamina separata, nell'ambito della normativa in materia di immunità, tra quella funzionale e quella personale.

Il dibattito giuridico sul fenomeno della repressione dei crimini internazionali è stato, innanzitutto, alimentato dall'evoluzione della disciplina di quei "trattamenti particolari" riservati agli «organi costituzionali», locuzione adoperata per indicare semplicemente i vertici di un determinato Stato²⁶.

Ai fini della presente trattazione, acquista rilievo l'aspetto dell'immunità funzionale, integrante tutti gli atti commessi da agenti diplomatici nell'esercizio

²² Cfr. TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, cit., 3.

²³ Ai fini di un più esaustivo approfondimento dei rapporti tra immunità internazionali, diritti fondamentali e sicurezza nazionale nella Società Internazionale contemporanea, cfr. TANZI, *Su immunità ed evoluzione della società internazionale*, cit., 16 ss.

²⁴ Cfr. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino, 2007.

²⁵ Cfr. FRULLI, *Immunità e crimini internazionali*, cit., 4.

²⁶ Cfr. DE SENA, *Immunità di organi costituzionali e crimini internazionali individuali in diritto internazionale*, in *Le immunità nel diritto internazionale*, cit., 23 ss.

delle proprie funzioni. È stato, in passato, sottolineato in dottrina²⁷ come siffatto argomento non presentasse, in via generale, un'autonoma collocazione. Tale materia viene, nella manualistica, affrontata nell'ambito della più ampia tematica dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione, o come aspetto del trattamento giuridico di singoli organi ammessi all'esercizio di funzioni statali nel territorio di Paesi stranieri, ovvero in relazione alla trattazione della repressione dei crimini internazionali. Al fenomeno dell'immunità dell'individuo agente in qualità di organo è stata, tuttavia, dedicata una certa attenzione da parte della dottrina sotto il profilo della differenziazione tra questa particolare ipotesi della disciplina generale e la restante casistica configurata a tutela delle "rappresentanze della diplomazia".

L'immunità funzionale *ratione materiae* si contrapporrebbe, alla luce delle riflessioni dottrinarie²⁸, a quelle personali e processuali degli agenti diplomatici. Si apre, così, il dibattito sulla natura giuridica del fenomeno in esame, ossia se la stessa vada inquadrata quale ipotesi di esenzione dalla giurisdizione penale o, viceversa, dalla legge.

Innanzi a un orientamento consolidatosi nel corso del passato millennio, secondo cui il regime dell'immunità funzionale si porrebbe - per gli aspetti eterogenei che esso presenta - come una sorta di «minimo comune denominatore» del trattamento riconosciuto a una pluralità di soggetti esercenti funzioni statali, si è contrapposto un indirizzo dottrinario teso a confutare, nella seconda metà degli anni Novanta del secolo trascorso, la sensazione che siffatta garanzia, lungi dall'integrare un istituto giuridicamente autonomo, rappresentasse un «corollario logicamente necessario dello stesso agire dell'individuo in qualità di organo»²⁹.

Unanimità non è stata ravvisata in dottrina circa il suo fondamento teorico e la sua sfera di applicazione personale e materiale, essendosi sviluppate sull'argomento molteplici teorie differenti tra loro, inquadrare, per ragioni di sistematicità, in tre più ampi indirizzi³⁰. A contendersi il campo, a partire dalla prima metà del secolo passato, sono intervenuti, innanzitutto, i sostenitori di un regime dell'immunità funzionale applicabile, alla luce dell'esistenza di una norma internazionalistica di carattere generale, a tutti gli organi statali e a tutti i loro atti. Si tratta di un orientamento più risalente, consolidatosi attraverso

²⁷ Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, 1996.

²⁸ Cfr. DE SENA, op. cit., XV-XVI.

²⁹ Cfr. DE SENA, op. cit., XVII-XVIII.

³⁰ Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, in *Enc. dir.*, VII, 2014, 735 ss.

l'avvicinarsi di numerose scuole di pensiero, fondate su un metodo, talune, deduttivo, talaltre, induttivo³¹.

Alla luce del secondo indirizzo, la sfera di applicazione materiale del regime dell'immunità funzionale incontra taluni limiti, in quanto copre solamente certi atti. Nell'ambito delle tesi riconducibili a siffatto orientamento, v'è quella che estende la guarentigia alle attività internazionalmente lecite poste in essere nell'esercizio delle proprie funzioni. Sulla distinzione tra atti compiuti per conto dello Stato, sotto la cui autorità essi agiscono, e atti che non rientrano nel loro mandato ufficiale, si incentra il *discrimen* tra la concessione o meno dell'immunità funzionale agli organi statali³².

