



Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Diritto Internazionale

**LA CONTROVERSIA
INTERNAZIONALE TRA ITALIA E
INDIA SULLA COSIDDETTA
VICENDA DEI MARO'**

Relatore

Flavia Lattanzi

Candidato

Filippo Simonelli

Matricola 076992

Anno Accademico

2016/2017

INDICE

Introduzione	6
CAPITOLO I LA VICENDA E LA POSIZIONE DELLE PARTI IN LITE	
1.1 La vicenda	8
1.2 La posizione dell'India	14
1.3 La posizione italiana e le reazioni internazionali	18
CAPITOLO II IL CONTESTO NORMATIVO NAZIONALE ED INTERNAZIONALE	
2.1 Le norme delle due legislazioni nazionali	26
2.1.1 India	26
2.1.2 Italia	27
2.2 Le norme rilevanti: il diritto del mare e la questione della competenza	28
2.3 L'immunità funzionale	34
2.4 Altre possibili norme internazionali in materia	38
CAPITOLO III L'ARBITRATO E LE POSSIBILI PROSPETTIVE FUTURE	
3.1 L'arbitrato e le sue finalità	41
3.2 Possibili esiti e soluzioni alternative	45
Conclusioni	47
Bibliografia finale	49
Sitografia	50
Elenco dei documenti citati	51
Summary	53

Alla mia famiglia

Introduzione

Questo elaborato ripercorre la vicenda non solo giudiziaria di Massimiliano Latorre e Salvatore Girone, i due Fucilieri di Marina italiani arrestati in India il 15 febbraio 2012, cui comunemente ci si riferisce come ai due “Marò”. La questione ha innescato una serie di drammatiche conseguenze che hanno messo in difficoltà l’Italia sul fronte della politica sia interna sia estera e non si è ancora conclusa.

Il lavoro è suddiviso in tre capitoli. Nel primo vengono esposti i principali fatti tuttora controversi della vicenda alla luce delle rispettive posizioni delle parti in lite. Si analizzano tanto la vicenda giudiziaria davanti ai tribunali indiani, quanto la ricaduta della controversia sul piano internazionale e sui rapporti bilaterali tra i due stati in lite, nonché i tentativi fatti per una soluzione condivisa della vicenda. Una particolare attenzione viene data all'arbitrato, poi oggetto di una trattazione più specifica nei capitoli successivi. Sono prese inoltre in considerazione le condizioni precedenti al fatto e le successive posizioni assunte dalle parti in causa, vale a dire le scelte dei governi di Italia ed India. Accanto ad esse vengono riportate anche le posizioni rilevanti di altri attori internazionali.

Il secondo capitolo prende avvio con alcuni cenni sulle normative rilevanti dei due ordinamenti e passa all’analisi del contesto normativo internazionale applicabile al caso secondo le due rispettive posizioni a confronto. Si esaminano quindi le norme di diritto del mare applicabili, con particolare riguardo alla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS), le norme internazionali anti-pirateria a essa collegate e si effettua una breve analisi delle normative interne dei due stati rilevanti per la vicenda e infine si esaminano le norme sull’immunità funzionale di organi statali e la loro eventuale applicabilità ai due ufficiali italiani Girone e Latorre, che da qui in avanti indicheremo anche come “i Marò” o “i due fucilieri di marina”. In questo contesto si affronta anche la questione delle possibili violazioni commesse dall’India, che ha limitato la libertà di movimento dell’Ambasciatore Mancini nel marzo 2013, e si passa

in rassegna la giurisprudenza rilevante in materia di diritto del mare, con particolare riferimento alle questioni della competenza giurisdizionale e della controversa immunità dei due ufficiali della marina italiana dalla giurisdizione indiana.

Nel terzo capitolo si trattano gli sviluppi più recenti del caso, con particolare attenzione per l'arbitrato presso il Tribunale internazionale del diritto del mare di Amburgo del 26 giugno del 2015, che al momento attuale ancora deve pronunciarsi nel merito delle questioni controverse, mentre ha preso già una decisione sulle misure provvisorie. Infine, vengono proposte alcune soluzioni alternative rispetto a quella arbitrale, come quelle diplomatiche da concordare bilateralmente, per permettere il trasferimento degli eventuali condannati. Chiude il capitolo un paragrafo dedicato all'analisi di misure alternative da utilizzare in caso del ripetersi di eventi analoghi.

CAPITOLO I

La vicenda e la posizione delle parti in lite

1.1 La vicenda

Il 15 febbraio del 2012 la nave mercantile italiana Enrica Lexie, partita dallo Sri Lanka e diretta a Gibuti stava navigando nella zona di alto mare. Dovendo percorrere un tratto di mare notoriamente piagato dal fenomeno della pirateria, aveva a bordo un Nucleo Militare di Protezione (NMP). Intorno alle 18 del pomeriggio, orario locale, si avvicinò alla nave una imbarcazione. Due membri del Nucleo, il Sergente Salvatore Girone e il Capo di prima classe Massimiliano Latorre, effettuarono delle segnalazioni luminose per indurre l'imbarcazione, che nel frattempo era sempre più vicina, a cambiare rotta. Non avendo ottenuto alcun risultato, i due spararono dei colpi di avvertimento, temendo che l'imbarcazione fosse in realtà un vascello pirata, e dopo ripetuti tentativi, questa cambiò rotta. Sfortunatamente alcuni colpi avevano raggiunto e ferito a morte due membri dell'equipaggio del piccolo peschereccio St. Antony: Ajees Pinky e Selestian Valentine.

Il comandante del St. Antony contattò la guardia costiera del distretto di Kollam, dichiarando di essere stato attaccato da una imbarcazione mercantile. Dopo le verifiche, la guardia costiera indiana raggiunse via radio l'Enrica Lexie e, avendo ricevuto una risposta affermativa alla domanda se la nave avesse subito un attacco pirata, invitò l'equipaggio a dirigersi verso il porto di Kochi, dichiarando di dover effettuare dei controlli sull'imbarcazione e raccogliere informazioni utili per la lotta alla pirateria. Il Comandante Umberto Vitelli, ottenuta l'autorizzazione della società armatrice, diresse l'imbarcazione verso Kochi ma, una volta entrato in porto il mercantile fu posto in stato di fermo e il sergente Girone e il capo di prima classe Latorre furono arrestati dalla Central Indian Security Force. La richiesta di collaborazione si sarebbe poi rivelata uno stratagemma, definito a posteriori *smart move* dalle stesse autorità indiane¹. Ai due

¹ Camera dei Deputati, *Dossier n° 91, Missione in India - (26-28 gennaio 2014)*, consultabile *online*.

fucilieri italiani fu attribuita la responsabilità di aver ucciso i due pescatori del St. Antony. Alcune ricostruzioni della vicenda, circolate anche in India, hanno addirittura ipotizzato un possibile inseguimento da parte di mezzi della guardia costiera indiana che avrebbero costretto con la forza la nave a dirigersi verso il porto. Le possibili implicazioni di questa eventualità verranno trattate in seguito, ma si tratta comunque di ipotesi mai confermate ufficialmente.

Fin dai primi giorni le autorità italiane, tramite il Console Gianpaolo Cutillo, fecero richiesta di scarcerazione invocando per i due Marò una piena immunità funzionale (o immunità *ratione materiae*). La richiesta italiana fu rigettata dalla Corte del Kollam, che aveva assunto giurisdizione in ragione della cittadinanza indiana delle due vittime. Contestualmente la Corte negò ai rappresentanti del governo italiano la possibilità di effettuare una perizia balistica, limitando il loro contributo alla supervisione di parte della perizia indiana. Dagli elementi raccolti con la perizia sarebbe stato prodotto il primo FIR² (*First Information Report*) sulla cui base venne poi stata sporta la denuncia a danno dei militari italiani³. Contemporaneamente la difesa dei due Marò, rappresentata dagli avvocati dr. Tulsi e dr. Sorabjee, presentò una petizione all'Alta Corte del Kerala per chiedere l'annullamento della denuncia sporta dalle famiglie delle vittime, per difetto di giurisdizione e, a pochi giorni di distanza, si rivolse alla Corte Suprema Indiana (da qui in avanti indicata come Corte Suprema) per ottenere l'annullamento di ogni procedimento sempre in virtù del difetto di giurisdizione.

Mentre la vicenda veniva affrontata dal punto di vista legale, la diplomazia italiana si applicò per trovare soluzioni extragiudiziali. Il 20 aprile del 2012 fu raggiunto un accordo con le famiglie delle vittime per il risarcimento dei danni, e la settimana successiva un altro con il proprietario della St. Antony, Freidy Bosco. A fronte del pagamento della somma di 10 milioni di Rupie (142 mila euro), l'accordo prevedeva il ritiro di tutte le accuse da parte delle famiglie. L'obiettivo era arrivare a una rapida risoluzione della controversia per scongiurare il pericolo che venisse applicata contro il Sergente Girone e il capo di prima classe Latorre la legislazione speciale indiana

² The Hindu, *Police charge sheet against italian marines*, 18 maggio 2012, consultabile *online*.

³ GOPAKUMAR (2012).

contro il terrorismo, in particolare le norme del Suppression of Unlawful Act (SUA Act⁴), che tra le pene possibili include la pena di morte.

I due accordi furono approvati dalla Corte del Kerala il 24 e il 27 aprile. Il 30 aprile la Corte Suprema ne contestò la validità giudicandoli illegali. Dopo due giorni la stessa Corte decise di togliere la Enrica Lexie dallo stato di fermo e di concedere ai quattro membri del Nucleo Militare di Protezione non direttamente coinvolti nella vicenda di tornare in Italia. Alla fine del mese di maggio 2012, la Corte del Kerala concesse per la prima volta la libertà su cauzione ai Marò, prevedendo un obbligo di firma settimanale, dopo aver respinto il primo ricorso della difesa che domandava il riconoscimento dell'immunità (ai due fu inoltre sequestrato il passaporto). Nel dicembre dello stesso anno la Corte concesse ai due fucilieri di trascorrere le vacanze natalizie in Italia. Come garanzia per l'India l'Ambasciatore italiano Daniele Mancini firmò un *affidavit* con cui si impegnava a garantire personalmente per il ritorno del sergente Girone e del capo di prima classe Latorre. Nel frattempo i due governi avevano siglato un'intesa che ha poi portato alla definizione di un accordo bilaterale sul trattamento dei detenuti nei due paesi, siglato il 10 agosto dalle due parti e ratificato ad ottobre dello stesso anno dall'Italia, a seguito della Legge di autorizzazione n.183/2012. L'intesa prevedeva che i condannati in via definitiva in uno dei due paesi potessero scontare la propria pena nel paese d'origine.

Il 18 gennaio del 2013 la Corte Suprema si pronunciò contro la richiesta italiana di invalidare i procedimenti contro i Marò per difetto di giurisdizione. Nella stessa pronuncia stabilì che a giudicare non fosse più la Corte del Kerala bensì un tribunale speciale da costituirsi *ad hoc*, che avrebbe dovuto anche stabilire la competenza giurisdizionale sul caso. In compenso la Corte Suprema accolse la richiesta della difesa di trasferire i due fucilieri a Nuova Delhi presso l'Ambasciata Italiana e un mese dopo accordò ai due Marò un nuovo permesso per tornare in Italia e partecipare alle elezioni politiche, dietro nuova garanzia dell'Ambasciatore Mancini: il 22 febbraio entrambi fecero ritorno in Italia.

⁴ The Suppression of Unlawful Acts Against Safety of Maritime Navigation Act, 20 dicembre 2002.

Gli eventi presero presto una piega inattesa: il Ministro degli Esteri italiano, Giulio Terzi di Santagata, annunciò l'11 marzo che l'Italia non avrebbe rimandato i Marò in India a seguito del rigetto del ricorso italiano da parte della Corte Suprema e viste le mancate risposte indiane alle iniziative da parte del governo italiano per avviare un dialogo bilaterale o per la risoluzione del caso in un foro internazionale⁵. In rappresaglia per la decisione italiana le autorità indiane decisero di limitare le libertà personali dell'ambasciatore italiano in India fino a sospenderne l'immunità diplomatica, il 18 marzo, con un'ingiunzione della Corte Suprema⁶. Il governo italiano decise infine di rimandare i due fucilieri in India un giorno prima della scadenza del termine previsto⁷, a fronte dell'impegno da parte del governo indiano di non applicare la pena di morte contro di loro. Questo improvviso cambio di linea da parte del governo causò, pochi giorni dopo, le dimissioni del ministro Terzi.

In India, contestualmente, fu formata la Corte Speciale incaricata di giudicare sul caso. Come rassicurazione per l'Italia arrivò l'investitura a capo della Corte di un magistrato che, ai sensi dell'art. 29 del Codice di Procedura Penale indiano⁸, non può in nessun caso comminare una pena superiore ai 7 anni di reclusione:

“The Court of a Chief Judicial Magistrate may pass any sentence authorised by law except a sentence of death or of imprisonment for life or of imprisonment for a term exceeding seven years. [...]”

Una volta tornati in India, i due Marò furono interrogati da membri della *National Investigating Agency* (NIA), incaricata dal Ministero degli Interni indiano di procedere alle indagini. Nel report la NIA indicò come possibili capi di accusa l'omicidio, il tentato omicidio e il danneggiamento come previsti dal Codice Penale indiano, facendo anche riferimento alle norme del SUA Act, incluso l'art. 3 che al punto G recita:

“[I]n the course of commission of or in attempt to commit, any of the offences specified [...] in connection with a fixed platform or [...] in connection with a ship causes death to any person shall be punished with death [...]”

⁵ Ministero degli Affari Esteri, Comunicato stampa dell'11 marzo 2013, *Marò: Terzi, restano in Italia; Controversia Internazionale*, consultabile online.

⁶ Sky TG 24, *Marò, l'ambasciatore italiano in India perde l'immunità*, 18 marzo 2013, consultabile online.

⁷ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comunicato stampa del 20 marzo 2013.

⁸ The Code of Criminal Procedure, 1973.

La possibilità di comminare una pena di morte sarebbe stata successivamente scongiurata dal Ministro degli Interni indiano, sebbene il già citato art. 29 del Codice di Procedura Penale fosse chiaro al riguardo. Il procuratore generale Ranjit Kumar ha ribadito questa linea di fronte alla Corte Suprema il 24 febbraio 2013.

Sul fronte diplomatico l'Italia intensificò gli sforzi per portare il caso in un foro internazionale. Fu incaricato il diplomatico Staffan de Mistura di seguire la questione direttamente in India. Questi, in audizione di fronte alle commissioni riunite di esteri e difesa della Camera e del Senato⁹, spiegò la linea del governo italiano, volta a disconoscere la decisione della Corte indiana qualunque ne fosse stato l'esito. Anche a seguito delle vicende di politica interna e della fine del mandato di De Mistura, concluso a inizio 2014, il governo italiano ha comunque continuato a perseguire questi obiettivi. Il 28 marzo 2014 la Corte Suprema ha accolto un altro ricorso presentato dalla difesa, questa volta contro il coinvolgimento della NIA nelle indagini, portando così a una temporanea sospensione delle indagini. Durante questo periodo di stasi si è verificato un nuovo imprevisto: il 1° settembre, a seguito di un improvviso malore, il Capo di prima classe Latorre fu ricoverato d'urgenza a New Delhi per un'improvvisa ischemia¹⁰, ma venne dimesso dopo una settimana senza grave danno permanente. Per evitare nuove complicazioni e garantire un'effettiva riabilitazione del Capo di prima classe Latorre i suoi legali presentarono alla Corte Suprema una richiesta di concessione di un periodo di degenza in Italia, ottenendo un esito positivo. Il periodo accordato, originariamente di quattro mesi, è stato in seguito prorogato; al sergente Salvatore Girone invece non fu concessa la possibilità di rientrare in Italia per il periodo delle vacanze di Natale.

Il 26 giugno del 2015 il Governo italiano, tramite il Ministero degli Esteri ha avviato la procedura per l'Arbitrato internazionale¹¹ presso il Tribunale del Mare di Amburgo (ITLOS). La finalità dell'arbitrato, secondo quanto previsto dall'art. 287 della Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (UNCLOS), è relativa alla questione della competenza giurisdizionale sul caso. Durante la costituzione del Tribunale Arbitrale, la difesa italiana ha inviato all'ITLOS una richiesta di prolungare

⁹ Camera dei Deputati, *Marò, audizione De Mistura*, video disponibile *online*.

¹⁰ Repubblica, *Marò, malore per Latorre. "Non è grave". Il ministro Pinotti vola in India*, 1 settembre 2014, consultabile *online*.

¹¹ Ministero degli Affari Esteri, *Comunicato stampa del 26 giugno 2015, Caso Fucilieri Latorre e Girone: Italia attiva arbitrato internazionale*, consultabile *online*.

il periodo di permanenza in Italia del Capo di prima classe Latorre e ha chiesto il rientro del Sergente Girone in attesa del giudizio. La prima pronuncia dell'ITLOS in materia di misure provvisorie, il 24 agosto 2015¹², ha stabilito la sospensione di tutti i procedimenti a carico dei due Marò nel periodo dell'arbitrato ma non ha accolto la richiesta di far tornare Girone in Italia. La decisione è stata eseguita dalla Corte Suprema che ha sospeso i procedimenti e prolungato di nuovo il periodo di permanenza in Italia del Capo di prima classe Latorre. Il 6 novembre del 2015 è stato costituito il tribunale arbitrale presso la Corte Permanente di Arbitrato de L'Aia (CPA). La giuria è composta di cinque membri: due giudici di parte, i professori Francesco Francioni per l'Italia e Chandrasekhara Rao per l'India, assieme a due giudici provenienti da Stati terzi, il coreano Jin-Hyun Paik e il giamaicano Patrick Robinson, scelti dal presidente dell'ITLOS Vladimir Golitsyn, a sua volta presidente della giuria¹³.

Il primo responso della Corte¹⁴, emesso il 3 aprile del 2016, prevede una mitigazione delle condizioni di detenzione per il Sergente Girone, e il ritorno del Marò in Italia, a condizione però che l'Italia si impegni a sottoporlo al giudizio delle corti indiane qualora la Corte stabilisca la competenza indiana sul caso, e anche che durante il periodo di permanenza in Italia la Corte Suprema mantenga comunque la sua autorità su sul Sergente Girone. Questa decisione è per ora l'ultimo atto della vicenda, che ha portato il 28 maggio al rientro in Italia di Salvatore Girone dietro una garanzia inequivocabile e vincolante da parte dell'ambasciatore italiano in India.

¹² ITLOS, Sentenza del 24 agosto 2015, *The Enrica Lexie Incident* (Italy v. India).

¹³ PCA, ordine del 3 maggio 2016, *Arbitral Tribunal Issues Order in Arbitration concerning the "Enrica Lexie" Incident*.

¹⁴ PCA, Case n° 2015-28 (Italy v. India).

1.2 La posizione dell'India

L'accusa indiana ha da subito affermato l'assoluta competenza delle Corti indiane riguardo al caso. La tesi è stata fondamentalemente accolta da entrambe le corti indiane che si sono pronunciate finora. Questa affermazione trova il suo fondamento nel fatto che le due vittime si trovavano su un'imbarcazione registrata in India e che di conseguenza era da considerarsi sotto la giurisdizione indiana. L'applicabilità delle leggi del codice penale indiano agli incidenti avvenuti al di fuori delle acque territoriali indiane (quindi nella zona contigua o nella Zona Economica Esclusiva) è giustificata da una lettura congiunta del *Maritime Zones Act* del 1976 con la Comunicazione del Governo indiano del 27 agosto del 1981 con cui il codice penale e quello di procedura penale venivano estesi anche alla zona economica esclusiva. In questo modo è possibile applicare, secondo un ragionamento ripreso dall'Alta Corte del Kerala, l'art.179 del codice di Procedura Penale, che introduce il cosiddetto "principio degli effetti" per cui un atto che produca i suoi effetti sul territorio indiano o su un cittadino indiano è da considerarsi sotto la giurisdizione delle corti indiane. Inoltre l'accusa indiana ha citato l'art. 27 dell'UNCLOS, che afferma che lo stato costiero può esercitare la propria competenza su un'imbarcazione straniera qualora questa commetta un crimine che dall'imbarcazione produce i propri effetti ai danni dello stato costiero. La Corte Suprema ha inoltre riconosciuto che si tratta comunque di una situazione collegata alla pirateria e in cui sono anche applicabili le norme che regolano questa materia.

L'accusa ha inoltre contestato ai due Marò di non aver seguito le linee guida dell'*International Maritime Organization* (IMO) per gestire i presunti attacchi alle imbarcazioni, e di non aver messo in pratica alcuna delle *Best Practices* indicate per queste situazioni. Accanto a questi strumenti di *soft law*, sono state citate anche le procedure contenute nelle linee guida del *Privately Contracted Armed Security Personnel* (PCASP) che prevedono che l'utilizzo di armi da fuoco sia da tenere in considerazione esclusivamente come ultima risorsa. Infine è stato fatto notare come tra India e Italia non esista alcun accordo SOFA (*Status of Force Agreement*), lo strumento con cui due Stati pattuiscono i diritti e le eventuali immunità dei contingenti militari di uno Stato, che si trovano a transitare all'interno del territorio dell'altro con cui viene raggiunto l'accordo.

D'altra parte sono state scartate le tesi della difesa italiana secondo cui, ai sensi dell'art. 97 UNCLOS, il fatto era da considerarsi un incidente di navigazione, o che gli atti dei due Marò erano coperti da immunità funzionale in quanto organi di uno Stato che effettuavano funzioni demandate dalla legge. L'Alta Corte del Kerala, pur rigettando l'affermazione dell'accusa secondo cui era necessario una SOFA tra India e Italia per garantire i diritti dei militari del Nucleo Militare di Protezione, ha affermato che:

“[T]he expression "incident of navigation" used in Article 97, did not contemplate a situation where a homicide takes place and, accordingly, the provisions of Article 97 of the UNCLOS would not have any application to the facts of the present case.”

Dal momento che gli atti commessi erano da considerarsi al di fuori delle funzioni militari, ha concluso la corte, gli autori non sono da considerarsi come beneficiari dell'immunità.

Quando la difesa dei due Marò ha presentato il ricorso alla Corte Suprema secondo quanto stabilito dall'art. 32 della Costituzione dell'Unione Indiana, domandando che la competenza sul caso venisse assegnata allo Stato di bandiera della nave su cui erano imbarcati i due fucilieri, proponendo una lettura congiunta degli artt. 94 e 97 dell'UNCLOS e individuando un conflitto rispetto alla normativa indiana (nel caso specifico il *Maritime Zones Act* del 1976 e la Comunicazione del Governo Centrale del 1981¹⁵), la parte indiana ha affermato che non sussisteva alcun conflitto tra la norma interna e quella internazionale. Anche in caso di conflitto, per giunta, era da considerarsi prevalente la normativa interna. Inoltre gli atti posti in essere dai due Marò erano da ritenersi *iure gestionis* e non *iure imperii*, per giunta commessi *ultra vires*, dunque al di fuori di quelli che sono i limiti previsti dallo svolgimento delle loro mansioni. Per questi motivi l'immunità per i due marò era da escludere.

La sentenza della Corte Suprema del 18 gennaio 2013, secondo i commentatori indiani, ha protetto in più modi l'interesse nazionale: in primo luogo, riconoscendo che non esiste alcun conflitto tra il *Maritime Zones Act* del 1976 e l'UNCLOS, quindi confermando la competenza delle Corti indiane a esercitare la propria giurisdizione fino alla Zona Contigua e stabilendo l'interpretazione dell'art. 97 UNCLOS, escludendo

¹⁵ Statutory Order N° 67/E, 27 agosto 1981.

dalla casistica degli incidenti di navigazione un qualsiasi atto criminale e dunque perseguibile ai sensi del Codice penale indiano.

Oltre agli eventi accaduti di fronte alle Corti indiane, occorre tenere conto anche di una serie di eventi extragiudiziari che hanno presumibilmente influenzato l'andamento della vicenda. Le autorità indiane hanno da subito affrontato il caso dell'Enrica Lexie con un atteggiamento assertivo. La scelta della guardia costiera del distretto di Kollam di attirare la nave italiana in porto con uno stratagemma, è un comportamento ai limiti della legalità internazionale, nonostante sia stato avallato dalla Corte del Kollam. Questa scelta infatti è stata contestata dai commentatori indiani della vicenda, per quanto ancora oggi non sia stata ancora chiarita l'esatta dinamica dei fatti. Si afferma, infatti, che nel caso di effettivo inseguimento della Enrica Lexie e di uso della forza per condurla nel porto di Kochi, le autorità avrebbero agito al di fuori della loro competenza: secondo l'art.111 dell'UNCLOS, nella Zona Contigua lo stato costiero può effettuare un inseguimento solo se ha riscontrato una violazione di leggi fiscali, doganali, sanitarie o di immigrazione,. La questione tuttavia rimane irrisolta e anche le due ricostruzioni fatte da Italia e India di fronte al tribunale arbitrale non aiutano a comprendere l'esatta dinamica dei fatti. All'Italia, inoltre, non è stato permesso di partecipare a tutte le perizie balistiche che hanno determinato le accuse nei confronti dei due Marò. I due inviati del governo italiano, i Maggiori Fratini e Flebus, hanno potuto assistere esclusivamente alle prove di sparo¹⁶ che costituiscono solo una parte dell'intera prova balistica. Dalla perizia sarebbe risultato tuttavia che le armi con cui erano stati sparati i colpi erano sì appartenenti a quelle a disposizione dell'equipaggio italiano, ma non erano quelle assegnate ai due Marò accusati. L'apparente discrasia si spiega con il fatto che, in caso di pericolo di attacco, i soldati dei Nuclei di Protezione sono tenuti ad usare le prime armi a disposizione e non necessariamente quelle in loro dotazione.

La questione presenta poi alcuni profili problematici nella gestione da parte dell'India e da parte dell'Italia del caso, che verosimilmente hanno contribuito ad allontanare una possibile soluzione negoziata. Questi profili spesso coincidono con altri eventi esterni alla vicenda giudiziaria. Il coinvolgimento delle opinioni pubbliche nazionali riguardo

¹⁶ Secolo d'Italia, *L'ex capo dei Ris Luciano Garofano: «Il Kerala non può decidere da solo»*, 2 marzo 2012, consultabile *online*.

al caso è stato senza precedenti, e questo ha portato a una forte politicizzazione della questione, sia in India che in Italia (le ripercussioni sull'opinione pubblica italiana verranno trattate nel paragrafo successivo). Non si è mai chiarito del tutto il coinvolgimento della NIA fino a quando non è intervenuta la Corte Suprema ad estrometterla dal caso, su richiesta della difesa dei due italiani. Altrettanto poco chiaro è stato l'atteggiamento delle autorità indiane sull'applicabilità o meno del *SUA Act*, con il conseguente rischio concreto per i due Marò di subire la pena capitale. Le decisioni delle varie Corti che hanno gestito il caso sono state sottoposte di frequente al vaglio delle autorità governative, e la pressione dell'esecutivo è cresciuta in maniera sensibile con l'avvicinarsi della scadenza elettorale del 2014, in cui si è rinnovata la Lok Sabha¹⁷. Ciò ha avuto ripercussioni su uno dei principali attori politici indiani, Sonia Gandhi. La Gandhi, esponente di spicco dell'INC (*Indian National Congress*/Partito Nazionale del Congresso) è nata e cresciuta in Italia; proprio per questo durante la campagna elettorale è stata più volte accusata dall'opposizione di essere influenzata dalle sue origini¹⁸. Questa, in risposta, ha sempre tenuto un atteggiamento decisamente ostile alle istanze italiane, commentando con particolare durezza la scelta del governo italiano di trattenere in Italia i due fucilieri all'indomani delle elezioni del 2013¹⁹. La natura politica della gestione della vicenda è stata anche suggerita da alcuni commentatori in numerose circostanze. Alcuni hanno visto come significativa la coincidenza tra il rientro in Italia dei due marinai nel 2016 e il coinvolgimento di Sonia Gandhi nello scandalo Agusta-Westland, scoppiato nel 2014²⁰ e riproposto nuovamente agli occhi dell'opinione pubblica indiana due anni dopo per gli sviluppi dell'inchiesta portata avanti dalla magistratura, proprio a ridosso di una tornata elettorale amministrativa in cui il partito del nuovo premier Narendra Modi affrontava quello di Sonia Gandhi. La coincidenza sarebbe, a detta di alcuni giornalisti italiani, frutto di un accordo informale tra il premier italiano Renzi, in carica nel 2016, e lo stesso Modi²¹. La veridicità di questa ricostruzione è stata più volte contestata dalle stesse autorità indiane, e non ha ricevuto conferme da parte di quelle italiane ritenute coinvolte dall'inchiesta²².