Il terzo orientamento segna una fase di rottura rispetto ai due precedenti, laddove si stigmatizza l'impossibilità di una *reductio ad unum* del fenomeno in esame, in presenza di un regime non caratterizzato da unitarietà, ma frammentato e complesso.

Al fine di individuare gli ambiti della disciplina entro cui ricondurre direttamente il caso dei Marò, il regime dell'immunità funzionale può articolarsi attraverso tre direttrici ed essere, pertanto, esaminato con riferimento allo svolgimento di attività d'ufficio contrarie o meramente lecite dal punto di vista del diritto internazionale ovvero internazionalmente tutelate.

Nell'ambito di queste ultime, si colloca la tematica del trattamento dei membri dell'equipaggio di una nave militare straniera presente in territorio estero con il consenso dello Stato territoriale³³. La problematica in esame viene ricostruita attraverso la correlazione tra la tutela del diritto internazionale e l'esercizio di attività nell'ambito delle attribuzioni statuali svolte all'infuori dei propri confini nazionali.

Il punto di partenza da cui muovono le riflessioni dottrinarie, in relazione al trattamento dei membri di corpi di truppa o di navi militari che si trovino in territorio estero con il consenso dello Stato territoriale, è rappresentato dalla «*molteplicità delle funzioni*» cui possono concretamente assolvere³⁴. La disciplina in materia risulta sostanzialmente regolamentata sul piano prettamente convenzionale.

³¹ Cfr., ai fini di un'approfondita ricostruzione delle teorie attorno alle quali si vanno definendo i tre orientamenti sul fondamento teorico e la sfera di applicazione personale e materiale del regime dell'immunità funzionale, PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, cit., 749-754.

³² Cfr. PISILLO MAZZESCHI, *Organi degli Stati stranieri (immunità giurisdizionale degli)*, cit., 750.

³³ Cfr., sul punto, ampiamente DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, cit., 244 ss.

³⁴ Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, cit., 245.

Esaurita siffatta premessa, è stata sottolineata la sussistenza, alla luce del diritto internazionale consuetudinario, di un obbligo a carico dello Stato territoriale, che ha prestato il proprio consenso alla presenza sul proprio territorio di forze militari straniere in tempo di pace, di garantire l'esercizio dei poteri coercitivi propri dell'ordinamento statale di appartenenza delle medesime, al fine di tutelarne l'ordine e la disciplina³⁵.

Sorgono, a tal punto, due ordini di considerazioni. Attraverso il primo si tende a sottolineare il valore residuale della summenzionata disciplina di carattere generale. Il secondo ordine di considerazioni ha ad oggetto l'interrogativo circa il trattamento dei membri di forze armate o di equipaggi di navi straniere per atti compiuti nell'esercizio di funzioni d'ufficio. Ci si chiede se le garanzie a essi riservate rivestano effettiva autonomia dal punto di vista giuridico, ovvero se le medesime non vadano, piuttosto, inquadrare quale effetto della normativa predisposta a tutela del corpo di truppa o dell'imbarcazione estera in quanto tali.

La dottrina dominante³⁶ propende per la seconda delle due soluzioni, non ravvisando un autonomo regime di immunità funzionale dell'individuo-organo in relazione al trattamento di membri, né di quelli dell'equipaggio di navi da guerra (che agiscano nell'esercizio di funzioni d'ufficio nell'ambito dello Stato territoriale), né di quelli di forze armate straniere. Si tende a escludere l'esistenza di una norma universale integrante un criterio generale di impunità per la condotta criminosa.

La prassi che si è andata sviluppando nel corso del Secondo conflitto mondiale propone un'interpretazione che avvalorava l'inesistenza di un'immunità assoluta dei membri di forze armate straniere. Nell'ambito di siffatta pratica, che si è andata consolidando nel corso degli anni successivi, è stato, pertanto, affidato alle Corti il compito di esprimersi sulla ricollegabilità della condotta posta in essere dall'individuo-agente all'adempimento di funzioni del proprio ufficio. Non sono, tuttavia, mancati orientamenti contrastanti sulla questione, che rendono ancor più velleitario un eventuale tentativo di elaborare, sulla scorta di un indirizzo giurisprudenziale dominante, un autonomo regime di immunità funzionale dei membri di corpi di truppa stanziati in territorio straniero.

³⁵ Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, cit., 245. Cfr., altresì, DE GUTTRY, *Lo status della nave da guerra in tempo di pace*, Milano, 1994, 289 ss.

³⁶ Cfr. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, cit., 246.

5. *I rilievi critici mossi dalla dottrina internazionalistica alla decisione dei giudici de L'Aja*³⁷. Alla luce delle suesposte riflessioni, appare inaccettabile, a giudizio di un consolidato orientamento dottrinario, che, nei summenzionati casi, possa configurarsi un principio consuetudinario internazionale sulle immunità funzionali.

La vicenda richiama immediatamente – nell'ambito di quelle operazioni condotte in spregio dei diritti umani denominate *extraordinary renditions*³⁸ – la “consegna straordinaria” di Abu Omar, l'Imam della Moschea di Milano, sequestrato il 17 febbraio 2003 da agenti della C.I.A. e trasportato presso la base aerea di Aviano, per essere, quindi, trasferito in Egitto, suo Paese di origine, ove fu vittima di torture³⁹. Allo scopo di garantire l'immunità degli appartenenti ai Servizi segreti interni (in particolare, il SISMI), la cui complicità al rapimento è emersa dalle indagini compiute dall'autorità giudiziaria italiana, è stata affermata la ragione del segreto di Stato, che ha condotto alla condanna dell'Italia, attraverso la sentenza del 23 febbraio 2016, da parte della Corte EDU.

Per quanto riguarda la posizione, in particolare, dei cinque funzionari statunitensi imputati, rispetto ai quali la difesa aveva invocato l'assoluta immunità nell'esercizio delle proprie funzioni, la vicenda di Abu Omar presenta analogie rispetto a quella dei due Fucilieri della Marina.

La Corte d'Appello di Milano, attraverso la sentenza del 12 febbraio 2013, accolse i rilievi critici mossi al Tribunale di Milano avverso la decisione di far rientrare nell'esercizio di un'azione diplomatica anche il sequestro di persona. Sono stati, a tal riguardo, sottolineati taluni errori presenti nel percorso motivazionale fondante il giudizio di primo grado⁴⁰. Si è, innanzitutto, posta in evi-

³⁷ Ai fini della disamina di un orientamento dottrinario in materia di diritto internazionale, che si è andato consolidando all'indomani della pronuncia dei giudici dell'Aja del 2 luglio 2020 e quale reazione alla decisione di riconoscere, in relazione alla vicenda della petroliera “Enrica Lexie”, la competenza giurisdizionale del processo penale allo Stato italiano, ci appare utile una ricostruzione degli interventi che hanno animato il seminario svoltosi a Firenze il 13 luglio 2020.

³⁸ Si tratta di veri e propri rapimenti, posti in essere attraverso la collaborazione segreta tra Stati, che si dividono generalmente i compiti, consistenti nella cattura e nella consegna di individui ritenuti sospetti, o, semplicemente, nel caso del Paese ospite, nel prestare il consenso all'utilizzo del proprio territorio per consentire di prelevare il soggetto. Cfr., al riguardo, RUSSO, *Lotta al terrorismo internazionale e diritti umani: le “extraordinary renditions” nella giurisprudenza di Strasburgo*, in *Leg. pen.*, 2013, 2, 319 ss.

³⁹ Cfr., sul punto, NAZZARO, *Il diritto penale del nemico tra delitto di associazione politica e misure di contrasto al terrorismo internazionale*, Giannini (Quaderni dell'Accademia Pontaniana, n. 62), Napoli, 2016, 174-175.

⁴⁰ Cfr. SPATARO, intervento al seminario *Il caso “Enrica Lexie”. Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, 13 luglio 2020, Università di Firenze.

denza l'improponibile assimilazione tra le qualità soggettive e le attività afferenti ai servizi segreti rispetto a quelle di pertinenza dei diplomatici. L'appartenenza alla seconda delle due categorie, comportante un'esenzione dalla giurisdizione penale, non legittima, d'altro canto, assolutamente la partecipazione a un sequestro di persona. Si è, quindi, stigmatizzata la circostanza che le attività coperte da immunità funzionale incontrino limiti nel diritto internazionale, dovendo le medesime essere svolte da un diplomatico nell'esercizio delle proprie funzioni⁴¹.