¹⁷ Equivalente di una "Camera bassa" europea in un sistema bicamerale.

¹⁸ TAINO (2014).

¹⁹ Sky TG 24, Marò, *Sonia Gandhi all'Italia: "Tradimento inaccettabile"*, 19 marzo 2013, consultabile *online*.

²⁰ MARINO (2014).

²¹ GRIGNETTI (2014).

²² KASTURI (2016).

1.3 La posizione italiana e le reazioni internazionali

Dal punto di vista giuridico, l'Italia ha affrontato la questione seguendo due principali argomentazioni: l'interpretazione delle norme dell'UNCLOS, in particolare l'art. 97, e il riconoscimento ai due Marò dell'immunità funzionale.

Il primo punto è basato sull'assunto che l'incidente dell'Enrica Lexie rientri nella casistica coperta dall'art. 97: in caso di incidenti di navigazione avvenuti al di fuori delle acque territoriali dello stato costiero è esclusivamente lo stato di bandiera ad avere la competenza a giudicare sui fatti. Il testo dell'art. 97 recita:

“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. [...]”

Per giustificare questa affermazione, la difesa dei due Marò ha suggerito una lettura del *Maritime Zones Act* del 1976 secondo cui le acque territoriali indiane si estendono fino a 12 miglia marittime dalla costa; dal momento che la distanza stimata dalla costa dell'imbarcazione al momento dei colpi era compresa tra le 20.5 e le 22.5 miglia marittime dalla linea di base costiera (secondo quanto accettato anche dalla stessa Corte), l'incidente era da considerarsi come avvenuto in acque extraterritoriali. Per questo motivo la competenza dei tribunali indiani non era prioritaria e, ritenendo *incidente di navigazione* quanto avvenuto nello scontro tra Enrica Lexie e St. Antony, risultava la competenza della giustizia italiana a giudicare in quanto *stato di cui tali persone hanno la cittadinanza*.

Il secondo punto invece riguarda l'immunità da accordare ai due Marò: poiché i membri del Nucleo Militare di Protezione sono inviati dal Ministero della Difesa con il compito di proteggere i vascelli dalla pirateria, essi agiscono come ufficiali di polizia giudiziaria e sono dunque soggetti esclusivamente al giudizio delle Corti Italiane.

Come già indicato in precedenza, l'Alta Corte del Kerala ha rigettato le tesi italiane sia in materia di incidente di navigazione e applicazione dell'art. 97 UNCLOS, sia riguardo

la concessione dell'immunità funzionale. A seguito di questa doppia bocciatura, è stato presentato un nuovo ricorso, questa volta alla Corte Suprema. Le richieste italiane comprendevano una lettura conforme del *Maritime Zones Act* con l'UNCLOS per ottenere il riconoscimento del fatto che i diritti che l'Unione Indiana può esercitare al di fuori del proprio mare territoriale non comprendono il diritto ad attribuirsi la competenza su fatti avvenuti nella Zona Contigua o nella ZEE. Nell'affermare ciò, il ricorrente puntava al contrasto tra norma indiana, in particolare la già citata Comunicazione del 1981 con cui veniva estesa l'applicabilità del Codice Penale Indiano e del Codice di Procedura Penale anche a zona contigua e ZEE, e il diritto internazionale, con riferimento alla Quinta Parte dell'UNCLOS.

Per sostenere l'applicabilità dell'Immunità funzionale ai due Marò, inoltre, la difesa italiana ha sostenuto come l'azione di sergente Girone e del Capo di prima classe Latorre fosse non soltanto in ottemperanza al compito a loro assegnato dal governo italiano, ma che le loro funzioni fossero richieste dallo sforzo di tutta la comunità internazionale per combattere il fenomeno della pirateria. In caso di attacco all'imbarcazione su cui si trova un Nucleo Militare di Protezione, inoltre, la responsabilità per le azioni compiute in difesa dell'imbarcazione non ricade sull'armatore bensì sul Ministero della Difesa italiano che è responsabile per l'azione del Nucleo. In questo senso, dunque, è da intendersi la richiesta di Immunità per i due militari.

La decisione della Corte Suprema non ha trattato la questione dell'immunità. Ha invece affermato che la competenza sul caso non appartenesse alla Corte del Kerala, ma ad un tribunale ad hoc costituito dal governo dell'Unione Indiana. Successivamente ha affermato la compatibilità tra le Norme dell'UNCLOS e il *Maritime Zones Act* del 1976, affermando quindi che la Corte avrebbe potuto giudicare l'operato dei due Marò tramite l'istituzione del tribunale speciale. Tra le questioni che il tribunale avrebbe dovuto affrontare era inclusa anche quella dell'immunità funzionale.

A questo punto occorre valutare alcuni documenti che hanno contribuito alla conoscenza dei dettagli della vicenda. In primo luogo il rapporto redatto dallo stesso Capo di prima classe Latorre²³, che offre delle possibili spiegazioni riguardo al

²³ BILOSLAVO (2012).

fraintendimento dell'equipaggio del St. Antony con quello di un'imbarcazione pirata. Nel rapporto si legge:

"[...] mentre l'unità navale M/T Enrica Lexie navigava [...] al largo di Allepey (India), l'Ufficiale di guardia in plancia informava il team di sicurezza di un bersaglio presente sul radar privo di numero identificativo a circa 3 Nm a prora dritta dell'unità con rotta a puntare. Monitorata costantemente con radar e otticamente, questa risultava essere un'imbarcazione di piccole dimensioni. Alla distanza di circa 800 yards si effettuavano ripetuti flash con Panerai dall'aletta di dritta, ma senza alcun risultato; chiamata l'attivazione, mentre il dispositivo prendeva posizione, uno dei due operatori già in posizione sull'aletta di dritta palesava l'arma AR 70/90 portandola ben in vista verso l'alto, ciò non è servito a far cambiare rotta all'imbarcazione. Alla distanza di circa 500 yards è stata effettuata la prima raffica di avvertimento in acqua, ma anche questa risultava inutile per convincere l'imbarcazione ad allontanarsi, persistendo la sua rotta a puntare. Successivamente una seconda raffica di avvertimento in acqua a circa 300 yards dopo che un operatore aveva dato l'allarme di persone con l'arma a tracolla a bordo, avvistati con l'ausilio del binocolo. L'imbarcazione continuava l'avvicinamento, in due uomini abbiamo continuato ad effettuare fuoco di sbarramento in acqua fin quando l'imbarcazione a meno di 100 yards cambiava direzione defilandosi sotto il nostro lato dritto, scarrocciando da poppa. L'imbarcazione una volta defilata dalla nostra poppa non aveva una rotta definita, in quanto essa più volte ha ripreso la navigazione verso la nostra unità, tutto il team ha continuato a palesare le armi e flash di Panerai, fin quando l'imbarcazione a velocità spedita, dirigeva in direzione "mare aperto" allontanandosi definitivamente [...]"

Nella descrizione effettuata nel rapporto, oltre ad essere chiarificata la dinamica degli eventi e le procedure messe in atto dall'equipaggio, il Capo di prima classe Latorre parla di presenza di armi a bordo dell'imbarcazione che si avvicinava, affermazione che poi è stata contestata dallo stesso Freidy, e evidenzia come le raffiche dei colpi di avvertimento sono state sparate in acqua. Il fatto che l'imbarcazione non avesse una rotta ben definita è coerente con la possibilità che i membri dell'equipaggio del St. Antony erano stati colpiti e che il timoniere non fosse più in grado di governare la nave.

Il secondo documento da prendere in considerazione è quanto prodotto dall'inchiesta condotta dall'Ammiraglio Piroli. L'inchiesta, effettuata per conto del Ministero della Difesa nel maggio del 2012, è stata resa pubblica l'anno successivo, quando una lunga

sintesi è stata prodotta in un'inchiesta su Repubblica il 6 e 7 aprile 2013²⁴²⁵. Dall'inchiesta sono emersi alcuni elementi rilevanti non solo per la ricostruzione dei fatti, ma anche per comprendere le responsabilità della catena di comando e i presunti errori commessi dall'Ammiraglio Vitello, a comando dell'imbarcazione, sia nel coordinare l'azione del Nucleo Militare di Protezione con il ministero della Difesa, che nell'accettare la successiva richiesta indiana di entrare in porto. Nella seconda parte dell'inchiesta di Repubblica, significativamente intitolata "Ecco tutte le colpe del comandante della Lexie", si legge:

[L'inchiesta] per esempio, individua una serie di pesanti anomalie nel comportamento del comandante della petroliera, anomalie che non solo evidenziano il mancato rispetto delle procedure previste in caso di sospetto attacco di pirati, ma possono aver contribuito a rendere più caotico l'intervento dei marò. È scritto nell'Inchiesta: "Il comandante di N. Lexie ha messo in atto solo una parte delle azioni di difesa passiva raccomandate per evitare l'attacco di pirati. Si è limitato ad incrementare la velocità [...] Le procedure prevedono invece che la nave cambi velocemente e in maniera repentina rotta, e continui con variazioni di rotta per contrastare una eventuale rotta di attacco o comunque per segnalare il pericolo di una possibile collisione. L'inchiesta aggiunge che "tra la nave e il Nucleo sono probabilmente mancate più stringenti forme di coordinamento per la gestione unitaria dell'evento e l'individuazione delle migliori cinematiche/soluzioni da porre in essere". [...] Si sarebbe potuto anticipare l'uso delle sirene di bordo, nonché fare ricorso a getti d'acqua ad alta pressione. Inoltre sarebbe stato opportuno ricercare un contatto radio con l'imbarcazione [...] "In definitiva la nave con i suoi mezzi avrebbe potuto attuare migliori forme di coordinamento e supporto all'azione di contrasto della pirateria".

L'inchiesta letta assieme al rapporto del Capo di prima classe Latorre ha evidenziato il comportamento inusuale del St. Antony, che almeno in parte può essere spiegato con la scarsa attenzione del timoniere Jelastine: addirittura poteva essersi assopito alla guida, secondo lo stesso Piroli e le testimonianze del capitano Freidy. Verosimilmente il timoniere non era in grado quindi di governare la barca e di comprendere i segnali di luce effettuati dall'Enrica Lexie. Le segnalazioni italiane poi sarebbero state accompagnate dai colpi di arma da fuoco che avrebbero ucciso lo stesso Jelastine e svegliato Freidy, unico testimone oculare dell'accaduto (anche il resto dell'equipaggio, secondo le testimonianze raccolte, dormiva ad eccezione dell'altra vittima). Tuttavia,

²⁴ GUALCO, NIGRO (2013a).

²⁵ GUALCO, NIGRO (2013b).

anche alla luce dell'inchiesta, risulta più complicato spiegare come fosse stato possibile individuare persone con armi a bordo, come indica il rapporto Latorre, se questi erano tutti addormentati.

Un'ulteriore ricostruzione dei fatti è stata proposta dall'ingegner Luigi Di Stefano, ingegnere che si è proposto come perito esperto di indagini balistiche. Nel suo lavoro si tendeva generalmente a minimizzare quando non ad escludere il possibile coinvolgimento del Sergente Girone e del Capo di prima classe Latorre, sia tramite procedimenti scientifici (simulazioni di prove balistiche, confronto di proiettili) sia tramite supposizioni non altrettanto provate. Le tesi di Di Stefano sono state riprese da quotidiani come Il Sole 24 Ore e Il Giornale, ed il frutto del suo lavoro è stato presentato nell'aprile 2012 alla Camera dei Deputati ed è poi diventato il materiale di base per una petizione alla Commissione Europea. Tuttavia, sono emersi presto due fattori che hanno pesantemente screditato il lavoro del perito²⁶: l'assenza di qualunque titolo di studio, ad eccezione di una laurea telematica in ingegneria conseguita presso un'università telematica e la mancata iscrizione all'Albo Provinciale degli Ingegneri. In seguito inoltre sono stati resi noti anche i legami di Di Stefano con CasaPound, organizzazione che da fin dall'inizio ha preso una posizione molto forte nei confronti della vicenda, invocando addirittura interventi armati contro l'India; Di Stefano è padre di Simone di Stefano, uno dei capi politici dell'organizzazione di estrema destra. Il lavoro dell'ingegnere è raccolto e consultabile all'interno del sito web "Seeninside.net", che però non riceve più aggiornamenti dal 2015.

Fin dalle prime battute della vicenda, i rappresentanti italiani hanno cercato di risolvere la questione tramite strumenti extra-giudiziari per evitare di dover riconoscere la competenza delle autorità indiane. In un primo momento la scelta di offrire una cospicua compensazione alle famiglie delle vittime e al proprietario dell'imbarcazione sembrava una strada efficace per ottenere il ritiro delle denunce. La speranza, tuttavia, si è presto rivelata vana a fronte della decisione della Corte Suprema di bloccare gli accordi. Miglior fortuna ha avuto invece l'accordo bilaterale siglato tra le due parti nel novembre del 2012, per il rilascio delle persone condannate nei rispettivi Stati. L'India

²⁶ PISAPIA (2013).

e l'Italia si sono garantiti, in tal modo, il rientro in patria di loro cittadini condannati nell'altro paese.

Una volta vanificati i primi tentativi diplomatici, l'Italia ha deciso di lavorare per togliere la competenza del caso all'India. La scelta di non rimandare i Marò in India dopo il termine concesso loro in occasione delle elezioni politiche del 2013, seguita poi da un rapido cambio di posizione a fronte delle proteste e delle ritorsioni indiane, ha inevitabilmente indebolito la posizione negoziale di Roma. Il governo italiano non ha avuto la fermezza per denunciare le probabili violazioni commesse dall'India nell'ambito delle norme sull'immunità diplomatica dell'ambasciatore Mancini, e al tempo stesso ha perso credibilità riguardo la propria capacità di mantenere fede alla parola data.