Analoghe perplessità hanno accompagnato le riflessioni dottrinarie a proposito del caso "Enrica Lexie". È stato sottolineato⁴² come nella decisione del Tribunale internazionale de L'Aja fossero assenti riferimenti alle ragioni per le quali i Fucilieri avessero agito nell'esercizio delle funzioni, precisando che ogni organo pubblico che opera all'interno dell'ordinamento giuridico dello Stato italiano debba osservare taluni principi, quale, a esempio, quello dell'azione amministrativa. Essendo assente nella pronuncia in esame alcun riferimento a una valutazione di proporzionalità – espressione del sopra citato enunciato – della condotta intrapresa dai Marò ai fini del perseguimento dell'obiettivo dichiarato in quella determinata situazione, l'immunità funzionale assume i connotati di un atto politico.

Entrambe le ricostruzioni della vicenda giuridica prospettate non offrono margini per l'applicabilità delle garanzie diplomatiche in esame. Si è, innanzitutto, provveduto alla ridefinizione del concetto di immunità, fondandola sull'identificazione tra azione individuale, quella dei Marò (legati da un rapporto di natura privatistica alla compagnia della "Enrica Lexie"), e azione dello Stato. Si perviene, per tale via, a una ricostruzione degli atti esercitati *iure gestionis* (allorquando l'ordinamento statale agisca nelle vesti di mero operatore economico), sottratti alle garanzie in esame, a differenza di quanto accade per gli atti *iure imperi*, connotati da uno scopo pubblicistico. In re-

⁴¹ Le strategie securitarie sono state, alla luce della sentenza della Consulta n. 24 del 2014, anteposte alla difesa dei principi costituzionali violati dalla consegna straordinaria di Abu Omar; cfr. BONZANO, *La Consulta alza il "sipario nero": alla ribalta la deprecabile confusione normativa tra prova e fatto*, in *Questa Rivista*, 2014, 1. Le paradossali conclusioni cui è pervenuta la Corte costituzionale nella decisione n. 24 del 2014 sono state poste in evidenza dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, che, attraverso la pronuncia adottata il 23 febbraio 2016, ha condannato l'operato del governo italiano in relazione al caso Abu Omar; cfr. MILIZIA, *La CEDU rialza il "sipario nero" sul caso Abu Omar: l'apposizione del segreto di Stato è arbitraria*, in *Dir. Giust.*, 23 febbraio 2016; cfr., altresì, MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 28 febbraio 2016.

⁴² Cfr. DE SENA, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, 13 luglio 2020, Università di Firenze.

lazione a tale ultimo caso, una parte della dottrina di diritto internazionale ritiene estensibile il principio dell'immunità funzionale dell'organo dello Stato estero all'ambito, altresì, penale. Siffatta teoria trova, tuttavia fondamento nell'errato presupposto della riconducibilità allo Stato dell'atto compiuto dall'agente. Appare, infatti, improponibile un'immunità penale statale, essendo il singolo individuo l'unico destinatario della pena⁴³.

La seconda errata ricostruzione della vicenda è rappresentata dall'assunto secondo il quale i Fucilieri vadano equiparati a organi militari e, in particolare, ai membri di corpi di truppa. Ma, anche a voler ammettere siffatta equiparazione, non essendo questi ultimi tutelati da alcuna immunità funzionale di diritto internazionale in quanto tali, occorrerebbe che i fatti commessi dai medesimi, per ricevere tutela, rientrino nella giurisdizione affidata al loro comandante, salvo accordi bilaterali. I Fucilieri della Marina, poichè agivano a tutela di una nave privata contro atti di pirateria, non possono essere in alcun caso equiparati ai componenti di organi militari di truppa. Occorre, allora, valutare se la condotta dei due Marò fosse necessaria e proporzionata al fine di prevenire eventuali attacchi da parte di pirati.

Quando si ricorre al concetto di immunità funzionale, il discorso andrebbe innanzitutto inquadrato, a giudizio di altra dottrina⁴⁴, nell'ambito di una più ampia riflessione sulla giurisdizione della sovranità dello Stato nei suoi caratteri generali. Ci si dovrebbe soffermare, in relazione alla vicenda della "Enrica Lexie", sulle ragioni che giustificano la presenza dei due Fucilieri sulla nave petroliera e sulla questione dei contratti attraverso i quali si era instaurato un rapporto di natura privatistica tra i Marò e la compagnia italiana. Il riconoscimento, attraverso la decisione del 2 luglio 2020, della competenza giurisdizionale del processo penale all'Italia da parte del Tribunale internazionale de L'Aja, sancisce, allora, l'asservimento del diritto alle ragioni della politica.