A seguito di un duplice cambio di governo che ha portato nel 2014 alla Farnesina Federica Mogherini, la strategia dell'Italia si è rivolta in maniera più incisiva all'internazionalizzazione del caso. Dopo una prima fase interlocutoria con scambi di note ed incontri informali a margine di summit internazionali l'Italia ha attivato la procedura per l'Arbitrato previsto dall'UNCLOS, che è stato poi aperto nel 2015. Gli aspetti riguardanti la natura dell'Arbitrato, il suo funzionamento e quanto stabilito fino ad ora dal tribunale arbitrale sono trattati in seguito.

L'intera vicenda ha avuto un forte impatto sull'opinione pubblica italiana. I due fucilieri hanno ricevuto fin da subito un appoggio bipartisan a livello politico, che si è esteso in maniera capillare anche a livello di amministrazioni locali²⁷. La maggioranza dei comuni italiani, indipendentemente dal colore politico delle amministrazioni, ha mostrato solidarietà ai due Marò esponendo manifesti in favore della loro liberazione nelle sedi comunali. La partecipazione popolare molto accesa alla vicenda ha portato a delle reazioni molto forti all'interno dell'agone politico. Non sono mancate tuttavia le voci critiche e quanti hanno messo in dubbio non solo la legittimità delle azioni dei due militari, ma anche l'opportunità di prenderne le difese da parte delle autorità italiane.²⁸ Entrambe le posizioni più estreme sono rimaste minoritarie all'interno dell'opinione pubblica, mentre il crescente coinvolgimento emotivo della popolazione ha

²⁷ Il Tempo, *Il nostro striscione per i marò e l'Italia si stringe attorno a loro*, 19 gennaio 2014, consultabile online.

²⁸ MIAVALDI (2013).

sicuramente influenzato le azioni del governo italiano anche nel prendere alcune scelte affrettate e non ponderate nella loro complessità. L'internazionalizzazione della vicenda è stata salutata in maniera positiva dalla gran parte della stampa e dell'opinione pubblica.

Le reazioni internazionali al caso sono state numerose. A mobilitarsi per prime sono state le istituzioni europee. Già nel marzo del 2012 l'Unione Europea, tramite il proprio rappresentante Catherine Ashton, si era schierata a favore dei due Marò²⁹. La posizione della Ashton tuttavia è stata ambigua, almeno all'inizio: nella prima dichiarazione, definì i Marò guardie private³⁰, salvo poi correggersi rapidamente e continuare a sostenere la causa italiana per tutta la durata del suo mandato, nel corso delle varie fasi della vicenda³¹. Da parte dell'Unione Europea in particolare è stata mostrata grande preoccupazione in particolare quando è stata proposta la possibilità di applicare le norme contenute nella legislazione antiterrorismo. Catherine Ashton, sposando la tesi italiana riguardo all'immunità dei due Marò, ha sostenuto di ritenere inaccettabili le accuse di terrorismo: questo perché se accusati di terrorismo due militari in servizio, l'accusa sarebbe ricaduta direttamente sulla Repubblica Italiana, in quanto organi dello stato impiegati nello svolgimento di funzioni di protezione. Le altre istituzioni internazionali sono state più restie a fornire il loro sostegno. L'Italia ha chiesto all'ONU di prendere in esame il caso per ottenere una forma di mediazione da parte dell'allora segretario generale Ban Ki-Moon. La risposta però non è stata quella auspicata³²:

“È meglio che la questione venga affrontata bilateralmente piuttosto che con il coinvolgimento dell'Onu”.

Di altro tenore è stata la risposta della NATO, che ha espresso la propria preoccupazione ed ha condiviso le posizioni prese dall'Unione Europea tramite le dichiarazioni dell'allora Segretario Generale Rasmussen³³. La preoccupazione³⁴ della

²⁹ Ministero degli Affari Esteri, Comunicato stampa del 13 marzo 2012, *MARO': Monti, impegno Ashton per soluzione positiva. Contatti Ue in India dopo interventi Monti-Terzi*, consultabile online.

³⁰ Il Giornale, *Gaffe di Lady Ashton con Monti: i marò diventano "guardie private"*, 14 marzo 2012, consultabile online.

³¹ Il Fatto Quotidiano, *Marò, Ashton (Ue): "Inaccettabile che Italia sia vista come Paese terrorista"*, 11 febbraio 2014, consultabile online.

³² NIGRO (2014).

³³ Lettera43, *Marò, il segretario Nato: «Sono preoccupato»*, 12 febbraio 2014, consultabile online.

³⁴ http://www.esteri.it/mae/it/sala_stampa/archivionotizie/approfondimenti/2014/02/20140212_marò_nato.html.

NATO era ulteriormente aggravata dal fatto che essa stessa si era fatta promotrice, con il lancio dell'Operazione Ocean Shield del 2009, di una politica di protezione congiunta dei mari tra alleati anche tramite l'impiego di personale militare a bordo delle imbarcazioni.

CAPITOLO II

Il contesto normativo nazionale e internazionale

2.1 Le norme delle due legislazioni nazionali

2.1.1 India

Le autorità indiane hanno eseguito l'arresto in base alle norme del codice penale indiano e seguendo quelle del codice di procedura penale. Come sopra riportato, i due Marò sono stati accusati di omicidio, tentato omicidio e danneggiamento ai sensi rispettivamente degli artt. 302, 304 e 427 del codice penale indiano. Accanto a queste accuse, contenute nel primo FIR emesso dalla polizia del Kollam e poi replicate dalla NIA quando il primo aprile 2013 l'agenzia è stata temporaneamente investita delle indagini, è stata più volte paventata l'applicazione dell'articolo 3 del SUA Act che, come già indicato in precedenza prevede tra le pene possibili anche quella capitale, seppur in circostanze molto remote. L'estensione delle norme indiane è stata giustificata dalle corti indiane prima tramite ricorso all'Economic Zones Act del 1976, che ha modificato l'articolo 188 del codice di Procedura Penale indiano applicando l'estensione delle norme valide sul territorio indiano fino alla Zona Economica Esclusiva (ed includendo quindi anche la Zona Contigua). Questo procedimento è stato ripreso anche nel successivo Maritime Zones Act del 1981. Tuttavia, la norma non ha mai trovato esecuzione fino ad ora ed è probabilmente da considerarsi in contrasto con gli obblighi internazionali sottoscritti dall'India³⁵. L'applicazione dell'art. 3 del SUA Act è stata scongiurata successivamente quando la Corte Suprema ha ordinato la costituzione di un tribunale speciale per il caso che, come ricordato in precedenza, non può comminare pene superiori alla detenzione per 6 anni, secondo quanto stabilito dall'art. 29 del Codice di Procedura Penale.

³⁵ EBOLI, PIERINI (2012).

2.1.2 Italia

La presenza di Girone e Latorre sulla Enrica Lexie era autorizzata ai sensi della Legge 130/2011³⁶, Legge di Conversione del Decreto-Legge 107/2011. Il Decreto Legge, all'art. 5, stabiliva la possibilità per le navi battenti bandiera italiana, di ospitare un Nucleo Militare di Protezione qualora fosse prevista una navigazione in una *High-Risk Area* tra quelle identificate nel Decreto Ministeriale 55447 del Ministero della Difesa³⁷. Il co. 2 dell'art. 5 della Legge 130, in particolare, specifica che:

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

La legge 130/2011 rientra nel quadro dello sforzo internazionale di contrasto alla pirateria inaugurato dal Consiglio di Sicurezza (CDS) dell'ONU con le Risoluzioni 1970³⁸ e 1973³⁹ del 2011, a cui la norma italiana fa riferimento. Prima dell'attuazione della norma era prassi che navi italiane adottassero la bandiera di nazioni che permettevano loro di imbarcare forze di sicurezza private per proteggerne la navigazione, come nel caso dell'incidente avvenuto alla MSC Melody nel 2009⁴⁰. La MSC Melody, nave da crociera italiana, aveva imbarcato a bordo con il proprio equipaggio dei militari provenienti dai servizi segreti israeliani (che, al momento dell'imbarco sulla Melody, non erano più operativi) incaricati di proteggere la nave da eventuali minacce pirata. I militari operavano come guardie private, alle dipendenze dell'armatore. Quando la nave, mentre transitava nell'Oceano indiano al largo delle Isole Seychelles, ha subito un attacco da un'imbarcazione pirata, gli uomini della

³⁶ Legge 130/2011, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2011, n. 107, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione.*

³⁷ Ministero della difesa, *Decreto 1 settembre 2011, Individuazione degli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria nell'ambito dei quali puo' essere previsto l'imbarco dei Nuclei militari di protezione (NMP).*

³⁸ Risoluzione del Consiglio di sicurezza S/RES/1970(2011).

³⁹ Risoluzione del Consiglio di sicurezza S/RES/1973(2011).

⁴⁰ MINELLA (2009).

sicurezza hanno agito per sventare la minaccia utilizzando anche le armi in dotazione all'equipaggio.

Già prima delle due Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza menzionate sopra si erano mossi alcuni stati europei tramite accordi internazionali e strumenti di *soft law* (come i SOFA) in grado comunque di fornire strumenti legali minimi per procedere con operazioni di anti-pirateria con il consenso degli Stati nelle cui acque erano più frequenti episodi criminali, tra cui proprio le Seychelles. La normativa italiana, come la gran parte di quelle emanate dagli stati europei per mettere in pratica le Risoluzioni 1970 e 1973, dà la precedenza al personale militare rispetto all'utilizzo di forze private messe sotto contratto direttamente dagli armatori (art. 5, co. 4 legge 130).

Accanto alle disposizioni della Legge 130, occorre citare anche alcune norme della Costituzione Italiana, necessarie per spiegare il comportamento delle autorità italiane in alcune fasi della vicenda, gli artt. 27 e 111, che contengono rispettivamente il divieto di pena di morte e il diritto a un processo equo e in particolare alla formulazione dei capi d'accusa in tempi ragionevoli. Il primo è stato utilizzato come motivazione per l'iniziale trattenimento in Italia dei due Marò dopo la licenza elettorale nel 2013, e il secondo è stato agitato più volte proprio in virtù della scarsa chiarezza nella gestione delle indagini da parte delle autorità indiane, incapaci di formulare chiaramente i capi d'accusa nei confronti dei Marò. Questa violazione è stata poi riportata anche al contesto internazionale, come verrà spiegato in seguito.

2.2 Le norme rilevanti: il diritto del mare e la questione della competenza

L'incidente della *Enrica Lexie* va analizzato alla luce delle norme del diritto del mare. A regolare questa materia sono la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS⁴¹) e la Convenzione di Ginevra sull'alto mare⁴², ratificate da entrambe le parti in lite. Ai sensi dell'UNCLOS, le acque marine sono divise in mare territoriale, zona contigua, Zona Economica Esclusiva e alto mare. Su ciascuno di queste aree di mare lo Stato esercita diritti stabiliti dalla Convenzione, che vanno dalla sovranità

⁴¹ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, Montego Bay (1982).

⁴² Convenzione internazionale concernente l'alto mare, Ginevra (1958).

assoluta sul mare territoriale per poi affievolirsi fino ad arrivare all'alto mare, in cui vigono libertà di navigazione, di pesca, di sorvolo e di ricerca scientifica, tra le altre.

All'interno del mare territoriale lo Stato può esercitare la propria giurisdizione civile e penale su tutte le imbarcazioni in transito (artt. 27 e 28 UNCLOS), con l'eccezione delle navi da guerra.

Nella zona contigua, che si può estendere fino a 24 miglia marittime dalla linea di base della costa, lo Stato può esercitare i propri diritti di controllo per garantire il rispetto delle leggi fiscali, doganali, sanitarie o sull'immigrazione (art. 33 UNCLOS). Oltre lo spazio della zona contigua, gli Stati possono scegliere di istituire una Zona Economica Esclusiva fino a 200 miglia marittime dalla costa. Ai sensi dell'art. 56 co. b dell'UNCLOS lo Stato costiero può esercitare giurisdizione in materia di installazione e utilizzazione di isole artificiali, impianti e strutture, ricerca scientifica marina, protezione e preservazione dell'ambiente marino. L'applicazione di queste norme, in particolare per quel che riguarda gli ambiti della competenza a giudicare da parte dell'India, è stata in parte contestata alla luce della normativa interna indiana, codificata nel *Maritime Zones Act*⁴³. La possibile risoluzione di questo conflitto normativo sarà trattata nel paragrafo dedicato alla questione della competenza.

L'incidente dell'Enrica Lexie si è verificato all'interno della zona contigua secondo quanto riscontrato dagli inquirenti indiani, che hanno indicato come luogo dell'incidente un punto distante 20.5 miglia marittime dalla costa; successivamente è stata riconosciuta come attendibile da entrambe le parti la distanza di 22.5 miglia marittime misurata dagli strumenti GPS. La parte italiana ha suggerito un'interpretazione delle norme UNCLOS che le consentisse di esercitare il proprio diritto a giudicare i Marò in Italia. All'interno della zona contigua, secondo la lettura suggerita dalla difesa, gli stati possono esercitare esclusivamente i diritti che sono loro espressamente assegnati dalla Convenzione (UNCLOS). Per le materie che non sono incluse in quelle citate nell'art.33, vale il regime dell'alto mare, come sancito dagli articoli successivi dell'UNCLOS. Il par. 1 dell'art.92 della UNCLOS afferma che:

“[...] Le navi battono la bandiera di un solo Stato e, salvo casi eccezionali specificamente previsti da trattati internazionali o dalla presente Convenzione,

⁴³ The territorial waters, continental shelf, exclusive economic zone and other maritime zones act, 1976.

nell'alto mare sono sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva. Una nave non può cambiare bandiera durante una traversata o durante uno scalo in un porto, a meno che non si verifichi un effettivo trasferimento di proprietà o di immatricolazione. [...]"

Accanto all'art. 92 è utile menzionare l'art. 97, par. 1, che afferma:

"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. [...]"

La formulazione dell'art. 97 si richiama a sua volta alla già citata Convenzione di Ginevra sull'alto mare, che all'art.11 par. 1 e 3, afferma:

"In caso di collisione o d'altri incidenti di navigazione comportanti la responsabilità penale o disciplinare del capitano o di chiunque altro in servizio sulla nave, il perseguimento può avvenire solo presso le autorità giudiziarie o amministrative dello Stato della bandiera oppure di cittadinanza delle persone perseguite. [...]"