Abbiamo assistito, nel corso degli anni Settanta e Ottanta del secolo passato, al consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale teso all'ampliamento della casistica delle immunità, che, nell'attuale fase, non trova più alcun fondamento. Il discorso in esame necessita, a giudizio dell'attuale dottrina⁴⁵, di un'interpretazione restrittiva, rappresentando la giurisdizione uno dei caratteri essenziali attraverso cui si estrinseca la sovranità dello Stato. In relazione al caso dei due Marò, la competenza giurisdizionale, appartenente inizialmente

⁴³ Cfr. BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, cit.

⁴⁴ Cfr. CATALDI, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

⁴⁵ Ibidem.

a entrambi i Paesi, si è radicata in India a seguito dell'attracco – attratta o meno con uno stratagemma delle autorità indiane – della nave petroliera “Enrica Lexie” nel porto di Kochi, nello Stato del Kerala.

Si sottolinea, al tempo stesso, come il ricorso all'art. 97 della Convenzione di Montego Bay abbia svelato un punto debole nella linea difensiva italiana, che ha tentato di interpretare estensivamente una norma inizialmente consuetudinaria e, solo successivamente, codificata, che ha quale esclusivo riferimento le collisioni tra imbarcazioni in mare.

Si evidenzia⁴⁶, in ogni caso, come l'opzione di affidare la difesa, finalizzata a ottenere il riconoscimento all'Italia della propria giurisdizione, sul principio dell'immunità funzionale sia risultata efficace, ma abbia messo, nel contempo, in discussione un fondamento del diritto internazionale.

La nazionalità della vittima e l'evento verificatosi sulla nave rappresentano, quale regola di carattere generale, due requisiti fondamentali, che, nell'ambito di pretese giurisdizionali concorrenti, definiscono il passaggio della competenza dallo Stato di bandiera a quello del *locus commissi delicti*, nel cui territorio è presente l'autore del reato⁴⁷.

Le argomentazioni difensive italiane trovano conforto nella ricostruzione dell'istituto in esame offerta, nella sua ultima versione, dalla Commissione del diritto internazionale nei trattati. Alla luce di quest'esegesi, si va accreditando un'idea di immunità funzionale ricollegabile al concetto di attribuzione, ossia all'opzione che le attività poste in essere da soggetti che agiscono quali organi dello Stato siano direttamente individuabili come condotte statali. Il riconoscimento della competenza giurisdizionale del processo penale allo Stato italiano trova, come è stato osservato in dottrina⁴⁸, fondamento in due ordini di valutazione espressi dalla Corte arbitrale. Quanto al primo, l'accordo di diritto privato intercorrente tra i Marò e la petroliera “Enrica Lexie” non escluderebbe, in ogni caso, la configurabilità, in relazione a quanto svolto dai medesimi a bordo dell'imbarcazione, accanto alle funzioni collegate all'appartenenza alla marina militare, altresì di quelle afferenti allo *status* di agenti della polizia giudiziaria in attività di contrasto alla pirateria. Sulla scorta di siffatti presupposti i giudici de L'Aja hanno riconosciuto ai due Fucilieri la qualità di organi dello Stato.

⁴⁶ Cfr. DE SENA, intervento al seminario *Il caso “Enrica Lexie”. Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

⁴⁷ Cfr. CONFORTI, *In tema di giurisdizione penale per fatti commessi in acque internazionali*, in *Società italiana di diritto internazionale e di diritto dell'Unione Europea*.

⁴⁸ Cfr. DE SENA, intervento al seminario *Il caso “Enrica Lexie”. Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

La Corte arbitrale, anche in relazione al secondo ordine di valutazioni, stabilisce che quelli posti di essere dai Marò sono da considerarsi atti di ufficiali, omettendo, tuttavia, approfondimenti nel merito. I giudici de L'Aja si limitano ad affermare che i Fucilieri abbiano agito quali organi dello Stato, in quanto inseriti all'interno di una "catena di comando", senza affrontare la questione se l'atto estremo dell'omicidio rientrasse nell'ambito di siffatte prerogative. L'indirizzo dottrinario consolidatosi a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo passato ha offerto numerose eccezioni al regime delle immunità funzionali, rappresentate, quanto agli esempi più significativi, dai crimini internazionali dell'individuo, dall'esercizio non autorizzato delle attività statali in territorio altrui e dagli atti di sabotaggio.