Solamente le autorità dello Stato della bandiera possono ordinare il sequestro o la ritenzione, fess'anche per provvedimenti d'istruttoria."

Alcuni commentatori⁴⁴e la stessa Corte Suprema, tuttavia, hanno notato che l'espressione "altri incidenti di navigazione" contenuta nell'art. 97 non necessariamente include uno scontro a fuoco, come nel caso in questione. L'ipotesi è stata scartata da tutte le corti che hanno giudicato sui ricorsi italiani, fino ad ora.

Secondo altri commentatori è giusto tuttavia osservare che, trattandosi di responsabilità penale, è altamente verosimile che l'art. 97 sia invocabile dall'Italia per ottenere la competenza. Tra le altre considerazioni fatte dalla dottrina italiana, occorre citare le posizioni espresse dal professor Ronzitti, che ha esaminato due altre possibili⁴⁵casistiche utili per determinare l'assegnazione della competenza. La prima prevede la possibilità che l'India invochi la competenza in quanto i pescatori colpiti dal

⁴⁴ RONZITTI (2012).

⁴⁵ RONZITTI, *ibidem*, p.16.

fuoco dei due Fucilieri si trovavano su un'imbarcazione battente bandiera indiana, e dunque in quanto tale assimilabile a territorio dello Stato di bandiera. La tesi indiana, in questo caso, si richiama alla cosiddetta teoria degli effetti, che consentirebbe all'India di giudicare i due Marò in quanto le loro azioni hanno prodotto effetti sul territorio indiano. Tuttavia l'imbarcazione St. Antony, su cui si trovavano i due pescatori, non risultava registrata ai sensi dell'*India Merchant Shipping Act*⁴⁶, che regola la materia all'art. 22 della sua quinta parte, bensì solamente ai sensi dell'art. 7 del *Tamil Nadu Marine Fishing Regulation Act*⁴⁷; cosa che, secondo Ronzitti, rende il St. Antony assimilabile ad uno *stateless vessel* in alto mare. Questa impostazione tuttavia non trova altri riscontri tra i commentatori italiani (tra cui il professor Giladino, che ritiene che porti a una conclusione assurda) e neppure tra quelli indiani e internazionali.

La seconda possibilità individuata da Ronzitti prevede che l'India possa far valere la propria competenza in virtù del fatto che ha esercitato i propri poteri sulla Enrica Lexie solo quando questa si è trovata in acque indiane, dopo essere entrata nel porto di Kochi. Questo nonostante l'India abbia attirato la petroliera italiana in porto tramite uno stratagemma: le autorità portuali indiane non avevano dichiarato in anticipo l'intenzione di ispezionare la nave né le reali motivazioni del fermo. La questione della competenza a giudicare è probabilmente, a questo punto, il nodo fondamentale della vicenda. L'Italia, come precisato in una nota pubblicata sul sito del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, ha aperto l'arbitrato con l'intento:

"[...] [di] far valere con la massima determinazione le ragioni a fondamento della nota posizione italiana sulla giurisdizione e sull'immunità"

Secondo la difesa l'Italia, Stato di bandiera della Enrica Lexie, avrebbe diritto esclusivo a giudicare sul fatto commesso ai sensi di una lettura estensiva dell'art. 97 dell'UNCLOS, includendo nella fattispecie degli "altri incidenti di navigazione" anche un caso di omicidio come quello in questione. L'art. 97 va letto assieme ad altre due disposizioni dell'UNCLOS, gli artt. 92 e 94. Il primo serve a ribadire che il legame della Enrica Lexie con la giurisdizione italiana, in quanto nave battente bandiera italiana; il secondo afferma l'obbligatorietà per lo Stato di bandiera di avviare:

⁴⁶ India Merchant Shipping Act, 1958.

⁴⁷ Tamil Nadu Marine Fishing Regulation Act, 1983.

“Un’inchiesta che sarà condotta da o davanti a una o più persone debitamente qualificate, su ogni incidente in mare o di navigazione nell’alto mare, che abbia coinvolto una nave battente la sua bandiera e abbia causato la morte o lesioni gravi a cittadini di un altro Stato [...] Lo Stato di bandiera e l’altro Stato cooperano allo svolgimento di inchieste aperte da quest’ultimo su uno qualunque di tali incidenti.”

L’Italia, coerentemente con le disposizioni dell’UNCLOS, ha aperto un’inchiesta sulla questione in data 20 marzo 2013, ponendo sotto indagine i due Marò per violata consegna e dispersione di armamenti aggravata⁴⁸. Tuttavia l’India ha contestato la “scarsa volontà” da parte italiana nel perseguire il caso in maniera appropriata.

L’accusa indiana ha invece domandato la competenza in virtù di un duplice collegamento con l’evento: la nazionalità di bandiera dell’imbarcazione e delle vittime. La questione della nazionalità di bandiera dell’imbarcazione è già stata trattata in precedenza, mentre occorre approfondire la questione della cittadinanza delle vittime. Alcuni precedenti in dottrina, tra cui occorre citare la sentenza del caso Lotus del 1927⁴⁹, possono accreditare la tesi indiana per cui la giurisdizione è vincolata ai collegamenti della nazionalità delle vittime. Il caso Lotus è riassumibile come segue: il Lotus era una nave a vapore battente bandiera francese, che nella notte del 2 agosto 1926 entrò in collisione con un’imbarcazione turca, il Bozturk. Da questa collisione otto membri dell’equipaggio del natante turco furono uccisi. Il Lotus, gravemente danneggiato, fu costretto ad approdare nel porto di Istanbul, dove il comandante fu arrestato e messo sotto accusa per omicidio colposo. La Francia protestò contro l’arresto e decise di sottomettere la questione, in accordo con la Turchia, alla Corte permanente di Arbitrato, per stabilire se la detenzione effettuata dalle autorità di Istanbul non fosse in contrasto con i principi del diritto internazionale. Il giudizio della Corte, pur con una strettissima maggioranza, fu favorevole alla Turchia: l’argomentazione turca secondo cui la collisione era avvenuta a danno di una nave turca e in quanto tale considerabile estensione del territorio della Turchia stessa, giustificava l’attribuzione della competenza del tribunale di Istanbul a giudicare sul Comandante Demons, autore della sciagurata manovra. Questo in virtù dell’assenza di una norma di diritto internazionale che obbligasse la

⁴⁸ Repubblica, *Marò convocati dalla procura militare di Roma Latorre e Girone indagati per "violata consegna"*, 20 marzo 2013, consultabile *online*.

⁴⁹ Sentenza Lotus del 7 settembre 1927, *The case of the SS LOTUS*.

Turchia a non esercitare la propria giurisdizione. Un ragionamento simile a quello del caso Lotus è stato espresso nell'opinione del Giudice Chelameswar con cui è stata motivata la sentenza del 18 gennaio 2013 con cui veniva istituito il Tribunale speciale incaricato di giudicare sul caso. Secondo il giurista indiano la presenza di un duplice collegamento con l'India giustifica la pretesa di poter agire anche nel caso di un fatto che sia avvenuto al di fuori del territorio nazionale in senso stretto. Il giudice Kabir, nella sua opinione separata, invoca il caso Louts come precedente individuando questa volta però il collegamento non con la nazionalità dell'imbarcazione o delle vittime, bensì con il fatto che l'incidente si sarebbe verificato nella zona contigua. Tuttavia, come ha segnalato il professor Conforti⁵⁰ in un saggio pubblicato sul sito dell'Istituto italiano di Diritto Internazionale, l'UNCLOS stabilisce all'art. 33 che lo Stato costiero:

"[... possa] esercitare il controllo necessario al fine di: a) prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; b) punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale."

Cosa che porterebbe ad escludere verosimilmente la giurisdizione penale indiana.

Nello stesso contributo Conforti tuttavia accoglie la tesi indiana di individuare un collegamento con la nazionalità della nave St. Antony e delle due vittime.

Il governo Indiano inoltre ha anche avanzato un ulteriore punto per far valere la propria competenza a giudicare: il conflitto tra le norme dell'UNCLOS e quelle del Maritime Zones Act. In quest'ultimo, il legislatore indiano ha stabilito l'applicabilità delle norme penali e civili indiane anche alle proprie acque. L'India, pur avendo ratificato l'UNCLOS depositando la ratifica nel 1995, non ha mai approntato una norma d'esecuzione delle disposizioni della Convenzione nell'ordinamento indiano.

In generale, per via di un'interpretazione prevalente nella giurisprudenza indiana, i giudici nazionali sono tenuti a dare la precedenza alla normativa nazionale, secondo un approccio dualista che ritiene che l'ordinamento interno e quello internazionale siano strettamente separati. Se applicato letteralmente, un simile approccio solleverebbe però una serie di problematiche non indifferenti dal punto di vista della legalità

⁵⁰ CONFORTI (2012).

internazionale: la Convenzione UNCLOS codifica in gran parte norme appartenenti al diritto consuetudinario (molte norme erano già in vigore ed applicate dai tribunali internazionali prima della ufficiale consegna dell'ultimo strumento di ratifica necessario, avvenuta nel 1994); l'India è parte di questa Convenzione e in quanto tale è tenuta a rispettarne le norme in buona fede; il *Maritime Zones Act* è precedente alla Convenzione ed inoltre le norme contenute nell'atto, in particolare gli artt. 5 e 7, sottopongono ogni modifica legislativa indiana all'accordo con il diritto internazionale⁵¹. La giurisprudenza della Corte Suprema, inoltre, ha incluso già in passato il principio secondo cui le norme del diritto internazionale, consuetudinarie e pattizie, sono parte della *Common Law* interna⁵². Tuttavia occorre ricordare come la Corte, nella sentenza del 18 gennaio 2013, abbia scartato l'ipotesi che sussista un conflitto tra la normativa interna e quella internazionale.

2.3 L'immunità funzionale

I fucilieri Girone e Latorre, ai sensi della già citata legge 130/2011, erano in servizio in qualità di ufficiali della Marina Italiana ed agenti di polizia giudiziaria. Si è discusso quindi se, in virtù della funzione che essi stavano svolgendo, potesse essere attribuita loro un'immunità funzionale. L'immunità funzionale è concessa, secondo quanto affermato dalla Risoluzione dell'Istituto di Diritto Internazionale del 10 settembre 2009⁵³:

“per assicurare un [...] coerente esercizio della giurisdizione in accordo con il Diritto Internazionale in processi riguardanti Stati al fine di rispettare l'eguaglianza sovrana tra Stati e per permettere un effettivo svolgimento delle funzioni delle persone che operano per conto degli Stati”

La posizione italiana ha sempre mirato al riconoscimento dell'immunità per il Sergente Girone e per il Capo di prima classe Latorre: questo non per giustificare le loro azioni, bensì per ottenere il diritto di giudicare i due marinai in Italia di fronte ad una corte

⁵¹ CURTI GIALDINO (2014).

⁵² M.V. Elisabeth And Ors vs Harwan Investment and Trading Ltd., 26 febbraio 1992, par.18. Sentenza disponibile *online*.

⁵³ MAZZESCHI (2015).

militare che applicasse il Codice Penale Militare di Pace⁵⁴ e per evitare il rischio che i militari fossero giudicati secondo le norme del SUA Act che, come ricordato, prevede la pena di morte in determinate fattispecie. Proprio per evitare questa eventualità l'Italia aveva adottato la drastica soluzione, dopo il congedo che i due marinai avevano ottenuto per le elezioni politiche del 2013, di trattenerli in Italia. Questa scelta era stata fatta in ossequio al dettato costituzionale, che recita all'art. 27, quarto co.:

“[...] non è ammessa la pena di morte [...]”

rifiutando, contestualmente, l'accusa da parte indiana che i due marò andassero trattenuti in quanto autori di un crimine internazionale. I crimini internazionali, come elencati nello statuto della Corte Penale Internazionale, non comprendono l'omicidio, di cui i Marò furono in origine accusati dall'Alta Corte del Kerala, in assenza delle condizioni previste dallo Statuto della Corte Penale Internazionale⁵⁵ all'art. 7.

Per poter trattare accuratamente la questione dell'immunità funzionale da accordare ai due fucilieri, occorre richiamare quanto già affermato in precedenza. I due soldati della Marina erano in servizio su una nave battente bandiera italiana, stipendiati dall'Esercito Italiano e svolgevano funzioni stabilite dalla legge italiana. La Legge italiana è stata emanata per giunta per contribuire allo sforzo internazionale per la lotta anti-pirateria. Esistono probabilmente gli elementi indicati dal criterio dell'art. 2 nel Progetto di Articoli sulla responsabilità degli Stati della Commissione del Diritto Internazionale⁵⁶, secondo il quale la qualifica di organo dello Stato deve essere determinata in base all'ordinamento interno dello Stato per cui l'organo agisce. Il diritto internazionale distingue in immunità *ratione personae* e immunità *ratione materiae*. Nel primo caso si tratta di un'immunità assoluta dalla giurisdizione di uno Stato estero in virtù della propria persona, e viene generalmente accordata alla cosiddetta *troika*, le tre cariche più alte nella gerarchia di un ordinamento come capo di Stato, capo di governo e Ministro degli esteri (ed eventualmente a quanti sono appartenenti alle missioni diplomatiche). L'immunità *ratione materiae*, che in questo caso possiamo definire immunità funzionale, è quella che si accorda ad un organo di uno Stato per garantire lo svolgimento delle sue funzioni. I soggetti che beneficiano di questa immunità sono

⁵⁴ Codice Penale militare di Pace.

⁵⁵ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, Roma, 2002.

⁵⁶ Progetto di articoli sulla responsabilità dello stato della commissione del diritto internazionale, 2001.

indicati dalle norme interne di ciascuno Stato. L'Istituto di Diritto Internazionale, nella sua già citata *Risoluzione sull'immunità dalla Giurisdizione degli Stati e delle persone che agiscono per conto di Stati in caso di crimini internazionali* afferma che le immunità vengono conferite dallo Stato per garantire ai suoi organi un effettivo esercizio delle proprie funzioni. Se questa norma viene letta assieme alla disposizione contenuta nel Progetto di articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati della commissione del Diritto Internazionale risulta chiaro che sussistono entrambi i due criteri per cui i Marò possano essere considerati come organi dello Stato e in quanto tali siano da ritenere coperti dall'immunità funzionale. Per avvalorare questo punto della tesi italiana occorre anche tenere presente che i membri dei Nuclei Militari di Protezione rispondono agli ordini del Ministero della Difesa italiano e non dell'armatore e sono sottoposti al Codice Militare Penale di Pace. Le condizioni in cui i militari operavano non avevano bisogno di ulteriori specificazioni (come avviene nel caso degli accordi SOFA) in quanto la Enrica Lexie stava navigando al di fuori del mare territoriale al momento dell'incidente.