Nelle proprie conclusioni la Corte arbitrale si limita a recepire un motivo addotto dalla difesa italiana nelle *final submissions*, laddove si afferma che, quand'anche le condotte dei Fucilieri fossero andate oltre le istruzioni a essi trasmesse, sarebbero comunque state scriminate in virtù dell'art. 7 del Progetto sulla responsabilità degli Stati. Il riferimento contenuto nella norma è teso, tuttavia, a ovviare a quelle situazioni nelle quali un ordinamento statale, autore di illeciti nei confronti di altri sistemi ordinamentali, si celi dietro il manto dell'eccesso delle competenze conferite al singolo. Il sopra citato art. 7 ha ad oggetto, allora, l'attribuzione della responsabilità dello Stato, prescindendo dal trattamento dell'individuo.

In luogo delle predette deduzioni, le autorità italiane avrebbero potuto - a chiosa di un percorso argomentativo dottrinario⁴⁹ - fondare le proprie pretese su ben altre ragioni, come la circostanza che le funzioni svolte, almeno inizialmente, dai Fucilieri, per la difesa di una nave battente bandiera italiana da eventuali attacchi di pirateria, trovano una forma di tutela, oltre che nei principi tradizionali del diritto internazionale, in talune Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite.

6. Brevi note conclusive: le velleitarie ambizioni di progetti di giustizia penale sovranazionale. L'esistenza di un principio consuetudinario in materia di immunità in campo penale è argomento controverso nella prassi giurisprudenziale internazionale, laddove sia assente una disciplina pattizia⁵⁰. Un precedente, in tale direzione, è rappresentato dalla decisione della Cassazione n. 31171/2008, avente a oggetto il giudizio sull'omicidio dell'agente dei servizi

⁴⁹ Cfr. DE SENA, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.

⁵⁰ Cfr., sul punto, BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, cit.

italiani Nicola Calipari, avvenuto in Iraq in occasione della liberazione della giornalista Giuliana Sgrena. La sopra citata pronuncia ebbe a riconoscere, nei confronti dell'autore dei fatti contestati, il militare statunitense Lozano, «l'immunità funzionale» o *ratione materiae* dell'individuo-organo dello Stato estero dalla giurisdizione penale di un altro ordinamento statale, per gli atti eseguiti *iure imperii* nell'esercizio dei compiti e delle funzioni al medesimo attribuiti. Non fu, infatti, dalla Suprema Corte ravvisata, nel caso concreto, la configurabilità di un crimine “di guerra” o “contro l'umanità”. L'applicazione del diritto internazionale consuetudinario dell'immunità funzionale esclude la sussistenza della giurisdizione penale dello Stato italiano e di quello territoriale, affermando la competenza giurisdizionale esclusiva degli U.S.A.

Tale indirizzo giurisprudenziale non ricevette, tuttavia, ulteriore conforto in occasione della sentenza confermativa, da parte della medesima Suprema Corte, della condanna degli agenti della CIA, autori del rapimento di Abu Omar.

Una tradizione consolidata in materia, attraverso le decisioni della giurisprudenza, riguarda l'immunità penale dei capi di Stato esteri, avente, tuttavia, natura meramente processuale e attinente alla condizione di individuo e non di organo. Opposta prassi giurisprudenziale si è andata, viceversa, formando nei confronti dei militari e dei soldati – categorie di appartenenza dei due Fucilieri della Marina – che, anche in relazione a condotte realizzate nel corso di un conflitto armato, non hanno nel passato avuto la possibilità di addurre a difesa del proprio operato la circostanza di aver agito per conto dell'ordinamento statale di appartenenza⁵¹.

Un discorso ancora più complesso coinvolge i procedimenti per crimini di “massa”, di “guerra” o “contro l'umanità”, che, stante l'entità dei massacri perpetrati, implicano inevitabilmente una stretta correlazione tra responsabilità individuali e statali⁵². Sulla dicotomia Stato vincitore/Stato sconfitto si incentra, storicamente, la definizione di una giustizia penale politica, il cui baricentro è orientato verso la prima delle due soggettività, che, all'indomani dei conflitti mondiali, lascia alla seconda, quale atto di clemenza, la concessione di processare i propri criminali⁵³. Il passaggio dello *ius iudicandi* da una dimensione “domestica” a una globale, che prescindendo dalla sovranità di un singolo

⁵¹ Cfr. BARBERINI, *Marò: il capitolo conclusivo sul caso della Enrica Lexie*, cit.

⁵² Cfr. PALAZZO, *Il diritto penale di fronte ai crimini di massa*, in *Riv. it. dir. pen. proc.* 2009, 750 ss.; cfr., altresì, SEMELIN, *Pensare i crimini di massa. Un approccio socio-storico*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 767 ss.

⁵³ Cfr. ZAGREBELSKY, *Crimini di massa e responsabilità individuale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura italiana*, 2009, 776.

ordinamento statale, apparve, tuttavia, inevitabile. Il superamento del livello della giurisdizione locale, per l'accertamento dei crimini di massa, ha comportato l'istituzione di Tribunali penali internazionali, che, nel corso degli anni Novanta del secolo passato, hanno incarnato l'ambizione di un progetto di «giustizia sovranazionale». Gli intenti dichiarati erano quelli di sganciare la sovranità «giurisdizionale» da quella «politica», attribuendole una «posizione sovraordinata» rispetto a quella dei singoli Stati⁵⁴. Siffatto *iter* vide quale naturale approdo l'istituzione della Corte penale internazionale, il cui Statuto è stato adottato dalla Conferenza di Roma il 17 luglio 1998 ed è entrato in vigore il 1° luglio 2002.

L'auspicio di una giurisdizione penale *super partes* ha, tuttavia, incontrato un insormontabile ostacolo nell'assenza di condizioni paritarie tra gli ordinamenti statuali, laddove la sovranità di alcuni è prevalente su quella di altri. Un esempio eloquente è offerto dagli Stati Uniti, che, dopo aver votato contro lo Statuto della Corte penale internazionale, al fine di tener celati i propri crimini, hanno avviato attività diplomatiche, allo scopo di garantire ai propri «criminali di guerra» la costante immunità⁵⁵.

Da un punto di vista dello *ius* sostanziale, il potenziamento degli apparati penalistici dei singoli ordinamenti statuali e l'estensione del concetto di legittima difesa hanno storicamente rappresentato le forme di reazione giuridica ai massacri. Una maggiore interazione tra i «diritti nazionali» e la «giustizia penale internazionale» rappresenta il logico compromesso, agli occhi di Autorevole dottrina, affinché l'attività dei giudici locali possa integrare quella della giurisdizione sovranazionale, laddove questa sia impossibilitata a operare⁵⁶.

Analoghe difficoltà nell'individuazione di una competenza giurisdizionale al di sopra delle parti si è costantemente registrata in occasione di sistematici episodi controversi - alcuni dei quali esaminati in questa sede - sintomatici dell'assenza di una sovranità paritaria tra ordinamenti statuali, laddove Stati «più sovrani» di altri continuano ad accampare pretese giudiziarie sui propri cittadini, autori di condotte criminose, poste in essere all'estero ai danni di autorità o persone straniere.

Il riconoscimento dell'immunità funzionale in maniera eccessivamente superficiale, giustificata dalla mera minaccia di un atto di pirateria, prescindendo dalla valutazione dell'illiceità della condotta volta a scongiurare il pericolo

⁵⁴ Cfr. ZAGREBELSKY, op. cit., 778.

⁵⁵ Cfr. MONETTI, *Cronache della Corte penale internazionale*, in *Q&G*, 2002, 1127 ss.

⁵⁶ Cfr. DELMAS-MARTY, *Violenza e massacri: verso un diritto penale dell'inumano?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2009, 753 ss.

presunto, appare, in conclusione, alla dottrina dominante inaccettabile. L'affermarsi di una tendenza in tale direzione comporterebbe il pericolo di conseguenze aberranti anche per l'Italia. Impressa nella memoria collettiva è la tragica vicenda di Giulio Regeni. Lo stabilizzarsi della pratica di riconoscere l'immunità funzionale, in maniera così indiscriminata, rappresenterebbe un ostacolo insormontabile anche per l'eventuale estradizione degli agenti dei servizi segreti che hanno torturato e ucciso lo studente italiano⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. CASTELLANETA, intervento al seminario *Il caso "Enrica Lexie". Primi spunti di riflessione in attesa del lodo arbitrale*, cit.