Generalmente l'immunità funzionale viene meno qualora il suo portatore si renda colpevole di un crimine internazionalmente riconosciuto. L'omicidio, quando non rientra nei casi di genocidio, crimine contro l'umanità o crimine di guerra, non è da ritenersi incluso nella categoria. Non è ancora stata dimostrata, per giunta, l'effettiva responsabilità dei due Marò nella vicenda per via dei numerosi momenti di stallo del procedimento in India. Ad ogni modo, come notato da Ronzitti, qualsiasi sia l'esito delle indagini, in assenza di una violazione volontaria e consapevole del diritto umanitario e delle regole dei conflitti armati, il crimine è da considerare come un crimine comune in India oppure come una violazione delle regole di ingaggio dei conflitti a fuoco nel Codice della Navigazione italiano.

Più volte l'accusa indiana ha affermato che i Marò sarebbero dovuti essere considerati guardie private, in quanto pagate dall'armatore della Enrica Lexie e non dallo Stato italiano, al servizio di una nave che non effettuava nessuna attività pubblica, come affermato in un primo momento dal Tribunale del Kerala. Questa pretesa è difficilmente sostenibile però ad un'attenta lettura della normativa italiana che autorizza l'imbarco di personale militare su navi commerciali: l'art.6 della già citata legge 130/2011 impone all'armatore il versamento di un contributo al Ministero della Difesa, che tuttavia poi

si occupa direttamente di stipendiare i membri dei Nuclei Militari di Protezione impiegati. La questione della responsabilità è stata complicata certamente dai passaggi incerti nella catena di comando che dirige le azioni dei membri del Nucleo Militare di Protezione, che abbiamo visto essersi rivelati problematici anche soltanto per la decisione di tornare verso il porto di Kochi; difficilmente però questo rende i militari del Nucleo assimilabili a guardie private.

La difesa dei due Marò, già nel ricorso presentato alla corte del Kollam, aveva sollecitato la questione dell'immunità dei due Marò di fronte ai tribunali indiani, e l'ha ribadita di fronte alla Corte Suprema. La Corte non ha espressamente rigettato l'ipotesi ma non l'ha neppure avallata, dando una risposta interlocutoria e ordinando l'istituzione di un tribunale speciale incaricato anche di giudicare sulla questione. Una ultima questione potenzialmente rilevante è invece la possibilità che l'immunità possa essere revocata in quanto l'azione che ha poi portato all'uccisione dei due pescatori sia stata commessa *ultra vires*, ovvero al di fuori dei compiti che gli erano stati demandati. L'ipotesi che l'immunità possa venir loro revocata, pur in questo estremo caso, è molto remota secondo la dottrina italiana. Il professor Ronzitti⁵⁷ ha ribadito l'immunità degli ufficiali rifacendosi ad un caso, il caso MacLeod, in cui l'immunità venne accordata ad un militare britannico nonostante avesse agito *ultra vires*.

La questione dell'immunità per ora non è stata apertamente affrontata dalle corti indiane. Come già indicato in precedenza, ad occuparsene sarebbe dovuta essere la corte speciale istituita ad hoc per risolvere la questione, secondo quanto stabilito nella sentenza del 18 gennaio 2013 della Corte Suprema. Parte della dottrina indiana, comunque, ha messo in dubbio che sia possibile applicare l'immunità funzionale ai due marò, seguendo una diversa linea di ragionamento rispetto a quella del considerarli guardie private. La tesi sarebbe quella per cui i membri dei NMP non avrebbero l'immunità funzionale in quanto la loro funzione non è legale secondo il diritto internazionale. Questa tesi, che trova anche riscontri oltre l'India ed esiste in precedenti formulazioni a questo caso⁵⁸, non è universalmente accettata ed è oggetto di dibattito⁵⁹.

⁵⁷ CAFFIO, RONZITTI (2012).

⁵⁸ PHILIPS (2012).

⁵⁹ Per una tesi diametralmente opposta, WOLFRUM (2016).

2.4 Altre possibili norme internazionali in materia

Il caso dell'Enrica Lexie è nato come una vicenda di pirateria. Pur trattandosi di un fraintendimento quello iniziale per cui i pescatori del St. Antony erano stati scambiati per pirati, anche la stessa Corte Suprema ha riconosciuto l'applicabilità al caso delle norme anti-pirateria dell'UNCLOS.

L'art. 101 dell'UNCLOS fornisce la definizione di pirateria che oggi è generalmente accettata:

[...] Si intende per pirateria uno qualsiasi degli atti seguenti:

a) ogni atto illecito di violenza o di sequestro, o ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati, e rivolti:

i) nell'alto mare, contro un'altra nave o aeromobile o contro persone o beni da essi trasportati,

ii) contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato;

b) ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata;

c) ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere a) o b) [...]

L'art. 107 dell'UNCLOS assegna il compito di contrastare la pirateria a navi da guerra o a mezzi in servizio dello Stato, pur non esprimendo nessun divieto per i privati di intraprendere azioni quantomeno difensive in caso di attacchi pirata. È in questa prospettiva che sono stati concepite prima le Risoluzioni 1861 (2008) e 1970 e 1973 (2011) del consiglio di sicurezza ONU, poi le successive applicazioni nelle legislazioni nazionali, nonché di altre organizzazioni internazionali come l'Unione Europa con il lancio dell'operazione Atalanta.

Per regolare il comportamento di quanti combattono la pirateria in alto mare esistono strumenti di *Soft Law*, come la circolare dell'IMO che elenca le *Best Management Practices* e che è stata citata anche dalle corti indiane, invocandone una violazione da parte dei Marò.

Nel corso di tutta la vicenda entrambe le parti in causa sono venute meno agli obblighi espressi dall'art. 100 UNCLOS che stabilisce l'obbligo di cooperazione per "*per reprimere la pirateria nell'alto mare o in qualunque altra area che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato.*"; nel caso in cui venisse riconosciuta l'immunità ai due

Marò, questa violazione risulterebbe aggravata da parte dell'India in quanto i due Marò erano in servizio in qualità di organi dello Stato nello svolgimento di una missione anti-pirateria come prevista dalla stessa Convenzione.

Al momento dell'annuncio del non rientro in India dei due marinai è entrata in causa un'ulteriore norma del diritto internazionale, che occorre ricordare pur non essendo strettamente collegata con la vicenda dei due soldati. Le ingiunzioni⁶⁰ con cui la Corte Suprema ha limitato le libertà personali dell'Ambasciatore Mancini sono una possibile violazione delle norme sull'immunità diplomatica sancite dalla Convenzione di Vienna del 1961⁶¹. Secondo la dottrina italiana, impedendo all'Ambasciatore non solo di lasciare il paese, ma anche soltanto di uscire dalla residenza in cui si trovava, l'India ha violato gli artt. 26 e 29 della Convenzione, limitando rispettivamente la capacità di movimento e la libertà personale dell'Ambasciatore e addirittura arrivando a minacciare la rimozione dell'immunità. Queste azioni, per la Corte, erano giustificate in virtù della dichiarazione giurata con cui lo stesso ambasciatore si era fatto garante della buona fede dell'Italia al momento della partenza dei due soldati. La Convenzione di Vienna stabilisce, all'art. 32, che nessuno al di fuori dello Stato mandatario può rimuovere l'immunità da un soggetto, poiché è lo Stato stesso ad essere portatore dell'immunità, e che la volontà di rimozione deve essere chiaramente espressa. L'unica misura lecita che l'India avrebbe potuto prendere in questo caso era quella di dichiarare l'Ambasciatore Mancini persona non grata. La decisione indiana inoltre è probabilmente contraria a quanto stabilito nel Progetto di articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati, che all'art. 50 afferma che non è possibile che la persona di un agente diplomatico diventi oggetto di una qualsiasi contromisura. L'opinione della dottrina indiana sulla questione è di diverso avviso. In parte viene affermato che, firmando l'*affidavit* con cui l'ambasciatore Mancini si era fatto garante del ritorno del Segente Girone e del Capo di prima classe Latorre, questi avesse implicitamente rinunciato all'immunità. Secondo il professor Harish Salve, Mancini avrebbe rinunciato volontariamente all'immunità una volta compiuto il giuramento di fronte alla Corte Suprema; il suo comportamento, secondo il Procuratore Sorabjee, non era per nulla dissimile ad un tradimento. Tuttavia alcune voci anche all'interno dall'India, tra cui l'ex

⁶⁰ Supreme Court Order, 14 marzo 2013, disponibile *online*.

⁶¹ Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, Vienna, 1961.

ministro degli Esteri Kanwal Sibal, hanno accettato l'idea per cui l'immunità degli ambasciatori non possa essere revocata se non espressamente dallo Stato di appartenenza. Accanto a questa prospettiva è stato indicato il diritto che la Corte Suprema ha, ai sensi dell'art. 129 della Costituzione, di punire le offese commesse nei suoi confronti.

L'Italia, infine, ha sollecitato davanti alla segreteria delle Nazioni Unite una violazione dei diritti umani a danno dei due Marò, trattenuti per più di due anni in assenza di un capo d'accusa e con notevoli restrizioni ai loro diritti fondamentali. Questo, nella tesi italiana, è un comportamento in chiara violazione delle norme del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici⁶², in particolare dell'art. 9. Come abbiamo visto in precedenza, questo punto è stato però sostanzialmente ignorato dalle autorità preposte che hanno preferito indicare una soluzione bilaterale al caso.

⁶² Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, New York, 1966.

Capitolo III

L'arbitrato e le possibili prospettive future

3.1 L'arbitrato e le sue finalità

La possibilità di invocare un arbitrato per risolvere una controversia legata al diritto del mare è prevista dall'art. 287 e regolata dalle procedure elencate nel settimo allegato all'UNCLOS.

L'art. 287 è incluso nella sezione II della Quindicesima parte della Convenzione, interamente dedicata ai metodi pacifici di risoluzione delle controversie, in conformità con l'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite. La sezione è dedicata ai metodi di risoluzione vincolanti, che quindi devono essere obbligatoriamente eseguiti dalle parti in causa.

Ciascuna delle due parti può investire unilateralmente una corte una volta dimostrato su che base fonda le proprie pretese di giudizio, oppure le due parti possono decidere di comune accordo di adottare una soluzione del genere, anche in virtù dei metodi di risoluzione delle controversie indicati all'atto della ratifica dell'UNCLOS. Esse sono tenute a nominare due dei cinque giudici del tribunale arbitrale, uno per parte più tre altre personalità possibilmente scelte tra cittadini di stati terzi, tra cui deve rientrare il presidente del Tribunale. Il Tribunale giudica sulle materie regolate dall'UNCLOS e può valersi del contributo di perizie tecniche di periti scelti da un elenco apposito presso la segreteria delle Nazioni Unite, oppure indicati di comune accordo dalle parti in causa. Le regole procedurali possono essere definite anch'esse da un accordo tra le parti. La sentenza è in unico grado, salvo che le parti non scelgano di prevedere un grado di appello. In ogni caso è prevista la possibilità che venga emesso un parere sull'interpretazione e la corretta esecuzione della sentenza stessa.

Durante il periodo di costituzione del Tribunale Arbitrale, il Tribunale Internazionale del Diritto del Mare (ITLOS) può emettere misure provvisorie, qualora lo ritenga opportuno, ai sensi dell'art. 290 UNCLOS.

Nel caso specifico della vicenda Marò, la costituzione del Tribunale arbitrale è stata seguita da una precedente fase di internazionalizzazione incominciata nei primi mesi con un invio di note verbali da parte dell'Italia all'India. Lo scambio di queste note, parte della fase della negoziazione che deve precedere la costituzione del tribunale arbitrale, non ha avuto luogo in quanto ciascuna delle note inviate dalla Farnesina non hanno ricevuto risposte dalla controparte di Nuova Delhi. Il 13 marzo 2014 la Camera dei Deputati ha votato all'unanimità un Ordine del Giorno per sollecitare l'apertura della procedura di arbitrato internazionale⁶³, già in passato promosso dall'allora ministro Giulio Terzi. Il successore al ministero degli Esteri Federica Mogherini, riferendo prima il 24 aprile 2014 agli uffici di presidenza delle commissioni Esteri e Difesa e poi in un'intervista televisiva⁶⁴ ha affermato di voler aprire una nuova fase sul caso, tramite l'avvio della procedura internazionale.

Dopo una lunga fase di stallo durata più di un anno e causata almeno in parte dall'aggravarsi delle condizioni di salute del Capo di prima classe Massimiliano Latorre⁶⁵ l'Italia ha finalmente espletato le formalità previste per avviare l'arbitrato il 26 giugno 2015. L'India ha formalmente accettato la competenza della Corte il 13 luglio successivo, garantendo contestualmente a Latorre la possibilità di proseguire le proprie cure in Italia per i sei mesi successivi⁶⁶. Il 21 luglio, come previsto dall'art. 290 dell'UNCLOS, l'Italia ha inoltrato all'ITLOS la richiesta di sospendere tutti i procedimenti amministrativi e giudiziari contro i Marò fino a che l'arbitrato non determinerà chi sia competente alla giurisdizione⁶⁷, ai sensi dell'articolo 90 dell'UNCLOS.

Le misure provvisorie prese dall'ITLOS sono da osservare nel dettaglio. L'Italia ha presentato la propria richiesta al Tribunale di Amburgo, lamentando la mancata risposta da parte dell'India al Notification and Statement of Claim, il documento con cui si dovevano concordare i termini per l'apertura dell'arbitrato. Inoltre, l'Italia ha insistito sull'urgenza delle misure dell'ITLOS in quanto le autorità indiane proseguivano con i procedimenti a carico dei due Marò nonostante ci fosse una richiesta d'apertura per

⁶³ Camera dei Deputati, resoconto stenografico della seduta del 13 marzo 2014.

⁶⁴ Intervista effettuata da RAI News 24 a Federica Mogherini, disponibile sul canale ufficiale del Ministero degli Esteri al seguente link <https://www.youtube.com/watch?v=C02KzFf1y7E&feature=youtu.be>

⁶⁵ ANSA, *Mogherini, per marò pronta internazionalizzazione*, 12 settembre 2014, consultabile *online*.

⁶⁶ ANAND (2015).

⁶⁷ Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, Montego Bay, 1982.

l'arbitrato pendente. Le richieste italiane, basate sull'applicabilità dell'UNCLOS al caso, sull'urgenza di misure provvisorie che evitassero un irreversibile danno ai suoi diritti ai sensi del diritto internazionale, si poggiavano su cinque punti in particolare:

- L'illegalità dell'arresto dell'Enrica Lexie;
- Le interferenze indiane con la libertà di navigazione italiana;
- L'illegalità dell'esercizio della giurisdizione indiana sui due Marò in virtù del luogo dell'incidente;
- L'illegalità dell'esercizio della giurisdizione indiana sui due Marò in virtù della loro immunità in quanto ufficiali;
- La non cooperazione da parte dell'India allo sforzo internazionale per la lotta alla pirateria.

L'Italia ha inoltre accusato l'India di aver ignorato le richieste di conciliazione espresse tramite le note verbali inviate dal Ministro degli Esteri, domandando all'ITLOS di sospendere qualsiasi provvedimento nei confronti del Capo di prima classe Latorre e del Sergente Girone o comunque collegato con l'incidente dell'Enrica Lexie, e di prendere tutte le misure necessarie affinché venissero eliminate tutte le restrizioni delle libertà personali ai Marò in modo da permettere loro di trascorrere il periodo in attesa del lodo arbitrale in Italia.

L'India ha presentato le sue osservazioni al tribunale il 6 agosto. In particolare esse contenevano questioni riguardanti:

- L'applicabilità al caso dell'art. 97 UNCLOS;
- l'impossibilità di applicare l'immunità all'Enrica Lexie, facendo riferimento a quanto indicato dagli artt. 95 e 96 della stessa Convenzione; inoltre, secondo la parte indiana, la mancanza di una qualsiasi seria indagine in Italia sul caso renderebbe vana la pretesa di avere un "diritto esclusivo di competenza" sugli imputati;
- il comportamento dei due militari era in contrasto con quanto affermato dall'India nella dichiarazione del 29 giugno 1995, che accompagnava l'atto di ratifica dell'UNCLOS;

- la richiesta italiana di invalidare il processo, dal momento che, secondo le autorità indiane, la partecipazione italiana a varie fasi della vicenda corrisponderebbero ad una implicita accettazione della competenza indiana sul caso;

- l'accusa che i tempi del processo fossero eccessivi, in quanto causata dalle tattiche dilatorie della difesa dei due fucilieri;

ritenendo quindi inammissibili le richieste di misure temporanee, inesistente l'urgenza invocata dall'Italia tanto quanto i possibili pregiudizi ai suoi diritti.

Le posizioni delle due parti in causa sono state ribadite poi nelle audizioni tenute il 10 e l'11 agosto.

Il responso è arrivato il 24 agosto. Il Tribunale si è espresso mettendo in evidenza l'esistenza di una disputa tra le due parti non soltanto per le questioni di fatto e di diritto, ma anche riguardo all'estensione e all'applicabilità delle norme contenute nell'UNCLOS; che il tribunale è stato adito soltanto a seguito dell'esaurimento dei mezzi extragiudiziari per la risoluzione delle controversie; e che entrambe le parti in causa hanno dimostrato che i diritti che cercano di proteggere nel caso dell'Enrica Lexie sono plausibile, e che il proseguimento o l'inizio di nuovi processi a carico dei due Marò sarebbero pregiudizievoli nei confronti di questi diritti. Infine è stato segnalato come accettando entrambe le richieste dell'Italia sarebbero venuti meno i diritti dell'India, anche in virtù di quanto accaduto in passato. A seguito della votazione, terminata con 15 voti favorevoli contro 6 contrari, l'ITLOS si è espresso a favore della sospensione di tutti i procedimenti da ambo le parti ma ha rigettato la richiesta italiana secondo cui i fucilieri avrebbero potuto trascorrere il periodo dell'arbitrato in Italia. Le richieste italiane sono state poi comunque accolte dalle autorità indiane un anno dopo.

3.2 Possibili esiti e soluzioni alternative

Il Tribunale istituito per giudicare sul caso si occuperà strettamente delle questioni riguardanti l'applicazione delle norme contenute nell'UNCLOS, come stabilito dall'art. 288 della stessa Convenzione. I precedenti in cui un tribunale arbitrale istituito per decidere su questioni di diritto marittimo sia andato oltre le norme UNCLOS sono rarissimi⁶⁸, e per giunta le prime decisioni prese nelle fasi preliminari del processo evidenziano l'impossibilità di questa evenienza. Nel caso in cui il Tribunale Arbitrale dovesse scegliere di non raccogliere le richieste italiane, la questione dell'immunità dei due *Marò* rimarrebbe comunque sospesa. In tal caso, verosimilmente, l'Italia potrebbe adire un nuovo foro internazionale espressamente per questa materia. La soluzione più indicata per giungere ad un verdetto sulla questione è quella di adire la Corte Internazionale di Giustizia. Tuttavia, in assenza di una accettazione da parte italiana della competenza della Corte come obbligatoria, per poter dare il via al nuovo processo occorrerebbe passare per una nuova fase negoziale da cui far scaturire un accordo esplicito di accettazione della competenza della Corte sul caso. I precedenti, visti anche i rapporti non idilliaci tra i due stati, indicano come la strada in questo caso sarebbe molto in salita.

Una possibile soluzione negoziale è data infine dall'accordo tra Italia ed India riguardante il trasferimento dei condannati in via definitiva, già citato in precedenza. Qualora, nella peggiore delle ipotesi secondo la prospettiva italiana, i ricorsi internazionali dovessero portare a una sconfitta delle tesi italiane e ad un successivo giudizio di condanna dei due *Marò* in India, questi potrebbero comunque scontare la pena comminata in Italia. La situazione avrebbe tuttavia un aspetto problematico: durante la discussione tenutasi in parlamento al momento della ratifica sono stati espressi dubbi di varia natura sull'efficacia dell'accordo⁶⁹: affinché i due fucilieri possano tornare definitivamente in Italia, dunque, l'Italia dovrebbe auspicare una loro condanna a fronte di un processo ambiguo e segnato da fortissime ingerenze da parte

⁶⁸ A titolo di esempio si veda il caso *Guyana vs. Suriname* della corte permanente di arbitrato, *CPA, Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in accordance with Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Guyana v. Suriname, 17 September 2007.*

⁶⁹ Senato, Legislatura XVI, Aula, Resoconto stenografico della seduta, 25 ottobre 2012.

delle autorità politiche indiane. L'accordo è stato comunque ratificato dietro la persuasione da parte dei rappresentanti del governo che si trattasse comunque di una assicurazione sulla vita dei due Marò in un momento in cui il rischio di pena capitale non era stato ancora scongiurato.

Non è da escludere però, trattandosi di un'eventualità molto remota nel tempo, che le due parti possano tentare una futura conciliazione bilaterale per arrivare ad una conclusione della vicenda. Le dottrine di India e Italia si sono interrogate sulle possibili conseguenze di questa vicenda e sui passi da prendere per evitare il ripetersi in futuro di situazioni simili. Sicuramente è opinione condivisa dalle due parti che la legislazione internazionale per il contrasto della pirateria sia da modificare. Non è del resto una novità del caso Enrica Lexie che dei pescatori soccombano a causa di colpi sparati forze incaricate di difendere un'imbarcazione mercantile. Una proposta, formulata da M. Gandhi tra gli altri, è quella di rendere più stringenti strumenti come le linee guida dell'IMO che regolano il comportamento delle forze armate in mare accanto alle regole di ingaggio delle singole legislazioni nazionali, e cercare allo stesso tempo di mettere di fronte alle proprie responsabilità quanti sono tenuti ad osservarle. Alcune norme dell'UNCLOS stesso probabilmente andrebbero aggiornate e chiarite. L'interpretazione dell'espressione "incidente di navigazione" dell'art. 97 è da chiarire, proprio alla luce delle differenti interpretazioni date dalle due parti in causa e delle altre norme internazionali, come l'art. 221 della stessa Convenzione o quanto contenuto nel codice dell'IMO per l'investigazione su incidenti marittimi, che copre anche i casi in cui questi incidenti siano fatali per uno o più membri degli equipaggi coinvolti.

Conclusioni

La vicenda della Enrica Lexie è ancora lontana da una conclusione. La mancanza di cooperazione tra le due parti e un quadro normativo non chiaro hanno reso ancora più difficile il raggiungimento di una soluzione condivisa; il coinvolgimento dell'opinione pubblica dei due paesi e la coincidenza con appuntamenti elettorali in entrambi gli stati hanno ulteriormente complicato il quadro. Già allo stato attuale della situazione è possibile trarre delle indicazioni utili per evitare in futuro il ripetersi di simili eventualità.

L'Italia può trarre molti insegnamenti dal caso, e iniziare ad aggiornare il proprio sistema normativo per la lotta alla pirateria e in generale il sistema che regola la catena di comando delle imbarcazioni che navigano in acque internazionali. Al tempo stesso devono essere riviste le regole per l'impiego dei Nuclei Militari di Protezione, sia per quel che riguarda le loro regole di ingaggio che per le garanzie dietro le quali possano svolgere le loro funzioni.

L'India può cogliere l'occasione per riesaminare il rapporto tra le norme del proprio ordinamento con quelle dell'ordinamento internazionale; i conflitti emersi nella sentenza del 18 gennaio 2013 della Corte Suprema potrebbero avere effetti dirompenti, e il dibattito aperto in dottrina è solo agli inizi.

La comunità internazionale nel complesso può trarre dei benefici da questa vicenda: è interesse di tutti che venga ripristinata al più presto la legalità nelle acque dell'oceano indiano e che vengano intraprese azioni più decise per contrastare un fenomeno che in passato era stato fortemente sottostimato. Tutti i membri della comunità internazionale sono tenuti a fare degli sforzi per una codificazione più chiara ed incisiva delle norme riguardanti la pirateria. L'utilizzo di norme non vincolanti e strumenti di *soft law* si è dimostrato insufficiente in questa circostanza ed ha creato per giunta un forte attrito tra due potenziali partner nel contrasto alla pirateria.

Nella drammaticità della vicenda si può comunque giungere a dei risultati positivi. La pronuncia del tribunale Arbitrale può sicuramente aiutare a chiarire cosa si debba intendere per “incidente di navigazione” creando un precedente utile per eventuali situazioni analoghe in futuro, stabilendo una più chiara interpretazione delle norme dell’UNCLOS.

Al tempo stesso però il Tribunale Arbitrale non può intervenire sulla seconda importante questione giuridica che è emersa da questo caso, l’Immunità Funzionale. La disciplina internazionale e quella interna italiana si sono dimostrate carenti anche da questo punto di vista e l’assenza di una chiara intesa bilaterale tra le due parti ha fatto il resto. Una risposta potrebbe arrivare qualora l’Italia decidesse di sottoporre la questione dell’Immunità ad una Corte permanente del diritto internazionale, in questo caso la Corte Internazionale di Giustizia, cosa che però protrarrebbe ancora di più la soluzione della vicenda.

In attesa della conclusione della vicenda è bene però che le forze politiche si muovano per aggiornare la legislazione vigente e che i rappresentanti dell’Italia nelle organizzazioni internazionali sollecitino una revisione condivisa della materia. Infine, vista l’enorme risonanza che ha avuto l’evento di fronte all’opinione pubblica, è giusto sperare che le questioni di diritto internazionale inizino ad interessare di più il discorso pubblico e non rimangano più di esclusivo dominio dei cultori della materia.

Bibliografia finale

G. Bevilacqua, *Counter Piracy armed service, the italian system and the search of clarity on the use of force at sea*, pubblicato nei Quaderni Europei della Società Italiana di Diritto Internazionale, 2014

P. Busco, F. Fontanelli, *Questioni di giurisdizione e immunità nella vicenda della Enrica Lexie, alla luce del diritto internazionale*, Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale, Milano 2013

F. Caffio, N. Ronzitti, *La Pirateria: che fare per sconfiggerla?* Istituto Affari Internazionali, 2012

I. Caracciolo, F. Graziani, *Il caso dell'Enrica Lexie alla luce del Diritto Internazionale*, Editoriale scientifica, 2013

G. Carella, *Il caso dei Marò e il diritto internazionale*, WIP Edizioni, 2013

B. Conforti, *In tema di giurisdizione per fatti commessi in acque internazionali*, pubblicato nei Quaderni Europei della Società Italiana di Diritto Internazionale, 2014

C. Curti Gialdino, *Il caso dei fucilieri in India: una "caporetto" diplomatica, politica e giudiziaria*, rivista Federalismi, Roma 2013

A. Del Vecchio, *The fight against piracy and the Enrica Lexie Case*, paper per Justice.Luiss.it, 2014

V. Eboli, J.P. Pierini, *The Enrica Lexie Case and the limits of extraterritorial jurisdiction*, pubblicato nei Quaderni Europei della Società Italiana di Diritto Internazionale, 2012

G. Manimuthu, *The Enrica Lexie Incident: seeing beyond the grey areas of International Law*, Indian Journal of International Law, 2013

R. Mazzeschi, *The functional immunity of State officials from foreign jurisdiction: A critique of the traditional theories*, Questions of International Law, 2013

N. Ronzitti, *Introduzione al diritto Internazionale*, Giappichelli 2013

N. Ronzitti, *The Enrica Lexie Incident, law of the sea and immunity of state officials issues*, pubblicato nei Quaderni Europei della Società Italiana di Diritto Internazionale, 2014

Rudiger Wolfrum, "*Military Vessel Protection Detachments under National and International Law*", Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas, 2016.

Sitografia

V. Anand, *Italian marines case may take international arbitration route*, The Indian Express, 14 luglio 2015

K.C. Gopukamar, *Fishermen's kin withdraw case*, The Hindu, 24 aprile 2012

F. Grignetti, *L'India, i marò e lo scandalo per travolgere Sonia Gandhi*, La Stampa, 3 febbraio 2016

M. Gualco, V. Nigro, *Marò, la verità degli italiani su quei 33 minuti. Il giallo: i fucili erano quelli di altri soldati*, La Repubblica, 6 aprile 2013

M. Gualco, V. Nigro, *"Marò, ecco tutte le colpe del comandante della Lexie"*, La Repubblica, 7 aprile 2013

Kasturi, *Wanted agent: PM offered to trade marines for proof against Sonia*, The Telegraph India, 1 febbraio 2016

F. Marino, *Marò e AgustaWestland: è difficile essere italiani in India*, Limes, 10 febbraio 2014

M. Miavaldi, *I «due marò»: quello che i media (e i politici) italiani non vi hanno detto*, Wu Ming Foundation, 3 gennaio 2013

M. Minella, *"Ci attaccano, spegnete tutte le luci state pronti a rispondere al fuoco"*, La Repubblica, 27 aprile 2009

V. Nigro, *Marò, l'Onu dice no alla mediazione. Ban Ki-moon: "Questione bilaterale". Ma la Ashton: "Caso allarmante per tutta la Ue"*, La Repubblica, 12 febbraio 2014

L. Pisapia, *Marò italiani, spunta la perizia del finto ingegnere targato Casapound*, Il Fatto Quotidiano, 5 gennaio 2013

D. Taino, *L'italiana Sonia Gandhi, il vero ostacolo per i marò*, Corriere della Sera, 8 aprile 2014

A. Zunino, *"In carcere in India mancavano pure i letti, siamo sopravvissuti solo perché innocenti"*, La Repubblica, 2 febbraio 2015

Elenco dei documenti citati

Award of Arbitral Tribunal, Guyana v. Suriname, L'Aia, 2007

Best Management Practices for Protection against Somalia Based Piracy, International Maritime Organization, 2011

Codice di Procedura Penale Indiano, 1861

Codice Penale Indiano, 1860

Codice Penale Militare di Pace, 1941

Convenzione delle nazioni unite sul diritto del mare, Montego Bay, 1982

Convenzione di Vienna sulle relazioni diplomatiche, Vienna, 1961

Convenzione internazionale concernente l'alto mare, Ginevra, 1958

Costituzione dell'India, 1950

Costituzione della Repubblica Italiana, 1948

Decreto Ministeriale 55447 del Ministero della Difesa, Decreto 1 settembre 2011, Individuazione degli spazi marittimi internazionali a rischio di pirateria nell'ambito dei quali puo' essere previsto l'imbarco dei Nuclei militari di protezione (NMP), 2011

Indian Merchant Shipping Act, 1951

Interim Recommendations for Port and Coastal States Regarding the Use of Privately Contracted Armed Security Personnel on Board Ships in the High Risk Area, International Maritime Organization, 2011

L. n. 130/2011, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 12 luglio 2011, n. 107, recante proroga degli interventi di cooperazione allo sviluppo e a sostegno dei processi di pace e di stabilizzazione, 2011

Massimiliano Latorre v. Union of India, Writ Petition 4542/2012, Alta Corte del Kerala, 2012

Massimiliano Latorre and Ors. Vs Republic Of India and Ors., Special Leave Petition, 20370/2012, Corte Suprema Indiana 2012

M.V. Elisabeth And Ors vs Harwan Investment And Trading, Corte Suprema Indiana, New Dehli, 1992

Order in Arbitration concerning the Enrica Lexie Incident, Corte Permanente d'Arbitrato, 2016

Patto internazionale sui diritti civili e politici, New York, 1966

Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli stati, a cura della Commissione del Diritto Internazionale, 2001

Request for the prescription of provisional measures on the Enrica Lexie Incident, ITLOS, 2015

Republic of Italy and Ors. Vs Republic of India and Ors., Writ Petition n. 135/2012, 2012

Risoluzione S/Res/1970 (2011), Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, 2011

Risoluzione S/Res/1973 (2011), Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, 2011

Statutory Order N° 67/E, 1981

The Case of The S.S. Lotus, L' Aia, 1927

The Caroline Case, New York, 1842

The suppression of unlawful acts against safety of maritime navigation and fixed platforms on continental shelf Act, 2002

The Tamil Nadu Marine Fishing Regulation Act, 1983

The Territorial Waters, Continental Shelf, Exclusive Economic Zones and other maritime zones Act, 1976

Summary

The main goal of this work is to shed a new light on the vexed controversy between Italy and India regarding the jurisdiction on two Italian mariners, Sergeant Salvatore Girone and Chief Massimiliano Latorre, who are believed to have killed two Indian mariners, Ajees Pinky and Selestian Valentine.

The controversy, started in 2012, has grown more and more complex as the years went by, and has posed a serious menace for the bilateral relations between Indian and Italian government, involving even international institutions such as the European Union. Its judicial development, moreover, has proved to be a relevant stress test for contemporary International law: the two parties have fought, and still are fighting, their battle, at the same time putting into question some core norms of the International law, ranging between the law of the sea and questions of sovereign immunity. The case, still far from a conclusion, needs to be finally addressed as a whole to get the magnitude of its possible impact on the future of International law.

The main events took place on February the 12th. The *Enrica Lexie*, an Italian commercial vessel, was sailing the Indian Ocean towards Gibuti. Being the area of the Arab Gulf heavily plagued by pirates, the Italian Ministry of Defense had guaranteed some ships, including the *Enrica Lexie*, the right to have a Vessel Protection Detachment (Nucleo Militare di Protezione in Italian, NMP) on board. The members of the Detachment were chosen from Italian marines, and although they remained under the control of the Ministry, they served on a civilian ship

Late in the evening, at around 6 p.m., the members of the Vessel Protection Detachment noticed a suspected ship that was moving quickly towards the *Enrica Lexie*. They feared a pirate attack, thus Sergeant Girone and Chief Latorre decided to shoot after an attempt of light signaling. They eventually managed to divert the ship, but the firefight resulted also in two casualties among the crew of the ship, which turned out not to be a pirate ship but a fishing boat named *St. Antony*. The *St. Antony* commander immediately contacted the Coast Guard of the Kerala, denouncing an attack. The coast guard, after some controls, later reached the *Enrica Lexie* asking the shipmaster to drive the Vessel in the Kochi port to make some inspection on board and to collect useful information on pirate fighting. As the ship approached the Kochi port instead police officer seized

the Enrica Lexie and arrested the two marines, who were later charged of homicide and attempted homicide. They were detained in Kochi.

The Italian government immediately took action in order to overcome India's claim of jurisdiction over the two mariners, asserting that it was Italy's sole right to judge them as long as they were officials in service on behalf of the Italian defense ministry; therefore, sparked a legal fight between the two States to gain jurisdiction over a case that immediately become an important issue for the public opinion of both countries. The defenders of the two marines, Sorabjee and Tulsi, appealed first to the High Court of Kerala demanding the nullification of the charges due to the lack of jurisdiction, and later petitioned the Supreme Court with the same demand. The Italian government first attempted to solve the situation by making an *ex gratia* reparation to the families of the two fishermen in April, so to have them drop their accusation. The Kerala High Court ratified the two agreements on 24th and 27th of April, but three days later Indian Supreme Court stopped the agreements and marked them as illegal. Later in May, the Kerala High Court granted them freedom on bail, but took away their passports; in December, as the process did not start, Sergeant Girone and Chief Latorre were allowed to fly back to Italy to spend their holidays at home.

On January, the 18th 2013 the Supreme Court gave its first pronouncement on the case. The judges in New Delhi rejected the request of nullification, but stated that jurisdiction over the case did not belong to the Kerala court, instead to an *ad hoc* jury to be created. The court did also allow the two marines to live in the Italian Embassy in New Delhi. Next February the two marines flew back to Italy again, to cast their vote into the general election. The Italian ambassador to India, Mr. Mancini, signed an *affidavit* on behalf of the two marines to guarantee their comeback.

On March the 13th Italian minister of Foreign Affairs Giulio Terzi declared that the two marines would have not be brought back to India again, willing to bring the case under an international jury due to the lack of cooperation by the Indian Government. The Indian Government did not accept the decision and, as a retaliation, decided to limit the freedom of movement of the Ambassador Mancini. After some dramatic developments, the Italian government finally decided to bring the two marines back to India, even if this uneasy decision lead the Minister of Foreign Affairs Terzi to resign. It has been

said, however, that the Italian government's move's main aim was to obtain guarantees that death penalty would have been not used against the two marines. The general prosecutor Ranjit Kumar had ruled out this possibility during a hearing at the supreme court on February the 24th, but it became official as the ad hoc tribunal was formed. This special court, although its legitimacy has been questioned as long as it was created *ex post facto*, was created under clause 29 of the Indian penal code, which allows no more than 7 years of imprisonment.

At the same time, however, the Italian government took a decisive stance to finally bring the case in front of an international court. Italian diplomat Staffan De Mistura, head of the mission in India, has repeatedly stated that, whatever the outcome, the Italian government would not have recognized the legitimacy of Indian courts decisions. On September the 1st of 2014, while court had made no significant progress, another external event complicated the situation: Chief Massimiliano Latorre was urgently recovered in New Delhi due to an ischemia. He was resigned after a week of recovery, and his legal then asked the Supreme Court the permission to spend his rehabilitation period in Italy. The Court granted a four-month-long permission, but at the same time denied another permission to Sergeant Girone, who had asked to spend again the Christmas Holidays with his family in Italy.

After a period of interlocutory talks between officials of Italian and Indian governments, the 29th June of 2015 Italy submitted the request for an international Arbitration to the International Tribunal on the Law of The Sea (ITLOS) of Hamburg. Under clause 287 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, the Arbitral Court had the power to judge on the possible breach of the law of the sea by any of the two parties, and therefore to judge which one of the two countries had the jurisdiction over the two marines. The Italian authorities, during the transition period in which the arbitration court was formed, asked for provisory measures to the ITLOS. These measures included pausing all the proceedings still ongoing against the two marines in India and their comeback during all the arbitration. The court conceded the first request, while it refuted the second as long as Italy had not, in the past, fully complied its international obligations.

On 24th August the arbitration court was formed, and the first order it had issued, on 3rd may of 2016, conceded to the two marines to spend in Italy the time of the arbitration.

This is, up to now, the last relevant event of the controversy, waiting for the decision of the Arbitral Court.

Generally speaking, the UNCLOS affirms that states can exercise their full civil and penal jurisdiction over vessel inside the territorial waters, but in the contiguous zone this jurisdiction is no longer absolute. Under clause 33, states can enforce their laws on immigration, healthcare and customs.

The main argument brought in by the Indian government relied on some provisions of the Indian penal code. The two marines were charged with three accusations, respectively homicide, attempted homicide and damage under clauses 302, 304 and 427 of the Code. The Indian government claimed also the jurisdiction on the *Enrica Lexie*, despite the vessel being 20.5 miles from the coast, because of a joint reading of the Economic Zones Act, Maritime Zones Act and the Statutory Order N° 67/E: that said, the jurisdiction over the case was motivated by the fact that the regulations extend the applicability of the Penal Code up to the Contiguous Zone, in which the incident took place. This, according to the defenders of the two marines, is clearly in contrast with the international law. But the Supreme Court, in the Judgement of 18 January 2013 affirmed the prevalence of domestic law over international law. It was also affirmed that the two marines were to be considered as two private guards, as long as their salary was paid by the ship owner and not by the Italian government; therefore, they had no right to have Immunity from jurisdiction as they were not acting as state officials.

The defendant argued several times that India had no right to judge over two marines as long as they represent a sovereign state. Sergeant Girone and Chief Latorre were two officers in service under domestic Italian law, and therefore their actions must be protected. This position, though, has found a significant opposition in Indian courts: first, one must distinguish between full immunity and functional immunity. A joint reading of clauses 92, 94 and 97 of UNCLOS, as suggested by the defenders, insisted on the obligation upon the flag state to inquire, in cooperation with others if necessary, to find out the real nature of the events which involved a supposed crime at sea.

The defenders also argued that the right to try the two marines belonged to Italy according to international Law of the Sea as well. As article 97 of the UNCLOS states, it is the duty of the flag state to judge over incidents that happen on a national vessel.

The high Kerala Court, however, discarded this option in the first instance. The judges have argued that one can hardly consider a shooting from 100 yards against a ship of unarmed fishermen to be just an incident.

The claim that Sergeant Girone and Chief Latorre were not officials on duty at the time of the events was rejected by the defendants, for the Italian decree that allowed Vessel Protection Detachment on ships posed them directly under the orders of the Ministry of Defence. The fee that ship owners pay is not the salary of the members of the Detachment, which are still regularly paid by the Ministry as officials on duty.

Scholars have found a significant historical precedent in the Lotus case, dated back to 1927. The Lotus was a French vessel that was sailing close to Turkey. During the night of the 2nd August 1926 it collided with a Turkish Boat, the Bozturk. The casualty resulted in eight dead among the Bozturk crew, so the shipmaster was imprisoned in Istanbul as soon as the Lotus approached the Harbour of the city. The French government protested this imprisonment and the two parties so decided to bring the case in front of an arbitration court, to solve the question whether was France, the Flag state of the vessel, or Turkey, whose citizens had been damaged and killed in the incident. The International Court judging over the jurisdiction on the case affirmed that Turkey had the right to try the shipmaster because his actions had effects on Turkish citizens and on their property, therefore on Turkey as a whole. This case, as Judge Chemashwar of the Supreme Court and professor Conforti for Italy had argued, can be used to support both positions. In the opinion of the Indian jurist, the case is a clear demonstration of how the theory of effects can be used to solve unclear legal situations: as Indian citizens and their property suffered harm from a foreign citizens action, he affirms, so is Indian Court's sole jurisdiction over the case. The opinion of the Italian professor, instead, is that if we consider the fact that the event took place in the contiguous zone (an institution that did not exist in 1926 as we have it today), then we shall follow the letter of clause 33 of UNCLOS and then exclude Indian jurisdiction.

The case is still yet to be solved, and we already have a number of complicated issues to address. Some scholars have speculated that many other breaches of international law may have occurred, committed by both parts. However, we have wait until the arbitration gives the first judgement to understand which direction is the case supposed to take. Whatever the outcome of the Judgement, it is very likely that this would not be

the last act of the controversy. As long as the Court is supposed to judge only on issues relating to the law of the sea, and is not expected to go beyond it, the two parts will probably try to start another judgement about immunity issues. But, however complex it may be, hopefully the main issues of this case may result clearer than they were before.